

ALMA MATER STUDIORUM – UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

**DOTTORATO DI RICERCA
IN SCIENZE GIURIDICHE**

Ciclo XXXIII

Settore Concorsuale di afferenza: 12/C1

Settore Scientifico disciplinare: IUS/08

**Costituzionalismo democratico e
diritto sovranazionale:
*la questione sociale in Europa***

Presentata da: Dott. Francesco Medico

Coordinatore Dottorato

Chiar.mo Prof. Renzo Orlandi

Supervisore

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Esame finale a.a. 2020/2021

INTRODUZIONE

1. Il costituzionalismo democratico come scienza giuridica del fondamento e della limitazione del potere	5
2. La crisi del paradigma del costituzionalismo democratico in rapporto al fenomeno dell'integrazione europea	8
3. Conflitti costituzionali e <i>questione sociale</i> : itinerario di una ricerca possibile	12

CAPITOLO I

CRITICA DELLE TEORIE SUL DIRITTO PUBBLICO

EUROPEO

1. Il problema dell' <i>habitus</i> teorico per il processo di integrazione europea	14
2. L'Unione europea come organizzazione di diritto internazionale	19
3. Il neo-funzionalismo e il carattere sovranazionale dell'Unione europea	26
4. L'approccio costituzionale: il processo di integrazione e la comparsa del dibattito sulla Costituzione europea	32
5. Le teorie federali sull'Unione europea e il <i>federalizing process</i> europeo	38
6. Il <i>multilevel constitutionalism</i> o un sistema costituzionale composito	44
7. Il costituzionalismo difensivo e il suo legame con lo Stato (e il processo democratico)	51
8. Le teorie del pluralismo costituzionale oltre lo Stato: le varianti	56
9. La prospettiva dei conflitti per leggere il processo di integrazione europea	63
10. Le teorie sul diritto pubblico europeo e il latente valore del mercato: il residuo di un vizio originario?	69

CAPITOLO II

LE DIVERSE RAGIONI ORDINAMENTALI DEL COSTITUZIONALISMO DEMOCRATICO E DEL DIRITTO SOVRANAZIONALE

1. Costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale nel diritto giurisprudenziale	78
2. La giurisprudenza <i>Van Gend & Loos</i> e <i>Costa-Enel</i> : il primato, l'effetto diretto e l'autonomia del diritto sovranazionale	83
3. (<i>Segue</i>) I casi <i>Dassonville</i> e <i>Cassis de Dijon</i> : l'integrazione del mercato e le quattro libertà	91
4. La diversa conformazione del principio di legalità: la legalità-fondamento e la legalità-garanzia	96
5. La differenza tra principio di non discriminazione e l'eguaglianza sostanziale	104
6. La libertà di impresa e il bilanciamento con gli interessi collettivi: i casi <i>Alemo-Herron</i> e <i>AGET-Iraklis</i>	110
7. I diritti di pressione democratica e il <i>rebus</i> del rapporto con il mercato: la giurisprudenza <i>Viking-Laval</i>	117

8. La prima <i>perturbazione</i> tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale: la giurisprudenza <i>Solange-Frontini</i> e la protezione dei diritti fondamentali	124
9. La seconda <i>perturbazione</i> : la comparsa del <i>discorso</i> sull'identità costituzionale	130
10. (<i>Segue</i>) Il giudizio <i>ultra vires</i> e l'interpretazione dell'art. 51 CDFUE	136
11. (<i>Segue</i>) Il nuovo ruolo delle <i>tradizioni costituzionali comuni</i>	142
12. Conflitti costituzionali e le diverse <i>ragioni ordinamentali</i> : e la <i>questione sociale</i> ?	150

CAPITOLO III

PER LA COSTRUZIONE DI UN *DISCORSO* TRA IDENTITÀ COSTITUZIONALE E *QUESTIONE SOCIALE*

1. Verso un <i>trait d'union</i> tra la <i>questione sociale</i> e il <i>discorso</i> sull'identità costituzionale: il ruolo delle Corti costituzionali	154
2. I diritti sociali come patrimonio storico ed elemento di integrazione politica nel costituzionalismo democratico	160
3. (<i>Segue</i>) I diritti sociali come vettori di politicità: elementi di <i>decostituzionalizzazione</i> della costituzione economica europea	165
4. Per dare un "verso" al <i>discorso</i> sull'identità costituzionale: la <i>questione sociale</i> in Europa	171
5. Istituzionalizzare i conflitti costituzionali: un'eccezione a <i>Granital</i>	175
6. Il modello del <i>doppio Custode</i> : le Corti costituzionali come custodi e portatori della <i>questione sociale</i>	183
7. L'identità costituzionale come valore- <i>vettore trasformativo</i> dello spazio pubblico europeo	190
8. Per un superamento del deficit <i>sociétale</i> : il diritto giurisprudenziale come motore di integrazione politica? Una conclusione aperta	198
BIBLIOGRAFIA	206
ABSTRACT	234

A mio nonno

1. Il costituzionalismo democratico come scienza giuridica del *fondamento* e della *limitazione* del potere. – **2.** La crisi del paradigma del costituzionalismo democratico in rapporto al fenomeno dell'integrazione europea. – **3.** Conflitti costituzionali e *questione sociale*: itinerario di una ricerca possibile.

1. Il costituzionalismo democratico come scienza giuridica del fondamento e della limitazione del potere

Prima di provare ad esporre una tesi, in ambito scientifico, è necessario tratteggiare in maniera chiara quali sono i presupposti da cui quella ricerca parte, in quale contesto di realtà si inserisce, perché merita di essere sviluppata e quali sono gli esiti a cui l'autore del lavoro immagina giungere. Per questi motivi l'introduzione molto spesso è l'ultima delle parti di un elaborato a essere scritta, perché nell'introduzione quel metodo giuridico¹ deve essere lo specchio chiarificatore di una ricerca che non si sa – se non alla fine – dove condurrà. Le traiettorie, però, quelle sì sono importanti ed è necessario, fin dai primi passi della ricerca, averle ben presente perché forniscono lo steccato entro cui muoversi, la pista da cui dipanare l'inquadramento, lo scheletro all'interno del quale inserire il materiale deforme a cui si cerca di far acquisire un significato. Questo per dire che l'idea prende forma scrivendo (e non può che essere altrimenti) e che, dunque, l'introduzione non è altro che una riflessione posticipata su quello che si è già scritto. L'introduzione è fondamentale, dunque, per l'autore, perché è un momento per contro-verificare se quell'idea grezza da cui si è partiti ha assunto attraverso la ricerca una massa critica tale da reggere gli urti delle possibili obiezioni e da risultare solida in termini di argomentazione e di "collaudo".

Come in tutte le tesi nel campo delle scienze sociali, l'ambizione si deve fermare, però, nel cogliere e nel tentare di formalizzare un piccolo pezzo della realtà, non dimenticando di sposare una visione scettica e non dogmatica della verità. Questo perché l'oggetto di studio del diritto inteso come scienza sociale² è per sua natura sfuggente, trovandosi di fronte ad una mole di materiale notevole, a partire dall'analisi di un dato ordinamento giuridico nelle sue varie manifestazioni: il diritto positivo prodotto; la giurisprudenza che ne deriva; il ruolo di quegli interpreti che quel diritto maneggiano; la sfera legalità-legittimità di un dato sistema che ingloba a sua volta la tensione tra diritto, politica e rapporti sociali che creano, influenzano e sono influenzati da un dato ordinamento, ecc. Tra i giuristi, poi, i costituzionalisti sono dei giuristi particolari perché studiano quel diritto che proviene dalla Costituzione, la norma che si pone come primo *fattore ordinante* e che imprime al restante materiale normativo una direzione, una forma, un processo continuo di razionalizzazione. Il diritto costituzionale è, dunque, quel settore della scienza giuridica che studia le Costituzioni come norme, atto, decisione, processo che ordinano le società moderne

¹ U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4, 1971, 553 e ss.

² N. LUHMANN, *Le droit comme système social*, in *Droit et société*, n. 11-12, 1989, 53 e ss., L. M. FRIEDMAN, *The Legal System: a Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, London, 1975.

nella forma del diritto. Un diritto, però, diverso rispetto agli altri perché ponendosi l'ambizione di indagare il vertice di un ordinamento giuridico risente più degli altri dei cambiamenti storici, della dimensione spazio-temporale, dei confini disciplinari sia all'interno della stessa materia giuridica sia all'esterno con le altre scienze sociali: per riassumere, nel diritto costituzionale si pone quanto, se non più rispetto alle altre branche del diritto, il noto problema del paradigma epistemologico. Un paradigma che, abbracciando un così largo campo del sapere, per restare valido nel tempo deve strutturarsi all'interno dei due poli della *tradizione* e del *mutamento*, andando alla ricerca di una sua specificità giuridica nel dato positivo ma che non può che costruirsi in termini porosi e aperti³ rispetto alle modificazioni della dimensione sociale. La visione che si adotterà, pertanto, sarà quella di un diritto inteso come «un fenomeno integralmente sociale, in cui la materialità dei rapporti giuridici deve sempre essere valutata con realismo» e in cui il diritto costituzionale trova il suo scopo «nella necessità di dare soluzione ai conflitti [...] specificando che ciò conduce a definire un *ordine sociale* che può concretamente assumere forme diverse e storicamente mutevoli»⁴.

Tanto grande è stata l'influenza del diritto costituzionale sul fenomeno giuridico *tout court* che è invalso nella letteratura ormai attribuire agli ordinamenti giuridici moderni la qualifica di ordinamenti costituzionali. Gli ordinamenti giuridici moderni prendono, dunque, forma grazie alle Costituzioni, che ne plasmano la conformazione e ne danno un *volto* costituzionale. Quando, dunque, l'ordinamento assume una dimensione costituzionale e la Costituzione irradia (o tende a irradiare) ogni aspetto dell'ordinamento, lo stesso studio della Costituzione diventa quello di una «carta non “isolata”» ma che deve strutturarsi sulla base di tre elementi: il «testo», ovvero il quello del documento costituzionale e delle sue norme; il «contesto normativo» rappresentato «dal complesso degli altri testi normativi, spesso non formalmente costituzionali, che ad esso si collegano strettamente»; e, infine, «l'ordine costituzionale», intendendo con questa espressione «il contesto politico-sociale e politico-culturale entro cui si produce il riconoscimento dei principi costituzionali fondamentali, l'ordito attorno al quale si intessono le varie norme», che ne rappresenta la «base materiale», «l'«energia ordinante» — il “logos” — che percorre l'intero ordinamento costituzionale, che l'elaborazione del testo non cancella ma incanala negli argini normativi»⁵. La visione della Costituzione che si assumerà in questo lavoro sarà, dunque, una dimensione larga che non si ferma al solo approccio positivista di una norma costituzionale – seppur considerata fondamentale, ma isolata come monade all'interno del sistema giuridico – ma un paradigma di Costituzione che non dimentica o nasconde del diritto costituzionale la sua funzione più nobile di congiunzione tra diritto e politica.

Un paradigma di costituzionalismo, dunque, che possa essere definito «scienza della fondazione e scienza della limitazione del potere legittimo»⁶. Le due dimensioni, infatti, si tengono tra loro e sono consustanziali l'una con l'altra (sono un diade concettuale inscindibile), perché lo stesso discorso sui diritti fondamentali su cui si basa parte della

³ G. AMATO, *L'elasticità delle costituzioni rigide*, in *Nomos*, n. 1, 2016, 1 e ss.

⁴ G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010, 15-22.

⁵ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 265, 267.

⁶ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, XI.

legittimazione del diritto costituzionale moderno acquisisce di significato e pregnanza storica nella forma della legittimazione politica, perché il limitare il potere presuppone anche il *fondarlo*. Eliminare dallo studio della scienza costituzionale la dimensione politica – o allargando il campo pratico-valoriale⁷ – significherebbe togliere un polo del suo statuto teorico perché «un'eventuale rottura tra costituzione e politica rappresenterebbe, questa sì, una mutazione del carattere più significativo dei moderni, segnando una cesura nel profondo dell'esperienza storica dei paesi occidentali degli ultimi due secoli» e condannare il costituzionalismo a tornare «ad assolvere una funzione descrittiva degli ordinamenti e delle organizzazioni sociali» e sottrarre alla Costituzione «la sua specifica capacità prescrittiva e la sua peculiare forza normativa»⁸. Una definizione, dunque, prescrittiva di costituzionalismo che nella sua versione contemporanea ha assunto una particolare traduzione, nella forma di un'unità politica popolare⁹ che viene riconosciuta non come blocco monolitico di matrice etnico-culturale come poteva essere la Nazione¹⁰, ma nella differenziazione pluralista della *società* che si manifesta nella forma del conflitto sociale, a cui le Costituzioni tentano di dare una forma politico-istituzionale, rinnovando l'impalcatura della democrazia rappresentativa del modello liberale. Un *fondamento* del potere che cerchi, poi, di introiettare il carattere democratico (e non monarchico o aristocratico) della decisione politica, sia nella forma dei *fini politici fondamentali* che una data comunità politica vuole raggiungere che trova forma nella Costituzione stessa, sia dei *fini politici contingenti* che le forze di governo del momento vogliono perseguire.

Al tema del fondamento da una parte, però, si aggiunge anche quello della *limitazione* di esso. L'altro attributo, dunque, che caratterizza le Costituzioni moderne è – oltre alla limitazione del potere inteso nel senso della separazione dei poteri per combatterne l'arbitrio – il rispetto dei diritti fondamentali, a cui ai vecchi i diritti civili, si aggiungono i diritti politici e sociali. “Nuovi” diritti che insieme alla supremazia della Costituzione¹¹ comportano un allargamento del catalogo costituzionale, facendo diventare le Costituzioni contemporanee delle *Costituzioni lunghe*. La limitazione del potere passa, pertanto, dalla protezione di un catalogo di diritti che, però, si articolano non solo in una dimensione individuale, «riferita rispettivamente alle “persone singole”», ma si rivolge anche e soprattutto «alla “vita collettiva, al “fenomeno religioso”, all'”educazione e alla “vita economica”» perché i diritti fondamentali non sono più intesi solo come «”recinti” di libertà poste al riparo da interferenze

⁷ Per un dibattito prezioso su questo tema e sulle radici della scienza costituzionale, R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2007, 1373 e ss., e A. BALDASSARRE, *In risposta a Guastini*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2007, 3251 e ss., il quale parla della costituzione «come positivizzazione di un complesso di valori e di principi consensualmente posti (= diritto positivo) da una determinata società quali fattori giuridici di identità collettiva e, quindi, quali limiti di legittimità/legalità dell'ordinamento giuridico che su di essa si fonda».

⁸ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, op.cit., 27.

⁹ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁰ E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une Nation?*, in *Renan Ernest. Qu'est-ce qu'une Nation ? Et autres essais politiques*, Presses Pocket, Paris, 1992.

¹¹ A partire dalla famosa pronuncia, Corte suprema americana, *Malbury v. Madison*, 24 febbraio 1803. Per uno studio storico sulle due diverse matrici continentale e anglosassone del costituzionalismo, L. COMPAGNA, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna, 1998. Sul dibattito sul ruolo tra costituzione, democrazia e Corti nel contesto anglosassone-americano oggi, M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2010, 733 e ss.

dei poteri pubblici» ma anche come «fattori di integrazione» e possibili «basi di una “politica dei diritti” riformatrice»¹² che si rivolge tanto verso il controllo del potere pubblico quanto «contro il “dispotismo” dei poteri privati»¹³. In questa nuova declinazione e in questo più stretto rapporto tra Costituzione e *società*, le Costituzioni moderne assumono così la qualifica di *Costituzioni progetto*.

Questo modello – non l’unico possibile – prende il nome di *costituzionalismo democratico*. È noto, infatti, che nel corso della Storia il costituzionalismo non è rimasto sempre lo stesso ma si è modificato in base ai contesti storici in cui si è sviluppato, assumendo nel tempo diverse forme, di cui per fare qualche esempio: dalla nascita del (pre)costituzionalismo nello Stato assoluto, al costituzionalismo nello Stato liberale, al costituzionalismo nello Stato sociale. Diverse varianti, dunque, sempre strettamente connesse alla forma di Stato e all’evoluzione dello Stato moderno¹⁴, che si sono sviluppate storicamente e di cui è quest’ultima “generazione” che si prenderà a paradigma. Il costituzionalismo democratico rappresenta, pertanto, l’ultimo stadio della riflessione costituzionalistica, ma anche e soprattutto l’ultimo suo invero storico, realizzatosi principalmente nel Vecchio continente – ma poi allargatosi anche in altri contesti geografici – che ha trovato la sua nascita all’indomani del Secondo Conflitto Mondiale in varie esperienze come in Italia, Francia, Germania, Spagna e che trova la sua “Costituzione-madre” in quella di Weimar del 1919. Queste Costituzioni del Novecento – a parere di un importante storico del diritto – non sono, dunque, «significative solo sul piano delle singole e rispettive storie [...] ma anche, e forse, soprattutto nel loro insieme, nella pluralità delle relazioni che si intrecciano tra esse medesime, in modo così intenso e storicamente determinato da configurare, al di là delle singole vicende di ciascuna Costituzione, un profilo comune, che è quello de *La Costituzione democratica del Novecento*, che noi stessi abbiamo così definito proprio per significare l’esistenza sul piano storico di un’esperienza comune, se non addirittura unica»¹⁵.

2. La crisi del paradigma del costituzionalismo democratico in rapporto al fenomeno dell’integrazione europea

Quello democratico è, dunque, l’ultimo “tipo” storico che qui si prenderà a riferimento. Provando ad individuarne alcuni aspetti definitori si potrebbe sostenere – appoggiandosi sulla definizione di Maurizio Fioravanti e per ora in termini molto generici ma che si approfondiranno maggiormente nel corso del lavoro – che questo è un modello che si costruisce su tre punti nodali: garantire «l’inclusione in Costituzione del conflitto sociale» nel senso di esprimere «un dover essere collettivo, in un indirizzo fondamentale, che nasce dall’esigenza di governare il conflitto [...] funzionale al conseguimento dell’obiettivo

¹² P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come “esperienza” e come “paradigma”*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014, 15-16.

¹³ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2009, 49-50.

¹⁴ S. BARTOLE, *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, 116 e ss.

¹⁵ M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica come autonomo «tipo» storico*, in M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano, 2018, 181.

ultimo della Costituzione democratica, che rimane quello dell'uguaglianza, nel senso dell'opportunità per ognuno di «un'esistenza degna dell'uomo»; valorizzare «la dimensione dell'invulnerabilità», ovvero la sua rigidità e intangibilità in relazione a dei «principi fondamentali condivisi, che risultano essere inviolabili, nel senso che ammettendo la loro mutazione si assisterebbe ad una decisiva perdita d'identità della stessa Costituzione»; e, infine, assicurare l'«equilibrio dei poteri», intendendo con ciò l'equilibrio «tra i poteri d'indirizzo, che derivano da un'espressione di volontà del popolo sovrano, come il potere di fare la legge, o di governare in funzione di risposta ai bisogni sociali, e i poteri di garanzia, come il potere di dire il diritto, nell'esercizio della giurisdizione, ordinaria e costituzionale, in funzione di tutela dei diritti»¹⁶. Un particolare modello di costituzionalismo verso cui si guarda, dunque, che ha dimostrato un'alta capacità di gestione delle conflittualità presenti all'interno delle società moderne e di cui, però, se non si può evitare di indicare l'ascesa (e la piena realizzazione) nella «Post-War Europe»¹⁷, non si può allo stesso tempo omettere di segnalare la successiva entrata in una persistente crisi dopo il periodo dei *Trentes glorieuses*¹⁸.

Il problema della crisi del costituzionalismo democratico ha origini e cause tali, però, da non poter essere trattate in questa breve introduzione. Questo rappresenta, infatti, un *topos* ormai presente in letteratura e dare risposte definitive su questo fronte, tuttavia, risulta ancora molto difficile perché l'impressione è di essere completamente immersi in un'età di interregno, insomma, in cui – direbbe Gramsci – «il vecchio muore e il nuovo non può nascere»¹⁹. Si proverà, invece, ad inquadrare solo alcune problematiche, rinviando al corso del lavoro l'approfondimento di quelle dinamiche di questo fenomeno che più interessano il *fil rouge* della ricerca. Certo è che un dato da mettere in evidenza è che la crisi del costituzionalismo democratico passa in buona misura dall'avvento di fenomeni esogeni che hanno caratterizzato il mondo del diritto (costituzionale *in primis*), come, ad esempio, da una parte l'esplosione della seconda globalizzazione²⁰ e, dall'altra, la rottura dei confini dello Stato-nazione, come unica dimensione privilegiata all'interno della quale sviluppare un ordinamento giuridico. Si è parlato, a questo proposito, di un progetto di «globalisation of constitutional law»²¹ in cui nello spazio liscio globale²² coesistono fenomeni diversi e discordanti, come l'allargamento della protezione dei diritti fondamentali – a prescindere dal contesto politico di riferimento sulla base di una nuova *koiné* costituzionale – a veri e propri diritti umani²³ e la coesistente prevalenza dell'economico sul politico, tanto da affermare la

¹⁶ M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica come autonomo «tipo» storico*, *op.cit.*, 182-183, 186-187, 192-193.

¹⁷ Su cui principalmente, T. JUDT, *Postwar. Europa 1945-2005*, Laterza, Roma-Bari, 2017. Ma vedasi anche per una riflessione di stampo costituzionalistico, M. WILKINSON, *The Reconstitution of Post-War Europe: Liberal Excesses, Democratic Deficiencies*, in M. W. DOWDLE, M. WILKINSON (eds.), *Constitutionalism Beyond Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 38 e ss.

¹⁸ J. FOURASTIÉ, *Les Trentes glorieuses. Ou la révolution invisible*, Pluriel-Éditions Fayard, Paris, 2011.

¹⁹ A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere. Quaderni 1-5*, Quaderno 3, § (35), Einaudi, Torino, 2014, 311.

²⁰ A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

²¹ M. TUSHNET, *The Globalization of Constitutional Law as a Weakly Neo-Liberal Project*, in *Global Constitutionalism*, vol. 8, n. 1, 2019, 29.

²² Per un approfondimento su questo tema, M. R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Giuffrè, Milano, 2011, 547 e ss.

²³ Sui diritti fondamentali come vincoli costituzionali ai poteri pubblici sia all'interno degli Stati, ma anche fuori e contro di essi, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.

nascita di una «teologia economica», figlia del diritto globalizzato, che mina la capacità ordinante del diritto costituzionale, centrato, al contrario, sul paradigma della «teologia politica»²⁴.

Guardando, però, dal punto di vista endogeno al diritto costituzionale uno dei macro-fattori che, senza dubbio, sono alla base di questa crisi è un nuovo rapporto che si declina all'indomani del Secondo conflitto mondiale tra diritto costituzionale (e la sovranità che esso presuppone nel contesto nazionale) e diritto internazionale²⁵, che ha fatto parlare di due diverse matrici possibili di costituzionalismo: un «international constitutionalism» che «è basato sull'idea di diritti e principi universali che derivano la loro autorità da fonti esterne o precedenti agli stessi processi democratici»; e un «democratic constitutionalism» che «considera il diritto costituzionale come rappresentante degli impegni legali e politici e democraticamente sostenuti da una determinata nazione»²⁶. Una tensione nuova che attraversa le stesse nuove Costituzioni democratiche europee e che cerca di trovare una sintesi tra apertura al diritto internazionale e chiusura nei confini statali di una comunità politica che si auto-governa; rapporto dialettico che è ancora in atto nel Vecchio continente, e che dai costituzionalisti è stato designato con il nome di «Stato costituzionale aperto»²⁷. Questo fenomeno di apertura dello Stato costituzionale lo si nota plasticamente nella nostra Costituzione in norme come gli artt. 10 e 11 Cost., in cui per il «il diritto internazionale generalmente riconosciuto» (norme internazionali consuetudinarie) ad esempio l'art. 10 Cost. funge da clausola di adattamento automatico²⁸ con il solo limite del rispetto dei principi supremi²⁹, mentre nel caso dell'art. 11 Cost. si prevedono «limitazioni di sovranità» per la formazione di un'organizzazione internazionale che promuova la «pace e la giustizia tra le Nazioni».

In questo contesto si inserisce l'integrazione europea, che rimane un fenomeno regionale ma che sul costituzionalismo democratico ha influito più profondamente rispetto agli altri fattori sopra elencati. La differenza del diritto sovranazionale, infatti, in relazione al diritto internazionale generalmente inteso (consuetudinario o pattizio) è forte³⁰, perché il

²⁴ A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2012, 829 e ss.

²⁵ M. R. FERRARESE, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli Stati*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2017, 79 e ss.

²⁶ J. RUBENFELD, *Unilateralism and Constitutionalism*, in *New York University Law Review*, vol. 79, n. 6, 2004, 1999.

²⁷ Concetto nato all'interno della dottrina costituzionale tedesca su cui, P. RIDOLA, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, in *Nomos*, n. 2, 2018, 1 e ss.

²⁸ A. CASSESE, *Commento all'art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 544 e ss.

²⁹ Fatta eccezione per l'entrata nell'ordinamento italiano di una consuetudine che in contrasto con un principio supremo della Costituzione, su cui Corte cost., sent. n. 238 del 2014; in rapporto al diritto sovranazionale ci si può riferire al caso *Taricco*, Corte cost., ord. n. 24 del 2017.

³⁰ Basti pensare al diverso statuto che le norme sovranazionali hanno nel nostro ordinamento rispetto alle norme convenzionali. Su questo punto e in relazione al solo diritto dei Trattati, Corte cost., sent. n. 348 del 2007, Corte cost., sent. n. 349 del 2007 che fissano il carattere sub-costituzionale delle norme CEDU come parametro interposto dell'art. 117 comma 1 Cost., in cui i giudici costituzionali affermano che «le norme comunitarie [devono] avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento» e che «il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell'art. 11 Cost, nella parte in cui consente le limitazioni di sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire la pace e la giustizia fra le Nazioni» e che «il riferito indirizzo giurisprudenziale non riguarda le norme CEDU, giacché questa Corte aveva escluso, già prima di sancire la diretta applicabilità delle norme comunitarie

salto di qualità del primo rispetto al secondo risiede proprio nella formazione di un ordinamento giuridico *sui generis*, che costruisce il suo primato proprio sulla base delle cessioni di competenze degli Stati e che supera – tramite l’effetto diretto – lo schermo della sovranità. D’altra parte, come vedremo³¹, la realizzazione di quella che sarebbe poi diventata l’Unione europea è nata con l’idea di superare la teorica “chiusa” della sovranità nazionale e di costruire un ordine giuridico “complementare” che fosse in grado di “migliorare” il modello dello Stato nazione, permettendo di prendere in carico quelli che sono stati definiti i «nation-state failures», oppure addirittura in alcuni casi i «democracy failures»³². Le modificazioni del costituzionalismo democratico in relazione al fenomeno dell’integrazione sono state tante, infatti, e senza voler troppo approfondire un tema che verrà sviluppato più avanti, questa interazione ha comportato per il primo una rimessa in discussione di alcuni suoi capisaldi che ritornano di frequente come oggetto di riflessione negli studi costituzionali, di cui per fare qualche esempio: un certo tipo di dover essere del conflitto sociale e il rapporto tra Stato e mercato; la messa in discussione dell’intangibilità di alcuni principi supremi³³ definenti l’identità costituzionale della Costituzione italiana; il rapporto tra l’equilibrio dei poteri interni e la determinazione dell’indirizzo politico che hanno dovuto ri-declinarsi sulla base dell’influenza degli organi decisionali sovranazionali³⁴ in direzione di forme di governo multilivello; il sistema di produzione normativa che ha dovuto aprirsi all’entrata di “nuove” fonti provenienti da un altro ordinamento giuridico, dotate di efficacia diretta e che prevalgono su quelle nazionali; i rapporti tra Stato e regioni che sempre più risentono delle dinamiche sovranazionali e di tendenze centrifughe alla ricerca di un equilibrio sempre in tensione³⁵.

Non a caso, a proposito, di integrazione europea si è parlato di una «seconda grande trasformazione»³⁶ che ha interessato la Costituzione repubblicana italiana. Genesi di questa trasformazione è stata, infatti, il principio di *apertura* inscritto nella nostra Carta costituzionale, di cui la nascita dell’ordinamento sovranazionale e il processo di maggiore integrazione europea ne sono gli epifenomeni più evidenti. Per riagganciarsi al tema della crisi del costituzionalismo democratico, però, quello che si può dire in questa sede è che la crisi di un modello non necessariamente significa il suo superamento, ma può anche solo semplicemente indicare una sua ri-definizione, in cui quegli assi portanti del paradigma si rigenerano trovando una nuova conformazione che non potrà che svolgersi alla ricerca di un

nell’ordinamento interno, che potesse venire in considerazione, a proposito delle prime, l’art. 11 Cost. “non essendo individuabile, con specifico riferimento alle norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale”»; o anche la stessa Corte cost., sent. n. 49 del 2015 che parla esplicitamente di «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU».

³¹ Sull’evoluzione del processo di integrazione europea si approfondirà nel paragrafo 1 del capitolo 1 di questo lavoro.

³² C. JOERGES, *A new alliance of De-Legalization and Legal Formalism? Reflections on responses to the social deficit of the European Integration project*, in *Law and Critique*, vol. 19, n. 3, 2008, 235-253.

³³ M. CARTABIA, *Integrazione europea e principi inviolabili*, Giuffrè, Milano, 1995.

³⁴ Ad esempio, sul ruolo dei Parlamenti nazionali, T. GIUPPONI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2020, 176 e ss.

³⁵ A. MORRONE, *Tendenze del federalismo in Europa dopo la crisi*, in *Le Regioni*, n. 1, 2018, 13 e ss.

³⁶ M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell’età repubblicana*, in M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano, 2018, 399.

nuovo equilibrio dentro e fuori lo Stato-nazione³⁷. Un nuovo adattamento, dunque, che non potrà che svilupparsi in nome di una ricerca di un rapporto stabile e osmotico (seppur conflittuale) con l'altra componente che ormai strutturalmente compone il diritto pubblico europeo: il diritto sovranazionale. Come è stato giustamente ricordato, infatti, in riferimento al costituzionalismo democratico in «quella forma costituzionale affermata nel Novecento è condensato un patrimonio di portata plurisecolare, risalente agli inizi dell'età moderna» e che «bisogna dunque pensarci bene prima di annunciare, magari con una certa enfasi, l'avvento dell'età "post-democratica", e con essa magari di un'intera età "post-moderna"» poiché «i "tipi" si fanno e si disfano con fatica, attraverso percorsi intricati e contraddittori» e perché «la vicenda storica della Costituzione democratica è pienamente in corso, sia con riferimento specifico al Novecento e al secolo successivo, che è quello attuale, sia come parte storicamente definita della più ampia e risalente vicenda del costituzionalismo in Europa»³⁸.

3. Conflitti costituzionali e *questione sociale*: itinerario di una ricerca possibile

Una volta spiegato, dunque, da quali presupposti si parte e in quale contesto ci si inserisce, non ci resta che chiarire l'oggetto specifico di cui si interesserà questa ricerca e la pista ricostruttiva da cui si partirà. L'oggetto del lavoro si concentrerà sull'evoluzione dei rapporti tra ordinamenti nazionali e sovranazionale (escludendo, dunque, i rapporti con l'ordinamento internazionale³⁹) e, in particolare, si svolgerà attraverso uno studio del diritto giurisprudenziale. La scelta di delimitazione su questi due assi è dovuta a due ragioni: la restrizione del campo di ricerca e l'individuazione del *fil rouge* del lavoro nel cercare di fornire una spiegazione all'aumento dei conflitti costituzionali che si registrano nel diritto pubblico europeo. L'idea da cui si parte è, infatti, che la crisi del costituzionalismo democratico trova una sua possibile spiegazione nell'aumento delle tensioni con il diritto sovranazionale e che, in qualche modo, la risoluzione di questa crisi non possa che trovare delle risposte nell'interazione tra i due sistemi e in una nuova configurazione del diritto pubblico europeo *tout court*.

Da questo punto di vista il fallimento del Trattato costituzionale⁴⁰, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴¹, la Brexit, l'impatto della crisi migratoria e quella dei debiti sovrani (accompagnato dalla nuova emergenza COVID-19) non hanno fatto altro che evidenziare alcuni nodi insoluti del processo di integrazione europea, che si manifestano nel diritto giurisprudenziale nella forma

³⁷ G. ITZCOVICH, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2009, 34 e ss.

³⁸ M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica come autonomo «tipo» storico*, *op.ult.cit.*, 197-198.

³⁹ Non ci si occuperà, infatti, in questo studio della CEDU come peculiare forme di diritto internazionale e degli impatti della giurisprudenza della Corte EDU nell'interazione con l'ordinamento europeo e quello nazionale.

⁴⁰ Da alcuni visto come un «constitutional change» attraverso il diritto internazionale, B. DE WITTE, *Treaty Revision in the European Union: Constitutional Change through International Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35, n. 1, 2004, 51 e ss., e che altri hanno definito un «Post-constitutional Treaty», A. SOMEK, *Postconstitutional Treaty*, in *German Law Journal*, vol. 8, n. 12, 2007, 1121 e ss.

⁴¹ Su cui recentemente, G. AMATO, *La convenzione sul futuro dell'Europa e la Carta dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, 629 e ss.; A. MANZELLA, I. MÉNDEZ DE VIGO, *La Convenzione che costituzionalizzò l'Unione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, 626 e ss.

di un aumento dei conflitti tra Corti costituzionali e Corte di giustizia e che da alcuni decenni sembrano tendere a diventare strutturali. Se una motivazione principale alla radice di questo fenomeno proviene da una natura ancora irrisolta del processo di integrazione europea verso una piena integrazione politica tanto da renderla un «problema di diritto costituzionale»⁴², l'ipotesi ricostruttiva è che parte di questi conflitti siano correlati *anche* ad una differenza che sussiste tra i due ordinamenti in relazione all'approccio alla *questione sociale* e ad un latente valore storico del *mercato* a cui è ancora legato il diritto sovranazionale.

Per far ciò lo studio si dividerà in tre parti. Nel primo capitolo ci si occuperà di analizzare le principali teorie giuridiche che hanno fornito l'*habitus* teorico per leggere il processo di integrazione, partendo da posizioni metodologicamente di diritto internazionale (che riconoscono all'Unione un più o meno alto grado di concentrazione), ad approcci che valorizzano la sovra-statalità del diritto europeo, arrivando così al dibattito costituzionale che si è assestato su posizioni più di marca statalista (tramite un'impostazione monista o viceversa dualista degli ordinamenti) o su letture che interpretano l'integrazione come un *federalizing process*, giungendo, infine, poi alla lettura del *multilevel constitutionalism*, del pluralismo costituzionale fino alla teoria sui conflitti. A questo proposito, si cercherà di individuare la migliore lettura da adottare per studiare i rapporti tra ordinamenti e di verificare se già nel dibattito teorico sull'Unione europea si pongano dei riscontri sul tema dell'assenza della *questione sociale* e del latente valore storico del *mercato* nel diritto sovranazionale. Nel secondo capitolo si passerà all'analisi del diritto giurisprudenziale che verrà suddiviso in due blocchi: un primo in cui – dopo aver approfondito alcuni capisaldi del diritto sovranazionale come il primato, l'effetto diretto e lo sviluppo delle quattro libertà – si confronteranno i due sistemi, in maniera statica, su alcuni temi (principio di legalità, principio di non discriminazione ed eguaglianza sostanziale, libertà di impresa e il bilanciamento con interessi collettivi, i diritti di pressione democratica e il loro rapporto con il mercato) per vedere se si registrano diversi approcci nelle giurisprudenze delle Corti apicali; un secondo blocco in cui, invece, si analizzeranno, in maniera più dinamica, le diverse *perturbazioni* che hanno interessato i rapporti tra ordinamenti, di cui una prima si è sviluppata sul rispetto dei diritti fondamentali da parte del diritto sovranazionale, mentre una seconda ancora in corso si concentra sul complesso *discorso* sull'identità costituzionale che ha assunto la forma dell'identità costituzionale *stricto sensu* intesa, del giudizio *ultra vires* e del nuovo e recente fronte sulla definizione delle tradizioni costituzionali comuni. Nel terzo capitolo si proverà a sviluppare – sulla base delle risultanze del dibattito teorico e dell'analisi giurisprudenziale – una proposta che provi ad unire la *questione sociale* e il *discorso* sull'identità costituzionale nel diritto pubblico europeo, che si concentrerà su un nuovo e più centrale ruolo che dovranno svolgere le Corti costituzionali nello sviluppo delle dinamiche ordinamentali, ribadendo nelle conclusioni alcuni *caveat* che devono circondare la praticabilità e i limiti della proposta stessa.

⁴² G. AMATO, *L'integrazione europea come problema di diritti costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, 561 e ss.

CRITICA DELLE TEORIE SUL DIRITTO PUBBLICO EUROPEO

1. Il problema dell'*habitus* teorico per il processo di integrazione europea. – 2. L'Unione europea come organizzazione di diritto internazionale. – 3. Il sovranazionalismo e il carattere funzionalista dell'Unione europea – 4. L'approccio costituzionale: il processo di integrazione e la comparsa del dibattito sulla Costituzione europea. – 5. Le teorie federali sull'Unione europea e il *federalizing process* europeo. – 6. Il *multilevel constitutionalism* o un sistema costituzionale composito – 7. Il costituzionalismo difensivo e il suo legame con lo Stato (e il processo democratico). – 8. Le teorie del pluralismo costituzionale oltre lo Stato: le varianti. – 9. La prospettiva dei conflitti per leggere il processo di integrazione europea. – 10. Le teorie sul diritto pubblico europeo e il latente valore del mercato: il residuo di un vizio originario?

1. Il problema dell'*habitus* teorico per il processo di integrazione europea

Della natura dell'Unione europea – e prima ancora della CECA o della CEE – se ne parla ormai da più di 60 anni. Se ne incominciò a parlare dalla fine della Seconda guerra mondiale, quando si decise di perseguire un percorso di superamento delle asperità della logica di potenza degli Stati nazionali verso la costruzione di un'organizzazione internazionale di tipo regionale, che fin da subito ha acquisito una dimensione giuridica peculiare. È questa peculiarità che ha interessato generazioni di studiosi – quantomeno da entrambe le sponde dell'oceano – per cercare di comprendere la “forma” del processo di integrazione europea e per riuscire ad attribuirle un *habitus* teorico. Un interesse subito nato nel campo degli internazionalisti – da cui successivamente si è distaccata la “costola” dei comunitaristi – ma anche degli stessi costituzionalisti¹, che hanno incominciato ad intravedere (quest'ultimi) se non una crisi, quantomeno una trasformazione della loro disciplina. Una teoria, però, che, tranne in alcuni particolari momenti, ha dovuto “seguire” la realtà e prendere atto di alcuni cambiamenti epocali che hanno interessato il diritto pubblico europeo. In questo contesto così abbozzato, una riflessione che passi anche dalla formazione del diritto sovranazionale non può prescindere da una caratteristica che potremmo definire costitutiva: la sua imprescindibile matrice di diritto giurisprudenziale. Questo è un dato da tener fortemente a mente quando si discute di integrazione europea. L'equilibrio tra diritto politico e diritto giurisprudenziale è stato nel processo di integrazione squilibrato in maniera importante a favore del secondo e in antitesi, dunque, con i normali processi di *costituzionalizzazione* che hanno interessato gli Stati dell'Europa continentale. Da qui si giustifica l'interesse di questo studio sulla dimensione giurisprudenziale, che assume un

¹ Interessante richiamare a questo proposito, una *querelle* che avvenne ai tempi dell'approvazione del Trattato costituzionale tra alcuni eminenti studiosi di diritto costituzionale e di diritto europeo, da cui venne coniata la nuova espressione di *neocom*, inteso in senso dispregiativo per identificare i “neofiti” studiosi del diritto comunitario. A riprova della convergenza di più discipline giuridiche, G. AMATO, *Verso la Costituzione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2003, 291 e ss., a cui seguì la risposta, B. CONFORTI, *La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2004, 1 e ss., e A. TIZZANO, *I “neocoms” e la “scoperta” del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2004, 4 e ss..

carattere *sistemico* per comprendere l'evoluzione costituzionale dell'UE. Sarebbe un falso, però, sostenere che solo il diritto giurisprudenziale abbia caratterizzato l'incedere del processo di integrazione², ma sarebbe altrettanto da ingenui non riconoscere che soprattutto in alcune fasi salienti, il ruolo definito *federalizzante* o di *judicial activism*³ della Corte di giustizia è stato talmente rilevante da porre gli stessi architravi del diritto sovranazionale⁴. Tema complesso quello di cercare di identificare i motivi per cui l'ordinamento europeo ha avuto una tale origine e ha ritrovato nel diritto giurisprudenziale una tale matrice, ma sicuramente alcune delle ragioni che più di tutte risaltano agli occhi è la crisi dello Stato-nazione⁵ e un correlativo modello di *giurisdizionalizzazione* del potere⁶ che se non trova origine esclusivamente in UE, in questa si instaura in maniera molto incisiva.

L'apertura del modello dell'ordinamento giuridico statale e la formazione dell'Unione europea sono state allo stesso tempo la causa e l'effetto della crisi dello Stato-nazione a partire dal Secondo dopoguerra. La causa perché proprio la creazione di un ordinamento sovranazionale aveva come principale obiettivo – al di là delle logiche del mero diritto internazionale – quello di “depotenziare” l'onnicomprendività del concetto di sovranità nazionale, creando un ordinamento giuridico altro rispetto a quello degli Stati nazionali europei e a cui questi cedevano parte della loro sovranità. E un effetto anche perché conseguenza di questo processo è stato proprio l'indebolimento del modello dello Stato-nazione, o come forse sarebbe meglio identificarlo una sua definitiva *trasformazione*. Come è stato sostenuto in dottrina c'è stato, infatti, un passaggio da un modello di *Nation-State* a uno di *Member State*⁷. Risulta chiaro, dunque, all'occhio dello studioso che il processo di integrazione europea ha dovuto necessariamente procedere pari passo con una teorica che profilasse del concetto di sovranità una sua trasfigurazione⁸, una sua ricomposizione, una sua condivisione, arrivando nelle sue correnti più critiche a teorizzare la necessità di una sua definitiva scomparsa⁹.

² Altri momenti importanti del processo di integrazione europea hanno sicuramente valorizzato il diritto politico, a partire dalla firma Trattato istituyente la CECA nel 1952 o la CEE nel 1957, l'Atto unico europeo del 1986, fino a quello che si è trasformato da Maastricht in poi fino a Lisbona in una valorizzazione delle modifiche dei Trattati.

³ T. TRIDIMAS, *The European Court of Justice and Judicial Activism*, in *European Law Review*, vol. 21, 1996, 199, oppure anche un importante studioso italiano, G. F. MANCINI, *Attivismo e autocontrollo della giurisprudenza nella Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 2, 1990, 229-240.

⁴ Una piccola nota esplicativa per evitare fraintendimenti: si è a conoscenza della differenza esistente tra le due nozioni diritto comunitario e diritto europeo, ma per questioni di economia in questo lavoro utilizzeremo, in maniera onnicomprensiva, la formula diritto sovranazionale o – in alcuni casi in cui verrà precisato – quella di diritto europeo.

⁵ La letteratura è infinita e sarebbe inutile provare a riassumerla, ma il *topos* letterario evidentemente parte dal classico, seppur evidentemente non inteso in un senso completamente aderente al testo, S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, 1969, Milano.

⁶ A partire dal lavoro in cui si parla espressamente di *juristocracy* di R. HIRSCHL, *Towards juristocracy. The origins and the consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2007.

⁷ C. J. BICKERTON, *European Integration: from Nation-State to Member State*, Oxford University Press, Oxford, 2013.

⁸ Si guardi a questi fini il volume collettaneo, N. WALKER, *Sovereignty in transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

⁹ In Italia sicuramente l'autore più critico in questa prospettiva è stato, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1, 1996, 55 e ss.

Si è parlato in questo senso di una *costituzionalizzazione* del diritto internazionale e, d'altra parte, di una *internazionalizzazione* (insieme ad una europeizzazione) del diritto costituzionale¹⁰ che evidentemente – se ci si limita al continente europeo – non riguarda solo strettamente il processo di integrazione europea ma comprende anche il ruolo giocato dalla CEDU e dalla funzione proattiva giocata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in quell'ordinamento internazionale. È un processo, questo, che non riguarda solo il Vecchio continente, ma coinvolge una più generale riallocazione del potere in nuovi spazi aperti dai differenti processi di globalizzazione, che assume, dunque, anche la forma di una globalizzazione giuridica che si configura come «uno spazio giuridico globale»¹¹ sottoposto al governo di una *global polity*. Il fiorire di studi su questi cambiamenti epocali che hanno interessato il mondo del diritto – a partire quantomeno dalla fine degli anni '90 – mostra però, sì, una chiara valenza descrittiva dei processi di trasformazione del diritto e dei meccanismi di sua produzione a livello globale, ma nasconde anche un non troppo velato attacco al concetto di sovranità in nome della comparsa di una *Rule of Law globale*, che si occupa di svolgere un'opera di «decostruzione della sovranità»¹², di cui soprattutto le alte Corti sarebbero le custodi. Uno spazio giuridico globale di natura reticolare in cui il diritto si sgancia definitivamente dalla sua dimensione politica e democratica, per accedere ad un modello di «democrazia procedurale» in un contesto che si caratterizza per «a-democraticità»¹³.

A questo proposito, la tesi di Biagio De Giovanni – nata per rispondere a quelli che lui qualifica i “nemici” della sovranità politica – è interessante e acuta: egli ritrova come *fil rouge* delle critiche mosse alla sovranità politica, la volontà di liberarsi «della storia della sovranità come principio riconducibile ad arbitrio, nemico del diritto», mostrando nei suoi confronti «una sorta di repulsione, soddisfatti ora per intravederne e poterne celebrare quella che appare la sua irreversibile morte: viva il diritto, i diritti, abbasso la sovranità»¹⁴. Ma la sovranità politica – continua l'autore – va ricostruita in senso più complesso, slegandola sempre più dalla sua teorizzazione schmittiana – intesa nella sua forma di *stato di eccezione*¹⁵ – e sostenendo piuttosto una teorizzazione di «sovranità come mediazione» tra politica e diritto, che altrimenti restano «campi separati da ogni reciproca influenza»¹⁶. Senza voler entrare in queste annose questioni che meriterebbero ben altra attenzione, un dato, però, lo si può assumere: questo processo di *trasfigurazione* del concetto di sovranità ha portato con sé un inevitabile elemento di *de-politicizzazione* dello spazio pubblico europeo. Se, infatti, il diritto costituzionale, come scienza giuridica nata ed imbevuta delle dinamiche dello Stato

¹⁰ S. BARTOLE, *The internationalization of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, Hart Publishing, Oxford, 2020; A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2010; F. PALERMO, *Internazionalizzazione del diritto costituzionale e costituzionalizzazione del diritto internazionale delle differenze*, in *European diversity and autonomy papers* – EDAP, n. 2, 2009, at www.eurac.edu/edap.

¹¹ Il più importante studioso italiano di questi fenomeni è sicuramente Sabino Cassese, da cui si riprende l'espressione utilizzata nel testo, S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

¹² B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 297.

¹³ B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, op.cit., 295.

¹⁴ B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, op.ult.cit., 5.

¹⁵ Il riferimento ad un classico, C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè editore, Milano, 1984.

¹⁶ B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica* op.ult.cit., 28.

nazione, ha conosciuto come suo centro-motore un dato concetto di sovranità – inteso come *formalizzazione del politico* o addirittura come categoria della «mediazione» del politico¹⁷ – e un certo tipo di rapporto potere-diritti, questo viene posto ora davanti alla necessità di pensarsi *oltre* i confini dello Stato e di rimettere in questione il suo concetto fondativo, comportando necessariamente così una crisi del suo paradigma epistemologico. E sicuramente la comparsa del diritto sovranazionale si inserisce in questa traiettoria di *de-politicizzazione* della dimensione del diritto, che sempre più cerca la sua fonte di legittimazione in sé stesso – in una presupposta conoscenza tecnico-sapienziale dei giuristi¹⁸ oppure, nella maggior parte dei casi, nel discorso sulla protezione dei diritti fondamentali¹⁹ – o ancora in un suo accoppiamento concettuale con il mercato. Uno slegamento, dunque, della diade concettuale politica-diritto su cui si era retta la concettualizzazione dello Stato nazione, in cui era lo Stato a detenere il monopolio del politico – attraverso la fittizia contrapposizione con la società civile²⁰ – a partire dalla *Machina machinarum* di Hobbes. Questo è dunque lo sfondo teorico-concettuale in cui si svolge questa riflessione.

Ritornando, però, al nostro *case study*, ovvero l'evoluzione dei rapporti tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale, quello che ci interessa indagare è quali siano stati – una volta posto quantomeno il problema di un'eventuale e possibile separazione tra Stato nazione e costituzionalismo – i “punti di vista” assunti nel dibattito teorico per formalizzare il processo di integrazione europea. Si evidenzierà la ricchezza delle opzioni teoriche adottate e l'estrema varietà dei differenti approcci disciplinari ma, anche, quelle che potremo definire le necessità di giustificazione teorica. Come detto sopra, infatti, diverse sono state le discipline giuridiche che si sono interessate ad indagare la nascita del diritto sovranazionale, che hanno trovato quindi su questo *topos* una convergenza di ricerca. È necessaria, dunque, una rassegna delle principali posizioni in materia: da quelle più minoritarie che considerano ancora l'Unione europea come un'organizzazione internazionale, passando per quelle che riconoscono una natura sovranazionale all'ordinamento giuridico europeo, a chi, infine, decide di indossare le “lenti” del diritto costituzionale e spinge per il riconoscimento di una nuova forma di costituzionalismo a livello europeo, che può avere un determinato grado di rapporto e di *embricazione* con il costituzionalismo democratico nelle sue differenti varianti delle letture federali, *multilevel*, pluraliste o conflittuali. Oltre, però, a provare a fare un po' di ordine e cercare di svolgere un'opera compilativa di mappatura, c'è un ulteriore punto che interessa approfondire. Una questione che evidentemente è legata ad un *tratto genetico* dell'ordinamento europeo e che influisce sulla “forma” che ha assunto il processo di integrazione europea: la nascita di un Mercato unico. Questa idea è presente fin dagli inizi della nascita delle istituzioni europee, a

¹⁷ Cfr. B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica op.ult.cit., passim*.

¹⁸ A titolo solo esemplificativo di una letteratura vastissima sull'argomento, si guardi il dibattito che molto spesso intercetta il tema dei limiti e confini dell'interpretazione, F. MODUGNO, *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3, 2014, a cui risponde M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*. Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016.

¹⁹ Per una panoramica dettagliata e illuminante sull'evoluzione e sulle varie dottrine sui diritti fondamentali, intesi anche come meta-valore di legittimazione, P. COSTA, *I diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*. Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008.

²⁰ Cfr. P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino, 2016.

partire dalla *Dichiarazione Schuman*²¹ del 1950 che diede avvio alla nascita della CECA nel 1952:

«il contributo che un'Europa organizzata e vitale può apportare alla civiltà è indispensabile per il mantenimento di relazioni pacifiche, [...] L'Europa non è stata fatta: abbiamo avuto la guerra»

E l'evitarsi della guerra sarà possibile, secondo l'allora ministro degli Esteri francesi, solo con:

«la creazione di questa potente unità di produzione, aperta a tutti i paesi che vorranno aderirvi e intesa a fornire a tutti i paesi in essa riuniti gli elementi di base della produzione industriale a condizioni uguali, [che] getterà le fondamenta reali della loro unificazione economica.»

Una messa in comune di determinate risorse strategiche come il carbone e l'acciaio sotto l'egida e il controllo di un'Alta autorità con chiare competenze di matrice sovranazionale e tecnocratica erano, dunque, viste come funzionali alla creazione di un mercato. Il mercato, difatti, era considerato come l'unica condizione soddisfacente per superare le strettoie della lotta tra sovranità nazionali e garantire il meta-valore giuridico della pace nel Vecchio continente, nella forma di una «civitas maxima»²² europea. In seguito, come sappiamo, il progetto della CECA venne superato da un più generale e più ambizioso progetto di creazione di una comunità economia europea, che non a caso prese il nome di CEE nel 1957²³ con la comparsa delle quattro libertà (libera circolazione dei beni, dei servizi, dei lavoratori e dei capitali) per poi porsi – nell'Atto unico europeo del 1987 – l'obiettivo primario della piena realizzazione del Mercato unico comune (MEC) dopo la crisi degli anni '70. Qui trova origine l'idea di una «certaine idée de l'Europe»²⁴ sposata dalle élite politico-economiche, che ha accompagnato fino ad oggi come *leitmotiv* il processo di integrazione europea e che considera la *decisione politica fondamentale* sull'Europa figlia di una logica conseguenza dell'integrazione economica. Integrazione economica, e non necessariamente politica, perché da molte parti è stato sostenuto come un'effettiva *costituzionalizzazione* dello spazio pubblico europeo non sia auspicabile, comportando il rischio di un ritorno alla forma di un super-Stato europeo²⁵.

²¹ *Dichiarazione Schuman* – 9 maggio 1950, in www.europa.eu.

²² Riprendendo l'espressione kelseniana, recentemente richiamata in relazione alla funzione dell'Unione europea come istituzione stabilizzatrice della pace grazie al mercato, R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, 863.

²³ Preceduta dal *rapporto Spaak*, altro documento importante per lo sviluppo delle istituzioni sovranazionali (al pari della *Dichiarazione di Schuman*), presentato il 29 maggio 1956 ad un comitato intergovernativo dei ministri degli esteri europei già aderenti alla CECA e che aveva il compito di definire le traiettorie di sviluppo della futura CEE e dell'EURATOM. Il rapporto si concentrò su tre punti principali: mercato comune, politica energetica e politica dei trasporti e rappresentò l'asse portante di sviluppo delle Comunità per gli anni a venire.

²⁴ Parafrasando la famosa formula utilizzata da P. PESCATORE, *“The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community”*, in *European Law Review*, vol. 40, n. 2, 1983, 155; che non è quella sostenuta da P. BOUCHÉRON, T. NEGRI, T. PIKETTY, M. REVAULT D'ALLONNES, E. ROUDINESCO, *Une certaine idée de l'Europe*, Editions Flammarion, Paris, 2019.

²⁵ Numerosi sono gli studiosi del processo di integrazione europea che – in particolare nel periodo di elaborazione del Trattato costituzionale – hanno manifestato avversità se non verso una piena integrazione politica, ma quantomeno verso una piena *costituzionalizzazione*, letta come necessaria *statalizzazione* non auspicabile. Il più noto è sicuramente, J. H. H. WEILER, *In defence of the status quo: Europe's constitutional Sonderweg*, in J. H. H. WEILER, M. WIND (eds.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 7 e ss.

L'attenzione si concentrerà, pertanto, sulla connessione scaturita tra un diritto *de-politicizzato* – staccato dallo Stato come suo centro principale di produzione – e sempre più in un binomio concettuale con l'economia e la piena implementazione del mercato. Centrale a questo proposito sarà l'approfondimento della dottrina neo-funzionalista e di due sue fortunate idee: l'effetto di *spill-over*, che tanta influenza trasversale ha avuto nel pensiero giuridico europeo degli ultimi decenni e la concettualizzazione del mercato come spazio di unificazione economica che precede e non può che comportare (come sua logica conseguenza cartesiana) l'unificazione politica. È su questa nuova coppia diritto costituzionale-mercato che si è giocata, si gioca e si giocherà una parte importante del processo di integrazione europea, in cui la Corte di giustizia – come vedremo – è uno degli attori centrali dello scacchiere. Il suo ruolo è stato determinante nell'abbattimento di tutti quelli ostacoli al pieno dispiegamento delle *economic liberties* – pilastri del Mercato comune – attraverso quella che, in letteratura, è stata definita un'opera di «negative integration»²⁶, portando avanti quel progetto di *Integration through law*²⁷, rivendicato come tratto distintivo dell'integrazione europea. Un processo che ha permesso in determinati periodi della Storia europea di essere considerata come «un benvenuto bypass per superare i potenziali blocchi politici»²⁸ e di qualificare la sua scelta di costituzionalizzazione delle libertà economiche²⁹ come un benigno «motor of integration»³⁰. L'obiettivo sarà cercare di comprendere quanto di questi elementi sia presente nella speculazione teorica sul processo di integrazione europea e quanto il pensiero giuridico europeo abbia degli strumenti per comprendere e valutare la presenza di questo latente valore di mercato. Un'attenzione particolare, per evidenti affinità, verrà riservata alle teorie che sposano l'*approccio costituzionale* (con la correlativa attenzione al rispetto dei diritti fondamentali), in modo da poter indagare quanto questa impostazione abbia influenzato lo sviluppo del diritto sovranazionale e contaminato le radici stesse del diritto pubblico europeo.

2. L'Unione europea come organizzazione di diritto internazionale

L'idea che l'Unione europea sia – ancora allo stato attuale – una seppur peculiare organizzazione di diritto internazionale è sostenuta da una parte minoritaria, seppur autorevole, della letteratura europea. Seppur nelle fasi iniziali siano stati proprio gli internazionalisti ad approcciarsi per primi allo studio del processo di integrazione³¹, molti di loro sono arrivati a riconoscere una natura peculiare al diritto sovranazionale e una sua progressiva fuoriuscita dalla sfera del diritto internazionale sulla base di una serie di motivazioni che proveremo ad enucleare. Un'importanza centrale è riconosciuta senza

²⁶ Tra i tanti, F. W. SCHARPF, *De-constitutionalisation of European Law: The Re-empowerment of Democratic Political Choice*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The division of competences between the EU and the Member States*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 290.

²⁷ Cfr. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. H. WEILER, *Integration through law: Europe and the American Federal Experience*, W. De Gruyter, Berlin-New York, 1985.

²⁸ F. W. SCHARPF, *De-constitutionalisation of European Law*, *ibid.*

²⁹ Come vedremo nel paragrafo 3 del capitolo 2.

³⁰ T. HORSLEY, *Reflections on the role of the Court of justice as the "Motor" of European Integration: legal limits to judicial lawmaking*, in *Common market law review*, vol. 50, n. 4, 2013, 961 e ss.

³¹ P. PESCATORE, *The law of integration. Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*, Sijthoff, Leiden, 1974

dubbio – oltre che da un progressivo superamento della regola dell’unanimità tipica del modello intergovernativo di marca internazionalistica negli organi di governo dell’Unione e dal potenziamento degli organi più prettamente sovranazionali tra di essi – alla “costituente” giurisprudenza della Corte di giustizia che ha cambiato negli anni ‘60 il verso del processo di integrazione. Il *turning point* che fa cambiare “volto” all’ordinamento europeo, permettendogli di allontanarsi sempre più dalla dimensione del diritto internazionale è per l’appunto la giurisprudenza *Van Gend en Loos* e *Costa-Enel*³², pronunce capostipiti del riconoscimento del principio dell’effetto diretto e del primato³³, che la stessa Corte di giustizia non ha indugiato nel definire il «fondamento giuridico»³⁴ dell’allora Comunità. In una prima parte, dunque, in questo paragrafo proveremo ad evidenziare – prendendo come *exempla* alcuni importanti articoli scritti sul tema – quali siano state le motivazioni che hanno fatto propendere la dottrina maggioritaria per il riconoscimento di un’autonomia del diritto sovranazionale, per poi, in una seconda fase, presentare quali siano i punti nodali e le argomentazioni apportate da quella dottrina che ancora considera l’Unione europea un’organizzazione di diritto internazionale.

Pierre Pescatore in un suo noto articolo³⁵ del 1970 si interrogava sulla differenza tra il diritto internazionale e il diritto sovranazionale, svolgendo un’analisi comparativa delle similitudini e delle differenze tra i due ordinamenti giuridici. L’obiettivo dell’indagine era in definitiva quello di individuare «la natura della costituzione e del carattere giuridico delle relazioni riguardanti la struttura ordinamentale della Comunità»³⁶ e di riscontrare alcune differenze costitutive con il diritto internazionale. Già ad una prima analisi per Pescatore una diversità si riscontra nell’approccio, perché mentre il diritto internazionale si presenta come diritto della *coordination* che «è basato sul presupposto implicito che l’interesse nazionale prevale ad ogni stadio e, in particolare, in ultima istanza al di là di ogni considerazione», il diritto sovranazionale, invece, si caratterizza per essere un diritto della *integration*³⁷ che «presuppone la definizione di un comune interesse tra due o più Stati in aree essenziali, come la sicurezza o gli affari economici, ed è strutturato all’interno delle relazioni interstatali sulla base di un atteggiamento di solidarietà in modo tale che l’interesse generale prevalga sulle

³² Che tratteremo approfonditamente nel paragrafo 2 del capitolo 2.

³³ Temi su cui ormai la letteratura è arrivata a riempire intere biblioteche, si segnala a questi fini l’interessante convegno svoltosi presso la Corte di giustizia per il 50° anniversario della sentenza *Van Gend en Loos*, A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (*Comité organisateur*), *50ème anniversaire de l’arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, 2013, reperibile in www.curia.europa.eu.

³⁴ Corte giust. 15 luglio 1964, C- 6/64, *Costa-Enel*.

³⁵ P. PESCATORE, *International law and Community law – a comparative analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 7, n. 2, 1970, 167–183.

³⁶ Per il carattere non nazionale della ricerca, ci si confronterà molto spesso con una letteratura non italiana. Per una maggiore facilità e speditezza del lavoro, si è scelto, però, ogni qualvolta si citeranno lunghi passaggi parafrasati da articoli stranieri, di proporre una traduzione personale e, per quanto possibile, letterale dei brani citati. Nel caso in cui, però, ci si riferisca a semplici e concise definizioni o brevi incisi presi da autori stranieri, si è scelto di mantenere la lingua originale per una questione di fedeltà al testo.

³⁷ A questo proposito un altro grande studioso del diritto europeo ha parlato di un processo di «apertura della costituzione nazionale», di «fine dell’esclusività costituzionale degli Stati» e di Unione europea come «organizzazione internazionale di integrazione», in, V. CONSTANTINESCO, *Contenu et structure de la Constitution*, in R. BIEBER, P. WIDMER (éds.), *L’espace constitutionnel européen, Der europäische Vergassungsraum, The European constitutional area*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995, 97 e ss.

motivazioni di difesa dell'interesse»³⁸. Da questo intimo carattere del diritto sovranazionale si riscontra «l'originalità della struttura istituzionale della Comunità» che non può essere ridotta ad un sistema di relazioni *inter-statali* ma che – pur avendo alcuni elementi di similitudine – si differenzia dal diritto internazionale, per la presenza nella sua struttura istituzionale di istituzioni indipendenti e di procedure comunitarie-parlamentari, che sempre più nel corso del tempo si sono costruite sulla regola maggioritaria, che hanno permesso la formazione di una «volontà comune in vista di comuni obiettivi» e che hanno, infine, portato a concepire la struttura della Comunità al servizio di un «comune interesse»³⁹.

Scendendo nello specifico delle due tipologie di ordinamenti, un secondo elemento di differenziazione riguarda, invece, «l'originalità delle fonti del diritto comunitario» che nascono nell'alveo delle procedure del diritto internazionale ma che «sono più del legame di mutue obbligazioni o di un sistema di norme giuridiche. Essi sono anche la costituzione di un sistema di istituzioni che sono capaci di prendere decisioni, e cosa più importante di legiferare», arrivando a contenere all'interno della Comunità europea «un sistema di produzione legislative “self-regulation” che permette di reagire ai nuovi problemi e ad adattarsi al cambiamento delle circostanze nello stesso modo di un organismo vivente»⁴⁰. Questo comporta, come conseguenza quasi necessaria, un cambiamento nell'interpretazione del diritto sovranazionale rispetto al diritto internazionale: mentre nel secondo l'interpretazione è «un processo che è necessariamente statico perché il suo oggetto è di definire l'applicazione delle reciproche obbligazioni», con in più la chiara tendenza «a guardare indietro per vedere quale fosse l'intenzione delle “parti” al momento della stipulazione dell'accordo», nel primo invece gli stessi *drafters* dei Trattati hanno scelto di individuare *obiettivi* definiti al posto di specifiche norme che hanno portato allo sviluppo di un'interpretazione degli stessi «di tipo dinamico perché in funzione dei comuni obiettivi stabiliti dagli Stati membri, una particolare visione del futuro – una “prospettiva” per utilizzare un'espressione di attualità»⁴¹. Questo è un metodo interpretativo che si ritrova in molte pronunce della Corte di giustizia e che definisce «essenzialmente un metodo di interpretazione *teleologica*», in cui sempre più vengono utilizzati concetti come «economic interpenetration» o «unity of the market» o «free circulation» e che solo grazie a questi – rappresentanti gli obiettivi della Comunità – «lo scopo del Trattato può essere chiarificato»⁴².

Un ulteriore punto dirimente è «l'originalità del sistema giurisdizionale» della Comunità perché «al posto di una debole garanzia data dall'applicazione del principio di reciprocità e dal metodo del controllo volontario e in contrasto con la relatività che è la caratteristica comune di tutto il sistema della vita internazionale, la Comunità ha stabilito un *set* di rimedi giurisdizionali che sono sia oggettivi che effettivi»⁴³. Il sistema di controllo giurisdizionale comunitario, in definitiva, è in grado di garantire – a differenza della debole giurisdizione internazionale – tutta una serie di controlli giudiziari (revisione delle decisioni delle istituzioni, possibile invocazione della responsabilità della Comunità o problemi di

³⁸ P. PESCATORE, *International law and Community law*, op.cit., 169.

³⁹ P. PESCATORE, *International law and Community law*, op.ult.cit., 170-171.

⁴⁰ P. PESCATORE, *International law and Community law*, op.ult.cit., 172.

⁴¹ P. PESCATORE, *International law and Community law*, op.ult.cit., 173.

⁴² P. PESCATORE, *International law and Community law*, op.ult.cit., 174.

⁴³ P. PESCATORE, *International law and Community law*, op.ult.cit., 176.

interpretazione del diritto sovranazionale presso le corti nazionali) e soprattutto si caratterizza per essere accessibile non solo alle istituzioni «ma anche agli individui» e per non essere soggetto «al principio dell'esaurimento dei rimedi interni»⁴⁴. Su questo punto, in particolare, e quindi indirettamente sul contributo fondamentale della giurisprudenza della Corte di giustizia, si concentra il maggior consenso in dottrina sul superamento della dimensione internazionale dell'Unione⁴⁵.

Per Pescatore, dunque, il diritto sovranazionale conserva sicuramente alcuni tratti del diritto internazionale, riscontrabili ad esempio nella procedura di revisione dei Trattati che presenta gli Stati membri come «a constituent power» (questo legato sicuramente alla sua «inter-state nature») anche se questo dato non è sempre da sopravvalutare perché si sono già manifestati casi come il compromesso di Lussemburgo⁴⁶ che hanno rappresentato plasticamente come un accordo politico *informale* abbia “sbloccato” l'*impasse* del processo di integrazione europea, mantenendo «la struttura della costituzione della Comunità [...] intatta». A sostegno delle tesi del superamento dell'origine internazionale⁴⁷ si potrebbe indicare anche la stessa possibilità prevista dai Trattati di perseguire «un'azione legale da parte di uno Stato membro contro un altro Stato membro», che sarebbe da ascrivere ad una classica situazione rientrante in un contenzioso internazionale ma che si dimostra in realtà, nei fatti, scarsamente se non per nulla perseguita dagli Stati membri, al posto di un forte utilizzo della procedura di infrazione da parte della Commissione. Nei suoi elementi distintivi in conclusione, il diritto comunitario – anche se «non ha rotto ogni legame con il diritto internazionale» – è fuoriuscito ormai dalla dimensione internazionalistica, perché guardando anche all'evoluzione e all'utilizzo *in action* di alcuni strumenti giuridici presenti nei Trattati si dimostra «sulla più avanzata frontiera di un diritto di cooperazione pacifica», in cui la forte presenza dei principi di solidarietà e di integrazione giungono «ai confini del federalismo»⁴⁸.

Dall'altra parte invece – con posizioni teoriche opposte – si trova parte della dottrina costituzionalistica che considera ancora l'Unione europea un'organizzazione di diritto internazionale. La tesi di Pfersmann⁴⁹ è che l'Unione europea abbia sì una costituzione, ma intesa nel suo senso normativista secondo il quale «se c'è un nuovo tipo di ordinamento giuridico così stabilito e stabilito come un sistema dinamico, per questi motivi questo nuovo sistema ha una costituzione, regolata da un insieme di norme risultanti dall'esplicito accordo

⁴⁴ P. PESCATORE, *International law and Community law*, *op.ult.cit.*, 177, ma su questo tema anche, F. PICOD, *Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (*Comité organisateur*), *op.cit.*, 81 e ss.

⁴⁵ D'altra parte è la stessa Corte di giustizia a passare dal definire la Comunità «un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani» nel caso *van Gend en Loos*, a «un ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri» ai quali «sia pure in campi circoscritti [gli Stati hanno ceduto] i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritti vincolante per i loro cittadini e per loro stessi» nel caso *Costa-Enel*.

⁴⁶ Epilogo della “crisi della sedia vuota” della Francia di De Gaulle nel 1966.

⁴⁷ Su posizioni affini a quella presentate nel testo e sulla comparazione con il caso statunitense, A. LA PERGOLA, *Residui “contrattualistici” e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1969.

⁴⁸ P. PESCATORE, *International law and Community law*, *op.ult.cit.*, 182.

⁴⁹ O. PFERSMANN, *The new revision of the old Constitution*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 2-3, 2005, 383-404,

di tutte le parti in un trattato concepito sotto l'egida del diritto pubblico internazionale»⁵⁰. In questo senso, la Costituzione è elemento imprescindibile senza il quale non può esistere un ordinamento giuridico che si sostanzia in un «set di norme che organizzano le [sue] future dinamiche» e che prevede per un'organizzazione che resta pur sempre di diritto internazionale ma che si caratterizza nell'aver «un alto grado di centralizzazione» e con «l'abilitazione di creare norme e garantendo la competenza ai nuovi organi di creare altre norme»⁵¹. Il problema, però, a questo punto, diventa individuare una differenza tra un'organizzazione internazionale e uno Stato propriamente detto, tenendo a mente che ogni ordinamento giuridico ha per definizione una Costituzione, intesa come norma sulla produzione o *Grundnorm*. Per Pfersmann, pertanto, la linea di demarcazione, in particolare per il caso dell'Unione europea, va individuato nel punto in cui gli Stati membri sono privati del potere di decidere la distribuzione delle competenze dell'organizzazione internazionale. L'eco è evidentemente alla nota dottrina tedesca della *Kompetenz-Kompetenz* che porta a far affermare all'autore che l'art. 48 TUE – che prevede il meccanismo di revisione dei Trattati – rimane ancora nel campo del diritto internazionale, restando la prerogativa «di attivare queste revisioni di esclusiva competenza degli Stati membri»⁵². Qui si trova la differenza di *qualità* che impedisce all'UE di abbandonare la sfera del diritto internazionale e di restare un ordinamento non dotato di autonomia ma di tipo derivato perché *dipendente* dalla volontà degli Stati membri⁵³. Pertanto, la differenza tra uno Stato e un'organizzazione internazionale con un alto livello di centralizzazione come l'Unione europea sta nel fatto che la competenza di distribuire le competenze resta una prerogativa statale e rimane tale, finché in maniera unilaterale non viene trasferita all'Unione europea. La sua dinamicità e la capacità di produrre normazione secondaria se per Pescatore era un segno che faceva propendere per individuare un cambio di paradigma del diritto sovranazionale, per Pfersmann sono solo il segno di un maggior grado di concentrazione di questa organizzazione internazionale, ma non un suo cambio di qualità. La *constitutional competence* in Unione europea rimane pertanto esterna, sotto il controllo degli Stati e caratterizzata dunque dall'*eterenomy*. In uno Stato invece la *constitutional competence* è interna, inteso per Stato quell'ordinamento giuridico dotato di *autonomy*.

Spostando, invece, l'analisi sulla dimensione più precipua dei rapporti tra gli ordinamenti statali e quello sovranazionale secondo Derosier⁵⁴ la tesi del carattere internazionale dell'Unione europea si giustifica attraverso l'esistenza di limiti costituzionali invalicabili all'integrazione presenti nelle Costituzioni degli Stati membri, che impediscono, dunque, la produzione di norme di diritto primario e l'applicazione di norme di diritto derivato dell'Unione europea. Questi sono identificabili nei *principes constitutionnels structurellement absolus*, ovvero la sovranità («intesa come competenza di determinare le competenze e direttamente legata, in questo senso, alla supremazia delle norme costituzionali, che non può essere né trasferita, né condivisa») e un certo numero minimo di

⁵⁰ O. PFERSMANN, *The new revision*, *op.cit.*, 388.

⁵¹ O. PFERSMANN, *The new revision*, *op.ult.cit.*, 389.

⁵² O. PFERSMANN, *The new revision*, *op.ult.cit.*, 390.

⁵³ È il controllo del meccanismo di revisione – soggetto ancora alla regola internazionalistica dell'unanimità – il *discrimen* che fa propendere per una conclusione di tal sorta.

⁵⁴ J. P. DEROSIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, Paris, 2015.

competenze che devono restare sotto il controllo dello Stato, oltre ai *principes constitutionnels formellement absolus*, come la garanzia del principio democratico, il principio della separazione dei poteri e un rispetto minimo dei diritti fondamentali. Se nell'analisi di Pfersmann l'attenzione è riposta sulle norme dei Trattati riguardanti il funzionamento delle istituzioni europee e dei meccanismi di revisione, in questa analisi ci si concentra maggiormente sulle ricadute che l'integrazione europea ha avuto sugli ordinamenti degli Stati membri. Da qui l'enucleazione di limiti costituzionali statali che definiscono i rapporti tra ordinamenti. Questi principi, in definitiva, rappresentano per Derosier un *noyau constitutionnelle identitaire* presente nel diritto costituzionale positivo degli Stati membri, limite giuridico non oltrepasabile dal processo di integrazione europea in mancanza di una definitiva rivoluzione giuridica⁵⁵. Non che questo non sia possibile *in potentia* ma adottando questo tipo di autori un approccio rigidamente kelseniano, considerano un tale avvenimento al di là di un'indagine giuridica della forma dell'Unione europea, sfociando nel campo di interesse di altre discipline che si interessano di fenomeni politici *lato sensu*.

Nella letteratura che descrive l'Unione europea come un'organizzazione di diritto internazionale, però, si presenta anche una terza posizione che non adotta una lettura esclusivamente normativista. La tesi sostenuta da Bin è che l'Unione europea sia un'organizzazione internazionale che «opera in un ambito materiale limitato» sulla base del «principio di attribuzione»⁵⁶ che si trova «scritto e ripetuto nei primi articoli del Trattato dell'Unione europea (con particolare chiarezza negli artt. 4 e 5)». Per questi motivi, l'autore legge «i conferimenti di poteri alle istituzioni europee» come «un'eccezione alla regola che si riassume nel concetto di “sovranità”, appellativo proprio dello Stato: [che] in quanto deroga va interpretato restrittivamente»⁵⁷. La base costituzionale delle limitazioni di sovranità rimane pertanto l'art. 11 Cost.⁵⁸, che, però, non permette una generale acquiescenza verso un passaggio di sfere di sovranità (e quindi di competenze) verso l'UE, ma tutt'al contrario «l'art. 11 Cost. fissa condizioni precise perché si possa decidere di *limitare* la sovranità italiana a favore di essa»⁵⁹. Nulla di nuovo ad una classica ricostruzione dualista: il diritto sovranazionale è un ordinamento derivato, che trova la sua legittimazione nelle clausole costituzionali che hanno permesso la realizzazione del processo di integrazione europea, ma che ha per l'appunto dei limiti alla sua espansione⁶⁰. Due punti paiono chiari da questa

⁵⁵ Il riferimento evidentemente va al significato di rivoluzione giuridica nella teoria kelseniana, cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952.

⁵⁶ R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione. Una conclusione*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 3, 2019, 906.

⁵⁷ R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali*, *op.cit.*, 907.

⁵⁸ Una posizione sostenuta da buona parte della letteratura costituzionalistica italiana fino a pochi decenni fa, tra l'altro, che ha da sempre favorito una lettura dualista del rapporto tra ordinamento nazionale e sovranazionale e che trova il suo fondamento nello spartiacque segnato dalla famosa sentenza *Granital* (Corte cost. sent. n. 170 del 1984) della nostra Corte costituzionale, su cui F. SORRENTINO, *Brevi osservazioni sulle leggi contrastanti con norme comunitarie: incostituzionalità e/o disapplicazione?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 1977, 3239 e ss. Si segnala da ultimo su posizioni simili, O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 ottobre 2019.

⁵⁹ Più nello specifico, “necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni” ed «è una clausola che sottopone la limitazione alla condizione che sia *necessaria* al mantenimento dell'ordinamento e che questo sia risolto a favore di certi obiettivi», in, R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. In margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, 770.

⁶⁰ Basta solo ricordare che il punto di vista della Corte di giustizia è da lungo tempo in disaccordo con questo tipo di lettura, parlando di un carattere originario dell'ordinamento sovranazionale. Ma non è la possibile

ricostruzione: il carattere *derivato* dell'ordinamento europeo si desume dalla presenza della clausola costituzionale nazionale⁶¹ che abilita la cessione di sovranità – che rimane il *pilier* a cui bisogna far riferimento – mentre il suo carattere *limitato* si deduce dal principio di attribuzione presente nei Trattati. Resta un *però* molto rilevante che riguarda il ruolo attribuito dai Trattati alla Corte di giustizia: «l'interpretazione del trattato – e di conseguenza delle clausole di attribuzione delle competenze – spetta alla Corte di giustizia. È a essa che spetta il compito di definire le attribuzioni contenute nei Trattati e perciò l'ambito di applicazione del diritto europeo, e quindi delle sue stesse competenze». Ma il problema della definizione delle sue competenze – come ci ricorda l'autore – non è mai stato affrontato in maniera risolutiva dalla Corte di giustizia: «anche perché “definire” significa “limitare” e, in questo senso, “auto-limitare”. Perché un organo dovrebbe auto-limitarsi se non per evitare conflitti con altri organi?»⁶².

Tuttavia, ad una visione più attenta, questa impostazione di recente assunta da parte della dottrina italiana permette una riflessione aggiuntiva. Questa ricostruzione di stampo internazionalista dell'UE sembra andare incontro ad un tentativo di rimozione pressoché totale dei fasti con cui – in particolare nella prima decade degli anni 2000 – si abbondava dell'utilizzo del linguaggio costituzionale in riferimento all'UE⁶³, in linea con il grande ottimismo dello spirito dei tempi. Il seguito lo conosciamo: il fallimento del Trattato costituzionale, ma soprattutto l'arrivo della crisi economica, ha influenzato e ri-direzionato – come inevitabile – la riflessione speculativa degli studiosi. Queste letture “costituzionali” del fenomeno dell'integrazione europea, che dimostrano di avere ancora molti sostenitori anche tra i più autorevoli membri della comunità del diritto costituzionale, adottano per lo più l'approccio del costituzionalismo multilivello o del pluralismo costituzionale, in cui le dinamiche ordinamentali vengono risolte nel rapporto tra giurisdizioni attraverso l'icastica formula di “dialogo tra i giudici”. È contro queste letture in realtà che si rivolge la critica di Bin, che “declassa” in questo senso la lettura costituzionale sull'UE, ristabilendo nella sua visione la tesi internazionalista. In questo senso, può essere definita un'operazione di *retroguardia* verso i fasti del passato. Tre potrebbero essere, in sintesi, i punti su cui si concentra la critica dell'autore. La prima riguarda l'inquadramento degli obiettivi perseguiti dall'UE in quanto organizzazione a fini limitati: un ordinamento «finalisticamente disegnato dall'obiettivo dell'unificazione del mercato» che nonostante non sia più l'unico perseguito resta l'obiettivo «storico»⁶⁴ e che quindi non è un ordinamento a competenza generale come lo Stato. La seconda riguarda la presenza in UE di uno strutturale «deficit

conciliabilità di questi due punti di vista strutturalmente opposti che interessa perseguire: questa sarebbe un complicato esercizio retorico, ma senza nessuna valenza giuridica anche perché come ha ricordato lo stesso Bin il processo di integrazione europea si è spesso potuto realizzare proprio grazie ad un dialogo «se non tra sordi, tra soggetti che non pretendano di sentire nitidamente ogni singolo suono» in, R. BIN, *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014, 10.

⁶¹ Con tutt'altra lettura dell'art. 11 Cost., R. MASTROIANNI, *L'art. 11 preso sul serio*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 3, 2018, VI e ss.

⁶² R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione. Una conclusione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 907.

⁶³ A partire da un periodo storico che va dalla *Dichiarazione di Laeken* e dall'adozione della *Carta dei diritti fondamentali dell'Europa*, per poi arrivare all'apertura dei lavori della *Convenzione europea per il futuro dell'Europa* che era stata incaricata di proporre un Trattato costituzionale.

⁶⁴ R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali op.cit.*, 906.

politico, prima ancora che democratico» causato dal fatto «che la politica ha lasciato il campo libero al dominio del mercato e del capitale finanziario»⁶⁵. E, infine, il terzo riguarda la teoria della “miglior tutela possibile dei diritti fondamentali” o del *maximum standard* che non ci si ritrae dal definire «profondamente sbagliata» perché nata sul presupposto di uno *ius commune* dei diritti fondamentali, che si basa su un definitivo superamento della teoria delle fonti, che si confonde sempre più con la teoria dell’interpretazione, all’insegna di una soluzione di giustizia «in nome dei valori», aggirando «il problema dei confini tra ordinamenti e giurisdizioni»⁶⁶: riflessione poi confluita nella formula iconica «critica della teoria dei diritti»⁶⁷. La determinazione quindi dell’UE come organizzazione di tipo internazionale pare più figlia di queste critiche, che qui potremmo definire di natura più *materiale*. Da leggere, dunque, più come una difesa della specificità materiale del costituzionalismo democratico e del suo armamentario costituzionale, in maniera simile alle teorie del costituzionalismo difensivo, ma che, ad ogni modo, prende una scelta di campo sulla natura dell’UE, mostrando di preferire la tesi internazionalistica.

3. Il neo-funzionalismo e il carattere sovranazionale dell’Unione europea

Il neo-funzionalismo⁶⁸ è stato sicuramente una delle teorie che più ha influenzato la nascita del progetto sovranazionale. È indubbio, infatti, che questo approccio, nato in seno agli studi delle scienze politiche, abbia avuto un forte impatto anche sulla forma giuridica che ha preso l’UE. A questo proposito, il neo-funzionalismo fa sua una genesi delle organizzazioni politiche in antitesi a quella della classica dottrina giuridico-politica della formazione degli Stati nazionali⁶⁹. Se, in questo senso, il costituzionalismo moderno si costruisce per momenti di rottura che presuppongono una precedenza del *politico* sull’*economico*, il neo-funzionalismo è una dottrina che nasce nell’alveo del diritto internazionale, che presuppone la messa in comune *graduale* – al di là del singolo Stato e tra più Stati – di un dato numero di competenze in materia economica, cooperazione internazionale e politica estera. Queste vengono esercitate, pertanto, all’interno di istituzioni sovranazionali che non perseguono una semplice sintesi degli interessi parziali dei singoli Stati ma si muovono in direzione di un presupposto *interesse comune*. Da cui un punto importante di questa dottrina: il cosiddetto effetto di *spill-over*, ovvero del traboccamento di sempre più competenze – quindi poteri – dalle istituzioni statali verso quelle sovranazionali, in nome di un principio di efficienza e maggior capacità di allocazione delle risorse. La cessione di sovranità statali è, quindi, un ulteriore elemento necessario del neo-funzionalismo e grande differenza con l’approccio internazionalista perché mentre il secondo lascia intatto il principio di sovranità che rimane saldamente nelle mani degli Stati, il primo richiede una

⁶⁵ R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali*, op.ult.cit, 916.

⁶⁶ A. MANGIA, *L’interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 3, 2019, 871.

⁶⁷ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018.

⁶⁸ La principale opera che teorizza questo approccio è sicuramente, E. HAAS, *The Uniting of Europe. Political, social and economic forces. 1950-1957*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1958.

⁶⁹ Costruita sulla centralità e precedenza del principio di sovranità come *fiat* di un determinato processo di unificazione politica, da cui si dipana una competenza generale dello Stato di intervento in ogni ambito dell’ordinamento giuridico.

messa in discussione dell'indivisibilità della sovranità moderna (e dell'annesso tema delle competenze) e una sua ri-allocazione su un piano superiore⁷⁰ a quello dello Stato.

Questa scuola di pensiero nasce negli anni '50 come tentativo di teorizzazione di quel particolare *case study* che rappresentava la CEE (e in precedenza la CECA), che si impose come particolare organizzazione sovranazionale votata all'applicazione del cd. *metodo Monnet*⁷¹. Il *metodo Monnet* parte dal presupposto che gli Stati non siano più in grado di affrontare alcune sfide – tra cui garantire la pace e la prosperità dei popoli europei – e che per questo motivo si giustifichi una cessione di sovranità degli Stati verso un'organizzazione di tipo sovranazionale che si caratterizzi per un'alta capacità di *problem solving*, concentrando su di sé un'importante capacità di *expertise* e tecnica regolatoria⁷². La strategia di Jean Monnet fu infatti incentrata «sulla “funzione trainante” di coalizioni sovranazionali, formate da *élites* politiche illuminate, da una ristretta cerchia di esperti e da gruppi d'interesse, che avrebbero dovuto fornire il sostegno necessario allo sviluppo e alla diffusione del progetto comunitario», cercando in questo modo di supplire alla mancanza di «reali capacità estrattive (ovvero d'imposizione fiscale) e di significative risorse finanziarie»⁷³. Questo processo, così sommariamente descritto, ha portato l'UE nel tempo a diventare un «apparato regolativo rivolto per lo più al controllo e alla gestione delle esternalità prodotte dall'integrazione degli stati membri»⁷⁴. Da qui la grande importanza del ruolo dell'*expertise* nel contesto del processo di integrazione europea, che acquisendo sempre più ambiti di *policy* su cui dover intervenire – prima affidate alla competenza esclusiva degli Stati membri – hanno dato nascita a quel fenomeno tecnocratico che ha fortemente influenzato anche la stessa conformazione degli ambiti di azione della funzione di governo, che Majone identificò nella iconica formula dello «Stato regolatore»⁷⁵.

Oltre ad essere, però, un modello che si caratterizza per la grande importanza che viene data all'apparato burocratico, è importante sottolineare come si manifesti sin dagli albori nel sovranazionalismo un chiaro cambio di paradigma del rapporto tra politica e diritto. Una traccia di questo dato si vede nella ricostruzione del processo della *political integration* che dovrebbe succedere all'*economic integration*⁷⁶, perché quest'ultima dovrebbe

⁷⁰ Le istituzioni sovranazionali per svolgere queste funzioni devono dunque godere del carattere dell'indipendenza dagli interessi degli Stati – essendo portatori dell'interesse generale dell'organizzazione sovranazionale – e funzionare secondo il principio di maggioranza e non d'unanimità. Per un approfondimento di questo aspetto, P. CLOSE, *The Legacy of Supranationalism*, Palgrave Macmillan, London, 2000.

⁷¹ M. DRAGHI, *Il metodo Monnet e la sua rilevanza per l'Europa di ieri e di oggi*, in <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2017/html/ecb.sp170504.it.html>

⁷² L'efficacia delle azioni delle istituzioni europee rappresenta un nuovo canale di legittimazione *ex post* che giustifica l'aumento del loro potere decisionale, del tutto alternativo ai canali di legittimità di natura politica e democratica che sono stati pensati nella formazione degli Stati nazionali.

⁷³ P. VESAN, *Conoscenza e apprendimento della governance europea*, in M. FERRERA, M. GIULIANI (a cura di), *Governance e politiche dell'Unione europea*, Mulino, Bologna, 2008, 247.

⁷⁴ P. VESAN, *Conoscenza e apprendimento*, *ibid.*

⁷⁵ G. MAJONE, *The rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, vol. 17, n. 3, 1994, 77 e ss.

⁷⁶ Così ci spiega E. HAAS, *The Uniting of Europe*, *op.cit.*, 13: «piuttosto che fare affidamento su uno schema di integrazione che postula “altruisti” o “idealistici” motivi come condizionatori dei comportamenti, sembra più ragionevole – assumendo le basi pluralistiche della politiche qui utilizzate – concentrarsi sugli interessi e i valori difesi dalla maggioranza dei gruppi coinvolti nel processo» che dovrebbero portare a ridefinire gli interessi «in termini regionali invece che [in termini] puramente di orientamento nazionale e che il precedente *set* di separati valori dei gruppi nazionali sarà gradualmente superato da un nuovo e geograficamente più largo *set* di convinzioni».

comportare automaticamente uno *shift* nel sistema di *lealtà* che non necessariamente implica l'immediato ripudio dello Stato nazionale o del governo ma un sistema di «lealtà multiple» in cui l'integrazione politica diventa «il processo in cui gli attori politici in distinti contesti nazionali si persuadono a spostare la loro lealtà, [le loro] aspettative e [la loro attività] politica verso un nuovo centro, di cui le istituzioni possiedono o richiedono giurisdizione al di là dei preesistenti stati nazionali»⁷⁷. E tutto questo sulla base, dunque, di valutazioni utilitaristiche prese dalle *élites* dei vari Stati membri⁷⁸. Haas spiega, infatti, che l'integrazione regionale in Europa avvenuta dopo la Seconda Guerra Mondiale si era realizzata perché differenti «attori sociali, nel calcolo dei loro interessi, deci[sero] di rivolgersi alle istituzioni sovranazionali piuttosto che ai loro governi nel perseguimento delle loro richieste» in modo da garantire a queste istituzioni di accrescere in cambio «[la loro] autorità e legittimazione nel momento in cui diventano le fonti delle politiche che rispondono ai bisogni degli attori sociali». Accrescimento della domanda dei bisogni degli attori sociali che comporta «un automatico *spill over* nei settori vicini non ancora integrati»⁷⁹ dalle attività inizialmente messe in comune, presentandosi come il classico vettore per più integrazione.

Qui si intravede già un punto importante che rappresenta un salto di qualità del neofunzionalismo: invece di presupporre lo Stato che si pone come unico attore in grado di manifestare il monopolio della volontà esterna sul piano del diritto internazionale, questa teoria costruisce un rapporto diretto e non mediato dalla statualità con gli individui e i vari gruppi di interesse che compongono la comunità nazionale. La logica dello *spill over* – quantomeno in una prospettiva storica – si presenta, dunque, come un processo *induttivo* e *automatico* di «continua istituzionalizzazione»⁸⁰ il cui spazio resta il mercato e il cui fine è la sempre maggiore integrazione economica attraverso la proposizione di un modello in cui la produzione del diritto è sottoposta ad un principio di razionalità economica. Razionalità economica che, a sua volta, trova i suoi parametri di conformità delle *policies* nel principio di efficienza e nella regolazione tecnocratica, veri e propri capisaldi di un nuovo e alternativo circuito di legittimazione⁸¹. In questo si salda un nuovo legame tra mercato e diritto, in cui il diritto diventa ancella dell'economia e non più suo guardiano.

L'influenza della dottrina sovranazionale è stata forte nell'evoluzione del progetto europeo e questo lo si è avvertito in diversi momenti: nell'opera di *integrazione positiva* portata avanti dalla Commissione, in quella di *integrazione negativa* della Corte di giustizia e nella costruzione della *governance economica-monetaria*⁸² a partire da Maastricht⁸³. Se

⁷⁷ E. HAAS, *The Uniting of Europe, op.ult.cit.*, 16

⁷⁸ Che E. HAAS, *The Uniting of Europe, op.ult.,cit.*, 17, definisce come «i leader di tutti i rilevanti gruppi politici che abitualmente partecipano al processo decisionale».

⁷⁹ E. HAAS, *The Uniting of Europe, op.ult.cit.*, XV.

⁸⁰ E. HAAS, *The Uniting of Europe, op.ult.cit.*, XXI.

⁸¹ C. JOERGES, *Sozialstaatlichkeit in Europe? A conflict-of-Laws approach to the law of the EU and the proceduralisation of constitutionalisation*, in *German Law Journal*, vol. 10, n. 4, 2009, 240.

⁸² J. DELORS, *Economic governance in the European Union: past, present and future*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, 169 e ss.

⁸³ Quest'ultima però – strettamente parlando – non risulta perfettamente rientrante nel paradigma sovranazionale ma piuttosto si dimostra un ibrido, rappresentando un «risultato compromissorio della separazione [...] tra politica monetaria, lasciata ad un'istituzione sovranazionale» come la Banca centrale europea e «politica economica, gestita attraverso procedure di coordinamento intergovernativo», in C. CARUSO, *Le prospettive di riforma dell'Unione economico-monetaria e il mito dell'unità politica europea*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 1, 2018, 90 e ss.

pur tuttavia l'UE non può essere definita come perfettamente rientrante in un paradigma classico di sovranazionalismo, poiché è stata soggetta a diverse spinte esogene presentando «la Comunità [...] una tensione tra il tutto e le sue parti, tra forze centrifughe e centripete, tra gli organi centrali della Comunità e gli Stati membri»⁸⁴, risulta evidente, allo stesso tempo, come l'influenza del neo-funzionalismo si sia offerta come vettore capace di “pilotare” e “trainare” in momenti di *impasse*. In questa via mediana⁸⁵ che rappresenta l'UE, l'approccio neo-funzionalista e la teoria del sovranazionalismo vanno letti come due approcci complementari l'uno all'altro e fortemente interdipendenti: un binomio concettuale inscindibile interpretato dalle sue istituzioni genuinamente sovranazionali. Lo stesso sovranazionalismo rimane, però, se visto – come ci ricorda Weiler – *in action* in Europa, non un monolite ma piuttosto «an amorphous concept»⁸⁶. La stessa non univocità del concetto si concretizza per l'autore in due differenti varianti che il sovranazionalismo prende nel contesto dell'UE: un *normative supranationalism* e un *decisional supranationalism*. Il secondo aspetto riguarda il processo di *decision-making process* in seno ad istituzioni come la Commissione e il Consiglio, che soffre – a parere di Weiler – di un rallentamento dovuto alla riproduzione di meccanismi egoistici di interesse degli Stati membri e alla riproduzione di schemi inter-governamentali (come ad esempio l'importanza sempre maggiore riconosciuta ad organismi come il COREPER⁸⁷) caratterizzato da un «processo di *diminution* [...], soggetto a poco più di un tradizionale intergovernamentalismo»⁸⁸. Il primo aspetto invece – che per uno studio giuridico risulta di maggior interesse – indica la relazione tra il diritto sovranazionale e gli Stati membri, che si caratterizza per un continuo processo di *approfondissement* tra gli ordinamenti giuridici, tanto da sembrare sempre di più un vero e proprio sistema federale.

Nel *normative supranationalism* un ruolo centrale è stato evidentemente svolto dall'azione *proattiva* della Corte di giustizia che si è adoperata nella creazione di un nuovo tipo di armamentario al servizio del diritto sovranazionale. Ciò a partire dalla celebre dottrina del primato e dell'effetto diretto⁸⁹, insieme al non meno importante principio della

⁸⁴ J. H. H. WEILER, *The Community system: the dual character of supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. 1, n. 1, 1981, 268 e ss.

⁸⁵ Via mediana perché si pone in netta opposizione sia con l'intergovernamentalismo, su cui A. MORAVCSIK, *Preferences and power in the European Community: a Liberal Intergovernmentalist approach*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, n. 4, 1993, 473 e ss.; sia anche all'altro opposto nei confronti della stessa teoria federale dell'UE, che vedeva nell'accentramento di competenze economiche delle istituzioni sovranazionali un albero di principio federale, di cui il più importante esempio si ritrova in A. SPINELLI, E. ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, Mondadori, Milano, 2006. Spinelli fu, tra l'altro, fondatore nel 1943 del Movimento federalista europeo e fu promotore di una proposta, il cd. *Piano Spinelli*, attraverso cui si promuoveva un “Progetto di Trattato istitutivo dell'Unione europea”, di chiara impronta federalista, approvato a larghissima maggioranza da parte del Parlamento europeo, ma mai ratificato dai Parlamenti nazionali.

⁸⁶ J. H. H. WEILER, *The Community system*, *op.cit.*, 268.

⁸⁷ In riferimento ad uno studio sull'influenza della cd. *comitologia* che viene definita come parte di un presupposto del *deliberative supranationalism*, C. JOERGES, J. NEYER, *From intergovernmental bargaining to deliberative process: the constitutionalisation of comitology*, in *European Law Journal*, vol. 3, n. 3, 1997, 273 e ss.

⁸⁸ J. H. H. WEILER, *The Community system*, *op.cit.*, 273.

⁸⁹ L'effetto diretto ha permesso di superare «la debolezza del diritto internazionale pubblico» (J. H. H. WEILER, *The Community system*, *op.cit.*, 274), ponendo l'individuo come soggetto giuridico agente e portatore di diritti e doveri all'interno del diritto europeo, mentre dall'altra la dottrina del primato ha garantito che «la *Grundnorm* legale venga effettivamente modificata, ponendo le norme della Comunità alla sommità della piramide», (J. H. H. WEILER, *The Community system*, *op.cit.*, 275).

*preemption*⁹⁰ e alla specificazione dei limiti alla giurisdizione dell'ordinamento europeo che ha trovato nella dottrina dei *poteri impliciti* (di cui l'art. 235 TCE⁹¹ rappresenta la base normativa) una rilevante valvola di ampliamento dell'ambito di applicazione comunitario⁹². Attraverso questo *frame* del *normative supranationalism* è avvenuto il processo che Weiler chiama di *approfondissement*, perché questa giurisprudenza costituente della Corte di giustizia ha garantito le condizioni di agibilità e di implementazione del diritto sovranazionale. Queste caratteristiche del *normative supranationalism* chiaramente acquisiscono una maggior pregnanza in un contesto di non-unità politica. Tale armamentario sarebbe altrimenti fisiologico in un ordinamento in cui esista una sola autorità, ma è proprio il carattere *sui generis* dell'Unione, che comporta la valorizzazione di questi strumenti giuridici funzionali ad "aprire" gli ordinamenti giuridici nazionali e metterli «al servizio dell'ordinamento transnazionale»⁹³ e, più in particolare, al superamento di momenti di blocco politico nelle istituzioni decisionali dell'Unione. In altri termini, l'altro versante del *decisional supranationalism* del processo di integrazione si è avvalso dei giudici lussemburghesi in alcune fasi del processo di integrazione, per sbloccare quello che Scharpf ha chiamato «the joint-decision trap»⁹⁴. In questo è evidente il passaggio osmotico e positivo tra le due dimensioni del sovranazionalismo in Europa che si è costruito su questa sua peculiarità.

E a chiusura della presentazione di questa teoria, vale la pena presentare il risultato più compiuto della forma costituzionale del sovranazionalismo: il *Sonderweg* europeo⁹⁵. Come abbiamo provato a spiegare, il sovranazionalismo tenta di lambire dal punto di vista della scienza costituzionale i confini del federalismo e allo stesso tempo, però, preferisce definire l'Unione europea una *polity sui generis*⁹⁶. Diventa molto evidente allora come la riproposizione per l'Europa dell'espressione *Sonderweg* (letteralmente la "via speciale")⁹⁷ segni la cifra di una teoria che vuole rappresentare una novità, piuttosto che inserirsi nelle vecchie categorie storico-costituzionali. La vera differenza rispetto alle altre esperienze

⁹⁰ Con la dottrina della *preemption*, la Corte ha voluto cercare «un equilibrio tra, da una parte, l'obiettivo di promuovere il *policy-making* della Comunità e, dall'altra parte, la pragmatica necessità della regolazione in campi in cui la Comunità ha competenza ma in cui, per varie ragioni come dei problemi del processo del *policy-making*, non è stato possibile promuovere politiche comunitarie in maniera integrale» (J. H. H. WEILER, *The Community system, op.ult.cit.*, 277).

⁹¹ Art. 235 del Trattato CEE: «Quando un'azione della Comunità risulta necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli obiettivi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri di azione all'uopo richiesti, il Consiglio deliberando all'unanimità, su proposta dalla Commissione e dopo aver consultato l'Assemblea, prende le disposizioni del caso».

⁹² Sulla dottrina dei poteri impliciti, Corte giust. 31 marzo 1971, C-22/70, *AETS*, Corte giust. 18 marzo 1980, C-91/79, *Commissione vs Repubblica italiana*.

⁹³ J. H. H. WEILER, *The Community system, op.ult.cit.*, 301.

⁹⁴ F. W. SCHARPF, *The joint-decision trap: lessons from German federalism and European integration*, in *Public Administration*, vol. 66, n. 3, 1988, 239 e ss.

⁹⁵ Si farà riferimento in questa parte del lavoro alla versione italiana, J. H. H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e costituzione dell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 22 e ss.

⁹⁶ Il primo a coniare l'espressione per la CEE come di un'organizzazione politica *sui generis* e di una Comunità economica e di diritto fu Walter Hallstein, primo presidente della Commissione europea e sostenitore del metodo funzionalista, W. HALLSTEIN, *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ, Munchen, 1983.

⁹⁷ Riprendendo una vecchia tesi storiografica che presentava lo sviluppo politico tedesco come un processo particolare del passaggio dall'aristocrazia alla democrazia (nella doppia accezione positiva e negativa) rispetto agli altri Stati europei.

comparate resta il mancato accentramento verso il livello federale (che in Europa ancora non c'è) ma soprattutto la mancanza di una Costituzione che presupponga la sovranità del suo *demos*. Nonostante l'apparente paradosso, però, questo peculiare progetto politico *sui generis* proprio in virtù della volontà di non “creare” un unico *demos* europeo ma di rappresentare un *frame* di convivenza reciproca dei diversi popoli europei, ha permesso di produrre «non solo un effetto normativo sorprendentemente positivo, ma anche una realtà politica altrettanto sorprendentemente stabile»⁹⁸. Se queste sono le coordinate del progetto sovranazionale, in cui l'autorità non deriva dall'unità del *We the People* in cui ci si riconosce, il principio costituzionale che regge la costruzione europea è un *unicum* nel panorama mondiale: la *tolleranza costituzionale*⁹⁹. Al patriottismo costituzionale dello Stato nazione e alla difesa collettiva di un'identità di una determinata comunità politica, Weiler oppone una *tolleranza costituzionale* che in Europa – seppur perfettibile – è già in atto come principio normativo del federalismo europeo *sui generis*, sia nella sua dimensione concettuale sia in quella pratica. La tolleranza costituzionale è il precipitato del superamento dall'ideale dei *confini* e dalla volontà di rientrare nella categoria dello *statehood*: l'Unione non è una nazione e non si pone l'obiettivo di diventarlo ma si propone al contrario di superare definitivamente la frontiera come luogo di separazione. Questo dato di alta *tolleranza costituzionale*, che si materializza nelle realtà civiche, amministrative e sociali negli Stati membri rappresenta, secondo Weiler, la più alta formalizzazione politica dell'ideale etico kantiano e del valore della dignità umana. Una prima manifestazione di questa attitudine si riscontra nella proposizione di una *disciplina costituzionale* europea tipica degli Stati federali ma che è figlia di piena obbedienza *volontaria* e non indotta dagli Stati, in cui le autorità nazionali si rimettono alle determinazioni degli organi europei non sulla base del “mio popolo” ma sulla base di una collettività politica europea composta da più popoli¹⁰⁰. Una seconda risultanza pratica la si ritrova nella prassi, in cui la *tolleranza costituzionale* comporta un ripensamento delle pratiche amministrative e giudiziarie degli organi europei nei diversi settori di competenza sovranazionale¹⁰¹, all'insegna di un nuovo *ethos* europeo in cui «i funzionari pubblici sono invitati e abituati ad avere a che fare con degli “altri” ben distinti, i quali tuttavia vengono trattati come se facessero parte del proprio gruppo»¹⁰². Forme che se per ora sono presenti ma non ancora maggioritarie, rappresentano la speranza di un cambiamento all'insegna di questa organizzazione politica *sui generis*. Questa è la vera e propria sfida che l'integrazione europea e il sovranazionalismo – in questa nuova veste di generale enfasi umanizzatrice – lanciano al costituzionalismo stesso per il costituzionalista americano: mantenere questa specificità, questa *Grundnorm* europea, basata sulla *tolleranza costituzionale*, al di là di Kelsen e Schmitt.

⁹⁸ J. H. H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo*, *op.cit.*, 25.

⁹⁹ Per un risvolto del principio della *constitutional tolerance* in ambito giurisprudenziale, D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *The European Union Law: cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 194; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *Between Constitutional Tolerance and Judicial Activism: the 'Specificity' of European Judicial Law*, in *European Journal of Law Reform*, vol. 10, n. 1, 2008, 97-105.

¹⁰⁰ Alterando così il rapporto maggioranza-minoranza e il classico concetto di autodeterminazione collettiva.

¹⁰¹ La nuova *routine* europea, ispirata da questo meta-valore, obbliga così a trattare in maniera uguale le varie pratiche presentate da un cittadino tedesco, francese o italiano in tutte le amministrazioni pubbliche continentali e a interrogarsi – ogniqualvolta si prenda una decisione – sul suo possibile impatto sulla comunità europea tutta.

¹⁰² J. H. H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo*, *op.ult.cit.*, 40.

4. L'approccio costituzionale: il processo di integrazione e la comparsa del dibattito sulla Costituzione europea

Come si è detto anche in apertura del capitolo, lo sforzo degli studiosi per cercare di dare un *habitus teorico* all'Unione europea è stato a dir poco vario e ha assunto paradigmi molto distanti l'uno dall'altro. Quello che interessa ora indagare, per evidente affinità con gli obiettivi di questo lavoro, è l'*approccio* costituzionale. Come detto in precedenza, la prima affermazione in questo senso venne da parte della Corte di giustizia in alcune sue pronunce pilota in cui affermò che il diritto sovranazionale attraverso i suoi Trattati istitutivi si era dotato di una *Costituzione*. Allo stesso modo ad un certo punto della riflessione storica, la stessa dottrina in maniera sempre più importante aderì a questa tesi che appariva ultra-minoritaria nelle prime fasi dell'integrazione, ma che è diventata nel corso del tempo un *leitmotiv* presente in gran parte dei contributi scientifici. Questo *approccio costituzionale* rimase infatti sottotraccia fino alla fine degli anni '80¹⁰³, per poi palesarsi con un grande vigore argomentativo all'inizio degli anni '90¹⁰⁴ con il Trattato di Maastricht e a partire dalla famosa decisione *Maastricht Urteil*¹⁰⁵ che definì l'Unione europea uno *Staatenverbund* e che aprì il dibattito costituzionale. Una prospettiva di analisi che si adotterà a questo proposito sarà cercare di riportare un confronto avvenuto tra personaggi¹⁰⁶ del calibro di Jürgen Habermas, Dieter Grimm¹⁰⁷ e Joseph Weiler. Partendo da questo dibattito, si cercherà di evidenziare in particolare le tre differenti posizioni prese da questi autori al problema costituzionale dell'Unione europea, a cui in qualche modo la dottrina successiva ha sempre cercato – con tutte le sfumature del caso – di ricondursi. In altri termini, si cercherà di far emergere i diversi approcci teorici che questi tre studiosi hanno sviluppato per rispondere alla *vexata quaestio*: *does Europe need a Constitution?* Questo *exemplum* di dibattito che si riporterà, ci permetterà di trattare in sottofondo anche una seconda questione molto importante. Il *case study* dell'Unione europea e la sua peculiarità di formazione costituzionale porta con sé, oltre alla domanda se l'Europa necessiti di una costituzione, anche una seconda questione altrettanto importante: la stessa teoria sulla Costituzione ha subito un cambiamento di paradigma epistemologico, a seguito della comparsa del progetto

¹⁰³ Si vuole intendere con l'affermazione nel testo che non mancò fino agli anni '80 una riflessione speculativa costituzionale sul fenomeno dell'integrazione europea. Ci fu, infatti, molta parte della dottrina che si spinse a parlare di una lenta ma progressiva trasformazione federale dell'allora Comunità economica europea, dando per acquisito il passaggio da un paradigma sovranazionale a quello costituzional-federale. Tra tutti per il suo carattere pionieristico, P. HAY, *Federalism and Supranational Organizations: Patterns for a new legal structure*, University of Illinois Press, London, 1966.

¹⁰⁴ Basti segnalare tra i tanti il dibattito che si aprì nel 1995 sulle pagine dell'*European Law Journal* volume 1 issue 3, 1995.

¹⁰⁵ BVerfGE 89, 155, *Maastricht Urteil*.

¹⁰⁶ Coevo a questo dibattito è anche Neil McCormick, la cui opzione pluralista verrà analizzata nel paragrafo 8 di questo capitolo.

¹⁰⁷ Per una questione di economia del lavoro si citerà sia del testo di Grimm che di quello Habermas comparso in lingua originale inglese sulle pagine dell'*European Law Journal* volume 1 issue 3, 1995, le versioni tradotte in italiano tratte da G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.

di integrazione europea? Si è sviluppato in Europa un costituzionalismo senza una costituzione¹⁰⁸?

Per Weiler – a differenza degli altri due autori – l’Unione europea non necessita di una Costituzione: o quantomeno più che di una Costituzione, è il nesso Costituzione – Stato che viene reciso¹⁰⁹. L’Unione europea è già dotata di una Costituzione e di un peculiare tipo di costituzionalismo sovranazionale, che si inserisce in una dimensione oltre lo Stato. La differenza rispetto al paradigmatico caso statunitense è forte perché mentre quest’ultimo ha assunto la dimensione statale, l’UE ancora non si è trasformata in uno Stato e – secondo l’autore - *non* deve diventarlo. Weiler, in questa prospettiva, critica fortemente la posizione dei giudici di Karlsruhe su quello che viene presentato come un vizio di fondo nella concezione tedesca della Costituzione: un’idea schmittiana del *Volk*. La tesi portata avanti è che la critica di compatibilità mossa all’avanzamento del processo di integrazione europea realizzatosi con il Trattato di Maastricht – riassumibile nella formula della *No Demos Thesis* – abbia un pregiudizio di fondo nella costituzione di un *Volk* o di una Nazione (nella sua concezione etnico-culturale), vista come entità preesistente necessaria alla formazione di una Costituzione. Il fantasma che Weiler vede, dunque, è il residuo di una concezione nazionalista presente strutturalmente nella formazione dello Stato moderno, che il sovranazionalismo potrebbe controbilanciare opponendo un ideale di cittadinanza basata su valori liberal-democratici di stampo illuminista¹¹⁰. È il tema della possibilità dell’avanzamento verso un’integrazione politica dell’Unione europea quello che l’autore vuole contendere, proponendo un’alternativa alla via tedesca del *No Demos Thesis*. Per la Corte – utilizzando le parole di Weiler – gli Stati membri hanno sicuramente ceduto parte della propria sovranità all’Unione europea per la messa in comune di determinate competenze ma esiste un limite al progetto costituzionale europeo: quello della legittimità di un «Demos-cratic State»¹¹¹ che si manifesta nell’esistenza di un’omogeneità culturale preesistente che permetta di parlare di un *demos* europeo. La mancanza di questo elemento impedirebbe all’Unione europea di portare avanti un processo di democratizzazione, rispondendo in questo senso al grande tema del *deficit democratico*. Nella lettura weileriana della dottrina dei giudici di Karlsruhe questo problema ha solo due possibili due uscite: o c’è la trasformazione dell’Unione europea in uno Stato con un *demos* europeo che rimpiazzino quelli nazionali, oppure si rimane in un’Unione tra Stati (uno *Staatenverbund*), in cui si preservano i *demos* europei.

A questa lettura binaria, l’autore si oppone e propone una versione alternativa che identifica come una «community vision»¹¹². Questa lettura consiste in una esaltazione dei valori del «liberal Nation State», attraverso una gestione dell’utilizzo dei confini politici dello stesso Stato nazione contro i suoi stessi abusi, attraverso un progetto più radicale che non miri solo a ridisegnare i confini dello Stato nazione restando all’interno dello stesso

¹⁰⁸ Chiaro a questo proposito è il modello anglosassone. Su questa ipotesi, S. DELLAVALLE, *Constitutionalism beyond the Constitution. The Treaty of Lisbon in the light of Post-national Public Law*, in, *Jean Monnet Working Paper*, n. 3, 2009, in www.jeanmonnetprogram.org.

¹⁰⁹ J. H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European Law Journal*, vol. 1, n. 3, 1995, 219 e ss.

¹¹⁰ Si è detto già in precedenza a quale esito, secondo l’autore, giungerebbe questa specificità dell’Unione, il quale rappresenta ancora oggi la punta estrema del prodotto del sovranazionalismo in termini di teoria costituzionale: vedi paragrafo di 3 di questo capitolo.

¹¹¹ J. H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?*, *op.cit.*, 231.

¹¹² J. H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?*, *op.ult.cit.*, 248.

framework concettuale (l'esempio lampante sarebbe lo Stato europeo), ma si proponga di «ridefinire la stessa nozione di *confini* dello Stato, tra Nazione e Stato, e dentro la Nazione stessa»¹¹³. L'ideale adottato è quello kantiano, promuovendo una concezione dell'individuo come un soggetto in grado di costruire la sua identità non sulla base di un pregresso dato culturale ma piuttosto su basi volontaristiche. Weiler propone, pertanto, una forma di «dissociazione tra nazionalità e cittadinanza», che apra alla possibilità di «pensare coesistente multipli *demoi*»¹¹⁴ e lo sviluppo di una «critical citizenship»¹¹⁵. Questa nuova configurazione permetterebbe, dunque, di superare le strettoie dell'approccio di *Maastricht Urteil* e di immaginare la convivenza di un doppio sistema di appartenenza-identità all'interno della costruzione europea¹¹⁶, basato su una molteplicità di *demoi*¹¹⁷ e una doppia cittadinanza che aprirebbe ad un accordo «non tra gli Stati (un'Unione di Stati) ma ad un “contratto sociale” tra i cittadini di questi Stati» perché «l'Europa non è ancora un *demos* in una concezione organica e nazional-culturale e non *dovrebbe* mai diventarlo»¹¹⁸.

Per Grimm le cose stanno in maniera molto diversa e la sua posizione – in questa prospettiva – è molto più simile a quella dei giudici costituzionali tedeschi. La sua analisi parte da una constatazione di fatto: una prima distinzione classica del diritto costituzionale europeo secondo la quale «le costituzioni danno il fondamento giuridico agli stati» mentre «le istituzioni internazionali hanno invece il loro fondamento giuridico nei trattati (*Verträge*) di diritto internazionale»¹¹⁹ sembra venir meno approcciandosi al *case study* europeo in cui si parla di una Costituzione senza uno Stato. Da qui discendono per l'autore due possibili alternative: o l'Unione europea ha già una Costituzione che è rappresentata dai Trattati – seguendo la tesi della Corte di giustizia – o tale Trattato «non è in grado di soddisfare le pretese che è possibile avanzare ad una costituzione»¹²⁰. La famosa *richiesta* di una Costituzione in Europa¹²¹, dunque, non fa che rilevare per il costituzionalista tedesco dei fraintendimenti su cosa si intenda per Costituzione¹²². La Costituzione non è circoscritta per

¹¹³ J. H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?* *op.ult.cit.*, 249.

¹¹⁴ J.H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?* *op.ult.cit.*, 252.

¹¹⁵ J. H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?*, *op.ult.cit.*, 256.

¹¹⁶ Un forte punto di ancoraggio di questa tesi è la stessa configurazione della cittadinanza europea come strutturalmente “aggiuntiva” rispetto a quella nazionale, che permette così di valorizzare un elemento di distanziamento dalla classica formazione di un *demos* europeo nella stessa forma di quello presente negli Stati nazionali.

¹¹⁷ Sulla letteratura sviluppatasi attorno al tema della *demoi-cracy* in Unione europea e alla nascita di una forma costituzionale di democrazia in cui coesistano più *demoi*, F. CHENEVAL, F. SCHIMMELFENNIG, *The Case for Democracy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, 334 e ss., K. NICOLAÏDIS, *European Democracy and its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n.2, 2013, 351 e ss.

¹¹⁸ J. H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?*, *op.ult.cit.*, 254.

¹¹⁹ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, 1996, Torino, 340.

¹²⁰ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, *op.cit.*, 347.

¹²¹ Il Trattato di Maastricht non ha fatto, da questo punto di vista, che acuire i punti di frattura del dibattito secondo Grimm: la constatazione di una integrazione *de facto* già avvenuta attraverso importanti cessioni di sovranità e un *deficit* democratico nella sua costruzione, che si regge, però, ancora del tutto sulla legittimazione indiretta dei governi degli Stati membri.

¹²² Per Grimm l'apporto del costituzionalismo moderno si basa sul superamento dell'assunto medioevale di una fondazione trascendente del potere e di «un diritto sovrapositivo fondato sulla verità immutabile» (D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, *op.ult.cit.*, 346) e sulla fondazione del potere nella costituzione a cui lo Stato stesso è soggetto (nella forma del *Rechtsstaat*).

Grimm a contenuti determinati ma, ad ogni modo, possono evidenziarsi alcune sue componenti essenziali: «il principio di legittimazione del potere politico e le condizioni fondamentali di legittimità del suo esercizio», le «disposizioni sull'istituzione e l'esercizio del potere statale»¹²³ e i confini di coercizione dello Stato nella forma del rapporto autorità-individuo e nel rispetto dei suoi diritti fondamentali. La stessa, però, non si esaurisce nella sola validità giuridica e in relazione al discorso sulla sua efficacia, «essa è piuttosto un importante fattore di integrazione sociale»¹²⁴.

Posta in questi termini la cornice di una teoria costituzionale, Grimm risponde alla domanda se l'Unione europea abbia già una Costituzione in maniera *negativa*. L'Unione europea si trova, in realtà, in una posizione intermedia, perché «una costituzione nel senso pieno del termine deve necessariamente risalire a un atto del popolo o quantomeno attribuito al popolo, mediante cui questo può autoconferirsi di agire politicamente» e questo manca nell'ordinamento europeo e soprattutto nel suo diritto primario perché la fonte di legittimazione risale non «a un popolo europeo ma a singoli Stati membri»¹²⁵. Da qui discende in buona sostanza anche il *deficit* democratico dell'Unione – in questo suo carattere di ordinamento derivato – che presenta caratteristiche *strutturali* in Unione europea e che si manifesta in istanze di democrazia a cui non è possibile dare risposta in termini istituzionali. La questione del *deficit democratico* si può racchiudere, dunque, in questa affermazione: nella troppa ampia divaricazione in Europa «tra titolarità ed esercizio del potere statale» che si manifesta in un continuo processo di «mediazione tra popoli e organi, mediazione resa difficile dalla tendenza ad autonomizzarsi da parte di questi ultimi»¹²⁶. Nelle stesse democrazie costituzionali questo problema si pone ma a questo è stata trovata una soluzione efficace. Negli Stati la questione democratica non si risolve nella sola primazia del Parlamento, che si occupa di svolgere «un processo di mediazione degli interessi e di *management* dei conflitti che l'attività decisionale del Parlamento in parte esonera e in parte prestruttura»¹²⁷. C'è un'ulteriore precondizione che permette di restringere la distanza tra titolarità ed esercizio del potere: gli ulteriori agenti, i *medium* tra la società e le istituzioni parlamentari, sono gli attori presenti nell'opinione pubblica nazionale come i partiti politici e i media. Allora qui per Grimm si crea il cortocircuito del *deficit democratico* in Unione europea, perché mancano a livello sovranazionale gli stessi presupposti del processo democratico. Partiti politici, media e più in generale un'opinione pubblica europea non esistono o comunque ad ogni modo la si voglia vedere «le strutture intermedie si formano ancora a fatica»¹²⁸. E uno dei fattori che dimostra questa debolezza strutturale delle istituzioni europee la si ritrova nella mancanza di una *lingua comune* che possa fungere da veicolo per la formazione di una volontà collettiva. Una volta effettuata questa diagnosi, risulta chiaro come per Grimm la piena parlamentarizzazione dell'Unione europea in mancanza di un *demos* europeo, non farebbe che acuire il «problema della democrazia europea»¹²⁹. Il Parlamento europeo non sarebbe, in definitiva, in grado di rispondere al grande problema

¹²³ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, op.ult.cit., 347.

¹²⁴ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, op.ult.cit., 348.

¹²⁵ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, op.ult.cit., 353.

¹²⁶ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, op.ult.cit., 356.

¹²⁷ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, op.ult.cit., 357.

¹²⁸ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, op.ult.cit., 358.

¹²⁹ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, op.ult.cit., 362.

della rappresentanza, non disponendo di nessuna struttura intermediaria, perché al momento un popolo europeo unitario non esiste. Il modello nazionale di parlamentarizzazione per colmare il *deficit democratico* non è dunque perseguibile in Europa perché «altrimenti le decisioni politiche tenderebbero a migrare laddove la responsabilità democratica è comunque insufficiente»¹³⁰. La conclusione è lapidaria, dunque: il *deficit* europeo di democrazia è strutturale e non può essere risolto a breve termine attraverso riforme istituzionali, ma che tutt'al contrario questa analisi prova che il modello dello Stato democratico costituzionale può realizzarsi solo nel contesto nazionale¹³¹. La costituzionalizzazione dell'Europa in questo senso potrebbe significare solo una sua definitiva statalizzazione, ma che per il momento non è né realizzabile né auspicabile. Se questo avvenisse, in mancanza delle strutture intermedie su cui si fonda il processo democratico, l'Unione europea si trasformerebbe in un'istituzione ampiamente autoreggentesi e non in grado di rispondere alle aspettative democratiche di maggiore legittimazione che provengono da più parti. In conclusione, pare chiaro come la posizione di Grimm sia di una totale identificazione tra Stato e Costituzione, che sfocia pertanto in un diniego per una Costituzione dell'Europa (non potendo trasformarsi in uno Stato).

Habermas, al contrario, si colloca in una terza posizione, condividendo molte delle critiche portate avanti da Grimm e non aderendo dunque alla soluzione sovranazionale posta da Weiler, ma giungendo ad una conclusione diversa e originale. Per l'autore la contraddizione dell'Unione europea poggia sulla considerazione che, pur non essendo uno Stato ma un'organizzazione internazionale, impone il suo diritto agli Stati membri come se fosse un'entità federale: da questa dicotomia discende il *deficit democratico* europeo. Gli organi esecutivi comunitari, pur traendo la legittimità delle loro azioni dai governi nazionali non sono però «organi di uno stato costituitosi per atto dei cittadini europei»¹³² e, nonostante ciò, impongono in maniera sempre più incidente le loro decisioni ai cittadini europei. All'impostazione proposta da Grimm – secondo cui affidare ulteriori poteri alle istituzioni sovranazionali rischierebbe di creare un'autonomizzazione ulteriore rispetto ai sistemi di formazione democratica statale delle decisioni – Habermas risponde con una controanalisi in cui, pur riconoscendo questa forbice di *deficit* democratico tra i due livelli (statale e sovranazionale), non considera il rifugio nel livello nazionale come male minore. Al contrario, a parere del filosofo tedesco, il divario rischia di allargarsi ancora di più, perché il vero problema da affrontare è la strutturale ristrettezza dei margini di azione nazionale in rapporto «agli imperativi globali della rete planetaria dei rapporti produttivi»¹³³. L'antinomia è quindi tra *denazionalizzazione* dell'economia e una salvaguardia dello Stato sociale, che secondo Habermas non può che svilupparsi in una dimensione più grande dello Stato

¹³⁰ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, op.ult.cit., 363.

¹³¹ Alla critica, mossa da più parti, di schiacciarsi sulla stessa posizione della Corte costituzione tedesca e di sposare una concettualizzazione del popolo europeo in termini etnici di *Volk*, Grimm risponde affermando che l'analisi che propone intende il popolo non come un sostrato etnico-culturale ma come sinonimo di società che si costituisce come un'unità politica, che si sviluppa per un «senso di appartenenza sufficientemente idoneo a sostenere le decisioni della maggioranza e le prestazioni di solidarietà» che si scontra con «un'esigua capacità di discorsività sovranazionale» (D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, op.ult.cit., 364).

¹³² J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, 1996, Torino, 369.

¹³³ J. HABERMAS, op.cit., 371.

nazione¹³⁴. È questa ricollocazione della dimensione politica nello spazio pubblico europeo contro l'autonomizzazione di reti e mercati globali, il vero motivo per vedere l'Unione europea non come un'istituzione da "supportare", come pare dalla descrizione di Grimm, ma da volere e supportare politicamente.

Data questa obiezione teorica, in merito invece alla seconda questione sulla base di legittimità costituzionale dell'Unione e sul rischio democratico che potrebbe derivare da un'autonomizzazione dell'apparato sovranazionale, la posizione di Habermas è più ottimista. Secondo il filosofo tedesco nella concezione di Grimm resta – nonostante il costituzionalista cerchi di prenderne le distanze – una concezione etnica del *Volk* che mal si adatta al processo di integrazione europea, che va verso la ricerca di una legittimazione democratica. Come viene ricordato «secondo Grimm, l'identità di una nazione di cittadini "può" anche avere un fondamento diverso da quello rappresentato dalla "discendenza etnica"», cosa che invece da Habermas è escluso *a priori* perché essa *deve* avere una base diversa. L'identità collettiva non deve preesistere e non deve essere mai indipendente dal processo democratico¹³⁵, ma ne deve essere un prodotto che si realizza come «contesto di comunicazione coinvolgente in sé la socializzazione politica» e «intersoggettivamente condiviso di un'intesa possibile»¹³⁶. Per Habermas i requisiti di «formazione democratica della volontà» e di uno «Stato democratico europeo», non si discostano da quelli richiesti da Grimm: formazione di una società civile, un robusto sistema di partiti politici e il requisito di una lingua comune. Ma l'approccio assunto cambia nella costruzione dell'identità politica, il che porta Habermas a dare una risposta positiva al bisogno di una Costituzione in Europa. Proprio tenendo a mente la sua posizione sulla formazione dell'identità collettiva come una concezione comunicativa, la conclusione a cui giunge l'autore è che le nuove istituzioni politiche europee, figlie di una vera Costituzione europea, possono avere «un effetto *inducente*»¹³⁷ sulla formazione di un'identità collettiva in un'Europa federale. Questo sarebbe un processo storico che deve essere sorretto da una forte volontà politica e l'errore che Habermas risalta nel pensiero di Grimm è proprio una totale preclusione normativa che a lui non sembra giustificata: l'identità europea non può che significare il riconoscimento nel motto *unitas in diversitas*, un'unità collettiva nelle pluralità delle nazioni europee. La risposta data da Habermas pare, quindi, andare nel verso di una costituzionalizzazione dello spazio pubblico europeo in una forma federale (non molto dissimile da quella di una contemporanea statalizzazione), in cui una funzione propulsiva può essere svolta dalla Costituzione come mezzo per la creazione di un'identità comune nelle differenze. In un contesto nuovo in cui una riconosciuta forma di solidarietà transnazionale potrebbe prendere la forma di un nuovo *welfare* europeo¹³⁸, potente vettore di unificazione politica tra i diversi popoli europei.

¹³⁴ Secondo Habermas «solo strutture interregionali del tipo della Comunità europea sono ancora in grado di condizionare il sistema globale a partire da una prospettiva di "politica interna a livello mondiale (*Weltinnenpolitik*)» (J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa?*, *op.cit.*, 371).

¹³⁵ È forte l'eco – in questa riflessione sul costituzionalismo europeo – dei contributi di Habermas in rapporto alla teoria discorsiva della democrazia e al patriottismo costituzionale, che non si ha modo in questa sede di approfondire congruamente. Per quanto riguarda la *teoria discorsiva della democrazia*, J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 1996, mentre sul *patriottismo costituzionale*, J. HABERMAS, *La rivoluzione in corso*, Feltrinelli, Milano, 1990.

¹³⁶ J. HABERMAS, *Una Costituzione*, *op.ult.cit.*, 373.

¹³⁷ J. HABERMAS, *Una Costituzione*, *op.ult.cit.*, 375.

¹³⁸ J. HABERMAS, *Why Europe needs a constitution?*, in *New Left Review*, vol. 11, n. 10-12, 2001, 5 e ss.

5. Le teorie federali sull'Unione europea e il *federalizing process* europeo

Le teorie federali sull'Unione europea occupano un posto importante del dibattito costituzionale europeo. Sulla connessione strettissima tra federalismo e costituzionalismo non c'è bisogno di indugiare troppo, ma basti segnalare come il federalismo¹³⁹ sia da sempre stato considerato una dottrina politica e una particolare tecnica di riallocazione di poteri tra diverse entità politiche che trova il suo fondamento in una Costituzione¹⁴⁰. Per il federalismo, inoltre, la concretizzazione nel modello americano, a partire dalla Convenzione di Filadelfia e dal movimento intellettuale dei *Federalist Papers*¹⁴¹, sarà un ulteriore importante passo avanti, che porterà ad erigere il modello americano come *exemplum* e fonte di ispirazione per il pensiero federale europeo. Diverso e più complesso è, invece, il legame concettuale tra federalismo e Stato – che ha trovato la sua traduzione nella teorica dello Stato federale¹⁴² molto in voga nel costituzionalismo – che non sempre è stato considerato soddisfacente nel contesto europeo come categoria attraverso cui leggere il processo di integrazione. La generale tendenza, infatti, è un allontanamento della categoria dello *statehood*¹⁴³ come cornice in grado di caratterizzare lo sviluppo del diritto sovranazionale. A questo punto, due piani devono essere distinti nel dibattito federale europeo. Un primo è quello del *sollen* federale e in questa prospettiva si pongono studiosi come Habermas, Mancini e Boggetti, che riconoscono pacificamente che l'Unione europea non è allo stato attuale uno Stato federale ma che allo stesso tempo essa debba diventarlo in un prossimo futuro¹⁴⁴. Questo primo filone del pensiero federale si pone dunque la domanda del possibile *verso* del processo di integrazione. Un secondo piano è quello dell'essere, ovvero delle attuali tendenze del federalismo *in action* nel continente europeo. In questa filone che potremmo chiamare del *sein* federale si collocano autori – come, ad esempio, Schütze – che leggono il *federalizing process* europeo al di fuori della dimensione dello Stato. Questa seconda scuola di pensiero è debitrice, in questo senso, della teorizzazione di Friedrich ed Elazar¹⁴⁵, che interpretano il federalismo come una processualità in grado di esprimere un condizione di equilibrio dinamico tra pluralismo e unità. Questo cambio di prospettiva che legge in maniera dinamica il principio federale, vede nel processo di integrazione europea dei *trend* di federalismo in atto¹⁴⁶ e dà poca importanza alla domanda se l'Unione europea sia una confederazione di Stati o una federazione intesa in senso stretto, nella forma di uno Stato federale retto da una Costituzione.

¹³⁹ Una traiettoria nel pensiero occidentale che trova le sue origini in J. ALTHUSIUS, *The Politics of Johannes Althusius*, Eyre & Spottiswoode, London, 1965, e nel concetto di *autonomia*, che si oppone a J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, volume 1, Utet, Torino, 1964 e alla sua teorizzazione della *sovranità*.

¹⁴⁰ C. J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Ginn and Company, Boston, 1950.

¹⁴¹ A. HAMILTON, *The Federalist Papers*, in <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers>.

¹⁴² G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, Enciclopedia del Diritto, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, Milano, 831 e ss.

¹⁴³ Contra, A. MANZELLA, *Lo Stato "comunitario"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2003, 273 e ss.

¹⁴⁴ G. F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, in G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁴⁵ D. J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano, 1998.

¹⁴⁶ C. J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Pall Mall, London, 1968.

Sul primo fronte, la tesi di Mancini¹⁴⁷ può essere riassunta, in una prospettiva deontica secondo cui lo spazio pubblico europeo è l'unica dimensione in cui democrazia e costituzionalismo si possono sviluppare. Da questa impostazione discende per l'autore un approccio diverso rispetto a quello della dottrina costituzionale tedesca à *la Grimm* secondo cui la democrazia e il costituzionalismo possono proliferare solo nel contesto dello Stato nazione, unica dimensione in cui si può risolvere il problema della legittimità costituzionale. Tuttavia, la sua posizione si differenzia anche rispetto alla stessa tesi di Weiler che in un'Europa federale non vede un obiettivo desiderabile, proprio in virtù del rischio di far trasformare in un super-Stato il *Sonderweg* europeo, costruito per combattere gli eccessi di statalismo. La risposta di Mancini sposa, invece, l'idea dell'evoluzione dell'Europa in uno *Stato federale*, come forma politica più adatta a perseguire un ideale di democrazia non garantito dalle attuali istituzioni sovranazionali. Alla critica proveniente dal pensiero costituzionale tedesco, Mancini oppone valutazioni di politica del diritto ma anche esempi storici concreti¹⁴⁸. Hanno torto – afferma il giurista italiano – coloro che non vedono come sia senz'altro concepibile uno Stato europeo «composto da una pluralità di nazioni eppure fondato su un *demos*, che derivi la propria legittimazione dal consenso piuttosto che da comuni origine etniche» e che leghi «le proprie possibilità di sopravvivenza da lealtà civiche piuttosto che ancestrali»¹⁴⁹. Questa *differenziazione nell'unità* nel contesto di uno Stato federale si è data storicamente e questo è forse il miglior modo per controbattere alla domanda di «omogeneità spirituale e sociale»¹⁵⁰ richiesta dai tedeschi. Sull'altro versante, la risposta data a Weiler sulla difesa dello Stato federale, Mancini si concentra nel sottolineare la convinzione che l'eccesso di statalismo in Europa semplicemente non può esistere date le condizioni strutturali e di contesto. Se il problema posto da Weiler è una «replica delle politiche che molti Stati nazionali unitari (ma anche federali) tormentati da una o più addomesticate minoranze etniche hanno adottato e continuano ad adottare con lo scopo di dar vita a un'identità onnicomprensiva, un *homo americanus, gallicus, hispanicus* e via dicendo»¹⁵¹, questo non ha ragion d'essere in Europa, perché tutt'al più si potrebbero lanciare campagne volte a instillare una «pallida e frigida» identità europea ma qualsiasi tentativo integrazionista o assimilazionista verrebbe respinto «da anticorpi che la storia ha reso anche troppo efficaci». Nell'ottica di Mancini¹⁵² lo stesso *Sonderweg*, entità semplicemente sovranazionale proposta da Weiler, ricadrebbe nel diventare ciò che non vuole essere – ovvero uno Stato – perché avrebbe dei confini che distinguerebbero «"noi" da "loro"», in forme «non necessariamente [...] più rigide o "escludenti" di quelle attuali»¹⁵³ e a cui la

¹⁴⁷ Per una panoramica più larga della riflessione "europea" di Mancini, si veda la raccolta tradotta dei suoi articoli più importanti sui temi dell'integrazione europea apparsi sulle principali riviste europee in, F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Mulino, Bologna, 2004.

¹⁴⁸ A prescindere dal caso statunitense o australiano, esistono altre realtà costituzionali come il Canada o il Belgio o la stessa formazione dell'unità italiana sotto diversi punti di vista, o anche il caso sudafricano e indiano in cui il veicolo linguistico – inteso come precondizione per la creazione di una sfera pubblica comune – non sono strettamente funzionali e preliminari alla formazione di un'identità politica condivisa.

¹⁴⁹ G. F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, *op.cit.*, 109.

¹⁵⁰ G. F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, *op.cit.*, 110.

¹⁵¹ G. F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, *op.cit.*, 111-112.

¹⁵² Secondo Mancini, lo stesso discorso sui confini e il loro abuso proposto da Weiler come argomentazione forte contro uno Stato federale europeo si fonda sul cattivo pregiudizio di non riuscire a separare – per il primo ma anche per la stessa dottrina tedesca – lo Stato dalla nazione.

¹⁵³ G. F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, *op.cit.*, 113.

tolleranza costituzionale non potrebbe ovviare. Per Mancini dunque, in definitiva, è concepibile uno Stato federale europeo senza il fardello della Nazione e l'auspicabilità di un tale esito la si ritrova nel rischio attuale rappresentato dalla «denazionalizzazione dell'economia, specie dei mercati finanziari e della stessa produzione industriale» e dei pericoli generati da questi eventi sulle «politiche del lavoro e i sistemi di sicurezza sociale dell'Europa»¹⁵⁴. Un'ulteriore motivazione verso la risposta statalista è riscontrabile nel *deficit democratico* presente nelle istituzioni sovranazionali¹⁵⁵. L'Unione verso lo Stato federale si dovrà dare, perciò, delle forme che includano regole e pratiche non modellate su quella della comunità internazionale, ma piuttosto su quello della *democrazia costituzionale*¹⁵⁶ perché l'allargamento di un divario democratico tra istituzioni sovranazionali e Stati membri rischierebbe di minare la stessa democrazia presupposta dall'Unione¹⁵⁷.

Sempre sulla scia del *sollen* federale nel pensiero di Bognetti¹⁵⁸, l'analisi si concentra sulle interazioni tra l'evoluzione del federalismo con le varie *forme di Stato* (liberale, sociale, ecc) che hanno modificato l'assetto stesso e l'organizzazione dei poteri negli Stati federali¹⁵⁹. La grande dicotomia a questo punto si pone tra il federalismo declinato nello Stato liberale e la sua evoluzione invece nello Stato sociale. Mentre nel rapporto tra Stato liberale e federalismo rimane fermo come assioma la «separazione della società civile dallo Stato apparato»¹⁶⁰ nel modello costituzionale sociale questo dato viene meno. Nello Stato sociale, al contrario, il federalismo si apre ad una centralizzazione di poteri e competenze del livello federale al fine di realizzare quei «valori di solidarietà e eguaglianza sostanziale» e di libertà, ma di una libertà che significa più *emancipazione* dell'individuo piuttosto che «assenza generalizzata di soggezioni a vincoli e controlli statali»¹⁶¹. Questa trasformazione dello Stato federale in una versione *sociale* fa sì che il governo centrale allarghi il suo campo di azione verso un maggiore controllo della vita economica dello Stato e verso l'implementazione dei diritti sociali che porta ad uno sviluppo dei modelli federali da forme di *federalismo duale* – in cui è netta la separazione di competenza tra i due livelli di governo – ad un *federalismo cooperativo*, in cui la regola è la maggiore compenetrazione del governo centrale con la vita

¹⁵⁴ G. F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, op.ult.cit., 114.

¹⁵⁵ Così afferma lapidariamente l'autore: «l'Unione europea di oggi presuppone la democrazia come patrimonio di valori e di istituti condivisi dai suoi Stati membri in ognuno dei quali i rappresentanti del popolo controllano l'operato del potere esecutivo; ma non è essa stessa democratica» (G. F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, op.ult.cit., 116).

¹⁵⁶ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Mulino, Bologna, 2016.

¹⁵⁷ Il problema democratico dunque non può essere affrontato sul solo piano nazionale in termini di rafforzamento degli Stati membri attraverso istituzioni come i Parlamenti nazionali o le Corti costituzionali ma la democrazia deve essere instillata «nel tessuto stesso dell'Unione» e «può essere risolto solamente liberando l'Unione dell'ultimo (ma quanto ancora potente) vestigio della sua Costituzione originaria: la natura essenzialmente internazionale innestata sul suo meccanismo decisionale» (G. F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, op.ult.cit., 118).

¹⁵⁸ G. BOGNETTI, *Federalismo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1991.

¹⁵⁹ Quello che il giurista secondo il costituzionalista italiano non può non mancare di fare – se non si accontenta di offrire rigide opere di incasellamento – è svolgere un'indagine sui «valori, che nel compiere la scelta, le classi politiche hanno inteso servire» per «sapere se esistono raccordi più o meno sistematici tra certi insiemi di valori e i vari tipi di distribuzione dei poteri che la storia ci fa scorrere davanti agli occhi» (G. BOGNETTI, *Federalismo*, op.cit., 2).

¹⁶⁰ G. BOGNETTI, *Federalismo*, op.ult.cit., 4.

¹⁶¹ G. BOGNETTI, *Federalismo*, op.ult.cit., 8.

economica e sociale dello Stato e con le competenze degli Stati membri¹⁶². Dopo questa generale analisi del rapporto tra federalismo e forme di Stato, Boggetti rapporta queste categorie al *processo di federalizzazione* europea. La tesi dell'autore è che questo fenomeno di spinta degli Stati nazionali a federarsi nasce dalla constatazione che solo sistemi economici dalle grandi dimensioni possono sopravvivere nel processo di globalizzazione. La grande differenza di queste organizzazioni sovranazionali rispetto alle vecchie confederazioni è che, però – pur garantendosi una forte amministrazione centrale in grado di esercitare poteri legislativi, amministrativi e giudiziari – esse si fondano, come nel caso europeo, su un obiettivo di integrazione economica e di creazione di un Mercato unico non controbilanciato da alcun potere centrale in materia di politica estera e di difesa comune. Questa centralizzazione sull'obiettivo del mercato per il progetto federale rischia di diventare meno facile da realizzare negli Stati europei contemporanei in cui prevale un modello “sociale”. D'altro canto, ad aggravare la preoccupazione di Boggetti, si aggiunge il dato che l'Unione europea non agisce con i pieni poteri di uno Stato federale funzionante a pieno regime¹⁶³. Questa condizione di debolezza federale impedisce di rispondere ai bisogni di una società inserita in un contesto di Stato sociale (come la maggior parte dei Paesi membri dell'Unione) perché la leva politico-costituzionale di azione delle istituzioni comunitarie impedisce di effettuare una serie politica di redistribuzione della ricchezza, mancando – tra le altre cose ad esempio – un potere ampio e autonomo di imposizione tributaria. Da qui il pericolo di una deriva mercantocentrica e deregolativa¹⁶⁴ degli organi comunitari che porti ad una «unificazione piena dell'economia e la totale liberalizzazione del mercato» che darebbe vita «ad un “federalismo europeo” di marca “liberale-ottocentesca”»¹⁶⁵. In altri termini – provando a sintetizzare il pensiero dell'autore – l'Unione europea avrebbe bisogno di una generale revisione dell'architettura federale in grado di contenere questo strutturale disequilibrio politico di cui è vittima. Le riforme istituzionali da sole, però, non sarebbero sufficienti ad ingenerare un reale cambiamento nelle istituzioni europee. Per la creazione di un vero e proprio Stato federale è, infatti, altrettanto necessario accompagnare ad un'architettura istituzionale idonea, l'esistenza di un vincolo ideale e di convergenza di interesse comuni che siano in grado di neutralizzare le tendenze centrifughe che sono presenti in ogni realtà federale e che tendono verso la differenziazione¹⁶⁶. Pertanto, la conclusione di Boggetti sul

¹⁶² In questo modello di *federalismo cooperativo* le competenze estesissime dello Stato federale «in campo economico-sociale [...] non escludono in genere analoghe competenze degli Stati membri nelle stesse materie, ma si sovrappongono a queste e, nella concorrenza, prevalgono su di esse, talvolta e anche spesso lasciando spazi alla legislazione periferica che viene così in qualche modo a “cooperare”, da posizione subordinata, con quella centrale» (G. BOGNETTI, *Federalismo, op.ult.cit.*, 5).

¹⁶³ I poteri di cui l'Unione è dotata sono deboli, nel senso che non sono sufficientemente estesi (necessitando sempre della collaborazione degli Stati membri) e il loro esercizio è estremamente difficoltoso (causa alte maggioranze e poteri di veto).

¹⁶⁴ Sul federalismo applicato ai processi di globalizzazione economica come *passerpartout* per limitare l'esplosione della *questione sociale* e l'autonomia politica degli Stati nazionali in chiave ordoliberal, F. A. HAYEK, *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, in *New Common Quarterly*, vol. 5, n. 2, 1939, 131 e ss.

¹⁶⁵ G. BOGNETTI, *Federalismo, op.ult.cit.*, 21.

¹⁶⁶ Queste mancanze fanno sì che – allo stato attuale – queste diversità costituzionali non portino «ad una “solidarietà” intereuropea [...] così intensa e ferma da rendere accettabili quelle vaste operazioni di “redistribuzione” di ricchezza tra zone ricche e zone povere, a vantaggio dei più deboli, cui sono adusi i contemporanei stati federali», (G. BOGNETTI, *Federalismo, op.ult.cit.*, 22).

futuro del processo federale in Unione è pessimista: l'opera di democratizzazione sarà molto inferiore alle aspettative e procederà a piccoli passi, in mancanza di un forte governo centrale dell'economia e della garanzia delle condizioni macroeconomiche per la spesa sociale (nella forma di strumenti perequativi o redistributivi dal livello federale a quello statale¹⁶⁷).

Sul secondo fronte del *sein* federale¹⁶⁸ il riferimento si concentra sulla valorizzazione della dimensione dinamica del *federalizing process* europeo¹⁶⁹. Coloro che utilizzano questo prisma di lettura, dunque, si pongono in un'ottica di comparazione dello sviluppo del processo federativo europeo con altri esempi storici costituzionali, che ritrovano nel riferimento al modello americano il loro referente principale¹⁷⁰. L'approccio del *federalizing process* si caratterizza, pertanto, per un'analisi pratica e non dogmatica dell'integrazione europea a cui si aggiunge come ulteriore elemento il rifiuto della sovranità come categoria con cui leggere il processo federativo¹⁷¹. Da queste considerazioni discende l'idea – fortemente presente nella tradizione federalista americana – che il federalismo sia una nuova dottrina costituzionale che si poggia sull'assunto secondo il quale «in un sistema federale di governo, ogni cittadino appartenga a due comunità, quella del suo stato e quella della nazione; che questi due livelli di comunità debbano essere nettamente distinti e che ognuno di essi debba essere provvisto del proprio governo»¹⁷². Schütze – sempre nel filone di questa linea di pensiero – mette in comparazione l'evoluzione federale americana con quella europea, cercando di evidenziare le similarità del processo storico. Questa visione del federalismo americano applicato al *case study* europeo permette, secondo Schütze, di fuoriuscire dalle risacche dalla tradizione federale europea che si è costruita – su forte influenza della dottrina tedesca – sul dogma della sovranità e della sua connessa indivisibilità. Questo approccio

¹⁶⁷ Sul problema degli squilibri macroeconomici e sulla necessità di meccanismi di perequazione delle zone periferiche causati dal completamento del Mercato unico e dalla creazione dell'Unione monetaria *euro*, vedasi il *report* commissionato dalla *Commissione Delors* a Padoa-Schioppa, ora raccolto in, T. PADOA SCHIOPPA, *Efficiency, Stability and Equity: a Strategy for the Evolution of the Economic System of the European Community*, Oxford University Press, Oxford, 1987.

¹⁶⁸ Da segnalare anche la proposta di Olivier Beaud, O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, secondo cui la Federazione è una forma politica alternativa a quella dello Stato che si sostanzia in un'associazione di Stati che intende fondare un nuovo corpo politico, restando allo stesso tempo, loro stessi delle entità politiche autonome. Nella ricerca di Beaud, che ha un carattere genealogico delle origini del principio federale, l'obiettivo è duplice: distaccare la Federazione dallo Stato da una parte attraverso una concezione non bipartita (stato federali – stati federati) ma tripartita (Federazione – federazione – Stati federati) e permettere attraverso questa ottenuta autonomizzazione della Federazione di comprendere meglio il processo di integrazione europea. La Federazione, pertanto, per il costituzionalista francese è un'istituzione politica contenente i due sottoinsiemi che si basa sul *patto federativo* che si sostituisce così al potere costituente (fonte di legittimazione del potere nello Stato) nella Federazione.

¹⁶⁹ Per una prospettiva italiana della teoria del *federalizing process* da ultimo, B. CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹⁷⁰ Da questa scuola di pensiero, la diatriba teorica se l'Unione europea sia una confederazione di Stati o una federazione viene considerata come oziosa perché ostacolante «la politica dell'unificazione europea» perché il vero problema da porsi dal punto di vista politico è esclusivamente «se il processo di federalizzazione progredisce e se la struttura istituzionale nella sua evoluzione facilita i cambiamenti da esso richiesti», in (C. J. FRIEDRICH, *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Mulino, Bologna, 2002, 271).

¹⁷¹ A dimostrazione di questa nostra lettura, l'autore (C. J. FRIEDRICH, *L'uomo, op.cit.*, 269) ci spiega così in maniera assertiva: «in breve, noi possiamo parlare correttamente di federalismo solo se più comunità politiche coesistono e interagiscono come entità autonome, unificate all'interno di un ordine comune, esso stesso, naturalmente, con una propria autonomia. Tale concetto è incompatibile con quello di sovranità. Nessun sovrano può essere individuato in un sistema federale; autonomia e sovranità si escludono a vicenda»

¹⁷² C. J. FRIEDRICH, *L'uomo, op.ult.cit.*, 297.

statocentrico ha portato a cercare il *federalizing process* dove esso non era in Europa e nel ridurre la questione del principio federale europeo a una *localizzazione* della sovranità¹⁷³. Questo approccio dicotomico risulta, infatti, all'autore insoddisfacente perché impregnato sul *discrimen* segnato dal luogo in cui si colloca la sovranità e dalla centralizzazione del discorso sulla localizzazione della *Kompetenz-Kompetenz*, che in uno Stato federale non può che collocarsi al livello del governo federale. Se, però, si rifugge dall'approccio statocentrico europeo, il federalismo americano e l'idea di *federalizing process* aiuta a meglio razionalizzare alcune trasformazioni che interessano lo spazio pubblico europeo. Attraverso questo accorgimento teorico si riesce così ad allontanare l'ossessione verso la sovranità, riuscendo ad immaginare una separazione di quest'ultima su più livelli¹⁷⁴. Tutto il dibattito *post-Maastricht* sul costituzionalismo, sulla costituzione e sul *demos* europeo deriva da questo malinteso implicito nella tradizione giuridica europea. Questo fa propendere l'autore nel considerare che questa sia la causa dell'accordo maggioritario della dottrina giuridica europea sul qualificare l'Unione un'organizzazione *sui generis*¹⁷⁵. Secondo Schütze, invece, il *federalizing process* europeo si è evoluto dalla sua fondazione (sulla scorta del modello oltreoceano) da una forma di rigida separazione nell'azione dei due livelli di governo (Unione e Stati membri) chiamata «*dual federalism*» ad una forma più interconnessa in cui si registra una cooperazione maggiore tra l'entità federale e quelle federate, che prende il nome di «*cooperative federalism*»¹⁷⁶. Questo allargamento di poteri federali ha fatto sì che l'Unione europea sia evoluta da un *dual federalism* inteso come un sistema di «doppia sovranità» secondo il quale «il governo federale e il governo degli Stati sono “sovrani” in maniera eguale e operano indipendentemente in sfere separate» a un *cooperative federalism* in cui «i governi lavorano insieme» come «parti complementari in un condiviso ordinamento giuridico»¹⁷⁷. Le tracce federali sono molteplici e si possono individuare in varie direzioni: la sempre più stretta interpretazione delle eccezioni di ordine pubblico previste dai Trattati, l'utilizzo estensivo delle clausole per l'armonizzazione e la realizzazione del Mercato unico come gli artt. 94 e 95 TCE (ora rispettivamente artt. 115 TFUE e 114 TFUE), l'utilizzo delle “clausola di flessibilità” come base giuridica per l'utilizzo dei poteri impliciti dell'art. 308 TCE (ora 352 TFUE), la comparsa delle competenze concorrenti e la connessa evoluzione della dottrina della *preemption*. L'elemento, però, più rilevante per Schütze al netto di questi *trend* federali già forti si ritrova nella costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà a partire dal Trattato di Lisbona: segno definitivo del passaggio ad un *cooperative federalism*, in cui

¹⁷³ R. SCHÜTZE, *On “federal ground”: the European Union as (inter)national phenomenon*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, n. 4, 2009, 1089 afferma che secondo questa lettura «se gli Stati formano un'Unione ma mantengono la sovranità, l'oggetto così creato è un'organizzazione internazionale (confederazione) regolata dal diritto internazionale», se invece nel momento in cui «gli Stati cedono la loro sovranità verso il centro, un nuovo Stato emerge».

¹⁷⁴ Così ci spiega in merito a questa separazione: «accettando delle gradazioni tra lo spettro di un'organizzazione internazionale e uno Stato unitario, concezione fluida che sembra impensabile alla tradizione europea giuridica (*Begriffsjurisprudenz*)» (R. SCHÜTZE, *On “federal ground”*, *op.cit.*, 1090).

¹⁷⁵ Una conclusione, però, secondo Schütze vista come una «tranquillizzante scelta di *non liquet* in tempo di pace costituzionale» e che si riproporrà con la sua virulenza quando la questione della sovranità e «la tradizione “statalista” europea ritornerà dalle profondità del passato subconscio» (R. SCHÜTZE, *On “federal ground”*, *op.ult.cit.*, 1092).

¹⁷⁶ R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, *passim*.

¹⁷⁷ R. SCHÜTZE, *From Dual*, *op.cit.*, 346.

non è più presente una rigida e separata enumerazione delle competenze tipica del *dual federalism*, che viene sostituita da una visione integrata e collaborativa di riallocazione degli interventi di tipo flessibile sui due livelli di governo federale a seconda delle capacità di *problem solving*¹⁷⁸.

6. Il *multilevel constitutionalism* o un sistema costituzionale composito

Un nuovo modo per concettualizzare il rapporto tra il costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale che ha riscosso molto successo nella letteratura giuridica europea¹⁷⁹ ma anche tanti oppositori¹⁸⁰, è il *multilevel constitutionalism*. La teoria del *multilevel*¹⁸¹ si inserisce, dunque, nella scia più larga di un generale tentativo di superamento della teorica della sovranità e dello Stato, che vede nel costituzionalismo europeo la speranza di “correggere” quelle contraddizioni che si sono manifestate nello Stato nazione, mancando «troppo spesso al suo dovere di salvaguardare la pace internazionale, così come di far rispettare i diritti e le libertà dell’uomo» e non dimostrando di essere capace di reagire «alle sfide di una globalizzazione che oltrepassa le capacità dello Stato di agire da solo»¹⁸². Un punto importante da sottolineare è, dunque, che, per chi adotta il prisma del *multilevel*, il rapporto tra Costituzione e Stato è ormai scisso, comportando questa convinzione il rifiuto della teorica del *pouvoir constituant* come unico e solo momento genetico di nascita di una costituzione. La Costituzione è, invece, per il *multilevel* un processo e non un atto¹⁸³ che prescinde completamente dall’esercizio del potere costituente in un determinato momento storico. Una Costituzione non racchiusa in un unico documento costituzionale ma, appunto, in una pluralità frammentaria di testi costituzionali. È l’intreccio di due piani che permette al *multilevel constitutionalism* di parlare di una Costituzione europea, in cui gli epifenomeni della *costituzionalizzazione* dello spazio pubblico europeo si danno, sia in alcune norme e principi dei Trattati – che definiscono il paradigma ordinamentale – sia nelle stesse clausole costituzionali nazionali che hanno “abilitato” – ma in una forma già definitiva e da cui non si può recedere – il processo costituzionale europeo¹⁸⁴. Quello che ci si propone di fare in questo paragrafo è presentare allora i tratti salienti della teoria del *multilevel*

¹⁷⁸ Sul modello di esecuzione indiretta dell’amministrazione europea e sull’evoluzione di modelli di *shared administration* tra Unione e Stati membri, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁷⁹ A titolo di esempio, P. BILANCIA, F. G. PIZZETTI (a cura di), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, 2004, Milano; A. D’ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, 2007, Torino, e applicato alle dinamiche Parlamenti nazionali - Parlamento europeo, A. MANZELLA, N. LUPO, *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹⁸⁰ Per una panoramica critica, G. DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?*, in *Zeitschrift Fuer Ausländisches Oeffentliches Recht Und Voelkerrecht*, vol. 70, 2010, 283 e ss.

¹⁸¹ Un’idea di concepire lo spazio pubblico europeo in maniera alternativa all’ottica dualista (di rigida separazione tra ordinamenti) o a quella monista (con una chiara prevalenza e un assorbimento da parte dell’ordinamento europeo dell’ordinamento costituzionale nazionale) che ha sicuramente il merito di aver svolto fino in fondo un’operazione di teoria costituzionale per uscire da una vecchia dicotomia della tradizione giuridica europea.

¹⁸² I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pedone, Paris, 2004, 26.

¹⁸³ Riecheggiando dibattiti antichi di teoria costituzionale.

¹⁸⁴ A questo proposito un’espressione ormai comunemente accettata nel lessico scientifico è il *constitution making process* del costituzionalismo europeo, inteso come farsi processuale della Costituzione europea in una forma deterministica e lineare.

constitutionalism, che ha come suo principale teorico Ingolf Pernice e provare a esporre la sua principale traduzione nel contesto italiano, che trova la sua forma più nota nella riflessione di Antonio Ruggeri e del suo concetto di *intercostituzione*.

La domanda che si pone Pernice – in un suo celebre articolo¹⁸⁵ comparso sulle pagine della *Common market law review* – è in definitiva: quale forma dare a questa costante cessioni di sovranità degli Stati verso l’ordinamento sovranazionale e a questo spostamento dei classici poteri pubblici che vengono localizzati sempre più su più livelli? La risposta data dall’autore a questa domanda è il *multilevel constitutionalism*, una nuova forma per concettualizzare il processo di integrazione europea come «un processo dinamico di *constitution-making* al posto di una sequenza di trattati internazionali che stabiliscono e sviluppano un’organizzazione di cooperazione internazionale», che porta a *bypassare* la domanda se l’Europa abbia bisogno di una Costituzione¹⁸⁶. L’UE ha già, dunque, una *multilevel constitution* «composta dalle costituzioni degli Stati membri che vengono completate da un *constitutional body* rappresentato dagli Trattati europei (*Verfassungsverbund*)»¹⁸⁷. Il dato innovativo apportato dal *multilevel constitutionalism* è di porre alla base di questa Costituzione composita e integrata non la legittimazione indiretta democratica degli Stati membri, ma piuttosto un nuovo *European social contract*. Questa impostazione garantisce, infatti, di cambiare prospettiva in merito alla configurazione di alcuni dati strutturali del processo costituzionale europeo: i Trattati istitutivi non vengono letti più come Trattati internazionali ma come un momento fondativo costituzionale, la cittadinanza europea viene vista come elemento di appartenenza a questo sistema costituzionale composito da parte degli individui, le amministrazioni e i giudici nazionali vengono considerati come *organi europei* che contribuiscono al *constitution-making process* dell’Unione e la modifica del meccanismo di revisione dei Trattati e la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà vengono rivalutati come la prova finale dell’ormai indissolubile interdipendenza degli Stati membri all’ordinamento dell’Unione europea¹⁸⁸. Questa lettura che “scova” tracce costituzionali nella interazione tra i due sistemi che compongono il *multilevel* e che fonda la legittimazione democratica su un presupposto *European social contract*, Pernice la riscontra nella generale *acquiescenza* che gli Stati nazionali hanno finora dimostrato all’avanzamento del processo di integrazione europea. Il *favor* è, dunque, tutto rivolto all’ordinamento sovranazionale e, in questa prospettiva, non troppo velatamente gerarchica¹⁸⁹, viene ricostruita la Costituzione europea.

¹⁸⁵ I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 4, 1999, 703-750.

¹⁸⁶ Il *core* di questa teoria è pertanto che siamo davanti a una «progressiva “costituzionalizzazione” delle istituzioni legittimate e dei poteri al livello europeo, che sono complementari alle costituzioni nazionali e disegnate per affrontare le sfide di una società globale in evoluzione» (I. PERNICE, *Multilevel*, *op.cit.*, 707).

¹⁸⁷ I. PERNICE, *Multilevel*, *op.cit.*, 706.

¹⁸⁸ Con il grande problema attuale di sistematizzare questa interdipendenza indissolubile dopo il caso *Brexit*.

¹⁸⁹ A dir il vero però e ad un’analisi più approfondita, se la processualità costituente non dovrebbe far sospettare che ci sia una prevalenza di un livello sull’altro, pare chiaro come nel generale approccio irenico e a-conflittuale di Pernice invece – in uno stile da “magnifiche sorti progressive” verrebbe da dire – il *multilevel* stabilisca un chiaro ordine di preferenza tra i due (o più) livelli costituzionali a favore di quello dell’Unione. A questo punto, la prospettiva da un mero completamento e un’integrazione tra i due livelli, si trasforma in una vera e propria visione gerarchica e non meramente neutra e descrittiva. Su questa critica, L. BESSELINK, *A Composite European Constitution*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, 6.

In prima battuta, i Trattati vengono presentati come *momento costituzionale* dell'Unione e slegati dalla loro origine internazionalistica. Pernice predilige, pertanto, la lettura monista data dalla Corte di giustizia perché «sia l'ordinamento giuridico comunitario sia l'ordinamento giuridico nazionale devono essere considerati come parte di *one body of law* applicabile agli Stati membri e agli individui nella Comunità europea»¹⁹⁰. Allo stesso tempo, però, il costituzionalista tedesco è consapevole che aderire *in toto* alla lettura monista della Corte di giustizia, rischierebbe di basarsi non su una *supremacy clause* federale, ma piuttosto su un generale ma labilissimo dovere di collaborazione dell'implementazione del diritto europeo da parte delle amministrazioni e dei giudici nazionali. Per questo motivo, la lettura del *multilevel* cerca di fare un passo in avanti rispetto al monismo costituzionale e di ricercare una nuova base di legittimazione. Se infatti – nella ricostruzione di Pernice – i Trattati insieme alle Costituzioni nazionali sono la Costituzione dell'Unione europea «composta dai cittadini degli Stati membri attraverso le loro *treaty-making institutions and procedures*»¹⁹¹, la questione del primato del diritto sovranazionale trova la propria affermazione vincolante «nella volontà dei popoli sovrani che hanno deciso in favore di un primato in modo da creare uno strumento efficiente per l'azione sovranazionale». È da qui, perciò, e da questa nuova “riscoperta” volontà popolare che discende l'impossibilità da parte delle istituzioni nazionali di opporsi all'applicazione del *primauté* europea, una volta ricavato questa implicita *supremacy clause*. Il secondo problema teorico da affrontare nella logica del *multilevel* è allora l'integrazione nel sistema costituzionale composito delle clausole costituzionali “abilitanti” presenti nelle costituzioni degli Stati membri. Queste, a loro volta, non vengono lette come uno strumento indiretto «di specifica legittimazione da parte degli Stati nazionali» revocabile, ma come una norma istituyente (un'ulteriore traccia) la volontà dei popoli europei di costituire le proprie istituzioni per perseguire obiettivi comuni che oltrepassano il «*national social contract*» verso la formazione di un «*European (or even international) social contract*»¹⁹². Superate queste strettoie, diventa chiaro per Pernice come gli organi amministrativi e giudiziari statali agiscano quindi come «*community authorities*» sia nella fase dell'attuazione del diritto sovranazionale secondo i principi di sussidiarietà e proporzionalità, sia nella fase di implementazione legislativa nazionale. A questi elementi già importanti, si aggiunge nel sistema *multilevel* europeo l'esistenza di clausole di omogeneità costituzionale¹⁹³ come l'attuale art. 2 TUE che prevedono un sostrato di valori costituzionali condivisi come il «rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani»¹⁹⁴, che stabiliscono un *minimo comune denominatore* del costituzionalismo composito europeo. La presenza di un riferimento normativo di tal genere nei Trattati rappresenta per Pernice un tratto identitario del costituzionalismo europeo che permetterebbe, sulla base di questa *omogeneità*

¹⁹⁰ I. PERNICE, *Multilevel*, *op.ult.cit.*, 712.

¹⁹¹ I. PERNICE, *Multilevel*, *op.ult.cit.*, 715.

¹⁹² I. PERNICE, *Multilevel*, *op.ult.cit.*, 717.

¹⁹³ G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

¹⁹⁴ «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

*valoriale*¹⁹⁵, di ricostruire e calmierare le tendenze centrifughe presenti nel sistema costituzionale composito¹⁹⁶. Sul fronte delle istituzioni, la *democratizzazione* del sistema europeo si è fortemente approfondita, invece, lasciando maggiore spazio alla procedura di co-decisione tra Consiglio e Parlamento, che esercita un controllo sempre maggiore nel procedimento legislativo e nel meccanismo fiduciario per la nomina della Commissione. Un crocevia importante di questa ricostruzione, però, è dato inoltre dal ruolo giocato dalla *cittadinanza europea*¹⁹⁷, vista come spia evidente di un «nuovo status politico e legale» che permette di allargare le finalità dell'integrazione da una protezione del «principio di non discriminazione, libero commercio, concorrenza e libera circolazione delle persone all'interno del Mercato unico» a un processo di «integrazione politica attraverso “an ever closer Union”, che costituisce simultaneamente una struttura politica per il perseguimento di azioni comuni e un'identità politica dei – e relazione tra – i cittadini appartenenti all'Unione»¹⁹⁸. Dimostrazione plastica, questa, che «una comunità “post-nazionale” di cittadini “al di là dello Stato” è concepibile»¹⁹⁹. Anche in questo caso tornano le necessità “utopiche” che giustificano la formazione del processo costituzionale europeo e una visione ottimistica, dunque, a favore di un processo costituzionale non ancora compiuto, ma che è *in fieri* nella giusta direzione.

Seppur si presentano delle similarità, la differenza rispetto alla teorizzazione di Mancini è evidente: qui lo Stato viene superato come categoria politica per la realizzazione del progetto europeo e Pernice parla espressamente di una comunità post-nazionale. L'obiettivo non è, dunque, un «super-State» ma piuttosto di «aprire lo *statehood* e completarlo attraverso, possibilmente, una struttura globale di *public policy* e azione in relazione ai reali bisogni dei cittadini»²⁰⁰, che si ponga come obiettivi il rispetto dei diritti fondamentali e della *Rule of law* e in cui è dubbio se «il tradizionale modello democratico di legittimazione in un sistema parlamentare sia sufficiente nella *multilevel structure* dell'Unione europea»²⁰¹. Se la riproduzione del modello statale della democrazia costituzionale pare di opinabile efficacia secondo Pernice, quello che è necessario è, piuttosto, trovare nuove forme di partecipazione nella forma di una democrazia procedurale che coinvolga i soggetti e i gruppi più interessati al *decision-making process*²⁰². L'identità europea già esiste per Pernice, si tratta solo di perseguire la strada intrapresa da questo nuovo paradigma del *multilevel constitutionalism*, in cui anche la stessa democrazia si ripensa *beyond the State*.

¹⁹⁵ I diritti fondamentali e la *Rule of Law* acquisiscono così un riconoscimento formale nei Trattati, oltre alla già avvenuta entrata nell'*acquis communautaire* tramite il recepimento della Corte di giustizia delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri dopo la *saga Solange* e la conferma in *Maastricht Urteil*.

¹⁹⁶ Per una tecnica di ricostruzione dell'integrazione europea a partire dalle clausole di omogeneità costituzionale, F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea: per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Giuffrè, Milano, 2005,.

¹⁹⁷ Per una concezione tutta politica della cittadinanza, A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2015, 303 e ss.

¹⁹⁸ I. PERNICE, *Multilevel*, *op.ult.cit.*, 720.

¹⁹⁹ I. PERNICE, *Multilevel*, *op.ult.cit.*, 722.

²⁰⁰ I. PERNICE, *Multilevel*, *op.ult.cit.*, 729.

²⁰¹ I. PERNICE, *Multilevel*, *op.ult.cit.*, 741.

²⁰² Una modalità alternativa, dunque, al classico modello democratico maggioritario per la determinazione di una volontà politica discendente da un discorso pubblico europeo.

Sul fronte italiano, anche Ruggeri può essere considerato un importante esponente della lettura multilivello attraverso l'elaborazione del suo concetto di *intercostituzione*²⁰³. I punti di contatto con la teorizzazione di Pernice sono molti, ma non mancano comunque le divergenze nella costruzione. Il discorso teorico portato avanti da Ruggeri parte, infatti, dal dato che le Costituzioni nazionali – e più in particolare quella italiana su cui si concentrano le sue analisi – sono ormai incomplete (prese in maniera a sé stante) a inglobare la *materia costituzionale* che ha superato i confini nazionali e che si sostanzia in principi, diritti e valori che necessitano di una *integrazione* da parte di altre *carte di contenuto tipicamente costituzionale*. La Costituzione nazionale deve essere letta, quindi, come un «modello di Costituzione-parziale: una Costituzione che si dimostri perciò, nei fatti, disponibile ad aprirsi all'alto e all'altro ed a farsi rigenerare senza sosta da altri documenti normativi essi pure adottati al servizio dei diritti». Tutto questo in modo da svolgere un ruolo di «autentica “intercostituzione”, punto di convergenza e vera e propria immedesimazione dei sistemi preposti a dare tutela ai diritti»²⁰⁴. Già da questi primi dati pare evidente come nella ricostruzione di Ruggeri sia presente una logica di crisi della sovranità politica e di preferenza verso un modello di *giurisdizionalizzazione* del potere²⁰⁵. L'attenzione di Ruggeri è, quindi, più spostata – rispetto a Pernice – su un'attenzione più generale data alla protezione dei diritti fondamentali come tratto del costituzionalismo moderno piuttosto che a un nuovo *European social contract*. Lettura – concentrata sulle dinamiche ordinarie – ma non troppo dissimile in alcune parti alla teoria del *costituzionalismo dei bisogni*²⁰⁶. In questa prospettiva di costituzionalismo dei diritti, la dimensione europea o internazionale è quella preferita, dunque, per una maggiore capacità in un sistema multilivello di aprirsi alla protezione dei diritti fondamentali e aprire allo stesso tempo gli ordinamenti nazionali ai “blocchi sistemici”, che ne impediscono la piena e migliore tutela.

Se questo è lo sfondo di riflessione, l'ordinamento inter-costituzionale non si baserebbe più – per rispondere alla domanda sul *quid iuris* – su un criterio formale incardinato in un sistema delle fonti, ma, al contrario, su un criterio sostanziale costruito sulla norma (o disposizione normativa²⁰⁷) da applicare al caso concreto e, in definitiva, in una norma costituzionale incorporante un valore. Il discorso si sposta, dunque, in Ruggeri da una teoria delle fonti a una teoria dell'interpretazione²⁰⁸. Le norme costituzionali – a differenze

²⁰³ La produzione scientifica di Ruggeri sui rapporti tra ordinamenti è pressoché infinita e non se ne potrà dare pienamente conto in questo lavoro, ma si è deciso di selezionare alcuni scritti più noti e funzionali ai fini degli obiettivi di questo capitolo.

²⁰⁴ A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, 10.

²⁰⁵ Su questo modello non ci si potrà soffermare in questo lavoro, ma basti dire in questa sede come secondo questa scuola di pensiero il diritto costituzionale non viene più ricostruito come diritto eminentemente *politico* ma come scienza dei *diritti* più che del potere, in una sovranità politica che si trasforma in sovranità dei *valori*, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, op.cit., passim.

²⁰⁶ Lo stesso Ruggeri parla della visione del costituzionalista che non deve chiudere «gli occhi davanti alla ormai visibile ad occhio nudo dilatazione della “materia costituzionale”, conseguente alla emersione di bisogni nuovi, profondamente radicati nel tessuto sociale e, appunto, meritevoli di richiamo nel dettato costituzionale», al punto in cui che li si identifichi come «nuovi bisogni ([o] si chiamino o no nuovi “diritti”, poco importa», in A. RUGGERI, *Teorie e “usi” della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2007, 529 e 532. Sul costituzionalismo dei bisogni si veda, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

²⁰⁷ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2019, Torino, passim.

²⁰⁸ A. RUGGERI, “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 1, 2003, 102 e ss.

delle altre tipologie di norme giuridiche – hanno la caratteristica di essere infatti *norme secondo valori*: portatrici di valori e, quindi, dotate di una particolare pregnanza assiologico-sostanziale. È sulla base di questa pregnanza assiologica che deve essere ricostruita nella tesi di Ruggeri la logica dei rapporti inter-ordinamentali, direzionata sempre e comunque alla *massima protezione dei diritti fondamentali*. Questo criterio della *massima protezione dei diritti fondamentali* come strumento di ricostruzione della *intercostituzione* è uno dei tratti salienti che si può definire il *criterio ordinante* di una Costituzione, il suo metavalore a cui devono tendere gli ordinamenti. Lo strumento, però, necessario per permettere questo fine costituzionale non passa dalle forme della democrazia rappresentativa – nel suo luogo principe del Parlamento – ma attraverso l'utilizzo di un proficuo e positivo *dialogo tra giudici*²⁰⁹ nel sistema multilivello²¹⁰. Nella concezione di Ruggeri il dialogo tra Corti svolge al meglio questa funzione di garantire la massimizzazione della tutela dei diritti e si registra come dato strutturale, assurgendo a vera e propria «consuetudine inter-ordinamentale»²¹¹ e come unico strumento in grado di proteggere quei valori trans-storici come la libertà, l'eguaglianza e la dignità umana, tipici del costituzionalismo liberal-democratico²¹² e che si sostanziano nei principi costituzionali presenti nella carte dei diritti.

Questa *intercostituzione* è costruita quindi sul *principio di apertura* dell'ordinamento nazionale verso quello internazionale e viceversa, in cui «ogni costituzione ponendosi come parte di una “intercostituzione” racchiude in sé il principio fondamentale dell'apertura ad altre Carte che parimenti possono offrire il loro fattivo concorso alla piena salvaguardia, in ragione delle condizioni oggettive di contesto, dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità) nel loro fare “sistema” con i valori restanti»²¹³. Nella teoria di Ruggeri, dunque, la grande importanza data all'apertura all'ordinamento internazionale fa sì che i piani del costituzionalismo multilivello siano almeno tre: il livello costituzionale nazionale, quello sovranazionale e quello internazionale. Sul piano dell'ordine *intercostituzionale*, il livello internazionale e in particolare la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* come *species* del *genus* “Carta dei diritti” viene parificata alla Costituzione italiana (livello costituzionale nazionale), ai Trattati e da ultimo alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (livello sovranazionale) come documenti costituzionali. Non c'è un ordine di preferenza apparente tra i piani, tutti sono materialmente costituzionali e alla pari serventi alla protezione dei diritti fondamentali, in linea con l'applicazione di un *criterio materiale* e non formale per caratterizzare una Costituzione²¹⁴.

²⁰⁹ Formula, forse, per la prima volta utilizzata da A. M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J. H. H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1997, che ha avuto un enorme successo nel panorama costituzionalistico soprattutto nostrano ma che non ha mancato di avere anche grandi oppositori. Per una panoramica, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Mulino, Bologna, 2010.

²¹⁰ M. CARTABIA, *Europe and Rights: Taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, vo. 5, n. 1, 2009, 5 e ss.

²¹¹ A. RUGGERI, *Salvaguardia*, op.cit., 14.

²¹² Prendendo come paradigma assiologico di costituzione e costituzionalismo l'art. 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789: «Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation de Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

²¹³ A. RUGGERI, *Salvaguardia*, op.ult.cit., 11.

²¹⁴ Viene sempre ricordato un passaggio dall'autore, racchiuso in, Corte cost. sent. 388 del 1999 secondo cui «i diritti umani, garantite anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione,

In questo contesto, acquisisce un senso più definito la tesi dell'autore della «europeizzazione dei *controlimiti*»²¹⁵, secondo cui la comparsa di una norma come l'art. 4 TUE²¹⁶ obbliga le istituzioni sovranazionali a rispettare le identità nazionali degli Stati membri e viene letta come una riqualificazione del primato assoluto del diritto sovranazionale che dovrà, per necessità, confrontarsi con le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e con «i principi di struttura dei singoli Stati membri»²¹⁷. L'europeizzazione dei *controlimiti* offre così la possibilità di stringere ancora di più il circuito ermeneutico tra giudice nazionale (di cui la Corte costituzionale non si differenzerebbe *per species*) e il giudice di Lussemburgo nell'interpretazione del diritto costituzionale in rapporto al diritto dell'Unione, creando con la Corte di giustizia uno scambio interpretativo in un libero confronto tra opzioni ricostruttive. Pare chiaro però – ad una più attenta lettura – che per Ruggeri il dialogo tra le giurisdizioni è solo “apparentemente” aperto ad ogni possibile esito, essendo in realtà segnato da una chiara *primazia interpretativa* delle Corti sovranazionali e internazionali su quelle nazionali. Che, in realtà a tratti, sembra sfociare in un monismo del diritto internazionale²¹⁸ riproposto in chiave assiologica²¹⁹. Una gerarchia che era già presente, come abbiamo visto, nella teoria del *multilevel* di Pernice e, tuttavia, questa volta costruita non sull'*European social contract* ma su una tutela dei diritti umani e sulla precomprensione di dialogo irenico tra i giudici nella creazione di un «diritto “vivente intercostituzionale»²²⁰. Un ruolo importante in questo sistema intercostituzionale viene assunto dalle figure del giudice comune, *terminale* tra le istanze di tutela che devono essere riconosciute in un regime di imperio del caso, seguendo un approccio di *case law*, e le giurisdizioni superiori che si occupano di stabilizzare e razionalizzare il materiale giurisprudenziale prodotto dai sistemi. Grande assente nella teoria dell'*intercostituzione* di Ruggeri è il legislatore – nazionale e sovranazionale – che pare perda la sua classica funzione di *legis-latio* e venga in gran parte ridimensionato dalla figura del giudice *demiurgo*, custode dei diritti nell'equilibrio costituzionale intersistemico.

e non meno intensa garanzia, nella Costituzione [...] e si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione».

²¹⁵ A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione di antinomie tra diritto comunitario e interno (profili problematici)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006, 1 e ss.

²¹⁶ «1. In conformità dell'articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 2. L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro *identità nazionale* insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro. 3. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione»

²¹⁷ A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, op.cit.*, 2.

²¹⁸ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una teoria pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989.

²¹⁹ Una gerarchia del diritto sovranazionale e internazionale che si tramuta in un generale *favor* verso le giurisdizioni della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

²²⁰ A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, op.ult.cit.*, 7.

7. Il costituzionalismo difensivo e il suo legame con lo Stato (e il processo democratico)

Una teoria contraria alla costituzionalizzazione dello spazio pubblico europeo è quella del costituzionalismo difensivo. Una tesi che si basa sull'assunto secondo cui il rapporto tra Costituzione e Stato rappresenta l'unico binomio possibile entro cui – allo stato attuale – pensare una realizzazione piena della democrazia nel continente europeo. Nel costituzionalismo difensivo è lo Stato il perno su cui incardinare il processo di integrazione e da cui contemporaneamente riuscire a limitare le derive tecnocratiche e a-democratiche su cui si è costruita la dimensione sovranazionale. La contestazione più forte a cui si oppone il costituzionalismo difensivo è, pertanto, la crisi del concetto di sovranità portata avanti da chi adotta la lettura del *multilevel*, sovranazionale o pluralista, perché al contrario di quest'ultimi considera la sovranità una categoria ancora utile nello studio del diritto costituzionale europeo, perché contenitore principale della sua *dimensione politica*²²¹. Se il tratto caratteristico del costituzionalismo difensivo è un rifiuto del lessico costituzionale per descrivere l'Unione europea, questa viene concettualizzata o come un'organizzazione sovranazionale ma *non* costituzionale o come un'unione di Stati (*Staatenverbund*) che pertanto – *de iure condendo* – si deve limitare a migliorare e a completare le *externalities* negative prodotte sul piano nazionale. Rimane chiaro, dunque, in maniera univoca il dato che l'Unione non possa diventare uno Stato europeo e il cui aumento di poteri non farebbe altro che aggravare il distacco tra democrazia e costituzionalismo, da una parte, e il processo di integrazione, dall'altra. Questa prognosi è figlia della diagnosi secondo cui avventurarsi nel processo di costituzionalizzazione europea rischierebbe di acuire il problema del *deficit democratico*. Se, però, alcuni autori come Grimm, Kirchhof e Loughlin sembrano non voler rinunciare alla categoria della *statualità* come forma entro cui poter avere una Costituzione – nella seppur differenza di analisi e di costruzione – altri come Luciani pongono l'accento più sul rapporto tra *potere* e *diritto* come tensione precipua del costituzionalismo che in Unione non c'è e che è, invece, alla base delle Costituzioni nazionali. Un generale accordo pare, invece, ritrovarsi sull'aspetto fortemente economico e centrato sul *valore* del mercato che ha caratterizzato l'Unione europea e, pertanto, sul rapporto strutturalmente squilibrato con gli altri assi della dimensione politica e sociale dell'Unione²²².

Come anticipato, dunque, nell'introduzione del paragrafo, per Kirchhof in Unione europea non è in atto un processo di costituzionalizzazione²²³. Non siamo in presenza di un

²²¹ Sulla dimensione *politica* del concetto della sovranità e sulla sua crisi, in una letteratura sterminata, A. MORRONE, *Sovranità*, Relazione XXXI, Convegno Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 1 e ss.; R. BIN, *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Jovene, Napoli, 2013.

²²² Un aumento delle competenze non controbilanciato da un'attenzione alla questione *politica* e *sociale* secondo il modello del costituzionalismo statale porterebbe solo ad un allargamento del divario già esistente tra una dimensione sovranazionale *depoliticizzata* e una dimensione nazionale che si fa carico della politicità delle scelte attraverso la rappresentanza e la mediazione degli interessi. Per una prospettiva contraria a quella del costituzionalismo difensivo, R. DEHOUSSE, *Beyond Representative Democracy: Constitutionalism in a Polycentric Polity*, in J. H. H. WEILER, M. WIND, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, 135 e ss.

²²³ P. KIRCHHOF, *The European Union of States*, in A. VON BOGDANDY, *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, 735 e ss.

processo di «*constitution-making*»²²⁴ perché, nonostante alcuni passi in avanti realizzati con il Trattato di Lisbona in termini di maggior controllo democratico del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali, il paradigma costituzionale secondo cui i cittadini sono governanti e non meri soggetti giuridici (sulla scia della massima di Lincoln di un governo «of the people, by the people and for the people»), non è evaso in maniera soddisfacente. Questo paradigma costituzionale prevede necessariamente per Kirchhof l'emersione dello «*statehood* – [come] l'ultima fonte del sistema giuridico [...], l'autorità del *constitution-making* nelle mani del popolo (*pouvoir constituant*), e la presenza di una esclusiva e fondante struttura politica»²²⁵. La mancanza di queste caratteristiche in Unione europea fa sì che il sistema di legittimazione costituzionale derivi ancora in tutto e per tutto dagli Stati membri, che restano sovraneamente «i signori dei Trattati», in un forte eco dell'impostazione assunta dalla Corte costituzionale tedesca in *Lissabon Urteil*²²⁶. Non esiste, quindi, per Kirchhof alcuna possibile ragione per sostenere l'esistenza di un processo di costituzionalizzazione in Europa, perché l'Unione fonda la sua legittimazione giuridica sulle competenze limitate riconosciute nei Trattati e nel principio di attribuzione. Questo a causa «dei suoi poteri limitati di organizzare e creare *policy*» e «della sua indiretta legittimazione attraverso i popoli dei suoi membri (*Staatsvölker*) e non attraverso il popolo europeo (*Staatsvolk*)»²²⁷: motivi per i quali non può vantare la competenza generale (*Kompetenz-Kompetenz*) di uno Stato costituzionale, ma rimane un ordinamento derivato.

Il rigetto dell'approccio del *multilevel* è chiaro, l'Unione europea è un'Unione tra Stati (*Staatenverbund*) che non ha la *Kompetenz-Kompetenz*, ma che si propone l'obiettivo più modesto (ma altrettanto meritevole) di «aprire la sovranità degli Stati membri» e di creare «un intreccio e una cooperazione di riferimento con gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri». L'Unione – seguendo la riflessione di Kirchhof – «è un'unione tra stati» ma «non un'unione di costituzioni» che si occupa in un sistema legale composito ma non integrato di allocazione dei «compiti, competenze e poteri, e pertanto responsabilità giuridiche» in cui gli Stati membri sono semplicemente «accostati nella loro indipendenza – e in questa prospettiva non connessa – costituzione reciproca»²²⁸. Seguendo questa impostazione, lo stesso primato delle norme europee ne viene condizionato e ridimensionato perché trova il suo fondamento nelle clausole costituzionali che abilitano il processo di integrazione, rappresentanti «una precondizione per l'applicazione del diritto europeo all'interno dei rispettivi stati costituzionali»²²⁹. Una gerarchia, dunque, del diritto sovranazionale su quello nazionale non c'è, anzi al massimo per l'autore c'è un ribaltamento della prospettiva – tutt'all'opposto del *multilevel* – che porta a trovare il fondamento giuridico nell'integrazione nelle Costituzioni nazionali. L'impossibilità di concepire l'ordinamento europeo come un qualcosa di più di una confederazione tra Stati, ma meno di una federazione fa giungere alla tesi dello

²²⁴ Spia di questo assunto è stato il diniego olandese e francese all'approvazione al Trattato costituzionale e la riproposizione del Trattato di Lisbona che – a ulteriore riprova - «evade ancora dallo specificare la destinazione finale del processo di integrazione», (P. KIRCHHOF, *The European Union of States, op.cit.*, 736).

²²⁵ P. KIRCHHOF, *The European Union of States, op.ult.cit.*, 737.

²²⁶ BVerfGE 123, 267. Prova ne è d'altra parte il fatto che il rigetto del Trattato costituzionale – oltre essere un segno in sé di una rottura del processo di integrazione – spiega anche il successivo abbandono di ogni tipo di lessico costituzionale *post-Lisbona*.

²²⁷ P. KIRCHHOF, *The European Union of States, op.ult.cit.*, 739.

²²⁸ P. KIRCHHOF, *The European Union of States, op.ult.cit.*, 741.

²²⁹ P. KIRCHHOF, *The European Union of States, op.ult.cit.*, 743.

Staatenverbund. D'altra parte, non si può evitare di notare come i prerequisiti richiesti da Kirchhof per parlare di una costituzione sono molto vicini a quelli riproposti da Dieter Grimm²³⁰.

C'è, però, una differenza importante tra i due costituzionalisti: mentre per Grimm – nonostante le dure critiche ricevute nel dibattito – non pare si evidenzi una concezione etnico-culturale del *Volk*, in Kirchhof questa sembra ben presente. Per l'*ex* giudice costituzionale tedesco l'idea di sviluppare una comunità politica storicamente determinata che prenda il nome di popolo o nazione «è tenuta insieme dalla prospettiva di uno stato comune (*Willenation*) costruito su una comunità già esistente in libertà che successivamente sviluppa la volontà di farsi stato (*statehood*)²³¹. Il popolo preesiste allo Stato, dunque, come comunità originaria, che decide di darsi la forma statale. Se questo è vero, dunque, l'Unione europea è solo la particolare dimostrazione di una trasformazione del concetto di sovranità in un nuovo atteggiarsi e non una sua negazione. Il potere dello Stato per rispondere alle sfide della globalizzazione economica si mostra nella forma di una *cooperazione* necessaria tra Stati, ma i cui i fini e fruitori finali restano (e devono restare) i popoli degli Stati europei nelle loro singolarità. La *constitutionalisation through integration*, progetto portato avanti da organi dell'Unione come la Commissione e la Corte di giustizia non intercetta in nessun modo il tema fondamentale, per il costituzionalismo, dell'integrazione politica ma deve essere limitato nelle sue derive. La forma che ha preso la retorica costituzionale in Europa è sfuggita al controllo degli Stati stessi – secondo Kirchhof e Loughlin – trasformandosi in un progetto «di un *liberal-legal constitutionalism* alleato principalmente alle libertà del mercato [...] che ha minato i diritti sociali stabiliti negli Stati membri»²³² e che si è inverato in un «set di principi etici razionali implicitamente presenti nel costituzionalismo legale»²³³ elevati a verità morali. In questo suo processo di ridefinizione del paradigma costituzionale l'Unione europea ha trovato un alleato nelle «forze di ristrutturazione che Loughlin chiama della “*new governance*”» e che avrebbero il solo obiettivo di formare «un movimento di estensione di specifiche tecniche di disciplinamento attraverso l'azione di governo»²³⁴. Al contrario di questa lettura, nell'opinione dei due autori questo processo di denazionalizzazione e di tecnicizzazione dei poteri sovranazionali dovrebbe essere fatto rientrare nel generale fine per cui quelle istituzioni sono nate: rafforzare l'azione dello Stato nella dimensione esterna di cooperazione.

A riprova della cedevolezza della retorica costituzionale in UE c'è la totale mancanza della dimensione fondativa del *pouvoir constituant* in Unione. Questo perché, per il costituzionalismo difensivo, nessun discorso di formazione di un'identità post-nazionale à la *Habermas* è possibile: è stata proclamata troppo presto «la fine della territorialità» e una legittimazione democratica non può che passare attraverso «una cultura comune

²³⁰ L'Unione manca allo stato attuale di un'opinione pubblica europea e di un sistema di partiti in grado di permettere la formazione di un popolo europeo. D. GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, New York, 2010, 3 e ss, ma vedasi anche paragrafo 4 di questo lavoro.

²³¹ P. KIRCHHOF, *The European Union of States*, *op.ult.cit.*, 748.

²³² M. LOUGHLIN, *What is Constitutionalisation*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, 2010, New York, 66.

²³³ M. LOUGHLIN, *What is Constitutionalisation*, *op.cit.*, 67.

²³⁴ M. LOUGHLIN, *What is Constitutionalisation*, *op.ult.cit.*, 68.

(*Kulturgemeinschaft*) di un determinato popolo [...] che non può essere stabilita senza una legalmente palpabile relazione con il territorio»²³⁵. Lo Stato e il suo rapporto con una comunità territoriale di riferimento sono indispensabili per rispondere alle nuove sfide del mondo contemporaneo di un mercato aperto, ad una crisi della politica nei confronti della dimensione economica e ad una garanzia di una redistribuzione della ricchezza e di protezione del modello europeo di *Welfare* in una società mobile e non radicata. Per questi motivi le conclusioni di Kirchhof sono molto pessimistiche: provare a concepire l'Unione europea in un'altra dimensione politica che non sia quella di uno *Staatenverbund* sarebbe solo deleterio e falsificante, rischiando di legittimare un apparato sovranazionale che non ha nessun tipo di *accountability* democratica²³⁶. Solo se l'Unione europea resterà in questa dimensione di Unione tra Stati e di «co-operation between powers» e non si trasformerà in altro, rappresenterà un'occasione benevola per il mantenimento della «pace e [della] libertà»²³⁷ in Europa.

Per Luciani, invece, il rapporto tra costituzionalismo e Unione europea viene posto in termini diversi. Il costituzionalismo è una particolare tecnica di allocazione dei poteri che trova la sua specificità nel rapporto con il potere: «il costituzionalismo, sconvolgendo il quadro precedente della filosofia politica, colloca il diritto stesso al cuore del rapporto politico, quale strumento di legittimazione del potere» portando a definirsi come «*scienza della fondazione del potere legittimo*». Una volta, però, che il potere entra nella maglie del dominio del diritto «non può più sfuggire al costituzionalismo, che si struttura – conseguentemente – anche come *scienza della limitazione del potere*»²³⁸. Se queste sono le premesse dell'analisi, questo comporta anche un particolare tipo di rapporto tra costituzionalismo e diritti, che non ha senso proclamare (o dichiarare) se non c'è dietro un potere che li riconosca²³⁹. Il rapporto tra diritto e potere è, dunque, il *core* del costituzionalismo occidentale, che non può non passare dal rapporto complesso e intrecciato, in cui il potere è allo stesso tempo il nemico da cui proteggersi (dunque da limitare) e lo strumento per garantire i diritti. Secondo Luciani se questo equilibrio molteplice non viene mantenuto e viene a mancare, si assiste ad una mutazione genetica della funzione del costituzionalismo. Da qui la famosa dicotomia coniata tra *costituzionalismo polemico* – che mantiene il *pólemos* alla sua radice – e *costituzionalismo irenico*, in cui viene occultata la dimensione del potere. In questo discorso ritorna forte la sovranità e il *pouvoir constituant* come base di legittimazione del costituzionalismo (con un limite solo nella Storia) che rappresenta la *formalizzazione* che il diritto costituzionale dà al potere legittimo. Uno sganciamento tra diritti e potere non è possibile, dunque, e secondo l'autore l'idea che una Costituzione europea già esista – che ritrova nella maggioranza della letteratura europea ma in particolare nella teoria maggioritaria del *multilevel* – parte proprio da questa scissione

²³⁵ P. KIRCHHOF, *The European Union of States*, *op.ult.cit.*, 755.

²³⁶ La stessa cultura della protezione dei diritti fondamentali – che ora si trova nel diritto primario dell'Unione attraverso la Carta di Nizza – non deve mai distaccarsi secondo Kirchhof dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, luogo in cui è nata e mai autonomizzarsi dal contesto nazionale (nella logica sempre della legittimazione derivata).

²³⁷ P. KIRCHHOF, *The European Union of States*, *op.ult.cit.*, 761.

²³⁸ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2006, 1652.

²³⁹ «Il potere ha bisogno del diritto per legittimarsi, ma i diritti hanno bisogno del potere per affermarsi» (M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, *op.cit.*, 1653).

erronea in cui è presente il pregiudizio che «il destino dei diritti sia quello di trovare la migliore protezione nell'universo di una molteplicità di livelli di riconoscimento e tutela»²⁴⁰. Questa logica, però, non fa altro, a suo parere, che confondere «la quantità dei diritti e degli strumenti di tutela con la qualità della protezione della persona, offrendo una visione molto ottimistica del problema della pluralità dei livelli di sovranità e della molteplicità dei piani e delle prospettive di tutela»²⁴¹. Ciò presuppone un'equivalenza e un'interscambiabilità tra e dei diritti fondamentali che – se intesi come prodotti culturali specifici di un determinato contesto politico – non è *costituzionalmente* possibile pensare, perché è erronea l'idea stessa di una interscambiabilità delle tutele con l'esito nefasto di confondere l'*etichetta* con il *contenuto* del diritto. Il passaggio, a questo punto, dalla protezione dei diritti ai giudici è di immediata evidenza: «ridurre i diritti all'oggetto di un accertamento giudiziale delle correnti profonde della società equivale a consegnare al ceto dei giudici il governo dei diritti, sottraendolo (e Coke lo sapeva bene!) alle istanze decisionali democratiche»²⁴². Il nesso, dunque, tra protezione dei diritti fondamentali e giudici è un tentativo di ricostruzione del DNA del costituzionalismo moderno, che se portato alle sue estreme conseguenze porterebbe a negare il principio democratico e la relazione che questo assume con il *potere*: vero oggetto della scienza costituzionale.

Luciani riscontra, in maniera molto forte, nel dibattito costituzionale questa connessione tra il processo di costituzionalizzazione in Europa e la retorica secondo la quale una costituzione *beyond the State* assicurerebbe una maggiore protezione dei diritti fondamentali, proprio in nome di una *policentricità* dei controlli giurisdizionali. Il giudizio a questo proposito è *tranchant*: i diritti non sono creati, ma riconosciuti e garantiti dal potere politico, che non essendo presente in Europa fa sì che questa non abbia una Costituzione. Detta in altri termini: la dimensione della scelta *politica* – pur se sempre più influenzata dalle dinamiche dell'integrazione e da una pluralità di sistemi di legalità – risiede per ora ancora e solo nello Stato. In Europa, per Luciani, manca del tutto la dimensione democratica (diretta discendenza della politicità delle scelte costituzionali) e le cause vanno ritrovate nell'importanza molto forte giocata dall'egemonia della dottrina funzionalista nella genesi delle istituzioni sovranazionali e dal ruolo pilota ma antidemocratico che ha avuto la Corte di giustizia nel determinare alcune scelte politico-costituzionali del processo di integrazione. C'è troppo *diritto giurisprudenziale* in Unione e poco *diritto politico*: solo un vero momento costituzionale e un esercizio del *pouvoir constituant* nello spazio pubblico europeo potrebbe portare ad un salvifico riequilibrio tra le due componenti del diritto e alla formazione di una reale comunità politica che «ha la responsabilità politica di decidere» tra cui e soprattutto sulla «decisione politica sui diritti» che «non solo *può*, ma *deve* essere assunta»²⁴³. Finché l'Unione europea non assumerà questa dimensione squisitamente politica e finirà di scaricare sul diritto giurisprudenziale importanti scelte politiche costituzionali, non potrà utilizzarsi propriamente il termine costituzionale per riferirsi ad essa. Non spetta ai giudici decidere ma alla *politica* e la retorica del *costituzionalismo irenico* sulla ricomposizione pacifica e non conflittuale delle differenti sfere di legalità è falsificante e dissimulatoria dei reali destini del

²⁴⁰ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, op.ult.cit., 1659.

²⁴¹ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, op.ult.cit., 1660.

²⁴² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, op.ult.cit., 1661.

²⁴³ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, op.ult.cit., 1663.

processo di integrazione. Nella loro attuale configurazione non democratica attecchisce, infatti, la radice dell'«antisovrano»²⁴⁴: vero germe della crisi della sovranità politica. La probabile conseguenza di un *approfondissement* del processo di integrazione e l'aumento di poteri alle istituzioni sovranazionali – senza affrontare contemporaneamente il tema del *potere* nel costituzionalismo europeo – non potrà che comportare «una dislocazione dei poteri decisionali in favore di istanze politicamente irresponsabili (le autorità tecniche; le Corti)» in una logica secondo cui «se tutti i livelli sono parimenti responsabili, allora nessuno è, di per sé, responsabile»²⁴⁵. La conclusione di Luciani è, dunque, che all'Unione europea manca una riflessione costituente sulla funzione che dovranno giocare per il suo futuro i tre concetti cardine del diritto moderno: la sovranità politica, la democrazia e il costituzionalismo. Senza aver affrontato prima questi nodi, non si potrà parlare di una Costituzione europea.

8. Le teorie del pluralismo costituzionale oltre lo Stato: le varianti

Il pluralismo costituzionale è un'importante scuola di pensiero attraverso cui si è cercato di “incasellare” il processo di integrazione europea. Questa teoria parte dall'assunto che sia venuta meno l'onnicomprendività del concetto di ordinamento giuridico come dotato delle qualità della coerenza, della completezza e dell'unitarietà e che, pertanto, nel mondo occidentale ci si trovi davanti ad uno scenario di pluralità di ordinamenti nazionali, sovranazionali e internazionali, che sono dotati di una (propria e diversa tra di loro) «norma di riconoscimento»²⁴⁶ costituzionale. Tra questi ordinamenti però – e questa è la grande differenza rispetto alle altre teorie finora incontrate – non esiste nessun tipo di rapporto gerarchico o di integrazione o di sovra-ordinazione, ma di pura *interazione* attraverso vari meccanismi di raccordo. Non c'è traccia, dunque, di una rinvenibile norma – espressione della sovranità moderna – *superiorem non recognoscens*. Secondo i pluralisti, nel caso del rapporto tra ordinamenti costituzionali nazionali e ordinamento sovranazionale esistono, pertanto, due poli costituzionali – tra cui non è rinvenibile una *supremacy clause* – che interagiscono fra di loro sovrapponendosi e in cui è, perciò, possibile immaginare che alla medesima questione giuridica sottoposta venga data una risposta diversa. Quello che viene meno, in altre parole, nei pluralisti è l'unicità di un solo ordinamento dato (che nella sua unità racchiude e governa il pluralismo *sociale e istituzionale*²⁴⁷), ma la prospettiva si allargarla alla dimensione *ordinamentale*²⁴⁸ dei rapporti tra i sistemi. Entrambi i due *poli costituzionali* (statale e sovranazionale) possono dirsi, dunque, competenti e *sovrani* ai fini della definizione dell'interpretazione dei rispettivi parametri costituzionali e delle proprie norme di riconoscimento. Con l'incedere del processo di integrazione e il suo connesso *approfondissement*, infatti, anche l'ordinamento europeo ha assunto le sembianze di un costituzionalismo sovranazionale, passando dall'essere un mero completamento delle *externalities* del costituzionalismo democratico, ad in grado di presentare *istanze*

²⁴⁴ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 124 e ss.

²⁴⁵ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, *op.cit.*, 1667.

²⁴⁶ H. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, 2002, Torino.

²⁴⁷ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951.

²⁴⁸ Per una riflessione sul rapporto tra costituzione e il pluralismo inteso in senso largo, M. BERTOLISSI, G. DUSO, A. SCALONE (a cura di), *La Costituzione e il problema della pluralità*, Polimetrica, Milano, 2006.

costituzionali autonome che si trovano, a seconda dei casi, in ottica di opposizione o di armonia con quest'ultimo²⁴⁹.

Un'altra differenza che ne avvalora l'originalità in termini ricostruttivi è data dal rifiuto di qualsiasi tipo di lettura integrazionista. Non viene riconosciuta, in altri termini, una superiorità di sistema né all'ordinamento sovranazionale – come le teorie federali o la teoria sovranazionale – né a quello statale, come quello del costituzionalismo difensivo o l'approccio internazionalista. Rimane aperto, dunque, tutto il tema (che non viene sottovalutato dai pluralisti) di “immaginare” modalità di riordino e razionalizzazione di questo materiale costituzionale prodotto. Lo sforzo dei pluralisti su questo versante si concentra nel cercare di individuare dei meta-principi o dei criteri orientativi per sistemizzare il disordine normativo prodotto, dando “forma” e intellegibilità a quella che altrimenti rischierebbe di diventare una Babele del diritto, in cui nessun ordinamento comprende la lingua dell'altro²⁵⁰. Un'ultima caratteristica comune del pluralismo costituzionale è la sua forte attenzione data al rapporto tra giurisdizioni, e in particolare al rapporto tra Corti costituzionali, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo. La spiegazione a questo interesse può essere ritrovata – oltre che in una generale tendenza del diritto costituzionale a giurisdizionalizzare il rapporto con il potere – anche e soprattutto nel periodo di origine del movimento pluralista, che viene fatto risalire alla sentenza *Maastricht Urteil* del Tribunale costituzionale tedesco²⁵¹. Dopo una presentazione, quindi, della posizione di McCormick (il primo a dare una lettura pluralista ai rapporti tra ordinamenti) si passerà a delineare – nella grande varietà del movimento del pluralismo costituzionale – la posizione di Maduro che, invece, con la sua *contrapunctual law* rappresenta sicuramente una delle più raffinate letture per tentare di “ordinare” il pluralismo costituzionale europeo. Infine, si accennerà – per l'eterogeneità della posizione rispetto agli altri autori – a presentare l'idea di Krisch che – in una generale analisi sullo sviluppo del diritto nel contesto della *global polity* e non focalizzato solo al contesto europeo – oppone e qualifica in maniera antitetica il *pluralismo* al *costituzionalismo*.

Per McCormick, per configurare l'attuale realtà giuridica in Europa bisogna superare l'idea del monismo – che sia a trazione internazionale o nazionale – ed è necessario utilizzare piuttosto le lenti del pluralismo costituzionale perché il problema a cui si trova di fronte lo spazio pubblico europeo è «la metamorfosi della sovranità»²⁵². Questa metamorfosi della sovranità si è manifesta in Europa nella constatazione di un accrescimento dell'ordinamento giuridico europeo – che si dichiara autonomo e indipendente – e che arriva a “penetrare” in maniera importante attraverso le proprie norme giuridiche – senza necessità di intermediazioni – all'interno degli ordinamenti nazionali. Questa influenza del diritto sovranazionale sugli ordinamenti costituzionali nazionali si traduce in una «mutualità di

²⁴⁹ È interessante dunque notare come nel paradigma pluralista è completamente *bypassato* – quantomeno nei termini della ricostruzione teorica – il problema della *Reductio ad Unum* o quella di una *Grundnorm* di chiusura del sistema. Per una forte critica al movimento pluralista, soprattutto alla sua corrente del *radical pluralism* e al rischio che una lettura del genere possa provocare un “danneggiamento” della tradizione giuridica occidentale della *Rule of Law*, J. BAQUERO CRUZ, *The Legacy of the Maastricht Urteil and the Pluralist Movement*, in *European Law Journal*, vol. 14, n. 4, 2008, 389 e ss.

²⁵⁰ S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.

²⁵¹ N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, vol. 1, n. 3, 1995, 259 e ss.

²⁵² N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil*, *op.cit.*, 259.

riconoscimento»²⁵³ che porta Maccormick a sostenere – secondo un’impostazione istituzionale hartiana e non normativista kelseniana – che l’analisi più appropriata per comprendere l’attuale assetto costituzionale europeo²⁵⁴ è quella pluralista piuttosto che un modello monista; inteso come un approccio che si concentri sulle *interazioni* tra sistemi più che sulla ricerca di una gerarchia che non c’è. In questo nuovo paradigma cognitivo, il ruolo delle Corti supreme tra i vari sistemi viene radicalmente modificato: così come le Corti costituzionali hanno l’ultima parola sull’interpretazione della loro *law of the land*, così anche la Corte di giustizia è l’autorità interpretativa ultima delle norme primarie del proprio ordinamento. Questa però «interpretative competence-competence»²⁵⁵ da parte di ogni Corte di ultima istanza comporta anche – nel pensiero del primo Maccormick – che «non tutti i problemi legali possono essere risolti con il diritto»²⁵⁶ perché la pluralità dei punti di vista costituzionali fa sì che si possano dare diverse risposte – costituzionalmente compatibili secondo il punto di vista dei due ordinamenti – la cui selezione non spetta più al diritto, ma ad una *scelta politica*. Un rapporto e una interazione tra *poli costituzionali* che – al di là di ogni visione monistica o dualista – lascia dunque *aperta* per il primo Maccormick alla *politica* la risoluzione dei rapporti ordinamentali. Soluzione che ha fatto parlare di questa fase del pensiero dell’autore come caratterizzata da un «radical pluralism»²⁵⁷. Un diritto nel pluralismo, però, che rischia così di rimanere orfano della sua *funzione di selezione* e di riproporre – come è stato sostenuto in dottrina – solo una logica raffinata ma mascherata di «doppio monismo»²⁵⁸. A dir il vero, se questa rappresenta la prima fase del pensiero di Maccormick, un secondo passaggio importante della sua riflessione si caratterizza per una versione meno radicale del pluralismo. La soluzione proposta dall’autore per superare le aporie del *radical pluralism* si presenta nella formula di un «pluralism under international law»²⁵⁹. In questa nuova versione del pluralismo, il tema della razionalizzazione del pluralismo viene ritrovata nell’inserire questi *conflitti inter-ordinamentali* sotto il “cappello” del diritto internazionale, che diventa il *frame* della gestione delle istanze plurali. Il diritto internazionale, alveo all’interno del quale lo stesso diritto sovranazionale è nato e che resta vincolante anche per gli Stati membri diventa così lo strumento per provare a dare ordine al pluralismo costituzionale. Il criterio a cui ispirarsi rimane dunque il principio *pacta sunt servanda*, a cui sia l’Unione (in quanto ordinamento autonomo e indipendente) sia gli Stati devono rifarsi. Solo in questa forma, dunque, è possibile – pur sempre non arrivando a

²⁵³ N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil*, *op.ult.cit.*, 262.

²⁵⁴ In un assetto di questo tipo anche la stessa idea di diritto ne viene modificata seguendo il filo argomentativo di Maccormick: «questa è una visione del diritto che permette la possibilità che differenti sistemi si sovrappongano e interagiscono, senza necessariamente richiedere che uno sia subordinato o gerarchicamente inferiore all’altro o a un terzo sistema» (N. MACCORMICK, *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, vol. 56, n. 1, 1993, 18).

²⁵⁵ N. MACCORMICK, *The Maastricht.*, *op.cit.*, 264.

²⁵⁶ N. MACCORMICK, *The Maastricht.*, *op.cit.*, 265.

²⁵⁷ N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, New York, 1999, 113.

²⁵⁸ Su questa problematica dei punti di vista costituzionali inconciliabili e sul rischio di un “doppio monismo”, P. ELEFThERiADIS, *Pluralism and Integrity*, in *Ratio Juris*, vol. 23, n. 3, 2010, 373 e ss.

²⁵⁹ Il diritto internazionale non è però la fonte originaria da cui gli altri ordinamenti discendono, ma la cornice entro cui i conflitti devono essere regolati e che permette ai due poli costituzionali di confrontarsi l’uno con l’altro in un’ottica di mutua collaborazione e apertura, (N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, *op.cit.*, 121).

sostenere l'origine derivata dei due poli costituzionali da quello internazionale à la *Kelsen* – trovare un esito in grado di procedere verso un *pluralismo ordinato*²⁶⁰. L'esito finale del pensiero del filosofo scozzese è, pertanto, a favore del riconoscimento di una soluzione giuridica e non solo politica al governo del pluralismo costituzionale²⁶¹.

Una seconda posizione – tra le tante altre varianti²⁶² – nel movimento pluralista è quella di Maduro. Per il costituzionalista portoghese le riflessioni sul pluralismo costituzionale intercettano il tema della sovranità in Europa e più specificatamente della *legal sovereignty*, come discorso che si interessa di determinare *chi* in un determinato sistema giuridico abbia la *final authority*. Questo modo di intendere il processo di integrazione porta con sé evidentemente la necessità di proporre una nuova concezione del diritto e della sovranità, nella sua doppia accezione della «autonomia di una comunità politica nel determinare le sue *policies* (*self-government*)» e dell'«autonomia della comunità politica di definire la partecipazione e la rappresentanza nella comunità politica»²⁶³. A questa tensione dell'atteggiarsi della sovranità in un *humus* di pluralismo costituzionale, si pone, tuttavia, *d'emblée* la tematica di governare l'interazione tra sistemi, prova dell'adesione del giurista portoghese alla corrente di pluralismo *prescrittivo* e non solo *descrittivo*. Maduro individua così due poli costituzionali autonomi: da una parte il costituzionalismo sovranazionale (di cui la Corte di giustizia è guardiana), espressione di un ordinamento autonomo e originario dotato di una Costituzione e che reclama la *primauté* e l'*effet direct* come cardini della sua ricostruzione monista, dall'altra si colloca il costituzionalismo statale, che reclama la *final authority* all'interno degli ordinamenti costituzionali, attraverso l'armamentario della «national constitutional ratification» e della «national constitutional review of EU law»²⁶⁴. Se per altri approcci questo ripropone il problema di punti di vista inconciliabili in Europa, nel pensiero di Maduro la configurazione *in action* del pluralismo costituzionale rappresenta,

²⁶⁰ Alla domanda se solo così si possa “superare” l'irrisolubilità dei conflitti, McCormick risponde che in conflitti sono e restano *possibili*, ma che in questa nuova veste non diventano *inevitabili*, (N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, *op.ult.cit.*, 121).

²⁶¹ Per una soluzione simile che guarda all'interazione tra ordinamenti nazionali, sovranazionali e internazionale, J. KLABBERS, G. PALOMBELLA, *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

²⁶² Tra cui sul concetto di «constitutional eterarchy» come modalità descrittiva ottimale per descrivere l'attuale assetto dello spazio pubblico europeo, D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: the Centrality of Conflicts in the European Union and the United States*, in *University of Michigan Public Law Working Paper*, n.111, 2008, che sostiene che nella comparazione tra il costituzionalismo americano e quello europeo si registra un dato comune dato dal rapporto *eterarchico* tra i sistemi costituzionali. Se, però, nel sistema americano questo si sviluppa all'interno della cornice federale (che parrebbe configurare più un pluralismo tra le diverse istituzioni costituzionali che contribuiscono a interpretare la costituzione americana), in Europa l'*eterarchia* è una forma di pluralismo che si atteggia nel rapporto tra ordinamenti nazionali e quello europeo. L'*eterarchia* si configura, pertanto, come una forma di *autogoverno* spontanea, decentralizzata e immanente (da qui il rifiuto di dover immaginare à la *Maccormick* un ombrello di diritto internazionale per regolare questi conflitti, che a parere del costituzionalista americano rischierebbe soltanto di riprodurre il vizio gerarchico superamento dell'ossessione della ricerca dell'autorità ultima), che si concentra, al contrario, sull'interazione pluralista tra sistemi costituzionali in nome di «un progetto di *governance* che permett[a] agli attori di perseguire i valori di *voice*, *expertise* e *rights*: il primo inteso come «quale attore ha la migliore capacità di rappresentanza della volontà politica», il secondo come «la migliore capacità di conoscenza [dei problemi] o la [migliore] capacità strumentale», il terzo come «il migliore attore in grado di proteggere i diritti individuali», (D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy*, *op.cit.*, 14).

²⁶³ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 502.

²⁶⁴ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, *op.cit.*, 506, 508.

al contrario, la reale ricchezza del costituzionalismo europeo²⁶⁵. Il proposito dell'autore non è, quindi, quello di risolvere in via definitiva il pluralismo costituzionale (cosa non auspicabile) presente nello *European constitutionalism*²⁶⁶ (formula onnicomprensiva delle due matrici) ma di sistematizzarlo in una forma di coordinamento e di razionalizzazione.

In questa prospettiva, si inserisce la sua *contrapunctual law*²⁶⁷, che si presenta come una proposta che vuole selezionare una serie di *principi procedurali* per governare il pluralismo, tra cui alcuni del tutto originali mentre altri tipici del funzionamento di ogni ordinamento, ma che assumono un diverso taglio speculativo se inseriti in un contesto di pluralismo costituzionale. Nella proposizione dell'autore i principi che devono reggere il funzionamento del sistema sono quattro: *pluralism, consistency and vertical and horizontal coherence, universability* e *institutional choice*. Per *pluralism* si intende che «ogni sistema legale (nazionale o europeo) deve rispettare l'identità dell'altro sistema; la sua identità non deve essere affermata in una maniera da sfidare l'identità degli altri sistemi giuridici oppure la concezione pluralistica del diritto europeo in sé»²⁶⁸, per permettere gli aggiustamenti necessari per riconoscere le istanze sovrane degli altri ordinamenti. Il secondo principio della *consistency and vertical and horizontal coherence* viene inteso da Maduro nella ricerca della coerenza interna ed esterna del pluralismo «in un contesto di statuizioni giuridiche concorrenti fintanto che tutti i partecipanti condividano lo stesso impegno per la creazione di un sistema giuridico coerente e risistemino le loro *competing claims* in maniera conseguente ad un *set* minimo di principi discorsivi»²⁶⁹. Per la realizzazione di questo principio è molto forte il ruolo della motivazione della decisione che attraverso uno sforzo interpretativo deve tendere a preservare la coerenza del sistema, includendo nello *European legal discourse* non solo le Corti (anche quelle che non partecipano alla risoluzione del caso), ma anche i soggetti – come avvocati e litiganti – che condividono le informazioni del giudizio. Il terzo principio è quello della *universability* – forse uno dei concetti più pregnanti – inteso come la necessità che le Corti supreme giustifichino le loro decisioni in un modo che esse risultino “universalizzabili” dalla comunità di diritto europeo, internalizzando nel proprio ragionamento giuridico le prevedibili conseguenze per casi futuri per evitare forme di evasione e di *free-riding*. Infine, per *institutional choice* si intende che ogni ordinamento giuridico deve «essere cosciente delle scelte istituzionali ricomprese in ogni richieste di azione in una comunità pluralista»²⁷⁰, ponendosi, dunque, in termini problematici il tema del

²⁶⁵ Un sistema di tal sorta permette meglio, infatti, di prendere in considerazione le *externalities* prodotte dal processo democratico statale (completandolo in una visione più globale di interazione tra i due costituzionalismi) e gli interessi di gruppi sociali che nello Stato-nazione rimangono prigionieri della costruzione del *bene pubblico* per sua natura escludente.

²⁶⁶ Per questa doppia matrice che affligge il costituzionalismo europeo tra passione e ragione, MADURO M. P., *Passion and Reason in the European Integration*, in I. PERNICE, R. SCHWARZ (eds.), *Europa in der Welt – Von der Finanzkrise zur Reform der Union*, Nomos, Baden-Baden, 2013.

²⁶⁷ Intesa come una modalità «di gestire relazioni non-gerarchiche tra diversi ordinamenti giuridici e istituzioni e di scoprire come guadagnare da una diversità di scelte che ci vengono offerte senza generare conflitti che rischiano di distruggere questi ordinamenti giuridici e i valori che sostengono» (M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, *op.ult.cit.*, 523).

²⁶⁸ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, *op.ult.cit.*, 526.

²⁶⁹ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, *op.ult.cit.*, 527.

²⁷⁰ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, *op.ult.cit.*, 530.

mutuo riconoscimento delle virtù e dei difetti di ogni sistema e degli impatti delle scelte istituzionali su altri ordinamenti²⁷¹.

Un pluralismo costituzionale à la *Maduro* di tipo prescrittivo che non si vuole fermare, però, solo a proporre un modello diverso di pluralismo costituzionale, ma cerca di lambire la stessa teoria della democrazia²⁷². Il costituzionalismo europeo, infatti, inteso nella sua visione globale permette di aggiungere tre elementi in definitiva alle democrazie nazionali: garantisce in primo luogo di aprire mutualmente ai «cittadini e agli interessi degli altri Stati membri» («outboundend democratic externalities»), che sarebbero altrimenti esclusi dal processo di deliberazione politica; in secondo luogo di inglobare processi esterni transnazionali che impattano sulla scelte politiche nazionali («inboundend democratic externalities»); e infine di realizzare una forma di «esterna e auto-imposta disciplina costituzionale sulle democrazie nazionali»²⁷³. Un nuovo modello costituzionale che pone in gioco la stessa costruzione della *questione democratica* nel Vecchio continente e che può assecondare (in antitesi al monismo statalista) un *processo* costituzionale di *polity building*, in cui i cittadini parteciperanno in una veste alternativa alla formazione dell'identità costituzionale, non più schiava della mitologia costituente della scrittura della Costituzione come «decisione politica fondamentale»²⁷⁴. In questa visione di *management* del pluralismo, Maduro intravede la costruzione di una *European political community*, in cui non esisterà più una netta definizione dei confini giuridico-politici che singole comunità politiche si danno per delimitare il peso delle loro scelte politiche domestiche (nell'equilibrio sempre precario tra rappresentanza e partecipazione degli organi democratici), ma in cui, al contrario, «gli attori sociali nazionali utilizzeranno la varietà dei *fora* nazionali e sovranazionali possibili per perseguire i loro interessi»²⁷⁵. In questa prospettiva di tutela continua dei loro interessi – che trova nel giudice il *guardiano* del pluralismo – si realizzerà un processo di partecipazione politica alternativa a quello dello Stato, in cui il pluralismo sembra essere l'altra faccia della medaglia dell'individualismo liberale.

In conclusione, di questa rassegna sul movimento del pluralismo costituzionale, si inserisce il pensiero di Krisch. Il punto di riferimento di questo autore rispetto agli altri non è tanto lo spazio pubblico europeo in sé, ma la trasformazione più in generale in quella che viene identificata come la *postnational law*²⁷⁶. Il sistema della *postnational law* è il prodotto del superamento del «Westphalian system», in cui vigeva «una chiara separazione tra livello giuridico domestico e internazionale e solo relative e leggere forme di coordinazione e cooperazione tra i due livelli»²⁷⁷, verso una forma ancora non del tutto definita di

²⁷¹ L'uniformità giuridica è un valore che si persegue, dunque, non attraverso l'unità del comando sovrano ma attraverso questo sforzo dei giudici per cercare di rendere *communicative* le loro decisioni.

²⁷² L'obiettivo è costruire un modello del tutto alternativo al costituzionalismo nazionale per proporre un costituzionalismo europeo che «esprima la sua *claim* di autorità politiche indipendenti attraverso un modello costituzionale differente da quello dello Stato» (M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, *op.ult.cit.*, 536).

²⁷³ M. POIAES MADURO, *Three Claims of Constitutional Pluralism*, in M. AVBELJ, J. KOMAREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Portland, 2012, 77.

²⁷⁴ C. SCHMITT, *La Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, *passim*.

²⁷⁵ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, *op.ult.cit.*, 537.

²⁷⁶ Un'evoluzione del fenomeno giuridico mondiale – di cui l'Europa rappresenta soltanto un epifenomeno – che si trova davanti ad un disordine normativo e ordinamentale che necessita di nuovi paradigmi per ripensare una generale riorganizzazione dei poteri pubblici.

²⁷⁷ N. KRISCH, *The case for Pluralism in Postnational Law*, in *LSE Legal Studies Working Paper*, n. 12, 2009, 2.

riorganizzazione dei poteri pubblici che – a causa di spinte di fenomeni come l’uropeizzazione (con l’influsso dunque delle organizzazioni sovranazionali) e la globalizzazione – viene meglio intercettata e racchiusa in un modello pluralista sistemico. Se, dunque, l’Europa è un laboratorio di analisi, la riflessione di Krisch sulla *postnational law* non si ferma solo qui ma fa parte di un ripensamento più ampio che tocca l’evoluzione dal paradigma giuridico *tout court*²⁷⁸. Il dato interessante del pluralismo sistemico di Krisch è, però, che – oltre ad arricchire il dibattito sulla scuola pluralista – pur partendo dalla riflessione di Maccormick, nega che il pluralismo si possa dire parte del costituzionalismo e viceversa: ci troviamo davanti, al contrario, secondo l’autore a due paradigmi opposti di rapporto con il potere²⁷⁹. Un pluralismo, pertanto, che si separa del tutto dal costituzionalismo moderno che viene identificato nella formula iconica del «foundational constitutionalism»²⁸⁰, caratterizzato da una costruzione del rapporto con il potere politico in termini verticali e gerarchici, centrato sull’idea della fondazione attraverso l’esercizio del *pouvoir constituant* e sui due valori della «agency» e della «popular sovereignty»²⁸¹. Questo approccio *passé* non risulta adatto per “inquadrare” il nuovo fenomeno della *postnational law*, maggiormente intellegibile se inserito nel prisma del pluralismo sistemico, che si caratterizza, al contrario, per l’apertura e per la visione orizzontale ed eterarchica e, pertanto, maggiormente in grado di cogliere la fluidità dei fenomeni globali. È evidente – nella linea di pensiero dell’autore – come la struttura del diritto postnazionale sia di tipo reticolare in cui più livelli – nazionale, globale e regionale – spesso competono tra di loro e in cui non è possibile immaginare la riproposizione di catene piramidali e in cui è presente lo sforzo di configurare un diritto elastico, che deve necessariamente riadattarsi per non sfuggire al compito di *formalizzazione* del reale. Il pluralismo sistemico risponde con «un’apertura istituzionale che corrisponde con l’apertura e la fluidità della società postnazionale»²⁸² al grande tema della *frammentazione* e della necessità di *mutual accomodation* delle istanze di governo globali, che in questo paradigma possono ritrovare il diritto di stabilire in maniera autonoma le proprie istanze di relazione con gli altri sistemi. Al contrario, applicare il paradigma costituzionale per organizzazioni sovranazionali o globali rischierebbe di cristallizzare entità a-democratiche, cadendo in un doppio paradosso: riconoscere come costituzionali entità che non riproducono in alcun modo regole democratiche di governo (nel senso stesso del costituzionalismo moderno), impedendogli allo stesso tempo di svolgere la loro reale funzione di contrappeso delle *externalities* dello Stato nazione. Punto centrale dell’argomentazione è, inoltre, che il pluralismo si dimostra maggiormente in grado di tutelare il valore della *public autonomy*: concetto – dai contorni in parte ambigui – ma che per Krisch indica la capacità di un determinato gruppo sociale e istituzionale di determinarsi. Le ragioni che portano a creare questa netta separazione tra i due paradigmi e a preferire il pluralismo sistemico per lo spazio

²⁷⁸ Come, ad esempio, dall’evoluzione del passaggio da forme di *government* a quelle di *governance*, dall’*hard law* alla *soft law* che interessano la sfera globale e che è sfociata anche nei pionieristici studi sul *global administrative law*, B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n. 15, 2005, 15 e ss.

²⁷⁹ Per una riflessione sul pluralismo come modo per leggere il fenomeno della globalizzazione, M. DELMAS-MARTY, *Les Forces Imaginantes du Droit. Le Pluralisme Ordonné*, Le Seuil, Paris, 2006.

²⁸⁰ N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Character of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 47.

²⁸¹ N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism*, *op.cit.*, 50.

²⁸² N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism*, *op.cit.*, 26.

giuridico globale, paiono le seguenti in definitiva: la sua funzione di *inclusione* di più attori sociali e istituzionali possibili, la maggiore garanzia di *equilibrio* dei poteri all'interno di un *frame* elastico e dinamico, la maggiore adattabilità al *divenire* della globalizzazione e le maggiori opportunità di contestazione da parte dei singoli sistemi²⁸³. Tuttavia, pare altrettanto chiaro che per Krisch non vi è una confluenza di un paradigma nell'altro, ma l'idea è quella di una convivenza reciproca: il costituzionalismo resta per la dimensione statale e della *national law*, mentre il pluralismo sistemico di tipo radicale²⁸⁴ diventa la lente per inquadrare la dimensione globale (o regionale) e della *postnational law*.

9. La prospettiva dei conflitti per leggere il processo di integrazione europea

La prospettiva dei conflitti è l'ultima categoria in termini di tempo proposta dal pensiero giuridico europeo per dare forma al processo di integrazione. Una lettura, questa, che riconosce la forte componente plurale dei rapporti tra Stati e Unione europea – trovandosi in alcuni punti in forte sintonia con la lettura del pluralismo costituzionale – ma che prova allo stesso tempo a proporre una rifunzionalizzazione di questi rapporti in termini di conflitti inter-ordinamentali. Un primo dato, dunque, da sottolineare è la forte attenzione che viene data al conflitto politico²⁸⁵ come motore del processo democratico. A questo proposito, rispetto al pluralismo costituzionale che sembrava prediligere – in via tendenziale – una *ricomposizione* ordinata dei conflitti ordinamentali, nella prospettiva di questi autori il conflitto viene visto come sinonimo di *questione politica* e tutti gli sforzi sono direzionati a cercare di inserire il conflitto²⁸⁶ come elemento strutturale nel diritto pubblico europeo. Il punto centrale di questa generale riconfigurazione è, quindi, immaginare una nuova funzione del diritto che, da importante veicolo in passato per la formazione della *Comunità di diritto europea*²⁸⁷, ora deve svolgere compiti diversi: essere meno legato ad un certo tipo di patrimonio storico *mercato-centrico*, che affligge da sempre la costruzione sovranazionale (figlia del modello di integrazione funzionalista), e ritrovare il legame costituzionale con la *politica* nella forma di un «conflicts-law constitutionalism»²⁸⁸. Un altro aspetto interessante da sottolineare è che se mentre il pluralismo costituzionale sembra nutrire una certa diffidenza nei confronti dello Stato come soggetto in grado, in un contesto di globalizzazione

²⁸³ I richiami sembrano molto ricordare un'idea di democrazia procedurale in cui la matrice liberale (di limitazione del potere) è preponderante: molta attenzione viene data all'autonomia e poco alla dimensione della partecipazione come formazione della volontà collettiva.

²⁸⁴ N. KRISCH, *Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space*, in *Ratio Iuris*, vol. 24, n. 4, 2011, 386 e ss.

²⁸⁵ R. DAHRENDORF, *Il conflitto sociale nella modernità: saggio sulla politica della libertà*, Laterza, Roma-Bari, 1989.

²⁸⁶ Il conflitto è inteso dunque come categoria necessaria per riattivare i meccanismi politici in una sua tripla dimensione: in quella verticale europea – nei rapporti tra Stati membri e Unione, in quella orizzontale nell'interazione tra organi istituzionali dell'UE e tra i singoli organi istituzionali statali quando partecipano alla formazione del diritto sovranazionale, arrivando fino a teorizzare l'esistenza di conflitti diagonali tra leggi nazionali e regolazione europea. A questo proposito, C. SCHMID, *Diagonal Competence Conflicts between European Competition Law and National Regulation – a Conflict of Laws Reconstruction of the Dispute on Book Price Fixing*, in *European Review of Private Law*, vol. 8, n. 1, 2000, 153 e ss.

²⁸⁷ Per una disamina storica del significato di Europa come Comunità di diritto, M. STOLLEIS, *Europa, comunità di diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2012, 293 e ss.

²⁸⁸ M. EVERSON, C. JOERGES, *Reconfiguring the Politics-Law Relationship in the Integration Project through Conflicts-Law Constitutionalism*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, 644 e ss.

economica, di avere un'alta capacità di *problem solving* (tanto da apprezzare le virtù del costituzionalismo sovranazionale visto come paradigma di disciplina dei *nation-State failures*), la prospettiva dei conflitti non ha una generale diffidenza nei confronti del vecchio Leviatano. Dello Stato e del costituzionalismo democratico viene valorizzato, al contrario, e in antitesi alla sfera sovranazionale – in cui è forte il fenomeno della regolazione²⁸⁹ – la dimensione comunitaria-nazionale come spazio della *redistribuzione*²⁹⁰. Se, dunque, nella teoria dei conflitti la dimensione nazionale viene vista con maggiore *sympatheia*, è anche vero, però, che lo Stato non viene considerato come l'unico spazio pubblico in cui la democrazia e il costituzionalismo possono convivere (al contrario della corrente del costituzionalismo difensivo). Dello Stato e della democrazia nazionale vengono messe in risalto solo alcune categorie costituzionali – tra cui la sua capacità di *redistribuzione* ne rappresenta sicuramente una – perché considerate necessarie e positive per le sfide affrontate dal processo di integrazione. Lo sfondo resta, dunque, una dimensione transnazionale²⁹¹, seppur tuttavia in una generale e maggiore valorizzazione del modello del costituzionalismo democratico rispetto al movimento dei *pluralist*. L'ultimo punto che vale la pena evidenziare è l'attenzione che viene data al conflitto sociale. L'interessante passo in avanti che viene compiuto nello studio dell'integrazione è nel non concepire i conflitti solo in termini di *conflitti ordinamentali* – immaginando gli ordinamenti nazionali ed europei come due blocchi monolitici e non innervati da una pluralità di istanze costituzionali interne – ma di declinarli anche in chiave *endo-ordinamentale*²⁹², in cui il conflitto sociale passa contemporaneamente dalla dimensione nazionale, ma anche e, soprattutto, dal contesto transnazionale. Questa riacquisita importanza del conflitto sociale non è frutto, però, di casualità ma è piuttosto il prodotto di un *trait d'union* tra i diversi autori che ritrova la sua genealogia nella crisi dei debiti sovrani e nei meccanismi di *governance* economica in UE messi in piedi per contrastarla²⁹³. Sarebbe, tuttavia, errato sostenere che la prospettiva dei conflitti si fermi *solo* a questa importante ma temporalmente limitata fase dell'evoluzione del processo di integrazione europea – interpretata da Habermas come una trasformazione dell'Europa in un «federalismo esecutivo post-democratico»²⁹⁴ – ma sicuramente l'influsso che il diritto della crisi²⁹⁵ ha avuto nello spazio pubblico europeo ha significativamente acuito e aggravato i meccanismi di legittimazione democratica che interessano il diritto

²⁸⁹ A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Mulino, Bologna, 2000.

²⁹⁰ L'unità nazionale diviene pertanto il presupposto – non necessario in termini astratti ma storicamente provato – di un collante di solidarietà tra i suoi membri.

²⁹¹ Per un tentativo di inserire la solidarietà in una dimensione transnazionale, F. DE WITTE, *Justice in the EU: The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

²⁹² E. OLIVITO, G. REPETTO, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, 1 e ss.

²⁹³ È stato ad esempio sostenuto in dottrina che gli strumenti giuridici selezionati per contrastare la crisi economica dei debiti sovrani – tra tutti il Trattato sul *Fiscal Compact* e il Trattato sul Meccanismo Europeo di Stabilità (MES) – perseguirebbero un modello di *austerity* e compressione della spesa sociale degli Stati, a cui dovrebbe opporsi un modello di «*Redistributive State*» che ponga al centro la capacità redistributiva dello Stato e il suo stretto legame con i meccanismi di governo del conflitto sociale, D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, 667 e ss.

²⁹⁴ J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, *passim*.

²⁹⁵ Per una panoramica generale del diritto della crisi, G. MARTINICO, *Le implicazioni costituzionali della crisi. Una rassegna della letteratura*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2016.

sovranazionale²⁹⁶, sia in sé, sia soprattutto sui suoi riflessi sul diritto costituzionale degli Stati membri²⁹⁷.

Per Dani, l'elemento principale che manca al diritto sovranazionale è quella cultura costituzionale dei conflitti presente nel costituzionalismo democratico, inteso come quella evoluzione del costituzionalismo moderno che ha permesso di interiorizzare il conflitto all'interno del paradigma del diritto pubblico occidentale. Il conflitto politico e sociale – a partire dalla fine della Seconda Guerra Mondiale – è stato considerato, infatti, un elemento imprescindibile del funzionamento delle società moderne tra classi sociali contrapposte, che portò con sé una generale trasformazione del ruolo del diritto pubblico. In quest'ottica la funzione delle costituzioni cambia perché i documenti costituzionali democratici «servono a riconoscere i conflitti e a disciplinarne razionalmente lo svolgimento»²⁹⁸. Questo comporta una generale ricostruzione della impalcatura dello Stato costituzionale moderno che si sviluppa in varie direttrici: luoghi di rappresentanza politica del conflitto, riconoscimento di scelte redistributive necessarie per l'ampliamento della partecipazione politica, allargamento dei testi costituzionali che riconoscono nel proprio patrimonio costituzionale i diritti sociali e conseguente maggiore presenza dello Stato in economia²⁹⁹. Se queste sono le coordinate essenziali del costituzionalismo democratico, questa componente non è secondo Dani, l'unica tradizione che compone lo *jus publicum europaeum*, composto dall'altro importante blocco del diritto sovranazionale³⁰⁰. Se la giustizia sociale è il valore predominante perseguito dal costituzionalismo democratico, nel diritto sovranazionale l'equivalente è rappresentato dal valore della «efficienza allocativa» che si traduce nella «massimizzazione del benessere aggregato su scala transnazionale, alla stabilità nel tempo delle decisioni e alle esigenze di cambiamento strutturale di determinate politiche nazionali»³⁰¹. Il modello sovranazionale si occupa, infatti, in maniera principale dei *conflitti interstatali*, ma anche di conflitti «connessi con la mobilità dei fattori di produzione»³⁰², proponendo una generale forma di «*culture of social consensus*», in cui «la giustizia sociale e la competizione politica tra avversari [viene] rimpiazzata da un *ethos* del mercato e da una *policy making* di tipo consociativo»³⁰³.

Se queste due componenti dello *jus publicum europaeum* per una lunga fase si sono mantenute in un generale equilibrio e in uno stato di non interferenza, successivamente però – a partire in particolare dagli anni '80 – si è passati da una fase di *convergenza* dei rapporti

²⁹⁶ G. MAJONE, *From a Regulatory State to a Democratic Default*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, n. 6, 2014, 1216 e ss.

²⁹⁷ Per una doppia lettura degli influssi che il diritto della crisi europea ha avuto sul diritto costituzionale italiano (sostanziatasi a livello costituzionale nella modifica del 2012 dell'art. 81 Cost.), M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2012, 92 e ss.; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2012, 357 e ss.

²⁹⁸ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013, 82-83.

²⁹⁹ Il progetto di integrazione diventa il fine politico da raggiungere per il costituzionalismo democratico ma il conflitto e i luoghi del conflitto diventano il mezzo necessario per realizzarlo.

³⁰⁰ Quest'ultimo si differenzia, dal primo, per una diversa impostazione che risente fortemente del progetto di integrazione votata alla realizzazione del mercato comune e da una declinazione dei conflitti in termini interstatali.

³⁰¹ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo*, op.cit., 86.

³⁰² M. DANI, *Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, 629.

³⁰³ M. DANI, *Rehabilitating Social Conflicts* op.cit., 630.

costituita da una «dinamica particolarmente sofisticata che ha nei fenomeni di prescrittività circolare, reciproca armonizzazione e nell'ibridazione degli stili di governo i propri momenti significativi» a una fase di vera e propria *egemonia* del diritto sovranazionale sul costituzionalismo democratico, che si è sostanziata in un avvento di una concezione «*post-politica*»³⁰⁴ dell'Unione (anni della crisi dei debiti sovrani). Questo rapporto egemonico del diritto sovranazionale sul costituzionalismo democratico lo si può cogliere da tante angolazioni visuali: nell'infiltrazione sempre più forte della logica di mercato nel diritto del lavoro nazionale, nell'indebolimento dei servizi pubblici essenziali o nel più generale cambiamento culturale al tema della protezione dei diritti fondamentali del cittadino³⁰⁵. Per cercare, pertanto, di rompere questa egemonia, la mossa strategica proposta dall'autore è ricollocare al centro delle riflessioni costituzionali il tema del conflitto sociale in una nuova ri-declinazione transnazionale. Questa strategia di ricentralizzazione del conflitto sociale non si potrà, però, basare sui due elementi chiave della mobilitazione sociale e della partecipazione politica (per ora assenti nello spazio pubblico europeo per problemi strutturali di emersione nella sfera pubblica sovranazionale), ma attraverso una proposta più contenuta, ma altrettanto ambiziosa di *conflitti di autorità*. Questo perché – a parere dell'autore – un discorso di conflitti tra *autorità* nello *jus publicum europaeum* raccoglierebbe la sfida della mediazione delle istanze sociali insita nell'ordine giuridico contemporaneo e permetterebbe il recupero di «un rapporto equilibrato tra le due anime del diritto pubblico europeo in modo da trarre il massimo beneficio dal loro operare congiunto»³⁰⁶. In questa strategia di rottura dell'egemonia nello *jus publicum europaeum*, Dani considera positivamente i possibili esiti che potremmo derivare dall'utilizzo sapiente di alcuni strumenti presenti nel diritto sovranazionale – in chiave contestatoria – come un uso accorto della clausola dell'art. 4 TUE sul rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri, la valorizzazione del rinvio pregiudiziale o un sapiente impiego del meccanismo di vigilanza del principio di sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali. In estrema sintesi, dunque, i *conflitti di autorità* se ben direzionati potrebbero provocare una parziale riabilitazione della cultura del conflitto sociale (distaccandola dalle «comunità interpretative originarie» nazionali) e facilitare un suo inserimento in una più larga «comunità interpretativa europea»³⁰⁷, maggiormente adatta ad accogliere la questione sociale nello *jus publicum europaeum*.

Al contrario di Dani, De Witte e Dawson adottano una prospettiva di ingegneria costituzionale e di puro *iure condendo*. Il dato di partenza degli autori è che «l'Unione

³⁰⁴ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo, op.ult.cit.*, 234.

³⁰⁵ Proprio sul tema del cambiamento della cultura costituzionale, Dani sostiene che l'inserimento nel paradigma sovranazionale della protezione dei diritti fondamentali e del principio della rappresentanza democratica indicano solo una mera «policy of constitutional gesture» (M. DANI, *Rehabilitating Social, op.ult.cit.*, 639), mirata a tentare di rispondere alle domande di *democratizzazione* dell'Unione europea, ma che, in realtà, non fa altro che dissimulare – in un nuovo contesto di espansionismo sempre più forte del diritto sovranazionale – un'operazione politica di rilegittimazione dei vecchi assi «di integrazione del mercato e [spostando] l'attenzione dalla strutture di potere e dai conflitti delle attuali società europee» (M. DANI, *Rehabilitating Social, op.ult.cit.*, 640). Inserire la protezione dei diritti fondamentali in un sistema sovranazionale che risulta ancora concentrato sul mercato e sul perseguimento di criteri di efficienza, non rappresenta per Dani altro che una *deminutio* della dimensione emancipatoria dei diritti fondamentali.

³⁰⁶ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo, op.ult.cit.*, 366.

³⁰⁷ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo, op.ult.cit.*, 396.

europea *post-crisi* sarà un animale molto differente rispetto all'UE *pre-crisi*³⁰⁸. Muovendosi anche loro, dunque, in una prospettiva che legge l'integrazione europea secondo il prisma dei conflitti, i loro sforzi si muovono in un tentativo di immaginare una cornice costituzionale e istituzionale dell'Unione europea, in cui si possa realizzare il valore della «self-determination», intesa come capacità di *agency* dei cittadini e reale possibilità di «incidere sul tessuto economico, sociale e morale della società (al posto di limitarsi attraverso la sola voce *formale* sul *decision-making process*)»³⁰⁹. Questo dato di opposizione tra *formal democracy* e *self-determination* è forte nella concezione degli autori, secondo cui solo nella seconda è presente l'idea di una giustizia sociale sulle cui basi deve essere ridisegnato il progetto istituzionale europeo, a differenza della prima che pare quella dominante nelle attuali teorie contemporanee in Unione³¹⁰. In questo generale progetto costituzionale degli autori si inserisce l'analisi dei meccanismi di *governo della crisi* messi in piedi da parte dell'Unione europea. La critica al comportamento degli organi sovranazionali, in questo contesto, è molto dura, tanto da arrivare a parlare di una vera e propria disintegrazione del progetto europeo che per affrontare l'emergenza finanziaria ha costruito dei veri e propri meccanismi disciplinari sulle scelte di bilancio degli Stati membri (*Fiscal compact*, MES, meccanismi di condizionalità per l'erogazione di prestiti agli Stati in crisi di insolvenza, ecc.). A questo aspetto si aggiunge quello più grave della totale mancanza di forti «democratic credentials», che ha comportato la rottura definitiva dell'equilibrio di competenze e compiti tra Stati e Unione, portando quest'ultima dall'essere «una *regulatory polity* (semmai lo fosse mai stata) a una di tipo redistributiva», in cui in mancanza di una solidarietà comune europea non ha fatto altro che creare «dei chiari vincitori e vinti»³¹¹. Per re-invertire questo processo il cui perseguimento sarebbe distruttivo per l'Unione, la loro proposta è un cambio netto del modo di intendere il progetto di integrazione, permettendo ai *social cleavages* di trovare spazio nella dimensione sovranazionale attraverso la creazione di meccanismi istituzionali che garantiscano ai conflitti sociali di essere internalizzati in Unione, riaprendo spazi di politicità e contestazione. Il modo per svolgere questa operazione di alto valore costituzionale viene individuata nella sostituzione del meccanismo di governo dell'Unione da *management dei conflitti nazionali* a quello dei *conflitti sociali*. La focalizzazione sui *national cleavages* su cui è stata costruita l'Unione non ha fatto altro, nella crisi, che aggravare le criticità già presenti in questa configurazione istituzionale, creando dei coagulati di interessi nazionali che nella crisi non hanno fatto che acuirsi sulla illusoria e demistificante esistenza di blocchi nazionali omogenei di interessi contrapposti. La proposta è, invece, di sostituire questa falsa conflittualità, tentando di localizzare nei luoghi istituzionali (attraverso una generale modifica dei Trattati) i *functional cleavages* presenti nello spazio pubblico europeo, presenti ma non visibili “in superficie” nella macchina istituzionale.

³⁰⁸ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2016, 204.

³⁰⁹ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, *op.cit.*, 205.

³¹⁰ L'obiettivo è dunque di costruire un modello dei conflitti in cui «al posto di rafforzare una certa concezione della “good life” o un particolare bilancio tra politica e il mercato, l'Unione europea deve servire – come ogni progetto politico in fin dei conti – per mettere in discussione (*to question*) queste concezioni» (M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, *op.ult.cit.*, 205).

³¹¹ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, *op.ult.cit.*, 207.

Questa riconcettualizzazione dei conflitti in chiave sociale trova un suo referente ideale nel modello di democrazia costituzionale, in cui vale la regola maggioritaria presente negli Stati ma che in Unione manca del tutto. Questo passaggio dai *conflitti nazionali* al conflitto sociale tra cittadini risulta necessario perché unica modalità in grado di dare corpo all'idea democratica della *contestazione*³¹². Senza uno *spazio aperto* per una lotta politica tra visioni del mondo nel continente europeo, questo *deficit politico* dell'Unione rischia di trasformarsi da labili proteste sotterranee in una larghissima contestazione del progetto europeo con esiti estremamente negativi in termini di una legittimazione già carente delle istituzioni europee. La forma attraverso cui ricentralizzare sul conflitto sociale lo spazio pubblico europeo dovrebbe passare, pertanto, dalla valorizzazione dei *media* politici e sociali come i corpi intermedi nazionali ed europei³¹³. L'emersione di questi *functional cleavages* al posto di quelli nazionali necessita, dunque, della mobilitazione della cittadinanza europea ma questa da sola non basta: è necessario anche pensare dei luoghi costituzionali in cui far "emergere" i conflitti. L'istituzionalizzazione del conflitto sociale in UE deve passare su due piani: da quello istituzionale a quello più generale e teorico della funzione da assegnare al *diritto* in questa nuova «constitution for the EU». Per quanto riguarda la trasformazione istituzionale, Dawson e De Witte sostengono un passaggio da una forma attuale dell'Unione descritta come di *institutional balance* e *consensual decision-making* a uno di tipo conflittuale, in cui la stella polare (soprattutto nelle decisioni che riguardano il controllo sovranazionale delle politiche bilancio degli Stati membri) diventa la comunitarizzazione delle decisioni e uno schema decisionale in cui il Parlamento europeo goda di maggiori poteri. Quest'ultimo viene visto, infatti, come «il forum più naturale per questo ruolo di selezione, di canalizzazione e di mediazione delle diverse concezioni di "bene" che i cittadini dell'UE hanno, permettendo la creazione di alleanze transnazionali che uniscano i differenti *cleavages* che emergono nello spazio nazionale e transnazionale»³¹⁴: vero e proprio centro di rappresentanza degli interessi dei cittadini dell'UE. In questa prospettiva, inoltre, la Commissione dovrebbe assumere le vesti di un vero e proprio Governo, dismettendo la sua attuale forma ibrida di attore neutro, mentre il Consiglio dovrebbe focalizzarsi sulla trasmissione degli interessi degli Stati (in una forma simile ad un Senato). Gli autori, al contrario di altri studiosi, non seguono la linea di un rafforzamento delle democrazie nazionali in seno alla struttura dei Trattati, nella forma di maggiori poteri di controllo dei Parlamenti nazionali o delle Corti costituzionali³¹⁵ nel *decision making process* europeo. A loro giudizio questa strategia sarebbe, difatti, erronea perché non farebbe altro che "bloccare" la strutturazione del conflitto sociale nella dimensione transnazionale, riproducendo meccanismi di veto o di blocco nella modello costituzionale di «EU's democracy machinery»³¹⁶. Deve essere il Parlamento europeo il perno di una democrazia dei conflitti, luogo della rappresentanza e *medium* dei *functional cleavages*.

³¹² Una dimostrazione plastica di questo esempio la si ritrova nella spontanea e costante «corrente di contestazione in UE dell'austerità» che solo «lentamente emerge nel processo di *decision-making* dell'UE» in forme molto lievi e del tutto ininfluenti (M. DAWSON, F. DE WITTE, *op.ult.cit.*, 214).

³¹³ Su questo fronte, convergendo con la proposta di Grimm presentata *supra*.

³¹⁴ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, *op.ult.cit.*, 216.

³¹⁵ Ai parlamenti nazionali e alle Corti costituzionali in questa cornice costituzionale è affidata solo una funzione sussidiaria di *check and balances* ma mai di proposta e di mediazione politica.

³¹⁶ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, *op.ult.cit.*, 220.

Un secondo blocco della riflessione *de iure condendo* si concentra sul ripensamento del ruolo del diritto. Quest'ultimo nella dimensione europea, visto allo stesso tempo oggetto e vettore di un certo modello di integrazione europea, dovrebbe dismettere quella *tendenza depoliticizzante* funzionale all'avanzamento del valore del mercato, ma al contrario ripensarsi come un «*container* per il conflitto politico e sociale, permettendo un libero dibattito ma allo stesso tempo rimanendo vigile sull'esclusione dal processo politico degli interessi più deboli e marginali»³¹⁷. La riflessione si dipana su due piani: gli obiettivi e gli strumenti da una parte e i rapporti tra fonti dall'altra. Per quanto riguarda i primi, il livello di destrutturazione e ripensamento si dovrebbe indirizzare verso la scomparsa di un'esplicita indicazione dei *policy objectives* (residuo di una integrazione funzionalista), l'apertura alla contestazione politica della stessa attribuzione delle competenze e la riqualificazione del principio di sussidiarietà da mera questione giuridica per la migliore determinazione dell'efficienza allocativa a piena e aperta *political question*. Per quanto riguarda i rapporti tra fonti, i due livelli, primario e secondario, dovrebbero essere sistematizzati nel seguente modo: i Trattati limitarsi a rappresentare le «"rules of the game" che sono necessarie per garantire il processo politico tra cittadini liberi e eguali»³¹⁸, mentre tutte le altre proposte legislative secondarie dovrebbero essere votate a maggioranza semplice, proprio per garantire al meglio il carattere plurale, contestabile e aperto a molteplici indirizzi politici. Se questa è l'ossatura della loro proposta di cambiamento dell'UE, De Witte e Dawson lasciano, però, inevasa un'importante domanda in chiusura di questo raffinato esercizio costituzionale: per realizzare questo modello di costituzionalismo dei conflitti è necessario costruire «a federal European State», o è sufficiente un più ambiguo e generico *institutional framework* che non affronti il tema della statalità?

10. Le teorie sul diritto pubblico europeo e il latente valore del mercato: il residuo di un vizio originario?

In questo capitolo abbiamo presentato, in una forma sintetica, le principali teorie che hanno cercato di "catturare" in un *habitus* teorico il processo di integrazione europea. Come abbiamo visto la teoria costituzionale si è trovata a confrontarsi con la crescita di un'organizzazione sovranazionale come l'Unione europea che, nel suo interagire con il costituzionalismo democratico, ha letteralmente "stressato" il paradigma epistemico del costituzionalismo. Il portato di questa *κρίσις* – che come noto nel suo significato letterale greco indica la necessità di una separazione *ergo* di una scelta – ha avuto due possibili uscite: da una parte, cercare di riproporre i classici fondamenti del diritto costituzionale, mentre, dall'altra, tentare (forse con contorni non del tutto granitici e ancora porosi) di forgiare nuove categorie costituzionali con cui leggere l'imporsi della categoria dello «Stato costituzionale aperto»³¹⁹, di nuove forme di interdipendenza e di cooperazione tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale. Questa generale riorganizzazione del diritto pubblico

³¹⁷ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, *op.ult.cit.*, 221.

³¹⁸ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, *op.ult.cit.*, 223.

³¹⁹ Indagando anche nella sua trasformazione in relazione al fenomeno più largo della globalizzazione, A. DI MARTINO, *Il Territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010.

europeo ha creato, quindi, due scuole di pensiero contrapposte, tra chi continua a provare a leggere il fenomeno europeo con le lenti del diritto costituzionale e le sue classiche categorie (seppur nello spirito di un riadattamento generale) e chi, invece, ha provato ad “aggiornare” l’armamentario concettuale del costituzionalismo.

Un primo dato che accomuna, ad ogni modo, le varie scuole di pensiero che potrebbero essere raccolte in questi due poli è la generale convergenza nelle loro analisi di una doppia dimensione dell’essere e del dover essere dello spazio pubblico europeo. Una conseguenza che verrebbe da dire inevitabile in un contesto di integrazione, che si fatica a non qualificare come una *processualità aperta*. Tutte le teorie, infatti, vivono questa doppia tensione tra una descrizione giuridica dell’*ordo rerum* e una generale tendenza a identificare i contorni e le forme verso cui il processo di integrazione si dovrebbe indirizzare. L’analisi, dunque, del dato giuridico-costituzionale non può prescindere da una riflessione del genere di contatto e di influenza dell’*ordo idearum*, che – per usare un termine familiare ai costituzionalisti – potremmo identificare con la formula di *politica del diritto*³²⁰. La sussunzione nella fattispecie costituzionale non è un’operazione neutra (e a maggior ragione confrontandosi con una processualità costituzionale aperta), ma è un esercizio influenzato strutturalmente dall’emersione della dimensione politica (e per diretta discendenza democratica) del costituzionalismo occidentale. Anche un secondo elemento, però, risulta presente dallo studio delle varie teorie nella dottrina: il concetto di ordinamento giuridico dotato delle caratteristiche della coerenza, della completezza e della chiusura è fortemente messo in crisi dai suoi stessi elementi di “apertura” alla cooperazione internazionale³²¹. Questo comporta, come diretta conseguenza, che il rapporto tra politica e diritto – che come ci ricorda Luciani³²² è elemento caratterizzante il diritto costituzionale – non passa più solo esclusivamente all’interno dell’ordinamento dello Stato nazione, ma si dispiega in una *localizzazione* del potere più ampia: in una dimensione sì orizzontale tra i vari poteri istituzionali dello Stato (secondo la classica teorica di Montesquieu³²³), ma anche e soprattutto in una dimensione verticale tra gli ordinamenti³²⁴. È in questo secondo “luogo” che si manifesta una parte importante della *politicalità* del diritto pubblico europeo: nell’interazione tra diversi centri di potere istituzionali³²⁵, in cui non si può omettere di considerare come un alto grado di quella politicalità venga incanalata in quella dimensione

³²⁰ Occultare questo elemento rischierebbe di falsare i risultati dello studio, perché pare evidente come la riflessione sulla integrazione europea comporti un generale ripensamento dei classici del pensiero costituzionale moderno – come la sovranità, il territorio, il popolo e i diritti fondamentali – e la contestuale emersione di *scelte valoriali* e opzioni di preferenza che si sommano all’analisi strettamente giuridica.

³²¹ Sulle trasformazioni costituzionali della Costituzione italiana, legata alle clausole di apertura a organizzazioni internazionali e sovranazionali, S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Mulino, Bologna, 2004.

³²² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, op.ult.cit. 1652.

³²³ C. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, vol. 1, UTET, Torino, 1996.

³²⁴ Sul forte impatto politico delle decisioni delle Corti costituzionali, si concentra molto la corrente del *political constitutionalism*, R. BELLAMY, *Political Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

³²⁵ Solo per citarne alcune possibili epifenomeni questo fenomeno si riscontra nell’interazione tra governi nazionali e la Commissione, o negli organi intergovernativi come il Consiglio e il Consiglio UE o nel procedimento legislativo tra Parlamento europeo e Consiglio o nella possibile interazione e controllo dei Parlamenti nazionali o ancora nella procedura di approvazione dei bilanci (sulla base della disciplina del *Fiscal compact*) tra Governo, Parlamento nazionale e Commissione.

verticale presente nel diritto giurisprudenziale, campo in cui le giurisprudenze delle Corti costituzionali nazionali e della Corte di giustizia diventano un pezzo prezioso del mosaico per comprendere l'evoluzione dei *trend* di sviluppo delle dinamiche ordinamentali³²⁶. È importante, dunque, sottolineare, già a questo punto del lavoro, come la dimensione verticale del rapporto tra ordinamenti e, in particolare, la sua manifestazione costituzionale nel diritto giurisprudenziale si connota di pregnanti scelte di *politica del diritto* (come, ad esempio, in materia di costruzione dell'*Internal Market*), che non possono che fungere da oggetto di analisi in un presente studio. Questo non vuol dire necessariamente accettare, acriticamente, la continuazione di uno sviluppo giurisprudenziale dell'*approfondissement* dell'integrazione europea, o vedere in maniera positiva il dialogo tra giudici come categoria che possa "risolvere" le crisi dell'Unione europea. Al contrario, come si proverà a dimostrare l'idea di fondo del lavoro è molto critica verso questa prospettiva; ma che diventa tale proprio all'esito di un'indagine di alcune scelte di politica del diritto³²⁷ assunte dalla Corte di giustizia.

Per questo motivo è necessario utilizzare un'analisi di diritto costituzionale più larga, che non si limiti a studiare il dato formale del rapporto tra riferimenti normativi dei Trattati e clausole costituzionali, oppure si schiacci sul solo dato giurisprudenziale. È necessario rispolverare una categoria ampia e onnicomprensiva di Costituzione, che dia una diversa configurazione ai rapporti di potere formalizzati nelle interazioni tra i due ordinamenti e permetta di lambire la *società*, grande assente nella maggior parte delle teorie sull'integrazione. Per far ciò, ci sembra necessario indossare le lenti della costituzione materiale³²⁸. Concetto forgiato da Costantino Mortati che risulta altresì prezioso nel presente studio perché permette di porre un elemento di *relazione* – categoria molto importante nella riflessione del costituzionalista italiano – tra il dato giuridico formale³²⁹ e l'evoluzione dei *rapporti sociali* che trova il suo sbocco nell'individuazione delle forze politiche, culturali ed economiche egemoni in un determinato contesto sociale. Risulta chiaro, tuttavia, come questa teorica necessiti di una buona dose di aggiustamenti per risultare applicabile al contesto europeo. Questa teoria, al contempo – con alcune modifiche di contesto – se applicata allo spazio pubblico europeo ci garantisce di indagare e di far emergere il rapporto di forze tra culture egemoni all'interno delle dinamiche di integrazione. Ciò ci assicura una visione più larga, che non si ferma al solo elemento della costituzione formale e neanche solo al diritto giurisprudenziale – identificabile con la formula di «living constitution»³³⁰ – ma di raccogliere anche le *tensioni costituzionali* costitutive che si registrano nei rapporti di forza tra gruppi egemoni in Europa. Questi elementi non possono essere considerati pre-giuridici

³²⁶ Si è già accennato al ruolo pilota che la Corte di giustizia ha avuto nel delineare i tratti genetici e le opzioni costituzionali fondamentali del diritto sovranazionale e il secondo capitolo di questo lavoro sarà destinato ad identificare – attraverso uno studio della giurisprudenza – le principali divergenze tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale.

³²⁷ Su un allargamento del concetto di indirizzo politico tra «indirizzo politico di maggioranza» e «indirizzo politico costituzionale» il classico, P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 308 e ss.

³²⁸ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

³²⁹ Per questo motivo tra la costituzione formale e quella materiale, proprio in virtù di questa continua tensione è sempre possibile uno scollamento, che si potrebbe sostanziare nelle varie forme delle modifiche tacite, della spinta su interpretazioni evolutive del testo costituzionale fino al concetto limite del mutamento costituzionale, su cui, A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2018.

³³⁰ D. A. STRAUSS, *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010.

o addirittura a-giuridici, ma devono rientrare in un'analisi costituzionale del diritto pubblico europeo, pena la perdita del rapporto costitutivo con la *società*³³¹ in Europa: soggetto presente e che manifesta le sue preferenze, ma che molto spesso non trova canali istituzionali di comunicazione attraverso cui palesarsi nello spazio pubblico europeo³³².

Questo perché le teorie sul processo di integrazione ci mostrano – nella loro diversità di letture – di cogliere spunti corretti³³³ e veri nel cercare di razionalizzare quel districato processo di integrazione europea e di concettualizzare, attraverso prismi diversi, il rapporto tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale. Ognuno di questi approcci, infatti, pone l'accento su determinati dati di realtà che caratterizzano il processo di integrazione, come ad esempio: l'impossibilità dell'ordinamento sovranazionale di auto-determinare la propria sfera di attribuzione (e le sue conseguenti radici internazionalistiche); l'effetto di *spill-over* che ha permesso il trasferimento di importanti competenze verso organi comunitari e il carattere *sui generis* del diritto sovranazionale; alcuni elementi di federalismo presenti nelle istituzioni europee; il problema della mancanza di un *demos* per una Costituzione europea; un sistema multilivello di *governance*. O ancora – in una rapida rassegna – la sempre più forte interdipendenza tra le Costituzioni, una massiccia presenza di pluralismo all'interno dello spazio pubblico europeo e il connesso problema dell'individuazione della *Grundnorm* europea e la comparsa di conflitti redistributivi. Molte delle ricostruzioni teoriche, però, pur evidenziando aspetti cruciali per descrivere l'evoluzione del diritto pubblico europeo in Europa, presentano delle criticità. Alcuni approcci – come quello kelseniano – pongono l'attenzione su uno studio delle dinamiche degli ordinamenti in una postura troppo statica, focalizzandosi su temi come la *Kompetenz-Kompetenz* o i limiti all'integrazione europea presenti nelle Costituzioni nazionali. Un'analisi di tipo positivista non ci sembra la più adatta se troppo peso viene riservato al tema delle competenze o ai meccanismi di revisione costituzionale intesi in senso statico, visto e considerato che, d'altra parte, è stato sostenuto in maniera convincente che «non c'è semplicemente un nucleo di sovranità che gli Stati membri possono invocare come tale contro la Comunità»³³⁴. Del resto, l'adozione del prisma della costituzione materiale si dimostra in netta antitesi con l'impostazione kelseniana: il nostro obiettivo – come già ribadito – sarà quello di indagare quella dimensione al di là delle *colonne d'Ercole* poste dal concetto limite di rivoluzione giuridica nel pensiero di Kelsen, nel rapporto strettissimo tra diritto pubblico europeo con la politica e il mercato. Altre letture,

³³¹ È per questi motivi che ci pare interessante riattualizzare lo strumento della costituzione materiale e applicarlo al contesto delle dinamiche tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale, con la prospettiva di cercare di isolare i *fini politici* dominanti – come ci direbbe Mortati – che si manifestano nelle costituzioni materiali dei due ordinamenti.

³³² Per un tentativo di applicazione della costituzione materiale al processo di integrazione vedasi il lavoro collettivo, C. JOUIN (a cura di), *La constitution materielle de l'Europe*, Pedone, Paris, 2019.

³³³ Si possono isolare nello studio di queste teorie alcune coppie concettuali che hanno interessato in forme diverse gli studiosi europei: il rapporto tra Stato e costituzione, costituzione e *demos*, legalità e legittimità, Popolo e Nazione, democrazia e costituzionalismo, *Kompetenz-Kompetenz* e sovranità, Costituzione e diritto sovranazionale, ecc.

³³⁴ K. LENAERTS, *Constitutionalism and the Many Face of Federalism*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, n. 2, 1990, 220. Oppure in senso più problematico – ma sempre critico rispetto a un tale approccio – sul tema ambivalente delle competenze sovranazionali, causato da un «approccio funzionale» di queste, centrato non tanto su «quali sono i limiti di competenza», ma su «chi è chiamato a decidere in ordine ad essi», in J. H. H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri. Competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, 9.

invece, hanno valorizzato la lettura federale e il prisma del *federalizing process* europeo. Anche su questa scuola di pensiero, pare persista un pregiudizio di fondo: il rischio di osservare un fenomeno costituzionale (come quello dell'integrazione europea) con un'ipotesi ricostruttiva deterministicamente già data, costruita sulla comparazione con il modello federale americano e che tralascia il tema del rapporto con la questione democratica e sociale³³⁵. L'esito – detto in altri termini – del processo di integrazione sembra non poter che essere per i federalisti la *federalizzazione* dello spazio pubblico europeo. Il che, a parere di chi scrive, non sembra una prospettiva di indagine ottimale e scevra da una precomprensione che rischia di dimostrarsi erronea. Questo perché, nel frattempo, non si può omettere di considerare che in questa ipotetica *epoca di interregno*, la comparsa di teorie come il pluralismo costituzionale fotografano un dato di realtà nello spazio pubblico europeo, ovvero il problema della *final authority* e la strutturale convivenza di *supremacy claims*. Anche se, poi, lo stesso pluralismo ha mostrato altri e diversi limiti nel leggere un contesto di crisi strutturale nei rapporti tra sistemi, non riuscendo ad intercettare con il suo miope approccio formalista il dato materiale delle tensioni dei rapporti sociali acuitisi durante l'ultimo decennio³³⁶. Per continuare questa breve rassegna critica, un ulteriore tema su cui varie teorie si sono confrontate è, invece, quello della legittimità dell'integrazione europea. Questo ha comportato due possibili risposte: la prima sposata dal costituzionalismo difensivo più concentrata nel marcare la necessità dell'esistenza di un *demos* preesistente e omogeneo per poter avere una Costituzione in Europa – nelle varie accezioni di Popolo, Nazione o *Volk* – mentre la seconda, di cui gli interpreti principali sono la teoria del sovranazionalismo o del *multilevel* o lo stesso pluralismo costituzionale, più attenta allo sviluppo della democrazia al di là di categoria stataliste e alla ricerca di un nuovo paradigma di legittimazione transnazionale³³⁷. Senza voler dare risposta a queste questioni che ci paiono di un'importanza capitale ma sulle quali si ammette di non avere una soluzione, il suggerimento che sentiamo di adottare è un umile ma proficuo passo di lato. Su questo fronte, l'indagine che si porterà avanti in questo lavoro non vuole essere di per sé risolutiva a queste *key questions*, ma ha scelto piuttosto di adottare un diverso prisma alternativo, che valorizzi maggiormente alcuni aspetti tralasciati o poco approfonditi nella letteratura maggioritaria.

Un minimo comune denominatore è, ad ogni modo, incontestabilmente la cartina di tornasole di un diritto costituzionale moderno in una fase di grande trasformazione. Due elementi sono, tuttavia, i grandi assenti nello studio di queste teorie³³⁸: il problema del rapporto della *società* con il costituzionalismo, altra faccia del discorso sulla legittimità e il

³³⁵ Sul rapporto tra federalismo e questione sociale, A. SOMMA, *Europa, sovranità e ordine economico nel prisma delle teorie federaliste*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, 427.

³³⁶ Su questa lettura critica del pluralismo, M. WILKINSON, *Constitutional pluralism: Chronicle of a death foretold?*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 3-4, 2017, 213 e ss.

³³⁷ Forse presentato in alcune sue correnti in maniera troppo ottimistica come ormai autonomo e del tutto alternativo al paradigma democratico statale. A questo proposito vedasi anche le riflessioni sul *global constitutionalism* che condividono con alcune scuole di pensiero europee la convinzione della svolta *cosmopolitica* del costituzionalismo, M. KUMM, *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: on the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J. L. DUNOFF, J. P. TRACHTMAN (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 258 e ss.

³³⁸ Ad eccezione della teoria dei conflitti che, con alcune specificazioni, come si dirà è l'approccio teorico che si è deciso di adottare.

residuo importante del *mercato*, che sembra molto presente nel diritto sovranazionale. In varie ricostruzioni, infatti, è stato sottolineato come dopo una iniziale fase di rigida suddivisione delle competenze tra Stati membri, interessati a regolare la *questione sociale* nello spazio nazionale e obbligati a confrontarsi con un alto livello di politicizzazione delle scelte di governo, e l'Unione europea, più votata alla costruzione del mercato unico e a regolare la libera circolazione dei beni in un contesto transnazionale europeo, l'equilibrio originario ha subito una rottura³³⁹. Questa rottura di quel sistema che era stato identificato con la formula dell'*embedded liberalism*³⁴⁰, è stata vista come la conseguenza di diversi accadimenti (limitando l'analisi al solo carattere giuridico) tra cui: le varie modifiche dei Trattati che hanno allargato le competenze del diritto sovranazionale, l'opera di costituzionalizzazione delle *economic liberties*³⁴¹ ad opera della Corte di giustizia, i meccanismi scelti per governare la crisi economico-finanziaria nel contesto sovranazionale e il conseguente rigido controllo disciplinare imposto alle scelte di bilancio degli Stati membri. Sulla scia di queste modificazioni strutturali del diritto pubblico europeo, questa dottrina ha sostenuto che in Europa si sia registrata una vera e propria «torsione neoliberale»³⁴² o – sempre con formule diverse ma nella convergenza dei risultati – che si sia instaurato in Unione una vera e propria costituzione economica di tipo ordoliberal³⁴³. Questo tipo di trasformazione dell'originale equilibrio ha comportato un passaggio da una rigida separazione, che faceva coesistere in due dimensioni parallele i livelli nazionale e sovranazionale, a una sempre più forte *infiltrazione* del diritto sovranazionale sulla dimensione nazionale, arrivando a parlare di una vera e propria «egemonia»³⁴⁴ del primo livello sul secondo. La conseguenza diretta di questo nuovo stato di egemonia è stata l'impossibilità (o, comunque, la grande difficoltà) da parte del costituzionalismo democratico di garantire quelle scelte redistributive, figlie di una *politicizzazione* della questione democratico-sociale, perché ritenute in contrasto con la tutela del valore del *mercato* e la libera circolazione dei fattori produttivi perseguiti dal diritto sovranazionale³⁴⁵. Da questo tipo di analisi discende la trasformazione delle critiche all'ordinamento sovranazionale che nel corso del tempo sono passate dall'identificazione del *deficit democratico*³⁴⁶, figlio di una legittimazione indiretta delle istituzioni europee e di una non democraticità dei meccanismi decisionali comunitari, a quelle di un vero e proprio *deficit politico*³⁴⁷, proprio perché

³³⁹ Questa analisi dell'evoluzione del processo di integrazione è molto presente in vari scritti di Joerges tra cui a titolo esemplificativo, C. JOERGES, *The European Economic Constitution and its Transformation through the Financial Crisis*, in *ZenTra Working Paper in Transnational Studies*, n. 47, 2015.

³⁴⁰ J. G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic World*, in *International Organizations*, vol. 36, n. 2, 1982, 379 e ss.

³⁴¹ In che modo questo sia avvenuto, verrà sviluppato sul secondo capitolo che tratta la giurisprudenza delle Corti costituzionali e della Corte di giustizia.

³⁴² M. DANI, A. J. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, 289 e ss.

³⁴³ J. HIEN, C. JOERGES (a cura di), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

³⁴⁴ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo*, op.cit., 237.

³⁴⁵ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Mulino, Bologna, 2003.

³⁴⁶ Per una panoramica, G. MAJONE, *Europe's 'Democratic Deficit': the Question of Standard*, in *European Law Journal*, vol. 4, n. 1, 1998, 5 e ss.

³⁴⁷ D. GRIMM, *The Achievement of Constitutionalism*, op.cit, passim.

l'evoluzione del diritto sovranazionale ha comportato una centralizzazione del parametro di giudizio, nel suo rapporto con gli Stati membri, sulla realizzazione dei fini della razionalità economica e dell'efficientismo regolatorio: in una visione in cui il mercato tende a fungere da parametro per l'esercizio dell'azione di governo. Valori che entrano in maniera costitutiva in contrasto con le matrici del costituzionalismo democratico e i suoi fini redistributivi, di eguaglianza sostanziale e di partecipazione politica perché – come ci ha spiegato Joerges – l'Unione si è costruita come una «dual polity», di cui il diritto sovranazionale rappresenta la «*economic constitution*» che «non è politica nel senso che non è soggetta a una modificazione politica»³⁴⁸.

Se questa ipotesi di ricerca è confermata, vale la pena a questo punto circostanziare alcune caratteristiche strutturali del costituzionalismo democratico, al fine di isolare alcuni possibili punti di frizione con il diritto sovranazionale. Il “tipo” democratico nel suo passaggio successivo alla Seconda guerra mondiale ha subito una vera e propria mutazione genetica, consistita nell'aggiunta alla sempiterna matrice liberale della componente democratica e sociale. Queste due matrici – liberale e democratico-sociale – hanno preso la forma nel costituzionalismo moderno di due blocchi intrinsecamente legati del suffragio universale e della partecipazione politica, da una parte, e dalla comparsa dei diritti sociali e di una nuova forma di eguaglianza sostanziale come obiettivi primari dell'azione dei poteri pubblici³⁴⁹, dall'altra. Cambio di prospettiva resosi vera e propria necessità storica in seguito all'entrata delle masse dentro lo Stato³⁵⁰ e al susseguente allargamento della base democratica al fine di legittimare le scelte di governo. A partire da quel momento, dunque, le Costituzioni democratiche e sociali trasformano il loro rapporto con la *società*: non più vista come blocco monolitico espressione delle vecchie classi egemoni liberali, ma al contrario come un coagulato di *pluralismo sociale* che si manifesta nella forma conflittuale data dall'interazione tra diverse classi, tutte portatrici di propri interessi parziali e contrapposti. Le Costituzioni moderne si propongono pertanto – da quel momento storico in poi – di non imporre più verità rivelate o *octroyées* ma di perseguire il compito minimo, ma altrettanto complesso, di governare il conflitto sociale³⁵¹ e di porre in essere l'architettura costituzionale necessaria per *istituzionalizzare* il passaggio storico da Stato monoclasse e Stato pluriclasse³⁵². La Costituzione diventa, così, lo *spazio politico-costituzionale* del conflitto sociale mai risolto ma aperto a diverse *virtualità politiche* e interiorizzato all'interno delle istituzioni democratiche, nella forma di luoghi di intermediazione e di selezione delle istanze provenienti dalla *società*. È, pertanto, rinvenibile nelle Costituzioni moderne un giudizio positivo e non negativo della categoria del conflitto, forma intellegibile della processualità democratica. Basti a questo proposito pensare come in una Costituzione come quella italiana nessun valore costituzionale – che trovi positivizzazione nel testo costituzionale – possa essere considerato assoluto o preminente sugli altri: tutti gli interessi di rilievo costituzionale,

³⁴⁸ C. JOERGES, *Sozialstaatlichkeit in Europe?*, *op.cit.*, 241.

³⁴⁹ Sul ruolo dei diritti sociali come *vettori di politicità* e come portatori delle istanze democratico-sociali delle classi subalterne si dirà approfonditamente nel terzo capitolo di questo lavoro.

³⁵⁰ Sul ruolo delle masse nelle società moderne e sul rapporto tra masse e potere vedasi il classico, E. CANETTI, *Massa e potere*, Adelphi, Milano, 1981.

³⁵¹ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2007, 11 e ss.

³⁵² M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Mulino, Bologna, 1986.

specchio di diverse istanze e visioni della società, diventano tutti soggetti a bilanciamento³⁵³; nonostante non sia possibile, tuttavia, escludere l'esistenza di una gerarchia seppur mobile all'interno dei valori veicolati nel testo costituzionale³⁵⁴. Il secondo elemento di trasformazione del costituzionalismo *post* Seconda Guerra Mondiale diventa l'importanza, dunque, acquisita dal bilanciamento: bilanciamento come tecnica principe del costituzionalismo nella sua acquisita accezione di *scienza del conflitto*³⁵⁵. Se queste sono le coordinate *post* trasformazione del costituzionalismo democratico, l'ipotesi di questo lavoro si basa sull'idea che questa dimensione *politica e sociale* sia fortemente mancante nel diritto sovranazionale. Diritto sovranazionale che, nonostante le varie trasformazioni e le importanti evoluzioni subite nel corso del processo di integrazione (a partire dal crocevia del Trattato di Maastricht), pare ancora in molte delle sue caratteristiche strutturali non indirizzato verso un generale fine di integrazione politica³⁵⁶ ma piuttosto impregnato da un latente – ma persistente – valore del *mercato*. Una precisazione su questo punto: non si vuole sostenere che il diritto sovranazionale sia e resti *solo* finalizzato all'integrazione economica ma che si registra, tuttavia, una certa preminenza nel progetto di integrazione del valore storico del mercato. Questo in particolare a seguito di un certo tipo di svolta giurisprudenziale della Corte di giustizia, qualificata in letteratura come nuova «Lochner Era»³⁵⁷ e dagli esiti della crisi economica, che hanno portato alla costituzionalizzazione dell'austerità³⁵⁸ come nuova dottrina economica dominante.

Date queste premesse ricostruttive, allora la teoria più adatta per indagare questa differenza strutturale ci pare quella dei conflitti. La prospettiva dei conflitti permette maggiormente rispetto alle altre teorie di valorizzare questa tensione costitutiva tra dimensione del *mercato* e dimensione del *sociale* presente in maniera importante nella *società* europea. Inoltre, i conflitti ci garantiscono di cogliere in maniera più congrua, un pluralismo tra *supremacy claims*, che sempre più nella stagione presente acquisisce la forma di tensioni costituzionali tra Corti costituzionali e Corte di giustizia in materia economica e sui principi fondamentali. Infine, ci assicura meglio di valorizzare quella componente democratica e sociale che ci pare ormai data come tratto caratteristico del costituzionalismo moderno a partire da Weimar³⁵⁹ e che manca in una forma equivalente nel diritto sovranazionale di stampo mercatocentrico. La tesi portata avanti in questo lavoro è che i conflitti costituzionali non sono, dunque, un mero dato descrittivo e momentaneo del panorama europeo ma rappresentano un elemento costitutivo di tensione causato dalle

³⁵³ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

³⁵⁴ Che i poteri costituiti devono portare a compimento, come sostenuto da, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1991, 639 e ss.

³⁵⁵ D'altra parte, sulla necessità del costituzionalismo e sulla necessità di governo della «divisione sociale del lavoro» si può risalire al classico, E. SIEYÈS, *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, Flammarion, Paris, 2009.

³⁵⁶ Sul concetto di integrazione e costituzionalismo, R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988.

³⁵⁷ S. GIUBBONI, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quaderni fiorentini*, n. 1, 2017, 553 e ss.

³⁵⁸ G. MAJONE, *From Regulatory State to a Democratic Default*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, n. 6, 2014, 1216 e ss.

³⁵⁹ O. KAHN-FREUND, *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro*, in G. ARRIGO, G. VARDARO, *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro, Roma, 1982, 221 e ss.

diverse *ragioni ordinamentali* tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale. Sono le diverse *ragioni ordinamentali* alla base di questa nuova stagione, che possono essere intese come le cause profonde delle differenze tra i diversi *fini* politico-costituzionali perseguiti dai due ordinamenti e che hanno da sempre contraddistinto le stagioni dell'integrazione, ma che ora vengono al pettine in maniera sempre più strutturale e non più sporadica. Questo aumento di conflitti costituzionali simboleggia, insomma, a parere di chi scrive, un generale malessere nelle società europee di cui solo una minima parte viene veicolato dalle Corti costituzionali nazionali che si ergono (o dovrebbero ergersi) a *Custodi* più che di una Costituzione, di una tradizione costituzionale continentale ben *radicata* nello spazio pubblico europeo. Tradizione costituzionale che ingloba nel suo paradigma fondativo la *questione sociale* e democratica, come perno su cui costruire la propria legittimazione e che manca drammaticamente nel diritto sovranazionale. Allora lo sforzo che si cercherà di svolgere in questo lavoro sarà quello – dopo aver dimostrato, studiando la giurisprudenza, la presenza di queste diverse *ragioni ordinamentali* (capitolo 2)³⁶⁰ – di immaginare e di tracciare una *strategia* costituzionale per provare a *contaminare* il diritto sovranazionale, cercando di far emergere la *questione sociale* e democratica del costituzionalismo democratico nello spazio pubblico europeo (capitolo 3). Di questa tradizione, infatti, se ne trova traccia importante nelle Costituzioni nazionali europee e l'obiettivo sarà quello di cercare di far emergere questa *ragione ordinamentale* del costituzionalismo democratico, immaginando dei canali³⁶¹, che verranno individuati a partire dall'analisi del *discorso* sull'identità costituzionale (capitolo 2)³⁶², attraverso cui contaminare il diritto sovranazionale e lo spazio pubblico europeo più in generale. Per dirla in una formula sintetica e senza voler troppo anticipare, l'obiettivo sarà di provare a limitare l'esplosione delle *ragioni ordinamentali* in una forma distruttiva e di proporre una via di uscita alla «existential crisis» dell'Unione europea, in mancanza di un vero ed effettivo (ma che pare lontano) *constitutional momentum*³⁶³. Una strategia costituzionale realista, dunque, in cui un ruolo importante verrà giocato dalle Corti costituzionali e dal loro contributo a ingenerare un «process of constitutional mutation», oppure – dicendolo *à la Mortati* – un cambiamento della costituzione materiale europea che porti e faccia emergere nello spazio pubblico europeo i valori (in affanno ma ben presenti) del «Social and Democratic *Rechtstaat*»³⁶⁴.

³⁶⁰ Come si vedrà nel prosieguo alcune di queste differenze tra i sistemi si evidenziano – per fare alcuni esempi – nella diversa costruzione del principio di legalità, nel rapporto tra libertà di impresa e interessi collettivi, nel differente atteggiarsi del principio di non discriminazione e dell'eguaglianza sostanziale, ecc.

³⁶¹ Come vedremo alcune aperture già esistono nel diritto sovranazionale e, più in particolare, nelle «clausole identitarie nazionali» presenti nel diritto primario dell'Unione che valorizzano la specificità pluralista della tradizione del costituzionalismo democratico.

³⁶² Che si è manifestato in tre principali forme: nell'identità costituzionale intesa in senso stretto, nel giudizio *ultra vires* e nelle comparse dello scontro sulle tradizioni costituzionali comuni.

³⁶³ N. WALKER, *Europe's Constitutional Momentum and the Search for Policy Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n. 2, 2005, 211.

³⁶⁴ A. J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, 521.

LE DIVERSE RAGIONI ORDINAMENTALI DEL COSTITUZIONALISMO
DEMOCRATICO E DEL DIRITTO SOVRANAZIONALE

1. Costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale nel diritto giurisprudenziale. – **2.** La giurisprudenza *Van Gend & Loos* e *Costa-Enel*: il primato, l'effetto diretto e l'autonomia del diritto sovranazionale. – **3.** (*Segue*) I casi *Dassonville* e *Cassis de Dijon*: l'integrazione del mercato e le quattro libertà. – **4.** La diversa conformazione del principio di legalità: la legalità-fondamento e la legalità-garanzia. – **5.** La differenza tra principio di non discriminazione e l'eguaglianza sostanziale. – **6.** La libertà di impresa e il bilanciamento con gli interessi collettivi: i casi *Alemo-Herron* e *AGET-Iraklis* – **7.** I diritti collettivi di pressione democratica e il *rebus* del rapporto con il mercato: la giurisprudenza *Viking-Laval*. – **8.** La prima *perturbazione* tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale: la giurisprudenza *Solange-Frontini* e la protezione dei diritti fondamentali. – **9.** La seconda *perturbazione*: la comparsa del *discorso* sull'identità costituzionale. – **10.** (*Segue*) Il giudizio *ultra vires* e l'interpretazione dell'art. 51 CDFUE – **11.** (*Segue*) Il nuovo ruolo delle *tradizioni costituzionali comuni*. – **12.** Conflitti costituzionali e le diverse *ragioni ordinamentali*: e la *questione sociale*?

1. Costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale nel diritto giurisprudenziale

Una volta passate in rassegna con sguardo critico alcune delle più rilevanti teorie del diritto pubblico europeo, in questa seconda parte del lavoro ci interfacceremo direttamente con il materiale giurisprudenziale. Uno studio approfondito, però, sulle teorie del diritto pubblico europeo è risultato un passaggio funzionale e imprescindibile ad una riflessione susseguente sull'*ordo rerum*, ovvero sulla giurisprudenza e, più in generale, all'inquadramento della tesi che si argomenta. Come sempre, infatti, tra *ordo rerum* e *ordo idearum* non esiste una corrispondenza biunivoca perfetta e il compito degli studiosi è quello di adattare e conformare continuamente il materiale prodotto dalla realtà per dargli, per l'appunto, una forma. Dallo studio dell'*habitus teorico*, dunque, passeremo ora a quello della sostanza giuridica. Prima di delineare i contorni di questo capitolo, però, una considerazione preliminare. L'approfondimento teorico compiuto nella prima parte del lavoro ha apportato – oltre ad alcune conclusioni parziali – la consapevolezza secondo cui lo studio del diritto giurisprudenziale non può presentarsi come un'operazione neutra ma, al contrario, si presenti come un'attività da dover intraprendere con delle particolari lenti teoriche.

Le lente adottate in questo capitolo saranno pertanto quelle dei conflitti. Questo perché la prospettiva dei conflitti³⁶⁵ ci permette di cogliere alcuni aspetti salienti della costituzione materiale dello spazio pubblico europeo che altrimenti non riusciremmo a cogliere con altre letture. Per evidenziare, infatti, le differenze e i possibili punti di frizione

³⁶⁵ Intesi nella doppia accezione di conflitti tra ordinamenti (nella dimensione, dunque, *inter* tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale) e conflitti sociali (ovvero nella dimensione *intra*, sia tutto interni alla dimensione nazionale, sia quando riescono ad accedere allo spazio pubblico europeo).

tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale è necessario leggere la giurisprudenza in chiave comparativa, ma provando contestualmente ad evidenziarne le differenze. Una contrapposizione che ci permetta di individuare sia, in chiave dinamica, i rapporti di forza sempre mutevoli sottostanti al dato formale e sia, in una chiave più statica, il nucleo valoriale dominante che definisce i due ordinamenti. Due, per ora, sono le risultanze che dall'analisi differenziano il diritto sovranazionale dal "tipo" democratico: un latente residuo del *mercato* inteso come valore storico (in rapporto alla sua origine funzionalista basata su una prevalenza dell'economico sul politico) e l'assenza del rapporto con la *società* che pare faticosi ad emergere nello spazio pubblico europeo. Sempre seguendo questa scia argomentativa, non è un caso, forse, che la stessa crisi del paradigma di costituzionalismo democratico risalga allo stesso periodo di nascita di organizzazioni internazionali e sovranazionali³⁶⁶ e che il loro impatto su quest'ultimo abbia portato la letteratura giuridica ad interrogarsi sull'evoluzione del rapporto tra politica, diritto ed economia nel mondo successivo ai *Trentes glorieuses* e alla seconda globalizzazione; e del suo passaggio da forme di *governance*³⁶⁷, che si oppongono all'antico e diverso *government*. Molti in questa prospettiva hanno letto in questi fenomeni delle forme di vera e propria compressione degli spazi di agibilità politica a livello nazionale e una rottura del rapporto tra costituzione e *società* come disegnato dal compromesso socialdemocratico nel «postwar economic order»³⁶⁸, fino ad arrivare a parlare di una concezione *post-democratica*³⁶⁹ portata avanti dalle istituzioni sovranazionali, tutta incentrata sulla razionalità di mercato, sull'efficienza regolativa e sulla costruzione di un vincolo esterno.

Queste differenze fanno sì che tra il diritto sovranazionale e il costituzionalismo democratico si creino delle frizioni più o meno latenti a seconda dello stadio del processo di integrazione. Frizioni o tensioni costitutive che abbiamo già identificato con la formula di *ragioni ordinamentali*. Con questa espressione, infatti, vogliamo cercare di evidenziare l'esistenza di una diversa natura e di diversi fini costituzionali strutturalmente perseguiti dai due ordinamenti: il costituzionalismo democratico con una competenza generale³⁷⁰ che ha come fine precipuo – a partire dall'evoluzione subita dalla Seconda guerra mondiale – quello della democratizzazione del conflitto sociale presente nelle società moderne³⁷¹ e il diritto sovranazionale che si costruisce al contrario sul principio di attribuzione e che si pone come obiettivo principale la realizzazione del valore del *mercato*, attraverso il *medium* delle quattro libertà. Per non incombere in malintesi su quest'ultima affermazione, vale la pena fare una piccola puntualizzazione: non si vuole sostenere che allo stato attuale le competenze dell'Unione siano riassumibili esclusivamente nel solo valore del mercato, ma più precisamente che l'allargamento delle competenze del diritto sovranazionale sia rimasto pur sempre funzionalizzato all'ottica mercantilistica prima e alla scelta dell'*austerità* poi, che ha svolto il ruolo di acceleratore di questa impostazione a causa dei meccanismi di *governance*

³⁶⁶ Che avrebbero dovuto superare, in via teorica, i limiti dello Stato.

³⁶⁷ M. R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Mulino, Bologna, 2010.

³⁶⁸ J. G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic World*, in *International Organizations*, vol. 36, n. 2, 1982, 379 e ss.

³⁶⁹ C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

³⁷⁰ Volontariamente si è deciso su questo punto di adottare questo concetto – in parte sovrapponibile ma più ampio – a quello di *Kompetenz-Kompetenz*.

³⁷¹ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, *op.cit.*, passim.

economica messi in piedi durante la crisi dei debiti sovrani³⁷². In altri termini, la *ragione ordinamentale* del diritto sovranazionale non è cambiata dall'originario approccio funzionalista adottato nelle prime fasi del processo di integrazione. Anzi e tutt'al contrario a partire dall'adozione dell'Atto Unico Europeo e con l'avvento del Trattato di Maastricht³⁷³ si è avuto una trasformazione del diritto sovranazionale sempre più impregnato dai capisaldi dell'integrazione economica e dalla costituzionalizzazione delle quattro libertà. Questa *torsione neolibérale* ha comportato nel corso del tempo, una sempre più strutturale tensione egemonica con la *questione sociale* presente nel costituzionalismo democratico. Una prova di questo approccio mercatocentrico si trova, infatti, non solo nel classico rapporto tra quattro libertà e organizzazione dei *Welfare State* nazionali, ma anche in quello che nel diritto sovranazionale viene chiamato *the social and the market*³⁷⁴ che con l'allargarsi delle competenze nel diritto sovranazionale possiamo individuare principalmente – ma non in maniera esaustiva – nel Titolo IX (Occupazione), nel Titolo X (Politica sociale) e in alcune disposizioni della CDFUE³⁷⁵.

Ebbene, l'obiettivo di questo capitolo sarà quello di ricostruire queste *ragioni ordinamentali* nella giurisprudenza della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali. Parlando di modelli, dunque, ognuno di questi presenta delle sue caratteristiche proprie, che cercheremo di far emergere nel corso della trattazione. Molto sinteticamente, si può qui anticipare che nel costituzionalismo democratico – e di rimando dunque nella giurisprudenza della Corte costituzionale – compaiono molto forti la cosiddetta matrice democratica e la matrice sociale: di cui la prima si riversa in un certo rapporto tra Costituzione e *società*, in una certa costruzione della forma di governo e della teorica delle fonti come assetto organizzativo-istituzionale, mentre la seconda si manifesta nell'importanza del lavoro e del ruolo dei diritti sociali come vettori contemporaneamente di integrazione politica e di emancipazione della persona. Nel modello, invece, del diritto sovranazionale alla costruzione dell'autonomia dell'ordinamento (acquisita grazie allo sviluppo delle dottrine del primato, dell'effetto diretto e ad un sistema giurisdizionale effettivo) si accompagna una peculiare forma di governo *sui generis* e un atipico sistema delle fonti; il tutto interconnesso alla centralità degli strumenti di realizzazione dell'*Internal Market*, come le quattro libertà, il principio di concorrenza non solo applicato in campo economico ma anche a quello regolativo-normativo, un approccio di *antidiscrimination law* che non lambisce la dimensione dell'eguaglianza sostanziale e un rapporto molto sbilanciato a favore della libertà di impresa e a sfavore dei diritti sociali e i diritti di pressione democratica.

Certo, come tutti i tentativi di creare modelli ermeneutici, anche in questo caso la loro costruzione si regge su astrazioni e approssimazioni. Sarebbe ingenuo, infatti, non

³⁷² Per tutti, nella sterminata letteratura, F. W. SCHARPF, *After the Crash: a perspective on Multilevel European Democracy*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, 384 e ss.

³⁷³ Quindi con il conseguente allargamento delle competenze dell'Unione al di là del solo mercato, passaggio contestuale all'albore della formazione dell'Unione economica e monetaria.

³⁷⁴ M. DAWSON, *New governance and the Displacement of Social Europe: the case of the European Semester*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, 193, che pone una domanda cruciale in relazione al ruolo della *EU social policy*: «In parole chiare, la politica sociale europea dovrebbe primariamente condizionare il mercato (mirando ad un puro *set* di obiettivi sociali) o invece mirare a facilitare l'integrazione del mercato (es. per cercare di riconciliare obiettivi economici e sociali dell'integrazione)?».

³⁷⁵ In particolare, il Titolo IV della CDFUE e alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ad esempio, sul principio di non discriminazione, sulla cittadinanza europea e sul diritto alle ferie.

considerare come variabile importante il dato secondo cui a partire quantomeno dagli anni '60 in poi si sia realizzata una certa interazione tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale che ha comportato – come detto già precedentemente – un'influenza importante del secondo sul primo. Riprendendo, a questo proposito, una fortunata espressione di Lyon Caen si potrebbe parlare proprio di una vera e propria «infiltration»³⁷⁶ del primo sul secondo. Risulta, dunque, evidente come anche lo stesso costituzionalismo democratico abbia subito una trasformazione – non essendo una monade in questo senso – proprio e a causa del processo di integrazione europea. Solo a titolo di esempio in questa sede, si può ricordare la comparsa della «tutela della concorrenza», che mai in passato aveva avuto espressione menzione nella Costituzione italiana, come competenza esclusiva statale a seguito della riforma dell'art. 117 Cost. nel 2001³⁷⁷, o anche la stessa modifica degli artt. 81 e 97 Cost. con l'introduzione del principio dell'equilibrio di bilancio e della *golden rule* a seguito della crisi dell'eurozona³⁷⁸. Queste sono solo due tra le modificazioni più note perché presenti nel testo formale della Costituzione, ma a cui se ne potrebbe aggiungere una più silenziosa – ma non meno pervasiva – come l'impatto della giurisprudenza *pro-market* della Corte di giustizia, a partire dai casi *Cassis De Dijon* e *Dassonville*, che hanno dato il via all'integrazione negativa del Mercato unico. Anche, dunque, da questi primi assaggi, pare già abbastanza chiaro come questa *infiltrazione* sul costituzionalismo democratico si sia giocata molto su un certo modello di costituzione economica proposto dal diritto sovranazionale incentrato sui cardini della libera concorrenza, della stabilità monetaria e del consolidamento delle finanze pubbliche, che ha fatto parlare parte della dottrina della necessità di un aggiornamento della stessa costituzione economica italiana, non più in linea con lo spirito dei tempi³⁷⁹.

Questa infiltrazione è stata pertanto figlia di una grande pervasività dei principi dell'*Internal Market* – tramite un *judicial activism* della Corte di giustizia di tipo *market-oriented* – ma anche di un allargamento, come dicevamo sopra, delle attribuzioni del diritto sovranazionale che hanno fatto venir meno la netta suddivisione di competenze tra Unione europea e Stati – con la prima che si interessava del *mercato* e con i secondi che si

³⁷⁶ G. LYON CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, 313 e ss.

³⁷⁷ Lemma quello della concorrenza, che precedentemente non compariva nel testo costituzionale, ma che veniva fatto risalire da parte della dottrina costituzionalista all'art. 41 Cost., su cui anche Corte cost. sent. n. 241 del 1990 che parla della «libertà di concorrenza» come «valore basilare della libertà di iniziativa economica», «funzionale alla protezione degli interessi della collettività dei consumatori». Per alcune pronunce, Corte cost., sent. n. 6 del 1956, Corte cost., sent. n. 223 del 1982 Corte cost., sent. n. 241 del 1990, tutte precedenti l'adozione della legge 287 del 1990; mentre successiva a questa, Corte cost., sent. n. 200 del 2012. Per una ricostruzione che considera la tutela della concorrenza un interesse pubblico, dato dalla sommatoria degli interessi individuali all'esercizio della libertà di impresa e non un interesse costituzionale in sé, E. VERDOLINI, *L'Autorità antitrust non può accedere al giudizio costituzionale: natura amministrativa e funzione di garanzia dell'AGCM nella sentenza 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2020.

³⁷⁸ Più in particolare a seguito della ratifica del *Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria* (anche noto come *Fiscal compact*), entrato in vigore il 1 gennaio 2013, che richiedeva l'introduzione – compatibilmente con i vari ordinamenti costituzionali – del principio di pareggio di bilancio in nome del coordinamento delle politiche economiche dei vari Stati aderenti all'euro. A cui tra l'altro l'Italia si adeguò in anticipo rispetto alla scadenza prevista del 1 gennaio 2014 e scegliendo la modifica costituzionale a differenza di altri Stati come la Francia che preferirono una modifica sub-costituzionale (con legge organica).

³⁷⁹ G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO, *Per una nuova costituzione economica*, Mulino, Bologna, 1998.

occupavano della *questione sociale* – presente nel Trattato di Roma. Come vedremo, infatti, nel corso della trattazione, uno dei temi in apparenza sottotraccia di questo lavoro ma dirimente come chiave di lettura generale è il rapporto tra Stato, mercato e società: lasciato volontariamente aperto nelle Costituzioni democratiche nazionali e chiuso invece nel diritto sovranazionale. L’obiettivo di questo capitolo sarà, dunque, indagare i punti di differenza tra il costituzionalismo democratico e il diritto sovranazionale, cercando in una prima fase di individuare il *core* del diritto sovranazionale – e contestualmente esaltare l’importanza che da sempre ha avuto la giurisprudenza della Corte di giustizia per la nascita dell’ordinamento europeo – utilizzando in un secondo momento alcuni *case studies* come manifestazioni delle diverse risposte che i due ordinamenti danno ad alcune questioni nodali, che ben rappresentano le loro diverse *ragioni ordinamentali*; per poi in una seconda parte del capitolo soffermarsi più sulle *perturbazioni* che si sono registrate tra i due sistemi. Il termine *perturbazioni* verrà utilizzato nel testo nel senso di tensioni dinamiche³⁸⁰, con la volontà di voler evidenziare proprio quella capacità di interazione, di infiltrazione (del diritto sovranazionale sul costituzionalismo democratico) ma anche di contaminazione (del secondo sul primo), che in alcuni momenti della storia dell’integrazione europea si sono realizzate e che sempre più risultano un dato acquisito, alla luce dei sempre maggiori spazi di sovrapposizione, anche di patrimonio costituzionale in tema di principi o diritti fondamentali.

Come vedremo, infatti, seppur sistemi differenti che per molto tempo hanno convissuto su binari paralleli – quantomeno nella prima fase fino a Maastricht – sin dagli albori i due ordinamenti sono entrati in contatto, registrando vere e proprie *perturbazioni*: una prima che convenzionalmente potremmo indicare con l’inizio della *saga Solange*³⁸¹, che ha portato la Corte di giustizia – su stimolo della Corte costituzionale tedesca e italiana – a inglobare la protezione dei diritti fondamentali all’interno della legalità sovranazionale; e una seconda (sicuramente più ampia temporalmente), che ha visto comparire il *discorso* sull’identità costituzionale su pressione delle Corti costituzionali nazionali, e che si può far risalire nei suoi casi più noti a *Lissabon-Urteil*³⁸² e alla *saga Taricco*³⁸³, ma che qui intenderemo in senso più largo includendo il controllo *ultra vires*, la comparsa del problema sulla definizione delle *tradizioni costituzionali comuni* in materia di diritti fondamentali e il controllo sull’identità costituzionale in senso stretto. Una prima e una seconda ondata di conflitti costituzionali, dunque, che ben si denota dall’analisi del diritto giurisprudenziale e che proveremo ad interpretare performativamente, individuando la causa a nostro parere sottotraccia – ma ben presente – di queste *perturbazioni*. Una struttura del capitolo, dunque,

³⁸⁰ Una *perturbazione* presuppone un rapporto, dunque, ma anche una trasformazione, un’influenza e per necessità di cose una modificazione. Si è deciso, a questo proposito, di utilizzare una terminologia più neutra ideologicamente – e su cui poter costruire dunque una specificità legata al caso in esame – e non invece prendere in prestito un linguaggio più accademicamente connotato come quello di «irritazione», di luhmaniana memoria, N. LUHMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Mulino, 1990, Bologna. Questo avrebbe potuto far credere in maniera erronea, che si aderisse in questo lavoro ad una visione che utilizzava la *Teoria dei sistemi sociali* per caratterizzare i rapporti tra i due ordinamenti. Cosa, tra l’altro, ben presente in letteratura e che ha portato ad analisi assai interessanti e innovative per certi aspetti, tra cui si segnalano il «costituzionalismo sociale» applicato però non solo alla dimensione europea ma più latamente transnazionale, G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Mondadori, 2012, Milano, G. TEUBNER, *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n.1, 2014.

³⁸¹ BVerfGE, 37, S. 271, *Solange I*, BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83, *Solange II*.

³⁸² BVerfG, 2 BvE, 2/08.

³⁸³ Volendo citare solo i precedenti italiani, Corte cost., ord. n. 24 del 2017, Corte cost., sent. n. 115 del 2018.

in due blocchi: una prima più statica di analisi dei diversi punti nodali che caratterizzano il costituzionalismo democratico e il diritto sovranazionale e una più dinamica in cui si evidenzieranno i punti di contatto e di frizione che sono stati e sono ancora ben presenti nei rapporti tra i due ordinamenti. Dopo questa breve fase introduttiva, possiamo passare ad uno studio più analitico delle due parti che comporranno il capitolo.

2. La giurisprudenza *Van Gend & Loos* e *Costa-Enel*: il primato, l'effetto diretto e l'autonomia del diritto sovranazionale

Molto probabilmente il diritto sovranazionale – e l'integrazione europea più in generale – non sarebbe arrivato a rappresentare quello che oggi rappresenta nello spazio pubblico europeo se «nascosta nel Ducato del Lussemburgo e benedetta, fino a poco tempo fa, con benevola negligenza da parte dei poteri forti e dai mass media», la Corte di giustizia non avesse costruito «un quadro costituzionale per una struttura federale in Europa»³⁸⁴. Questo *incipit* del famoso articolo di Stein spiega molto bene l'importanza del ruolo che ha avuto la Corte di giustizia e, più ampiamente, tutta quella classe di giuristi – giudici, esperti giuridici della Commissione, internazionalisti e un certo tipo di *élites* giuridico-culturali³⁸⁵ – che hanno permesso al diritto sovranazionale di divenire un vero e proprio ordinamento giuridico completo e autonomo. Da questa prospettiva, il diritto sovranazionale si differenzia in maniera importante con il costituzionalismo democratico per genesi ed evoluzione: il secondo costruito per lo più in Occidente attraverso l'esercizio del potere costituente e di tipo rivoluzionario, mentre il primo fatto risalire da parte della dottrina – che ne riconosce il carattere costituzionale – alla *species* del costituzionalismo progressivo³⁸⁶. Non a caso, infatti, per il diritto sovranazionale si parla di un processo di costituzionalizzazione e non di un vero e proprio “momento fondativo”, appunto per la mancanza di un *fiat* fondativo del diritto sovranazionale. Se, però, si dovesse effettuare una forzatura teorica, il “momento fondativo” del diritto sovranazionale, non si potrebbe che individuare in alcune pronunce come: (1) *Van Gend en Loos*³⁸⁷ e *Costa-Enel*³⁸⁸ per quanto riguarda la nascita delle dottrine dell'effetto diretto e del primato; (2) *Internationale Handelsgesellschaft*³⁸⁹ e *Les Verts*³⁹⁰ che parlano espressamente di autonomia del diritto sovranazionale e dei Trattati come di una vera e propria “Costituzione”; (3) *Cilfit*³⁹¹, *Simmenthal*³⁹², *Francovich*³⁹³, che, invece, hanno permesso al diritto sovranazionale di dotarsi di un pieno e effettivo sistema di controllo

³⁸⁴ E. STEIN, *Law, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, vol. 75, n. 1, 1981, 1.

³⁸⁵ Per un'attenta analisi sociologica di come il processo di costituzionalizzazione dell'UE sia legato alla capacità di mobilitazione di risorse giuridiche e sociali di un gruppo ristretto di *élites* transnazionali, A. COHEN, *Constitutionalism without Constitution: Transnational Elites between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe*, in *Law and Social Inquiry*, vol. 32, n. 1, 2007, 109 e ss.

³⁸⁶ G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto costituzionale europeo*, op. cit., 27.

³⁸⁷ Corte giust., C-26/62, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*.

³⁸⁸ Corte giust., C-6/64, 5 luglio 1964, *Costa-Enel*.

³⁸⁹ Corte giust., C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*.

³⁹⁰ Corte giust., C-294/83, 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts"*.

³⁹¹ Corte giust., C-283/81, 13 luglio 1982, *Cilfit*.

³⁹² Corte giust. C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal*.

³⁹³ Corte giust., C-6/90 e 9/90, 19 novembre 1991, *Francovich*.

giurisdizionale. Soffermandoci su queste pronunce, dunque, proveremo a ricostruire la genesi del diritto sovranazionale e individuarne alcuni capisaldi.

Partendo da *Van Gend en Loos*, la giustificazione teorica adottata dalla Corte per evidenziare la specificità del diritto sovranazionale è la seguente: «[...] in considerazione di tutte queste circostanze si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. [...]. Il carattere *sui generis* dell'ordinamento e la cessione di sovranità degli Stati in settori limitati, garantiscono dunque sia l'allontanamento (fino ad arrivare ad una vera e propria separazione) – secondo la dottrina maggioritaria³⁹⁴ – del diritto sovranazionale dall'alveo del diritto internazionale sia il conseguente riconoscimento dell'effetto diretto alle norme europee³⁹⁵. A questa vera e propria eccezionalità rispetto agli schemi del diritto novecentesco, c'è un'ulteriore novità che merita di essere evidenziata di questa pronuncia: con la nascita della dottrina dell'effetto diretto, gli individui diventano, a tutti gli effetti, soggetti del diritto sovranazionale, che riesce con essi a stabilire un rapporto diretto e non mediato. La stessa dottrina dell'effetto diretto, infatti, viene riconosciuta come operativa solo nel momento in cui da una determinata norma del diritto comunitario (che sia primaria o derivata) venga riconosciuto un determinato diritto soggettivo. È forte quindi nell'effetto diretto la dimensione della creazione dei diritti al singolo, che trovano il loro titolo abilitante nella norma europea: c'è effetto diretto della norma europea, infatti, nel momento in cui al singolo viene riconosciuto un diritto soggettivo, avvantaggiandosi strutturalmente così il privato del parametro del diritto sovranazionale³⁹⁶. Senza voler, dunque, entrare nelle dispute dottrinarie se l'effetto diretto della norma europea ci sia solo in presenza del riconoscimento di un diritto soggettivo o meno, quello che qui ci interessa sottolineare è che con *Van Gend en Loos* si contribuisce a fondare l'autonomia del diritto sovranazionale, che questa costruzione ordinamentale presenta già una data concezione e ambizione politica di quest'ultimo³⁹⁷, in cui si riscontrano già in nuce alcuni problemi possibili problemi strutturali con il costituzionalismo democratico. In questa prospettiva, perciò, l'effetto diretto può essere considerato una vera e propria rivoluzione giuridica che – come vedremo – sarà all'origine

³⁹⁴ Contra, vedi paragrafo 2 del capitolo 1.

³⁹⁵ È noto, infatti, come nella classica ricostruzione del diritto internazionale sia comunemente accettato che gli unici enti che godono di una soggettività giuridica siano solo gli Stati e non gli individui.

³⁹⁶ Per il punto di vista maggioritario nella dottrina europeista, si parla di effetto diretto quando ci si trova di fronte alla triade effetto diretto – diritto soggettivo – disapplicazione, B. DE WITTE; *Direct effect, primacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG, G. DE BURÇA, *The Evolution of EU LAW*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 323 e ss., S. PRECHAL, *Does Effect Direct Still Matter?*, in *Common Market Law Review*, vol. 37, n. 5, 2000, 1047 e ss. Parte, invece, della dottrina minoritaria considera che la dottrina dell'effetto diretto vada oltre la sola dimensione soggettiva di attribuzione di un diritto, ma abbia anche una dimensione oggettiva, in cui il diritto europeo funge da parametro di legittimità e senza applicazione automatica dell'istituto della disapplicazione, D. GALLO, *L'efficacia diretta del Diritto dell'Unione Europea negli Ordinamenti Nazionali. Evoluzioni di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè editore, Milano, 2018, 213 e ss.

³⁹⁷ Come dimostrato da vari studi, l'evoluzione dell'effetto diretto del diritto sovranazionale (in particolare nel campo molto sensibile delle direttive) è alla base di uno scontro latente, ma pur sempre presente e a tratti aspro, portato avanti dalla Commissione e dalla Corte di giustizia contro i governi nazionali e le stesse Corti costituzionali, M. RASMUSSEN, *How to Enforce European Law? A New History of the Battle Over the Direct Effect of Directives, 1958-1987*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 3-4, 2017, 290 e ss.

di alcuni conflitti con le Corti costituzionali causati dall'allargamento di competenze del diritto sovranazionale (e della strumentistica dell'effetto diretto), che entra in tensione con il "tipo" democratico e la tecnica del bilanciamento degli interessi. Da *Van Gend en Loos* in poi, infatti, l'effetto diretto si costruisce come una dottrina a favore degli individui, che possono utilizzare le norme europee come leva per vantare diritti contro gli Stati membri in nome di un nuovo parametro di legalità, incentivando da una parte un'azione dell'individuo in termini di «legal vigilante»³⁹⁸ ma anche contribuendo, dall'altra, a determinare i contorni di una particolare soggettività che dell'effetto diretto delle norme europee si avvantaggia: un *homo economicus* altamente mobile, un individuo isolato e non *situe*³⁹⁹, che vanta strutturalmente un diritto *contro* lo Stato. Su questo punto dell'antropologia del soggetto giuridico che si avvantaggia del diritto sovranazionale diremo nel corso di questo capitolo, ma a questo punto della trattazione basta solo evidenziare come non solo in termini di rapporti tra ordinamenti ma anche in termini politici di creazione di una Comunità di diritto e di una soggettività europea, l'effetto diretto giochi un ruolo cruciale. Quello che mancava al solo effetto diretto per rendere autonomo il diritto sovranazionale, era, però, un ulteriore elemento come ci ricorda sempre Eric Stein: «la Corte non ha specificato che questi diritti devono prevalere sulla legislazione nazionale in conflitto»⁴⁰⁰.

Un secondo importante passo è, difatti, la sentenza *Costa-Enel*. Con *Costa-Enel* si riconosce per la prima volta la dottrina del primato, ovvero il principio secondo cui il diritto sovranazionale prevale sul diritto degli Stati membri. La Corte di giustizia sostiene, infatti, a chiare lettere in *Costa-Enel* che l'«integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da loro accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale»⁴⁰¹ e afferma esplicitamente che la «preminenza del diritto comunitario trova conferma nell'art. 189 CE» e che «questa disposizione, accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullare gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari». Tre sono le motivazioni addotte dalla Corte per giustificare il primato del diritto sovranazionale: il riferimento al principio internazionalistico *pacta sunt servanda* (da cui però si allontanerà quando si incomincerà a parlare di una costituzione), il richiamo alla necessità dell'uniforme applicazione/interpretazione del diritto sovranazionale e l'affermazione dell'autonomia dello stesso. Una sentenza dunque che, sempre seguendo la metafora della fondazione, può essere considerato il secondo "momento fondativo" del diritto sovranazionale e che aggiunge qualcosa al precedente *Van Gend en Loos*: in questo caso, la Corte non parla più di un ordinamento *sui generis* nel campo del diritto internazionale, ma definisce il diritto

³⁹⁸ Come terzo perno, dunque, per la costruzione del diritto sovranazionale, oltre alla Corte di giustizia e ai giudici comuni, J. H. H. WEILER, *Van Gend en Loos: the individual as subject and object and the dilemma of European legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 1, 2014, 96.

³⁹⁹ A. SOMEK, *The darling dogma of bourgeois europeanists*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 5, 709.

⁴⁰⁰ E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty – Constitution by Judicial Fiat in the European Economic Community*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 1965, 11.

⁴⁰¹ Partendo dalla seguente premessa: «istituendo (gli Stati membri) una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed ispecie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni dagli Stati alla Comunità».

sovranaZIONALE un ordinamento proprio «integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'entrata in vigore dei Trattati e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare»⁴⁰². Da qui parte la costruzione, da quella che è stata definita in dottrina, dell'*absolute primacy*⁴⁰³ e il riconoscimento di un rapporto gerarchico – quantomeno nella logica della Corte di giustizia – tra il diritto sovranazionale e il diritto nazionale, ben al di fuori di qualsiasi concepibile schema internazionalistico⁴⁰⁴. In *Costa-Enel*, pertanto, si pongono le basi di quel monismo costituzionale adottato dalla Corte di giustizia come configurazione dei rapporti tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale in un unico ordinamento integrato (e non quindi come ordinamenti «separati ma coordinati»⁴⁰⁵), che fa sì che la norma nazionale in contrasto con la norma europea sia affetta da invalidità. Sui problemi e le dissonanze rispetto alle giurisprudenze delle Corti costituzionali diremo fra un attimo, completando il quadro con i riferimenti al carattere autonomo del diritto sovranazionale.

Un terzo importante momento – in questa breve storia della costruzione delle fondamenta del diritto sovranazionale – lo possiamo trovare pertanto in altre due sentenze degli anni '70 – '80 che affermano *apertis verbis* l'autonomia dell'ordinamento europeo: *Internationale Handelsgesellschaft*⁴⁰⁶ e *Les Verts*⁴⁰⁷. Nella prima pronuncia viene stabilito l'impossibilità di alcun tipo di deroga all'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e al dispiegamento dell'*absolute primacy* che non trova limiti neanche davanti a disposizioni costituzionali degli Stati membri. La Corte afferma infatti che «il richiamo a norme o a nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emanati dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal Trattato, che ha fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico stesso della Comunità»⁴⁰⁸. Diventa chiaro che, con questa posizione assunta dai giudici lussemburghesi, il diritto sovranazionale non può soffrire di alcun tipo di deroga e deve prevalere in maniera assoluta su tutto il diritto nazionale e poco o nulla vale che si parli di principi o diritti facenti parte del diritto costituzionale dello Stato membro. Si affina, da questo punto di vista, con la pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft*, il carattere autonomo del diritto sovranazionale, il completo distacco dal diritto internazionale attraverso l'adozione di un monismo costituzionale che si oppone al dualismo che nel frattempo andavano costruendo le Corti costituzionali che basavano i

⁴⁰² L'allontanamento dal diritto internazionale si fa ancora più netto in *Costa-Enel*, se non definitivo perché in questo caso il responsabile del precetto è il giudice (e più latamente tutti gli organi statali) e non lo Stato, secondo lo schema internazionalistico dell'art. 71 della Convenzione di Vienna.

⁴⁰³A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, n. 5, 2011, 1417 ss.

⁴⁰⁴ E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty*, op.cit., 3 ss., B. DE WITTE, *Retour à "Costa" : la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 20, 1984, 425 e ss.

⁴⁰⁵ Secondo la famosa formula della sentenza *Granital* (Corte cost. sent. n. 170 del 1984) che stabilizza la lettura dualista dei rapporti ordinamentali dati dalla nostra Corte costituzionale.

⁴⁰⁶ Corte giust., C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁴⁰⁷ Corte giust., C-294/83, 26 aprile 1986, *Parti écologiste «Les Verts»*.

⁴⁰⁸ «Di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato», considerato in diritto par. 4 della sentenza citata.

rapporti tra ordinamenti sulle cd. clausole di apertura⁴⁰⁹. Il salto di qualità in questa sentenza sta dunque – come sottolinea la dottrina europeista – nella condizione che non solo il primato si riconosce nell’applicazione delle norme «nei rapporti tra le parti» ma anche «nei rapporti interni degli Stati membri (cd. primato interno)»⁴¹⁰: in questo modo il carattere della sovranazionalità si dispiega pienamente. Una volta dunque garantita la auto-fondazione e l’indipendenza del diritto sovranazionale, la Corte di giustizia acquista sempre più un lessico costituzionale⁴¹¹, arrivando a parlare dei Trattati come di una vera e propria costituzione nella pronuncia *Les Verts*: «la Comunità economica europea è una comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla *carta costituzionale* di base costituita dal Trattato». Il diritto sovranazionale rappresenta, dunque, non solo una Comunità economica, ma anche una Comunità di diritto che si è dotata tramite la dottrina del primato e dell’effetto diretto delle garanzie per l’autonomia del suo ordinamento – e della sua non subalternità rispetto agli ordinamenti nazionali – che però necessita di essere accompagnata da altri tre fondamentali strumenti, parte integrante di un sistema effettivo di rimedi giurisdizionali: la disapplicazione, il rinvio pregiudiziale e un meccanismo di risarcimento in caso di inadempienza dello Stato membro.

Con *Simmenthal*⁴¹² giungiamo, dopo la messa a punto in potenza del primato, dell’effetto diretto e dell’autonomia del diritto sovranazionale, alla realizzazione dell’effettività dell’ordinamento europeo. Con questa pronuncia, infatti, la Corte di giustizia completa la costruzione del suo armamentario, definendo quale debba essere la conseguenza giuridica di un’eventuale antinomia tra la norma nazionale e quella sovranazionale: la disapplicazione. Parafrasando le parole dei giudici lussemburghesi «in forza del principio di preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l’effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere “*ipso jure*” inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della disposizione nazionale preesistente, ma anche – in quanto detti atti fanno parte integrante, con rango superiore

⁴⁰⁹ Infatti, se per la Corte di giustizia il fondamento del primato e dell’effetto diretto va ritrovato nel carattere autonomo del diritto sovranazionale, per le Corti costituzionali le norme europee potevano avere diretta efficacia negli ordinamenti nazionali solo sulla base delle cd. clausole di apertura: ovvero le norme costituzionali presenti nelle costituzioni nazionali che abilitavano cessioni di sovranità a favore del diritto sovranazionale. Per una panoramica delle varie tecniche e norme costituzionali (da clausole facenti rinvio alla primazia del diritto internazionale, passando per clausole che garantiscono a determinate condizioni alla cessioni di sovranità, fino ad arrivare a veri e propri Titoli nelle costituzioni che disciplinano il rapporto con UE) utilizzate dai Paesi membri dell’UE per garantire la loro partecipazione al processo di integrazione europea, cfr. J. RIDEAU, *L’adéquation des systèmes juridiques des États membres à l’appartenance de l’Union européenne*, in LAURENCE POTVIN-SOLIS, *Le statut d’Etat membre de l’Union européenne*, Bruylant-Larcier, 2017, Bruxelles.

⁴¹⁰ A. ARENA, *Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, XIII, 2018, 320, che sostiene però una tesi contraria al riconoscimento della costruzione dell’*absolute primacy* e sottolinea come nella stessa pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft* la Corte di giustizia nel proclamare la prevalenza delle norme europee anche su qualsivoglia norma costituzionale interna, riconosce allo stesso tempo la necessità che le stesse norme europee rispettino i diritti fondamentali, derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

⁴¹¹ La qualificazione dei Trattati come di una costituzione non è un evento sporadico nella giurisprudenza lussemburghese: Corte giust. *parere 1/91*, 14 dicembre 1991, Corte giust., C-402/05, 3 settembre 2008, *Kadi*.

⁴¹² Corte giust. C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal*.

rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie». Da questa premessa logica discende, dunque, la conseguenza giuridica secondo cui «qualsiasi giudice nazionale, adito nella sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questi attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria»⁴¹³. L'impalcatura teorica è, dunque, confermata per i giudici lussemburghesi, ora è necessaria rendere il sistema giurisdizionale sovranazionale effettivo. Il primo passo dunque è creare un sistema diffuso di controllo giurisdizionale che si avvalga dei giudici comuni nazionali e che garantisca loro quello che è stato definito un «*judicial empowerment expanded*»⁴¹⁴: potere giudiziale che in molti ordinamenti nazionali i giudici comuni avevano perso con l'avvento della legalità costituzionale⁴¹⁵ e che hanno riacquisito, invece, con il sistema della legalità sovranazionale.

Il meccanismo di *empowerment* non sarebbe completo, però, senza il secondo passaggio del rinvio pregiudiziale che trova senza dubbio un suo punto di svolta nella sentenza *Cilfit*⁴¹⁶. In *Cilfit*, infatti, il Tribunale di Kirchberg stabilisce l'obbligo di rinvio pregiudiziale – sia di interpretazione sia di validità – per i giudici di ultima istanza, interpretando in questo modo l'art. 177, comma 3 del Trattato CEE (ora art. 267 TFUE): «una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere al suo obbligo di rinvio, salvo che abbia constatato che la questione non è pertinente o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciare adito a ragionevoli dubbi; la configurabilità di tale evenienza va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenza di giurisprudenza all'interno della Comunità». Nei casi in cui il giudice comune riscontri un dubbio sulla compatibilità europea di una disciplina nazionale può valutare liberamente se sollevare un rinvio pregiudiziale ⁴¹⁷ e ne è dispensato, dunque, solo se si trova in presenza della cd.

⁴¹³ Non si approfondirà in questa sede, il dibattito dottrinario se la disapplicazione discenda dall'applicazione del solo primato o necessiti sempre dell'effetto diretto della norma europea: il caso *Taricco* da questo punto di vista resta emblematico per l'applicazione in *malam partem* dell'art. 325 TFUE, che sembrava far discendere la disapplicazione dal solo primato, su cui, G. DI FEDERICO., *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in C. AMALFITANO, (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano 2018. Una risposta definitiva però pare essere arrivata nel senso che la disapplicazione non può mai discendere dal solo primato, che deve pur sempre essere accompagnato dall'effetto diretto in, Corte giust., C-573/17, 24 giugno 2019, *Poplawski*.

⁴¹⁴ J. A. MAJORAL, *Judicial Empowerment Expanded: Political Determinants of National Courts' Cooperation with the CJEU*, in *European Law Journal*, vol. 25, n. 4, 2019, 374 e ss.

⁴¹⁵ A titolo di esempio in Italia, emblematico fu il caso della prima sentenza dei giudici costituzionali, Corte cost. sent. 1 del 1956.

⁴¹⁶ Corte giust., C-283/81, 13 luglio 1982, *Cilfit*, ma anche in Corte giust., C-314/85, *Foto-Frost*, 22 ottobre 1987.

⁴¹⁷ A sostegno di questa tesi, c'è una larga giurisprudenza europea, *ex multis*, Corte giust. C-166/73, 16 gennaio 1974, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, Corte giust., C-379/08 e C-380/08, 9 marzo 2010, *ERG*, Corte giust., C-555/07, 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*, Corte giust., sent., C-348/89, 27 giugno 1991, *Mecanarte*.

dottrina dell'*acte clair* oppure se la Corte di giustizia si è già pronunciata su una questione identica⁴¹⁸. Con una piccola postilla dunque ricavabile da *Cilfit*: l'opportunità si trasforma in obbligo se si tratta di un giudice di ultima istanza proprio in nome del completamento del sistema di ricorsi giurisdizionali e dell'uniforme applicazione del diritto sovranazionale⁴¹⁹. Sull'automatismo invece rinvio pregiudiziale-disapplicazione diremo meglio quando tratteremo del caso *Melki*⁴²⁰ e del rapporto tra *question prioritarie de constitutionnalité* e pregiudiziale europea, ma anche qui senza voler troppo anticipare si può dire che rimane fermo – anche *post* sentenza *Melki* – l'adagio già presente in *Simmenthal* secondo cui l'effetto utile dell'art 267 TFUE «verrebbe ridotto, se il giudice non potesse applicare, immediatamente, il diritto comunitario in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte»⁴²¹. Forte è quindi il rapporto tra disapplicazione e rinvio pregiudiziale che si pone pertanto come regola generale, a cui sono ammesse solo poche eccezioni; in nome tutto ciò dell'effettività e autonomia del diritto sovranazionale che si costruisce dunque – come si è cercato di spiegare – su un'ulteriore gamba, oltre alla Corte di giustizia: i giudici comuni nazionali.

A chiusura di questo percorso argomentativo per mostrare alcuni dei capisaldi fondamentali del diritto sovranazionale, non si può non parlare della dottrina *Francovich*⁴²². Con *Francovich*, infatti, compare, oltre alla responsabilità di tipo internazionalistico⁴²³, anche un secondo tipo di responsabilità statale – con l'annessa previsione del risarcimento del danno – non prevista dai Trattati (quindi di piena origine giurisprudenziale), a favore dei singoli. La Corte di giustizia rileva, infatti, che «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro» e che «l'obbligo degli Stati membri di risarcire tali danni trova il suo fondamento anche nell'art. 5 del Trattato, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario. Orbene, tra questi obblighi si trova quello di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario». La dottrina *Francovich* si presenta, dunque, come una diretta discendenza del primato e dell'effetto diretto, che implica i corollari della leale collaborazione e della responsabilità statale. Ma *Francovich* può essere letta anche come un'applicazione forte di altri due principi cardine del diritto sovranazionale: il principio di

⁴¹⁸ Cosa diverse, invece, se parliamo di un rinvio di validità: in quel caso l'unico giudice competente è la Corte di giustizia secondo l'impostazione adottata in Corte giust., C-314/85, *Foto-Frost*, 22 ottobre 1987.

⁴¹⁹ Su cui recentemente si segnala la pronuncia Corte giust., C-416/17, *Commissione c. Francia*, 4 ottobre 2018, che condanna la Francia per inadempimento in seguito ad un mancato rinvio pregiudiziale del *Conseil d'État* come giurisdizione di ultima istanza.

⁴²⁰ Che verrà trattato più approfonditamente nel paragrafo 12 di questo capitolo.

⁴²¹ Ripreso anche nella stessa memoria dell'Avvocato generale Jàn Mazák nel caso *Melki*, in cui si arriva a teorizzare che «l'art. 267 TFUE costituisca una parte integrante dell'ordinamento giuridico degli Stati membri, ove prevale sulle norme di diritto nazionale se queste sono con esso incompatibili. Qualsiasi giudice può e deve applicare integralmente l'art. 267 TFUE e, in caso di conflitto tra questo articolo e una norma di diritto interno, deve disapplicare quest'ultima, se necessario, di propria iniziativa in una causa pendente dinanzi a lui».

⁴²² Corte giust., C-6/90 e 9/90, 19 novembre 1991, *Francovich*.

⁴²³ La procedura di infrazione, azionabile solo dalla Commissione e quindi con un'alta discrezionalità politica, ex art. 258 TFUE e ss. prevista in caso di violazione del diritto sovranazionale da parte degli Stati membri, che prevede un carattere giurisdizionale solo eventuale.

leale collaborazione e quello dell'uniforme applicazione del diritto europeo. Quel che è certo, ad ogni modo, è che con questa nuova responsabilità extracontrattuale dello Stato si superano del tutto le barriere delle dimensione internazionalistica, essendo la responsabilità *à la Francovich* un vero e proprio principio generale del diritto sovranazionale che permette ai singoli di chiedere un risarcimento allo Stato per una violazione del diritto europeo⁴²⁴. Di cui non a caso il responsabile dell'accertamento non è la Corte di giustizia in sé, ma sono i giudici comuni che assumono anche qui sempre più le caratteristiche di guardiani del diritto sovranazionale. Il beneficiario della dottrina *Francovich* – che trova applicazione sia in caso di norme europee aventi sia prive di effetto diretto – è certamente l'individuo che dunque si può avvantaggiare non di un risarcimento mediato dal diritto nazionale ma, al contrario, di uno «che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario».

Con questa breve rassegna abbiamo cercato di far emergere alcuni tratti caratterizzanti il diritto sovranazionale, mostrando la sua genesi o – se si vuole – i suoi “momenti costituenti”, accompagnati da alcune tappe fondamentali della sua costruzione. Abbiamo provato ad evidenziare che – oltre alla Corte di giustizia – altri due soggetti essenziali per la costruzione del diritto sovranazionale sono: i giudici comuni e gli individui. È con i primi, infatti, che i giudici lussemburghesi hanno tentato di costruire un rapporto privilegiato, grazie all'*enforcement* del rinvio pregiudiziale e della disapplicazione, mentre dall'altra la Corte di giustizia ha pienamente compreso le potenzialità degli individui se intesi nella nozione di *legal vigilante*, legando la dottrina dell'effetto diretto all'attribuzione di un vantaggio al privato e unendo con *Francovich* la titolarità di un risarcimento del danno dello Stato alla stessa legalità sovranazionale. I soggetti privati, dunque, si trasformano nella concezione della Corte di giustizia in veri e propri strumenti di attivazione del diritto sovranazionale a discapito del costituzionalismo democratico: o in altri termini quello che è avvenuto è la *soggettivizzazione* del diritto sovranazionale. Questi sono stati, pertanto gli strumenti, e i soggetti che hanno permesso la creazione, l'implementazione di un sistema efficace di infrastruttura giuridico-ordinamentale; ma il cui risultato più importante è stato per lo più la genesi di un sistema di legittimazione di cui si avvantaggia il diritto sovranazionale attraverso quel progetto che è stato definito di *Integration through Law*. In questa prospettiva, l'armamentario giuridico costruito dalla Corte di giustizia va inserito in un più largo contesto che è stato definito – non in un senso aderente a quello di chi scrive – di «constitutionalisation of Community law»⁴²⁵, in cui i giudici lussemburghesi hanno giocato un ruolo cruciale nell'arena dell'integrazione politica. Il diritto sovranazionale non è soltanto una Comunità di diritto, ma è anche una Comunità di mercato: ora bisogna, dunque approfondire, lo sviluppo

⁴²⁴ Pur essendo il caso *Francovich* riguardante la trasposizione di una disciplina nazionale discendente da una direttiva a cui non era però stata riconosciuta diretta efficacia, successivamente il risarcimento extracontrattuale *à la Francovich* venne allargato anche nei casi in cui le direttive godono di effetto diretto come confermato in, Corte giust., cause riunite C-46/93 e 48/93, *Brasserie e Factorame* e in Corte giust., C-178/84, 8 ottobre 1996, *Dillenkofer*. Il risarcimento del danno è previsto, dunque, in ogni caso rilevi da una non corretta trasposizione del diritto sovranazionale una lesione del diritto attribuito al singolo. I tre requisiti richiesti per il riconoscimento della responsabilità statale sono: 1) la norma violata deve essere preordinata al conferimento di diritti in capo ai singoli, 2) la violazione deve essere grave e manifesta, 3) vi deve essere una violazione causale tra violazione e danno.

⁴²⁵ J. H. H. WEILER, *Journey to an Unknown Destination: a Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, n. 4, 1993, 418.

dell'*Internal Market* per comprendere il secondo imprescindibile tassello di quella che è stata definita «the judicial construction of Europe»⁴²⁶.

3. (Segue) I casi *Dassonville* e *Cassis de Dijon*: l'integrazione del mercato e le quattro libertà

Il secondo tassello per comprendere l'evoluzione del diritto sovranazionale è la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di realizzazione dell'*Internal Market*. Questa giurisprudenza non era, senza dubbio, un passaggio obbligato dell'implementazione del Mercato unico, perché altre vie erano percorribili per il raggiungimento dell'integrazione economica. Come dimostra il forte dibattito in dottrina, altri e diversi sarebbero stati, infatti, i possibili sviluppi nell'evoluzione nel passaggio dal Mercato comune al Mercato unico, che si sarebbe potuto realizzare attraverso un'interpretazione delle norme sulla libera circolazione delle merci meno invasiva delle competenze nazionali – nell'idea di una graduale convergenza delle legislazioni nazionali – o attraverso l'implementazione di *standard* sovranazionali unitari, al posto di un modello di *deregulation* tutto incentrato sul criterio del Paese di origine⁴²⁷. Pertanto, non si può non sottolineare come la giurisprudenza *Dassonville* e *Cassis de Dijon* abbia sicuramente rappresentato parte di quella *torsione neoliberale* – come sostenuto da gran parte della letteratura – che ha impresso una determinata forma alla «European economic constitution»⁴²⁸. Precedentemente a questa giurisprudenza, infatti, un ruolo pilota nella realizzazione dell'*Internal Market* era stato giocato dalla Commissione, con il suo imponente progetto di armonizzazione positiva, ovvero attraverso un intervento legislativo sovranazionale che dettava le prescrizioni richieste per garantire la libera circolazione delle merci all'interno del territorio dell'Unione. Una normazione, dunque, molto dettagliata e che è stata definita in letteratura di *total harmonization*, che aveva permesso l'abolizione dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative (contingenti) entro il 1968, ma mostrava molte difficoltà in merito ad un intervento riguardante l'armonizzazione della normazione tecnica richiesta per la commercializzazione dei prodotti provenienti da un altro Stato membro. Problema sicuramente legato alla principale causa della richiesta della regola dell'unanimità per l'adozione delle normative europee. In questo contesto si inserisce l'intervento della Corte di

⁴²⁶ A STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

⁴²⁷ M. P. MADURO, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 1998. Secondo l'Autore, ci sono diversi tipi di interpretazione possibili dell'art. 34 TFUE, che coesistono nella giurisprudenza della Corte di giustizia: un modello centralizzato, che prevede un accompagnamento all'integrazione negativa giurisprudenziale un'armonizzazione positiva da parte del legislatore nazionale; un modello competitivo, in cui all'integrazione negativa non segue un legislazione a livello sovranazionale, seguendo il dogma secondo cui il mercato si auto-regola; un terzo modello decentralizzato, in cui si delinea, in nome delle legittimazione democratica presente negli Stati membri, un ruolo della giurisprudenza lussemburghese più deferente nei confronti delle legislazioni nazionali.

⁴²⁸ La letteratura su questo tema è sterminata, a solo titolo esemplificativo e per un'ottima panoramica storica, C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution?*, in *EUI Working Paper Law*, n. 13, 2004, 1 e ss.

giustizia, che con le due decisioni *Dassonville*⁴²⁹ e *Cassis de Dijon*⁴³⁰, cambia il volto del diritto sovranazionale e imprime un'interpretazione *pro-market* con forti tratti deregolativi agli attuali artt. 34 e 36 TFUE (precedentemente artt. 28 e 30 TCE) che riguardavano il «divieto di misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative» e le deroghe a questo divieto. Quello che si inaugura, dunque, con questa giurisprudenza è un modello di forte interventismo giudiziale, che molto influenzerà le successive strategie degli organi sovranazionali (tra tutti la Commissione nelle sue strategie di attuazione⁴³¹ dell'*Internal Market*) e che predilige all'integrazione positiva (che sia degli organi sovranazionali o nazionali), l'integrazione negativa in cui molto forte risulta l'elemento di una competizione regolativa tra le varie legislazioni degli Stati membri e un grande *favor* verso gli interessi degli operatori economici. Adesso, dunque, prima di sviluppare alcune considerazioni su questa giurisprudenza, proveremo ad analizzarla, evidenziandone i tratti fondamentali e più affini alla presente ricerca.

Il primo principio cardine di questa lettura giurisprudenziale del Mercato unico viene introdotto con *Dassonville*⁴³² attraverso l'iniziale tassello di una definizione circostanziata e potenzialmente a larghissimo spettro di cosa sia una «misura equivalente ad una restrizione quantitativa», da cui la seguente formula: «ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare *direttamente o indirettamente*, in atto o in potenza, gli *scambi intracomunitari* va considerata una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative». Si capisce bene, pertanto, già a prima vista come, con il nuovo principio *Dassonville*, qualsiasi tipo di normazione statale, nel perseguimento di qualsiasi tipo di fine meritevole di tutela, viene considerata “sospetta” di intaccare – non solo *de facto* ma anche con un controllo giudiziale che va a valutare anche *in potenza* l'impatto della misura – la libera circolazione delle merci. Il successivo *step* che si compie con questa giurisprudenza è che la misura di regolazione tecnica nazionale viene qualificata come una misura equivalente non solo quando discrimina – sulla base della nazionalità – merci importate, ma anche quando si applica in egual misura sia alla merce nazionale sia alla merce importate, perché si presume che nel secondo caso la normazione nazionale gravi maggiormente sulle importazioni (l'onere specifico deriva dal fatto che le merci importate devono in realtà ottemperare a due sistemi normativi: il primo disposto dallo Stato membro di produzione e l'altro dallo Stato membro di importazione). Anche le norme nazionali, dunque, definite come «applicate senza discriminazione»⁴³³ vengono considerate come rientranti nella definizione *ex art.* 34 TFUE, da cui discende la necessità dello Stato di dover giustificare la misura sulla base o delle esigenze imperative o delle deroghe, effettuando così una completa inversione dell'*onere della prova*. Quello che prevale è, quindi, in questa giurisprudenza non una concezione della realizzazione del Mercato unico attraverso un'applicazione del principio di *non-*

⁴²⁹ Corte giust., C-8/74, 11 luglio 1974, *Cassis de Dijon*.

⁴³⁰ Corte giust., C-120/78, 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

⁴³¹ Basti pensare al documento prodotto dalla Commissione, successivamente a *Cassis de Dijon*, COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione sulle conseguenze della sentenza emessa dalla corte di giustizia delle Comunità Europee, il 20 febbraio 1979, nella causa 120/78 («Cassis de Dijon»)* in Gazzetta ufficiale n. C/256 del 03/10/1980.

⁴³² Corte giust., C-120/78, 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

⁴³³ Corte giust., C-110/05, 10 febbraio 2009, *Commissione vs. Italia*.

discriminazione ma al contrario, secondo il principio dell'*accesso al mercato*: riecheggiando la famosa domanda che si poneva l'Avvocato generale Tesauro nel caso *Rüth Hunermund*: «L'art. 30 del Trattato CEE è una norma di liberalizzazione degli scambi intracomunitari ovvero una norma destinata più in generale a promuovere il libero esercizio dell'attività commerciale nei singoli Stati membri?». È la restrizione dell'*access market* – che sia indistintamente applicabile alle merci nazionali o non – che viene sanzionata, non se la misura nazionale crea una disparità sulla base del principio di nazionalità. Questo presuppone, dunque, una potenziale forte restrizione della capacità degli Stati di intervenire con la normazione sulla capacità di regolamentare il mercato e, se necessario di limitarlo.

Il secondo pezzo di questo orientamento si realizza con *Cassis de Dijon*, in cui compare per la prima volta un altro principio cardine del Mercato unico: il mutuo riconoscimento. Il caso, in questa fattispecie, riguardava il divieto di commercializzazione (quindi di importazione) in Germania di una bevanda alcolica (nota come *crème de cassis*) prodotta in Francia – conformemente alla legislazione d'Oltralpe – a causa del tenore alcolico della bevanda (dal 15 al 20 %), più basso di quello richiesto dal diritto tedesco per i liquori (almeno 32 %). Dopo lo sviluppo di un contenzioso in Germania, la vicenda venne sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia, che considerò la misura tedesca una restrizione equiparabile ad un ostacolo all'importazione, facendola ricadere nella nozione di «misura di effetto equivalente alle restrizioni quantitative» ex art. 34 TFUE. Questa qualificazione giuridica della legislazione tedesca fu accompagnata, in aggiunta, dall'enucleazione di un ulteriore statuizione fondamentale, secondo cui un prodotto – anche in mancanza di una normazione comune di produzione – può essere liberamente commercializzato all'interno del Mercato europeo, se prodotto conformemente alla legislazione di uno Stato membro: la nascita del principio del *mutuo riconoscimento*. Se da quel momento in poi, dunque, il principio generale diveniva quello del *mutuo riconoscimento*, la Corte riconobbe allo stesso tempo che questo dispiegamento così ampio della libera circolazione delle merci poteva subire delle limitazioni, sulla base di quelle che vennero definite esigenze imperative (cd. *mandatory requirements*) come: la protezione dell'ambiente⁴³⁴, tutela dei consumatori⁴³⁵, obiettivi culturali⁴³⁶, ecc. Queste esigenze imperative, che, ad ogni modo, venivano ricondotte a motivi di interesse pubblico, erano individuate in via giurisprudenziale dalla Corte di giustizia e si differenziavano dalle deroghe alla libera circolazione previste normativamente dai Trattati all'art. 36 TFUE. La nuova *regola* quindi imposta da questa giurisprudenza – da quel momento in poi – era che, anche in assenza di armonizzazione, ogni merce prodotta conformemente alla legislazione dello Stato di origine poteva liberamente circolare nel territorio europeo e che la possibilità di limitare la libera circolazione si poneva come *eccezione*⁴³⁷, che doveva essere sempre giustificata dallo Stato membro e che era sottoposta ad uno stretto controllo di proporzionalità da parte della Corte di giustizia;

⁴³⁴ Corte giust., C-302/86, 31 gennaio 2002, *Commissione vs. Danimarca*.

⁴³⁵ Oltre allo stesso caso *Cassis de Dijon*, Corte giust., C-313/94, 26 novembre 1996, *Graffione*.

⁴³⁶ Corte giust., cause riunite C-60/84 e 61/84, 11 luglio 1985, *Cinéthèque*.

⁴³⁷ Mentre infatti con questa nuova interpretazione dell'art. 36 TFUE si allarga infinitamente il potenziale ambito di applicazione della formula «misura di effetto equivalente», nell'interpretazione della Corte l'eccezione – ovvero le esigenze imperative e le deroghe ex art. 36 TFUE – alla regola si pone come limite estrinseco e in termini tassativi e restrittivi.

garantendo così un alto grado di liberalizzazione del Mercato unico e un forte contrasto ad uno spirito protezionistico presente in molte legislazioni nazionali.

Con i due principi *Cassis de Dijon* e *Dassonville* si registra, dunque, una vera e propria rivoluzione copernicana: anche in assenza di armonizzazione sovranazionale, la realizzazione del Mercato unico si realizza attraverso un progetto di *integrazione negativa* che incentiva una competizione regolativa tra le diverse legislazioni nazionali verso il basso e che persegue un fine di deregolazione del mercato, rivolto in maniera squilibrata all'aumento della mole di scambio intracomunitario e ad una piena accondiscendenza verso gli interessi degli operatori economici. È facile capire, dunque, come ad un certo punto di questa evoluzione la Corte abbia dovuto limitare gli effetti di questa giurisprudenza: questione che verrà affrontata con la famosa sentenza *Keck*⁴³⁸. Con questa pronuncia, si cerca di porre, infatti, un freno alla possibile svolta deregolativa e eccessivamente intrusiva sulla legislazione nazionale, giustificando questo *revirement* giurisprudenziale proprio con la seguente motivazione: «considerato che gli operatori economici invocano sempre più frequentemente l'art. 30 del Trattato al fine di contestare qualsiasi normativa che, pur non riguardando i prodotti provenienti dagli altri Stati membri, produca l'effetto di limitare la loro libertà commerciale, la Corte reputa necessario riesaminare e precisare la propria giurisprudenza in materia». I motivi adottati dalla Corte, pertanto, appaiono legati alla necessità di effettuare un ridimensionamento della portata dell'attuale art. 36 TFUE e i suoi potenziali effetti destabilizzanti alla ricerca di un maggiore equilibrio tra Mercato unico, interessi degli operatori economici e legislatori nazionali. La restrizione dell'applicazione della formula *Dassonville* è la seguente: «peraltro, si deve ritenere, contrariamente a quanto sin ora statuito, che non può costituire ostacolo diretto e indiretto, in atto e in potenza, agli scambi commerciali tra gli Stati membri ai sensi della giurisprudenza *Dassonville*, [...] l'assoggettamento di prodotti provenienti da altri Stati membri a disposizioni nazionali che limitino o vietino talune *modalità di vendita*, sempreché tali disposizioni valgano nei confronti di tutti gli operatori interessati che svolgano la propria attività sul territorio nazionale e sempreché incidano in egual misura, tanto sotto il profilo giuridico quanto sotto quello sostanziale, tanto sullo smercio dei prodotti sia nazionali sia provenienti da altri Stati membri». La soluzione proposta dalla Corte di giustizia in questo caso è, dunque, una separazione: le norme che riguardano dunque le caratteristiche tecniche dei prodotti sono sempre rientranti all'interno della giurisprudenza *Dassonville*, mentre sono al di fuori del perimetro dell'art 36 TFUE quelle relative alle modalità di vendita.

In realtà, però, mentre questa innovazione giurisprudenziale sembrava porre un confine alla larghissima applicazione in maniera trasversale della libera circolazione, molti casi (successivi a *Keck*) nonostante apparentemente non riguardanti le caratteristiche del prodotto, vengono fatti rientrare in questa tipologia e quindi sotto lo scrutinio dell'art. 34 TFUE⁴³⁹. Oppure, in altri casi – seppur qualificate come modalità di vendita – i giudici lussemburghesi considerano che queste hanno effetti ineguali rispetto al principio del *market access* tra produttori nazionali e quelli di altri Stati membri (elevato così a vero *discrimen*) e

⁴³⁸ Corte giust., cause riunite C-267/91 e C-268/91, 24 novembre 1993, *Keck e Mithouard*.

⁴³⁹ Corte giust., C-244/06, 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien*, Corte giust., C-470/93, 7 luglio 2005, *Mars* e Corte giust., C-368/95, 26 giugno 1997, *Familiapress*.

pertanto, vengono fatti rientrare sotto lo scrutinio della misure di effetto equivalente⁴⁴⁰. Questa innovazione di approccio, che ancora rimane di una certa importanza nella giurisprudenza della Corte di giustizia, ha comportato – come si poteva immaginare – molte critiche dottrinarie⁴⁴¹ sulla tenuta del nuovo *test* restrittivo per il suo formalismo eccessivo e per la sua incapacità di rispondere alle rimostranze degli Stati membri, preoccupati che l'art. 34 TFUE diventasse un'arma per intervenire in maniera sempre più incisiva sulle varie politiche socio-economiche portate avanti nei contesti nazionali, come dimostrano i cd. *Sunday Trade Cases*⁴⁴². A questo si accompagnano analisi da parte della dottrina che segnalano un superamento seppur parziale di *Keck*⁴⁴³, verso una maggiore concentrazione sul *test* di proporzionalità⁴⁴⁴, attraverso un sindacato sugli obiettivi e i mezzi perseguiti dalla misura nazionale “protezionistica” rispetto al principio del *market access*.

Questa rassegna giurisprudenziale basta per comprendere, dunque, uno dei tratti che è stato considerato alla base del progetto di integrazione economica, portato avanti dalla giurisprudenza pilota della Corte di giustizia: la «constitutionalisation of economic liberties»⁴⁴⁵. Questo è stato possibile perché l'integrazione negativa ha permesso di dare – tramite l'effetto diretto e il primato del diritto sovranazionale – un contenuto costituzionale al diritto primario sulla libera circolazione delle merci, che così ha potuto trasformarsi in uno strumento a favore degli operatori economici (veri e proprio *legal vigilante*) per contestare le norme nazionali, di ogni grado, che promuovevano altri e diversificati interessi costituzionali. Con l'aggiunta che questa giurisprudenza sulla libera circolazione delle merci ha rappresentato la cartina di tornasole anche per le altre libertà economiche che si sono costruite proprio sulla falsariga di questa: creando quella che è stata definita in dottrina un'unica *libertà economica di accesso al mercato*⁴⁴⁶ che entra, pertanto, sempre più strutturalmente in contrasto con tutte quelle norme afferenti al governo della *questione sociale*, parte integrante di quel modello di costituzionalismo democratico presente all'interno degli Stati membri. Manifestazioni rilevanti, infatti, di questa tensione verranno presentati più avanti in questo capitolo, come, ad esempio in relazione al conflitto delle libertà economiche con norme

⁴⁴⁰ Mentre in una prima fase successiva a *Keck*, la Corte di giustizia evitava di esercitare un controllo sugli «unequal effect of selling arrangements», negli ultimi tempi in sindacato si è fatto più pervasivo, come sostenuto in, D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, 729. Ad esempio, Corte giust., C-405/98, 8 marzo 2001, *Gourmet International Product AB*, Corte giust., C-108/09, 2 dicembre 2010, *Ker-Optika*.

⁴⁴¹ Vedasi S. WEATHERILL, *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarifications*, in *Common Market Law Review*, vol. 33, n. 5, 1996, 885 e ss., o il già citato studio di Maduro, M. P. MADURO, *We the Court.*, *op.cit.*, 81 e ss. e la sua opinione come Avvocato generale in Corte giust., cause riunite C-158/04 e C159/04, 14 dicembre 2006, *Alfa Vita Vassilopoulos and CarrefourMarinopoulos v Elliniko Dimosio and Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*.

⁴⁴² Corte giust., C-145/88, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council*, Corte giust., C-169/91, 16 dicembre 1992, *Stoke-on-Trent and Norwich City Council*, Corte giust., C-312/89, 18 febbraio 1991, *Conforama*, Corte giust., 332/89, 28 febbraio 1991, *Marchandise*.

⁴⁴³ K. P. PURNHAGEN, *Keck is Dead, Long Live Keck? – How the CJEU Tries to Avoid a Sunday Trading Saga 2.0*, in *Wageningen Working Papers in Law and Governance*, n. 1, 2018.

⁴⁴⁴ Dell'importanza del principio di proporzionalità in questa giurisprudenza della Corte, desume un «pluralist character of the free movements of goods», C. KAUPA, *The Pluralist Character of The European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2016, 174.

⁴⁴⁵ F. W. SCHARPF, *De-constitutionalisation of European Law*, *op.cit.*, 290.

⁴⁴⁶ C. BARNARD, S. DEAKIN, *Market Access and Regulatory Competition*, in C. BARNARD, J. SCOTT (a cura di), *The Law of the European Single Market. Unpacking the Premises*, Oxford and Portland, 2002, 197.

portatrici di interessi collettivi o, più generalmente, di protezione sociale (paragrafo 6) o al contrasto con i diritti di pressione democratica (paragrafo 7).

Alla costituzionalizzazione delle libertà economiche va, poi, accompagnato un secondo punto di riflessione sulla scelta del modello di integrazione economica. Risulta evidente dall'analisi giurisprudenziale che la scelta per la realizzazione dell'*Internal Market* sia stata quella di un modello altamente deregolativo – che poneva al centro l'operatore economico e le sue esigenze produttive⁴⁴⁷ – improntato al *laissez-faire* del mercato: modello, infatti, che trova realizzazione del principio del mutuo riconoscimento. Mutuo riconoscimento, tra l'altro, che da strumento giurisdizionale per il superamento dell'impasse politico-istituzionale dovuto al blocco politico degli anni '70 legato alla regola dell'unanimità, diventa vero e proprio modello di *governance*⁴⁴⁸ e di regolazione, che arriva a influenzare la stessa strategia della Commissione per il completamento del Mercato unico⁴⁴⁹. Un modello, pertanto, che comporta una concorrenza regolativa tra i vari Stati membri al ribasso, che nutre una forte diffidenza verso la norma giuridica che limita il pieno funzionamento del mercato (costruita non a caso come *eccezione* e con l'onere addossato sullo Stato membro, in un'ottica ribaltata rispetto agli assi del costituzionalismo democratico) e che trasforma in affare giudiziario, quello che altrimenti sarebbe stato un complesso e intricato processo politico di integrazione tra i vari Stati membri – e i loro differenziati sistemi costituzionali – e le istituzioni sovranazionali. Se dunque, da una parte il primato e l'effetto rappresentano l'armamentario giuridico della Corte di giustizia, la giurisprudenza sulle libertà economiche ci indica una parte di quel modello di costituzione economica che ha assunto il diritto sovranazionale. Determinati questi due assi del diritto sovranazionale, ora incominceremo a occuparci di alcuni aspetti più interconnessi tra i due sistemi, attraverso cui ben vengono in evidenza le differenti risposte date a scelte esiziali per le loro *ragioni ordinamentali*.

4. La diversa conformazione del principio di legalità: la legalità-fondamento e la legalità-garanzia

Una prima angolazione visuale da cui si evidenziano le prime differenze tra diritto sovranazionale e costituzionalismo democratico è la diversa conformazione del principio di legalità. Da questa prospettiva, infatti, vengono ben alla luce alcune diversità tra i due

⁴⁴⁷ Significativo un caso come Corte giust., C-55/94, 30 novembre 1995, *Gebhard*, in cui i giudici lussemburghesi parlano – ribaltando del tutto l'equilibrio sottostante nei sistemi nazionali tra libertà individuale e intervento pubblicistico – di «provvedimenti nazionali che *possono ostacolare o scoraggiare* (il corsivo è mio) l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato», aggiungendo la loro sottoposizione per superare lo scrutinio giudiziale alle quattro condizioni note: «essi devono applicarsi in modo non discriminatorio (1), essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico (2), essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito (3) e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (4)».

⁴⁴⁸ S. K. SCHMIDT, *Mutual Recognition as a New Form of Governance*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 14, n. 5, 2007, 667 e ss.

⁴⁴⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sul completamento del mercato unico*, COM (85) 310 che segnò il passaggio verso un nuovo approccio, in cui il principio guida era il *mutuo riconoscimento* delle norme nazionali e una limitazione dell'armonizzazione positiva ai requisiti essenziali per la circolazione delle merci (non più quindi onerosa e dettagliata), necessaria quando le norme nazionali creano restrizioni e non possono essere considerate equivalenti.

ordinamenti, perché come è facilmente intuibile una diversa costruzione del principio di legalità rappresenta, a monte, quello che, a valle, è una differente struttura istituzionale tra i due sistemi. Allargare la prospettiva di indagine, però, sul discorso sulla produzione normativa e quindi sulle fonti, ci porterebbe molto lontano rispetto agli obiettivi prefissati⁴⁵⁰. Basti soltanto in questa sede tenere a mente che il discorso sulle fonti e sulla costruzione del principio di legalità non può essere considerato un mero esercizio astratto, ma tutt'al contrario indica un'importante cartina di tornasole perché è fonte del diritto «ogni atto che esprime formalmente processi di integrazione politica»⁴⁵¹ e che dunque il principio di legalità – come *medium* di costruzione del diritto in un dato ordinamento e della sua conformità a questo – rappresenta specularmente un «processo di integrazione generale» e «politico»⁴⁵² che sta dietro la produzione normativa. Pertanto, e in relazione all'evoluzione politica degli ordinamenti, il principio di legalità nel costituzionalismo occidentale non è sempre stato uguale a sé stesso ma ha subito costanti trasformazioni, accompagnando l'evoluzione dello Stato moderno dallo Stato assoluto, a quello liberale fino ad arrivare all'attuale forma di Stato sociale e costituzionale⁴⁵³. Nonostante le varie modificazioni, questo non impedisce di individuare nel costituzionalismo occidentale due macro-concezioni del principio di legalità: una prima nel senso di *legalità-fondamento*, che si interessa della questione di “chi” produce l'atto e della matrice democratica della produzione e della selezione del precetto giuridico, e una seconda nella connotazione di *legalità-garanzia*, più rivolta alla dimensione del “come” si effettua il controllo di conformità e più concentrata sul versante giurisdizionale di sindacabilità dell'atto normativo e sulla protezione dei diritti fondamentali. La *legalità-fondamento* è un tratto tipico infatti degli ordinamenti continentali di *civil law*, che costruiscono il principio di legalità e la concezione della “legge” sui due elementi della democrazia rappresentativa (legata alla centralità del Parlamento come detentore principale del potere legislativo) e sulla volontà popolare come fonte di legittimazione per la produzione della norma o – per come è stata definito altrimenti – del «principio democratico dell'*auto-legislazione*»⁴⁵⁴; mentre appartiene più agli ordinamenti di *common law* un'idea della legalità intesa come *Rule of Law*: garanzia, dunque, dalla protezione del potere arbitrario dello Stato sulla vita degli individui, che trova un *oggetto* nell'inviolabilità dei diritti fondamentali e un *soggetto* nel controllo del giudice. Se queste due matrici del principio di legalità – sia *fondamento* che *garanzia* – sono ben presenti nel costituzionalismo democratico, il diritto sovranazionale si è costruito su una forte concentrazione sulla *legalità-garanzia*, mancando,

⁴⁵⁰ Citando solo alcuni tra i classici, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 1984, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Mulino, Bologna, 1996, F. MODUGNO, *Fonti del diritto. I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, volume XIV, Giuffré, Milano, 1988, 561 e ss.

⁴⁵¹ G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1990, 13 e ss.

⁴⁵² A. MORRONE, *Fonti normative*, Mulino, Bologna, 2018, 36.

⁴⁵³ Per un'evoluzione storica del principio di legalità, G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Giuffré, Milano, 1962.

⁴⁵⁴ G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997, 40.

però, dell'ulteriore matrice della *legalità-fondamento*, quantomeno se intendiamo questo nella sua accezione più ristretta di produzione democratica della norma⁴⁵⁵.

Un primo angolo visuale da cui si denota questa sostanziale differenza tra legalità statale e la legalità sovranazionale è connessa alla diversa costruzione istituzionale dei due ordinamenti, che ha dei riflessi sul sistema delle fonti. Gli ordinamenti giuridici nazionali sono ordinamenti *a fini generali* che adottano – con alcune leggere variabili⁴⁵⁶ nel panorama comparato – il modello della democrazia rappresentativa. Questo significa che, in potenza, ogni aspetto della vita delle comunità politiche nazionali può essere soggetto a una normazione statale, sempre secondo i dettami delle diverse Costituzioni (e nei limiti da loro posti) e che in aggiunta è risolto a monte il problema dell'identificazione del titolare del potere legislativo, in mano ai Parlamenti nazionali. La conseguenza sul sistema delle fonti di questa architettura istituzionale ha come contraltare – ad esempio nel modello italiano – la presenza di un istituto come la riserva di legge che può essere di diversi tipi (assoluta, relativa, semplice, rinforzata), che ha come proprio fine quello di delimitare il campo normativo di intervento della “legge” e il suo rapporto con gli altri atti secondari (ad es. regolamenti governativi, ministeriali, ecc.)⁴⁵⁷ e che determina – secondo ancora la maggioranza delle dottrine – un rapporto gerarchico tra la “legge” e gli altri atti normativi, quantomeno inteso come nell'accezione di «“riserva di livello” normativo»⁴⁵⁸. Questo perché l'istituto della riserva di legge nel costituzionalismo democratico è stato costruito sulla centralità dell'intervento del legislatore non in senso formalistico (come poteva essere nello Stato liberale) ma piuttosto in senso sostanziale, attraverso cui il principio di rappresentanza politica riusciva bene a intrecciarsi con l'istituto della riserva di legge, che per l'appunto si caratterizza per la doppia matrice garantista e – soprattutto per quel che qui interessa rilevare – democratica⁴⁵⁹. Il nesso, dunque, tra principio di legalità e principio democratico-rappresentativo (della sovranità popolare) non è un qualcosa di logicamente necessario ma

⁴⁵⁵ Evidenzia il problema della legittimità democratica deficitaria nel principio di legalità sovranazionale nella forma dell'«authority without authorization», A. SOMEK, *Is Legality a Principle of EU Law?*, in S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, *General Principles of EU Law. European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 57 e ss.

⁴⁵⁶ Come, ad esempio, il modello costituzionale francese che prevede una compresenza di democrazia rappresentativa e di democrazia diretta, come riconosciuto all'art. 3 della Costituzione del 1958: «La sovranità nazionale appartiene al popolo che la esercita per mezzo dei suoi rappresentanti e mediante referendum».

⁴⁵⁷ Sulla matrice non unitaria dell'istituto della riserva di legge e sulla sua non riconducibilità alla “legge in senso formale”, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1991, 344.

⁴⁵⁸ F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento I*, Giuffrè, Milano, 1997, 575, che è stato il motivo per cui la Corte costituzionale è giunta a riconoscere l'equiparabilità, ai fini dell'assolvimento della riserva di legge, tra legge formale del Parlamento e gli atti aventi forza di legge del Governo.

⁴⁵⁹ Per un dibattito sull'evoluzione del principio di legalità in cui Orsi Battaglini sostiene una posizione più aderente al lavoro secondo cui la costruzione del principio di legalità non può prescindere dal suo collegamento con un modello centrato sulla sovranità popolare e sulla democrazia rappresentativa, mentre Cassese sostiene il “superamento” di quella concezione del principio di legalità, più rivolta ai giudici come portatori di “equità” e “giustizia”, A. ORSI BATTAGLINI, *In limine*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 1995, p. I e ss., S. CASSESE, *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1995, 789 e ss., A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo (Discutendo con Sabino Cassese)*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 1995, 639 e ss.

«il nesso esiste, ed è fortissimo, ma è un nesso storico»⁴⁶⁰ nelle Costituzioni nazionali e, questo, è un tassello importante per la costruzione dell'intero ordinamento.

Nesso assente però, al contrario, nel diritto sovranazionale. Il motivo è legato all'architettura istituzionale del diritto sovranazionale che è un ordinamento *sui generis* e che si basa sul principio di attribuzione⁴⁶¹ delle competenze e che comporta come diretta conseguenza, pertanto, che ogniqualvolta si voglia adottare un atto normativo bisogna ricercare la cd. *base giuridica*. La base giuridica rappresenta – vista da questa prospettiva – l'altra faccia del principio di attribuzione, perché è da qui che si ricava il fondamento del potere del diritto sovranazionale e la sua «titolarità»⁴⁶² ad intervenire in una determinata materia⁴⁶³. È nella base giuridica, dunque, che si rinviene la fonte o il concorso di fonti che devono intervenire per l'esercizio di quella determinata competenza e la stessa categoria degli «atti legislativi» – presente nell'art. 289 TFUE – non ha nulla di assimilabile alla legge nel costituzionalismo democratico⁴⁶⁴, intesa nella sua accezione di una deliberazione proveniente dal Parlamento. Viene meno, pertanto, nel diritto sovranazionale per caratteristiche proprie dell'ordinamento quel nesso storico tra principio di legalità e principio democratico-rappresentativo, radicato in maniera stabile negli Stati nazionali europei.

Come confermato da un recente studio, infatti, un atto è legislativo nel diritto sovranazionale «ogni volta che la disposizione dei Trattati rilevante per il caso di specie preveda, per l'adozione di un atto, che si segua una delle procedure legislative (ordinaria o speciale, spesso neanche troppo dissimili nella configurazione reciproca del ruolo delle istituzioni coinvolte)» e che, in aggiunta dalla qualificazione dell'atto come legislativo «non può di per sé derivarsi la sua posizione gerarchica in relazione ad atti di diversa natura, semplicemente perché l'intero insieme di fonti del diritto derivato risulta priva di una strutturazione anche lontanamente piramidale (o, almeno, di una unica strutturazione piramidale) che riconduca a sistema, ordinandoli gerarchicamente, i singoli atti [...]»⁴⁶⁵. Non c'è gerarchia, dunque, nel diritto sovranazionale e anche un atto qualificato come non legislativo può ben sospendere parti di un regolamento, *alias* un atto legislativo; quello che conta è, insomma, la base giuridica o le basi giuridiche coinvolte per l'intervento in uno

⁴⁶⁰ M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2008, 5.

⁴⁶¹ Come stabilito dagli artt. 4 («In conformità dell'articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri») e 5 TUE che afferma nel suo comma 1 e 2 «1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. 2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

⁴⁶² B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino, 2013, 26.

⁴⁶³ Per alcuni esempi di casi in cui si tratta la questione della base giuridica e che hanno portato all'annullamento degli atti adottati dalle istituzioni europee perché *ultra vires*, Corte giust., cause riunite C-317/04 e C-318/04, 30 maggio 2006, *Parlamento v. Consiglio (PNR)*, Corte giust., C-376/98, 5 ottobre 2000, *Repubblica Federale di Germania v. Consiglio (Tobacco advertsing)*.

⁴⁶⁴ B. MATHIEU, *La loi*, Dalloz, Paris, 1996, 10.

⁴⁶⁵ G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2019, 17 e ss.

specifico settore, che determinano il rapporto tra atti fonte⁴⁶⁶. Questo dato ci fa comprendere come, seppur la co-decisione⁴⁶⁷ tra Parlamento europeo e Consiglio sia diventata da Maastricht in poi il principale procedimento di legislazione nel diritto sovranazionale⁴⁶⁸ (nonostante resti esclusa per importanti ambiti come la politica estera e di sicurezza e il coordinamento delle politiche economiche e dell'Unione e degli Stati membri)⁴⁶⁹, la verticalizzazione sul principio di attribuzione e la centralità della base normativa rimangono intatti. L'importanza del principio di attribuzione si spiega, dunque, per una caratteristica genetica del diritto sovranazionale, che non ha adottato un modello di democrazia rappresentativa, in cui è chiara la preminenza del Parlamento e che è alla base delle numerose critiche mosse al diritto sovranazionale da numerosi studiosi vertenti sul suo *deficit democratico*⁴⁷⁰. Se da questa prospettiva, il *deficit democratico* impatta sulla sistemazione dell'assetto delle fonti, è possibile soffermarci, però, anche su un'ulteriore implicazione sui rapporti tra istituzioni, con importanti riflessi sulla concezione del principio di legalità: la presenza nel diritto sovranazionale del principio dell'*equilibrio dei poteri*⁴⁷¹.

Nel diritto sovranazionale proprio la mancanza di una scelta, a monte, su una corrispettività tra funzioni/poteri e gli organi a cui spetta esercitarli e – per quel che ci interessa principalmente in questo contesto – l'assenza del monopolio legislativo del Parlamento e l'importanza centrale assunta dal principio di attribuzione e dalla base normativa, fa sì che non si possa parlare propriamente in Unione europea della presenza del principio della separazione dei poteri⁴⁷², ma piuttosto più precisamente di un equilibrio tra poteri. Si parla di equilibrio tra poteri (che trova il suo fondamento giurisprudenziale in *Meroni*⁴⁷³) e non di separazione – come nel costituzionalismo democratico – perché non esiste nel diritto sovranazionale una versione del rapporto tra poteri secondo cui «a ciascuna istituzione corrisponde una funzione esercitata da quella in completa indipendenza»⁴⁷⁴; con una prevalenza dunque di una concezione funzionalista (dalla funzione si ricostruisce

⁴⁶⁶ Corte giust., cause riunite C-643/15 e C-647/15, 6 settembre 2017, *Repubblica Slovacca e Ungheria v. Commissione*.

⁴⁶⁷ Come previsto dagli artt. 14 e 15 TUE e regolato dagli artt. 289 e 294 TFUE.

⁴⁶⁸ N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Luiss University Press, 2019; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014, 189 e ss.

⁴⁶⁹ Sul ruolo marginale giocato dal Parlamento europeo durante la creazione degli strumenti giuridico-economici per affrontare la crisi dei debiti sovrani, C. FASONE, *European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 2, 2014, 164 e ss.

⁴⁷⁰ Vedi in particolare paragrafo 4 del capitolo 1.

⁴⁷¹ Art. 13 TUE, in particolare al comma 2: «Ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste. Le istituzioni attuano tra loro una leale cooperazione». Al principio dell'equilibrio istituzionale sono strettamente connessi, dunque, anche quello della *leale collaborazione* e dell'*autonomia* degli organi dell'Unione.

⁴⁷² Principio cardine dell'ordinamento italiano, che solo a titolo di esempio, ha trovato una manifestazione nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di abuso della decretazione di urgenza, Corte cost. sent. n. 360 del 1996, Corte cost. sent. n. 171 del 2007.

⁴⁷³ Corte giust., C-9/56, 13 giugno 1958, *Meroni*, Corte giust., C-139/79, 29 ottobre 1980, *Roquette et Maïzena*, Corte giust., C-282/90, 13 marzo 1992, *Vreugdenhil v. Commissione*.

⁴⁷⁴ J. P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2018, 250. Ad esempio, il potere legislativo è esercitato dal Parlamento e dal Consiglio con la partecipazione della Commissione che è il principale titolare dell'iniziativa legislativa (prerogativa di cui non dispongono i singoli parlamentari), il potere esecutivo è esercitato – variando molto secondo le circostanze – dagli Stati membri, ma può anche essere delegato alla Commissione e al Consiglio, mentre infine solo il potere giudiziario è affidato in via esclusiva alla Corte di giustizia.

l'intervento delle varie istituzioni coinvolte *ex post*) e non organica (dall'organo si determinano *a priori* le funzioni)⁴⁷⁵. L'equilibrio tra poteri, dunque, rappresenta un macro-principio che fotografa sul risvolto istituzionale quello che sul piano delle fonti è la base normativa⁴⁷⁶, ovvero il titolo di legittimazione (determinante anche la procedura e quindi le funzioni affidate alla diverse istituzioni) del potere di esercizio del diritto sovranazionale: un principio fondamentale a tutela sia dell'architettura istituzionale, sia degli operatori economici e i singoli⁴⁷⁷. Una ricostruzione che avvalorava sempre più la tesi secondo cui la legalità sovranazionale ritrova una sua importante matrice nel trittico, principio di attribuzione-base normativa-principio di equilibrio dei poteri, tenuti insieme da una costruzione del principio di legalità tutta in chiave di limitazione dell'esercizio arbitrario dei poteri pubblici (*legalità-garanzia*)⁴⁷⁸ e non di produzione democratica della norma (in quella specifica accezione che si è voluto dare in questa sede alla *legalità-fondamento*).

Una seconda angolazione da cui risulta l'assenza della *legalità-fondamento* nel diritto sovranazionale, tutto costruito al contrario sulla *legalità-garanzia*, è visibile in caso di costruzione di principio di legalità in materia penale. Da questo punto di vista, si possono evidenziare due fenomeni non necessariamente connessi nella legalità sovranazionale: una sempre maggiore convergenza sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in *materia penale* e di *ne bis in idem* e una costruzione del precetto penale, che valorizza in misura maggiore l'attività interpretativa del giudice e detronizza la fonte scritta *par excellence* – ovvero la legge – come cardine della penalizzazione di determinate condotte⁴⁷⁹. Sono temi complessi, che certo necessiterebbero di più ampie riflessioni visto il sempre più alto grado di ibridismo presente tra sistemi, ma quello che interessa sottolineare in questa sede è una tendenza secondo cui, mentre nel costituzionalismo democratico e soprattutto negli ordinamenti di *civil law*, mai è stata messa in discussione la centralità della legge e del Parlamento come luogo di selezione e bilanciamento delle scelte di politica criminale, a cui la Corte costituzionale ha costantemente riconosciuto un'alta discrezionalità (seppur nei limiti della disciplina costituzionale discendente dagli artt. 13, 25 e 27 Cost.⁴⁸⁰), nel diritto sovranazionale si ha, al contrario, una maggiore concentrazione sul versante della sola *garanzia*, che porta con sé una teorica eccessivamente individualista dei diritti

⁴⁷⁵ J. LENAERTS, *Some Reflection on the Separation of Power in the European Community*, in *Common Market Law Review*, vol. 28, n. 1, 1991, pp. 11 e ss.

⁴⁷⁶ Sull'importanza dell'utilizzo della corretta base normativa, Corte giust., C-275/87, 2 febbraio 1989, *Commissione v. Consiglio*, Corte giust., C-62/88, 29 marzo 1990, *Grecia v. Consiglio*.

⁴⁷⁷ «[...] tale disposizione permette di ravvisare nell'equilibrio dei poteri che caratterizza la struttura della Comunità, una garanzia fondamentale che il Trattato prevede, in specie per le *imprese ed associazioni* cui esso si applica», Corte giust., C-9/56, 13 giugno 1958, *Meroni*.

⁴⁷⁸ B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale, op.cit.*, 56 parla di «un principio di equilibrio istituzionale, il quale, nel tentativo di ricostruzione sistematica della “legalità sovranazionale”, rappresenta, insieme al principio di attribuzione delle competenze, una manifestazione del principio di legalità dell'ordinamento europeo, esplicando in particolar modo la funzione di *limite* al potere pubblico associata al principio stesso».

⁴⁷⁹ Diretta conseguenza di due fenomeni: la mancanza all'interno del diritto sovranazionale di una concezione della legge come “atto politico” e l'osmosi che sempre più spesso in materia penale si registra in UE con il diritto convenzionale, di cui un ultimo esempio, Corte giust., C-481/19, 2 febbraio 2021, *DB c. CONSOB*.

⁴⁸⁰ Su una teoria costituzionale del reato che prenda in carico gli effetti sistemici delle scelte di politica criminale e che cerchi contemporaneamente un fondamento e un limite del potere punitivo nella Costituzione, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto*, XIX, Utet, 1973, 7 e ss.

fondamentali⁴⁸¹, con tratti neo giusnaturalistici⁴⁸². Per essere più chiari, nel costituzionalismo democratico il principio di legalità e, in particolare, la sua applicazione in materia di diritto penale presuppone una centralità dell'organo legislativo, a cui è demandato il compito – su cui non a caso è prevista una riserva assoluta di legge – di selezionare i comportamenti penalmente rilevanti. Questo altro non è che espressione della *legalità-fondamento*: solo il Parlamento in quanto massimo organo della democrazia rappresentativa, è legittimato ad operare questa scelta, in cui si manifesta la più delicata selezione degli interessi conflittuali di una società e che è espressione di quel principio democratico dell'*auto-legislazione*. Nel diritto sovranazionale, invece, mancando totalmente per questioni ordinamentali un organo corrispondente ai Parlamenti delle democrazie costituzionali, il principio di legalità in materia penale si costruisce per lo più in chiave giurisprudenziale sulla dimensione della *garanzia*.

Un primo esempio lo si ritrova sulla definizione della *materia penale* e sul *ne bis in idem* data dalla Corte di giustizia nelle pronunce *GS-Menci*⁴⁸³, *Puma*⁴⁸⁴ e *Garlsson*⁴⁸⁵ e da, ultimo, *DB c. CONSOB*⁴⁸⁶ che molto si avvicina alla giurisprudenza⁴⁸⁷ della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁸⁸. In questo caso, una lettura così ampia della nozione della *materia penale* – a cui coincide dunque un allargamento delle guarentigie processuali e sostanziali di cui non godrebbero in ordinamenti nazionali come quello italiano – e un'interpretazione così larga dell'art. 50 della CDFUE (*ne bis in idem*) in questioni tra l'altro tutte riguardanti delitti di *abuso di informazioni privilegiate e manipolazioni del mercato*, rischiano di sbilanciare una tutela tutta rivolta alla garanzie dell'individuo (e come mai in questa casistica non si può non sottolineare la natura economica del soggetto che se ne avvantaggia) e molto poco al bilanciamento con l'interesse pubblico, a suo volta possibile custode di altri interessi (nascosti) di rilievo costituzionale (di natura collettiva o sociale). Bisogna sempre ricordare, infatti, che la logica dei diritti è «a somma zero»⁴⁸⁹ e che riconoscere un diritto fondamentale a qualcuno significa, inevitabilmente, postergare un altro diritto e/o dimezzare la tutela di un interesse pubblico che persegue determinati fini a favore della collettività (es. fini redistributivi, ecc.).

⁴⁸¹ In un senso aderente al testo, R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti fondamentali*, op.cit., passim.

⁴⁸² È la tesi di P. COSTA, *I diritti fondamentali (storia)*, op.cit., 410.

⁴⁸³ Corte giust., C-524/15, 20 marzo 2018, *Menci*.

⁴⁸⁴ Corte giust., cause riunite C-596/16 e C-569/16, 20 marzo 2018, *Puma e Zecca v. CONSOB*.

⁴⁸⁵ Corte giust., C-537/16, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate v. CONSOB*.

⁴⁸⁶ Corte giust., C-481/19, 2 febbraio 2021, *DB c. CONSOB*.

⁴⁸⁷ Per quanto riguarda la definizione di *materia penale*, i capisaldi della giurisprudenza di Strasburgo sono Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel v. Paesi Bassi* e Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*. Sempre sullo stesso filone e più in particolare sulla natura penale della confisca urbanistica, Corte EDU, 30 agosto 2007, *Sud Fondi v. Italia*, Corte EDU, 28 ottobre 2013, *Varvara v. Italia* e Corte EDU, 28 giugno 2018, *GC, GIEM v. Italia*. Sulla giurisprudenza in materia di *ne bis in idem*, Corte EDU, 4 marzo 2014, *GC, Grande Stevens v. Italia*, in cui si afferma una visione radicale del divieto di cumulo di processo se la sanzione amministrativa rientra nella materia penale e Corte EDU, 15 novembre 2016, *GC, A. e B. v. Norvegia*, in cui si registra un passo indietro: i due processi possono coesistere se c'è un coordinamento tra procedure e *quantum* sanzionatorio.

⁴⁸⁸ Sulla quasi totale convergenza tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo su questi temi tramite la clausola dell'art 52 CDFUE, vedasi le Conclusioni dell'Avvocato generale Priit Pikamäe in Corte giust., C-481/19, 27 ottobre 2020, *DB v. Consob*, paragrafi 49-61.

⁴⁸⁹ R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti fondamentali*, op.cit., passim.

Se questa tutela eccessiva che il diritto sovranazionale contaminato dal diritto convenzionale⁴⁹⁰ riconosce all'individuo⁴⁹¹ rappresenta un epifenomeno di questo modello di *legalità-garanzia*, un secondo fronte nel principio di legalità in materia penale si gioca sul rapporto tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale. Un caso scuola, da questo punto di vista è il *caso Taricco*⁴⁹². Senza indugiare troppo sulla questione dei *controlimiti* che verrà trattata approfonditamente in seguito⁴⁹³, per quel che interessa qui, uno dei punti di conflitto tra Corte di giustizia e Corte costituzionale si è proprio giocato sulla possibilità che la ri-costruzione del precetto penale sia affidata al giudice. La cd. *regola Taricco* determinata dalla Corte di giustizia nella sentenza *M.A.S.*⁴⁹⁴, infatti, prevedeva la possibilità che fosse il giudice a determinare la sanzionabilità della condotta, attraverso «una “disapplicazione manipolativa” frutto di un procedimento *judge-made*»⁴⁹⁵, provocando, però, a parere della Corte costituzionale un *vulnus* nella determinatezza della fattispecie che non sarebbe stato colmabile nemmeno «grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale»⁴⁹⁶. Secondo Palazzo della Consulta, pertanto, nonostante ogni legge debba essere interpretata, resta fermo che nessuna interpretazione o ricostruzione giurisprudenziale può «surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*, con cui si intende garantire alle persone «la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione». Solo con e nella *lex scripta* si può ricavare «la scelta relativa alla punibilità» e solo attraverso questa si può avere un esito compatibile con il principio di determinatezza in campo penale nel nostro ordinamento. *Lex scripta* in materia penale, dunque, come secondo epifenomeno di una concezione della legalità costituzionale fortemente ancorata alla *legalità-fondamento* e alla democraticità delle scelte di politica criminale – che secondo parte della dottrina è il vero *controlimite*⁴⁹⁷ – ma che nella *lex scripta* vede anche una maggiore *garanzia* rispetto alla determinatezza del precetto⁴⁹⁸. In antitesi, dunque, con la legalità sovranazionale, che anche da questa prospettiva ricostruisce la legalità in termini di esclusiva *garanzia*, di cui custodi sono i giudici e che si dimostra molto più vicina ai regimi di *common law* e alla concezione di *Rule of Law*, o comunque indifferente al ruolo della fonte scritta o giurisprudenziale per l'integrazione del precetto penale.

⁴⁹⁰ Sulla diversa concezione di “legge” nel diritto convenzionale, Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times v. Regno Unito*, Corte EDU, 15 novembre 1996, *Cantoni v. Francia*.

⁴⁹¹ Una tendenza questa, seppur con le dovute differenze con il diritto sovranazionale, che sembra coinvolgere in realtà anche l'ordinamento italiano nell'ultimo periodo, a titolo di esempio il rinvio pregiudiziale pendente davanti alla Corte di giustizia, Corte cost., ord. 117 del 2019.

⁴⁹² Su cui le due sentenze della Corte di giustizia, Corte giust., C-105/14, 8 settembre 2015, *Taricco e a.*, Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S e M.B.* e l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale, Corte cost. ord. 24 del 2017 e la sentenza finale, Corte cost. sent. 115 del 2018.

⁴⁹³ Paragrafo 10 del presente capitolo.

⁴⁹⁴ Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S e M.B.*

⁴⁹⁵ V. MANES, *Taricco, finale di partita*, in C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione e controlimiti alla prova della “Saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018, 414.

⁴⁹⁶ Corte cost. sent. 115 del 2018, paragrafo 12 *considerato in diritto*.

⁴⁹⁷ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 8 e ss., C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2015, 194.

⁴⁹⁸ Sempre in un'ottica *pro riserva di legge* e sul ruolo del legislatore (e non del giudice o dell'autorità amministrativa) che, in ossequio al principio di determinatezza, stabilisce i confini tra lecito e illecito, Corte cost., sent. n. 230 del 2012, Corte cost., sent. n. 49 del 2015, Corte cost., sent. n. 121 del 2018, Corte cost., sent. n. 25 del 2019.

5. La differenza tra principio di non discriminazione e l'eguaglianza sostanziale

Un secondo esempio di grande eterogeneità tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale si manifesta nella concezione del principio di eguaglianza. Che l'eguaglianza possa essere considerato un principio giuridico-politico alla base di ogni ordinamento e che tramite la sistematizzazione di questo principio si possa comprendere molto della *costituzione materiale* sottostante alle dinamiche di quell'ordinamento, sembrano affermazioni che non necessitano di un aggravio di giustificazione. Seguendo questa scia argomentativa, risalendo, dunque, dall'eguaglianza come sentinella di alcuni dati strutturali dell'ordinamento, può essere utile considerare la natura poliedrica del principio che può essere distinto – senza voler approfondire sulla connessione con il principio di proporzionalità⁴⁹⁹ e la ragionevolezza⁵⁰⁰ – in due grandi matrici: l'eguaglianza formale (in cui rientra l'eguaglianza davanti alla legge e il principio di non discriminazione) e l'eguaglianza sostanziale. Due varianti importanti del principio di eguaglianza, che tanto ci dicono rispetto ai fini costituzionali perseguiti da un ordinamento e il suo rapporto con la *società*: la prima con una funzione eminentemente *statica* e di tipica matrice liberale, il cui obiettivo «non è quello di trasformare i rapporti sociali, ma solamente la certezza di mantenere l'ordinamento giuridico, nel senso della prevedibilità e dell'efficacia-validità delle sue prescrizioni da parte (e nei confronti) di tutti i consociati, e nel senso della conservazione dei rapporti di forza esistenti nella comunità politica»⁵⁰¹; la seconda con una portata *dinamica* – di matrice socialista e democratica – con l'obiettivo di trasformare i rapporti sociali, perché caratterizzati strutturalmente da «disparità di fatto»⁵⁰² e materiali, che limitano la piena partecipazione politica allo *status civitatis*. Tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale le differenze sono notevoli, ma il punto dirimente della loro diversa struttura si ritrova nell'elemento della solidarietà: è la solidarietà tra i consociati che permette – in funzione di un determinato progetto di società – di alterare radicalmente gli equilibri esistenti nelle dinamiche sociali sulla base di determinati obiettivi, che comportano necessariamente una redistribuzione di ricchezza ma, anche e soprattutto, di poteri⁵⁰³. La solidarietà è, pertanto, il *discrimen*, il prerequisito per l'espansione delle libertà e delle rivendicazioni sociali e l'eguaglianza sostanziale è possibile, dunque, in un sistema costituzionale in cui esista un certo dato di *politicalità* e un alto grado di consapevolezza nell'appartenenza alla stessa comunità politica. Non a caso le costituzioni occidentali susseguenti al Secondo conflitto mondiale, si sono definite *costituzioni-progetto*: per la loro radicale progettualità di trasformazione delle società europee uscite dalla guerra, in cui questa seconda matrice dell'eguaglianza materiale compare per la prima volta, rappresentando uno dei vettori politici

⁴⁹⁹ M. COHEN-ELIHA, I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, n. 2, 2011, 463 e ss.

⁵⁰⁰ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000.

⁵⁰¹ A. MORRONE, C. CARUSO, Art. 20. *Uguaglianza davanti alla legge*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 388.

⁵⁰² Secondo la formula dell'art 3 comma 2 della Costituzione italiana.

⁵⁰³ Da ultimo sull'alta politicalità dell'eguaglianza e sulla sua connessione con la redistribuzione, L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

su cui giustificare il cambiamento dell'ordine sociale, la riconcettualizzazione del ruolo dello Stato e il suo maggior intervento in economia in chiave redistributiva.

Poste queste brevi premesse, risulta evidente come questo approfondimento, dunque, si rivolga maggiormente all'altro versante del diritto sovranazionale rispetto al mercato unico: la *social policy*. La ragione non è peregrina: la visione dell'eguaglianza adottata da un dato ordinamento conforma le coordinate della *social policy*, la sua implementazione e – per dirla con una formula breve ma efficace – il suo “verso”. Non che il principio di eguaglianza, in particolare se inteso nella sua accezione di principio di non discriminazione, non possa essere studiato da altre angolazioni, come, ad esempio, come criterio di giudizio sulle *policies* comunitarie, oppure come divieto di discriminazione legato alla nazionalità applicato nel campo delle libertà economiche⁵⁰⁴. Quello che ci interessa, però, in questa sede sottolineare è lo sviluppo del principio di eguaglianza nella *social policy* sovranazionale, che da sempre è stata considerata dalla dottrina un *minus* rispetto al Mercato unico e all'espansione delle libertà mercantili; tanto da far arrivare a definire la *social policy* da un importante studioso del diritto sovranazionale come Maduro, «the sick man of the Union's internal policy»⁵⁰⁵. Studiando, infatti, questo versante del diritto sovranazionale, ci si rende subito conto di come quest'ultimo presenti delle importanti differenze con il costituzionalismo democratico, proprio per una motivazione in particolare: una presenza di un apparato normativo e giurisprudenziale molto concentrato sulla *antidiscrimination law*⁵⁰⁶ e poco rivolto alla valorizzazione di interventi redistributivi, che sono alla base delle costituzioni statali europee e che sviluppano proprio quel secondo versante dell'eguaglianza sostanziale. Questo sicuramente trova una delle sue spiegazioni nella mancanza di grandi competenze dell'Unione in materia sociale, ma è anche vero, d'altra parte, che esiste ormai un *acquis* legislativo in questo settore e che un certo attivismo giudiziale della Corte di giustizia su questo fronte continua a giocare un ruolo importante; campo, tuttavia, nel quale si è spesso registrata una tendenza ad un utilizzo della *social law* come semplice correttore di esternalità negative dell'integrazione economica e solo una molto flebile e *light* visione di integrazione sociale. La visione dell'eguaglianza, infatti, che si trova alla base del diritto sovranazionale ha secondo alcuni senza dubbio una matrice liberale⁵⁰⁷, limitandosi esclusivamente a riconoscere l'eguaglianza davanti alla legge e il divieto di non discriminazione, o secondo altri una matrice neoliberale⁵⁰⁸, non mettendo mai in questione il rapporto tra capitale e lavoro e costruendo gli interventi di *social policy* con l'esclusiva finalità di correzione dei *market failures*. Partendo da queste riflessioni, saranno due i temi che proveremo ad approfondire: un primo filone giurisprudenziale che ha portato progressivamente all'espansione del divieto

⁵⁰⁴ Sul versante della valutazione delle *policies* comunitarie, si segnala Corte giust., C-94/00, 22 ottobre 2002, *Roquette Frères* e Corte giust., C-127/07, 16 dicembre 2008, *Société Atlantique et Lorraine*, mentre sul versante libertà economiche, Corte giust., C-36/74, 12 dicembre 1974, *Walrave v. UCI*, e la classica Corte giust., C-120/78, 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

⁵⁰⁵ M. P. MADURO, *Europe's Social Self: "The Sickness Unto Death"*, in J. SHAW (eds.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2000, 325 e ss.

⁵⁰⁶ M. BELL, *Anti-discrimination Law and The European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002 e S. PRECHAL, *Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, in *Common Market Law Review*, vol. 41, n. 2, 2004, 533 e ss.

⁵⁰⁷ Questa è la tesi di A. MORRONE, C. CARUSO, *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, op.cit.

⁵⁰⁸ A. SOMEK, *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

di non discriminazione a qualificarsi come principio generale del diritto comunitario e un secondo che – sempre utilizzando le leve dell'*antidiscrimination law* – si è sviluppato, prima sulla libertà di circolazione delle persone (e dei lavoratori in particolare) e sulla cittadinanza europea poi, portando ad un iniziale allargamento delle prestazioni sociali e ad un albero di «solidarietà transnazionale»⁵⁰⁹, per poi assestarsi in un generale *revirement* post-crisi nel segno di importanti passi indietro.

Per quanto riguarda il primo filone, dobbiamo concentrarci sull'evoluzione del principio di non discriminazione *tout court* come principio generale. L'approccio della Corte di giustizia su questo fronte, come in altri campi, è estremamente casistico, ma quello che si può affermare è che, in materia di principio di non discriminazione – appoggiandosi i giudici sovranazionali su alcune disposizioni del Trattato di Roma, come il divieto alla discriminazione tra uomo e donna in materia retributiva (art. 119 TCE⁵¹⁰, ora art. 157 TFUE) e sulla base della nazionalità (art. 13 TCE, ora art. 19 TFUE) – si è affermata una posizione integrazionista che ha portato alla costruzione dell'eguaglianza come diritto soggettivo⁵¹¹, prima legato alla sola sfera del diritto del lavoro (in particolare in materia di parità salariale tra uomo e donna)⁵¹², per poi arrivare ad emergere come vero e proprio principio generale del diritto sovranazionale⁵¹³. Un allargamento, pertanto, di rilievo del principio di eguaglianza che non si è solo limitato al divieto di non discriminazione tra uomo e donna, ma che ha abbracciato – anche in termini tematici – la lotta alle discriminazioni sulla base dell'età⁵¹⁴, dell'orientamento/identità sessuale⁵¹⁵, degli handicap⁵¹⁶ e di religione⁵¹⁷. Allargamento che non ha solo riguardato un ampliamento delle *policies* coinvolte⁵¹⁸, ma che assunto ancora di più una valenza trasversale, sia per la sua applicazione nel rapporto tra diritto sovranazionale e Stati membri (effetto diretto verticale) sia nei rapporti *inter privatos* (effetto diretto orizzontale) e sia per un utilizzo del concetto di discriminazione in senso largo, includendo nella definizione sia quelle dirette che quelle indirette⁵¹⁹. Non sempre

⁵⁰⁹ Per un importante studio su questo tema, DE WITTE F., *Justice in the EU. The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁵¹⁰ La cui genesi è legata alla paura della Francia – durante l'approvazione del Trattato di Roma – che aveva una legislazione sociale molto avanzata per l'epoca di parità retributiva tra uomo e donna di subire un *dumping* salariale da parte di altre economie nazionali.

⁵¹¹ Corte giust., C-13/94, 30 aprile 1996, *P. e S. v. Cornawall County Council* e i due famosi casi, Corte giust., 43/75, 8 aprile 1976, *Defrenne II*, Corte giust., C-149/77, 15 giugno 1978, *Defrenne III*.

⁵¹² Per un approfondimento del seguito della giurisprudenza sull'*acquis communautaire* e sulle cd. «direttive «forti» che crearono un quadro di armonizzazione del trattamento uomo-donna nel mercato del lavoro, A. O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017, 199-200.

⁵¹³ Tra tutte per il rilievo che ha avuto nel dibattito per l'aggiramento del divieto di effetto di diretto delle direttive di cui non è ancora decorso il termine per l'attuazione (nel caso di specie Direttiva 1999/70/CE e Direttiva 2000/78/CE), Corte giust., C-144/04, 22 novembre 2005, *Mangold*.

⁵¹⁴ Corte giust., C-555/07, 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*.

⁵¹⁵ Corte giust., C-267/06, 1 aprile 2008, *Tadao Maruko*, Corte giust., C-117/01, 7 gennaio 2004, *K.B. v. National Health Service*.

⁵¹⁶ Corte giust., C-303/06, 17 luglio 2008, *Coleman*.

⁵¹⁷ Corte giust., C-157/15, 14 marzo 2017, *Achibita*, su cui si sono alzata le veementi critiche di J. H. H. WEILER, *Je suis Achibita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2018, 1113 e ss.

⁵¹⁸ Per una panoramica generale dell'utilizzo di questo principio oltre le competenze del diritto sovranazionale, L. S. ROSSI, *Framin Framing the Principle of Non-Discrimination on Grounds of Nationality. Art. 18 (1) TFUE in the ECJ case law*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2020, 237 e ss.

⁵¹⁹ F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2010.

risulta chiaro, tuttavia, in questa giurisprudenza se il divieto di non discriminazione trovi la sua portata espansiva nelle norme dei Trattati (in particolare l'art. 19 TFUE), oppure per come iscritto nel diritto derivato⁵²⁰, oppure ancora come principio generale del diritto comunitario a partire da *Mangold*. Questa incertezza applicativa è figlia, infatti, soprattutto dell'approccio fortemente casistico adottato dai giudici lussemburghesi ma quello che si registra nelle ultime tendenze – a partire dall'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – è un significativo spostamento e preferenza della Corte ad utilizzare l'art. 21 della CDFUE⁵²¹. Su questo fronte non si può, dunque, non notare come – con questo filone giurisprudenziale – il diritto sovranazionale in materia di lotta alle discriminazioni abbia effettuato notevoli passi in avanti, in cui il ruolo della Corte di giustizia per la lotta di questa declinazione della *social law* sovranazionale è stato importante. A dir il vero però, per quanto possa apparire avanzata questa giurisprudenza rispetto al passato del diritto sovranazionale (sintomo di una pur qualche vocazione costituzionale), bisogna anche sottolineare che la distanza con l'eguaglianza, per come concepita dal costituzionalismo democratico, rimane importante. Il divieto di non discriminazione, infatti, rimane uno delle possibili concretizzazioni del principio di eguaglianza che nelle sue punte più avanzate in UE – se inteso in senso largo e con un sindacato ampio – può arrivare a “correggere” la focalizzazione esclusiva sull'economico che il diritto sovranazionale ha avuto alle sue origini, ma rimane pur sempre relegato a svolgere una funzione sussidiaria, soprattutto, se inteso come solo strumento giudiziale. Per dirlo con una formula molto efficace utilizzata da Somek, il principio di non discriminazione – e più in generale tutta l'*antidiscrimination law* dell'Unione – è accompagnata da una «normative deficiency»⁵²². Con questa espressione si vuole intendere che, mentre, come si è detto in apertura del paragrafo, l'eguaglianza nel costituzionalismo democratico ha acquisito quella dimensione emancipativa tipica della sua connotazione sostanziale proprio in virtù del principio di solidarietà politica, il principio di non discriminazione in Unione rimane confinato in una strutturale incapacità di svolgere la sua funzione perché «anche se internamente incline verso la *decommodification*, la protezione dalle discriminazioni da sola rimane sostanzialmente inabile a realizzare il suo obiettivo»⁵²³. Il solo principio di non discriminazione – per essere ancora più chiari – per come è stato costruito nel diritto sovranazionale ma, soprattutto per un suo *limen* intrinseco, potrà svolgere al massimo un'esclusiva funzione *distributiva* ma mai *redistributiva*: ovvero correzione di quelle distorsioni che il funzionamento del mercato può creare, dando risposta ai bisogni etici diffusi di un determinato contesto storico-sociale. È qui la grande differenza con il “tipo” democratico: funzione *light*, dunque, di correzione delle distorsioni di una «economia sociale di mercato altamente competitiva»⁵²⁴, ma non strumento di giustizia

⁵²⁰ Sulla spinta delle direttive (Direttiva 2000/43, Direttiva quadro 2000/78, Direttiva 2006/54 e Direttiva 2004/113) approvate all'inizio degli anni 2000, su cui più approfonditamente, M. BARBERA, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.

⁵²¹ Ad esempio, Corte giust., C-414/16, 17 aprile 2018, *Egenberger*, Corte giust., C-68/17, 11 settembre 2018, *IR* e Corte giust., C-385/17, 13 dicembre 2018, *Hein*.

⁵²² A. SOMEK, *Engineering Equality*, *op.cit.*, 141.

⁵²³ A. SOMEK, *Engineering Equality*, *op.ult.cit.*, 185.

⁵²⁴ Art. 3 comma 3 TUE che afferma in apertura che «L'Unione instaura un mercato interno». Un riferimento alla quattro libertà – peculiare a dir il vero in una Carta dei diritti – è presente anche nel Preambolo della CDFUE: «L'Unione [...] cerca di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile e assicura la libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali nonché la libertà di stabilimento».

sociale e di riequilibrio degli squilibri economici, sociali e culturali confliggenti e plurali all'interno di una comunità politica⁵²⁵.

Un secondo pezzo dell'*antidiscrimination law* in Unione si costruisce attorno alla libera circolazione dei lavoratori e poi, successivamente, sulla giurisprudenza sulla cittadinanza europea. Anche qui su questo fronte, si sono registrati grandi entusiasmi quando la giurisprudenza della Corte di giustizia è passata dall'utilizzare la leva dell'allora art. 48 CEE⁵²⁶ (ora art. 45 TFUE), relativo alla libera circolazione dei lavoratori prima, dei cittadini europei, poi. In un primo momento, dunque, i giudici lussemburghesi hanno costruito la libera circolazione dei lavoratori nel territorio dell'Unione sulla falsariga delle altre libertà economiche – con un chiaro afflato funzionalista – interpretando, ad esempio, estensivamente la qualifica di lavoratore⁵²⁷, allargando i diritti e le prestazioni sociali legate al contratto di lavoro anche ai membri della famiglia⁵²⁸ e in alcuni casi, parificando al lavoratore anche chi era in cerca di un contratto di lavoro⁵²⁹ in un altro Stato membro. Se dunque questa giurisprudenza segna una fase in cui si cercava di equiparare i lavoratori (sia i subordinati sia gli autonomi⁵³⁰) nazionali e non, permettendogli di usufruire delle prestazioni sociali garantite dallo Stato ospitante, in definitiva, però, l'espansione della libera circolazione delle persone e del contestuale diritto di risiedere in un altro Stato membro, era esclusivamente limitato ai cittadini *economicamente attivi*. La logica presente in questa giurisprudenza era ancora fortemente mercatocentrica, in cui – come abbiamo visto con *Dassonville* e *Cassis de Dijon* per la libera circolazione delle merci – il fine era quello di garantire (attraverso l'implementazione delle libertà economiche) la piena circolazione dei fattori produttivi, tra cui rientrava quello che è stato definito il *market citizens*⁵³¹. Un cambio di passo importante si registra, invece, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e alla comparsa nel diritto sovranazionale del concetto di cittadinanza europea (attuali artt. 18 e 21 TFUE). Questo evento significativo fu anticipato dall'adozione di una serie di direttive riguardanti la libera circolazione di soggetti economicamente inattivi⁵³² e fu accompagnato da un generale ottimismo della dottrina che considerò questo passaggio come un tornante storico⁵³³, giungendo a leggere la cittadinanza europea come un vero e proprio «statut

⁵²⁵ Per un'analisi ancora attuale del ruolo che ha giocato nel nostro ordinamento l'eguaglianza sostanziale, U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 3 comma 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975 oppure lo studio di B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

⁵²⁶ «La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata. 2. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro».

⁵²⁷ Corte giust., C-53/81, 23 marzo 1982, *Levin*.

⁵²⁸ Corte giust., C-267/83, 13 febbraio 1985, *Diatta* e Corte giust., 58/95, 17 aprile 1986, *Reed*.

⁵²⁹ Corte cost., C-282/89, 26 febbraio 1991, *Antonissen*.

⁵³⁰ Per un esempio, Corte giust., C-60/00, 11 luglio 2002, *Mary Carpenter*.

⁵³¹ A. J. MENÉNDEZ, *European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European Law Become More Human and Less Social*, in *ARENA Working Paper*, n. 11, 2009, 21.

⁵³² Per richiamare solo alcuni esempi: direttive CEE 364, 365, 366 del 28 giugno 1990, ora sostituite dall'unica direttiva in materia, Direttiva 2004/38/CE, integrato poi il Regolamento 883/04 (coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale), su cui incombe la proposta di modifica della vecchia Commissione Juncker con il *Labour Mobility Package*.

⁵³³ C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

d'intégration sociale»⁵³⁴. L'opera più importante di valorizzazione – come spesso avviene nel diritto sovranazionale – della comparsa della cittadinanza europea fu dato dalla Corte di giustizia. Una svolta, infatti, si registra già a partire dal 1998 con i famosi casi *Martinez Sala*⁵³⁵, *Grzekzyck*⁵³⁶ e *Baumbast*⁵³⁷ in cui si afferma la comparsa della cittadinanza come uno «status fondamentale» della persona nel diritto sovranazionale e come base per il riconoscimento di un certo grado di «solidarietà finanziaria» tra i cittadini degli Stati membri. A questo punto sembrava, dunque, aprirsi una stagione secondo in cui la cittadinanza – per sua naturale vocazione politica a differenza delle libertà economiche – avrebbe rappresentato la leva per aprire i sistemi di *Welfare* statali anche ai cittadini inattivi, un perno per poter incominciare a parlare di una solidarietà transnazionale e uno strumento di demercificazione della libera circolazione, non più legata al solo elemento funzionalista della mobilità dei fattori produttivi all'interno del mercato (che nelle punte più avanzate di questa giurisprudenza come *Zambrano*⁵³⁸ pareva aver superato anche l'elemento della transnazionalità come preconditione per la fruizione della norma sovranazionale) ma come uno *status* del *cives* europeo, inteso come persona umana. La storia, però, della cittadinanza europea e del *judicial activism* della Corte di giustizia in questo campo non è andata proprio in senso lineare a quelle che erano state le previsioni iniziali. Infatti, sempre sul tema della cittadinanza europea non si può non considerare una giurisprudenza più recente tra cui *Dano*⁵³⁹, *Alimanovic*⁵⁴⁰, *Garcia Nieto*⁵⁴¹ e *Commissione v. Regno Unito*⁵⁴² che rappresenta, invece, una regressione importante rispetto alla tendenza precedente di apertura all'accesso alla prestazione di *welfare* ai soggetti non economicamente attivi e che è stata definita da autorevole dottrina il segno di «un'ascesa e caduta della solidarietà transnazionale» e sintomo di un processo di «de-solidarizzazione europea»⁵⁴³, provocata dalla crisi dei debiti sovrani e dal ritorno in auge dei *national cleavages* in Unione: manifestazione di una solidarietà politica che ancora non c'è in Unione e che fatica a nascere dalla penna dei giudici. Quale che sia il seguito di questo *self-restraint* della Corte di giustizia su questo fronte (molto deferente nei confronti degli Stati più forti), quello che si può dire è, tuttavia, che parte della letteratura critica – in tempi non sospetti – aveva sottolineato come la giurisprudenza sulla cittadinanza rimaneva caratterizzata ancora da un forte legame con la concezione di cittadino europeo come *homo economicus* (negando dunque il salto di qualità solidaristico) e anzi leggeva l'ambiguità di pronunce come *Martinez Sala* come una svolta che avrebbe reso il diritto sovranazionale «more human, but less social» e secondo cui «il *market citizen* non è stato superato, ma è stato solo presentato in una veste politica»⁵⁴⁴.

⁵³⁴ L. AZOULAI, *La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale*, in COHEN-JONATHAN J. (a cura di), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, 1-28.

⁵³⁵ Corte giust., C-85/96, 12 maggio 1998, *Martinez Sala*.

⁵³⁶ Corte giust., C-184/99, 20 settembre 2001, *Grzekzyck*.

⁵³⁷ Corte giust., C-413/99, 17 settembre 2002, *Baumbast*.

⁵³⁸ Corte giust., C-34/09, 8 marzo 2001, *Zambrano*.

⁵³⁹ Corte giust., C-333/13, 11 novembre 2014, *Dano*.

⁵⁴⁰ Corte giust., C-67/14, 15 settembre 2015, *Alimanovic*.

⁵⁴¹ Corte giust., C-299/14, 25 febbraio 2016, *Garcia Nieto*.

⁵⁴² Corte giust., C-308/14, 14 giugno 2016, *Commissione europea v. Regno Unito e Irlanda del Nord*.

⁵⁴³ S. GIUBBONI, *La solidarietà come scudo. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, 594-597.

⁵⁴⁴ A. J. MENÉNDEZ, *European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast*, *op.cit.*, 35.

Le motivazioni di tale approccio critico risiedono nella mancanza di una reale capacità redistributiva dell'Unione e in una costruzione della solidarietà transnazionale in chiave di un soggetto che si avvantaggia (o forse potrebbe dire si appropria) della prestazione sociale. Con il grande effetto collaterale che questa giurisprudenza non pesa sulle spalle del bilancio dell'Unione, ma degli Stati nazionali, come dimostrano esempi come *Commissione c. Austria*⁵⁴⁵ o *Bressol*⁵⁴⁶: casi, tra l'altro, sempre riguardanti la libera circolazione. In queste situazioni chi viene messo sotto *stress* sono proprio i *welfare* nazionali (a differenza di un *welfare* europeo che non c'è), costretti a ristrutturare i loro sistemi per gli *outsiders*, dovendo per compenso abbassare il livello per gli *insiders*⁵⁴⁷, creando dei finti «conflitti di solidarietà»⁵⁴⁸. Sta qui il limite di questa giurisprudenza, che nel *test* di controllo sulla norma nazionale favorisce il pieno dispiegamento della libertà fondamentale e guarda con sospetto qualsiasi barriera all'accesso anche per il sistema di *welfare*⁵⁴⁹ e per quanto questo orientamento potesse avere un effetto *inducente* sulla nascita di legami solidarietà, si scontra sistematicamente con il limite genetico di una costruzione della solidarietà di tipo competitivo⁵⁵⁰ tra Stati (con possibili fenomeni di gara al ribasso tra sistemi di *welfare*) e individualistico nei confronti dei beneficiari, intesi come soggetti consumatori. Anche, dunque, in questo versante giurisprudenziale si riscontra quello che si diceva in apertura: la differenza tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale si ritrova in una mancanza della solidarietà (e di giustizia sociale), concepita come servente ad un progetto di integrazione politica.

6. La libertà di impresa e il bilanciamento con gli interessi collettivi: i casi *Alemo-Herron e AGET-Iraklis*

Una volta analizzata l'importanza dello sviluppo del mercato nel diritto sovranazionale – visto attraverso il prisma della giurisprudenza *Cassis De Dijon* e *Dassonville* – l'assenza della matrice democratica nel principio di legalità sovranazionale e la *normative deficiency* del principio di non discriminazione, è giunto il momento di approfondire il tema della libertà di impresa. Ci avviciniamo così ad uno dei nodi dell'argomentazione, in cui si incominciano in maniera ancora più nitida ad evidenziare le diverse *ragioni ordinamentali*. Il posto e il ruolo della libertà di impresa e la sua regolamentazione all'interno di un ordinamento costituzionale è riconosciuto inequivocabilmente come uno dei punti privilegiati da cui osservare il rapporto tra costituzione e *società*, da cui discende il modello economico adottato da una determinata

⁵⁴⁵ Corte giust., C-147/03, 20 gennaio 2005, *Commissione v. Austria*.

⁵⁴⁶ Corte giust., C-73/08, 13 aprile 2010, *Bressol*.

⁵⁴⁷ S. GIUBBONI, *Libertà di circolazione delle persone e solidarietà europea*, in *Lavoro e diritto*, n. 4, 2006, 628.

⁵⁴⁸ A. GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, 15.

⁵⁴⁹ A. SOMEK *Solidarity Decomposed. Being and Time in European Citizenship*, in *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 7-13, 2007.

⁵⁵⁰ W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2000, 3 e ss.

costituzione: in altri termini, il vecchio e sempreverde tema della costituzione economica⁵⁵¹. Sul tema della costituzione economica tanto si è dibattuto, ad esempio, in Italia nella prima fase di entrata in vigore della Costituzione repubblicana per comprendere se fosse individuabile un modello prescrittivo di costituzione economica e per quanto la dottrina maggioritaria abbia riconosciuto il carattere aperto del modello economico, si possono ricavare alcuni punti fermi sul rapporto tra Stato e mercato. Uno degli elementi, infatti, che fa entrare a pieno titolo la nostra Costituzione nel modello del costituzionalismo democratico è proprio quel fenomeno di funzionalizzazione della proprietà privata e della libertà di impresa che vengono, secondo alcuni, degradate a mere libertà economiche completamente assoggettabili alla regolamentazione della legge⁵⁵², mentre secondo altri rimangono diritti fondamentali ma che possono subire una compressione, nel momento in cui entrano in conflitto con interessi collettivi e sociali⁵⁵³. Le libertà economiche nel nostro ordinamento costituzionale acquisiscono, pertanto, un carattere relativo e non assoluto come nel vecchio Stato liberale e la loro *deminutio* nel costituzionalismo democratico è funzionale proprio all'incorporazione di quel modello di conflitto sociale, che la nostra Costituzione adotta. Tracce di questo approccio se ne vedono in quella pletera di tutti quegli strumenti di programmazione e politica industriale presenti agli art. 43 e ss. (espropriazione, co-gestione, cooperazione, ecc.) che i costituenti – pur con un costante rinvio alla legge per la loro previsione e attuazione – hanno previsto per il governo dell'economia⁵⁵⁴. Lo stesso bilanciamento «intra-valore» all'art. 41 Cost. ci offre consistenti prove di questo approccio: l'iniziativa economica seppur libera «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»⁵⁵⁵ ed è la legge lo strumento principe che deve garantire che «i programmi e controlli opportuni» affinché «l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»⁵⁵⁶. Su questo tema il dibattito nella letteratura costituzionalistica italiana rimane sempre aperto⁵⁵⁷, ma questa impostazione di limitazione della libertà di impresa sembra ancora oggi maggioritaria, portando parte autorevole della nostra dottrina ad affermare che «il vero è che la Carta repubblicana ignora l'economia di mercato e, dunque, non contempla né relazioni vicendevoli tra imprenditori né relazioni tra imprenditori e consumatori; esso, quando c'è, viene consegnato alla disciplina del codice civile, a un regime normativamente inferiore, che non tocca la concezione organica dell'economia nazionale»⁵⁵⁸. Oppure, nelle punte più radicali, si è sostenuto che in Italia sia pensabile instaurare un regime di economia di stampo

⁵⁵¹ Da ultimo su uno studio riguardante costituzione economica in Germania, ma con forti risvolti sul piano dell'integrazione europea, F. SAITTO, *Economia e Stato costituzionale: contributo allo studio della costituzione economica in Germania*, Giuffrè, Milano, 2016.

⁵⁵² Per quanto riguarda la proprietà, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Mulino, Bologna, 2013, mentre sulla libertà di iniziativa economica, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983.

⁵⁵³ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1992, 7 e ss.

⁵⁵⁴ M. LUCIANI, *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Digesto*, IV edizione, vol. V pubblicistico, Utet, Torino, 1991, 373 e ss.

⁵⁵⁵ Art. 41 Cost. comma 2.

⁵⁵⁶ Art. 41 Cost. comma 3.

⁵⁵⁷ Su un'impostazione di matrice più liberale, G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983.

⁵⁵⁸ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, 96.

socialista, pur mantenendo un assetto democratico⁵⁵⁹. Seppur, dunque, parti della dottrina hanno argomentato che il *mercato* non sia un valore costituzionalmente tutelato nel nostro testo costituzionale (ma solo la libertà di impresa intesa singolarmente), bisogna riconoscere – come anche anticipato in apertura di capitolo – che quantomeno sul piano della costituzione materiale il diritto sovranazionale ha esercitato in profondità quell’opera di *infiltration* che ha portato a modificare alcuni degli assi del nostro modello di costituzione economica⁵⁶⁰, per esempio sul fronte del diritto della concorrenza⁵⁶¹.

Se questo è il quadro generale per la libertà di impresa nel costituzionalismo democratico, in questo paragrafo proveremo ad evidenziare l’impostazione del diritto sovranazionale con quelle che sono le due equivalenti libertà economiche alla nostra libertà di iniziativa economica: la libera prestazione dei servizi⁵⁶² e la libertà di stabilimento⁵⁶³. La prima si caratterizza per un legame meno forte con lo Stato membro ospitante perché riguarda la prestazione svolta dall’operatore economico a titolo temporaneo, mentre la seconda riguarda il diritto degli operatori economici di uno Stato membro di potersi inserire in maniera stabile e continuativa al fine di accedere alle attività non salariate e al loro esercizio di un altro Stato ospitante. Nonostante, dunque, ci sia una differenza tra le due libertà economiche, entrambe possono essere trattate in maniera unitaria perché «benché disciplinate separatamente, le due libertà presentano un impianto molto simile»⁵⁶⁴. Anche in questo caso però – come abbiamo visto per la libera circolazione delle merci – il fine del diritto sovranazionale non è quello di limitarsi ad abolire ogni discriminazione basata sulla nazionalità, ma anche e soprattutto l’adozione di misure atte a favorirne l’esercizio. Un’indicazione in questo senso fu data dalla Corte di giustizia che – in seguito, alla scadenza del periodo transitorio dall’entrata in vigore del Trattato di Roma previsto per l’adozione delle *direttive di assimilazione e di armonizzazione* necessarie per l’implementazione misure liberalizzatrici⁵⁶⁵ – con le pronunce *Reyners*⁵⁶⁶ e *Van Binsbergen*⁵⁶⁷ riconobbe l’efficacia diretta delle due libertà ed affermò che questa prescrivevano «un obbligo di risultato preciso, il cui adempimento doveva essere facilitato, ma non condizionato» dall’entrata in vigore della normazione derivata. Una volta, dunque, riconosciuta l’efficacia diretta delle due libertà economiche la costruzione di queste avvenne in maniera del tutto equivalente a quella della libera circolazione delle merci: libertà come *regola* e interessi pubblici (misure imperative di interesse generale) per la restrizione come *eccezione*, principio del mutuo riconoscimento, forte sapore anti-protezionistico, elemento transfrontaliero⁵⁶⁸, applicazione non del principio

⁵⁵⁹ C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Mulino, Bologna, 1977.

⁵⁶⁰ Non solo in realtà agendo sulla sola costituzione materiale ma anche su quella formale (come ribadito in introduzione), come testimoniano le modifiche dell’art. 117 Cost. che ha introdotto la tutela della concorrenza come competenza esclusiva dello Stato e quella degli artt. 81 e 97 Cost. sul principio di equilibrio di bilancio.

⁵⁶¹ Da ultimo seppur con una lettura lontana da quella adottata nel testo, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c’è dell’altro oltre l’efficienza economica?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, 597 e ss.

⁵⁶² Artt. 56 e 62 TFUE.

⁵⁶³ Artt. 49 e 55 TFUE.

⁵⁶⁴ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea, op.cit.*, 497.

⁵⁶⁵ Come previsto dagli artt. 57 e 63 del TCEE.

⁵⁶⁶ Corte giust., C-2/74, 21 giugno 1974, *Reyners*.

⁵⁶⁷ Corte giust., C-33/74, 3 dicembre 1974, *Van Binsbergen*.

⁵⁶⁸ Anche se molto spesso temperato Corte giust., C-205/84, 4 dicembre 1986, *Commissione v. Germania*.

della *non-discrimination* ma di quello del *market access*⁵⁶⁹, ecc. Un buon esempio da questo punto di vista è sicuramente la sentenza *Säger*⁵⁷⁰, in cui si può leggere esplicitamente che la libera prestazione dei servizi «prescriv[e] non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi *indistintamente* ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi» e che «*uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento*, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le norme del Trattato dirette a garantire appunto la libera prestazione dei servizi». Pronunce simili da questo punto di vista sono numerose⁵⁷¹, tra cui si segnalano alcune per aver allargato l'applicazione delle suddette libertà non solo alle persone fisiche ma anche alle persone giuridiche, con tutti gli annessi problemi di tutela che l'adozione – da parte del diritto sovranazionale – della teoria della costituzione (e non della sede reale) in ambito di diritto societario ha creato in relazione alla protezione degli interessi dei soci di minoranza, dei creditori e dei lavoratori (nei regimi in cui sono previste forme di partecipazione)⁵⁷². Questo piccolo panorama, dunque, ci dimostra come anche queste due libertà economiche abbiano subito un destino assimilabile a quello della libera circolazione delle merci. Anche in questo campo il ruolo della Corte di giustizia è stato esiziale per il passaggio da un'integrazione positiva a negativa, ad una piena *costituzionalizzazione* anche di queste *economic liberties* attraverso il riconoscimento dell'effetto diretto e alla costruzione di un modello che pone come *regola* il pieno dispiegamento della libertà. Un processo, dunque, simile tra le quattro libertà che – anche visto da questa angolazione – ci dà la controprova della scelta della Corte di giustizia di voler costruire un'unica *libertà economica di accesso al mercato*⁵⁷³.

A questo aspetto per così dire attivo delle due libertà economiche, la Corte però ha riconosciuto anche una dimensione passiva: quello del soggetto «destinatario di servizi» (*alias* il consumatore). In *Luisi e Carbone*⁵⁷⁴ compare infatti, per la prima volta, un'interpretazione della libera prestazione dei servizi secondo cui questa comprende «la libertà, da parte dei destinatari dei servizi, di recarsi in un altro stato membro per fruire ivi di un servizio, senza essere impediti da restrizioni [...] e che i turisti, i fruitori di cure mediche e coloro che effettuano viaggi di studio o d'affari devono essere considerati destinatari di servizi». Questo approccio, pertanto, dà il via ad una concezione delle cure mediche come prestazioni di servizi e in quanto tali assorbite o comunque assorbibili nelle logiche del mercato, aprendo a quel fenomeno che nello spazio pubblico europeo è stato definito di

⁵⁶⁹ Per un tentativo di limitare l'applicazione integrale del principio del *market access* inteso come ostacolo al commercio intracomunitario, vedasi le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano in Corte giust., C-442/02, 5 ottobre 2004, *Caixa Bank France*.

⁵⁷⁰ Corte giust., C-76/90, 25 luglio 1991, *Säger*.

⁵⁷¹ A titolo di esempio, Corte giust., C-36/74, 12 dicembre 1974, *Walrave*, Corte giust., C-279/80, 17 dicembre 1981, *Webb*, Corte giust., C-212/97, 9 marzo 1999, *Centros*, Corte giust., C-159/90, 4 ottobre 1991, *Grogan*.

⁵⁷² Corte giust., C-208/00, 5 novembre 2002, *Überseering BV*.

⁵⁷³ C. BARNARD, S. DEAKIN, *Market Access and Regulatory Competition*, *op.cit.*, 197.

⁵⁷⁴ Corte giust., cause riunite C-286/82 e 26/83, 31 gennaio 1984, *Luisi e Carbone*.

turismo sanitario o addirittura di «consumer of welfare»⁵⁷⁵. Dopo *Luisi e Carbone* la Corte di giustizia, infatti, con le due successive sentenze *Kohll*⁵⁷⁶ e *Decker*⁵⁷⁷, pur riconoscendo che «il diritto comunitario non menoma gli Stati membri ad organizzare i loro sistemi previdenziali», allarga l'accesso alle prestazioni sanitarie per i cittadini europei non nazionali, proprio sulla base del pieno dispiegamento della libera prestazione di servizi e facendo in parte cadere il previo regime di autorizzazione previsto da parte dei sistemi di previdenza nazionali⁵⁷⁸. Senza entrare in un'analisi analitica di questa giurisprudenza che ha avuto sviluppi successivi in *Smith e Peerboms*⁵⁷⁹, *Vanbraekel*⁵⁸⁰, *Watts*⁵⁸¹ e *Commissione v. Portogallo*⁵⁸² e che è stata in parte codificata con la Direttiva 2001/24 in materia di «applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera», c'è stata parte della letteratura che ha osservato come – quello che si comprende chiaramente in questo orientamento giurisprudenziale – è una ridiscussione di «alcuni aspetti fondamentali del diritto costituzionale statale», compiuta attraverso un «cosmopolitismo sanitario», che manifesta a tutto tondo l'erroneità dell'ideologia dominante secondo cui si è ad un ritorno del mercato come «fonte di diritto naturale»⁵⁸³. L'approccio della Corte di giustizia in questa casistica giurisprudenziale non è, infatti, quello di non considerare le argomentazioni degli Stati in ordine all'aggravio sui bilanci nazionali, ma il problema si riscontra nella tipologia di sindacato giudiziale: la libertà si pone come la *regola*, mentre le *eccezioni* – tra cui rientrano le opposizioni degli Stati in ordine alla sostenibilità dei livelli di *welfare* – sono interpretate restrittivamente, esercitando un controllo di proporzionalità⁵⁸⁴ stretto che richiede che la *norma protezionista* sia la migliore possibile e la meno invasiva nei confronti della libertà. Il punto da evidenziare – ai fini della trattazione – è, dunque, che la nozione passiva delle libertà economiche che concepisce il soggetto beneficiario come consumatore di servizi comporta da una parte sì, per una particolare categoria di individui transfrontalieri, un allargamento nell'accesso alle prestazioni di *Welfare* (e di conseguenza un *surplus* di diritti sociali), ma dall'altra ha l'ulteriore risvolto di aggravare solo sul bilancio degli Stati membri il costo – senza prevedere alcuna forma di compensazione – e di ricreare un logica di scontro tra *insiders* e *outsiders*. L'esito di questa giurisprudenza sembra creare due effetti paradossali: uno sconfinamento nelle competenze statali nell'organizzazione dei sistemi di *Welfare* tramite l'applicazione trasversale delle libertà economiche e un *conflitto di solidarietà* molto simile, per alcuni aspetti, a quello che abbiamo visto nei casi riguardanti il principio di non discriminazione. Una delle possibili conseguenze, infatti, di questo approccio potrebbe essere l'abbassamento generalizzato delle prestazioni sociali garantite dai

⁵⁷⁵ G. DAVIES, *The Process and Side-Effects of Harmonization of European Welfare States*, in *Jean Monnet Working Paper*, n. 2, 2006, in www.jeanmonnetprogram.org, 55.

⁵⁷⁶ Corte giust., C-158/96, 28 aprile 1998, *Kohll*.

⁵⁷⁷ Corte giust., C-120/95, 28 aprile 1998, *Decker*.

⁵⁷⁸ Come previsto dal Reg. 1408/71, poi sostituito dall'attuale Reg. 883/04 in vigore.

⁵⁷⁹ Corte giust., C-157/99, 12 luglio 2011, *B.S.M. Smits v. Stichting Ziekenfonds VGZ e H.T.M. Peerbooms*.

⁵⁸⁰ Corte giust., C-368/98, 12 luglio 2001, *Vanbraekel*.

⁵⁸¹ Corte giust., C-372/04, 13 maggio 2006, *Watts*.

⁵⁸² Corte giust., C-255/09, 27 ottobre 2011, *Commissione v. Portogallo*.

⁵⁸³ M. DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2007, 798-813, a cui si rinvia per un'analisi più approfondita e dettagliata di questa giurisprudenza.

⁵⁸⁴ Come, ad esempio, in *Kohll* e *Vanbraekel*.

Welfare nazionali secondo una logica competitiva al ribasso e l'incorporazione di una diseguaglianza strutturale tra *homo economicus* transfrontaliero⁵⁸⁵ che si avvantaggia della leva del diritto sovranazionale e cittadino nazionale non mobile. Qui si evidenziano alcuni limiti strutturali del progetto di integrazione negativa delle libertà perché si coglie, in maniera plastica, come non l'intervento giudiziale ma quello legislativo sia più consono e adatto per temperare gli interessi confliggenti di una determinata società, attraverso un'opera di bilanciamento tra interessi individuali e collettivi. Come infatti è stato notato, molto spesso quando si parla di diritti di *welfare*, «l'effettività del discorso intorno ai diritti si gioca proprio e ancora di più (seppur in forme nuove) sulle risorse finanziarie disponibili»⁵⁸⁶; che detto in altri termini si può traslare: la sostenibilità del bilancio – soprattutto in questo contesto di mancanza di politica fiscale e di redistribuzione a livello sovranazionale – è la faccia oscura dei diritti fondamentali, i quali presuppongono sempre certe istituzioni politico-costituzionali per garantire la loro effettività. Unito – in pari grado – ad un certo grado di partecipazione politica del cittadino che rivendica alla propria comunità politica di riferimento questi diritti: modello non presente in questa fattispecie, in cui il soggetto è inteso, in senso individualistico, come cittadino-consumatore di un servizio e non come cittadino-partecipante.

Un ultimo punto da dover trattare riguardante il rapporto con la libertà di impresa con il diritto del lavoro nel diritto sovranazionale è bene messo in luce dai casi *Alemo-Herron*⁵⁸⁷ e *AGET-Iraklis*⁵⁸⁸. Molto spesso in letteratura questa pronuncia della Corte di giustizia viene considerata come una dei punti di arrivo di una giurisprudenza che ha portato ad un forte ridimensionamento del diritto del lavoro nazionale, venendo trattato *en pendant* con il cd. quartetto *Viking-Laval* in materia di diritti di pressione democratica. Rinviando, però, al prossimo paragrafo l'approfondimento di quest'ultimi, quello che in chiusura di paragrafo ci interessa valorizzare, è un aspetto più specifico di *Alemo-Herron* e *AGET-Iraklis*, più legato al rapporto tra libertà economiche e norme protettive di istanze sociali e collettive. Come è stato fatto notare, infatti, con *Alemo-Herron* e *AGET-Iraklis* arriva a compimento quel processo di implementazione delle due libertà economiche (di prestazione di servizi e di stabilimento) – che qui sommariamente abbiamo provato a descrivere – giungendo a riconoscere in maniera unitaria la «libertà contrattuale dell'imprenditore come diritto fondamentale protetto dall'art. 16 della Carta di Nizza»⁵⁸⁹. Nella pronuncia *Alemo-Herron* siamo in presenza di una norma nazionale di diritto del lavoro che prevedeva (nei casi di trasferimenti di azienda⁵⁹⁰) la possibilità che l'impresa acquirente si vincolasse, mediante delle clausole di rinvio dinamico, alla contrattazione collettiva di settore pubblico⁵⁹¹ nella

⁵⁸⁵ A. SOMEK, *Individualism. An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁵⁸⁶ A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, op.cit., 379.

⁵⁸⁷ Corte giust., C-426/11, 18 luglio 2013, *Alemo-Herron*.

⁵⁸⁸ Corte giust., C-201/15, 21 dicembre 2016, *AGET-Iraklis*.

⁵⁸⁹ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, 114.

⁵⁹⁰ In attuazione della Direttiva 2001/23 (cd. *armonizzazione parziale*), concernente «il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti».

⁵⁹¹ Demandata nel sistema britannico ad un organo terzo quale il *National Joint Council for Local Government Services* (NJC).

quale erano inseriti anche gli aumenti salariali determinati dalle organizzazioni stipulanti il contratto collettivo. Questa clausola, però, per avere effetto nell'ordinamento inglese, necessitava – come avvenuto nel caso di specie – di essere inserita nei contratti individuali di lavoro, vincolando così il contratto alle future relazioni sindacali e anche, per quel che qui importa maggiormente, il cessionario. In *AGET-Iraklis*, invece, la disciplina era sempre una norma del diritto del lavoro greco *in species*, che in materia di licenziamenti collettivi⁵⁹² prevedeva – prima di procedere al licenziamento collettivo e a pena di nullità – la possibilità, da parte del Ministero del lavoro, di negare la validità del licenziamento collettivo, a seguito di parere negativo di un organo pubblico, quale il Consiglio superiore del lavoro; e che nel caso in questione era stato negato dal Ministero⁵⁹³ perché «la necessità dei licenziamenti collettivi prospettati non era stata dimostrata in base a dati concreti e circostanziati e gli argomenti fatti valere dalla *AGET Iraklis* apparivano troppo vaghi». Due norme pertanto classiche – si oserebbe dire – dei nostri sistemi di diritto del lavoro nazionale, che privilegiano più che un aspetto protezionistico, una dimensione protettiva (verrebbe da dire) delle norme nazionali nei confronti dei lavoratori. In *Alemo-Herron* però la Corte – operando un parziale *overruling* rispetto alla sua precedente giurisprudenza⁵⁹⁴ – cambia il suo approccio di lettura della direttiva in materia sociale e nonostante l'art. 8 della direttiva⁵⁹⁵, estende «in pratica l'effetto di *pre-emption* – cioè il divieto degli Stati membri di elevare lo *standard* di protezione oltre la soglia minima stabilita dalla direttiva – anche nell'ambito di applicazione di quest'ultima»⁵⁹⁶. Mentre nel caso *AGET-Iraklis*, nonostante la situazione emergenziale di crisi economia in Grecia⁵⁹⁷ (in forza della quale la norma lavoristica assumeva quasi una funzione di ordine pubblico-sociale) e una direttiva di sola armonizzazione parziale in materia di politica sociale, la Corte di giustizia applicando uno stretto giudizio di proporzionalità⁵⁹⁸, considera la disposizione in contrasto con la libertà di stabilimento. La

⁵⁹² Nel caso la legge greca n. 1387/1983, in attuazione della Direttiva 98/59 (cd. *armonizzazione parziale*) concernente «il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi».

⁵⁹³ Tra l'altro, come riportato nella stessa pronuncia, «in presenza di una crisi economica acuta accompagnata da un tasso di disoccupazione inusualmente alto che, in Grecia, è prossimo al 27%», che dovrebbe portare maggiormente a garantire alla Grecia della possibilità di «fruire di giustificazioni attinenti a ragioni imperative di interesse generale, in particolare ai sensi della politica dell'occupazione, nella quale gli Stati membri conserverebbero un ampio margine discrezionale», *considerando 24*.

⁵⁹⁴ Corte giust., C-499/04, 9 marzo 2006, *Werhof*, caso analogo in cui in questione non era la Direttiva 2001/23 (come in *Alemo-Herron*) ma quella precedente, ovvero la Direttiva 77/187/CEE. In *Werhof* si sancisce che «risulta da quanto precede che la prima questione dev'essere risolta dichiarando che l'art. 3, n. 1, della direttiva dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che, qualora il contratto di lavoro rinvii ad un contratto collettivo che vincola il cedente, il cessionario che non è parte del contratto collettivo non sia vincolato da contratti collettivi successivi a quello in vigore al momento del trasferimento dell'azienda», *considerando 37*.

⁵⁹⁵ «La presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori o di incoraggiare o consentire l'applicazione di accordi collettivi o di accordi tra le parti sociali più favorevoli ai lavoratori».

⁵⁹⁶ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, *op.cit.*, 116.

⁵⁹⁷ La Corte afferma in *AGET-Iraklis*, che «certamente neppure la circostanza che il contesto nazionale sia caratterizzato da una crisi economica acuta e da un tasso di disoccupazione particolarmente elevato autorizza uno Stato membro a privare di effetto utile le disposizioni della suddetta direttiva, non contenendo, infatti, quest'ultima alcuna clausola di salvaguardia che autorizzi una deroga in via eccezionale alle disposizioni di armonizzazione in essa contenute al ricorrere di un contesto nazionale del genere» (*considerando 106*).

⁵⁹⁸ Su cui sempre i giudici lussemburghesi: «Per quanto attiene, in secondo luogo, all'articolo 49 TFUE, occorre ricordare che, al di fuori della possibilità che taluni ostacoli alla libertà di stabilimento risultanti da provvedimenti nazionali possano, conformemente alla giurisprudenza della Corte [...], essere giustificati alla luce di ragioni imperative di interesse generale, i Trattati, per contro, non prevedono che, al di fuori delle

convergenza di *Alemo-Herron* e *AGET-Iraklis* – seppur con le dovute sfumature di differenza – si ritrova in una concezione fortemente ottocentesca della libertà di impresa di stampo assoluto e non comprimibile (di cui diventa sempre più evocativo il richiamo all’art. 16 CDFUE) che provoca, in prima battuta, come in *Alemo-Herron*, una rilettura paradossale delle direttive in questione in materia di politica sociale, da strumento di protezione dei lavoratori, «in strumento di protezione degli interessi del datore di lavoro cessionario con corrispondente limitazione – a tutela della libertà contrattuale dell’impresa – della libertà degli Stati membri di introdurre disposizioni di maggior favore per i lavoratori»⁵⁹⁹; e, in seconda battuta (che genera a cascata anche la prima), come si vede plasticamente in *AGET-Iraklis*, un’interpretazione dell’art. 16 CDFUE non bilanciabile con altri interessi, secondo cui – attraverso la sua applicazione trasversale e inarrestabile – sembra proporre una visione del diritto del lavoro *annichilito* «a regolazione funzionale dell’accesso al mercato»⁶⁰⁰. Senza andare troppo lontano in ulteriori considerazioni, insomma, non paiono erranee opinioni espresse in letteratura secondo cui, con questa giurisprudenza (partita con il cd. quartetto *Viking-Laval*) si sia giunti a maturazione di una nuova *Lochner Era*⁶⁰¹ nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Mentre in passato, infatti, sembrava manifestarsi una netta separazione di compiti tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale, occupandosi il primo della *questione sociale* lasciando il mercato al secondo⁶⁰² e che, in qualche modo, fungeva da cuscinetto tra le diverse visioni della libertà di impresa, ora questo equilibrio pare sia venuto meno, proprio a causa di questo nuovo «”total market” thinking»⁶⁰³ di marca neoliberale adottato dai giudizi lussemburghesi. Di gran lunga differente rispetto alla cultura costituzionale che imbeve il “tipo” democratico.

7. I diritti di pressione democratica e il *rebus* del rapporto con il mercato: la giurisprudenza *Viking-Laval*

Ora è arrivato il momento di approfondire il rapporto del diritto sovranazionale con i diritti di pressione democratica, intendendo con questa espressione quei diritti di organizzazione collettiva che genericamente vengono inseriti nella terza generazione dei diritti⁶⁰⁴, ma che si trovano a cavallo tra l’essere diritti sociali e libertà politiche. In questo senso, il diritto di sciopero e la libertà sindacale (tra cui il diritto alla contrattazione sindacale) sono a metà strada tra i diritti sociali – perché il loro fine risulta l’ottenimento solitamente di rivendicazioni salariali o comunque economico-sociali attinenti al rapporto del lavoro – e le

sudette ipotesi, si possa derogare a tale disposizione del diritto primario o che quest’ultima possa, come sembra suggerire il giudice del rinvio con la sua seconda questione, essere puramente e semplicemente disapplicata, per l’esistenza di un contesto nazionale come quello menzionato al punto 105 della presente sentenza. » (*considerando 107*).

⁵⁹⁹ S. GIUBBONI, *Libertà d’impresa e diritto del lavoro nell’Unione europea*, *op.ult.cit.*, 119.

⁶⁰⁰ S. GIUBBONI, *Libertà d’impresa e diritto del lavoro nell’Unione europea*, *op.ult.cit.*, 128.

⁶⁰¹ M. W. HESSELINK, *The Justice Dimension of the Relationship between Fundamental Rights and Private Law*, in *European Review of Private Law*, vol. 24, n. 4, 2016, 447.

⁶⁰² Corte giust., C-4/73, 11 gennaio 1977, *Nold*, Corte giust., C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* e Corte giust., C-67/96, 21 settembre 1999, *Albany*.

⁶⁰³ E. CHRISTODOULIS, *The European Court of Justice and the “Total Market” Thinking*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 10, 2013, 2005 e ss.

⁶⁰⁴ N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

libertà politiche, perché conservano quella relazione di mezzo-fine e quella dimensione collettiva legata alla partecipazione della vita della *polis*. Il *trait d'union*, ad ogni modo, di entrambe queste possibili definizioni resta la centralità del lavoro e la propedeuticità di questi diritti alla sua realizzazione come dimensione politico-sociale principe in cui si realizza la vita umana, nella sua doppia accezione di liberazione *dal* bisogno e di partecipazione alla determinazione del processo democratico. Come sappiamo, infatti, i diritti di pressione democratica entrano dopo il Secondo conflitto mondiale nella nostra Costituzione – e più in generale nel costituzionalismo democratico – attraverso il prisma del lavoro, elemento fondante la nostra Repubblica e *topos* centrale della nostra cultura costituzionale e giuslavoristica. Questi diritti fondamentali hanno, però, una peculiarità, in rapporto agli altri: nonostante siano costruiti come diritti individuali – e quindi in quanto tali fruibili dai soggetti singolarmente – non sono esercitabili, se non in una dimensione collettiva. A questo proposito, una definizione che spesso viene utilizzata per il diritto allo sciopero è proprio quella di «diritto individuale ad esercizio collettivo»⁶⁰⁵. Il diritto allo sciopero, infatti, come il diritto alla contrattazione collettiva, non è esercitabile *uti singuli*, ma necessita di corpi intermedi (come lo sono state storicamente le organizzazioni sindacali), che svolgano la doppia funzione di selezionare le rivendicazioni sociali e di permettere l'accesso e la regolazione del conflitto collettivo⁶⁰⁶. Se anche da questa prospettiva, abbiamo, dunque, un'ulteriore manifestazione del modello di conflitto sociale assunto nel modello del costituzionalismo democratico, adesso proveremo a comprendere quale schema teorico adotti il diritto sovranazionale nel governo del rapporto tra libertà di impresa e i diritti di pressione democratica. Per fare ciò non possiamo che analizzare la giurisprudenza *Viking-Laval*.

Con *Viking*⁶⁰⁷ e *Laval*⁶⁰⁸ la Corte di giustizia approfondisce, per la prima volta, in maniera sistematica la relazione tra *economic liberties* e diritti legati all'autonomia collettiva⁶⁰⁹. Per dare un piccolo antecedente di contesto di queste due pronunce: nel primo caso, la disputa giudiziale riguardava la società finlandese *Viking Line*, che operava come proprietario di traghetti sulla tratta Tallin-Helsinki, che decise di cambiare bandiera da finlandese a lettone (avvalendosi della libertà di stabilimento) al fine di applicare un contratto collettivo più favorevole con i sindacati lettoni; in *Laval*, invece, la situazione riguardava una società di costruzioni lettone che – pur operando in Svezia – e servendosi dei benefici offerti dalla libera prestazioni di servizi, applicava salari inferiori (sulla base del diritto e della contrattazione collettiva lettone) a quelli previsti dalla contrattazione collettiva svedese. Sono entrambi casi, dunque, in cui le imprese interessate effettuano misure di *dumping* sociale sfruttando i vantaggi comparativi del Mercato unico, a cui erano seguite azioni collettive dei sindacati nazionali (in coordinamento con alcune federazioni di sindacati come

⁶⁰⁵ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci editore, Bari, 2014.

⁶⁰⁶ G. ORLANDINI, *Conflitto collettivo (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, 95 e ss.

⁶⁰⁷ Corte giust., C-48/05, 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e a. v. Viking Line ABP*.

⁶⁰⁸ Corte giust., C-341/05, 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*.

⁶⁰⁹ Molto spesso in letteratura, questi due casi vengono analizzati insieme ad altre due pronunce della Corte di giustizia, Corte giust., C-319/06, 19 giugno 2008, *Commissione v. Lussemburgo* e Corte giust., C-346/06, 3 aprile 2008, *Rüffert*, che compongono il cd. *Viking-Laval quartet* e che mostrano la crisi del diritto del lavoro nazionale in rapporto alla regolamentazione del mercato sovranazionale. In questa sede, per una questione di maggiore aderenza alla tesi sostenuta nel paragrafo, ci si limiterà a trattare solo le due sentenze *Viking* e *Laval*.

l'International Transport Workers' Federation) per obbligare le aziende ad applicare il contratto collettivo più vantaggioso per i lavoratori. Questi due casi a dir il vero, però, non rappresentavano la prima volta in cui la Corte di giustizia si trovava a confrontarsi con il tema della protezione delle libertà collettive: un antecedente simile si ritrova, infatti, nella nota pronuncia *Schmidberger*⁶¹⁰. Rispetto, però, alla giurisprudenza *Viking-Laval*, in *Schmidberger* pur venendo in rilievo la dimensione collettiva di alcuni diritti fondamentali, si trattava di un caso di rapporto tra libera circolazione delle merci e diritti di espressione e riunione⁶¹¹. La non sovrapponibilità delle due giurisprudenze risiede nel fatto che – nonostante la Corte di giustizia riconosca per la prima volta la possibilità che la circolazione delle merci possa essere limitata da un diritto fondamentale – la costruzione del sindacato sulle liceità dell'esercizio della libertà di manifestare passa fundamentalmente attraverso il diaframma dello Stato membro; cercando di essere più chiari, sulla legittimità del *non divieto* di manifestare garantito dall'Austria. Con l'aggiunta che, sebbene la Corte di giustizia riconosce in *Schmidberger* di fatto la prevalenza dei diritti fondamentali sulla libertà economica, anche in questo caso – da alcuni salutato con particolare favore⁶¹² – la costruzione del giudizio è sempre assimilabile al rapporto *libertà-eccezione*, sulla base del modello già incontrato in materia di Mercato unico. Nondimeno un elemento da tenere a mente, evidenziando già solo in questo aspetto una differenza con il costituzionalismo democratico, che privilegia in questi casi la tecnica del bilanciamento degli interessi sociali coinvolti. Un ipotetico caso *Schmidberger* affrontato da una Corte costituzionale nazionale sarebbe stato risolto, molto probabilmente, infatti, senza la sottoposizione del diritto fondamentale e della misura statale contestuale ad un rigido *test* di proporzionalità, in cui dover dimostrare che la misura nazionale rappresentava la migliore possibile, intendendo per migliore la «meno restrittiva degli scambi intracomunitari»⁶¹³.

Ad ogni modo in *Viking-Laval*, invece, quello che viene in rilievo è una questione parzialmente diversa, così riassumibile: lo spazio di azione delle organizzazioni sindacali, nel mettere in atto – nell'esercizio dei diritti di pressione democratica costituzionalmente garantiti – misure che hanno il fine di ostacolare il pieno dispiegamento delle *economic liberties*. Manca cioè nella nostra casistica, quel diaframma che in *Schmidberger* era rappresentato dallo Stato e dalla misura nazionale, su cui si andavano a concentrare le censure della Corte di giustizia. Non, a caso, infatti sia in *Viking* sia in *Laval* si pone un problema che precedentemente non si era posto nella giurisprudenza lussemburghese: la possibile *efficacia orizzontale* delle libertà economiche⁶¹⁴. Su questo primo quesito viene dato risposta positiva

⁶¹⁰ Corte giust., C-112/00, 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Repubblica d'Austria*.

⁶¹¹ Il caso *Schmidberger* è trattato in maniera differente, applicando la logica dei diritti fondamentali, a quello che viene considerato il suo antesignano, Corte giust., C-265/95, 9 dicembre 1997, *Commissione c. Francia*, anche noto come il caso delle *Fragole spagnole*, in cui alcune associazioni di agricoltori francesi avevano messo in piedi una serie di azioni atte a danneggiare l'immissione del mercato francese dei prodotti provenienti da altri Stati membri.

⁶¹² J. MORIJN, *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, in *European Law Journal*, vol. 12, n. 1, 2006, 15 e ss.

⁶¹³ Corte giust., C-112/00, 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Repubblica d'Austria*, considerando 93.

⁶¹⁴ Su cui A. DASHWOOD, «*Viking*» and «*Laval*»: *Issues of Horizontal Effect*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, 525 e ss. Rimangono centrali, tuttavia, le argomentazioni apportate dagli

dalla Corte di giustizia, sulla base di un assunto di fondo – tutto interno alle logiche del funzionamento del mercato – secondo cui se «le norme sulla libera circolazione e quelle sulla concorrenza [...] tutelano i soggetti attivi sul mercato consentendo loro di contestare taluni impedimenti alla possibilità di competere in termini paritari sul mercato comune», anche «l'azione di soggetti privati – quella cioè che non promana dallo Stato, e alla quale non si applicano le norme sulla concorrenza – può senza dubbio ostacolare il corretto funzionamento del mercato comune, e che sarebbe pertanto errato escludere in modo assoluto di poter applicare ad una simile azione le norme sulla libera circolazione»⁶¹⁵. Uno schema argomentativo, però, che presentava numerosi aspetti controversi, «a partire dalla difficoltà di elaborare criteri sufficientemente definiti in ordine ai presupposti oggettivi che giustificano, in concreto, siffatta estensione orizzontale del raggio applicativo – già ampio e pervasivo – delle libertà economiche», provocando «una sostanziale assimilazione tra azione sindacale (*in primis* nella forma dello sciopero) e contrattazione collettiva (ovvero con un'equiparazione funzionale tra la sfera dei comportamenti materiali in cui si attua il conflitto collettivo e quella dell'esercizio dell'autonomia negoziale delle parti sociali e dei relativi prodotti regolativi)»⁶¹⁶. Un'ulteriore conseguenza di questa scelta di politica giudiziale ricade sull'incisione sulle dinamiche di intervento sul conflitto collettivo⁶¹⁷, perché a differenza di larga parte degli ordinamenti nazionali (in cui quest'ultimo aspetto ricade nelle guarentigie dell'autonomia collettiva), «far valere nei rapporti orizzontali fra privati la libertà di contratto dell'imprenditore e contrapporla ai diritti collettivi delle organizzazioni sindacali significa entrare all'interno della dinamica conflittuale laburistica rafforzando la posizione del datore di lavoro privato», sottraendola «alla logica dell'autoregolazione attraverso il confronto dialettico fra impresa e sindacato e attra[rl]o nella sfera della discrezionalità legislativa»⁶¹⁸.

Una seconda questione, e forse la più rilevante, riguarda il principio di proporzionalità e la costruzione del suo *test*. Anche in questo caso, quello che sembra evidente è la completa traslazione del *test* di proporzionalità richiesto agli Stati in caso di *mandatory requirements* e di annessa giustificazione delle restrizioni alle libertà economiche. Nonostante la Corte di giustizia riconosca «il diritto ad intraprendere un'azione collettiva» come un diritto fondamentale dell'Unione europea, non applica al conseguente conflitto tra libertà economica e diritto fondamentale la tecnica del bilanciamento costituzionale⁶¹⁹, ma si limita a ricordare che «la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto

Avvocati generali Mengozzi e Maduro in *Viking e Laval*, veri e propri piccoli trattati sulla materia, con ricchi riferimenti dottrinari e di precedenti giurisprudenziali.

⁶¹⁵ Conclusione dell'Avvocato generale Maduro (considerandi 33-37), che considera che nel caso *Schmidberger*, seppur incidendo sul comportamento dello Stato, si era già in presenza di un effetto orizzontale indiretto, in Corte giust., C-48/05, 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e a. v. Viking Line ABP*.

⁶¹⁶ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2012, 67.

⁶¹⁷ M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008, 371 e ss.

⁶¹⁸ G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 24.

⁶¹⁹ Sulla non sovrapposibilità tra bilanciamento e proporzionalità e sulla inadeguatezza di quest'ultimo principio, in relazione alle azioni collettive sindacali, S. SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008, 245 e ss.

comunitario»⁶²⁰. Questa logica – definito di tipo «statocentrica»⁶²¹ in letteratura – che applica il *test* sul principio di proporzionalità, in maniera analoga all'azione collettiva, pone due ordini di problemi. Il primo riguarda la sovrapposizione tra dimensione pubblica e privato-collettiva: una scelta del genere, infatti, implica «una singolare assimilazione (o, se si vuole, una confusione concettuale) tra due situazioni giuridico soggettive almeno in astratto non commensurabili, nella storia del costituzionalismo liberale, quali debbono essere considerate quelle che si sostanziano, da un lato, nel potere pubblico impersonato dalla potestà normativa dello Stato e, dall'altro, nel diritto di sciopero e nella libertà garantita alle manifestazioni di autonomia privato-collettiva» e che «in ragione della forza sprigionata dal conflitto sindacale e dell'effettività capacità di ostacolare o addirittura di bloccare la contrapposto attività di impresa transnazionale» conduce ad un'equiparazione del pubblico e del privato-collettivo⁶²² come «forme di potere analoghe a quelle esercitate dalla pubblica autorità»⁶²³. Anche su questo fronte, come è stato ricordato in letteratura, esiste una differenza tra potere e diritto: «un potere non è un diritto. Un diritto reclama protezione»⁶²⁴, mentre il potere necessita di un controllo. Siamo in presenza di due concetti, dunque, molto differenti e non sovrapponibili (i diritti di pressione democratica non hanno «alcuna analogia col potere pubblico dello Stato, ma differi[scono] in modo essenziale da questo, in quanto non [possono] avvalersi, per definizione, dell'apparato coercitivo che accompagna l'esercizio di quest'ultimo e, per rinnovarsi e mantenere la [loro] efficacia, [hanno] bisogno di rigenerarsi continuamente nel conflitto collettivo») e applicare le stesse conseguenze giuridiche manifesta, chiaramente, una scelta di politica del diritto in assoluto favore del mercato e a tutto svantaggio del lavoro. In definitiva, i diritti di pressione democratica hanno rappresentato storicamente un *contropotere privato*, con la funzione di riequilibrio – oltre all'azione di intervento dello Stato – del rapporto capitale-lavoro e applicare la stessa logica delle eccezioni alle *economic liberties* nella norma meno restrittiva possibile – così come utilizzato nei confronti delle norme statali – ha due conseguenze: arrivare a comprimere duramente la possibilità per i diritti di pressione democratica di avere una qualche effettività e sbilanciare eccessivamente quel rapporto conflittuale tra le forze sociali. Quello che appare è dunque – a questo punto della trattazione – un controllo giudiziale invasivo, che si struttura *anche* attraverso uno *strict proportionality test*⁶²⁵: questo dato ci conduce al secondo ordine di problemi. Il diritto allo sciopero e quello alla contrattazione collettiva abbiamo detto che nel costituzionalismo democratico sono due diritti di pressione democratica, che sono manifestazione del contropotere e dell'autonomia privato-collettiva. Per la garanzia di un certo livello di

⁶²⁰ Formula speculare che si ritrova sia in Corte giust., C-48/05, 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e a. v. Viking Line ABP* (considerando 45) e in Corte giust., C-341/05, 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd* (considerando 93).

⁶²¹ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, op.cit., 67.

⁶²² A. SOMEK, *The Social Question in a Transnational Context*, in *LSEQS Working Papers*, n. 39, 2011, 6.

⁶²³ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, op.ult.cit., 68.

⁶²⁴ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for Its Realization*, in *Common Market Law Review*, vol. 45, n. 5, 2008, 1345.

⁶²⁵ Sugli effetti paradossali di un'applicazione di questo tipo del principio di proporzionalità, che richiede alle organizzazioni sindacali non solo di tenere in considerazione il «mobile capital», ma anche la ricaduta sull'ordinamento generale (vestendo i panni dello Stato), azzerando la «social function» del diritto di sciopero, F. DE WITTE, *EU Law, Politics, and the Social Question*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, 607-608.

effettività però – come è stato detto acutamente – essi necessitano di un certo grado di «judicial immunity»⁶²⁶. Questo significa che – allo stesso modo del riconoscimento dell’effetto orizzontale alla libera prestazione e alla libertà di stabilimento – un controllo giudiziale così invadente comporta un’ingerenza nell’esercizio del diritto, che ne pregiudica a tal punto la sostanza, tanto da annichilirlo. Uno scrutinio come quello costruito dalla Corte di giustizia provoca tre livelli di sindacato per la valutazione di legittimità del diritto allo sciopero: 1. le organizzazioni sindacali dovranno provare di non aver avuto altro mezzo possibile per portare avanti le contrattazioni sindacali con il datore e il giudice dovrà sovrapporre il suo giudizio sia sulla 2. possibilità che misure meno invasive sulla libertà economica non fossero possibili sia che, 3. l’obiettivo perseguito dalle organizzazioni sindacali sia reale e verificabile. Si capisce bene allora come lo sciopero a monte – come strumento per rivendicazioni economiche che prendono forma nella contrattazione collettiva a valle – venga riconcettualizzato solo come un *extrema ratio*⁶²⁷ e perda la sua funzione di pressione democratica. Così facendo si sposta molto indietro il confine della legittimità dell’azione sindacale e dell’esercizio dei diritti di pressione democratica e si rischia contestualmente di «rafforzare una nuova idea di “mercificazione” del lavoro, che attraverso la tutela della libertà di contratto come declinazione della libertà di impresa, finisce per erodere quella conquista per cui il lavoro non è in realtà da considerarsi una “merce” e che segnò una delle conquiste che portò con sé il superamento della *Lochner Era*»⁶²⁸.

Una precisazione, però, è necessaria, a questo punto: non si vuole sostenere che i diritti di pressione democratica – come tutti i diritti d’altronde – non abbiano limiti⁶²⁹. Quello che si vuole dire è che, dopo aver analizzato la giurisprudenza della Corte di giustizia su questo punto, si evidenzia una notevole differenza con il costituzionalismo democratico. Il limite per queste libertà collettive – anche nei modelli costituzionali come il nostro – *esistono* ma sono spostati molto più in avanti rispetto al diritto sovranazionale. Un primo esempio è la non equiparazione tra diritto di sciopero e la cd. *serrata* dell’imprenditore che, non trovando un fondamento costituzionale come diritto soggettivo, viene qualificato nel nostro ordinamento come un inadempimento contrattuale⁶³⁰. Un secondo esempio è la giurisprudenza della Cassazione italiana in materia di limiti al diritto di *sciopero cd. economico* che – come noto – richiede che sia compreso il contenuto minimo della libertà di impresa, nella sua forma non di *danno alla produzione* ma di *danno alla produttività*⁶³¹: intendendosi per tale «la possibilità per l’imprenditore di continuare a svolgere la sua iniziativa economica, ovvero [...] la distruzione o una duratura inutilizzabilità degli impianti,

⁶²⁶ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for Its Realization*, in *Common Market Law Review*, vol. 45, n. 5, 2008, 1345.

⁶²⁷ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, op.ult.cit., 69.

⁶²⁸ F. SAITTO, “Risocializzare l’Europa”. *La dimensione sociale europea tra economica di mercato e integrazione sovranazionale*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3, 2017, 108.

⁶²⁹ Basti pensare alla legge 146 del 90 in materia di “Norme sull’esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati”, su cui A. MORRONE, C. CARUSO, *La commissione sullo sciopero come organo di garanzia politico-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2015, 1 e ss.

⁶³⁰ Corte cost., sent. n. 29 del 1960.

⁶³¹ A partire dalla nota sentenza della Cassazione, Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, che rese lecite le pratiche del cd. sciopero a singhiozzo e dello cd. sciopero a scacchiera, su cui G. PERA, *Sciopero (dir. cost. e dir. lav.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, 699 e ss.

con pericolo per l'impresa come organizzazione istituzionale, non come mera organizzazione gestionale, con compromissione dell'interesse generale alla preservazione dei livelli di occupazione»⁶³². Un terzo esempio importante è rappresentato dalla giurisprudenza costituzionale che ha ammesso la legittimità non solo dello sciopero *cd. economico*, che rimane ristretto nell'ambito delle rivendicazioni salariali di un certo gruppo di lavoratori nei confronti del datore di lavoro, ma anche quello *cd. di solidarietà*⁶³³ perché «non è contestabile la sussistenza di interessi comuni a intere categorie di lavoratori; interessi che, appunto per questo loro carattere diffusivo, non potrebbero non risultare compromessi, sia pure in modo potenziale, per tutti coloro che ne sono titolari, allorché abbiano subito offesa anche solo in confronto a rapporti di lavoro di singoli o di gruppi limitati di lavoratori» e che portano a ritenere che «ove sia accertata l'affinità delle esigenze che motivano l'agitazione degli uni e degli altri, tale da fare fondatamente ritenere che senza l'associazione di tutti in uno sforzo comune esse rischiano di rimanere insoddisfatte»⁶³⁴. Infine, oltre a queste due categorie di sciopero sopramenzionate che godono della tutela derivante dall'art. 40 Cost., la Corte costituzionale è arrivata ad ammettere anche la liceità del *cd. sciopero politico*, ovvero quello sciopero finalizzato ad incidere sull'indirizzo politico generale tramite la tutela di interessi «che possono essere soddisfatti solo da atti di governo o atti legislativi». La motivazione e il fondamento costituzionale dello *sciopero cd. politico* – oltre a ritrovarsi nell'art. 40 Cost., essendo difficile se non impossibile tracciare, secondo la Corte, tra sciopero *cd. economico* e quello *cd. politico* una netta distinzione tra le due tipologie – viene ritrovato nell'art. 3 comma 2 Cost., perché ammettere lo sciopero politico non significa «affatto incidere sulle competenze costituzionali rendendone partecipi i sindacati, né significa dare ai lavoratori una posizione privilegiata rispetto agli altri cittadini», ma comporta semplicemente «ribadire quanto dalla Costituzione già risulta: esser cioè lo sciopero un mezzo che, necessariamente valutato nel quadro di tutti gli strumenti di pressione usati dai vari gruppi sociali, è idoneo a favorire il perseguimento dei fini di cui al secondo comma dell'art. 3 della Costituzione». I limiti a questa forma di esercizio di sciopero sono quattro, pertanto, le prime tre già presenti per le altre forme di sciopero, mentre l'ultima esclusiva per lo sciopero a fini politici: 1. «la necessità di una scrupolosa osservanza della libertà di lavoro di chi non aderisca allo sciopero», 2. la non compromissione di «servizi pubblici o funzioni essenziali aventi carattere di preminente interesse generale costituzionalmente protetto», 3. «la rigorosa astensione da ogni violenza» e, in relazione alla *species* sciopero politico, 4. il fine del sovvertimento dell'ordinamento costituzionale⁶³⁵. Si capisce bene allora che riconoscere nel caso dello sciopero *cd. politico* la sua liceità e, in aggiunta, collegarlo all'art. 3 comma 2 Cost., mostra un forte *favor* del nostro ordinamento verso questa forma di esercizio di conflitto collettivo, che assurge a diventare vero e proprio strumento di *democrazia sostanziale*⁶³⁶; fortemente deficitaria nella struttura e nella cultura istituzionale del diritto sovranazionale.

⁶³² Cass. 30 gennaio 1980, n. 711.

⁶³³ Corte cost., sent. n. 123 del 1962 e Corte cost., sent. n. 141 del 1967.

⁶³⁴ Corte cost., sent. n. 123 del 1962 (paragrafo 6, considerato in diritto).

⁶³⁵ Corte cost. sent. n. 290 del 1974 (paragrafo 5, considerato in diritto).

⁶³⁶ U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, 2005, 53 e ss.

Come nel paragrafo precedente, dunque, abbiamo visto sia per le norme protettive di istanze sociali (diritto del lavoro), sia per l'esercizio dei diritti di pressione democratica, una forte distanza tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale. Le differenze rispetto però – nei casi *Viking* e *Laval* – alle norme sociali garantite dallo Stato (*Alemo-Herron* e *AGET-Iraklis*) sta nel fatto che dall'analisi condotta pare si manifesti una maggiore sfiducia del diritto sovranazionale per l'esercizio di libertà collettive legate al lavoro rispetto al seppur minimo spazio lasciato alle norme sociali. Di cui un esempio tra tutti è dato dall'utilizzo – nel caso dello sciopero e della contrattazione collettiva – dello stesso schema argomentativo richiesto per la giustificazione delle *eccezioni* alla libertà richieste per lo Stato. In aggiunta a ciò, come abbiamo visto in alcuni casi precedentemente, la Corte di giustizia – seppur con tutti i problemi di impostazione segnalati *supra* dell'eccessiva impostazione mercatocentrica – non ha mancato di riconoscere un certo tipo di diritti sociali tramite lo schema della cittadinanza e delle libertà economiche. La stessa recente giurisprudenza *Bauer*⁶³⁷ sugli effetti orizzontali in materia di diritto alle ferie *ex art. 31* della CDFUE ne è un ulteriore esempio, utilizzando in quella fattispecie, il parametro dei diritti fondamentali⁶³⁸. Allora, però, la conseguenza che se ne può trarre da questo quadro è che la Corte di giustizia – anche nella costruzione di un possibile schema di diritti sociali, prediliga un'impostazione di marca individualistica – secondo cui i diritti fondamentali devono trovare riconoscimento unicamente all'interno del controllo giudiziale e non, in quella dimensione collettiva, che è incarnata nell'esercizio di pressione democratica⁶³⁹. È quindi l'elemento della cittadinanza-partecipazione all'*agorà* pubblica a mancare, che trova traccia (come altrove) nel nostro sistema nella concezione dello sciopero come strumento di *democrazia sostanziale*. Si aggiunge, pertanto, alle presenti riflessioni anche questa ulteriore sfumatura di differenza tra i due sistemi (ben messa in evidenza da questa angolazione visuale) ma che ha implicazioni molto importanti: un certo *sfavore* del diritto sovranazionale verso la dimensione collettiva della vita democratica e verso una cultura del conflitto sociale che passa attraverso l'esercizio delle libertà collettive.

8. La prima perturbazione tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale: la giurisprudenza *Solange-Frontini* e la protezione dei diritti fondamentali

Terminato il primo blocco di questo capitolo – in cui ci si è concentrati sull'evidenziare alcune delle differenze contenutistiche tra i due sistemi – possiamo entrare

⁶³⁷ Corte giust., C-569/16, 6 novembre 2018, *Bauer*.

⁶³⁸ Anche se su questo fronte si prospettano ulteriori sviluppi, K. LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, 633 e ss.

⁶³⁹ In questo senso anche, G. MANZONI, *La necessità e la virtù – ovvero la Corte costituzionale nel circuito interpretativo del diritto europeo*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 129, che individua nella giurisprudenza della Corte di giustizia «accanto alla dinamica integrazionista che a partire da *Cassis de Dijon* ha letto le norme di libera circolazione iscritte nel Trattato in una luce fortemente liberalizzatrice», l'esistenza anche di «una linea di casi in materia di discriminazione e di diritti sociali (sentenze *Mangold*; *Bauer*) che difficilmente può essere ricondotta alla prima e che ha fatto parlare di una «Europe of rights». La prospettiva resta, comunque, centrata sui diritti individuali e non sempre in grado di valorizzare allo stesso modo la dimensione collettiva (sentenze *Laval*; *AGET Iraklis*)».

nel secondo riguardante le *perturbazioni*. Quello che abbiamo constatato, in estrema sintesi, è la verifica, anche sul versante giurisprudenziale, di quello che sono state le risultanze dall'analisi delle teorie sull'integrazione europea: una forte impronta del valore storico del mercato e l'assenza del rapporto con la *società*. Si capisce, allora, che il discorso sulle differenze tra i due sistemi trova il suo fulcro argomentativo proprio in alcune e diverse *ragioni ordinamentali* che nei precedenti paragrafi si è provato ad evidenziare. Il rapporto però – come abbiamo già ripetuto in altre parti di questo lavoro – tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale non è di due monadi incomunicanti, ma ha evidenziato nel corso degli anni, da iniziali periodi di netta separazione, ulteriori momenti di convergenza e di conflitto, che abbiamo deciso convenzionalmente di identificare con il termine di *perturbazioni*. Buona parte di questo percorso si è giocato nell'interazione delle Corti costituzionali con la Corte di giustizia. Due grandi stagioni si possono individuare, in cui racchiudere queste evoluzioni del diritto pubblico europeo: una prima *perturbazione*, risalente agli anni '70 del secolo scorso che ha riguardato principalmente la tematica dell'accesso dei diritti fondamentali all'interno del parametro della legalità sovranazionale⁶⁴⁰ e una seconda *perturbazione*, che ha mostrato la comparsa di un più complessivo *discorso* sull'identità costituzionale, che passa da una concezione dell'identità costituzionale in senso stretto, dal controllo *ultra vires* e dal recente dibattito sulla determinazione delle tradizioni costituzionali comuni. In questo paragrafo, la nostra attenzione si soffermerà sulla prima di queste *perturbazioni*.

Entrando *in medias res* nella questione, è noto, in letteratura, come la posizione iniziale della Corte di giustizia, in merito alla protezione dei diritti fondamentali, fosse di segno negativo. Nel lontano precedente *Stork*⁶⁴¹, infatti, i giudici lussemburghesi, in relazione, ad un caso allora riguardante l'Alta Autorità affermarono che quest'ultima era tenuta «[...] come risulta dall'art. 8 del Trattato, [...] ad applicare solo il diritto della Comunità, mentre è incompetente ad applicare i singoli diritti nazionali. Anche la Corte, a norma dell'art. 31 del Trattato, deve semplicemente garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione, ma non è di regola tenuta a pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali. Ne consegue che anche la censura relativa al fatto che l'Alta Autorità con la sua decisione avrebbe violato principi fondamentali della Costituzione tedesca (in particolare gli artt. 2 e 12) non può essere presa in considerazione dalla Corte». Siamo, però, qui, in una fase ancora precedente alla stagione costituente della Corte di giustizia, partita con *Van Gend en Loos* e *Costa-Enel*. Il cambio di strategia – che portò all'inglobamento dei diritti fondamentali all'interno del parametro del diritto sovranazionale – può essere identificato, infatti, in due principali motivazioni: il problema della legittimazione e dell'autonomia del diritto sovranazionale e la contestuale giurisprudenza *Solange-Frontini*. Sul primo punto, come è stato fatto giustamente notare, con la comparsa delle ambizioni costituzionali della giurisprudenza lussemburghese, «le priorità argomentative della CGUE erano evidentemente destinare a

⁶⁴⁰ Sulla prima fase di interazione tra Corti costituzionali e Corte di giustizia, M. R. DONNARUMA, *Il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle Corti costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2010, 407 e ss.

⁶⁴¹ Corte giust., C-1/58, 4 febbraio 1959, *Stork*.

venir modificate»⁶⁴². La tecnica attraverso cui in via pretoria è stata riconosciuta la protezione dei diritti fondamentali è nota: lo strumento sono state le tradizioni costituzionali comuni, incorporate come fonte da cui trarre i principi generali del diritto comunitario, tra cui rientrano i diritti fondamentali riconosciuti in via comune nei vari Stati membri.

Il *leading case* in questo senso è stato *Stauder*⁶⁴³, in cui la Corte, per la prima volta fa menzione del concetto dei principi generali del diritto comunitario, al cui interno vengono inseriti i «diritti fondamentali della persona». Un cambio di rotta che si spiega come la volontà di garantire al diritto sovranazionale un ulteriore elemento di legittimazione del diritto *vis à vis* degli ordinamenti costituzionali nazionali, successivo ma non antecedente a *Van Gend en Loos* e *Costa-Enel*, poiché l'inglobamento nel parametro sovranazionale della protezione dei diritti fondamentali – senza la dottrina del primato e dell'effetto diretto – avrebbe condotto al grosso rischio di veder sottoposti gli atti comunitari al controllo non solo con la compatibilità con il diritto costituzionale nazionale, ma anche potenzialmente a qualsiasi norma nazionale confliggente⁶⁴⁴. Se con *Stauder*, dunque, si affaccia per la prima volta, il tema dei diritti fondamentali, questo verrà meglio sviluppato nelle due successive pronunce *Nold*⁶⁴⁵ e *Internationale Handelsgesellschaft*⁶⁴⁶, in cui la Corte di giustizia incomincia a adottare una formula classica in questo contesto: «la tutela dei diritti fondamentali costituisce [...] parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza. La salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»⁶⁴⁷. Questo posizionamento dei giudici lussemburghesi è stato letto, infatti, da una parte come una risposta alle sollecitazioni delle Corti costituzionali nazionali, ma dall'altra – soprattutto in quell'elemento di delimitazione teleologica nella parte finale – come sintomo di *self-justification* e di *self-legitimation* del diritto sovranazionale da intendere come «una creatura distinta di *transnational law*» e di «un'affermazione di autonomia»⁶⁴⁸ sia nei confronti degli Stati membri sia del diritto internazionale. La Corte parla in *Nold* di un'ispirazione alle tradizioni costituzionali degli Stati membri per garantire la protezione dei diritti fondamentali, mai della creazione di uno specifico *test* giudiziale⁶⁴⁹ (cosa che non farà nemmeno in seguito), per calcolare quanto di comune ci sia nella specie e nella tipologia di protezione garantita a quel diritto all'interno delle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Scelta di politica giudiziale, che, tra l'altro,

⁶⁴² M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, vol. 20, n.8, 2019, 1102.

⁶⁴³ Corte giust., C-29/69, 12 novembre 1969, *Stauder*.

⁶⁴⁴ J. H. H. WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, vol. 61, n. 3, 1986, 1114.

⁶⁴⁵ Corte giust., C-4/73, 11 gennaio 1977, *Nold*.

⁶⁴⁶ Corte giust., C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*.

⁶⁴⁷ Corte giust., C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*, considerando 4, ma anche Corte giust., cause riunite C-402/05 e C-415/05, *Kadi e Al Barakkat*, considerando 285 e Corte giust. *parere* 2/13, 18 dicembre 2014, considerando 170-172

⁶⁴⁸ M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity*, *op.cit.*, 1103.

⁶⁴⁹ In un unico caso, per quel che è noto, la Corte di giustizia ha abbozzato un utilizzo di un *test* simile prima dell'incorporazione dei diritti fondamentali, Corte giust., cause riunite C-7/56, C-3/57 e 7/57, 12 luglio 1957, *Algera*.

se all'inizio è passata in sordina nei commenti, più di recente (come nel caso *Mangold*⁶⁵⁰), non ha evitato scontri indiretti tra la Corte di giustizia e alcune Corti costituzionali⁶⁵¹ e che ha portato parte della dottrina⁶⁵² all'utilizzo di toni aspri, per la sostanziale arbitrarietà dei giudici lussemburghesi nel determinare cosa sia tradizione costituzionale comune. I due elementi, dunque, della restrizione della protezione dei diritti fondamentali «entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità» e dell'esclusiva *ispirazione* alle tradizioni costituzionali comuni per identificare la presenza di un diritto fondamentale, vanno intesi sì nell'ottica di una *perturbazione* avvenuta nel diritto sovranazionale, ma comunque inserita in un discorso di ambizioni costituzionali di questo, interessato principalmente a dotarsi di un certo grado di autonomia e a non schiacciarsi sui cataloghi dei diritti presente nelle Costituzioni nazionali.

Se questo è il quadro all'interno del quale intendere questa innovazione (tutta interna all'attivismo giudiziale delle Corti di giustizia e senza nessun riferimento esplicito nei Trattati), questa prima *perturbazione* non avviene per *motu proprio* dei giudici lussemburghesi, ma su forte sollecitazione delle Corti costituzionali⁶⁵³, e più particolare di quella tedesca e quella italiana che possiamo generalmente identificare con la giurisprudenza *Solange-Frontini*. In *Solange I*⁶⁵⁴, infatti, momento che coincide con il primo vero e sistematico approccio della Corte costituzionale tedesca con il processo di integrazione europea, il *Bundesverfassungsgericht* afferma a chiare lettere che, non essendosi il diritto sovranazionale dotato di un catalogo dei diritti fondamentali equivalente a quello della *Grundgesetz*, la dottrina del primato non poteva dispiegarsi pienamente ma doveva trovare un limite materiale nel momento in cui si presentava una questione riguardante i diritti fondamentali. La non equivalenza fra i sistemi sul versante della protezione dei diritti fondamentali, portava, dunque, i giudici costituzionali ad attrarre a sé il controllo anche in presenza di un atto normativo europeo in potenziale contrasto con un diritto fondamentale tedesco⁶⁵⁵. Su questa presa di posizione tanto si è discusso in dottrina, ma quello che possiamo sicuramente ricavare è che in *Solange I*⁶⁵⁶ due sono gli elementi da sottolineare: la

⁶⁵⁰ Corte giust., C-144/04, 22 novembre 2005, *Mangold*.

⁶⁵¹ Alla sentenza *Mangold* della Corte di giustizia, la Corte costituzionale tedesca rispose con un controllo *ultra vires* (anche se era già stato teorizzato in *Maastricht Urteil*) per la prima volta utilizzato in via concreta in, BVerfGE, 2 BvR 2661/06, *Honeywell/Mangold*. In questa situazione, l'atto europeo non fu considerato *ultra vires* grazie alla costruzione di questo tipo di controllo da esercitare solo per casi gravi e manifesti, ispirandosi la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca alla nota *europafreundliche Haltung*.

⁶⁵² R. HERZOG, R. GERKEN, *Stop the European Court of Justice*, in *EU Observer*, 10 settembre 2008.

⁶⁵³ Per essere più precisi, il caso *Stauder* precede temporalmente *Solange I*, quindi quello che si può affermare è che la sentenza tedesca se non ha innescato il processo, ha permesso che questo andasse verso una piena maturazione.

⁶⁵⁴ BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I-Beschluß*.

⁶⁵⁵ «Fintanto che il processo di integrazione non avanzi al punto di far sì che il diritto comunitario riceva un catalogo di diritti fondamentali decisi da un parlamento e con una stabile validità, che sia comparabile con il catalogo dei diritti fondamentali contenuti nella Legge fondamentale, un rinvio di una corte federale della Germania alla Corte costituzionale tedesca in un giudizio di costituzionalità [...] è ammissibile e necessario se la corte tedesca, in rapporto ad una norma comunitaria rilevante per la risoluzione del caso di specie, considera l'interpretazione data dalla Corte di giustizia inapplicabile e in conflitto con uno dei diritti fondamentali della Legge».

⁶⁵⁶ Sentenza che data il 29 maggio 1974 e che segue di qualche giorno la pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft* che è del 17 dicembre 1970. È lecito pensare, visto lo stretto lasso di tempo intercorrente tra le due pronunce, che la Corte costituzionale tedesca abbia voluto "maturare" un cambio di posizione,

fissazione di un limite materiale (che assume le forme in questa fase del rispetto del catalogo dei diritti fondamentali garantiti dalla *Grundgesetz* e del *deficit democratico* dell'Unione più in generale) al pieno dispiegamento del primato sovranazionale e l'intenzione della Corte costituzionale tedesca – seppur indirettamente – di influenzare il diritto sovranazionale, spingendolo a garantire una sua trasformazione in senso costituzionale. Posizione che non sarà destinata a consolidarsi nella giurisprudenza tedesca, perché alle sollecitazioni manifestate, venne data una risposta positiva da parte della Corte di giustizia, che si dimostrò *ricettiva* delle istanze e aperta a partire dagli anni '70 (consolidando il suo orientamento poi negli anni '80 e successivamente fino ai nostri giorni) sulla protezione pretoria dei diritti fondamentali, facendoli diventare così vero e proprio blocco dell'*acquis communautaire*⁶⁵⁷. Così si spiega, dunque, la nuova “impostazione” della Corte costituzionale tedesca in *Solange II*⁶⁵⁸, che cambia la sua precedente posizione a distanza di un decennio e afferma che «fintanto che le Comunità europee, in particolare la giurisprudenza della Corte di giustizia, garantirà in maniera generale l'effettiva protezione dei diritti fondamentali nei confronti dei poteri pubblici delle Comunità, in modo sostanzialmente simile alla protezione dei diritti fondamentali richiesta inderogabilmente dalla Costituzione, così come in maniera sostanzialmente simile [garantirà] il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, la Corte costituzionale tedesca non eserciterà la sua giurisdizione sull'applicabilità di un atto di diritto derivato comunitario [...], e non sindacherà la legislazione attraverso lo *standard* dei diritti fondamentali contenuti nella Legge fondamentale; i rinvii alla Corte [...] sono pertanto inammissibili». Un mutamento non di poco conto, dunque, che si presenta anche – seppur con impostazioni teoriche differenti ma con esiti applicativi simili – sull'altro fronte della Corte costituzionale italiana, a partire dalla sentenza *Frontini*⁶⁵⁹. Ben si conosce il «cammino comunitario»⁶⁶⁰ che ha portato la Corte costituzionale italiana a una diversa evoluzione del rapporto tra ordinamenti prima a partire dal caso *Costa-Enel*, in cui venne negato il primato del diritto sovranazionale e ci si limitò al riconoscimento di questo come mera forma di diritto internazionale pattizio soggetto all'applicazione del criterio cronologico se in antinomia con una norma nazionale, alla (quasi definitiva⁶⁶¹) stabilizzazione acquisita con il famoso duetto del caso *Simmenthal*⁶⁶² e della sentenza *Granital*⁶⁶³. Quello che, però, ora ci interessa rilevare è come a partire da *Frontini* – che per molti versi rappresenta un vero tornante della giurisprudenza europea di Palazzo della Consulta – la Corte costituzionale riconosca (per la prima volta) da una parte il primato del diritto sovranazionale, rinvenendo nell'art. 11 Cost. la clausola costituzionale che legittima il processo di integrazione europea e la base della sua

valutando un consolidamento della giurisprudenza da parte della Corte di giustizia sulla tematica dei diritti fondamentali.

⁶⁵⁷ Punto di arrivo di questa acquisizione dei diritti fondamentali all'interno del diritto sovranazionale è senza dubbio l'adozione con «lo stesso valore giuridico dei Trattati» della Carta europea dei diritti fondamentali. Per un approccio positivo del dialogo tra Corti come elemento di costituzionalizzazione attraverso i diritti, S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, 3 e ss.

⁶⁵⁸ BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83, *Solange II*.

⁶⁵⁹ Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

⁶⁶⁰ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2406 e ss.

⁶⁶¹ Sulla problematicità della sostenibilità del sistema *Granital-Simmenthal* si rinvia al paragrafo 11.

⁶⁶² Corte giust., C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal II*.

⁶⁶³ Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

lettura dualista, e dall'altra afferma che «l'ordinamento della Comunità economica europea contiene uno speciale sistema di tutela giurisdizionale, caratterizzato dalla pienezza delle funzioni attribuite alla Corte di giustizia dagli artt. 164 e seguenti del Trattato» che fornisce sufficienti garanzie a favore della «ampiezza della tutela giurisdizionale che l'ordinamento comunitario assicura contro gli atti dei suoi organi eventualmente lesivi di diritti o interessi dei singoli soggetti». Anche sul fronte italiano, dunque, quello che in Germania diventerà il famoso protocollo *Solange II* che prevede una netta separazione duale di compiti tra Corte costituzionale tedesca e Corte di giustizia in materia di controllo del rispetto dei diritti fondamentali (con la prima che continua a svolgere il suo sindacato su atti nazionali che costituiscono attuazione discrezionale del diritto sovranazionale, mentre con la seconda che ha sindacato pieno in caso di atti nazionali di natura vincolata al parametro europeo), si trasformerà in una separazione di controllo giurisdizionale basato sul *discrimen* della fonte europea (se dotata o meno dell'effetto diretto), riconoscendo così implicitamente una equivalenza fiduciaria sul rispetto dei diritti fondamentali da parte del diritto sovranazionale nei casi di sua competenza. Non tutte le porte erano chiuse, però, alla riavocazione del sindacato da parte delle due Corti costituzionali: per quella italiana se si fosse dimostrato che gli atti sovranazionali in una «sì aberrante interpretazione» dei Trattati avessero comportato l'esercizio da parte degli organi CEE di un potere che violava «i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona»; per quella tedesca se il giudice fosse riuscito a dimostrare che vi fosse in concreto una lesione da parte del diritto sovranazionale di un diritto fondamentale protetto dalla *Grundgesetz*, superando così la presunzione *iuris tantum*⁶⁶⁴. Epifenomeni entrambi di riserve di sovranità, che nel caso tedesco – come vedremo meglio in seguito – si sono suddivisi in diversi tipi di controlli costituzionali oltre al *catalogo Solange*, come l'*Identitaskontrolle* e il controllo *ultra vires*; mentre che in Italia – a partire da *Frontini* – si sono stabilizzate nell'onnicomprendente *dottrina dei controlimiti*.

Abbiamo visto, dunque, le motivazioni che hanno portato in questa *prima perturbazione* nel diritto sovranazionale, basate sul bisogno di *self-justification* e di *self-legitimation* di questo nei confronti degli ordinamenti afferenti al costituzionalismo democratico; le modalità di costruzione della fonte delle tradizioni costituzionali comuni da cui ricavare i diritti fondamentali; e l'influenza che le Corti costituzionali tedesca e italiana hanno giocato in questo processo di trasformazione. Un fenomeno, questo, che rappresenta una prima stagione di «jurisprudence of constitutional conflict»⁶⁶⁵ che ha trovato, dunque, risoluzione in un doppio riconoscimento: in una risposta positiva della Corte di giustizia alle istanze costituzionali nazionali e in un modello di equivalenza funzionale dei cataloghi dei diritti fondamentali da parte delle Corti costituzionali. Siamo in una fase, tuttavia, molto prematura rispetto alle rilevanti trasformazioni del diritto sovranazionale avvenute dagli anni '90 in poi. Questo modello, che si potrebbe definire *minimalista*, si caratterizza per un forte

⁶⁶⁴ In realtà si sono dati dei casi della Corte costituzionale tedesca – in seguito all'adozione della CDFUE e alla giurisprudenza *Fransson* della Corte di giustizia, in cui si è superato il limite dell'inammissibilità, BVerfGE, 1 BvR 1215/07, *Anti-Terror-Datenschutzgesetz* e in materia di *mandato di arresto europeo* in cui rilevava il valore della dignità umana, BVerfGE 2 BvR 424/17.

⁶⁶⁵ M. KUMM, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, vol. 11, n. 3, 2005, 262 e ss.

parallelismo tra i sistemi, con da una parte la Corte di giustizia, promotrice di una visione monista e fortemente integrazionista del diritto pubblico europeo, e con le Corti costituzionali, dall'altra, su posizioni fortemente isolazioniste, figlie del dualismo che caratterizza la loro concettualizzazione dei rapporti tra ordinamenti. C'è da aggiungere anche che – come vedremo più avanti – se una *prima perturbazione* c'è stata in questa fase, siamo ancora in una stagione in cui le competenze del diritto sovranazionale sono fortemente limitate, il controllo statale sulla macchina istituzionale europea è ancora molto forte e pregnante⁶⁶⁶, l'Unione non si è ancora dotata di un catalogo scritto di diritti fondamentali e in cui l'equilibrio tra sistemi si assesta su un sostanziale *doppio binario* di coesistenza. In definitiva, il diritto sovranazionale era di dimensioni ancora molto ridotte per pensare di intaccare in maniera profonda i capisaldi del costituzionalismo democratico e questo spiega anche perché l'interpretazione data dalle Corti costituzionali sulla protezione dei diritti fondamentali si sia basata su presupposti estremamente formalisti e di marca generalista, riconoscendo un'equivalenza sulla totalità del catalogo e senza effettuare distinguo. Era lontano, in conclusione, il rischio dell'emersione di quelle *ragioni ordinamentali* che solo in seguito si sono manifestate in maniera via via sempre più consistente e che hanno portato ad una nuova stagione dei conflitti e alla *seconda perturbazione*.

9. La seconda *perturbazione*: la comparsa del *discorso* sull'identità costituzionale

A differenza della prima, la seconda *perturbazione* non è sicuramente un periodo concluso, ma pienamente ancora in corso. L'elemento su cui si concentra principalmente questa nuova conflittualità del diritto pubblico europeo è il *discorso* sull'identità costituzionale. Un termine quello di identità nuovo al linguaggio costituzionale quantomeno continentale, che è per sua natura plurivoco e che, soprattutto se inteso nella sua capacità di produzione di discorso costituzionale, non può essere limitato a quella variegata tipologia di controlli sui limiti dell'integrazione europea⁶⁶⁷ creato in forme diverse dalle varie Corti costituzionali, ma presuppone un'eccedenza prescrittiva che segnala una diversità tra i due ordinamenti. È evidente, infatti, come il *discorso* sull'identità costituzionale e la nuova stagione dei conflitti nello spazio pubblico europeo siano strettamente collegati tra loro e mostrino la presenza di uno scarto assiologico-materiale – ben presente e strutturato – tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale. Già da una prima analisi di questo tema si può comprendere, difatti, come il *discorso* sull'identità costituzionale non sia riassumibile nella formula dell'identità nazionale⁶⁶⁸, presente nell'art. 4 TUE, norma

⁶⁶⁶ Siamo in una fase antecedente non solo l'adozione del Trattato di Maastricht, ma anche dell'Atto unico europeo, che rappresentò una svolta nell'allentamento dell'unanimità e dell'intergovernamentalismo come tecnica di governo principale nel diritto sovranazionale.

⁶⁶⁷ Per una panoramica generale dei diversi limiti al processo di integrazione e dei diversi approcci costituzionali ed europei possibili al tema dell'identità costituzionale definita come nuova «buzz word», A. SAIZ ARNAIZ, C. ALCOBERRO LLIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.

⁶⁶⁸ «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di

attraverso cui si è sostenuto sia possibile “addomesticare” il livello di conflitti presenti nel diritto giurisprudenziale europeo. Concentrarsi solo sull’art. 4 TUE offre sicuramente alcune parziali risposte al problema delle dinamiche degli ordinamenti, ma non risolutive vista la portata trasversale e la molteplicità di forme attraverso cui il conflitto nel diritto pubblico europeo – e non solo nella dimensione giurisprudenziale – si è inverato. Appare una soluzione minimalista, dunque, interpretare l’art. 4 TUE come una norma che tutela la sola «autonomia degli Stati membri in relazione ad aspetti che concernono la loro struttura fondamentale e l’esercizio delle funzioni essenziali»⁶⁶⁹, assegnandole, pertanto, una funzione di limite al primato tutta interna al diritto sovranazionale e ristretta alle famose *compétences étatiques*⁶⁷⁰; come anche non aiuta pensare di leggere l’art. 4 TUE come una «charnières susceptibles de résoudre le conflit constitutionnel entre ces deux ensembles normatifs»⁶⁷¹, senza proporsi di indagare l’eziologia materiale di questi conflitti. Queste proposte di internalizzazione del conflitto giurisprudenziale tra Corti costituzionali e Corte di giustizia tutte interne al diritto sovranazionale, che ben potrebbero essere raccolte nella onnicomprensiva formula della «europeizzazione dei controlimiti»⁶⁷², sono sicuramente una prospettiva suggestiva, ma che si scontra con il dato difficilmente superabile di presupporre un chiaro assetto federale del processo di integrazione europea, al momento non presente e che non potrà che passare da un «constititional momentum»⁶⁷³ che ad oggi non sembra all’ordine del giorno. Pensare, d’altra parte, che, come nel caso del *discorso* sull’identità costituzionale sia tutto riassumibile in un’ottica di dialogo tra giudici⁶⁷⁴, pare una prospettiva eccessivamente ottimistica che focalizza l’attenzione su una visione formalista dei diritti fondamentali – interscambiabili rispetto al contenuto e soprattutto al contesto storico-costituzionale in cui si inseriscono⁶⁷⁵ – e che sottovaluta altri aspetti importanti su cui questo conflitto giurisprudenziale si gioca: primo tra tutti la *governance* economico-finanziaria dell’Unione.

Lo scarto terminologico tra identità nazionale e identità costituzionale – nel diverso linguaggio della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali nazionali – già ci indica un indizio in questo senso di una matrice più larga nella seconda *perturbazione*, che potrebbe forse meglio sottintendere uno scarto qualitativo tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale che, nonostante le trasformazioni dell’Unione europea, non è stato ancora colmato. Sarebbe in aggiunta riduttivo – a parere di chi scrive – tenere isolato il tema

mantenimento dell’ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

⁶⁶⁹ G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell’art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 345, ma più diffusamente in G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell’Unione europea. Natura e portata dell’art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

⁶⁷⁰ Per un approfondimento ulteriore su questo punto, vedasi capitolo 3, paragrafo 7 del presente lavoro.

⁶⁷¹ F. X. MILLET, *Plaidier l’identité constitutionnelle de l’État devant la Cour de justice*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018, 832, ma anche qui più diffusamente si può guardare il suo lavoro monografico, F. X. MILLET, *L’Union européenne et l’identité constitutionnelle des Etats membres*, LJDJ, Paris, 2013.

⁶⁷² La nota formula coniata da A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti”*, *op.cit.*

⁶⁷³ N. WALKER, *Europe’s constitutional momentum and the search for policy legitimacy*, *op.cit.*, 211.

⁶⁷⁴ Vedi nota 209 di questo capitolo.

⁶⁷⁵ Di questa scuola di pensiero che guarda al criterio della massimizzazione della tutela dei diritti come *meta-valore* per risolvere i conflitti inter-ordinamentali, il maggiore esponente è Antonio Ruggeri. Da ultimo in, A. RUGGERI, *Tecniche decisorie dei giudici e “forza normativa” della Carta di Nizza-Strasburgo*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 164 e ss.

dell'identità costituzionale in senso stretto, dai (magari formalmente non sovrapponibili ma sostanzialmente assimilabili) contestuali conflitti costituzionali che si sono registrati in tema di controllo *ultra vires* sulla Carta di Nizza e sulla politica monetaria, o il più recente problema ri-comparso di definizione delle tradizioni costituzionali comuni negli spazi di sovrapposizione interpretativa dei *diritti a doppia tutela*. Quello che si registra, provando a leggere, questa casistica giurisprudenziale è senza dubbio, come è stato autorevolmente sostenuto, la volontà di un superamento di una visione di «absolute primacy» e di un «respect for national identity»⁶⁷⁶ – proposta, tra l'altro, che poggia sulla focalizzazione di alcuni casi della Corte di giustizia in cui pare venir maggiormente valorizzato il ruolo delle specificità nazionali soprattutto in ottica di diritti fondamentali⁶⁷⁷ – che non può essere ridotto, però, a mero «provincialismo costituzionale»⁶⁷⁸, ma che indica un più generale e esiziale problema di rapporto tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale, come “tipi” diversi in un contesto plurale e altamente conflittuale del diritto pubblico europeo. Il dibattito, in altri termini, non può esaurirsi in una polarizzazione tra *ragioni della sovranità* e *ragioni dell'integrazione*, né in un approccio positivista che cerchi di rispondere al quesito se l'identità costituzionale incida sul primato o se concerna una limitazione esterna del principio di attribuzione delle competenze. L'idea di «derubricare i conflitti costituzionali»⁶⁷⁹, se sicuramente è una prospettiva auspicabile in tema di *discorso* sull'identità costituzionale, sarà possibile operando da giuristi quell'intelaiatura del ricco mosaico giurisprudenziale e svolgendo quella funzione critica su alcune scelte di politica del diritto emerse dalla giurisprudenza. A cui però non può che accompagnarsi, *in primis*, una riflessione più ampia sulle implicazioni politico-costituzionali dell'identità costituzionale sul processo *tout court* dell'integrazione europea⁶⁸⁰ e, *in secundis*, uno sguardo profondo nel cercare di cogliere la causa sottostante di questa nuova stagione dei conflitti, che ha la sua matrice nella diversità delle costituzioni materiali dei due ordinamenti. Ma andando con ordine e rinviando considerazioni più generali su questi temi al terzo capitolo, ora ci si occuperà di individuare alcune pronunce riguardanti l'identità costituzionale in senso stretto.

Entrando, ora, più nello specifico sul tema dell'identità costituzionale in senso stretto, i casi più noti in cui viene in questione questo problema di definizione dei rapporti tra ordinamenti, sono sicuramente *Lissabon-Urteil*⁶⁸¹ della Corte costituzionale tedesca e la

⁶⁷⁶ Secondo la nota proposta di A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, *op.cit.* passim.

⁶⁷⁷ Prendendo come esempi virtuosi i noti casi, sul tema dei diritti fondamentali come possibili limiti al primato, Corte giust., C-112/00, 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Repubblica d'Austria*, Corte giust., C-36/02, 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen*, Corte giust., C-368/95, 26 giugno 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags*. Sul fronte dell'identità nazionale, Corte giust., C-289/09, 22 dicembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, Corte giust., C-473/93, 2 luglio 1996, *Commissione v. Lussemburgo* e Corte giust., cause riunite C-58/13 e 59/13, 17 luglio 2014, *Torresi*, Corte giust., C-391/09, 12 maggio 2011, *Runevič-Vardyn* e Corte giust., C-202/11, 16 aprile 2013, *Las*.

⁶⁷⁸ Riecheggiando una formula provocatoria, ma intesa in senso tutto positivo di, R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, 757 e ss.

⁶⁷⁹ B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, 441 e ss.

⁶⁸⁰ P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, n. 2, 491 e ss.

⁶⁸¹ BVerfG, 2 BvE, 2/08, *Lissabon Urteil*.

vicenda *Taricco*⁶⁸² della Corte costituzionale italiana. Il tema dell'identità costituzionale, però, ha origini antiche ed è la risultante di un processo che sicuramente in Germania passa per il trittico *Solange II – Maastricht Urteil*⁶⁸³ – *Lisabbon Urteil*, e in Italia è figlio della comparsa della dottrina dei *controlimiti*⁶⁸⁴, negli anni '70 con *Frontini* e poi stabilizzatasi con *Granital*⁶⁸⁵. Si parla, in questo contesto, di processi paralleli ma spesso divergenti su tipologie di controlli sul processo di integrazione europea, fattore questo spesso legato alla tipicità dei sistemi di giustizia costituzionale nazionali⁶⁸⁶: mentre in Italia, ad esempio, è presente una categoria onnicomprensiva come i *controlimiti*, in Germania il *Bundesverfassungsgericht* ha sviluppato nel corso degli anni diverse formule per garantire la partecipazione tedesca all'UE come il catalogo *Solange*, il controllo *ultra vires* e l'*Identitaskontrolle*⁶⁸⁷. Un fenomeno, però, non limitato a due soli contesti nazionali, ma che ha visto una trasmigrazione di argomenti tra giudici costituzionali⁶⁸⁸ e che ha portato l'identità costituzionale a diventare un tema trasversale nello spazio pubblico europeo – nella seppur diversità di approcci – tra le diverse Corti costituzionali come in Francia⁶⁸⁹, Spagna⁶⁹⁰, Polonia⁶⁹¹, Ungheria⁶⁹² e Repubblica ceca⁶⁹³. A questo dato c'è da aggiungere, poi, una seconda riflessione: mentre per molto tempo – indicativamente fino alla prima decade degli anni 2000 – i controlli di identità costituzionale sono rimasti solo potenziali, o come è stato detto, con l'utilizzo di una metafora evocativa, solo «una pistola sul tavolo»⁶⁹⁴, ora siamo entrati in una fase in cui questo tema pare essersi sdoganato e in cui il conflitto costituzionale per violazione dell'identità costituzionale sembra essere sempre più all'ordine del giorno.

⁶⁸² Corte cost. ord. n. 24 del 2017, Corte cost., sent. n. 115 del 2018.

⁶⁸³ BVerfG, BVerfGE 89, 155, *Maastricht Urteil*.

⁶⁸⁴ Su cui P. FARAGUNA, *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015.

⁶⁸⁵ Ribadita anche in Corte cost. sent. n. 232 del 1989 in cui la Corte costituzionale non rinunciando al suo sindacato sui *controlimiti* (respingendo così l'eccezione dell'Avvocatura di Stato) afferma con linguaggio molto lungimirante che «in buona sostanza, quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile; inoltre, va tenuto conto che almeno in linea teorica generale non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si ritrovino fra i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario».

⁶⁸⁶ Sulla crisi dell'incidentalità causata dall'integrazione europea nel processo costituzionale italiano, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

⁶⁸⁷ A cui secondo parte della dottrina si sarebbe aggiunto un «controllo formale sul trasferimento di diritti sovrani», con la pronuncia BVerfG, 2 BvR 739/17, su cui G. DELLEDONNE, *Il controllo formale sul trasferimento di diritti sovrani: un ulteriore arricchimento dello strumentario del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 442 e ss.

⁶⁸⁸ Sul tema, S. CHOUDHRY (eds.), *The migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁶⁸⁹ Conseil constitutionnel, decisione n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004, Conseil constitutionnel, decisione n. 2007-560, Conseil constitutionnel, decisione n. 2004-496 DC, Conseil constitutionnel, decisione n.2006-540 DC.

⁶⁹⁰ Tribunale costituzionale spagnolo, declaración DTC 1/2004, Trattato di Roma, 13 dicembre 2004.

⁶⁹¹ Tribunale costituzionale polacco, caso K32/09 Trattato di Lisbona, decisione del 24 novembre 2010..

⁶⁹² Corte costituzionale ungherese, 143/2010, decisione del 12 luglio 2010, Corte costituzionale ungherese, 22/2016, decisione, decisione del 30 novembre 2016.

⁶⁹³ Corte costituzionale ceca, caso Pl. ÚS 19/08 *Trattato di Lisbona I*, decisione del 26 novembre 2008 e caso Pl. ÚS 29/09 *Trattato di Lisbona II*, decisione del 3 novembre 2009.

⁶⁹⁴ G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009, 198.

Prova ne sono la vicenda *Taricco* sul versante italiano e il caso *Gauweiler-OMT*⁶⁹⁵ e il caso del *Signor R*⁶⁹⁶, in tema di MAE (Mandato d'arresto europeo), sul fronte teutonico⁶⁹⁷.

In *Gauweiler*, ad esempio, per la Corte costituzionale tedesca, il problema relativo alla compatibilità del *programma OMT* con la politica monetaria portata avanti dalla BCE è di duplice natura e riguarda sia la possibilità di eccedere in un atto europeo *ultra vires*⁶⁹⁸ sia di poter intaccare l'identità costituzionale tedesca. Come sappiamo, infatti, a partire da *Lissabon Urteil*, la Corte costituzionale tedesca si è spinta nel definire i potenziali *spazi di sovranità* che non possono essere violati⁶⁹⁹, pena una compressione della «capacità di autodeterminazione propria di uno Stato costituzionale» e un'illegittimità *a cascata* di tutto il processo di integrazione europea. Questa posizione che trova le sue basi teoriche già in *Maastricht Urteil* e che viene portato alle sue naturali conseguenze il *Lissabon Urteil*⁷⁰⁰, poggia sul famoso *deficit* democratico dell'UE, sulla necessità conseguente che il principio democratico che risiede nella Legge fondamentale tedesca non venga violato⁷⁰¹ e sulla enunciazione della cd. *clausola di eternità* che pone dei limiti materiali al processo di integrazione europea. Nel caso *Gauweiler* il principio democratico e l'*Identitaskontrolle* vengono in rilievo perché un programma illimitato di acquisti sui titoli di Stato (adottabile da parte della BCE) di paesi che richiedono assistenza finanziaria avrebbe inficiato la responsabilità del *Bundestag* sulle decisioni di bilancio e la possibilità di quest'ultimo di

⁶⁹⁵ Nato dal primo rinvio pregiudiziale fatto dalla Corte costituzionale tedesca, BVerfG, 2 BvR 2728/13, *Gauweiler I*, 14 gennaio 2014, a cui è seguita la risposta dei giudici lussemburghesi, Corte giust., C-62/14, 16 giugno 2015, *Gauweiler v. Germania*, a cui ha dato seguito la risposta tedesca in BVerfG, 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016, *Gauweiler II*.

⁶⁹⁶ BVerfG, 2 BvR 2735/14, *Signor R*, caso in cui la Corte costituzionale tedesca utilizza l'identità costituzionale e, in particolare la violazione della dignità umana, per valutare la compatibilità di un ordine di esecuzione MAE, emesso dalle autorità italiane. Il Tribunale di Karlsruhe non dichiara contraria, in questo caso, la normativa europea per violazione della dignità umana, rileggendo così il mandato d'arresto alla luce del principio supremo tedesco, ma reinterpreta – quasi in una logica a triangolo – la norma europea alla luce dell'identità costituzionale tedesca (appoggiandosi sul labile presupposto dell'*acte clair*) e dichiara la normativa italiana contraria non solo al principio costituzionale tedesco, ma anche alla stessa normativa europea in tema di MAE. Per gli evidenti problemi relativi alla mancata effettuazione di un rinvio pregiudiziale e alla *dottrina Melloni* (Corte giust., C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni*), più approfonditamente, P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 3, 2016, 197 e ss.

⁶⁹⁷ A cui si potrebbero aggiungere i casi *PSPP*, BVerfG, 2 BvR 859/15 – 2 BvR 1651/15 – 2 BvR 2006/15 – 2 BvR 980/16, *Weiss II* (che verrà trattato in relazione al giudizio *ultra vires*) e BVerfG, 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, *Bankenunion*.

⁶⁹⁸ Su questo primo profilo, diremo più approfonditamente nel paragrafo 10.

⁶⁹⁹ A questo proposito il *Bundesverfassungsgericht* ha stilato in *Lissabon Urteil* (paragrafo 252) un vero e proprio elenco tassativo, attraverso un'interpretazione dell'art. 79 comma 3 GG che definisce i limiti alla revisione costituzionale, in collegamento con l'art. 23 GG, che regola la partecipazione tedesca all'UE. Tra queste materie altamente sensibili rientrano: a) le decisioni sul diritto penale sostanziale e procedurale, b) la possibilità di disporre del monopolio della forza, della forza di polizia all'interno e della forza militare all'esterno, c) le decisioni fondamentali in materia fiscale su entrate e uscite – motivate anche dalla politica sociale - della mano pubblica, d) la conformazione delle condizioni di vita allo Stato sociale, e) le decisioni di particolare rilievo culturale, ad es. in materia di diritto di famiglia, sistema scolastico, educazione e rapporti con le comunità religiose.

⁷⁰⁰ Per una critica al principio democratico come interpretato in chiave statalista specificatamente in *Lissabon*, J. H. H. WEILER, *The Lissabon Urteil and the Fast Food Culture*, in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 3, 2009, 505 e ss. Per una panoramica delle posizioni in merito al principio democratico in UE, vedasi il paragrafo 4 del capitolo 1 di questo lavoro.

⁷⁰¹ La Corte costituzionale tedesca sempre in *Lissabon Urteil* (paragrafo 216) parla di un «principio democratico [che] non è suscettibile di bilanciamenti, anzi è intangibile» e di un «potere costituente dei tedeschi, che si è dato la Legge fondamentale» e che «intendeva porre un limite invalicabile a ogni futuro sviluppo politico».

deliberare e incidere sulle possibili perdite subite a danno dei contribuenti tedeschi. Il rinvio pregiudiziale dei giudici costituzionali tedeschi si spiegava, dunque, alla luce della volontà di influenzare il diritto sovranazionale – utilizzando la leva dell'*Identitaskontrolle* – attraverso la richiesta di una spiegazione chiarificatrice del programma messo in piedi dalla BCE e al fine di spingere la Corte di giustizia a limitare gli effetti del *programma OMT*, sia in termini temporali che di mole quantitativa. In questo senso, dunque, l'identità costituzionale viene utilizzata come «a sword»⁷⁰² da parte dei tedeschi per ottenere un ridimensionamento della politica monetaria portata avanti dalla BCE nel contesto della crisi economico-finanziaria, che, effettivamente, sembra aver sortito i suoi effetti. I giudici lussemburghesi, infatti, grazie ad un notevole esercizio di equilibrismo retorico hanno riconosciuto la legittimità del *programma OMT*, stabilendo la sua natura *solo* monetaria⁷⁰³, stabilendo però contestualmente una serie di condizionalità per non oltrepassare il confine della politica economica. Un'interpretazione, questa, sulla legalità del *programma OMT* offerta dalla Corte di giustizia che è stata letta, da alcuni, come un ulteriore compressione della capacità di realizzare politiche economiche anticicliche e di stampo keynesiano da parte degli Stati membri e, pertanto, un'ulteriore gabbia per i vincoli di bilancio degli Stati debitori, tutta a favore delle politiche mercantilistiche tedesche e della sua egemonia politica sul processo di integrazione europea⁷⁰⁴. Quello che però, interessa, valorizzare a questo punto dell'analisi, è solo l'evidente capacità della Corte costituzionale tedesca, in un contesto evidentemente modificato di conflitti costituzionali, di influenzare il diritto sovranazionale, attraverso lo strumento (che per definizione in quanto strumento è soggetto a diversi possibili usi, anche negativi) dell'identità costituzionale. Un primo esempio della *seconda perturbazione*.

Un secondo esempio è la *vicenda Taricco*⁷⁰⁵. Anche in questo caso, lo schema è molto simile. Dopo la prima pronuncia della Corte di giustizia in *Taricco I*⁷⁰⁶ in cui si riconosce, sulla base dell'effetto diretto dell'art. 325 TFUE, la possibilità di disapplicare il regime di prescrizione previsto per i reati in materia di frode IVA (in modo da garantire l'effettività e la dissuasività della sanzione penale) a tutela dell'interesse finanziario dell'Unione, la Corte costituzionale italiana solleva il suo secondo rinvio pregiudiziale⁷⁰⁷ della sua Storia, in cui – con toni molto duri – include il principio di legalità penale (tra cui rientra anche l'istituto della prescrizione) tra i *controlimiti* dell'ordinamento costituzionale italiano e chiede, in buona sostanza, di rivedere la posizione iniziale dei giudici lussemburghesi. La risposta della

⁷⁰² P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, vol. 18, n. 7, 2017, 630 e ss.

⁷⁰³ Corte giust., C-62/14, 16 giugno 2015, *Gauweiler v. Germania*, dal paragrafo 108, aderendo tra l'altro alle conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón.

⁷⁰⁴ M. WILKINSON, *The Euro Is Irreversible! ... Or is it?: On OMT, Austerity and the Threat of "Grexit"*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 4, 2015, 1049 e ss.

⁷⁰⁵ Il dibattito su questa vicenda ha riempito intere biblioteche. A solo titolo esemplificativo, A. BERNARDI, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene editore, Napoli, 2017 e il già citato C. AMALFITANO, (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano 2018.

⁷⁰⁶ Corte giust., C-105/14, 8 settembre 2015, *Taricco I*.

⁷⁰⁷ Corte cost., ord. n. 24 del 2017, che era stato preceduto da un primo rinvio pregiudiziale in un giudizio in via incidentale, con toni decisamente più dialoganti, Corte cost., ord. n. 207 del 2013. Il primo rinvio pregiudiziale in assoluto della nostra Corte costituzionale, in un giudizio però in via di azione, è stato, Corte cost., ord. n. 103 del 2008.

Corte di giustizia in *M.A.S.*⁷⁰⁸ se, da un lato, sembra ribadire la sua impostazione originaria sull'effetto diretto dell'art. 325 TFUE, riconosce allo stesso tempo – su evidente sollecitazione dei giudici costituzionali italiani – che il principio di legalità penale è un principio generale *anche* del diritto sovranazionale e che pertanto la disapplicazione si blocca se – «a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato»⁷⁰⁹ – si entra in contrasto con quest'ultimo principio dell'Unione europea. La risposta, però, non pare sufficiente alla nostra Corte costituzionale che con la sua seconda pronuncia⁷¹⁰ non riconosce nessuna applicazione alla *regola Taricco*, esercitando – a parere di parte della dottrina⁷¹¹ – *de facto* la *dottrina dei controlimiti*. Anche in questo esempio di seconda *perturbazione* è evidente come l'identità costituzionale possa fungere da possibile strumento per influenzare il diritto sovranazionale, come dimostra – a maggior ragione tra l'altro – una subito successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, sempre in materia di legalità penale⁷¹².

Quello che si può dire, per ora, in conclusione di paragrafo è come, da un'analisi condotta e da alcuni esempi riportati, l'identità costituzionale in senso stretto sia passata da una fase di dormienza a una fase di piena attività e sia venuta in evidenza in contesti altamente sensibili della discrezionalità degli Stati membri, come la politica economica e la materia penale. In aggiunta a ciò, quello che se ne può trarre è che la Corte di giustizia, se coinvolta in un certo modo persuasivo, risponde al potenziale conflitto costituzionale su questo fronte, accogliendo alcune delle sollecitazioni costituzionali nazionali e dimostrando un certo grado di porosità. L'identità costituzionale in senso stretto resta, tuttavia, nello spazio pubblico europeo (seppur con una notevole mole di importanza quantitativa) *uno* dei diversi pezzi del *puzzle* che definiscono questa seconda stagione dei conflitti, ma non l'unico.

10. (Segue) Il giudizio *ultra vires* e l'interpretazione dell'art. 51 CDFUE

Un diverso fronte da dover approfondire sul *discorso* sull'identità costituzionale è il ruolo giocato dal giudizio *ultra vires*. Questo forma di controllo sui limiti all'integrazione europea compare per la prima volta nel diritto pubblico europeo con la sentenza *Maastricht Urteil*⁷¹³ con cui la Corte costituzionale tedesca – sancendo la natura non federale ma di *Staatenverbund* dell'Unione europea – stabilì che il diritto sovranazionale era caratterizzato dal cd. principio del *conferral* e che, pertanto, essa si riservava di effettuare un controllo su eventuali atti europei che eccedessero il campo di competenze loro affidate. La motivazione sottostante posta dai giudici tedeschi non era, d'altra parte, troppo peregrina: uno sfioramento nell'esercizio delle competenze sovranazionali avrebbe intaccato il principio democratico alla base del sistema costituzionale tedesco, sottraendo indebitamente competenze non cedute

⁷⁰⁸ Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M. B.*

⁷⁰⁹ Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M. B.*, paragrafo 62.

⁷¹⁰ Corte cost., sent. n. 115 del 2018.

⁷¹¹ D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, 160.

⁷¹² Corte giust. C-574/15, 2 maggio 2018, *Mauro Scialdone*, Corte giust. C-310/16, 17 gennaio 2019, *Peter Dzivev e al.*

⁷¹³ BVerfG, BVerfGE 89, 155.

all'Unione dalla determinazione degli organi politico-istituzionali tedeschi. Ci troviamo davanti così ad uno dei *topos* classici dei rapporti tra ordinamenti, ovvero quello della delimitazione delle competenze del diritto sovranazionale.

Tema complicato e molto scivoloso, questo, su cui per l'appunto si sono registrati numerosi conflitti costituzionali. Il problema si è posto, si pone e si porrà per l'evidente carattere controverso della questione delle competenze e del diverso e più ampio tema dell'*ambito di applicazione* del diritto sovranazionale. Senza entrare nel dettaglio e molto brevemente, nel diritto europeo ci troviamo davanti ad una vera e propria «competence constellations»⁷¹⁴: alle *competenze positive* – quelle, per l'appunto, che determinano la titolarità a legiferare da parte degli organi sovranazionali, a sua volta distinguibili in competenze “per materie” e competenze “funzionali” – si accompagnano le *competenze negative* del diritto sovranazionale, che sono quelle che si determinano dalla trasversalità dell'interpretazione delle *economic liberties* che non possono essere violate dagli Stati anche nei campi di loro esclusiva competenza. A questo doppia dimensione, poi, si aggiungono – con una sfera applicativa analoga alle quattro libertà – anche i principi generali del diritto comunitario e il divieto di non discriminazione sulla base della nazionalità. Questi sono solo alcuni esempi della più generale questione del principio di attribuzione in Unione europea, ma da cui si può ben comprendere come ci sia un evidente sdoppiamento nel diritto sovranazionale tra competenze, inteso come competenza a legiferare (le cd. *competenze positive*) e *ambito di applicazione*⁷¹⁵, concetto più ampio che racchiude tutto quel fenomeno di espansione della sfera di influenza del diritto europeo. L'*ambito di applicazione*, infatti, permette di riferirsi a quella dimensione più larga, che raccoglie quei processi di *competence creep* o *competence sweep*⁷¹⁶ del diritto sovranazionale, che rappresentano un'erosione strisciante ed indiretta di competenze statali non esplicitamente cedute dagli Stati all'Unione. Un esempio lampante, a questo proposito, è la recente interpretazione data sull'art. 51 della CDFUE⁷¹⁷ da parte della Corte di giustizia, a partire dal caso *Åkenberg Fransson*⁷¹⁸, con cui si è inaugurata una giurisprudenza molto espansiva sul significato di «attuazione del diritto dell'Unione»⁷¹⁹, che ha adottato un'interpretazione di questo lemma molto generosa «si da includervi non solo norme nazionali adottate allo specifico fine di attuare obblighi europei,

⁷¹⁴ S. GARBEN, *Confronting the Competence Conundrum: Democratising the European Union through an Expansion of its Legislative Powers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n. 1, 2015, pp. 57.

⁷¹⁵ M. E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, passim.

⁷¹⁶ A. PRECHAL, *Competence Creep and General Principles of Law*, in *Review of European and Administrative Law*, vol. 3, n. 1, 2010, 5 e ss.; S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, vol. 23, n. 1, 2004, 1 e ss.

⁷¹⁷ «1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati. 2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati».

⁷¹⁸ Corte giust., C-617/10, 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, in cui si parla di «situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione» o di «normativa nazionale che [...] si colloca nell'ambito di diritto dell'Unione» (considerando 19 e 23).

⁷¹⁹ In contrasto con un'altra giurisprudenza più restrittiva sul significato di attuazione, inteso in senso di implementazione in senso stretto, Corte giust., C-5/88, 13 luglio 1989, *Wachauf*.

ma altresì qualsiasi norma nazionale che interferisca con l'applicazione della normativa europea o ne pregiudichi, in qualche modo, l'effettività»⁷²⁰. Una lettura dell'art. 51 CDFUE molto larga che ha permesso alla Corte di giustizia di considerare rientrante nell'*ambito di applicazione* del diritto sovranazionale (*ergo* dei diritti fondamentali europei) anche norme nazionali che intercettavano il solo cono d'ombra del diritto sovranazionale⁷²¹, su cui la dottrina si è esercitata per cercare di individuare – in un panorama estremamente casistico – una classificazione⁷²². Se è corretto, dunque, parlare di *competence creep* o *competence sweep*, è anche vero però che, in questo caso, non si incide sulla *titolarità* della competenza, ma piuttosto sul suo *esercizio*⁷²³. Un ultimo punto, invece, in cui si registra un'attrazione delle competenze a livello sovranazionale – più difficile da individuare agli occhi del giurista – è sicuramente quello della *governance economico-finanziaria*⁷²⁴, sia visto nella sua dimensione *micro* che *macro*. Nella dimensione *micro*, siamo in un campo più sfumato da intercettare per l'ampio spettro di strumenti di *soft law* adottati dal diritto sovranazionale per garantire un controllo disciplinare dei bilanci degli Stati membri, in cui, però, l'influenza non *della* ma *sulla* produzione normativa nazionale (un esempio fra tutti potrebbe essere la centralizzazione sul *Semestre europeo*) è più profonda di quanto si possa pensare. In buona sostanza, quello che si realizza nella dimensione *micro*, è una tendenza secondo cui alcune competenze pur rimanendo formalmente statali, a livello sostanziale nel loro esercizio vengono incisivamente etero-direzionate tramite gli organi esecutivi dell'Unione. A livello *macro*, i più rilevanti problemi si sono posti, nel periodo di crisi economica dei debiti sovrani, sugli interventi della BCE e sui limiti della sua politica monetaria, in particolare sugli effetti economici dei vari programmi di acquisto dei titoli di Stato sul mercato secondario. A parere di alcune Corti costituzionali, infatti, questi interventi eccedevano le attribuzioni della Banca centrale europea, sconfinando nel campo della politica economica sulla base di un'interpretazione ultronea dell'obiettivo macroeconomico principale – previsto dai Trattati

⁷²⁰ M. E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, *op.cit.*, 199.

⁷²¹ La Corte di giustizia richiede per ricadere all'interno dell'art. 51 CDFUE sia sufficiente dimostrare «l'esistenza di un collegamento di una certa consistenza, che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra» e verificare se la normativa nazionale «abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa», in Corte giust., C-206/13, 6 marzo 2014, *Siragusa*, considerando 24 e 25.

⁷²² Secondo M. E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, *op.ult.cit.*, 200 e ss., si rientra all'interno dell'ambito di applicazione del diritto sovranazionale se a) la normativa nazionale ha lo scopo di attuare una disposizione dell'Unione; se b) la normativa di diritto dell'Unione regola specificamente la materia oggetto della disciplina statale; se c) la normativa di diritto dell'Unione incide sulla normativa statale. Non vi è invece collegamento con il diritto sovranazionale se d) la norma nazionale, quale sia il suo carattere, persegue obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo.

⁷²³ B. DE WITTE, *Exclusive Member State Competence – Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of competences in the EU Legal Order: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 62.

⁷²⁴ M. DAWSON, *Integration Through Soft Law: No Competence Needed? Juridical and Bio Power in the Realm of Soft Law*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.) *The Division of competences in the EU Legal Order: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 249.

per la sua azione – della «stabilità dei prezzi»⁷²⁵ e del conseguente mantenimento dell'inflazione su livelli inferiori ma prossimi al 2 % nel medio periodo⁷²⁶.

Si capisce bene allora, dopo questa breve panoramica, come il tema del controllo *ultra vires* racchiuda in sé un alto potenziale di conflittualità. Si sono registrate, infatti, dalla teoria alla pratica alcune pronunce delle Corti costituzionali nel panorama nel diritto pubblico europeo, in cui atti del diritto sovranazionale sono stati dichiarati *ultra vires*. La prima a rompere il tabù, su questo fronte, è la Corte costituzionale ceca nel famoso caso delle cd. *pensioni slovacche*⁷²⁷. Siamo davanti ad una questione molto intricata e figlia di scontri all'interno delle stesse supreme magistrature slovacche, ma che merita di essere trattata – seppur brevemente – non tanto per gli effetti sui rapporti inter-ordinamentali ma per essere stata la prima vera occasione in cui una Corte costituzionale ha utilizzato l'arma del controllo *ultra vires*. In estrema sintesi, in seguito alla dissoluzione della Repubblica federale ceca e slovacca, i governi ceco e slovacco avevano firmato un Trattato per regolare gli effetti della dissoluzione della Federazione, in cui erano regolamentati i pagamenti delle prestazioni previdenziali dei cittadini previdenziali dei due Stati. Su questo verteva il conflitto tra la Corte costituzionale ceca – che in una pronuncia del 2003⁷²⁸ aveva stabilito il principio di una necessaria compensazione dei cittadini cechi sulla base delle loro legittime aspettative pensionistiche (in caso in cui avessero subito una compressione di queste a causa dell'applicazione del Trattato) sulla base del principio di non discriminazione previsto dalla Costituzione ceca – e la Corte amministrativa suprema ceca (insieme al Governo ceco stesso) che affermava la superiorità del Trattato internazionale a qualsivoglia disposizione costituzionale e che, pertanto, negava la legittimità della compensazione. In questo contesto così delineato, viene coinvolta la Corte di giustizia con il caso *Landtova*⁷²⁹, che pronunciandosi sulla questione e valutando la compatibilità della soluzione della Corte costituzionale ceca in merito al principio di parità di trattamento presente nei Trattati, riconobbe le ragioni della giustizia amministrativa ceca. A questo punto, si inserisce la reazione della Corte costituzionale ceca con il caso *Holubec*⁷³⁰, che decide di dichiarare *ultra vires* la giurisprudenza della Corte di giustizia e di utilizzare per la prima volta questo strumento nello spazio pubblico europeo. La vicenda, ad ogni modo, si chiude con un intervento della politica, nella forma di un indennizzo previsto per tutti i ricorrenti da parte del governo ceco⁷³¹. Il secondo caso, invece, riguarda la Danimarca e verteva su un contrasto

⁷²⁵ Art. 127 comma 1 TFUE: «L'obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali, in appresso denominato «SEBC», è il mantenimento della *stabilità dei prezzi*. Fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea. Il SEBC agisce in conformità del principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo una efficace allocazione delle risorse e rispettando i principi di cui all'articolo 119».

⁷²⁶ BANCA CENTRALE EUROPEA, *The Monetary Policy of the ECB*, 2011, in, www.ecb.europa.eu.

⁷²⁷ Per una disamina approfondita e per la conferma della tesi a cui si aderisce nel testo, ovvero di una vicenda del tutto inserita all'interno dello scontro tra giurisdizioni superiori della Repubblica ceca, M. BOBEK, *Landtová, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n. 1, 54 e ss.

⁷²⁸ Corte costituzionale ceca, n. II.ÚS 405/02, *Pensioni slovacche I*, decisione del 3 giugno 2003.

⁷²⁹ Corte giust., C-399/09, 22 giugno 2011, *Marie Landtová*.

⁷³⁰ Corte costituzionale ceca, causa n. Pl. ÚS 5/12, *Pensioni slovacche II*, XVII, decisione del 31 gennaio 2012.

⁷³¹ A ulteriore dimostrazione del carattere nazionale della vicenda, il seguito fu la presenza del problema per i giudici di merito cechi se aderire o meno alla giurisprudenza costituzionale o alla Corte di giustizia. La questione

interpretativo, in merito all'applicazione del principio generale del diritto comunitario di non discriminazione in base all'età (e alla sua applicazione orizzontale *inter privatos* sulla base della contestata giurisprudenza *Mangold*), che trovava in aggiunta una codificazione nella direttiva 2000/78/CE del Consiglio. Anche in questo contesto, siamo davanti ad un conflitto costituzionale che si sviluppa in più tappe: ad una decisione della Corte suprema danese che non riconosce come applicabile il principio di non discriminazione in base all'età (in un caso riguardante la domanda di un lavoratore che, pur avendo raggiunto l'età pensionabile, richiedeva l'indennità di licenziamento non dovuta sulla base della legge danese applicabile⁷³²) e che, contestualmente, decide di sollevare un rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia risponde con la pronuncia *Dank Industri*⁷³³, ribadendo l'applicazione orizzontale del principio generale e chiedendo alla Corte suprema danese o di interpretare conformemente la normativa nazionale o di disapplicarla. La contro-risposta dei giudici supremi danesi in *Ajos*⁷³⁴, a questo punto, è la qualificazione di questa giurisprudenza come atto *ultra vires*, con argomentazioni di taglio molto originalista, adottando un approccio tutto concentrato sulla sua interpretazione del *Danish Accession Act*⁷³⁵ come base legale per determinare la suddivisione delle competenze tra ordinamento danese e quello sovranazionale, che ha portato alla conclusione che il principio di non discriminazione sulla base dell'età, non trovando un'espressa previsione nei Trattati e vista la sua origine pretoria (non essendoci stata un'adesione esplicita della Danimarca in tal senso), supera i limiti dalla Costituzione danese in merito alla partecipazione europea⁷³⁶ e non può, pertanto, portare alla disapplicazione della legge danese ed eccede le competenze della Corte di giustizia.

In materia, però, di controllo *ultra vires* degli atti sovranazionali, la giurisprudenza costituzionale tedesca resta la più significativa. Un primo punto di scontro con la Corte di giustizia su questo profilo riguarda l'interpretazione dei principi generali e dei diritti fondamentali del diritto sovranazionale, come ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni. Ci riferiamo, in questo caso, alla nota sentenza *Honeywell*⁷³⁷, in cui la Corte costituzionale tedesca risponde – seppur indirettamente – alla giurisprudenza *Mangold*⁷³⁸ in materia del principio di non discriminazione e ribadisce il suo ruolo di guardiano del processo di integrazione attraverso il controllo sulle competenze, ma allo stesso tempo riafferma un cd.

si risolse con un intervento compensativo del governo ceco per i ricorrenti e il ritiro del nuovo rinvio pregiudiziale che il Consiglio di stato ceco aveva sollevato davanti alla Corte di giustizia, Corte di giustizia, C-253/12, cancellata dal ruolo il 27 marzo 2013.

⁷³² Art. 2, paragrafo 1 della *Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (funktionærloven)* che prevedeva testualmente: «In caso di licenziamento di un lavoratore subordinato, in servizio nella stessa azienda continuativamente per 12, 15 o 18 anni, il datore di lavoro, al momento della cessazione del rapporto di lavoro, gli corrisponde una somma pari, rispettivamente, a 1, a 2 ovvero a 3 mensilità di stipendio».

⁷³³ Corte giust., C-414/14, 19 aprile 2016, *Dank Industri*.

⁷³⁴ Corte suprema danese, n. 15/14, *Ajos A/S c. The Estate left by A*, decisione del 6 dicembre 2016.

⁷³⁵ Act of Parliament no. 321 of April 30, 2008.

⁷³⁶ Per un approfondimento e sulle implicazioni di un'interpretazione eccessivamente testuale della clausola di integrazione europea da parte della Corte suprema danese, M. R. MADSEN, H. P. OLSEN, U. ŠADL, *Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: the Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 1-2., 2017, 140 e ss.

⁷³⁷ BVerfG, 2 BvR 2661/06.

⁷³⁸ Corte giust., C-144/04, 22 novembre 2005, *Mangold*, poi ribadita *ex multis* in, Corte giust., C-555/07, 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*. Per il ruolo giocato dal principio di non discriminazione, vedi paragrafo 5 di questo capitolo.

europarechtsfreundlich, riconoscendo un certo margine di errore alla Corte di giustizia e costruendo il controllo *ultra vires* come *extrema ratio* in casi di sconfinamento macroscopico nelle competenze statali. Il tema, però, nodale dello stesso processo di integrazione europea, in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha dimostrato di voler esercitare un incisivo controllo sui limiti delle competenze sovranazionali è in materia di politiche monetarie, portate avanti dalla Banca centrale europea. A questo proposito infatti, in seguito alla già affrontata *saga Gauweiler*⁷³⁹ e al caso *Pringle*⁷⁴⁰, un ulteriore sviluppo del conflitto sulla politica macroeconomica per il governo della zona Euro⁷⁴¹, si ha con la *vicenda Weiss*. Questa volta, infatti, sotto la scure del Tribunale di Karlsruhe non era il programma OMT, ma un altro pezzo importante della politica monetaria della BCE come il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP)⁷⁴², ovvero un programma di acquisto sul mercato secondario (più volte prorogato) dei titoli di Stato dei Paesi membri dell'eurozona in difficoltà finanziaria. Anche in questo contesto, la Corte costituzionale tedesca sceglie di sollevare un rinvio pregiudiziale⁷⁴³ alla Corte di giustizia sulla legittimità di questo programma e sul potenziale travalicamento dei limiti di mandato della Banca centrale europea (nella politica economica non di sua competenza), lamentando che gli effetti indiretti della politica monetaria della BCE fossero delle surrettizie forme di rifinanziamento degli Stati membri (in violazione dell'art. 123 TFUE) e che la prosecuzione da oltre due anni di questi programmi di acquisto titoli, necessitasse di un nuovo giudizio sulla proporzionalità di questo meccanismo⁷⁴⁴. La risposta della Corte di giustizia non si è fatta attendere: con la pronuncia *Weiss*⁷⁴⁵, essa ha ribadito sostanzialmente la sua precedente giurisprudenza e ha confermato la legittimità del PSPP, esercitando un *soft control* formale sulla tecnicità delle scelte dall'organo tecnocratico competente quale la Banca centrale europea, in linea con l'obiettivo posto dai Trattati del perseguimento della stabilità dei prezzi. La soluzione proposta, dunque, dai giudici costituzionali tedeschi di un *hard control* sulle scelte politico-monetarie della BCE viene smentita e questo ha portato ad un ultimo – ma forse non definitivo epilogo – della *saga*

⁷³⁹ In cui i giudici costituzionali tedeschi presentano sia problemi attinenti all'identità costituzionale, ma anche in merito ad un possibile giudizio *ultra vires*.

⁷⁴⁰ Che non origina però dalla Germania ma da un rinvio pregiudiziale della Corte suprema irlandese alla Corte di Lussemburgo, sulla compatibilità del MES (*Meccanismo europeo di stabilità*) con il diritto sovranazionale, Corte giust., C-370/12, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle v. Irlanda*.

⁷⁴¹ Da non tralasciare anche il caso *Bankenunion* (BVerfG, 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14) in cui il Tribunale costituzionale tedesco ha giudicato compatibili con la *Grundgesetz* (se interpretati in maniera restrittiva) gli strumenti del *Single Supervisory Mechanism* (SSM) e il *Single Resolution Mechanism* (SRM), relativi al quadro normativo dell'Unione bancaria europea e su cui i giudici costituzionali tedeschi hanno effettuato il doppio controllo *ultra vires* e dell'identità costituzionale. Tra l'altro decisione di poco successiva ad un caso su una questione analoga a livello europeo (Tribunale, T-122/15, 16 maggio 2017, *Landeskreditbank*). Per un approfondimento dell'intreccio di queste giurisprudenze e dell'approccio del *Bundesverfassungsgericht*, P. FARAGUNA, D. MESSINEO, *Light and shadows in the Bundesverfassungsgericht's decision upholding the European Banking Union*, in *Common Market Law Review*, vol. 57, n. 5, 2020, 1629 e ss.

⁷⁴² Noto anche con il nome di *Quantitative Easing*, inaugurato come strumento di politica monetaria dall'allora Presidente della BCE Mario Draghi, e confermato nel suo utilizzo anche dall'attuale Presidente Christine Lagarde, a seguito dell'emergenza Covid-19, con il nome di *Pandemic emergency purchase programme* (PEPP).

⁷⁴³ Rinvio pregiudiziale con ordinanza del 18 luglio 2017, BVerfG, 2 BvR 859/15; 2 BvR 1651/15; 2 BvR 2006/15; 2 BvR 980/16, *Weiss I*.

⁷⁴⁴ Su cui, P. FARAGUNA, *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2017, 930 e ss.

⁷⁴⁵ Corte giust., C-493/17, 11 dicembre 2018, *Weiss*.

Weiss, con la recentissima decisione del Tribunale costituzionale tedesco⁷⁴⁶ (a seguito del rinvio pregiudiziale) del 5 maggio 2020. In quella che potremmo chiamare *Weiss II* accade un qualcosa che pochi si aspettavano: i giudici costituzionali tedeschi hanno ritenuto che «né la BCE nell'adottare le decisioni alla base dei programmi in questione, né la CGUE nell'affrontare il rinvio pregiudiziale nella sentenza *Weiss*, abbiano valutato in modo corretto se le misure previste in tali decisioni soddisfacessero il principio di proporzionalità» e in più che «nella totale assenza di proporzionalità delle misure, il BVerfG ha contestato l'assenza di motivazione della sussistenza della proporzionalità»⁷⁴⁷. La risposta della Corte costituzionale tedesca è stata, dunque – lasciando tre mesi di tempo per colmare questo onere argomentativo – di chiedere ulteriori spiegazioni alle istituzioni sovranazionali, pena il riconoscimento dell'atto come *ultra vires*. *De facto*, dunque, questa è stata la prima volta in cui anche la Corte costituzionale tedesca – su una materia così esiziale per le sorti dell'eurozona e dell'Unione europea tutta – ha dichiarato *ultra vires* (fino a prova contraria) una parte così rilevante della giurisprudenza della Corte di giustizia. Le implicazioni indirette⁷⁴⁸ di questa pronuncia possono essere molte, ma quello che basta dire in questo contesto ancora *in fieri* e non concluso, è che non paiono per nulla condivisibili proposte partigiane che hanno – giustamente valorizzando l'autonomia del diritto sovranazionale – assunto una difesa totale della Banca centrale europea, qualificando in senso negativo la scelta dei giudici tedeschi⁷⁴⁹; né paiono auspicabili soluzioni che, in un panorama dello spazio pubblico europeo ai confini della disgregazione disordinata, propongono un ulteriore giurisdizionalizzazione del conflitto costituzionale⁷⁵⁰. La ragione alla base della presente critica è comune: sia in un caso, come nell'altro, pare si sottovaluti il punto esiziale di questo conflitto giurisprudenziale che è la sostanziale incompletezza della zona euro e la sua strutturale incapacità di effettuare politiche redistributive; vero nodo da risolvere. Questi fenomeni di conflitti costituzionali – con logiche condivisibili a volte, meno in altre come in questo caso – sottendono, pertanto, un necessario intervento del *politico* che permetta di stabilire un vero «fiscal centre», che si proponga di realizzare (accompagnato da una politica monetaria compiuta) vere misure di redistribuzione e solidarietà non solo tra Stati, ma all'interno della stessa società europea. In conclusione, con *Weiss II* come si è detto giustamente, si è arrivati, su questo fronte dei conflitti costituzionali, «at the end of the law»⁷⁵¹.

11. (Segue) Il nuovo ruolo delle tradizioni costituzionali comuni

⁷⁴⁶ BVerfG, 2 BvR 859/15 – 2 BvR 1651/15 – 2 BvR 2006/15 – 2 BvR 980/16, *Weiss II*.

⁷⁴⁷ P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 430.

⁷⁴⁸ P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità, op.cit.*, parla di spinta della Corte costituzionale tedesca verso il MES per i Paesi più deboli dell'Eurozona e non di una protezione del principio di democrazia tedesco.

⁷⁴⁹ R. D. KELEMEN, P. EECKHOUT, F. FABBRINI, L. PECH, R. UITZ, *National Courts Cannot Override CJEU Judgments. A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order*, in www.verfassungsblog.de, 26 maggio 2020.

⁷⁵⁰ J. H. H. WEILER, D. SARMIENTO, *The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice. A Reply to Our Critics*, in www.eulawlive.com, 6 luglio 2020.

⁷⁵¹ M. DANI, J. MENDES, A. J. MENÉNDEZ, M. WILKINSON, H. SCHEPEL, E. CHITI, *At the End of the Law*, in www.verfassungsblog.de, 15 maggio 2020.

Il terzo polo che si inserisce nel più generale *discorso* sull'identità costituzionale è quello sulle *tradizioni costituzionali comuni*. Come abbiamo già visto nei paragrafi precedenti, fin dalla *prima perturbazione*, le tradizioni costituzionali comuni si sono già imposte al centro del dibattito, in particolare per la determinazione del parametro sovranazionale dei diritti fondamentali. Eravamo, però, allora ad uno stadio di integrazione molto diverso da quello attuale (anni '80 del secolo scorso), in cui era chiara la delimitazione tra mercato – affidato al diritto sovranazionale – e la generale *questione sociale*, pienamente rientrante all'interno delle coordinate del costituzionalismo democratico; e in cui eravamo in presenza, a livello di competenze affidate, di un'Unione europea con una portata ancora molto “leggera” e che non si era ancora dotata di una Carta dei diritti fondamentali. Si era, in altri termini, ad un livello di pre-istoria, in cui molti dei problemi attuali erano solo *in nuce* presenti. Solo in questa prospettiva si spiega l'approccio della Corte costituzionale tedesca quando, con l'adozione del *protocollo Solange*, ha stabilito una sostanziale equivalenza (seppur relativa) tra i cataloghi dei diritti fondamentali tra i due sistemi. Questa impostazione era giustificata dallo splendido isolazionismo formalista che l'approccio dualista permetteva alle Corti costituzionali e da un generale *favor Europae* che accompagnava quest'ultime negli anni '80. I due sistemi, potevano, infatti, a quel tempo vivere in due mondi diversi e mai intersecantesi. Ora, al contrario, il processo di integrazione è ad uno stadio molto avanzato e l'aumento della *complessità ordinamentale* impone alle Corti costituzionali di dover superare la vecchia impostazione della contemporanea coesistenza parallela dei binari di legalità e di doversi inserire nelle «convergenze o divergenze interpretative»⁷⁵² che giocoforza si danno in materia di diritti fondamentali nello spazio pubblico europeo. E, guarda caso, a causa di questa espansione del diritto sovranazionale, questo maggiore interventismo delle Corti costituzionali non si è fatto attendere nell'ultima decade. Come è stato detto giustamente, infatti, con alcuni dei nuovi orientamenti recenti dei giudici costituzionali europee si sono registrati dei veri e propri «atti interruttivi dell'usucapione»⁷⁵³ a danno del diritto sovranazionale, che ci confermano due dati, dunque: in una prospettiva *macro*, la venuta al pettine, *in primis*, di alcuni vecchi problemi del processo di integrazione europea la cui trattazione non è più rinviabile, e, *in secundis*, in una prospettiva *micro* e più centrata al *focus* in questo paragrafo, la volontà dei giudici costituzionali di non essere tagliati fuori dal circuito di protezione dei diritti fondamentali nello spazio pubblico europeo. È in questo contesto che il vecchio tema delle tradizioni costituzionali comuni – che qui proveremo a descrivere – assume una nuova veste, soffermandoci prima però su un'altra tessera del mosaico: il ruolo del rinvio pregiudiziale nel rapporto tra gli ordinamenti.

Per molti anni, il “posto” del rinvio pregiudiziale nelle dinamiche inter-ordinamentali è stato abbastanza chiaro. Questo, infatti, era stato concepito dalla Corte di giustizia come la chiave di volta dell'implementazione del diritto sovranazionale, che nel corso del tempo aveva trovato un *exemplum* di sistematizzazione in *Simmenthal*⁷⁵⁴ – accompagnato da una

⁷⁵² G. MARTINICO, *The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2015, 1351.

⁷⁵³ A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, 194 e ss.

⁷⁵⁴ Corte giust. C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal*.

giurisprudenza cospicua sia prima⁷⁵⁵ che dopo⁷⁵⁶ – che aveva, in buona sostanza, stabilito che questo strumento processuale rappresentava il principale «canale di comunicazione» tra Corte di Kirchberg e giudici comuni, che doveva «restare libero»⁷⁵⁷ da interferenze esterne. Questo integralismo sulla collocazione sistemica del rinvio pregiudiziale non era fine a sé stesso, ma era accostato, per la Corte di giustizia, al ruolo che di rimando giocava la disapplicazione, ulteriore appendice del «triangle magique» (effetto diretto, primato e rinvio pregiudiziale) del diritto sovranazionale, che compone il cuore pulsante della «*théorie judiciaire de l'intégration*»⁷⁵⁸. Sull'altro fronte interno, invece, quello delle Corti costituzionali, si era registrato per molti anni una generale acquiescenza verso questa configurazione del rinvio pregiudiziale, acconsentendo queste – come nel caso italiano – a che la pregiudiziale comunitaria avesse sempre precedenza sull'incidente di costituzionalità⁷⁵⁹, pena l'inammissibilità della questione. Nonostante si fossero levate alcune voci in dottrina per rilevare la non univocità logica di questa soluzione⁷⁶⁰, questo è stato grosso modo lo stato dell'arte fino al noto *affaire Melki*⁷⁶¹.

Senza entrare nel merito di questa vicenda che è stata considerata un crocevia del rapporto tra gli ordinamenti, basta dire in questa sede come questo caso possa essere rappresentato un primo parziale affievolimento di una logica integralista di interpretazione di *Simmenthal*. Il problema si poneva, infatti, per la prima volta, in relazione alla compatibilità tra l'obbligo di *question prioritaire de constitutionnalité*⁷⁶² e il rinvio pregiudiziale *ex art. 267 TFUE* e la possibile conseguente compressione – come denunciato dalla *Cour de Cassation* – del mandato europeo del giudice comune. La questione era, dunque, di estrema importanza per confermare gli assi della costruzione giudiziale del diritto sovranazionale, a cui però la risposta della Corte di giustizia – nonostante in astratto confermò la sua impostazione classica sul ruolo del primato – deviò seppur parzialmente, aprendo in concreto ad un certo margine di azione per la compatibilità della *question prioritaire de constitutionnalité* (e la tutela indiretta dei diritti costituzionali) con il rinvio pregiudiziale⁷⁶³. Tre sono state le condizioni dettate dai giudici lussemburghesi per garantire

⁷⁵⁵ Corte giust., C-283/81, 13 luglio 1982, *Cilfit.*, Corte giust., C-314/85, 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, Corte giust., C-116/73, 16 gennaio 1974, *Rheinmuehlen-Duesseldorf.*

⁷⁵⁶ A titolo esemplificativo sulla non limitazione dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale e della disapplicazione inteso in senso forte, Corte giust., C-348/98, 27 giugno 1991, *Mecanarte*, Corte giust., C-416/2010, 15 gennaio 2013, *Krizan* e Corte giust., C-409/06, 8 settembre 2010, *Winner Wetten GmbH*.

⁷⁵⁷ D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, 632.

⁷⁵⁸ A. VAUCHEZ, *Judge-made law: aux origines du modèle politique communautaire (retour sur Van Gend & Loos et Costa c. Enel)*, in O. COSTA, P. MAGNETTE (a cura di), *Une Europe des élites? Réflexions sur la fracture démocratique de l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 2007, 139-141.

⁷⁵⁹ *Ex multis*, Corte cost., sentt. nn. 284 del 2007, 319 del 1996, 536 del 1995, 38 del 1995, 294 del 1994, 8, 79 e 269, del 1991; 78, 389 e 450 del 1990, 152 del 1987.

⁷⁶⁰ F. SORRENTINO, *É veramente inammissibile il «doppio rinvio»?* , in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2002, 781 e ss.

⁷⁶¹ Corte giust., cause riunite C-188/10 e 189/10, 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*.

⁷⁶² Come introdotta in Francia a partire dalla riforma costituzionale del 2008 e dalla legge organica 2009-1523, che prevede l'obbligo per il giudice comune di sollevare prioritariamente una questione di costituzionalità al *Conseil constitutionnel*.

⁷⁶³ Parla di una soluzione «à première vue étonnante» e di volontà di «dialogue constructif», per il controllo stretto che la Corte di giustizia aveva esercitato su rinvio pregiudiziale precedentemente (Corte giust., C-348/98, 27 giugno 1991, *Mecanarte*), D. SARMIENTO, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit*

la coesistenza tra i due strumenti processuali e che rappresentano, ancora oggi, uno schema di conformità tutt'ora valido: la libertà degli organi giurisdizionali nazionali «di sottoporre alla Corte, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria», la possibilità «di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» e il potere «di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione»⁷⁶⁴.

Il caso *Melki*, tuttavia, seppur resta la pronuncia centrale per porre l'equilibrio su questo versante della tenuta dei due sistemi, non è rimasto un *unicum* ma è stato accompagnato da una giurisprudenza successiva che si è prodotta sulla stessa tematica. Un'altra pronuncia, infatti, che merita di essere menzionata in questo contesto è *A v. B*⁷⁶⁵. Siamo in una situazione non del tutto sovrapponibile al caso francese perché, mentre *Melki* riguardava un ostacolo al pieno dispiegamento al rinvio pregiudiziale operato da una disposizione legislativa di rango costituzionale, in *A v. B* la vicenda austriaca era più complessa, perché riguardava un nuovo orientamento giurisprudenziale⁷⁶⁶ stabilito dal *Verfassungsgerichtshof* che – decidendo su un ricorso diretto⁷⁶⁷ – aveva stabilito la possibilità per il giudice costituzionale di giudicare sulla conformità di norme legislative nazionali anche rispetto al parametro della Carta di Nizza⁷⁶⁸. La motivazione sviluppata dalla Corte costituzionale austriaca è un ragionamento *a contrario*: siccome essa già giudica utilizzando come parametro la CEDU (che in Austria è costituzionalizzata), non avrebbe senso, non farlo in caso di diritti discendenti dalla Carta di Nizza perché creerebbe – in una fattispecie di ricorso diretto – un vuoto di tutele dei diritti fondamentali derivanti dal diritto sovranazionale. Una questione, dunque, parzialmente differente rispetto a *Melki*, a cui però la risposta della Corte di giustizia è sostanzialmente la stessa di quella data nel caso francese⁷⁶⁹. Alcuni hanno sostenuto, a questo proposito, che la decisione dei giudici lussemburghesi in *A v. B* rappresenta un superamento della logica integralista di *Simmenthal*⁷⁷⁰ sul rapporto con il controllo di costituzionalità, mentre altri hanno letto questa decisione come affetta da «strabismo»⁷⁷¹ volontario per l'evidente mancanza di considerazione della diversità tra il caso d'Oltralpe e quello austriaco e per aver, di fatto, non colto il vero tema sottostante a quello (connesso ma ancillare) del “posto” del rinvio pregiudiziale: quello della

européen. L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européen sur toile de fond française, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 3, 2010, 588 e ss.

⁷⁶⁴ Corte giust., cause riunite C-188/10 e 189/10, 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, considerando 57.

⁷⁶⁵ Corte giust., C-112/13, 11 settembre 2014, *A v. B*.

⁷⁶⁶ Corte costituzionale austriaca, decisione U 466/11-18 e U 1836/11-13, del 14 marzo 2012.

⁷⁶⁷ In cui si pone, evidentemente, meno o per nulla il problema di ostacolare la libertà di rinvio del giudice comune.

⁷⁶⁸ E che solo, in via mediata, ostacolava il rinvio pregiudiziale dei giudici comuni, dovendo nel caso essi stessi aderire all'interpretazione dei diritti della Carta di Nizza, data dal *Verfassungsgerichtshof*.

⁷⁶⁹ La Corte di giustizia, ignorando la specificità del caso austriaco ha ribadito le tre condizioni di ammissibilità, già stabilite in *Melki*, per il rinvio pregiudiziale.

⁷⁷⁰ Dandone, dal punto di vista europeo, una forte lettura critica, R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2014, p. 4089

⁷⁷¹ A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in www.diritticomparati.it, 2 ottobre 2014.

rinazionalizzazione dei diritti fondamentali⁷⁷². In realtà, seppur questa prospettiva pare quella corretta, più che rinazionalizzazione dei diritti fondamentali, si potrebbe parlare – a proposito di questa recente giurisprudenza – più precisamente di una tendenza delle Corti costituzionali a *ri-accentrare* sul giudizio di costituzionalità⁷⁷³ una casistica che avevano lasciato all'esclusivo rapporto giudice comune-Corte di giustizia, causata dai due principali fattori del *prosciugamento* del controllo di costituzionalità e della sempre più presente *sovrapposizione* interpretativa in materia di diritti a *doppia tutela*⁷⁷⁴. Da questo punto di vista, le frizioni giurisprudenziali sul “posto” del rinvio pregiudiziale sono, dunque, solo il classico discorso di mezzo a fine: in altri termini, un epifenomeno di una partita più nascosta.

Acquisiti questi dati preliminari e di contesto, arriviamo così al cuore dell'argomentazione sul nuovo ruolo delle *tradizioni costituzionali comuni*. Su questo fronte due sono le principali novità: il nuovo orientamento della sent. n. 269 del 2017⁷⁷⁵ della nostra Corte costituzionale e quello dell'onnipresente *Bundesverfassungsgericht* nelle due sentenze sul diritto all'oblio⁷⁷⁶. Per quanto riguarda la nostra Corte costituzionale come per quella tedesca, si è posto, infatti, un problema di sindacato su quei diritti fondamentali che sono presenti contemporaneamente nelle Costituzioni nazionali e nella Carta di Nizza e sul conseguente rapporto che si deve porre – in questi casi – tra le Corti costituzionali e la Corte di giustizia. Un tema che sicuramente esisteva già ben prima, ma che viene al pettine ora – come abbiamo cercato di spiegare in apertura – perché con l'aumento delle competenze sovranazionali e con l'entrata in vigore della CDFUE, il nodo interpretativo non è più evitabile, vista l'altissima probabilità che conflitti costituzionali si diano su questi diritti a *doppia tutela*. Tre paiono i principali obiettivi su cui le due Corti costituzionali sono convergenti: un ri-accentramento del giudizio costituzionale, un depotenziamento dello strumento della disapplicazione e la configurazione di un contributo più partecipativo alla definizione delle tradizioni costituzionali comuni⁷⁷⁷.

Questo, infatti, pare di fondo il *fil rouge* dell'orientamento portato avanti a partire dalla sent. n. 269 del 2017 in Italia. L'ispiratore principale di questo aggiornamento di *Granital* come noto è senza dubbio Augusto Barbera, il quale aveva scritto e argomentato a favore di un parziale delimitazione della *dottrina Simmenthal*⁷⁷⁸, le cui tesi sono state alla base delle motivazioni per il nuovo orientamento. Il punto innovativo è il seguente: allargare

⁷⁷² A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali?*, *op.cit.*, passim.

⁷⁷³ Parafrasando la tesi e l'espressione utilizzata da, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, 2020, Bologna.

⁷⁷⁴ S. LEONE, *In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di diritto fondamentale a doppia tutela?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, 2020, Bologna, 111 e ss.

⁷⁷⁵ Corte cost., sent. n. 269 del 2017, a cui sono seguite Corte cost., sent. n. 20 del 2019, Corte cost., sent. n. 63 del 2019, Corte cost. sent. n. 112 del 2019, Corte cost., ord. n. 117 del 2019, Corte cost., sent. n. 11 del 2020, Corte cost., sent. n. 44 del 2020, Corte cost., ord. n. 183 del 2020.

⁷⁷⁶ BVerfGE, 1 BvR 16/13 – *Right to be forgotten I* e 1 BvR 276/17 – *Right to be forgotten II*.

⁷⁷⁷ Per una lettura critica della precisazione, A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2019, 9 e ss.

⁷⁷⁸ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, 149 e ss, ma anche con l'apporto teorico non secondario dell'allora relatrice Marta Cartabia della sent. n. 269 del 2017, M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 13 e ss.

il sindacato di costituzionalità anche ai diritti *a doppia tutela*. Siamo ancora, però, in presenza di una costruzione giurisprudenziale *in fieri*⁷⁷⁹, dai contorni ancora non del tutto definiti. Lo si vede bene dalla due questioni su cui si è dibattuta maggiormente la dottrina: la priorità del giudizio costituzionale e l'ambito di applicazione della *precisazione*. Sul primo punto, se nella sent. n. 269 del 2017 pareva esistere un obbligo di sollevare questione *prima* alla Corte costituzionale, a partire dalla sent. n. 20 del 2019, questo obbligo⁷⁸⁰ sembra essere venuto meno e trasformatosi in una mera *facoltà*. Sul secondo, invece, i confini sono ancora sfumati ma anche in questo caso, la Corte costituzionale sembra aver ampliato il campo di applicazione della *precisazione*⁷⁸¹, oscillando tra un allargamento al diritto primario o secondario «in collegamento con la Carta»⁷⁸² e un più radicale criterio sostanzialistico legato alla «materia costituzionale»⁷⁸³; effetto legato, molto probabilmente, di rimando, anche in parte all'incerto ambito di applicazione della stessa Carta di Nizza⁷⁸⁴, fonte normativa su cui poggia l'impalcatura della *precisazione*. Se l'assestamento è ancora in essere⁷⁸⁵, dunque, la diagnosi parte, però, dalla condivisione di un bisogno di dismettere un atteggiamento isolazionista⁷⁸⁶ della Corte costituzionale – che non ha avuto altra conseguenza che un ridimensionamento del ruolo di questa nel *circuito* di protezione dei diritti fondamentali – e di provare a limitare fortemente l'uso disinvolto che i giudici comuni avevano fatto della disapplicazione. La novità teorica della sent. n. 269 del 2017 si mostra, poi, anche in un altro dato: le potenzialità dell'efficacia *erga omnes* della dichiarazione di costituzionalità. Questo strumento – a parere della Corte – infatti rappresenta il vero espediente argomentativo per giustificare l'accentramento, perché permette contestualmente di garantire la doppia dimensione di una maggiore effettività nella protezione dei diritti fondamentali e il perseguimento di una certezza e prevedibilità nei casi di diritti *a doppia tutela*. Un *ri-accentramento* costruito, dunque, in una doppia prospettiva: verso i giudici comuni per restringere l'eccessivo *empowerment* di cui questi hanno beneficiato (disapplicazione *in primis*) con l'avvento della legalità sovranazionale e scongiurare il rischio della realizzazione di «un inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità»⁷⁸⁷; verso la Corte di giustizia, per costruire un confronto strutturale sui diritti *a doppia tutela*. Sul secondo fronte, infatti, l'obiettivo primario sembra quello di promuovere un utilizzo massiccio del rinvio

⁷⁷⁹ Suddividibile in due grandi blocchi: uno più muscolare e che forse aveva come obiettivo quello di fungere da *apripista* in cui rientrano Corte cost., sent. n. 269 del 2017 e Corte cost., sent. n. 20 del 2019, e uno più *apaisé*, in cui si collocano le altre quattro pronunce Corte cost. sentt. Nn. 63 e 112 del 2019, 11 e 44 del 2020, e i due rinvii pregiudiziali Corte cost. ord. n. 117 del 2019 e Corte cost. ord. n. 182 del 2020.

⁷⁸⁰ Anche perché sarebbe stato di difficile applicazione, vista la mancanza di una sanzione, che negli altri ordinamenti costituzionali è garantita dal ricorso diretto.

⁷⁸¹ M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 738.

⁷⁸² Corte cost., sent. n. 20 del 2019.

⁷⁸³ A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario sulle questioni assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3, 2017, 234 e ss.

⁷⁸⁴ K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n. 3, 2012, 375 e ss.

⁷⁸⁵ Su cui si dirà maggiormente nel capitolo 3 paragrafo 5.

⁷⁸⁶ Prima della sent. n. 269 del 2017, la Corte costituzionale aveva sollevato solo 3 rinvii pregiudiziali: uno in un giudizio in via di azione, uno in via incidentale e l'ultimo con l'*ordinanza Taricco*.

⁷⁸⁷ Corte cost. sent. n. 269 del 2017, punto 5.3.

pregiudiziale – di *normalizzarlo* – per provare a rompere il *monopolio interpretativo* della Corte di giustizia sulla definizione di cosa siano le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri *ex artt.* 6 TUE e 52 CDFUE⁷⁸⁸. Anche qui, dunque, si registra un potenziale conflitto costituzionale, che la nostra Corte costituzionale pone per cercare di dare un volto più *plurale* alla definizione del diritto pubblico europeo.

Discorso molto simile vale per le due sentenze della Corte costituzionale tedesca sul diritto all'oblio. Anche in questo caso, siamo in presenza di una giurisprudenza ancora *in progress* ma quello che se ne può trarre da queste due recenti pronunce è un parziale tentativo di superamento del *protocollo Solange*⁷⁸⁹ e una nuova attenzione data ad una costruzione plurale delle tradizioni costituzionali comuni. Come è stato giustamente ricordato, il *sistema Granital* e il *protocollo Solange* non sono sovrapponibili, essendo il primo incentrato saldamente su «un rapporto tra *fonti*», mentre il secondo su un «piano di ripartizione delle *competenze*»⁷⁹⁰. Le differenze, dunque, ci sono tra l'innesto della precisazione della sent. 269 del 2017 nel *sistema Granital* e l'innovazione delle due pronunce tedesche nel *protocollo Solange*, ma esiste anche un punto di incontro importante tra le due giurisprudenze, che è dato da una concentrazione congiunta sul nuovo ruolo delle *tradizioni costituzionali comuni*. Non a caso, a sostegno della tesi che questo nuovo posizionamento delle Corti costituzionali possa aprire un nuovo fronte di conflitti costituzionali, la dottrina europeista si è fin da subito adoperata per proporre soluzioni che limitino i potenziali effetti destabilizzanti del *sistema Simmenthal*⁷⁹¹.

Ad ogni modo, entrando nel merito delle due pronunce tedesche, nella prima ci si trova di fronte ad un caso di una disciplina nazionale di derivazione europea non armonizzata, su cui il parametro dei *Grundrechte* ha la precedenza ma – e qui sta la novità introdotta – la cui applicazione (punto su cui pongono l'attenzione i giudici costituzionali) va inserita in un contesto più largo in cui è necessario cercare un certo grado di *convergenza dinamica* con il legislatore dell'Unione e con i diritti della Carta di Nizza. La Corte costituzionale tedesca valorizza, infatti, in questo contesto la multiformità dei sistemi di protezione e parla di un vero e proprio *equilibrio federale* da dover assecondare, che trova il suo punto di sutura nell'art. 53 CDFUE (letto come principio di sussidiarietà) che stabilisce una presunzione *iuris tantum* sull'equivalenza dei *Grundrechte* con i diritti fondamentali previsti dal diritto sovranazionale: ribaltando, di fatto, l'equivalenza dell'argomento *Solange*. Questo non significa, però, che questa convergenza sia sempre possibile; in caso contrario, infatti, il *Bundesverfassungsgericht* riconosce la prevalenza dello *standard* di tutela sovranazionale e, contestualmente, ammette la possibilità per la prima volta, di includere la Carta all'interno del suo parametro di giudizio⁷⁹². Come è stato giustamente notato, questa nuova lettura pur se «mai chiaramente tematizzata in questi termini», non stravolge l'impostazione di *Solange*

⁷⁸⁸ Alla base però anche della determinazione dei diritti fondamentali, intesi come principi generali del diritto comunitario.

⁷⁸⁹ Non c'è stato tecnicamente un *overruling* altrimenti si sarebbe dovuto procedere ad una *Plenarentscheidung*.

⁷⁹⁰ G. REPETTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 348.

⁷⁹¹ Sul versante della *precisazione* italiana, R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra carte e corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers*, 19 giugno 2020, 1 e ss.

⁷⁹² Che, nel caso *Right to be forgotten I* però non si dà, lasciando che i *Grundrechte* vengano applicati integralmente.

II ma sicuramente «ne innova i contenuti e, soprattutto, i protocolli operativi»⁷⁹³, poggiandosi sulla valorizzazione delle tradizioni costituzionali comuni in materia di diritti fondamentali e su un'idea di fondo molto più pluralistica di rapporti tra ordinamenti. In *Right to be forgotten II* invece, siamo in presenza di una disciplina nazionale di derivazione europea completamente armonizzata. In questo caso, la Corte costituzionale tedesca – seguendo la sua classica impostazione – riconosce la regressione dei *Grundrechte* e l'applicazione del parametro sovranazionale ma, a questo punto (e qui sta la novità più importante), non dichiara la questione inammissibile ma, inaspettatamente, rivendica il sindacato. La motivazione apportate a questo aggiornamento sono due, principalmente: la prima è di carattere istituzionale, ovvero che anche la Corte costituzionale tedesca – in quanto organo dell'Unione – non può esimersi dal prendere in carico la protezione dei diritti fondamentali apportando il suo contributo *partecipativo ex art. 23 LF*⁷⁹⁴; la seconda riguarda il ruolo del ricorso diretto. Il cambio argomentativo è evidente perché, precedentemente, la Corte costituzionale tedesca si limitava a sanzionare con il ricorso diretto solo il mancato sollevamento di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici comuni se di ultima istanza, mentre a partire da questa pronuncia, il giudizio sanzionatorio (e quindi il potenziale sindacato) avverrà per ogni profilo processuale e sostanziale. È tramite questa spiegazione, dunque, che il *Bundesverfassungsgericht* riesce ad attrarre la Carta di Nizza nel suo sindacato, aggiungendo che – a differenza di prima in cui si era astenuto dall'esercitare questo controllo perché riguardante casi di *validità* di una regola di diritto sovranazionale (di esclusiva competenza della Corte di giustizia) – in questo caso si tratta di un'*applicazione* di queste. È, dunque, il controllo indiretto sulla corretta *applicazione* (e quindi interpretazione) della Carta di Nizza, che garantisce alla Corte tedesca di giungere a questo obiettivo. A questo punto, dunque, seguendo questa linea interpretativa, questa nuovo controllo/partecipazione si potrà declinare in due modi diversi: in caso di questione controversa sul parametro europeo sussisterà l'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (incluso per il *Bundesverfassungsgericht*), invece in caso in cui non si presentino dubbi interpretativi saranno i giudici costituzionali tedeschi stessi a dichiarare l'incostituzionalità della norma incompatibile. Il *passerpartout* argomentativo di questo nuovo orientamento è evidentemente basato sulle potenzialità del ricorso diretto⁷⁹⁵, che funge da forte arma negoziale perché garantisce, da una parte, un *surplus* di tutela dei diritti fondamentali di tipo immediato, che il circuito Corte di giustizia-giudici comuni consente solo in via mediata; e, dall'altra, permette ai giudici costituzionali tedeschi di ricavarci un ruolo di preminenza tra i giudici nazionali nella corretta applicazione della Carta di Nizza. Binari diversi, dunque, con una strategia costituzionale differente rispetto alla Corte italiana, che, però, segnano una nuova stagione di *ri-accentramento* e di potenziali conflitti costituzionali anche sul fronte dei diritti a *doppia tutela*.

⁷⁹³ G. REPETTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri?*, *op.cit.*, 338-339.

⁷⁹⁴ È la prima volta, però, che riconosce questa responsabilità per sé stessa, avendolo prima solo ricavato per le istituzioni politiche (Parlamento e Governo).

⁷⁹⁵ F. SAITTO, *Salvare Solange? Parallelismo dei cataloghi e tutela integrata dei diritti fondamentali in Europa dopo le sentenze sul diritto all'oblio del Bundesverfassungsgericht*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 177 e ss.

12. Conflitti costituzionali e le diverse ragioni ordinamentali: e la questione sociale?

Abbiamo visto, nella seconda parte di questo capitolo, come siano ancora ben presenti dopo la prima *perturbazione* degli anni '70-'80, una seconda *perturbazione* di effettivi e potenziali conflitti costituzionali nel diritto pubblico europeo. Stagione che non a torto è stata definita da alcuni una vera e propria manifestazione di «constitutional resistance»⁷⁹⁶ da parte delle Corti costituzionali. Fermarsi, però, a registrare questa tendenza e provarne a descrivere le coordinate principali, ci pare un lavoro che lascia evase una serie di domande fondamentali: perché si manifestano questi conflitti costituzionali? Perché si presentano queste ondate di *perturbazioni* tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale? Qual è la motivazione di fondo alla base di questa tensione dialettica del diritto pubblico europeo, ma forse anche più allargando l'orizzonte, dello stesso spazio pubblico europeo? A queste domande, sembra necessario provare ad immaginare alcune – seppur parziali – risposte.

Prima, però, una piccola considerazione preliminare. Molto spesso, quando si parla di Corti costituzionali – o più in generale di Corti supreme – si compie l'errore di *soggettivizzare* eccessivamente alcune posizioni giurisprudenziali di politica del diritto. L'espressione più spesso utilizzata, a questo proposito, è quella di «judicial ego»⁷⁹⁷, per indicare un certo grado di protagonismo che le Corti costituzionali – per loro stessa natura – hanno, spesso, voluto esercitare per incidere profondamente negli sviluppi delle loro società di riferimento. È senza dubbio molto utile calare in un contesto sociologico più ampio l'operato dei giudici costituzionali, perché questo ci permette di cogliere l'elemento falsificabile e altamente politico di alcuni orientamenti giurisprudenziali, ma non bisogna nemmeno sfociare in un eccessivo realismo giuridico, seguendo il famoso adagio attribuito al giudice federale della Corte d'Appello americana Jerome Frank, secondo cui «la giustizia è ciò che il giudice ha mangiato a colazione». È necessario, al contrario, provare a inserire gli orientamenti giurisprudenziali delle Corti costituzionali nel *contesto* storico-sociale, considerandoli come uno degli elementi che danno “forma” alle nostre comunità politiche. Le scelte di politica del diritto delle Corti costituzionali vanno – detto in altri termini – calate nelle dinamiche degli ordinamenti giuridici e lette come parte del tessuto che compone le *costituzioni materiali* di questi.

Applicando questo approccio, dunque, non ci si può limitare ad inquadrare la natura conflittuale del diritto pubblico europeo come un effetto del tratto identitario delle Corti costituzionali, portatrici di una mera «sovereignty in disguise»⁷⁹⁸. O – seppur in parte cogliendo sul punto – leggere i conflitti costituzionali nello spazio pubblico europeo come un semplice dato descrittivo, inteso come frutto di una «tangled complexity»⁷⁹⁹ mai

⁷⁹⁶ M. KUMM, V. FERRER COMELLA, *The primacy clause in the Constitutional Treaty and the future of constitutional conflict in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 2-3, 2005, 473 e ss.

⁷⁹⁷ J. H. H. WEILER, *Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 1, 2011, 1 e ss.

⁷⁹⁸ J. H. H. WEILER, *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, 236.

⁷⁹⁹ G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, London, 2014.

risolvibile, a cui il diritto deve cercare di porre rimedio, come tecnica di minimizzazione del loro impatto. Questi conflitti costituzionali, soprattutto a partire dalla *seconda perturbazione* e della multipolarità del *discorso* sull'identità costituzionale, mostrano un dato incontrovertibile: la lenta ma costante emersione delle differenti *ragioni ordinamentali* tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale. Che ci sia, infatti, una divergenza di fondo tra i due sistemi è stata la tesi di fondo che ha accompagnato la prima parte di questo capitolo e che ha trovato dei forti riscontri. Lo studio della giurisprudenza della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali ci ha permesso di evidenziare, infatti, come su molti aspetti che definiscono la *costituzione materiale* dei due ordinamenti, si registrino risposte costitutivamente diverse date dal costituzionalismo democratico e dal diritto sovranazionale. Un primo filone di divergenza, infatti, riguarda la costruzione stessa dell'*autonomia* del diritto sovranazionale, tutta costruita non su una dimensione democratico-popolare, ma piuttosto di *limitazione* del potere – incarnato monocromaticamente dall'azione distorsiva degli Stati – a favore degli individui. Si potrebbe argomentare che il potere costituente è una vecchia categoria del diritto costituzionale continentale, che di certo non esclude la forma di un diverso tipo di costituzione e di costituzionalismo⁸⁰⁰. Obiezione difficilmente superabile, se non fosse, che qui quello che ci si limita a svolgere è una comparazione con i modelli nazionali di costituzionalismo democratico, che in stragrande maggioranza si sono fondati sull'esercizio del potere costituente. Questo rapporto tra *fondamento* del potere e *limitazione* di questo lo si vede molto bene anche in rapporto alla costruzione del principio di legalità con il costituzionalismo democratico, in cui è fortemente presente il concetto di produzione democratica del diritto, a differenza del diritto sovranazionale, in cui è più rilevante l'impostazione della *Rule of Law* e della limitazione del potere che deve essere operata dal giudice a favore dell'individuo. Se questo primo blocco di differenza possiamo generalmente tematizzarlo nel rapporto tra potere e democrazia, il secondo blocco attiene alla *questione sociale*. Su questo fronte si evidenziano le più importanti differenze tra i due sistemi. Un primo punto è sicuramente rappresentato dall'evoluzione del Mercato unico, in cui la scelta della Corte di giustizia di preferire ad un principio di *non-discrimination* quello del *market access*, ha provocato un grande impatto sulla *questione sociale* – come gestita a livello nazionale – e una significativa compressione di molti settori rientranti nella sfera di intervento della politica industriale e redistributiva statale, prima sottratti alla logica del mercato. Un secondo aspetto riguarda il ruolo assegnato alle *economic liberties* e al loro rapporto con istanze sociali riconosciute a livello nazionale, che comportano una grande espansione di un'ideologia liberalizzatrice e deregolativa a tutti i costi, che intacca significativamente, ad esempio, settori importanti del costituzionalismo democratico come il diritto del lavoro. Un terzo aspetto, in aggiunta, è dato dalla costruzione del principio di eguaglianza: fermo alla dimensione di principio di non discriminazione nel diritto sovranazionale – con tutti i connessi problemi già individuati di *normative deficiency* – e mai in grado di lambire il tema dell'eguaglianza sostanziale, tratto innovativo che caratterizza il “tipo” democratico. Infine, l'ultimo punto si pone nel rapporto con i diritti di pressione democratica, portatori delle *ragioni* del lavoro, sia nella forma di istanze di eguaglianza sostanziale, sia di una dimensione collettiva auto-organizzata della società, su cui, il diritto

⁸⁰⁰ A. BARBERA, *Esiste una "costituzione europea"?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, 59 e ss.

sovranaZIONALE sembra mostrare ancora grande diffidenza, valorizzando una dimensione individuale di stampo economicista.

Risposte differenti, dunque, che sono figlie della diverse *ragioni ordinamentali* che regolano i due sistemi: il primo imbevuto di un'evoluzione dello Stato costituzionale che ha accolto la cultura dei conflitti sociali⁸⁰¹ e si pone come fine costituzionale quello dell'accesso della masse attraverso il *medium* della cittadinanza alla partecipazione della vita democratica; il secondo che – seppur con sempre maggiori competenze sovrane e una pervasiva capacità di *infiltrare* importanti ambiti del costituzionalismo democratico – è ancora un ordinamento a caratteri limitati, che si pone il fine del perseguimento del *mercato* come suo valore storico e la contemporanea funzione di *vincolo esterno*⁸⁰² e che si nutre di quelli che vengono identificati in letteratura come *democracy-failures*. Una prova della funzione di *vincolo esterno*, esercitato dal diritto sovranazionale, d'altra parte, è dimostrata in maniera plastica dall'evoluzione dei meccanismi di *governance* della crisi messi in atto dall'UE, tutti incentrati nel perseguimento di una logica di *austerity*⁸⁰³ e di protezione degli Stati creditori: il caso greco è emblematico da questo punto di vista. A questo proposito, Wolfgang Streeck in un suo recente studio⁸⁰⁴ su questa trasformazione neoliberale del diritto sovranazionale, ha parlato di un'ulteriore evoluzione del modello dallo Stato fiscale, allo Stato debitore all'attuale Stato consolidato in Europa, in cui la forza dei mercati finanziari – e della più generale supremazia dell'*economico* sul *politico* – ha portato alla contrapposizione nello spazio pubblico europeo tra *popolo dello stato* e *popolo del mercato*. Alcuni in letteratura, in aggiunta, hanno usato toni ben più forti, arrivando a parlare di un'evoluzione del diritto sovranazionale *post-crisi* che, se prima era imbevuto di una visione mercatocentrica di stampo ordoliberal, ora si è trasformato in un vero e proprio esempio di *authoritarian liberalism*⁸⁰⁵.

Ma qual è il *fil rouge* di queste critiche? Cosa manca al diritto sovranazionale rispetto al costituzionalismo democratico, che fonda la diversità delle *ragioni ordinamentali*? Usando una formula ampia, potremmo dire un certo tipo di approccio alla *questione sociale*. È su questo crinale che, a parere di chi scrive, si gioca la differenza principale tra i due sistemi. *Questione sociale* che porta con sé, dunque, un certo modello di approccio alla democrazia. Se queste premesse, dunque, sono vere è impensabile che grossa parte di questo problema non si risolva che attraverso una modifica radicale dei Trattati, ovvero attraverso una comparsa del *politico* in Europa. È anche vero, però, che in un diritto pubblico europeo composto da due ordinamenti tra cui non sussiste una *supremacy clause* di chiusura del sistema, il concetto di *politico* sfuma e si può presentare anche in altri spazi ordinamentali. Una di queste manifestazioni potrebbero essere, allora, i conflitti costituzionali che abbiamo registrato nel diritto giurisprudenziale europeo. Agendo su questa prospettiva, dunque, si potrebbe immaginare, nel rapporto tra giurisdizioni, una “strategia” costituzionale per produrre un effetto inducente verso un mutamento costituzionale del diritto pubblico

⁸⁰¹ M. DANI, *Rehabilitating Social Conflicts op.cit.*, passim.

⁸⁰² C. J. BICKERTON, *European Integration: from Nation-State to Member State, op.cit.*, 25 e ss.

⁸⁰³ A. SCHÄFER, W. STREECK, *Politics in the Age of Austerity*, Polity Press, Cambridge, 2013.

⁸⁰⁴ W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

⁸⁰⁵ M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism*, in *Critical Sociology*, vol. 45, n. 7-8, 2019, 1023 e ss.

continentale, che riesca a portare la *questione sociale* in Europa. Ma come? Una proposta potrebbe andar nel senso di unire il *discorso* sull'identità costituzionale, ormai un classico del diritto pubblico europeo, con la *questione sociale*. Sulle divergenze, ad esempio, in materia di diritto penale, il *caso Taricco* ha già aperto una strada per valorizzare il tema della produzione democratica del precetto ed il rapporto imprescindibile che si pone in un sistema di *civil law* con la legge scritta. Altro tema che si è posto è quello sulla dignità umana, meta-valore delle costituzioni moderne contemporanee e alla base dell'attenzione data dalla Corte di giustizia alle istanze della Corte costituzionale tedesca nel *caso Omega*. Un ulteriore potenziale spazio di conflitto si è realizzato, inoltre, in materia di politica monetaria adottata dalle istituzioni sovranazionali. Questi conflitti effettivi, ma esistono tanti altri spazi di conflitti potenziali, primo fra tutti quello sui *diritti a doppia tutela* potrebbero essere delle strade per valorizzare e far arrivare la *questione sociale* – per come intesa nel costituzionalismo democratico – nello spazio pubblico europeo. Una riflessione, dunque, che vede le Corti costituzionali come agenti e portatori del modello di conflitto sociale delle costituzioni nazionali e, di conseguenza, come attori politico-istituzionali attivi nello spazio pubblico europeo, per ri-direzionare alcune delle «major crises of the European construction» e alcuni «political turning points» che ne hanno determinato l'assetto attuale⁸⁰⁶. Il terzo capitolo sarà, perciò, dedicato ad esplorare questa proposta, cercando di costruire alcune *vie* costituzionali per aprire alle logiche del conflitto sociale il diritto sovranazionale e – di rimando – lo spazio pubblico europeo.

⁸⁰⁶ E. BALIBAR, *The Rise and Fall of the European Union: Temporalities and Teleologies*, in *Constellations*, vol. 21, n. 2, 2014, 208-209.

PER LA COSTRUZIONE DI UN *DISCORSO* TRA IDENTITÀ COSTITUZIONALE E
QUESTIONE SOCIALE

1. Verso un *trait d'union* tra la *questione sociale* e il *discorso* sull'identità costituzionale: il ruolo delle Corti costituzionali. – 2. I diritti sociali come patrimonio storico ed elemento di integrazione politica nel costituzionalismo democratico. – 3. (*Segue*) I diritti sociali come vettori di politicità: elementi di *decostituzionalizzazione* della costituzione economica europea. – 4. Per dare un “verso” al *discorso* sull'identità costituzionale: la *questione sociale* in Europa. – 5. Istituzionalizzare i conflitti costituzionali: un'eccezione a *Granital*. – 6. Il modello del *doppio Custode*: le Corti costituzionali come custodi e portatori della *questione sociale*. – 7. L'identità costituzionale come valore-vettore *trasformativo* dello spazio pubblico europeo. – 8. Per un superamento del *deficit societale*: il diritto giurisprudenziale come motore di integrazione politica? Una conclusione aperta.

1. Verso un *trait d'union* tra la *questione sociale* e il *discorso* sull'identità costituzionale: il ruolo delle Corti costituzionali

La tesi su cui si costruisce questo capitolo si fonda sull'intuizione di unire i due diversi temi della *questione sociale* e del *discorso* sull'identità costituzionale. Lo sforzo argomentativo si volgerà, dunque, a cercare di immaginare un *trait d'union* tra questi due diversi concetti, che intercettano i destini del costituzionalismo democratico e ne definiscono, su piani diversi, la natura. Infatti, se il *discorso* sull'identità costituzionale è ben presente nelle maglie del diritto sovranazionale – per quanto in un'ottica oppositivo-conflittuale – quello che manca del tutto è un approccio alla *questione sociale* assimilabile ai modelli del costituzionalismo democratico. È a questo livello del discorso che si colloca uno dei nodi più problematici del processo di integrazione europea, perché la mancanza della *questione sociale* all'interno nel diritto sovranazionale porta con sé tutta una serie di *deficit* tra cui: l'impossibilità di una *democratizzazione* del conflitto sociale all'interno di un modello costituzionale europeo; l'impraticabilità di recuperare quel *deficit* democratico – legato alla carenza di legittimazione all'entrata – che così si trasforma in *deficit* politico; una lettura monolitica di stampo ordoliberalista dell'*economico* incorporato dai Trattati e non lasciato alle dinamiche reversibili di un modello aperto di dialettica politica, ecc. Si potrebbero aggiungere altri problemi a questo elenco parziale, che non sarebbero altro, però, che degli effetti a cascata dell'assenza della *questione sociale*, che pare, difatti, la ragione madre da cui partire per pensare di poter ben affrontare il problema dell'integrazione. D'altra parte, il dibattito recentissimo¹ – sul *cul de sac* in cui l'Unione è caduta – tra due importantissimi studiosi come Jürgen Habermas e Wolfgang Streeck volge proprio su questo punto centrale: superare il modello di *austerità* come ricetta per affrontare la crisi in Europa, letta, però, come appendice-esito naturale di un'impostazione de-politicizzata che, se non ha da sempre

¹ J. HABERMAS, W. STREECK, *Oltre l'austerità. Disputa sull'Europa*, Castelvechi editore, Roma, 2020.

imbevuto i Trattati², ha, però, sicuramente trovato riscontro nell'interpretazione che dei Trattati è stata data dagli organi deputati alla loro implementazione e – allargando lo spettro di analisi – di quella costituzione materiale europea che poi ne è risultata. La posizione di Streeck e Habermas su questo tema (definito in Germania l'*Europa-Streit*), seppur concorde nell'analisi, diverge, però, nelle soluzioni: se per il primo, la risposta è *meno Europa*³ con la sua proposta di una nuova *Bretton Woods* europea, in cui la ripresa democratica dell'Unione, dunque, è collegata – secondo Streeck – ad un parziale ritorno allo Stato nazione (sul fronte principalmente delle scelte di politica economica); per il secondo la risposta è *più Europa* – diffidando Habermas dagli echi sovranisti e da una possibile deflagrazione della zona euro – perché unico spazio politico in un contesto di globalizzazione, in cui innestare una forma aggiornata di democrazia costituzionale. Il tema, dunque, sotteso a tutto questo grande dibattito che attraversa il pensiero giuridico europeo pare la rivitalizzazione del *Welfare State* e la creazione di quelle condizioni di agibilità politica per un ritorno a quei famosi *Trentes glorieuses*, che sono stati considerati – a torto o a ragione – uno dei periodi più prosperi e giusti (socialmente parlando) della storia dell'Occidente⁴. Le formule per identificare questo periodo sono state tante: *embedded liberalism*, capitalismo democratico, compromesso socialdemocratico, ma il cui sforzo definitorio si è concentrato nel mostrare quella tendenza storico-politica che ha portato ad una *democratizzazione* del capitalismo, attraverso l'innesto nei nostri modelli costituzionali dell'ambizione/dovere del governo della *questione sociale*.

Quello che risulta, dunque, è che la *questione sociale* e la democrazia vanno di pari passo. Certo, come è stato ricordato la formula dello Stato sociale è una formula «multifunzionale», che ha avuto la capacità «di servire simultaneamente una molteplicità di fini e di strategie tra loro in conflitto» e di conservare quel «compromesso politico», rendendolo «così attraente per una pluralità di forze eterogenee»⁵; ma questo non significa che quella formula – nonostante la sua multifunzionalità – non abbia alla base un minimo comune denominatore. E questo punto di incontro delle varie interpretazioni con cui è stato letto il *Welfare State* – e le costituzioni afferenti al “tipo” del costituzionalismo democratico – è la sua capacità di *costituzionalizzare* il conflitto permanente tra gli elementi che strutturano le società complesse basate sul principio della divisione del lavoro; a cui, però, oggi si dovrebbe aggiungere sicuramente una nuova forma di problematizzazione sulla nuova declinazione che questo conflitto ha assunto nella frontiera della mobilità (o immobilità) dei fattori di produzione in un contesto globalizzato⁶. È solo in questo senso che si può dire che nel diritto sovranazionale manca un approccio alla *questione sociale*. Questa affermazione necessita, infatti, di una giustificazione aggiuntiva, se non vuole risultare falsa: quella che è

² Seguendo la tesi di Kaupa sul «pluralist character of the European economic constitution», che sottolinea le possibilità offerte dal Trattato di Roma a politiche generalmente keynesiane, come la presenza nei Trattati successivi di norme di apertura a diverse politiche economiche, C. KAUPA, *The Pluralist Character of The European Economic Constitution*, *op.cit.*, *passim*.

³ W. STREECK, *Heller, Schmitt and the Euro*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, 361 e ss.

⁴ Sul recente dibattito del significato storico-politico dei Trenta gloriosi e del rapporto tra cultura liberale e cultura socialista, E. FELICE, G. PROVENZANO, *Perché la democrazia è in crisi? Socialisti e liberali per i tempi nuovi*, in *Il Mulino*, n. 6, 2019, 883 e ss.

⁵ C. OFFE, *Alcune contraddizioni del moderno stato assistenziale*, in A. BALDASSARRE, A. A. CERVATI (a cura di), *Critica dello stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1982, 3 e ss.

⁶ N. FLINGSTEIN, *Euroclash: The EU, European Identity, and the Future of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

assente in Unione è un'ambizione al governo della *questione sociale* che detronizzi il mercato dalla sua primazia assiologica⁷ e che introietti il conflitto sociale (con tutto il patrimonio costituzionale che ne consegue) all'interno delle dinamiche ordinamentali. Quello che c'è, invece, nel diritto sovranazionale è una concezione diversa: un rapporto sbilanciato a favore del mercato, un bilanciamento già effettuato sulla prevalenza delle *economic liberties* e dei fattori di circolazione sulle *ragioni* del lavoro e del collettivo e un'impalcatura di *social policy*, tutta costruita come correzione dei *market failures*. Per questo motivo non è pensabile agire solo in un'ottica interna di ri-potenziamento della *social law*⁸ in Unione europea, ma è necessario "importare" la *questione sociale* per come intesa nei modelli di costituzionalismo democratico⁹.

Se d'accordo con le premesse, dunque, una soluzione possibile può essere l'utilizzo del *discorso* sull'identità costituzionale. Abbiamo visto nel secondo capitolo come quest'ultimo sia diventato un *topos* del diritto pubblico europeo alla base dei conflitti tra le Corti costituzionali e la Corte di giustizia. Le forme attraverso cui questi conflitti costituzionali si sono declinati sono, però, ancora disorganiche e legate ad una casistica non del tutto coerente. Certo è, tuttavia, che sempre più si manifesta un dato di malessere degli ordinamenti nazionali nei confronti dell'attuale impalcatura del diritto sovranazionale e della sua interpretazione monista, ancora difficilmente permeabile alle istanze pluraliste del costituzionalismo democratico. La proposta che qui si intende formulare va, dunque, nel senso di "contaminare" il diritto sovranazionale – e più in generale il diritto pubblico europeo – cercando di "iniettare" seppur parzialmente la *questione sociale* dal basso, attraverso un intervento politico-istituzionale delle Corti costituzionali. Una tesi (esposta qui in breve e che si avrà modo di argomentare più approfonditamente più avanti) che, in prima battuta, può sembrare eterodossa se si adotta il classico approccio delle Corti costituzionali come semplici *legislatori negativi*, esclusi dalla determinazione dell'indirizzo politico¹⁰. È anche vero, però, che questa impostazione può forse dirsi superata in una reale ottica di *rapporto* tra ordinamenti, che sempre più sono stati influenzati da scelte di politica del diritto delle Corti che hanno inciso profondamente sulla *costituzione materiale europea*: Corte di giustizia in prima fila. Fenomeno inevitabile, d'altra parte, che è determinato da una generale tendenza *post-Seconda Guerra Mondiale* a *giurisdizionalizzare* il potere nelle democrazie occidentali

⁷ R. BIN, *Lo Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IV, 2017, 1161, Giuffrè, Milano, parla di un generale «mercato» che ha pervaso la cultura politico-costituzionale degli ultimi decenni e di una «internalizzazione dell'economia», che, però, non devono essere intesi come il ritorno ad una vecchia concezione della separazione tra lo Stato e la società civile, concepita come ordine economico naturale e intangibile. Lo scenario, oggi, è cambiato e paragoni storici rischiano di essere falsificanti, nel senso che le trasformazioni attuali sono figlie – direbbe Nietzsche – di modificazioni politico-normative "umane troppo umane", mai del tutto sovrapponibili al passato e da non leggere come prodotto di un ordine naturale che si riproduce; siamo, infatti, davanti a processi storici – per loro natura – reversibili.

⁸ Questa è la proposta di E. MUIR, *Drawing Positive Lessons from the Presence of 'The Social' Outside of EU Social Policy Stricto Sensu*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, 75 e ss.; ma anche di S. GARBEN, *The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, 210 e ss.

⁹ Proprio perché, concentrando l'attenzione sulla Carta di Nizza, si assume come auspicabile una logica tendenziale di *coassialità* delle Carte sulla *questione sociale*, che al momento pare assente.

¹⁰ Sul concetto di indirizzo politico, nato nella scienza costituzionalistica italiana grazie alla riflessione di Mortati, Crisafulli e Martines, vedasi da ultimo, A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, 7 e ss.

per limitare un abuso del politico arbitrario che aveva condotto alla totale distruzione dello spazio pubblico europeo, ma che ritrova una sua specificità anche in quel fenomeno regionale che è l'Unione europea, che da sempre per motivazioni storiche che qui non possiamo approfondire, si è costruito su un diritto *de-politicizzato*¹¹ e in cui l'influenza del potere giudiziario è, sin dall'inizio, stata molto rilevante.

Prova ne è il dibattito che si è aperto, da un po' di tempo a questa parte, su un concetto più largo di «European constitutional democracy»¹², in cui uno degli attori centrali sulle trasformazioni e i destini del processo di integrazione europea sono proprio i giudici costituzionali. Le Corti costituzionali, infatti, a partire dalla loro introduzione nella maggior parte delle Carte costituzionali in Europa nel cd. *Keynesian consensus* hanno svolto un ruolo determinante di stabilizzazione delle neonate democrazie costituzionali, attraverso il loro compito di chiusura delle conflittualità pregresse presenti all'interno del costituzionalismo democratico e di cui quest'ultimo si proponeva come sintesi. La forte attenzione, fin da subito, attribuita alla garanzia dei diritti fondamentali va, dunque, in questa prospettiva, letta, però, in una doppia accezione: la libertà in senso *negativo*, ovvero come dimensione di inviolabilità (intesa sempre in senso relativo) da parte del potere pubblico/privato; e la libertà in senso *positivo*, come spazio di rivendicazione di pretese nei confronti dello Stato e del privato, che meritano una protezione costituzionale. Nel secondo caso, si potrebbe, più correttamente, parlare di *liberazione* dal bisogno: un nuovo significato tutto novecentesco della libertà, che incomincia a essere concepita non solo come *habeas corpus*, ma, anche, come strumento di emancipazione del soggetto, che manifesta istanze di protezione sociale e di matrice egualitaria¹³. È in questa nuova sensibilità storico-politica che nascono le Corti costituzionali, che rappresentano, dunque, un'importante manifestazione del costituzionalismo democratico e che sono state considerate come portatrici di una «welfare constitutional legality», con un approccio più rivolto al contrasto delle ingiustizie materiali e maggiormente congeniale alla struttura del *Welfare State*; in contrapposizione alla vecchia «bourgeois formal legality», figlia di un'idea monoclasse della certezza del diritto e di un modello di «*laissez-faire* capitalism», tipico dello Stato liberale¹⁴. La loro funzione è stata dunque – e continua ad esserlo – quella di un'alta mediazione tra i vari poli, di cui sono composte le nostre società: tra individuale e collettivo, tra capitale e lavoro, tra pubblico e privato, ecc. È corretto parlare di un ruolo non politico delle Corti costituzionali solo in questo senso, dunque, perché la loro reale funzione è stata piuttosto quella di garantire le condizioni di agibilità del *politico* stesso e la stabilizzazione delle società europee dopo la deflagrazione del Secondo Conflitto Mondiale¹⁵. A questo proposito, sembra potersi

¹¹ S. VEITCH, *Juridification, Integration and Depoliticization*, in D. AUGENSTEIN (eds.), *Integration Through Law Revisited. The Making of European Polity*, Routledge, London, 2016, 85 e ss.

¹² J. KOMAREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 3, 2014, 525 e ss.

¹³ Secondo la nota distinzione formulata da, I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989, 12 e 24.

¹⁴ J. KOMAREK, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: a Rejoinder*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n. 3, 2017, 822.

¹⁵ Parla di un ruolo delle Corti costituzionali «più come facilitatori che come guardiani del processo democratico, contribuendo assieme alle istituzioni politiche alla realizzazione delle aspirazioni democratiche e sociali di fondo delle costituzioni», M. DANI, *Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea: un'introduzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 723.

concordare con la famosa tesi di Mezzanotte¹⁶ che vedeva il fondamento della giustizia costituzionale in uno iato sempre presente tra costituzione (pluralista) e legge, in un loro rapporto di necessaria «trascendenza», da cui lo scarto tra interpretazione giuridica e costituzionale, che ritrova nella Corte costituzionale un momento di sintesi di «unità intorno al valore»¹⁷ e di «istituzionalizzazione dell'idea di unificazione ideologico-valoriale insita in una costituzione pluralista»¹⁸: rappresentazione plastica della sua più nobile funzione e, allo stesso tempo, della sua fonte di legittimazione. A questo punto, forse, si potrebbe dire che il più profondo e delicato compito delle Corti costituzionali all'interno del costituzionalismo democratico è stato ed è quello di essere i *Custodi del conflitto sociale*, svolgendo – tra l'altro – una funzione che è propria della Costituzione stessa: garantire la libera manifestazione di questo conflitto sociale al fine di *internalizzarlo* e porre dei *confini* al suo svolgimento, trovando la radice di questa limitazione all'interno di quel nobile patto politico che sono le Carte costituzionali moderne.

Se questo, dunque, continua ad essere il ruolo delle Corti costituzionali, questo necessita di un aggiornamento se relazionato al processo di integrazione europea. Nella *European constitutional democracy* – ancora incompleta, a parere di chi scrive, a dir la verità, per questo forse sarebbe meglio parlare di spazio pubblico europeo – il rapporto con il diritto sovranazionale e il suo sistema di legalità, obbliga a re-immaginare la funzione dei giudici costituzionali o quantomeno a ri-contestualizzarla alla luce del loro essere *Custodi del conflitto sociale*. Su questa nuovo significato delle Corti costituzionali nello spazio pubblico europeo si argomenterà, in questo capitolo, per cercare di immaginare una soluzione allo spinoso problema. Quello che si può anticipare in questo paragrafo di apertura è che, per rendere compatibile il diritto sovranazionale con il costituzionalismo democratico, è necessario un superamento del *modello Simmenthal*¹⁹, a cui fa da contraltare in Italia la sentenza *Granital*²⁰. Nella sua geometria euclidea²¹, infatti, il modello *Granital-Simmenthal* rappresentava un'ottima e felice sintesi giuridica di un processo dell'integrazione che si limitava a competenze sostanzialmente e funzionalmente legate alla realizzazione dell'*Internal Market*. Non che ciò non avesse già posto le basi di quel fenomeno di *infiltration* del mercato su alcuni capisaldi del costituzionalismo democratico attraverso il *judicial activism* della Corte di giustizia e la sua opera certosina di integrazione negativa²², ma, sicuramente, eravamo davanti ad un diritto sovranazionale di dimensione ancora minime e

¹⁶ Che anche se era stata concepita in un contesto in cui l'UE giocava ancora un ruolo marginale per l'ordinamento italiano, può essere attualizzata con alcuni correttivi, seppur in un contesto parzialmente mutato.

¹⁷ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 106-111.

¹⁸ A. GUAZZAROTTI, *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 809.

¹⁹ Ci si riferisce chiaramente alla nota sentenza Corte giust. C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal* che stabilì, alla fine degli anni '80, gli assi portanti dei rapporti tra ordinamenti nazionali e diritto sovranazionale.

²⁰ Corte cost. sent. 170 del 1984, che contribuì, sul lato italiano, a costruire insieme a *Simmenthal*, l'ancora attuale assetto su cui si regge il processo di integrazione, basandosi sui due punti fermi della *competenza* (e non gerarchia) e dei *controlimiti*.

²¹ A. MORRONE, *Oltre Granital: divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 215.

²² Come abbiamo provato a dimostrare nel capitolo 2, in particolare in relazione all'impatto dei casi *Cassis de Djon* e *Dassonville*, poi, allargatosi, come modello anche alle altre libertà economiche.

che non manifestava pretese egemoniche sui modelli nazionali. La funzione che svolgeva il diritto sovranazionale era sostanzialmente quella di correzione dei *nation-State failures*, ma in un'ottica sempre molto deferente della separazione tra i due sistemi. Alla fine degli anni '80, il discorso, però, si modifica sulla base di tre cause principali: l'aumento delle competenze dell'Unione attraverso quello che è stato definito a partire da Maastricht in poi «the semi-permanent Treaty revision process»²³, ovvero un utilizzo sempre più forte della modifica dei Trattati per progredire nell'aumento formale di competenze sovranazionali; la creazione della zona euro e di un sistema unico di Banche centrali che, di fatto, separano la politica economica dalla politica monetaria (di cui è titolare esclusiva l'UE), comprimendo fortemente la capacità di operare scelte redistributive da parte degli Stati, utilizzando la leva fiscale e sposando in *toto* la filosofia ordoliberalista tedesca della stabilità dei prezzi; e la comparsa dei diritti fondamentali che, da un'iniziale origine pretoria, prendono la forma in quel «momento della scrittura»²⁴ che ha rappresentato la Carta di Nizza. A questo proposito, si è parlato con il salto di qualità dei diritti fondamentali, di una «umanizzazione» del diritto sovranazionale che, per alcuni, ha rappresentato il segno del distacco dal cordone ombelicale dal mercato, arrivando a parlare di una costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo²⁵. Per altri, invece, la comparsa dei diritti fondamentali ha indicato, a giusto titolo, solo un ulteriore dato di complessità del sistema, visto e considerato che queste tendenze espansive, trovano nei diritti fondamentali una nuova fonte autonoma di legittimazione. Più che di «rights revolution»²⁶, infatti, si è parlato di una «rights recalibration», intendendo con questa formula un'Unione che «assume la protezione dei diritti fondamentali [...] per umanizzare il suo *institutional framework* attraverso una rimodulazione del suo *regulatory project* alla luce di questa nuova cultura politica e legale»²⁷.

Il contesto, dunque, cambia non poco, a causa di queste trasformazioni, aumentando esponenzialmente la complessità ordinamentale, e la differenza rispetto al passato sta ora in un diritto sovranazionale che manifesta delle ambizioni costituzionali vere e proprie, ma che non perde, tuttavia, quelli che sono i due grandi vizi della sua costruzione: il latente valore storico del mercato e l'assenza della *questione sociale*. A questo si accompagna il tema stesso dell'identità costituzionale, che impone a cascata una generale ri-problematizzazione dell'impalcatura del rapporto tra i sistemi. Il modello *Granital-Simmenthal* va inserito, dunque, in questo nuovo panorama, valutandone ancora le antiche potenzialità e la sua utilità alla luce del nuovo panorama di conflitti costituzionali nello spazio pubblico europeo. Provando a porsi le due seguenti domande: in che modo (e con quali strumenti) le Corti costituzionali possono continuare a svolgere il loro ruolo di *Custodi del conflitto sociale*? In quale direzione il sistema *Granital-Simmenthal* – anche alla luce del *discorso* sull'identità

²³ B. DE WITTE, *The closest thing to a constitutional conversation in Europe: The Semi-permanent Treaty Revision process*, in P. BEAUMONT, C. LYONS, N. WALKER (eds.), *Convergence and divergence in European Public Law*, Hart, Oxford, 2002, 39-57.

²⁴ C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Mulino, Bologna, 2002.

²⁵ C. MÖLLERS, *Pouvoir constituant – Constitution – Constitutionalisation*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 169 e ss.

²⁶ J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, *op.cit.*, 527.

²⁷ M. DANI, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: a Reply to Jan Komárek*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n. 3, 2017, 791.

costituzionale – dovrà modificarsi per permettere alle Corti costituzionali di svolgere la loro funzione nello spazio pubblico europeo?

2. I diritti sociali come patrimonio storico ed elemento di integrazione politica nel costituzionalismo democratico

Nell'analisi di questo lavoro si è visto come una delle argomentazioni di fondo sia il sostanziale scarto tra i due sistemi sul fronte della *questione sociale*. Questo significa – in sintesi – che la *ragione ordinamentale* del costituzionalismo democratico si ritrova in un modello aperto di costituzione economica che introietta il conflitto sociale, che si inverte, da una parte, in un prototipo di cittadinanza di tipo partecipativo e con un alto gradiente di mobilitazione per la determinazione della vita democratica e in una struttura politico-istituzionale servente rispetto ad una cornice di *democrazia sostanziale*²⁸; e, dall'altra, in una limitazione/funzionalizzazione delle libertà economiche alla luce di istanze sociali/collettive, diretta conseguenza di uno Stato più presente nella vita economica, non più considerata frutto dell'ordine naturale del mercato. Con la particolarità, in Italia, della centralità del *lavoro*, come prisma di riconoscimento della *questione sociale*, riconosciuto come valore costituzionale e attività umana a fondamento della Repubblica. In questa impalcatura, l'ulteriore elemento centrale delle costituzioni democratiche è la comparsa, per la prima volta nella storia costituzionale, dei diritti sociali, intesi nella loro doppia possibile forma di diritti di pressione democratica e diritti di prestazione sociale, vero *contrafforte* storico-politico ad un ritorno indietro verso il modello dello Stato liberale.

La comparsa dei diritti sociali ha rappresentato, infatti, il vero salto in avanti da un modello di costituzionalismo liberale di marca ottocentesca ad uno di tipo democratico nelle costituzioni del Secondo dopoguerra. La ragione della specificità dei diritti sociali – e di un certo loro modo di intenderli – come *discrimen* per poter parlare di costituzionalismo democratico non è, poi, troppo peregrina: quest'ultimi, infatti, hanno simboleggiato, attraverso la loro *positivizzazione* nei documenti costituzionali, l'accesso delle masse all'interno dello Stato. Questo non è un elemento da poco, ma, anzi, ha rappresentato l'epilogo di un movimento storico-sociale che, da fine '800, spingeva alle porte della macchina dello Stato liberale che chiedeva il suo riconoscimento. Un percorso, questo, non lineare ma piuttosto movimentato e frastagliato che aveva, nel frattempo, raggiunto le altezze del dibattito teorico in quell'*unicum* rappresentato dalla riflessione costituzionale weimariana – riconosciuta come ad un tempo «esperienza» ma anche «paradigma»²⁹ – e che, però, aveva trovato concretizzazione storica solo venti anni circa più in là, dopo l'esperienza dei totalitarismi in Europa. Questo era dovuto ad un principale agente storico in quello che da Hobsbawm è stato definito il «secolo breve»³⁰: la classe operaia. È grazie alla comparsa nella Storia del movimento operaio, infatti, che la stessa grammatica del costituzionalismo ha

²⁸ Frutto nella nostra Repubblica non solo della due tradizioni di pensiero comunista e socialista, ma a cui aderì, apportando un suo contributo significativo specifico, anche l'ala del cattolicesimo democratico-sociale, come dimostrano gli scritti di, G. DOSSETTI, *La democrazia sostanziale*, Zikkaron, Marzabotto, 2007.

²⁹ P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, op.cit., 21.

³⁰ E. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991*, BUR, Milano, 2014.

dovuto modificarsi e proporsi un generale fine di *inclusione sociale*, portando all'allargamento pluriclasse di uno Stato originariamente portatore degli interessi della sola borghesia³¹. Un *topos* che tanto ha interrogato studiosi del diritto costituzionale, ormai divenuti classici della nostra epoca, che sono arrivati a parlare, a tal proposito, di una «crisi dello Stato moderno»³², figlia dell'apertura pluralista di nuove classi che minacciavano la *Reductio ad Unum* della volontà statale. Cambia – da quel momento in poi – il modo stesso di concepire lo stesso concetto di costituzione che, come abbiamo ripetuto più volte, si pone l'obiettivo “minimo” di introiettare e di governare il conflitto sociale. Il costituzionalismo democratico svolge, dunque, questa nuova funzione di “alto” compromesso di gestione delle *virtualità politiche*, soggetto, però, ineluttabilmente a fasi di avanzamento e di regressione, perché lo svolgimento di questo era lasciato volutamente in una forma libera. Per usare un'espressione già utilizzata ma efficace, le costituzioni democratiche non si sono mai proposte l'obiettivo di risolvere il conflitto, ma solo di *istituzionalizzarlo*.

Siamo in presenza, quindi, con la comparsa del “tipo” del costituzionalismo democratico di una nuova fondazione del potere pubblico, che, però, come sempre accade in diritto costituzionale, non poteva che accompagnarsi ad una nuova formulazione dell'idea di limitazione del potere stesso. Una limitazione che trova la sua declinazione nella forma oggettiva del modello dello Stato sociale che si apre al pluralismo sociale³³ e ad un certo grado di relativismo etico³⁴ e che adotta un paradigma largo del concetto di *politico*, non solo inteso come espressione di *una* parte ma anche di *altre* possibili da dover includere all'interno delle dinamiche costituzionali. I diritti sociali, dunque, rappresentano – a guardar bene – un punto di non reversibilità del sistema costituzionale, proprio perché garantiscono quel limite a che le ragioni degli *altri* (leggasi lavoro e istanze collettive) vengano prese in considerazione all'interno delle società moderne. È in questo senso che abbiamo individuato prima nei diritti sociali il *contrafforte* storico-politico ad un ritorno allo Stato liberale, perché, nonostante questi richiedano di un certo *humus* politico-sociale per inverarsi, essi restano uno dei tratti genetici principali del modello dello Stato sociale, che attraverso il *medium* delle costituzioni del secondo Novecento raggiunge «le zone alpine del diritto costituzionale»³⁵. Diritti sociali, dunque, da intendere, come condizione necessaria, ma non sempre sufficiente, per la realizzazione del “tipo” del costituzionalismo democratico, ma che, ad ogni modo, rappresentano un patrimonio storico non più prescindibile, perché ormai entrato stabilmente all'interno del costituzionalismo moderno e che ne definisce, di conseguenza, la natura e gli obiettivi perseguiti.

Lo stesso *status* politico, per eccellenza, quale la cittadinanza subisce una trasformazione in relazione all'ondata storica che si è manifestata con i diritti sociali, arrivando a definirsi – con una coloritura che molto prende dall'attributo – come «cittadinanza sociale»³⁶. Come ci ricorda Pietro Costa, infatti, «possiamo usare

³¹ T. H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Feltrinelli, Milano, 2002.

³² Ci si riferisce al famoso Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-10 alla Regia Università di Pisa pronunciato da, S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969.

³³ M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 1998.

³⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

³⁵ U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili ricostruttivi*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, vol. 35, n. 140, 2013, 3.

³⁶ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, op.cit., 35 e ss.

promiscuamente e alternativamente le espressioni “Stato sociale” e “cittadinanza sociale” [...], purché sia chiaro che la caratteristica essenziale della democrazia costituzionale sta proprio nella necessaria connessione funzionale dei due termini»³⁷. La *cittadinanza sociale* è, dunque, la sintesi concettuale di quell’evoluzione del paradigma dello *status* di partecipazione politica che, con l’*innesto* dei diritti sociali, raccoglie nella sua formula «il ruolo attivo e trasformativo della repubblica che aspira a rendere “più eguali” i suoi membri (in ragione della distinzione – originariamente socialista – fra eguaglianza “formale” e “sostanziale”) di contro al principio (anch’esso costituzionalmente rilevante) della libertà-autonomia individuale; l’eguaglianza dei soggetti (all’insegna dell’antropologia lockiana, secondo la quale proprietà e lavoro sono due facce della stessa medaglia) di contro alla valorizzazione della differenza (socialmente determinante) del lavoro»³⁸. Dietro questa trasformazione della concezione della cittadinanza c’è, dunque, al contempo una diversa idea della democrazia, ma anche una diversa concettualizzazione degli stessi diritti soggettivi. Questi, infatti, nello Stato liberal-borghese erano figli di quell’ideologia dell’«assolutismo giuridico»³⁹, che «si fonda intorno ai due principi della libertà d’impresa e della proprietà privata»⁴⁰ e che si sostanziano in un modello ottocentesco di «individualismo proprietario», che con il costituzionalismo democratico, però, deve aprirsi a quelle istanze politico-sociali che questo portava con sé. Il salto di qualità è, dunque, racchiudibile, nel lavoro, perché esso rappresentava «il principale elemento di connessione fra l’individuo e la comunità; ed era quindi il lavoro il tramite per la realizzazione della cittadinanza sociale: è attraverso il lavoro che l’individuo diviene effettivamente parte della comunità e matura un titolo per accedere al patrimonio comune. In quel contesto, il lavoro poteva svolgere questo essenziale ruolo simbolico perché il simbolo corrispondeva (non alla lettera, ma nella sua direzione di senso) alla realtà della società industrialista. Non, a caso, Mortati poteva parlare, marxianamente, della classe operaia come di una “classe generale”»⁴¹. Tanto era forte per Mortati il nesso tra lavoro e democrazia che, in alcune sue riflessioni su questo tema – non maggioritarie in costituente e nella dottrina costituzionale, ma comunque meritevoli di essere prese in considerazione – il lavoro come fondamento della Repubblica, doveva intendersi nella doppia dimensione di diritto-dovere, al cui assolvimento stesso era legata l’accesso alla vita politica della *pólis* e la conseguente fruizione dei diritti politici⁴².

I diritti sociali sono figli, dunque, di questo tempo e nel lavoro trovano la loro cartina di tornasole, quantomeno in quella via italiana al modello del *Welfare State*. Non siamo, però, di fronte ad una «anomalia» nostrana, ma «il progetto costituente mirava a gettare le basi di un ordine che sembrava corrispondere per molti versi al modello del *sozialer Rechtsstaat* teorizzato da Heller nel primo dopoguerra: uno Stato interventista, interessato a preservare le libertà fondamentali, ma impegnato anche a trasformare la società riducendo

³⁷ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro*, op.ult.cit., 45.

³⁸ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro*, op.ult.cit., 47-48.

³⁹ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁴⁰ A. MORRONE, *La proprietà collettiva*, in A. MORRONE, *Diritti, principi e fonti del diritto. Saggi scelti*, Bononia University Press, Bologna, 2015, 105.

⁴¹ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro*, op.ult.cit., 65.

⁴² Da qui la sua proposta di limitare il diritto di voto per i cd. *oziosi volontari*, C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, Giuffrè, Milano, 7 e ss.

progressivamente le disuguaglianze economico-sociali fra i suoi membri» che «sull'onda palinogenetica suscitata dalla guerra, stava realizzandosi, in forme diverse ma in buona sostanza convergenti, in molti paesi europei»⁴³. Per far ciò, però, la stessa dogmatica giuridica dei diritti soggettivi doveva modificarsi e costruirsi non più secondo «lo schema dell'appropriazione privata del bene [che] investe ogni (categoria di) diritto [e che] ne egemonizza la struttura», traducendosi, così, nello Stato liberale nella «aspirazione manifesta della classe borghese di porre le proprie conquiste al riparo (dell'organizzazione) del potere politico»⁴⁴; ma provare ad introiettare la nuova *politicità* che dall'accesso delle masse si era registrata nel costituzionalismo democratico. Quando, infatti, si utilizza il costrutto della *indivisibilità* dei diritti fondamentali⁴⁵ – da non concepire, però, in senso neogiusnaturalistico – si vuole sottintendere proprio questo: un risvolto ordinamentale, un modo di intendere la Costituzione che necessita della complementarità dei diritti civili, politici e sociali per portare avanti il suo *progetto* di società e che non può prescindere da una visione globale, ben riassumibile nella definizione di *cittadinanza sociale*. I diritti sociali, quindi, con il costituzionalismo democratico non sono più un *minus quam* rispetto alle altre due generazioni di diritti, ma rientrano pienamente nell'*acquis* costituzionale e questo, quantomeno per la dottrina più autorevole⁴⁶, sembra un dato incontestabile.

Si è anche sostenuto, però, seppur non negando l'assunto dell'*indivisibilità* dei diritti fondamentali, che i diritti sociali siano diritti *condizionati* o, comunque, soggetti alla «riserva del possibile»⁴⁷. Se si comprende bene come questo assunto sia fermo nella giurisprudenza della Corte costituzionale per una ragione pragmatica e per il suo essere *Custode del conflitto sociale*, non si capisce del tutto come questa motivazione possa comportare (teoricamente non pragmaticamente), in parte della dottrina⁴⁸, una conseguente formalizzazione della natura dimidiata dei diritti sociali rispetto agli altri diritti. La motivazione più forte a sostegno di questa tesi è stata riscontrata nel loro maggiore grado di condizionamento e compressione in relazione alle risorse economico-finanziarie disponibili dello Stato⁴⁹, seguendo un taglio speculativo tutto incentrato sul costo, che qui non si può che non condividere⁵⁰. Questa argomentazione, a parere di chi scrive, prova troppo, infatti, perché ricava dei postulati teorici prescrittivi da un epifenomeno parziale non indagando, tuttavia, un problema più largo – esterno al solo dominio disciplinare del diritto costituzionale – e che dovrebbe essere tematizzato nel senso di chiedersi perché proprio lo Stato, soggetto che, più di tutti gli altri all'interno del panorama dei poteri pubblici, si è fatto storicamente carico

⁴³ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro*, op.ult.cit., 45.

⁴⁴ A. DI MAJO, *Situazioni giuridiche*, in *Enciclopedia Feltrinelli Fischer. Diritto 2*, Feltrinelli, Milano, 1972, 452.

⁴⁵ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Mulino, Bologna, 2017; E. U. PETERSMANN, *On 'Indivisibility' of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 2, 2003, 381 e ss.

⁴⁶ A. BALDASSARRE, *I diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 11, Treccani, Roma, 1979, 772 e ss.

⁴⁷ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, 1 e ss.

⁴⁸ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *I diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, 802 e ss.

⁴⁹ Per un'analisi che studia lo sviluppo dei diritti sociali in chiave storica nel loro passaggio da diritti incondizionati a diritti condizionati nel nuovo Stato sociale «attivo», E. EICHENHOFER, *Diritti sociali e benefici condizionati. I diritti sociali fondamentali alla prova delle nuove forme di regolamentazione e gestione*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2013, 525 e ss.

⁵⁰ Come, tra l'altro, è stato recentemente ribadito, da R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, op. ult. cit., 33-40.

dell'implementazione dei diritti sociali, abbia vissuto – quantomeno a partire dalla trasformazione della produzione in senso *post-fordista*⁵¹ fino ad oggi – innumerevoli crisi sistemiche (esogene ed endogene) e perché esso risulti sempre più in affanno rispetto alla *promessa*⁵² di protezione incastonata nel costituzionalismo democratico di un *welfare* universale⁵³.

Posto il contesto e senza volersi addentrare in questo dibattito titanico, però, ci limitiamo a sviluppare una riflessione più minuta sul *perché* solo i diritti sociali e non gli altri diritti, seguendo questa opinione, siano stati qualificati come diritti *condizionati*⁵⁴. Pur senza aderire a questa impostazione, infatti, la tesi – a nostro parere – ha del vero e la verità sta proprio nel suo *rovesciamento*. I diritti sociali, infatti, come il diritto del lavoro sono figli – più degli altri diritti – di una «*technique réversible*»⁵⁵, che non li rende condizionati, ma, più correttamente, *reversibili*, proprio perché più altamente soggetti ai cicli del *politico* e, a loro, volta, portatori intrinseci di politicità. D'altra parte, a pensarci bene, la motivazione di tutto ciò sta in una naturale conformazione dei diritti sociali – mai racchiudibile e racchiusa completamente all'interno dello schema soggettivistico dei diritti fondamentali – che non sono esclusivamente mere pretese soggettive individuali, ma rappresentano (sia nella loro forma di pressione democratica sia in quella di prestazione sociale), un nodo di congiungimento tra l'individuale e il collettivo. Con questo non si vuol dire che gli altri diritti, con l'avvento del costituzionalismo democratico, siano rimasti immutati e siano del tutto racchiudibili nello schema del vecchio diritto soggettivo, ma, volendo scendere più nello specifico, lo scarto con i diritti sociali resta e continua ad esistere per un maggiore collegamento dei primi ad una dimensione collettivo-sociale, che, per l'appunto, nel costituzionalismo democratico è maggiormente valorizzata rispetto al passato. La loro *reversibilità* è, dunque al tempo stesso, la condanna e la delizia dei diritti sociali che sono più soggetti al *politico*, proprio perché i più *politici* tra i diritti. D'altra parte, lo schema di questi, in fondo, è sempre stato considerato un po' *eretico* nella teorica dei diritti fondamentali, proprio perché mezzi (diritti di pressione democratica) o fine (diritti di prestazione sociale) di manifestazione di un contropotere privato del lavoro, che in passato ha preso la forma maggioritaria nel soggetto sindacale e dei partiti di massa, ma che nulla impedisce di immaginare in maniera diversa per il futuro.

I diritti sociali sono, dunque, il più evidente portato di quella *lotta per il diritto*⁵⁶ che ha dato origine al costituzionalismo democratico e, per questi motivi, non possono che rappresentarne un suo tratto identitario e *una* (non necessariamente però la sola) delle sue *ragioni ordinamentali*. Per comprendere bene, dunque, il ruolo di questi diritti bisogna tenere a mente questi due elementi, per riassumere: l'oggetto della loro rappresentazione e la loro proiezione sulla società. Sul primo, abbiamo visto come abbiano raffigurato, nel passato,

⁵¹ Per un'analisi recente, L. BACCARO, C. HOWELL, *Trajectories of Neoliberal Transformation. European Industrial Relations Since the 1970s*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

⁵² Sulla promessa dei diritti sociali nella Costituzione italiana, U. ROMAGNOLI, *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 3, 2005, 521 e ss.

⁵³ Su cui diffusamente, G. ESPING-ANDERSEN, *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford University Press, New York, 1999.

⁵⁴ Discute su questo problema teorico anche, G. PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion pratica*, n. 2, 2016, 495 e ss.

⁵⁵ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, Paris, 1995.

⁵⁶ Parafrasando ovviamente, R. JHERING, *La lotta per il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1960.

l'elemento centrale di rivendicazione politico-sociale per l'accesso delle masse nello Stato. Da questo punto di vista, perciò, e insieme alla loro codificazione costituzionale, questo rappresenta un *contrafforte* dello Stato sociale rispetto alla sua regressione o scivolamento: una protezione per il passato, insomma. Essi ci indicano, però, anche una seconda pista da seguire per il futuro: la loro eccedenza assiologica che li rende *vettori di politicità* e punto di snodo e di ricongiungimento tra sociale e politico, proprio per la loro natura *eretica* e intrinsecamente motrice di integrazione politica. Sull'utilità di questa configurazione nello spazio pubblico europeo ci confronteremo nel prossimo paragrafo.

3. (Segue) I diritti sociali come vettori di politicità: elementi di decostituzionalizzazione della costituzione economica europea

Abbiamo provato a mostrare, dunque, in che modo i diritti sociali possano essere considerati una delle *ragioni ordinamentali* del costituzionalismo democratico, intesi nella doppia dimensione di *contrafforte* dello Stato sociale e, al contempo, *vettori di politicità* nello stesso, simboleggiando lo snodo di collegamento tra sociale e politico. Fin ad ora, però, siamo rimasti in una prospettiva del tutto chiusa all'interno del perimetro di quella macchina politica che è lo Stato, non superando i suoi confini fisici e concettuali e limitandoci a descrivere quello che ha significato l'ingresso della *questione sociale* con il costituzionalismo democratico. Questione molto diversa sarà, invece, cercare di immaginare il ruolo possibile dei diritti sociali se inseriti all'interno delle dinamiche tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale: un orizzonte oltre lo Stato, dunque, nella dimensione larga dello spazio pubblico europeo. A scanso di equivoci – invertendo l'ordine normale dell'esposizione – si proporrà all'inizio la suggestione che si vuole sviluppare, indicando successivamente le argomentazioni giustificatrici. La tesi è, dunque, la seguente: i diritti sociali, proprio in nome del loro essere *vettori di politicità*, possono fungere da elementi di *decostituzionalizzazione* della costituzione economica europea. Questo, diciamo, sarebbe il loro contributo più diretto allo spazio pubblico europeo che svilupperemo in questo paragrafo ma c'è anche da considerare quello, invece, indiretto, ovvero il loro risvolto protettivo dello spazio nazionale nella loro accezione di *contrafforte*.

Per comprendere a pieno, però, che cosa si intende sostenere non ci si può che soffermare su quale significato si attribuisca al concetto di *decostituzionalizzazione*. Quando utilizziamo questa espressione, la intendiamo nel senso attribuito da Dieter Grimm in una sua recente proposta⁵⁷, poi ripresa ed approfondita anche da Fritz W. Scharpf⁵⁸, in cui, in sintesi, essi sostengono che uno dei più grandi problemi che affliggono l'Unione europea è la sua «overconstitutionalisation» che implica, di rimando, la sua «de-politicisation»⁵⁹. Una *overconstitutionalisation* non intesa in senso proprio potremmo dire, perché entrambi sono concordi – come chi scrive qui – sulla natura non costituzionale del diritto sovranazionale, ma piuttosto nell'accezione secondo cui «differentemente dalle costituzioni nazionali, i

⁵⁷ D. GRIMM, *The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4, 2015, 460 e ss.

⁵⁸ F. W. SCHARPF, *De-constitutionalisation and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 5, 2017, 315 e ss.

⁵⁹ D. GRIMM, *The Democratic Cost of Constitutionalisation*, *op.cit.*, 469-471.

Trattati non sono limitati a quelle previsioni che riflettono il funzionamento di una costituzione. Essi sono pieni di molte previsioni che sarebbero leggi ordinarie negli Stati membri»; problema che non si è posto finché i Trattati sono «stati considerati come diritto internazionale. [...] Quando sono stati costituzionalizzati, però, il loro volume è diventato problematico» perché «in UE la differenza cruciale tra le regole per le decisioni politiche e le decisioni in sé sono in larga misura livellate»⁶⁰. Ma a questo significato di *overconstitutionalisation* se ne aggiunge un altro strettamente legato agli agenti federali del diritto sovranazionale – ovvero la Commissione e la Corte di giustizia – che proprio in virtù della loro immunizzazione dalla pressione democratica, hanno contribuito storicamente, in maniera molto pervasiva, a definire i contorni della *costituzione economica europea*, a partire dalla cornice costituente delle due decisioni *Van Gend en Loos* e *Costa-Enel*. Come sostiene giustamente Grimm molto, ora, dipende da «come la Corte di giustizia vuole interpretare i Trattati, favorendo un’uniformità o una diversità della legge, *market-friendly* o *social-friendly*, liberale o sociale» e, tuttavia, si è scoperto che «la Corte di giustizia persegue il suo obiettivo dell’integrazione del mercato con particolare zelo, subordinando altri interessi a questo obiettivo. Essa è una Corte con un’agenda, come Rainer Wahl ha sostenuto. I poteri trasferiti all’UE devono essere interpretati estensivamente, mentre quegli degli Stati membri restrittivamente. Lo stesso si può osservare per il principio di proporzionalità. Quando è applicato alla *national law*, la Corte di giustizia applica uno stretto scrutinio; quando è da applicare alla *European law*, essa applica uno *standard of review* indulgente»⁶¹. Questa *overconstitutionalisation*, dunque, accompagnata dalla voluminosità dei Trattati – che includono molte disposizioni che nelle Costituzioni contemporanee farebbero parte della legislazione ordinaria – e dall’integrazione negativa condotta dalla Commissione e dalla Corte di giustizia, guardiani di un’agenda *pro-market*, ha portato di fatto i Trattati «ad incorporare una *economic constitution*, che pone le regole del governo delle relazioni economiche e della politica economica al di là della determinazione politica»⁶². Su questa opinione condivisa non si insisterà ancora, vista l’autorevolezza dell’opinione dei due studiosi e considerato quello che si è provato a sostenere nel secondo capitolo di questo lavoro.

A questo punto però, ci interessa soffermarci sulla soluzione proposta da Grimm e Scharpf alla *overconstitutionalisation* dell’UE, che è quella di *decostituzionalizzare* i Trattati, ma più in generale lo stesso *acquis communautaire*, al fine di permettere una ri-politicizzazione dell’UE. Il modello prospettato è quello di una legittimazione della *majority rule* presente nelle democrazie costituzionali nazionali, che garantirebbe di aprire uno spazio di contestazione politica della stessa costituzione economica europea, sottraendola all’univocità e intangibilità dell’integrazione negativa data dalla *overconstitutionalisation*, riazionando i margini di un «empowerment of democratic politics»⁶³. La soluzione dei due autori, infatti, nonostante le diverse sfumature, si ritrova in un’apertura del diritto sovranazionale ad una maggiore *politicizzazione*, intesa come valorizzazione del ruolo del legislatore, sia a livello nazionale che sovranazionale; ovvero temperando maggiormente

⁶⁰ D. GRIMM, *The Democratic Cost of Constitutionalisation*, *op.ult.cit.*, 470.

⁶¹ D. GRIMM, *The Democratic Cost of Constitutionalisation*, *op.ult.cit.*, 467.

⁶² F. W. SCHARPF, *De-constitutionalisation and Majority Rule*, *op.cit.*, 316.

⁶³ F. W. SCHARPF, *De-constitutionalisation and Majority Rule*, *op.ult.cit.*, 332.

lo spazio di autonomia decisionale degli Stati membri nelle più sensibili *political issues* sottratte dalla *overconstitutionalisation* della Corte di giustizia, e la maggiore centralità che dovrebbe avere, in un processo democratico strettamente connotato, il ruolo della *positive integration*, perseguita attraverso una parlamentarizzazione dell'Unione europea, intesa però come «passaggio dalle *executive and adjudicative branches* agli organi politici, il Consiglio e il Parlamento europeo»⁶⁴. La soluzione potrebbe essere, dunque, racchiudibile, in due possibili sue applicazioni: una «New Deal Revolution»⁶⁵ per la Corte di giustizia, che negli Stati Uniti permise, grazie alla grande forza politica del Presidente Roosevelt, una limitazione dell'interpretazione monolitica della costituzione economica; e un intervento diretto sui Trattati al fine di declassare le previsioni di questi, che non hanno natura costituzionale, allo stato di diritto derivato.

Una proposta, dunque, molto affascinante, figlia di un'analisi molto lucida sull'attuale stadio del processo di integrazione e che vuole rispondere, principalmente, al problema del carattere chiuso della *costituzione economica europea*. Una tematica centrale, dunque, che intercetta profondamente la gestione della *questione sociale* in Europa. A questo proposito, la risposta data dagli autori va, difatti, ripercorrendo la fisiologia di quello che è stato il percorso del costituzionalismo classico: al *politico*, prima, segue il *sociale*, dopo. Soluzione, però, che per quanto sia condivisibile si scontra con lo stato dell'arte del processo di integrazione europea, in cui la modifica dei Trattati – meccanismo già di per sé molto complicato da perseguire in termini giuridici, richiedendo un procedimento complesso al cui esito deve risultare l'unanimità degli Stati – sembra, a maggior ragione oggi, politicamente inagibile⁶⁶ per diverse ragioni storiche e per le multiple crisi che l'Unione europea sta affrontando. Forse, allora, una rielaborazione della proposta di *decostituzionalizzazione* della costituzione economica europea proposta da Grimm e Scharpf, potrebbe essere costruita – a Trattati invariati – valorizzando il ruolo dei diritti sociali, intesi come *vettori di politicità* nello spazio pubblico europeo. Si è visto, infatti, come i diritti sociali si pongano al crocevia tra dimensione individuale e collettiva e come punto di sutura tra *politico* e *sociale*. Specificando allora la tesi qui sostenuta, si potrebbe dire che i diritti sociali, se intesi in questa prospettiva, potrebbero fungere da strumento per le Corti costituzionali di apertura della costituzione economica europea e, contestualmente, permettere di ri-declinare il loro ruolo di *Custodi del conflitto sociale* nello spazio pubblico europeo.

La logica, però, da adottare non deve essere quella di intendere i diritti sociali come mere pretese soggettive da contrapporre ai poteri pubblici. Nella prospettiva di chi scrive, a scanso di equivoci, il criterio della *massima protezione dei diritti*⁶⁷, rilanciato recentemente nella dottrina neo-costituzionale, non può essere utile ai fini perseguiti perché, seppur presente nel diritto sovranazionale, questa viene spesso valorizzata come obiettivo-fine di

⁶⁴ D. GRIMM, *The Democratic Cost of Constitutionalisation*, *op.ult.cit.*, 473.

⁶⁵ F. W. SCHARPF, *De-constitutionalisation and Majority Rule*, *op.ult.cit.*, 320.

⁶⁶ A. MORAVCSIK, *What Can We Learn from the Collapse of the European Constitutional Project?*, in *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 47, n. 2, 2006, 219 e ss.

⁶⁷ Il riferimento normativo principale si ritrova nell'art. 53 CDFUE: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri»; per un approfondimento di queste letture vedi capitolo 1, paragrafo 6.

allargamento della sfera di influenza rispetto agli ordinamenti nazionali; in modalità sempre servente alla struttura e agli obiettivi dell'Unione (cornice che ne detta di fatto il limite applicativo della sua estensione)⁶⁸; e molto spesso in ottica di massimizzazione delle libertà economiche, o, più in generale, (seppur poggiandosi sul *discorso* dei diritti fondamentali) di rivendicazioni di stampo individualistico. Una dura critica che è stata mossa a questa ricostruzione, infatti, è stata quella di obiettare che «una sana teoria dei diritti ci porta a concludere che essi non sono “massimizzabili” se non al prezzo di “minimizzare” la tutela di altri diritti o interessi, che subirebbero una corrispondente compressione», di cui un esempio è proprio il «problema dei rapporti tra diritti del mercato e diritti sociali, che è un problema sostanzialmente ignorato a livello europeo (e della giurisprudenza della Corte di giustizia), mentre è parte centrale del DNA della nostra costituzione»⁶⁹. A ben guardare, infatti, poi il criterio della massimizzazione dei diritti non è assimilabile al concetto di *massima espansione delle libertà*, figlio della dottrina costituzionalistica italiana⁷⁰ perché esso, intanto, si inserisce in un contesto costituzionale chiuso, che ha risolto già di per sé il nodo della politicità, e poi perché, in fondo, rimanda «al *ragionevole equilibrio* del sistema normativo nel suo complesso, nel cui ambito trovano adeguata composizione le pretese *uti singulus* del cittadino e gli altri interessi che consentono l'esistenza stessa di una comunità politica edificata *attorno* e *in vista* della realizzazione dei valori costituzionali»⁷¹. Né, d'altra parte, si capirebbe come questo criterio sia applicabile in due sistemi così differenti in termini di assetto costituzionale. Questo criterio sarebbe stato, al contrario, utilizzabile in caso di *isonomia*: ovvero di eguaglianza di patrimonio costituzionale e fini perseguiti tra i due ordinamenti. Ma una volta che questa valutazione viene contestata in radice, riconoscendo che *isonomia* non c'è, ma c'è anzi una differenza materiale di *ragioni ordinamentali*, il criterio della massima tutela perde – a ben guardare – di utilità ai fini degli obiettivi qui perseguiti, non essendo permessa una comparabilità tra diversi.

Come ci spiega Augusto Barbera, invece, in quel noto saggio sull'art. 2 Cost., infatti, i diritti fondamentali non vanno ricostruiti come «fragili diritti soggettivi di libertà» ma come rivendicazioni sociali che esigono «salde “istituzioni di libertà”», che non releghino «la libertà nella sfera privata»⁷², ma promuovano una «partecipazione» che richieda una diversa organizzazione del potere pubblico. Questa prospettiva di lettura istituzionalista dei diritti fondamentali – e in particolare per quel che ci riguarda dei diritti sociali – ci sembra quella da dover adottare, perché non chiude i diritti nella dimensione individualistica della mera pretesa soggettiva *contro* lo Stato (*rectius* lo spazio pubblico europeo più in generale), ma gli

⁶⁸ Corte giust., *parere* 2/13, 18 dicembre 2014, considerando 170-172, in merito alla comunitarizzazione della CEDU, in cui i giudici lussemburghesi affermano che la protezione dei diritti fondamentali è garantita «nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione». Confermata tra l'altro anche in Corte giust., C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni*, o anche come dimostra, Corte giust., C-537/16, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate SA*.

⁶⁹ R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 16.

⁷⁰ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Mulino, Bologna, 1984, 41.

⁷¹ C. CARUSO, *Granital Reloaded. “La precisazione” nell'integrazione attraverso i conflitti*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 37.

⁷² A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 57-58.

intende, nel senso più largo possibile, come rappresentazioni di *valori-fine*. I diritti fondamentali non sono, dunque, altro che la richiesta da parte della *società* di farsi istituzione, ma che non trova, per ora, forma di riconoscimento nella nuova configurazione del diritto pubblico nel Vecchio continente. Nel diritto sovranazionale, difatti, a differenza dei modelli costituzionali nazionali è la logica della libertà in senso esclusivamente negativo quella predominante; basti pensare al caso delle prestazioni sanitarie ricostruite come lato passivo della libera prestazione di servizi o di stabilimento⁷³, che non sono altro che un esempio, tra i tanti possibili, di un rigurgito del modello di *homo economicus*, che oggi, però, non si presenta più prevalentemente nella forma del *rentier* sedentario⁷⁴, ma come fattore di produzione altamente mobile e principale soggettività di cui l'attuale progetto europeo si interessa di potenziare. Manca, al contrario – o comunque è troppo poca – quella teorizzazione della libertà e dei diritti fondamentali in senso partecipativo, più funzionale al modello del *frame* dell'istituzionalizzazione del conflitto sociale e che, oggi, pare di urgente attualità recuperare, perché «l'esigenza è di segno opposto e potrebbe invece preludere, venendo incontro alla necessità che abbiamo prima prospettato, ad un potenziale rimasto compresso entro gli schemi angusti delle situazioni giuridiche soggettive»⁷⁵. Dalle parole di Barbera si evince, infatti, che nel costituzionalismo democratico si era iniziato quel percorso di avvicinamento tra costituzione e *società* che sembrava ormai assunto alle *magnifiche sorti e progressive* di leopardiana memoria, in cui si aspirava «ad una più pregnante tutela delle libertà nei confronti del “Potere”, di un potere che ormai difficilmente può camuffarsi come soltanto pubblico o soltanto privato apparendo sempre più evidente l'intreccio inestricabile dei suoi multiformi tentacoli»⁷⁶, ma che oggi sembra bruscamente interrotto nello spazio pubblico europeo. È necessario, dunque, riavvolgere il nastro della Storia che, nel frattempo, è andata in tutt'altro senso e provare a rispondere «ad una società in cui, con la “contestazione”, sono maturati potenti fattori di liberazione che superano “l'ambito del sottosistema politico”» e che ambivano ad «attaccare...i modelli culturali generali (il sistema culturale) che assicurano la legittimità profonda del sottosistema politico stesso»⁷⁷. I diritti fondamentali non vanno, dunque, intesi come semplici rivendicazioni degli individui ma, in un concetto più largo che non si presenti «solo in termini di tutela degli interessi individuali, in termini cioè pur sempre meramente garantistici e difensivi; una risposta non può essere data, a nostro avviso, che in termini tali da tutelare pienamente e integralmente più *istituti di libertà* che situazioni di libertà, più “contropoteri” che libertà negative»; poiché «a difesa della libertà non possono non concorrere sia garanzie di difesa di interessi individuali, sotto forma di “pretese attribuibili ai singoli”, sia strumenti di partecipazione di singoli e di gruppi, sia interventi positivi dello Stato e degli altri enti pubblici» che «tali pretese ed omissioni se sono indispensabili per la realizzazione delle libertà non possono esaurirne l'ambito: la libertà è qualcosa di più che la difesa dei diritti contro il potere; implica anche la possibilità di sviluppare in pieno le potenzialità dell'uomo»⁷⁸. Una logica globale, dunque, che concepisce

⁷³ Vedi capitolo 2, paragrafo 6 di questo lavoro.

⁷⁴ R. POLLIN, *Resurrection of the Rentier*, in *New Left Review*, vol. 46, n. 4, 2007, 140 e ss.

⁷⁵ A. BARBERA, *Commento all'art. 2, op.cit.*, 70.

⁷⁶ A. BARBERA, *Commento all'art. 2, op.cit.*, ibidem.

⁷⁷ A. BARBERA, *Commento all'art. 2, op.cit.*, 71.

⁷⁸ A. BARBERA, *Commento all'art. 2, op.cit.*, ibidem.

il diritto fondamentale come una richiesta di partecipazione al potere pubblico, che prende la forma di un *farsi istituzione* della *società* stessa e a cui l'ordinamento costituzionale si deve conformare e funzionalizzare. Un modo, dunque, per riattualizzare gli insegnamenti di Barbera di una libertà intesa come la più intima liberazione dal bisogno della persona, di una libertà che non guarda l'eguaglianza come suo opposto, ma come punto di convergenza della sua effettiva realizzazione, di una domanda di liberazione egualitaria che necessita di una sua materializzazione in un ordinamento costituzionale che si ponga quel fine. L'obiettivo, allora, può essere quello di incentivare un risveglio di quella *politicalità* sopita proprio *attraverso e per i diritti*, scandagliando in quel *sociale* dello spazio pubblico europeo. I diritti sociali, insomma – se e solo se intesi in questa modalità – potrebbero svolgere il ruolo dei più intimi custodi di quel modo di intendere il costituzionalismo democratico e rappresentare uno snodo di collegamento per «legare le lotti sociali ad una coerente strategia istituzionale»⁷⁹. Una strategia costituzionale che è tutta da farsi e che, però, potrebbe trovare proprio in questi un *vettore di politicalità* per manifestarsi, permettendo in parte di far trovare riconoscimento a delle istanze sociali-collettive, che, per ora, sono semplicemente non riconosciute o in affanno.

Forse, in fondo, quelle istanze politico-sociali, che stanno dietro ai diritti sociali, più che in affanno, non hanno trovato solo una *canalizzazione costituzionale*⁸⁰ in questa nuova conformazione dello spazio pubblico europeo, non rappresentato più solo dallo Stato e le Costituzioni del secondo dopoguerra, ma a cui non può che aggiungersi il diritto sovranazionale. I diritti sociali, dunque, potrebbero svolgere quella funzione di ricollegamento di quei valori in Europa, perché potrebbero produrre un effetto inducente: richiedendo che l'ordinamento incanali quelle istanze collettive – come in maniera lungimirante ci ha insegnato Barbera – nella costruzione di nuove *istituzioni delle libertà*. La logica dei diritti fondamentali, infatti, «non è univoca ma risente delle diverse *ragioni ordinamentali* in cui si colloca» e subisce «una torsione in relazione al contesto in cui si inserisce»⁸¹. I diritti sociali – in un'ottica di rapporti tra ordinamenti aperti che si definiscono attraverso i conflitti costituzionali tra Corti – potrebbero rappresentare (con gli altri diritti fondamentali ma più degli altri) dei *frammenti* di quella *politicalità* della *questione sociale* nello spazio pubblico europeo e portare all'emersione di quel rapporto tra *società* e Costituzione, che è assente nel diritto sovranazionale. Si potrebbe dire, insomma, che il rapporto tra il *politico* a cui segue il *sociale* – come nella proposta di Grimm e Scharpf – potrebbe essere invertito, visto l'attuale contesto del processo di integrazione europea: dal *sociale* (di cui i diritti sociali non sono che *frammenti* di raccordo con la *società*) segue il *politico*. Non una prospettiva risolutiva di tutti i problemi, ad ogni modo, ma che può

⁷⁹ A. BARBERA, *Commento all'art. 2, op.cit.*, 59.

⁸⁰ Seppur in un contesto diverso è stato sostenuto che i diritti rappresentano una tecnica di «soggettivizzazione giuridica» secondo cui «il divenire-soggetto prodotto dall'azione non risiede in qualità oggettive preesistenti, ma concorre a determinarle nella misura in cui si dispiega: bisogni e interessi sono articolati in una formazione soggettiva riconoscibile – e perciò nominabile – solo laddove essi guadagnano la soglia della rivendibilità politica collettiva», in M. SPANÒ, *Azioni collettive, governamentalità, neoliberalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 143-144.

⁸¹ F. MEDICO, *La sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale: l'eccezione a Granital?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 158.

intervenire per agire su un punto molto rilevante dell'attuale assetto dell'*acquis communautaire*: la *decostituzionalizzazione* della costituzione economica.

4. Per dare un “verso” al *discorso* sull'identità costituzionale: la *questione sociale* in Europa

Fatto questo approfondimento sul ruolo dei diritti sociali come *contrafforte* e come *vettori di politicità*, si può procedere nel proporre alcune possibili traiettorie su come poter “riempire” il *discorso* sull'identità costituzionale della *questione sociale*. Anche solo, infatti, semplicemente passando in rassegna⁸² l'evoluzione dei rapporti tra ordinamenti nazionali ed europeo sembra chiaro come si sia davanti ad una stagione di ri-definizione degli equilibri del diritto pubblico europeo. La categoria dei conflitti costituzionali, pertanto, se già di per sé ha assunto una sua autonomia concettuale all'interno di ordinamenti giuridici chiusi come quelli degli Stati nazionali, ritrova una sua specificità e una sua utilità sia descrittiva, ma anche prescrittiva, come corretta modalità di assorbimento delle tensioni presenti all'interno delle società europee. La grande differenza dell'inserimento dei conflitti come categoria per leggere il processo di integrazione rispetto alla sua declinazione in un ordinamento giuridico come quello degli Stati non è di poco conto, però, perché nel diritto pubblico europeo non siamo in presenza di un sistema giuridico che ha come fine quello di una generale integrazione politica o di – per come viene chiamato nella letteratura pubblicistica inglese – di «self-determination»⁸³ dei cittadini europei. La fortuna del costituzionalismo democratico, al contrario, si ritrova in questa capacità di garantire la *self-determination* dei cittadini nazionali nel partecipare, attraverso un complesso e sofisticato meccanismo costituzionale (composto di fonti, istituzioni, diritti, ecc.) all'unità politica, che non va intesa, però, come concetto monolite, espressione e portatore di interessi sempiterni, ma come tentativo di razionalizzazione di politica democratica delle conflittualità presenti in ogni società. La capacità di risposta del costituzionalismo democratico, da questo punto di vista, rispetto ai bisogni e alle tensioni presenti all'interno delle società europee sembra, dunque, più avanzata rispetto a quello che è in grado di garantire l'attuale conformazione dell'Unione europea. Dallo studio del diritto giurisprudenziale alcuni nodi di questo problema appaiono in maniera abbastanza chiara; altri, tuttavia, rimangono nascosti o, quantomeno, di più complicata decodificazione, come, ad esempio, l'asimmetria tra politica economica e monetaria in Unione europea.

La polarizzazione su quest'ultimo fronte nel dato giurisprudenziale sembra, infatti, declinarsi tra un rigorismo di sapore originalista della propria Costituzione e dei Trattati stessi del *Bundesverfassungsgericht* sulla definizione di cosa sia politica monetaria ispirata alla sola garanzia della stabilità dei prezzi, che nasconde, in realtà, ad una lettura più attenta, una chiara tendenza di «German hegemony» nelle «inter-State relations»⁸⁴ e della zona euro più in generale; e un'interpretazione più estensiva dei margini d'azione della Banca centrale

⁸² Come si è cercato di fare nella seconda parte del capitolo II.

⁸³ F. DAWSON, F. DE WITTE, *Self-Determination in the Constitutional Future of EU*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, 371 e ss.

⁸⁴ M. WILKINSON, *The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 5, 2016, 2.

europea alla luce del ciclo economico in cui agisce, come soggetto terzo ed indipendente, sottratto sia al controllo politico delle istituzionali sovranazionali e, *a fortiori*, di quelle nazionali⁸⁵. Polarizzazione che non pare, però, soddisfacente ed anzi demistificante ai fini di risolvere la grande aporia che è all'origine di questo fenomeno, ovvero la costruzione di una moneta senza Stato⁸⁶, ovvero di un'unione monetaria senza presupporre un'unità politica a monte⁸⁷, ma immaginando che la seconda fosse solo un riflesso dell'effetto indotto della prima. Quell'unità politica che, forse, non è più corretto sovrapporre ormai del tutto allo Stato ma potrebbe darsi in altre forme nello spazio pubblico europeo, rappresenta, infatti, il presupposto essenziale per garantire una risposta efficace alle asimmetrie che il funzionamento del mercato può causare, prevenendo dei meccanismi di redistribuzione interna che sono possibili, però, solo se espressione di un certo grado di solidarietà politica tra i membri di una data comunità. In mancanza di tutto ciò, la crisi e la risposta alla crisi data dagli organi sovranazionali non ha rappresentato altro che un *acceleratore* di aggravamento di una situazione, a cui nonostante la dottrina più attenta abbia cercato di immaginare risposte di sistema più o meno radicali⁸⁸, trova origini ben più profonde nella cornice funzionalista e mercatocentrica dell'Unione stessa. Se il problema legato alle asimmetrie e ai meccanismi di redistribuzione all'interno della zona euro⁸⁹ (che rimane uno dei nodi di vitale importanza per assicurare la capacità di finanziamento di molti Stati dell'eurozona) resta un tema molto importante in relazione alla *questione sociale* ma difficilmente risolvibile da un punto di vista solo giurisprudenziale⁹⁰, altre questioni del processo di integrazione si riescono a intravedere molto bene anche da questo versante. Detto in altri termini, quell'assenza di conflitto sociale si scorge bene anche nel diritto giurisprudenziale e da questa sponda del fiume – che in Unione ha un peso molto più preponderante (attraverso la definizione dell'*acquis communautaire*) rispetto agli ordinamenti nazionali – i conflitti costituzionali sono da leggere proprio come l'epifenomeno delle diverse *ragioni ordinamentali*. Su altri fronti, infatti, di notevole rilevanza sulla definizione della *costituzione economica europea*, le Corti costituzionali possono costruirsi un loro ruolo, ri-declinando nello spazio pubblico europeo la loro funzione di *Custodi del conflitto sociale*.

⁸⁵ Come dimostra il recente intervento della Banca centrale europea nello scontro sul *Public Sector Purchase Programme*, BANCA CENTRALE EUROPEA, *ECB takes note of German Federal Constitutional Court ruling and remains fully committed to its mandate*, in www.ecb.europa.eu, 2020.

⁸⁶ M. MINENNA, P. VERZELLA, G. M. BOI, *La moneta incompiuta. Il futuro dell'euro e le soluzioni per l'Eurozona*, Ediesse, Roma, 2016.

⁸⁷ Sul modo in cui si possa intendere un'unione politica funzionale al completamento dell'unione monetaria, A. SOMEK, *What is Political Union?*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, 561 e ss.

⁸⁸ Per una prima proposta sul modello di un federalismo esecutivo prodotto e condiviso dagli allora 4 Presidenti del Consiglio europeo, dell'Eurogruppo, della Commissione europea della Banca centrale, CONSIGLIO EUROPEO, *Towards a Genuine Economic and Monetary Union*, in www.consilium.europa.eu, 2012; per una seconda proposta di integrazione differenziata, G. MAJONE, *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 118-124; per una terza proposta di unione politica *light*, M. P. MADURO, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, in *Yearbook of Polish European Studies*, n. 16, 2013, 111 e ss.

⁸⁹ Sull'influenza della costruzione dell'euro sull'indebolimento dei modelli di *welfare* nazionali, M. FERRERA, *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

⁹⁰ Dei riflessi di queste tensioni irrisolta tra i sistemi la si intravede in una forma molto muscolare sulle questioni legate alla politica economica in Unione europea e su di cui, però, sembra essere chiusi in una dicotomia espressione di un *cul de sac* figlio dell'urgenza di un intervento di politica costituzionale.

Uno strumento di valorizzazione nella prospettiva di voler portare la – o quantomeno una parte della – *questione sociale* in Europa, non può, dunque, che ritrovarsi in quel *discorso* sull'identità costituzionale, attraverso cui si sono giocati numerosi scontri tra le Corti costituzionali e la Corte di giustizia. Un *discorso* che – come si è provato a mostrare precedentemente – si compone di diverse tessere del mosaico, dall'opposizione dell'identità costituzionale (*ex art. 4 comma 2 TUE*), alla possibilità di definire il contenuto materiale delle tradizioni costituzionali comuni (*ex artt. 52 CDFUE e 6 TUE*) collegato alle potenzialità espresse dall'entrata in vigore della Carta di Nizza (*ex artt. 51 e 53 CDFUE*), fino alla fissazione del confine tra competenze sovranazionali e nazionali, attraverso il controllo *ultra vires*. Una pletora di strumenti potenzialmente distruttivi – come hanno sottolineato alcuni studiosi⁹¹ – e che sono la dimostrazione plastica della natura non federale del diritto pubblico europeo, ma che, al contrario, mostrano una sua tensione pluralista (che si trasforma in una modalità conflittuale), e che non sono altro che lo specchio delle due anime e delle tensioni irrisolte che compongono il diritto pubblico europeo. Questi strumenti identitari possono essere sì distruttivi dunque, ma permettono, allo stesso tempo, di agire su alcuni nodi del progetto di integrazione e – se maneggiati con cura – possono avere una grande utilità e favorire una modificazione della *costituzione materiale* europea, nel senso dell'emersione di quei valori del «Social and Democratic Rechtsstaat»⁹². D'altra parte, assumendo il carattere bipolare del diritto pubblico europeo, si può meglio comprendere come quel ruolo di razionalizzazione democratica del conflitto sociale che ha esercitato il costituzionalismo democratico all'interno dello Stato, ora non possa che proporsi *anche* attraverso una ri-declinazione del ruolo delle Corti costituzionali come *Custodi del conflitto sociale*, in termini di “portatori” di quella conflittualità democratica che un ordinamento giuridico come il diritto sovranazionale non si è mai posto l'ambizione di governare⁹³.

La *questione sociale* di cui le Corti costituzionali sono i *Custodi* può trovare, dunque, nei diritti sociali come *vettori di politicità* il suo principale strumento di *apertura* della costituzione economica europea. Come si è, però, già ricordato, quei diritti sociali presenti nel costituzionalismo democratico non erano e non sono a-contestuali, ma acquisiscono

⁹¹ Sottolinea i *disintegrating effect* dell'identità costituzionale nei contesti federali e, più in particolare, i rischi di un utilizzo di questa solo in termini giudiziari, promuovendo, al contrario, i contributi dei *non-judicial actors*, P. FARAGUNA, *A Living Constitutional Identity: The Contribution of Non-Judicial Actors*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 10, 2015, 3 e ss. Sulla strumentalizzazione, invece, delle teorie pluraliste e dell'identità nazionale dai parte nelle democrazie illiberali, R. D. KELEMEN, L. PECH, *Why Autocrats Love Constitutional Identity and Constitutional Pluralism. Lessons from Hungary and Poland*, in *Reconnect Europe Working Papers*, n. 2, 2018, 5 e ss.

⁹² A. J. MENÉNDEZ, *Hermann Heller NOW*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, 290.

⁹³ La sua diffidenza nei confronti del conflitto sociale è, d'altra parte, nota: questo lo si riscontra, infatti, in maniera evidente ogniqualvolta emerga una rivendicazione collettiva e non individuale che chiede un riconoscimento; oppure quando la leva delle libertà economiche o del principio di non discriminazione per rideterminare scelte organizzativo-redistributive degli Stati (come sui settori dell'istruzione e dell'accesso alla sanità), manifestano il loro fine di incentivare un *homo economicus* altamente mobile e cosmopolitico, non contemplando, però, il risvolto nascosto ma altrettanto importante – in mancanza di una capacità fiscale europea *ergo* redistributiva autonoma – dell'impatto che quella scelta giudiziale vincolante ha sulla tenuta di quei modelli di *welfare* e sugli effetti negativi sulle fasce meno mobili e abbienti della società europee; che, infine, alcune volte si presenta come una vera e propria tendenza a voler neutralizzare quel conflitto sociale (come nel caso del rapporto tra libertà di impresa e diritti di pressione democratica) in cui la genesi economicista del diritto sovranazionale ostacola l'applicazione di un bilanciamento aperto ed equilibrato delle istanze contrapposte presenti nella società europea, ma lo ricostruisce in termini eccessivamente sbilanciati a favore del mercato.

quella portata emancipativa, perché inseriti in un *humus* costituzionale, che ne valorizza le potenzialità. Altrimenti, cadrebbe il presupposto argomentativo di questa tesi che considera non sufficiente l'approccio adottato dalla *social law* europea⁹⁴ rispetto alla nostra *questione sociale*, perché è un dato incontrovertibile che anche nel diritto sovranazionale sono riconosciuti (almeno formalmente) molti dei diritti sociali presenti nelle Costituzioni nazionali, ma che risentono di un diverso contesto ordinamentale in cui sono inseriti. Anche un'incidenza indiretta potrebbe, infatti, comportare una compressione di quegli «interessi nascosti» collettivi e sociali, realizzabile ad esempio in una data applicazione normativa delle quattro libertà⁹⁵, del principio di non discriminazione, ecc. Essendo, infatti, i diritti sociali i più politici tra i diritti, per quella loro struttura in continua tensione tra individuale e collettivo, subiscono più degli altri le risultanze ordinamentali e necessitano di una più larga protezione per garantirne l'effettività: la loro portata, dunque, non è parziale ma tende a generalizzarsi.

Già alcune manifestazioni di conflitti costituzionali, in questo senso, si sono date nel periodo della crisi economica grazie ad alcune Corti costituzionali, che si opponevano ad un completamento svuotamento dei diritti sociali a causa dell'implementazione di misure di *austerità* imposte dal vincolo esterno europeo⁹⁶. Tuttavia, in questi casi il vero problema è stato che – oltre alle contingenze drammatiche della crisi che senza dubbio hanno inficiato la capacità di azione delle Corti costituzionali, ostaggio del meccanismo giudiziale e della *case law* – i diritti sociali sono stati presentati come mere rivendicazioni individuali che si opponevano alla disciplina di bilancio imposta dall'Unione europea agli Stati nazionali⁹⁷. Quasi sempre, infatti, le Corti costituzionali hanno agito in un'ottica tutta nazionale dichiarando illegittime le misure di contenimento della spesa dei governi nazionali⁹⁸, e in pochissimi casi, hanno provato a contendere con la Corte di giustizia la bontà di scelte redistributive, seppur indirette, prese dall'Unione europea⁹⁹. La presente proposta, invece, si

⁹⁴ Per «squaring the circle» della dimensione sociale europea (come direbbe Catherine Barnard) c'è bisogno di un'immissione di quel rapporto tra diritto costituzionale e *questione sociale*, come organizzato dal costituzionalismo democratico, C. BARNARD, *Free Movement and Labour Rights: Squaring the Circle?*, in *Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, n. 23, 2013.

⁹⁵ Come, ad esempio, ma se ne potrebbero fare molti altri, i casi Corte giust., C-212/97, 9 marzo 1999, *Centros* e Corte giust., C-208/00, 5 novembre 2002, *Überseering BV* in cui pare evidente come l'adozione della *teoria della costituzione* in diritto societario e non *della sede effettiva* (privilegiata dalla Governo tedesco), sia in linea con l'approccio monodimensionale del diritto sovranazionale a favore del mercato, ma del tutto sbilanciato rispetto ad altri interessi nascosti, ma ben presenti, come ad esempio in Germania la tutela della cogestione con i lavoratori nelle imprese private. Su questa evoluzione della libertà di stabilimento, ma anche dei capitali, in Unione, *From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, n. 1, 2003, 177 e ss.

⁹⁶ Alcuni esempi nostrani sono, Corte cost. sent. n. 70 del 2015 e Corte cost., sent. n. 178 del 2015.

⁹⁷ Sui problemi relativi al *self-restraint* della Corte di giustizia in materia di *governance* della crisi economica, di cui molto è passato dall'ambito di applicazione della Carta di Nizza, F. CASOLARI, *C'è un giudice a Lussemburgo? Sui limiti strutturali e sostanziali alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto alle politiche di austerità dell'Unione europea*, in C. CARUSO, M. MORVILLO, *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisioni di bilancio nello Stato costituzionale*, Mulino, Bologna, 2020, 229 e ss.

⁹⁸ Per una panoramica esaustiva del fenomeno, F. SAITTO, *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2016, 421 e ss.

⁹⁹ Per un'analisi del ruolo giocato dalla Corte costituzionale italiana in relazione alla crisi economica europea, che suddivide tre tipologie di approcci (deferenza, resistenza e correzione) e che sostiene «una concezione forte dei diritti costituzionali nel momento in cui le credenziali democratiche del decisore politico sono sempre più discutibili», perché sempre più legate al vincolo esterno della *governance* sovranazionale, M. DANI, *Il ruolo*

differenza da questa già sperimentata prospettiva perché prova a contestare alla radice l'impostazione del diritto sovranazionale: i diritti sociali più che come rivendicazioni individuali intangibili verso misure di *austerità*, andrebbero intesi come *vettori di politicità*, ovvero come garanzia di quel modello di costituzionalismo democratico che lascia aperta alla determinazione politica la scelta redistributiva. Il crinale è sottile, ma non impossibile, insomma, da perseguire: il nuovo modo di intendere il ruolo di *Custodi del conflitto sociale* a livello dello spazio pubblico europeo non deve essere quello dell'opposizione di diritti fondamentali come rivendicazioni individuali direttamente discendenti dalla Costituzione (nel nostro caso i diritti sociali), ma come *spazio politico di azionabilità* di quel conflitto sociale che le Costituzioni nazionali riconoscono e di cui determinano solo i confini di agibilità politica, compresi attualmente dal diritto sovranazionale. I diritti sociali, intesi come *spazio politico di azionabilità* del pluralismo sono, pertanto, il perno di questa proposta perché rappresentano plasticamente la *ragione ordinamentale* del costituzionalismo democratico e sono prova della sua conformazione alla regolazione del conflitto sociale.

Per dare dunque un "verso" al discorso sull'identità costituzionale ed entrando sempre più nelle modalità operative della proposta, è necessario indicare schematicamente in chiusura di paragrafo in quali parti si articolerà l'argomentazione. Per far ciò risulta utile, infatti, suddividere la riflessione in tre componenti: 1. una prima di "forma", che spieghi una possibile nuova sistematizzazione dei rapporti tra ordinamenti (passaggio preliminare all'interno del quale inserire la centralità dei diritti sociali), che potremmo indicare sinteticamente con la tesi di aprire un'eccezione a *Granital*; 2. una seconda che inserisca le Corti costituzionali nel contesto dello spazio pubblico europeo, immaginando alcuni spazi normativi più aperti del diritto sovranazionale (clausole generali, ecc.) alla possibile influenza degli ordinamenti nazionali, arrivando a proporre un modello da *doppio Custode*, che porti "a sistema" la *questione sociale*; 3. una terza di "contenuto", che cerchi di concettualizzare l'identità costituzionale come valore-vettore *trasformativo* (individuando alcuni casi in cui spiccano le diverse *ragioni ordinamentali* tra sistemi) attraverso cui far emergere la *questione sociale*.

5. Istituzionalizzare i conflitti costituzionali: un'eccezione a *Granital*

Si era anticipato all'inizio del capitolo che per provare a riempire il *discorso* sull'identità costituzionale con la *questione sociale*, era necessario immaginare un parziale superamento del modello *Granital-Simmenthal*. Prima di scendere nel merito della proposta, è necessaria una piccola precisazione sul contesto in cui si inseriva quel modello e le sue differenze con la realtà costituzionale attuale. Come è stato notato, infatti, molto di recente i conflitti costituzionali tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale non sono casuali, ma possono «essere considerati come sintomi rivelatori di importanti tensioni costituzionali irrisolte, derivanti da differenze decisive nella struttura, nella forma e nel contenuto della politica europea e nazionale; ovvero [...] nella grammatica fondamentale dei

della Corte costituzionale italiana nel contesto della governance economica europea, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2018, 147 e ss.

due ordini giuridici»¹⁰⁰. Il punto, infatti, più rilevante da evidenziare è il seguente: «la grammatica del diritto nazionale ed europeo sembra essere la stessa, ma una volta che la esaminiamo nel dettaglio risulta essere molto diversa. Inoltre, le differenze, lungi dal restringersi, con il tempo sono aumentate. La rapida trasformazione del diritto dell'Unione europea in seguito alle crisi finanziarie, economiche e fiscali ha esacerbato tali differenze. Ciò spiega il numero crescente di scontri e conflitti che coinvolgono norme fondamentali del diritto nazionale ed europeo. Escludendo qualsiasi importante trasformazione politica in un senso (federalizzazione dell'Unione europea) o nell'altro (disgregazione dell'Unione europea)», i «“conflitti fondamentali” sono destinati a diventare endemici»¹⁰¹. Agustín Menéndez ci suggerisce, insomma, con la sua analisi che quel *principio di equivalenza* che, d'altra parte, è stato alla base della soluzione *Solange* e della nostra *Granital* – ma più in generale dell'ingresso del diritto sovranazionale nei meandri degli ordinamenti nazionali – è sempre più evidente come, in realtà, sia stato un falso “a fin di bene”, poiché espresso in un tempo in cui bisognava dare uno slancio al processo di integrazione che sembrava ineluttabile e che pareva avere dalla sua il vento della Storia. Quell'isonomia, infatti, alla base del modello *Granital-Simmenthal* era più presupposta in vista di un futuro da «fine della storia»¹⁰², che posta nel contesto di allora.

Con *Granital-Simmenthal*, infatti, si era posta quella *regola* di risoluzione delle antinomie tra ordinamento nazionale e diritto sovranazionale che trovava una sua sistematizzazione per il fronte europeo con la sentenza *Simmenthal II*¹⁰³, “internalizzata” sul fronte italiano con la nota pronuncia *Granital*¹⁰⁴. La prima adottava *in toto* la manifestazione del criterio gerarchico e dell'approccio monista¹⁰⁵, mentre la seconda ribadiva l'impostazione dualista del «separati ma coordinati»¹⁰⁶, che si manifestava nel dispiegamento del criterio di competenza. Questo era stato, insomma, il *compromesso* che si era raggiunto negli anni '80 del secolo scorso: un indietreggiamento dell'ordinamento nazionale in caso di norma avente effetto diretto, a cui corrispondeva – quasi nella riproduzione di un peculiare gioco delle maree – un avanzamento del diritto sovranazionale, di cui la Corte di giustizia e i giudici comuni si presentavano come rispettivamente guardiani e sentinelle; attraverso il *medium* del rinvio pregiudiziale e la disapplicazione¹⁰⁷, come sanzione dell'antinomia. A chiusura del modello, infine, si poneva la nota dottrina dei *controlimiti* incastonata in *Granital* e che

¹⁰⁰ A. J. MENÉNDEZ, «False Friends» costituzionali: l'irresistibile ascesa dei conflitti fondamentali tra diritto europeo e quello nazionale, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 893.

¹⁰¹ A. J. MENÉNDEZ, «False Friends» costituzionali, *op.cit.*, 902-903.

¹⁰² F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano, 1992.

¹⁰³ Corte giust., C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal II*.

¹⁰⁴ Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

¹⁰⁵ La «preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere «ipso jure» inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche — in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri — di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie», Corte giust., C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal II*, considerando 17.

¹⁰⁶ Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

¹⁰⁷ *Non applicazione* secondo l'impostazione dualista di *Granital*, sulla base del principio di competenza e non di gerarchia, Corte cost., sent. n. 168 del 1991, su cui R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 94.

riservava alla Corte costituzionale un “freno d’emergenza”, in caso di contrasto con i principi identitari della nostra Costituzione repubblicana¹⁰⁸. Negli anni seguenti sulla tenuta del modello già alcuni importanti studiosi avevano sottolineato alcune possibili critiche¹⁰⁹ e, soprattutto – per quel che qui interessa – nonostante una voce autorevole abbia affermato, recentemente, che questo modello non voleva, in realtà, introdurre un sistema di compatibilità del diritto interno con il parametro sovranazionale di tipo diffuso perché «il regime da essa definito è strettamente connesso all’esistenza del rinvio pregiudiziale, ovvero di un sistema che presuppone una stretta collaborazione tra periferia (giudici comuni) e centro (Corte di giustizia)»¹¹⁰, è innegabile che il recepimento e l’evoluzione dello stesso – per come concretamente si è attuato – abbia inserito un elemento di diffusione all’interno dei rapporti tra ordinamenti.

Il modello *Granital-Simmenthal*, ad ogni modo, trovava nell’effetto diretto un criterio di riparto delle competenze e fotografava un diritto sovranazionale di piccola taglia che produceva per lo più normazione tecnica riguardante l’integrazione del mercato (come ad esempio lo stesso caso di *Simmenthal II*), ma che riscontra oggi sempre più difficoltà ad andare incontro ad un processo di integrazione che dagli anni ’80 si è trasformato in qualcos’altro, con un diritto pubblico europeo attraversato da sempre più una maggiore *complessità ordinamentale*¹¹¹, che sottolinea i limiti applicativi del modello stesso. Soffermandoci più da vicino sui limiti di applicazione dell’effetto diretto in questo nuovo contesto, si potrebbe dire, infatti, che il modello *Granital-Simmenthal* si basava sulla tenuta di questo criterio di riparto che si costruisce sull’attivazione della fonte. Un primo problema si pone, però, oggi perché l’effetto diretto funzionava molto bene e svolgeva adeguatamente il suo compito in caso di regole – come erano quelle dei Trattati e della normativa primaria in vista della realizzazione dell’*Internal Market* – funziona molto poco in caso di diritti e principi¹¹² ovvero quando invade la materia costituzionale *stricto sensu* intesa. La ragione non sembra troppo peregrina: i diritti e principi producono costitutivamente un’eccedenza

¹⁰⁸ Dottrina dei *controlimiti* leggibile in due differenti modalità: da alcuni come ultimo bagliore della sovranità nazionale (nella sua lettura *mainstream*) ma anche da altri, in maniera minoritaria, come fattore di legittimazione per procedere nell’integrazione fino a prova contraria, A. GUAZZAROTTI, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 5-6.

¹⁰⁹ A. LA PERGOLA, *L’articolazione del diritto comunitario e di quello interno*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 4, 1994, 651 ss.; V. ONIDA, *Armonia tra diversi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2002, 549 ss. Sull’importanza del ruolo giocato dal giudice La Pergola nella costruzione di *Granital*, C. PINELLI, *Antonio La Pergola, giurista costruttore*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2007, 571 ss.

¹¹⁰ In una prospettiva condivisibile ma non confermata nell’applicazione pratica nel corso dei decenni successivi, M. DANI, *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 69.

¹¹¹ Volendo sintetizzare al massimo per macrotemi, risultante, come detto in precedenza, dall’allargamento delle competenze affidate al diritto sovranazionale, dalla creazione dell’euro e dall’entrata della Carta di Nizza come diritto primario.

¹¹² A maggior ragione quando intercetta i diritti sociali che per le loro *virtualità politiche* necessitano dell’interpretazione costituzionale e non di un sillogismo giudiziario. Sulla natura ottativa dei diritti e principi, vedasi lo studio di R. ALEXYS, *La teoria dei diritti fondamentali*, Mulino, Bologna, 1985.

assiologica¹¹³ che necessita di bilanciamento¹¹⁴, tecnica precipua dell'interpretazione costituzionale e figlia di quel modello di gestione dei conflitti sociali che si scontra con la semplicità automatica del funzionamento dell'effetto diretto, che da questa angolatura mostra tutti i suoi caratteri di strumento avente origine in un ordinamento parziale e costruito sull'integrazione economica. Un secondo limite in relazione all'applicazione dell'effetto diretto si lega alla giurisprudenza della Corte di giustizia che in questa materia non ha dato il meglio di sé, non avendo costruito nel corso del tempo un ben rodato e intellegibile *test* sull'effetto diretto e omettendo, molto spesso, di rendere esplicito in molti casi se norme europee godono o meno di questo attributo¹¹⁵. Nello stesso caso *Taricco*, tra l'altro, è stato evidenziato in dottrina come l'art. 325 del TFUE non godesse in realtà dell'effetto diretto¹¹⁶ – difettando la norma sia dei caratteri della chiarezza, della precisione e dell'incondizionatezza sia perché comportava un'applicazione in *malam partem* nei confronti del privato – e come la disapplicazione fosse in realtà una conseguenza del solo primato¹¹⁷.

Una fotografia efficace questa e che mostra bene alcuni limiti di funzionalità di questo istituto, che, ad oggi, rappresenta – ed è bene sottolinearlo per la prospettiva qui adottata – uno dei più potenti strumenti di espressione di quel farsi della *costituzione economica europea*, attraverso l'integrazione negativa della Corte di giustizia. Il nodo che pone l'effetto diretto, per come è stato costruito insieme alla disapplicazione, è, difatti, la rottura di quel pluralismo dei valori che il costituzionalismo democratico introietta, fungendo da «dispositivo di occultamento dei conflitti di valore intrinseci alle puntuali antinomie normative» e la trasformazione di quei conflitti di valore «in questioni tecniche, sulla natura autoapplicativa o meno della norma ricavabile dalle disposizioni del diritto comunitario coinvolte»¹¹⁸. Per cercare di rendere il più esplicito possibile questo punto centrale si potrebbe dire che, mentre il bilanciamento introietta e istituzionalizza il conflitto sociale presente nelle società moderne, l'effetto diretto lo esternalizza, rilanciandolo contro gli assetti di interesse bilanciati di una data comunità politica. Mentre questo approccio poteva funzionare, forse, in passato per compiti e funzioni limitate di cui si occupava il diritto sovranazionale (nell'ottica di limitare alcuni *nation-State failures*), questo elemento rischia

¹¹³ Seconda la nota teoria di E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1955, 850, secondo cui i principi sono caratterizzati da «un'eccedenza di contenuto assiologico, da virtualità e forza di espansione non già di indole logica e dogmatica, bensì valutativa, al punto che essi si pongono a fondamento dell'ordine giuridico, con una funzione genetica rispetto alle singole norme».

¹¹⁴ A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, 2008, 185 e ss.

¹¹⁵ D. GALLO, *L'efficacia diretta del Diritto dell'Unione Europea negli Ordinamenti Nazionali*, *op.cit.*, 176.

¹¹⁶ G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, *op.cit.*, 108.

¹¹⁷ Prospettiva molto probabilmente smentita in seguito dalla *Grande Chambre*, Corte giust., C-573/17, *Poplawski*, 24 giugno 2019, che risponde a numerosi dubbi che si erano sollevati in dottrina europea (R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, 314-315, e M. BLANQUET, G. ISAAC, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, Paris, 2012, 375) e che riconosce in maniera chiara che la disapplicazione discende dall'effetto diretto e non dal solo primato della norma europea, su cui D. GALLO, *La disapplicazione è figlia dell'effetto diretto, non del (solo) primato: Poplawski*, in C. CARUSO, F. MEDICO, M. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, 2020, 81 e ss.

¹¹⁸ A. GUAZZAROTTI, *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, *op.cit.*, 807.

di creare delle distorsioni se applicato a questo stadio del processo di integrazione, che necessita per essere governato di tecniche costituzionali ben più complesse.

L'effetto diretto, però, non copre tutto il raggio della competenza del diritto sovranazionale¹¹⁹. Con il solo elemento di contestazione della funzionalità dell'effetto diretto, infatti, se si agisce sull'architrave dell'attivazione della norma sovranazionale, poco o nulla si intravede di quel fenomeno di *competence creep*, con cui ci si riferisce a quel processo erosione che il diritto sovranazionale esercita sulle competenze degli Stati – in via indiretta e sotto varie forme¹²⁰ – ma che non sono state direttamente cedute da questi. Il problema della violazione del principio di attribuzione è, infatti, un tema centrale, da cui si è dipanato su vari fronti quel processo di *infiltration* del diritto sovranazionale sul costituzionalismo democratico, che per lo più è avvenuto «by night marches»¹²¹ e che nell'allargamento del raggio di azione del primo ha inciso più di quanto avrebbe potuto sulla *costituzione economica* degli Stati membri.

Una proposta per provare a rispondere a questo grande (e più ampio) *rebus* è stata quella di contestare il monopolio interpretativo del Trattato della Corte di giustizia, individuando il «punto debole di *Granital*» nel distinguere «con un tratto netto ciò che pertiene all'ambito di applicazione del diritto europeo e ciò che invece rimane nell'ambito di applicazione del diritto interno», dando «per scontato che questi due ambiti siano separabili con un tratto netto, tracciato sulla base di una semplice lettura del trattato e delle attribuzioni che il trattato riconosce alle istituzioni europee»¹²² e sottovalutando l'opera di espansione surrettizia portata avanti dalla Corte di giustizia. Non a caso altri ordinamenti hanno previsto su questo fronte un nuovo tipo di controllo *ultra vires* specifico – da cui si è visto passa buona parte della *seconda perturbazione* – valorizzando, però, come leva due grandi strumenti non presenti nel nostro sistema: il ricorso diretto¹²³ e il controllo preventivo di compatibilità con i Trattati¹²⁴. Due potenziali modalità, queste, attraverso cui far emergere le *ragioni ordinamentali* – senza entrare nella discussione sulla opportunità del loro utilizzo o, ancora, sulla bontà del modo con cui sono stati utilizzati da altre Corti costituzionali¹²⁵ – che potrebbero ulteriormente favorire da una parte un nuovo accentramento, ma anche un

¹¹⁹ Come dimostra, infatti, bene il *caso Popwłaski*, in cui si prende in conto il dato che il primato del diritto sovranazionale passa sì per una parte importante dal funzionamento dell'effetto diretto e della disapplicazione, ma non esclusivamente, S. HAKET, *Popławski II: A Half-Hearted Embrace of Hierarchical Supremacy*, in *13 Review of European Administrative Law*, vol. 13, n. 1, 2020, 155 e ss.

¹²⁰ Per un maggiore approfondimento, capitolo 2 paragrafo 10.

¹²¹ Espressione seppur utilizzata nel diverso contesto dello sconfinamento delle competenze del diritto sovranazionale, A. DASHWOOD, *The Limits of European Community Powers*, in *European Law Review*, vol. 21, n. 2, 1996, 113.

¹²² R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, *op.cit.*, 17.

¹²³ Come dimostra una parte importante della giurisprudenza tedesca da cui sono nati i controlli *ultra vires*, l'*Identitaskontrolle* e, da ultimo, la nuova forma di controllo sui diritti fondamentali.

¹²⁴ Basti pensare a questo strumento come origine di *Maastricht Urteil* e *Lissabon Urteil* in Germania, ma anche per la Francia alle decisioni del Conseil constitutionnel *Maastricht I, II, III* fino a quelle in relazione al Trattato costituzionale (decisione n. 2004-505 DC del 19 novembre 2004) e a quella sul Trattato di Lisbona (decisione n. 2007-560).

¹²⁵ Per un'analisi economica critica sulla decisione sul PSPP del Tribunale costituzionale tedesco, L. BINI SMAGHI, *The Judgment of the German Constitutional Court is incomprehensible*, in *LUISS Sep Policy Brief*, n. 25, 2020, 2 e ss. Per un'analisi giuridica critica, L. VIOLINI, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 425 e ss. e, F. FABBRINI, *Eurozona e diritto dell'Unione: verso la battaglia decisiva*, in www.csfederalismo.it, 6 maggio 2020.

maggiore raggio di controllabilità sugli effetti del processo di integrazione sugli ordinamenti nazionali e una maggiore *agency* in termini di contaminazione dello spazio pubblico europeo¹²⁶. Queste sarebbero fisiologicamente le vie attraverso cui far emergere questo centrale tema¹²⁷, ma in assenza del ricorso diretto e del controllo preventivo sui Trattati in Italia e, portando ad estreme conseguenze la tesi della contestazione sul principio di attribuzione, l'unica altra via logicamente percorribile sarebbe quella di ergere l'art. 11 Cost. stesso a *controlimite* nei suoi doppi presupposti applicativi del rispetto del controllo sulle «limitazioni di sovranità» effettivamente realizzate e sul rispetto del fine «della pace e della giustizia tra le Nazioni»¹²⁸. Una “strategia” costituzionale che – nonostante un’analisi di fondo molto condivisibile – non convince, però, del tutto negli esiti: da una parte, perché rischia di essere eccessivamente formalista rispetto ad un processo di integrazione europea che ormai sempre più spesso si è giovata di quel «traboccamento»¹²⁹ delle sue competenze, fenomeno difficilmente ormai arrestabile e che se si vuole contrastare per la sua impostazione mercatocentrica, va contestato sul piano della definizione della *costituzione materiale* e non attraverso un richiamo al concetto di sovranità nazionale; dall'altra, perché concentrarsi su un controllo rigorista dell'art. 11 Cost. come *controlimite* significherebbe negare le stesse argomentazioni costituzionali che furono date dagli anni '70 in poi per giustificare la sufficienza dell'art. 11 Cost., come clausola abilitante e la non necessarietà di una modifica costituzionale¹³⁰, con il rischio di piombare in un *regressum ad infinitum*; infine, perché significherebbe scaricare eccessivamente una responsabilità politica del processo di integrazione su un organo come la Corte costituzionale, che non avrebbe né la posizione istituzionale, né potrebbe giovare della chiarezza di un parametro («limitazioni di sovranità» e «pace e giustizia tra le Nazioni») per esercitare un suo sindacato giudiziale di un tal peso politico (che comunque non le spetterebbe), da sostanzialmente decidere della partecipazione dell'Italia in Europa.

Tenendo a mente, pertanto, queste diversità sulla strumentistica della giustizia costituzionale rispetto ad altri sistemi costituzionali come quello tedesco, francese o spagnolo, più di recente un altro fronte parallelo a *Granital* si è aperto nell'ordinamento

¹²⁶ Come dimostra il maggiore attivismo su molteplici fronti del *Bundesverfassungsgericht* in materia di politica economica, che difficilmente nel sistema costituzionale italiano potrebbe darsi in una forma simile presso la Corte costituzionale. Mette bene in evidenza il paradosso tra l'utilizzo del controllo democratico tedesco e la ristrettezza di una politica monetaria tutta schiacciata sulla stabilità dei prezzi, M. WENDEL, *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n. 2, 2014, 263 e ss.

¹²⁷ Almeno dal punto di vista della tecnica costituzionale, essendo di dubbia opportunità politica un intervento del diritto giurisprudenziale europeo (intendendo Corti costituzionali e Corti di giustizia) su queste delicatissime e squisite questioni esiziali del processo di integrazione. Epifenomeno, d'altra parte, di come quell'opera di *depoliticizzazione* del conflitto e di asimmetria incarnata nel funzionalismo dei Trattati se non individua canali di ricezione nelle sedi politico-istituzionali, trova sempre altre forme per manifestarsi, essendo immanente nelle società democratiche complesse.

¹²⁸ Seguendo la linea espressa da, A. GUAZZAROTTI, *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei*, in *DPCE Online*, n. 1, 2020, 327 e ss, che parla in tono critico di «un'apparente assenza di limiti costituzionali all'eventuale fusione dell'Italia in un'Europa federale, alla luce dei dibattiti parlamentari» (344).

¹²⁹ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, *op.cit.*, 153.

¹³⁰ Analizzando le irregolarità e le motivazioni della scelta italiana di non operare una modifica costituzionale e la giustificazione teorica assegnata all'art. 11 Cost. vedasi, A. GUAZZAROTTI, *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei*, *op.cit.*, 344-347.

costituzionale italiano: la «precisazione» della sentenza n. 269 del 2017. Questo precedente risponde, infatti, in una forma peculiare a quel *displacement*¹³¹ che le Corti costituzionali hanno subito in relazione al diritto sovranazionale e al circuito fiduciario Corte di giustizia-giudice comune, abbracciando una nuova stagione di accentramento sul giudizio di costituzionalità¹³², rispetto al controllo di compatibilità con il diritto sovranazionale. Una tendenza che, nella prospettiva qui adottata, non può che essere guardata con favore e che permetterebbe alla Corte costituzionale di riguadagnare quel suo ruolo di *Custode del conflitto sociale* sia in una prospettiva interna con i giudici comuni, ma soprattutto in rapporto con il diritto sovranazionale. È chiaro, infatti, che guardando all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano questo nuovo orientamento ha l'obiettivo di porre un freno alla deriva con cui i giudici comuni hanno abusato dello strumento della disapplicazione e dell'interpretazione conforme¹³³. È noto, difatti, come i giudici comuni abbiano utilizzato come leva il diritto sovranazionale e abbiano dimostrato lealtà alla Corte di giustizia non solo in virtù di un generico europeismo che li ha pervasi, ma soprattutto perché la disapplicazione offriva loro un *empowerment* che con la legalità costituzionale avevano perso. L'innesto di quest'ultima, al contrario, aveva garantito alla Corte costituzionale una centralità, a discapito dei giudici ordinari e della legalità ordinaria¹³⁴.

Se questa è però, in sintesi, la ragione interna della «precisazione», risulta più interessante individuare le ragioni esterne nel rapporto con il diritto sovranazionale. Da questo punto di vista torna utile, per comprendere, ripercorrere la tesi di Mezzanotte sull'incompatibilità nel nostro sistema di un sindacato diffuso di costituzionalità (che in parte con il modello *Granital-Simmenthal* si è radicato nel nostro ordinamento¹³⁵) perché, a suo parere, quest'ultimo «in una costituzione lunga ha come presupposto teorico l'identificazione della costituzione con un determinato contingente assetto normativo, il quale non tanto configurerebbe un'attuazione diretta, quanto una riduzione della complessità costituzionale e, con essa, una sostanziale vanificazione dell'istanza di unità in base a valore», comportando che «le chances di una costituzione lunga di adempiere alla sua funzione legittimante sono praticamente annullate: legittimando un determinato assetto normativo, il giudice delle leggi (e cioè, in questo caso, l'intero potere giurisdizionale) finirebbe con delegittimare se stesso»¹³⁶. In definitiva, questa mai completa sovrapposizione tra una Costituzione lunga e un dato ordinamento giuridico non accetta un «riduzionismo dei valori» implicito in un sindacato diffuso perché l'unità in base al valore (che forse si potrebbe anche sostituire con il concetto di integrazione politica) non è mai un fine realizzabile ma sempre tendenziale per il rapporto che le Costituzioni lunghe hanno con la *società* e che, al contrario, se l'unità fosse raggiunta, «si eliminerebbe l'alternatività dei fini e degli interessi, con la conseguente

¹³¹ J. KOMAREK, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n. 3, 2013, 427.

¹³² D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, op.cit., passim.

¹³³ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, op.ult.cit., 153-154.

¹³⁴ A. VON BOGDANDY, D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, 9 e ss.

¹³⁵ R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, n. 1, 2018, 2227 e ss.

¹³⁶ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, op.cit., 107.

rimozione dei conflitti e abolizione della politica»¹³⁷. L'accentramento che la «precisazione» esercita¹³⁸, dunque, agisce per contrastare quella tendenza del diritto sovranazionale ad una «più prosaica semplificazione della complessità dei valori», che si è introdotta nel nostro sistema attraverso una esternalizzazione del «nucleo liberista [...] blindato nelle strutture normative e istituzionali comunitarie» e attraverso un ridimensionamento del pluralismo sociale presente nelle Costituzioni lunghe, attraverso lo strumento della disapplicazione e l'alleanza della Corte di giustizia che «con la rete puntiforme dei giudici comuni nazionali si è incaricata di realizzare quella semplificazione dei valori in ossequio al c.d. funzionalismo»¹³⁹. Per questo, seppur condividendo in pieno la diagnosi dell'attuale stato del diritto pubblico europeo, non possono condividersi le conclusioni di chi ha sostenuto che attraverso l'attuale sistema di centralizzazione sui giudici comuni e mantenendo *Granital* (con i soli *controlimiti* in buona sostanza) si possa ottenere il risultato di un recupero di quella fruizione della conflittualità sociale che il costituzionalismo democratico tende a preservare¹⁴⁰.

Queste sono, a parere di chi scrive, le motivazioni più profonde del *revirement* giurisprudenziale e della rottura della regola di *Granital*, perché la Corte costituzionale giunge, dunque, all'esito di una diagnosi sull'attuale stato del processo di integrazione di dover aprire un fronte di contendibilità sulla Carta di Nizza e, più in particolare, sulla definizione di cosa siano le *tradizioni costituzionali comuni* in relazione ai diritti fondamentali¹⁴¹. Lo spazio di sovrapposizione costituzionale tra i due ordinamenti necessita, infatti, di un nuovo assetto per essere governato sul fronte del diritto giurisprudenziale. Se il caso *Taricco* rimaneva nel pieno delle virtualità espressive del modello *Granital-Simmenthal*, ma le cui potenzialità non possono essere sottovalutate, la «precisazione» della sentenza n. 269 del 2017 apre un'eccezione alla regola. O, meglio, nonostante le diverse voci autorevoli che si sono levate in dottrina¹⁴², questa sarà la lettura che si prediligerà in questo lavoro, anche alla luce della proposta più generale di riattualizzare quel ruolo di *Custode del conflitto sociale* della Corte costituzionale che si deve far carico dell'agibilità politica della conflittualità democratica.

¹³⁷ A. GUAZZAROTTI, *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, op.cit., 809.

¹³⁸ A favore del carattere accentrato della giustizia costituzionale per ragioni storiche legate alla formazione delle Corti costituzionali in Europa e per i valori sottostanti della certezza del diritto, dell'uguaglianza e dell'uniformità (*democratic values*), vedasi il fondamentale studio di V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven & London, London, 2009, 20-26, che parla, in relazione a *Simmenthal*, di un «crime of high treason against the Kelsenian order of things!».

¹³⁹ A. GUAZZAROTTI, *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, op.cit., 811.

¹⁴⁰ Riconoscendo ai giudici ordinari, l'introduzione della «constitutional legality» e come *partners* della «constitutional adjudication», M. DANI, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: a Reply to Jan Komárek*, op.cit., 800.

¹⁴¹ Altrimenti sottolinea il rischio di una banalizzazione e di una visione scolastica del bilanciamento di interessi sottesi ai diritti fondamentali riconosciuti dalla CDFUE, R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, op.cit., 867.

¹⁴² Nella sfumatura delle varie posizioni: R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, op.cit., *passim*, che sostiene un'utilità del mantenimento di *Granital* nonostante l'individuazione di alcuni punti deboli; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, op.cit., 30 che rievoca una linea di continuità tra *Granital* e la precisazione della sent. n. 269 del 2017; infine, A. MORRONE, *Oltre Granital: divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, op.cit., 219, che propende verso una fusione del parametro sulla Carta di Nizza, tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia.

6. Il modello del *doppio Custode*: le Corti costituzionali come custodi e portatori della *questione sociale*

Uno dei presupposti dell'istituzionalizzazione dei conflitti costituzionali è, dunque, una centralizzazione sulle Corti costituzionali nel loro rapporto con la Corte di giustizia su alcuni e rilevanti *hard cases* che possono contribuire a ri-definire la costituzione economica europea. A monte di tutto ciò, però, è necessario soffermarsi su due ulteriori appendici da inserire in un contesto più ampio per comprendere in quale “verso” utilizzare il *discorso* sull'identità costituzionale: una nuova concettualizzazione del rinvio pregiudiziale e l'individuazione di alcuni spazi normativi nel diritto sovranazionale più aperti a tensioni pluraliste.

L'eccezione a *Granital* aperta dalla «precisazione» sembra, difatti, già andare nel verso di un utilizzo più corposo del rinvio pregiudiziale. A seguito della sent. n. 269 del 2017 il numero di rinvii pregiudiziali, infatti, sono aumentati esponenzialmente rispetto al passato¹⁴³, arrivando nel giro di tre anni – senza considerare l'ordinanza *Taricco*¹⁴⁴ – con l'ord. n. 117 del 2019 e l'ord. n. 182 del 2020 ad inaugurare una nuova stagione che vede al centro questo ricco strumento espressivo. Sull'orientamento inaugurato dalla «precisazione» della sent. n. 269 del 2017 siamo davanti, però, non ad un blocco granitico e stabilizzato, ma ad un orientamento ancora *in fieri* e che ha dimostrato di avere diverse anime e diversi punti di fuga, non del tutto ricondotti a unità. Varie questioni restano ancora non del tutto chiare come, ad esempio, le due relative all'ordine delle pregiudiziali e all'ampiezza del sindacato costituzionale in caso di *diritti a doppia tutela*. Trattando della prima si potrebbe dire che la tendenza più recente¹⁴⁵ pare quella di un declassamento dell'iniziale *obbligo* di prioritaria questione di costituzionalità a una mera *facoltà* del giudice comune, visto anche e considerato i possibili dubbi sollevati relativi alla compatibilità con la giurisprudenza sovranazionale¹⁴⁶; la giustificazione teorica da dover porre alla base di un vero e proprio ribaltamento dell'ordine rispetto al passato; e, infine, la difficile sanzionabilità di quell'obbligo giuridico nei confronti dei giudici comuni¹⁴⁷. In realtà, però, per comprendere a pieno le implicazioni di questo primo tema, esso non va letto come una mera questione di tecnica di giustizia costituzionale, ma come una chiara opzione di politica del diritto dei nostri giudici costituzionali, che per essere compresa fino in fondo deve essere colta nella sua funzionalizzazione al disegno generale che questa eccezione a *Granital* comporta. Se uno dei

¹⁴³ Basti considerare che prima della sent. n. 269 del 2017, erano stati solo tre i rinvii pregiudiziali posti dalla Corte costituzionale a partire dal caso *Granital*: due nel giudizio in via incidentale (Corte cost., ord. n. 207 del 2013, Corte cost., ord. n. 24 del 2017), uno nel giudizio in via d'azione (Corte cost., ord. n. 103 del 2008).

¹⁴⁴ Corte cost., ord. n. 24 del 2017.

¹⁴⁵ Corte cost., sent. n. 20 del 2019, Corte cost., sent. n. 63 del 2019, Corte cost., ord. n. 117 del 2019.

¹⁴⁶ Con posizioni diverse in dottrina, tra chi è a favore della compatibilità, G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2017, 2948 e ss. e tra chi è contro R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, 2 e ss.

¹⁴⁷ Per la mancanza nell'ordinamento costituzionale italiano del ricorso diretto, presente nella forma del *Verfassungsbeschwerde* e del *recurso de amparo*, rispettivamente tedesco e spagnolo. Per uno studio comparato su questi temi, R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2012.

fini che sottende la «precisazione» è un ri-accentramento sulla Corte costituzionale – giungendo a qualificare secondo alcuni il carattere accentrato di costituzionalità *ex art. 134 Cost.* come vero e proprio elemento dell'identità costituzionale italiana¹⁴⁸ – allora la questione se debba essere effettuato prima il rinvio pregiudiziale o l'incidente di costituzionalità, perde in parte di importanza perché il tema di fondo pare essere quello di far giungere tutta una serie di questioni di “potenziale” costituzionalità¹⁴⁹ che i giudici costituzionali prima, seguendo la logica *Granital-Simmenthal* e rinchiudendosi in uno atteggiamento splendidamente isolazionista, consideravano inammissibili e che, ora, non lo sono più.

Giungendo al secondo elemento, sono i confini applicativi della «precisazione» ad essere il vero nodo di questo aggiornamento dei rapporti tra ordinamenti. Se all'inizio, infatti, sembrava che la sent. n. 269 del 2017 avesse adottato un approccio formalista, aprendo ad un controllo di costituzionalità solo nei casi di sovrapposizione con la Carta di Nizza¹⁵⁰ e non con la restante parte del diritto primario sovranazionale, successivamente con la sent. n. 20 del 2019 il sindacato pare essersi ampliato anche ai principi «in singolare connessione con le pertinenti disposizioni della CDFUE» e arrivando come nel caso della sent. n. 11 del 2020 a parlare di «disposizioni dell'Unione europea attinenti, nella sostanza, ai medesimi diritti tutelati da parametri interni». Il sindacato, in definitiva, sui diritti *a doppia tutela* pare, dunque, allargarsi e verrebbe da dire – non potrebbe essere altrimenti – visto e considerato che la stessa sent. n. 269 del 2017 parlava di un aggiornamento legato alla «impronta tipicamente costituzionale» della Carta di Nizza. Anche in questo caso, dunque, la materia costituzionale¹⁵¹ della Carta di Nizza provoca uno sconfinamento oltre i confini applicativi della stessa per quanto riguarda la prospettiva nazionale; non essendo, tra l'altro, del tutto chiarita ancora la tematica dall'altro punto di vista, ovvero quello sovranazionale, ove l'effettiva estensione dell'ambito di applicazione *ex art. 51* della Carta sembra subire una logica “a fisarmonica”, a seconda delle tendenze integrazioniste o meno perseguite nello specifico caso da parte della Corte di giustizia¹⁵². Per aggiungere un dato a questa constatazione, poi, si potrebbe dire che non sempre è chiarito dai giudici lussemburghesi

¹⁴⁸ Secondo la tesi espressa da A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012, 89 e ss.

¹⁴⁹ Sulla stessa linea di pensiero e che considera questa tendenza presente già dalla vicenda *Taricco*, B. GUASTAFERRO, *Il cammino euro-unitario della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269 del 2017*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 89 e ss.

¹⁵⁰ A. COZZI, *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum costituzionale*, 1 febbraio 2018.

¹⁵¹ A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto europolitano sulle questioni assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3, 2017, 234 e ss.

¹⁵² Di cui alcuni esempi in particolare sull'applicabilità della Carta di Nizza *ex art. 51 CDFUE*, Corte di giustizia, C-434/11, 14 dicembre 2011, *Corpul Național al Polițiștilor e altri*; Corte giust., C-134/12, 10 maggio 2012, *Corpul Național al Polițiștilor*; Corte giust., C-369/12, 15 novembre 2012, *Corpul Național al Polițiștilor*; Corte giust., C-128/12, 7 marzo 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte e a. c. BPN*; Corte giust., C-264/12, 26 giugno 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins c. Fidelidade Mundial*; Corte giust., C-665/13, 21 ottobre 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins c. Via Directa*. Per una critica a questo approccio di restrizione dell'ambito di applicazione della CDFUE, C. BARNARD, *The Charter in Times of Crisis: A Case Study of Dismissal*, in N. COUNTORIS, M. FREEDLAND (a cura di), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 250-277.

l'autonoma valenza degli articoli della CDFUE, essendo molto volte utilizzati quest'ultimi esclusivamente come espedienti argomentativi di una data interpretazione della normativa secondaria¹⁵³ da cui trarre delle conseguenze giuridiche che, altrimenti, non potrebbero discendere da norme derivate secondo le attuali logiche che reggono il diritto sovranazionale. Sempre su queste scia, infine, anche argomentando *a contrario* e volendo adottare un criterio formalista di delimitazione dell'eccezione a *Granital*, da cui discenderebbe che l'attuale «precisazione» farebbe scaturire da una «diagnosi non convincente» una «probabile inefficacia della terapia»¹⁵⁴, si potrebbe obiettare, in prima battuta, che anche rimanendo centrati sulla Carta di Nizza, il raggio dei conflitti costituzionali rimarrebbe a larga gittata perché quest'ultima riproduce almeno nominalisticamente (non in senso materiale afferente al contenuto interpretativo e ai bilanciamenti tra diritti e principi) la quasi totalità del patrimonio costituzionale presente nella Costituzione italiana, e bypassando una seconda tendenza che tutto sembra tranne che di “fuga dalla Carta”, in cui, al contrario, è proprio la Corte di giustizia a preferire la valorizzazione degli articoli della Carta di Nizza nella sua giurisprudenza, tra l'altro in alcuni casi riguardanti le libertà economiche¹⁵⁵.

Il raggio di azione dell'eccezione a *Granital* sembra, dunque, nonostante tutto, espandersi oltre i soli confini della Carta di Nizza e aprirsi a possibili conflitti costituzionali che si realizzano non solo tra diritti e principi presenti nella CDFUE e nella Costituzione italiana, ma anche tra alcuni diritti della Costituzione e – direttamente o indirettamente – alcune importanti norme dei Trattati stessi. Allargare la sfera di intervento della «precisazione» e privilegiare sempre più un contatto diretto con la Corte di giustizia su alcuni *hard cases* sembra, pertanto, una “strategia” costituzionale esplicitamente perseguita dalla nostra Corte costituzionale e che va nel verso auspicabile di *istituzionalizzare* i conflitti costituzionali già presenti nel diritto pubblico europeo. Oltre ai *controlimiti*, dunque, come canale per l'emersione della *questione sociale*, con l'eccezione a *Granital* si apre tutto il connesso tema delle tradizioni costituzionali comuni. Su questo secondo fronte il pensiero lungo della nostra Corte costituzionale sembra essere, infatti, rompere il «monopolio interpretativo»¹⁵⁶ della Corte di giustizia sulla definizione delle tradizioni costituzionali comuni in un contesto sempre più pluralista dello spazio pubblico europeo.

Da qui una nuova e necessaria concettualizzazione del rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale che nell'ormai sempre più stabile e assunta veste di giudice europeo¹⁵⁷, dovrebbe utilizzare questo strumento di raccordo tra i due sistemi nella doppia

¹⁵³ Come si è dimostrato sulla recente apertura in materia di effetti orizzontali dei diritti sociali della Carta come ad es. Corte giust., C-569/16, 6 novembre 2018, *Bauer*, Corte giust., C-684/16, 6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV.*, Corte giust., 414/16, 17 aprile 2018, *Vera Egenberger*, Corte giust., C-193/17, 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation*, su cui recentemente, M. E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, 636 e ss.

¹⁵⁴ M. DANI, *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?*, *op.cit.*, 70.

¹⁵⁵ Corte giust., C-201/15, 21 dicembre 2016, *AGET Iraklis*.

¹⁵⁶ F. MEDICO, *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio Custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2019, 101.

¹⁵⁷ D. PARIS, *Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 11, n. 2, 2015, 389 e ss, che, analizzando la pronuncia *A c. B* austriaca, riconosce la necessità di attenuare il modello *Simmenthal* e apre alla possibilità di una visione delle Corti costituzionali come guardiani dei diritti UE, in un'ottica di piena assunzione del loro ruolo di giudici europei.

connotazione di *canale di resistenza* ma anche come *canale di partecipazione*. In questo senso, la Corte costituzionale, proprio in prospettiva di ri-determinare la sua funzione di *Custode del conflitto sociale*, dovrebbe abbandonare definitivamente la sola prospettiva nazionale di isolamento interno e assumere a pieno titolo, al contrario, un suo ruolo di compartecipe alla costruzione del diritto pubblico europeo¹⁵⁸. Questo perché il grado di interazione tra ordinamenti è, difatti, talmente elevato che sempre più sembra difficile cogliere i confini tra norma nazionale e norma europea e rinchiudere la giurisdizione costituzionale nell'ottica difensiva dell'«ultima fortezza»¹⁵⁹ a difesa del principio di attribuzione e delle *social competences* nazionali, pare una «strategia» costituzionale che presupponga la possibilità di riavvolgimento del nastro di quello che ha rappresentato il processo di integrazione. Per far ciò, dunque, è necessario anche scorgere alcune *vie* di contaminazione lasciate più aperte dal diritto sovranazionale. A questi fini e pur mantenendo un approccio pluralista e non aderendo a quelle tesi che hanno spinto a parlare di un «monismo costituzionale rovesciato»¹⁶⁰, l'attuale dimensione conflittuale del diritto pubblico europeo presenta già a ben guardare spazi di sovrapposizione contendibili. Unendo, dunque, l'arma dei *controlimiti* insieme alle tradizioni costituzionali comuni, il rinvio pregiudiziale potrebbe fungere da strumento in grado di influenzare il diritto sovranazionale: a monte, concependolo come *canale di partecipazione* in una ricerca di una definizione pluralista della *costituzione economica europea* (che passa sì per lo più dai Trattati, ma che sempre più spesso trova un riferimento nella Carta di Nizza), immettendo dal «basso» attraverso la co-definizione di cosa sia tradizione costituzionale comune quel modo di intendere la *questione sociale* tipica del costituzionalismo democratico; a valle, utilizzando il rinvio pregiudiziale come *canale di resistenza* e utilizzando l'arma dei *controlimiti* in caso di risposta negativa, troppo sbilanciata a favore delle ragioni del mercato e che non contempera alcuni valori presenti nel costituzionalismo democratico e che la Corte costituzionale ha il dovere di proteggere, «portandoli» in Europa.

D'altra parte, il diritto sovranazionale non è uno sistema monolitico non soggetto a cambiamenti e molti spazi normativi presenti nel diritto primario (Carta di Nizza *in primis* come possibile luogo di conflitto e incontro) offrono numerose possibilità di apertura¹⁶¹. La costituzione materiale europea non è, in altri termini, intangibile, ma esistono numerose

¹⁵⁸ M. DANI, *Intersectional Litigation and the Structuring of a European Interpretative Community*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 3-4, 2011, 729-730, che propone un modello di «contextual deference» tra Corte di giustizia e Corti costituzionali e un «circuit of intersectional litigation» che permetta la coesistenza tra il diritto sovranazionale, identificato con un modello di «regulatory state» e il costituzionalismo democratico, ovvero il «republican constitutionalism».

¹⁵⁹ Per riprendere una metafora coniata nel contesto diverso di uno studio sui conflitti di attribuzione, R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996.

¹⁶⁰ G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale e comunitaria), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2017, 2960.

¹⁶¹ Individua tre tipologie di situazioni disegnate dalla *dottrina Simmenthal*: una riguardante «situazioni disciplinate da fonti del diritto sovranazionale direttamente applicabili o dotate di effetto diretto»; una seconda «riguardante situazioni regolate da fonti del diritto sovranazionale prive di applicabilità diretta o effetto diretto»; una terza concernete «questioni prive di alcuna connessione con il diritto dell'Unione», M. DANI, *Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea: un'introduzione*, *op.cit.*, 726-728.

«supranational law free zone»¹⁶² che permetterebbero alle Corti costituzionali di far emergere le loro *ragioni ordinamentali*. Cercando di immaginare alcuni di questi punti di sutura e mantenendo il *focus* sui diritti *a doppia tutela*, possiamo suddividere l'analisi in tre situazioni di conflitti tra norma nazionale e norma europea¹⁶³: 1. un primo caso in cui la norma nazionale, di cui si dubita la compatibilità e con la Costituzione e con la Carta di Nizza, rientra in un campo pienamente armonizzato dal diritto sovranazionale; 2. un secondo caso, in cui alla norma nazionale, sempre in potenziale contrasto con i due parametri, è lasciato un certo margine di discrezionalità e, quindi, non pienamente armonizzata; 3. un terzo, infine, in cui la norma nazionale è in contrasto, sì con la Costituzione e non con la Carta di Nizza, ma con i Trattati o con la normativa derivata del diritto sovranazionale.

Provando, ora a specificare le tre ipotesi, nella (1) prima situazione senza dubbio i margini di azione della Corte costituzionale sarebbero molto ridotti (tolto l'utilizzo dei *controlimiti*) perché in linea con la giurisprudenza *Melloni*¹⁶⁴ sull'art. 53 CDFUE l'unico parametro applicabile, secondo il diritto sovranazionale, sarebbe la Carta di Nizza. L'intervento del legislatore sovranazionale in quella determinata materia non permette, difatti, ad uno Stato membro di «ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta»¹⁶⁵, in nome di un'applicazione tutta nazionale del massimo standard *ex art. 53 CDFUE* che lederebbe l'uniformità del diritto sovranazionale. In un caso del genere, pertanto – che molto assomiglia al *Right to be forgotten II*¹⁶⁶ – la Corte costituzionale, attraverso la valorizzazione *ex art. 52* della Carta di Nizza, avrebbe solo la possibilità di richiedere un'incorporazione della tradizione costituzionale comune da lei proposta, proponendo un rinvio pregiudiziale non di interpretazione, bensì di *validità* tra il parametro della Carta di Nizza e il diritto derivato. Spazio ridotto, dunque, ma comunque significativo, perché l'apporto di Palazzo della Consulta potrebbe andare nel senso – oltre di valorizzare il proprio punto di bilanciamento tra beni costituzionali speculari presenti anche nel diritto sovranazionale – anche di incentivare molto più, rispetto al passato, a far svolgere alla Corte di giustizia quel sindacato di legittimità sulle norme derivate, che storicamente si è sempre dimostrata restia ad esercitare¹⁶⁷.

Nella (2) seconda situazione, invece, i margini si allargano, perché siamo in una situazione normativa in cui il contrasto tra norma nazionale con la Costituzione e la Carta di

¹⁶² M. BOBEK, *The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts*, in M. CLAES, M. DE VISSER, P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING (a cura di), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012, 302.

¹⁶³ La seguente suddivisione ricalca e prende grande spunto da quella proposta da G. MANZONI, *La necessità e la virtù – ovvero la Corte costituzionale nel circuito interpretativo del diritto europeo*, *op.cit.*, 129-132 che parla di «tentativi di immaginazione pratica» per individuare delle situazioni concrete attraverso cui «portare la Costituzione in Europa».

¹⁶⁴ Corte giust., C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni*, ma anche Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S e M.B.*

¹⁶⁵ Corte giust., C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni*, considerando 58.

¹⁶⁶ BVerfGE, 1 BvR 276/17 – *Right to be forgotten II*.

¹⁶⁷ Sul controllo di validità, in relazione alle norme primarie, sono ancora molto pochi i casi in cui la Corte di giustizia ha invalidato le norme derivate, tra cui gli esempi sono spesso in relazione, o ai rapporti tra diritto sovranazionale e l'ordinamento internazionale, o sul rispetto del diritto alla *privacy* in materia di conservazione e diffusione dei dati personali dei cittadini europei, Corte giust., C-402/05, 3 settembre 2008, *Kadi e Al Barakaat*, Corte giust., C-293/12 e 594/12, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, Corte giust., C-362/14, 6 ottobre 2015, *Schrems I*, Corte giust., C-311/18, 16 luglio 2020, *Schrems II*.

Nizza, lascia un certo margine di apprezzamento allo Stato membro. Una seconda ipotesi in cui il governo della fattispecie non è regolato dal solo parametro della Carta di Nizza – ma proprio leggendo *a contrario* il caso *Melloni* – anche dal parametro costituzionale, rimanendo in gioco solo i limiti esterni del rispetto del primato e dello *standard* minimo di tutela prescritto dalla Carta di Nizza. Senza voler troppo approfondire cosa questi due limiti significhino – e riconoscendo una loro natura forse eccessivamente sfumata – si può senza dubbio dire che in questo caso gli spazi di pluralismo conflittuale si allargano per la Corte costituzionale, proprio perché è lo stesso diritto sovranazionale a riconoscere alla *ragione ordinamentale* di poter emergere, dovendo essere presa in considerazione dalla Corte di giustizia e di poter com-partecipare a regolare la fattispecie. Il caso *Taricco II*¹⁶⁸ e lo stesso *Right to be forgotten I*¹⁶⁹ sono due esempi in tal senso, che prevedono, nel caso di norma non armonizzata europea, la retrocessione di questa a favore di quella nazionale. L'ulteriore funzione che, in casi del genere, potrebbe svolgere la Corte costituzionale, poi, sarebbe quella di, maggiormente rispetto alla prima fattispecie, *contaminare* con le tradizioni costituzionali comuni il parametro sovranazionale, proprio perché in queste situazioni è lo stesso diritto sovranazionale che obbliga una maggiore apertura ai diritti costituzionali nazionali.

Infine, (3) la terza situazione riguarda la possibilità che l'eccezione a *Granital* si allarghi alla sovrapposizione del diritto primario sovranazionale, in presenza di una norma nazionale che contrasti con la Costituzione e con quest'ultimo¹⁷⁰. Su questo terza tipologia di controllo legato all'eccezione a *Granital*, la possibilità di contestazione di alcuni importanti tratti della costituzione economica europea si fa più evidente. Partendo, infatti, dalla possibile estensione delle eccezioni alle libertà che possono rappresentare i diritti fondamentali¹⁷¹, la Corte costituzionale potrebbe spingere ad un ripensamento dell'attuale determinazione del Mercato unico, “portando” la *questione sociale* tramite un utilizzo sapiente del rinvio pregiudiziale in alcuni *hard cases*. Una prima tecnica più minimale potrebbe essere quella di spingere per un allargamento del numero di *eccezioni* che possono limitare il dispiegamento pieno delle libertà; una seconda tecnica potrebbe essere quella di negare l'univocità della scelta di costruire la libertà economica come *regola*, mostrando, al

¹⁶⁸ Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S e M.B.*, in cui i giudici lussemburghesi affermano che solo a seguito dell'entrata in vigore della Direttiva (UE) 2017/1371 del 5 luglio 2017, il legislatore europeo ha esercitato un'armonizzazione, seppur parziale, in materia di prescrizione applicabile ai reati IVA e che pertanto «La Repubblica italiana era quindi libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse, al pari delle norme relative alla definizione dei reati e alla determinazione delle pene, nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto, come queste ultime norme, al principio di legalità dei reati e delle pene» (considerandi 44-45).

¹⁶⁹ BVerfGE, 1 BvR 16/13 – *Right to be forgotten I*, su cui L. S. ROSSI, *Il nuovo “corso” del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2020, I e ss.

¹⁷⁰ Si è già anticipato come, da una parte, l'attuale giurisprudenza costituzionale sembri andare verso una concezione materiale della «precisazione» che si allarga alla materia costituzionale e come, dall'altra, esista una tendenza della Corte di giustizia a considerare come le libertà economiche trovino una loro riproduzione piena negli artt. 15-17 CDFUE, di cui Corte giust., C-201/15, 21 dicembre 2016, *AGET Iraklis*, ma anche Corte giust., C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, 13 febbraio 2014, in cui si afferma che il «rinvio deve essere inteso nel senso che l'articolo 16 della Carta fa riferimento, in particolare, all'articolo 49 TFUE, che garantisce l'esercizio della libertà fondamentale di stabilimento» (considerando 22), stabilendo pertanto la loro equivalenza.

¹⁷¹ Corte giust., C-36/02, 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen*, Corte giust., C-112/00, 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Repubblica d'Austria*, Corte giust., C-260/89, 18 giugno 1991, *ERT*, Corte giust., C-368/95, 26 giugno 1997, *Familiapress*.

contrario, il bilanciamento che viene compiuto nel costituzionalismo democratico in cui la *questione sociale* funge da polo di contrapposizione; infine, la terza potrebbe proporre un'*internalizzazione* nelle stesse libertà economiche di istanze sociali e collettive, momentaneamente esternalizzate e soggette a stretto scrutinio di proporzionalità.

Proprio su questa scia, poi, il giudizio di proporzionalità, vista la sua grande importanza nella giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di quattro libertà, potrebbe fungere da spazio di contestazione per i giudici costituzionali, opponendo un altro modo di costruire il rapporto tra libertà economiche e interessi sociali/collettivi tipico del costituzionalismo democratico¹⁷², cercando di spostare l'equilibrio a favore di una maggiore considerazione dei diritti sociali¹⁷³. Nella stessa proporzionalità c'è da ricordare, infatti, che il suo carattere aperto è determinato dal fatto che raramente la Corte di giustizia risolve completamente il caso, lasciando spesso un certo margine ai giudici che operano il rinvio pregiudiziale. Questo perché il giudizio di compatibilità che la Corte di giustizia esercita sul diritto nazionale è sempre di tipo indiretto, non potendo sindacare direttamente l'illegittimità delle norme nazionali. Ciò comporta che è sempre il giudice del rinvio che disapplica e che lo fa sulla base dell'interpretazione che la Corte di giustizia dà del diritto primario o derivato e dei vari gradi della cd. delega di bilanciamento, suddivisibili in tre categorie: «outcome case», «guidance case» e «deference case»¹⁷⁴. Essendo le ultime due tipologie – in cui il margine del giudice del rinvio è più ampio – quelle preferite dalla Corte di giustizia, la possibilità di determinare l'effettivo bilanciamento nel caso di specie è più ampia, mettendo in condizioni la stessa Corte costituzionale (in quanto giudice del rinvio) di determinare una *regola del conflitto* più favorevole alle istanze del costituzionalismo democratico e trovando un possibile terminale punto di sfogo all'arma residuale dei *controlimiti*.

Questa potrebbe essere un'ipotesi che delinei un'evoluzione del rapporto degli ordinamenti che riesca maggiormente a istituzionalizzare i conflitti e a internalizzarli nel diritto pubblico europeo. In un sistema così delineato, l'eccezione a *Granital*, insieme ai *controlimiti*, permetterebbe, quantomeno in potenza di far emergere dal “basso” dai diversi rivoli lasciati aperti dal diritto sovranazionale, la *questione sociale*. Il ruolo della Carta di Nizza è chiaro in un tale assetto: fungere da luogo di quel *conflitto* per i *diritti* e dei *valori pluralisti* che molto spesso sono stati espunti dal diritto sovranazionale. La Carta di Nizza, per la sua vocazione costituzionale, apre spazi di virtualità politica che non possono essere gestiti monopolisticamente dalla Corte di giustizia, ma come ripetuto più volte dalla letteratura europea più attenta¹⁷⁵, devono aprirsi anche alle Corti costituzionali. Si è parlato,

¹⁷² Sull'idea molto interessante di internalizzare la protezione sociale all'interno della stessa struttura delle quattro libertà, C. BARNARD, *Social Dumping or Dumping Socialism*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 67, n. 2, 2008, 262 e ss.

¹⁷³ Propone di costruire un utilizzo del giudizio di proporzionalità meno depoliticizzato e più deferente, che restringa il dispiegamento del «free movement of economic actors» a favore della tutela della «social question» e di quelli che egli chiama i «vital public interests», F. DE WITTE, *EU Law, Politics, and the Social Question*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, 607.

¹⁷⁴ T. TRIDIMAS, *Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 3-4, 2011, 739-745.

¹⁷⁵ D. SARMIENTO, *Who is Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, vol. 50, n. 5, 2013, pp. 1267-1304.

a questo proposito, di una scelta da dover compiere tra «separation versus fusion»¹⁷⁶ dei parametri, ma il rischio è che questa diventi una domanda mal posta. O, quantomeno, la prospettiva qui adottata è di non sciogliere definitivamente questo quesito ma di rappresentare – provando a dare una forma costituzionale idonea – all’attuale assetto conflittuale. Un modello, dunque, che si declini con la Corte di giustizia, da una parte, come Custode del diritto sovranazionale e Corti costituzionali, dall’altra, come Custodi delle costituzioni democratiche, nella loro forma di governo del conflitto sociale. Per racchiuderlo con una formula si potrebbe parlare di un *dispositivo* giuridico da *doppio Custode* del diritto pubblico europeo, che in mancanza di un rilancio del progetto di integrazione politica dell’Europa e, tenendo conto dell’attuale assetto dell’*acquis communautaire*, si offre come una soluzione che sia maggiormente in grado di raccogliere e di canalizzare le istanze democratiche che provengono dalla società europea, cercando di garantire una maggiore coesistenza tra i due sistemi e di ingenerare processi di «constitutional mutation»¹⁷⁷ dello spazio pubblico europeo.

7. L’identità costituzionale come valore-vettore trasformativo dello spazio pubblico europeo

L’ultimo punto da dover trattare riguarda la funzione dell’identità costituzionale. Un’idea, quella di identità costituzionale, che è per sua natura foriera di «overlapping concepts» che può includere la «constitutional unamendability» ma anche la «constitutional mutation»; che può avere una funzione anti-maggioritaria ma anche una funzione più legata alla definizione di una determinata maggioranza politica in un preciso contesto storico; e che, infine, può essere caratterizzata dal sublimare le «common traditions» di una data comunità politica, ma può anche basarsi su una «common vision of the future»¹⁷⁸. Un concetto – quello di identità nel diritto costituzionale – di evidente natura polisemica, che alcuni in letteratura hanno cercato di delimitare normativamente distinguendo, da una parte, il tema dell’identità costituzionale comparso nella giurisprudenza delle Corti costituzionali di alcuni Stati membri e, dall’altra, isolando il significato di identità nazionale, cui fa riferimento l’art. 4 comma 2 TUE¹⁷⁹. In questa prospettiva, un’interessante proposta (non trattata in precedenza) è andata nel verso di voler andare «beyond the exceptionalism» dei conflitti costituzionali e di proporre una «ordinary functions of the the identity clause», che leghi quest’ultima al principio di attribuzione, come ad esempio «as a rule of interpretation of existing internal

¹⁷⁶ D. THYM, *Separation versus Fusion – or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n. 3, 2013, 391 e ss.

¹⁷⁷ Prendendo a prestito un’espressione molto spesso usata da studiosi del diritto sovranazionale a partire dal periodo della crisi sia in senso descrittivo che prescrittivo, B. DE WITTE, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n. 3, 2015, 434 e ss.; A. J. MENÉNDEZ, *A European Union in Constitutional Mutation?*, in *European Law Review*, vol. 20, n. 2, 2014, 127 e ss.

¹⁷⁸ P. FARAGUNA, *Identity*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 1-4.

¹⁷⁹ Sulla sovrapposizione tra *constitutional identity* e identità nazionale, E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015; L. F. M. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, vol. 6, n. 3, 2010, 36 e ss.

market grounds for derogation», con il rischio, però, di assoggettarla allo stesso regime di deroga dei *mandatory requirements*, in cui quel «margin of appreciation»¹⁸⁰ per gli Stati membri pare ancora molto ristretto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, figlia di un'interpretazione marcatamente gerarchica dei rapporti tra ordinamenti. Un'ipotesi quest'ultima, però, che non convince del tutto perché rischia di restringere e costringere un fenomeno ben più largo come quello sull'identità costituzionale, che non può essere rinchiuso in una ristretta interpretazione dell'art. 4 comma 2 TUE incarnante «un dovere di rispettare solo le strutture politiche e costituzionali degli Stati membri e solo le sue funzioni statali»¹⁸¹, cercando di leggere quella norma come limite interno (e relativo) e non esterno, che sempre più, oggi, avrebbe il fine sotteso di sterilizzare una «vera e propria deriva anarchica in cui ogni Corte costituzionale richiami il proprio concetto di identità nazionale, usando il 4.2 TUE come una sorta di scudo capace di garantire una sostanziale immunità universale contro le ragioni del primato sovranazionale»¹⁸². Come anticipato già in precedenza, non sono da sottovalutare alcuni problemi relativi ad «un uso populista dell'identità nazionale»¹⁸³ come, ad esempio, quello opposta recentemente dal Tribunale costituzionale ungherese¹⁸⁴ che tende a sovrapporre il concetto di identità costituzionale con quello di sovranità nazionale¹⁸⁵. Il problema, però, non può essere risolto in un'interpretazione tutta interna del diritto sovranazionale, ma proprio i conflitti costituzionali che rappresentano un dato dell'attuale panorama del diritto pubblico europeo, impongono di allargare la prospettiva, tenendo conto anche dell'altro punto di vista, ovvero quello dato dalla lettura delle Corti costituzionali¹⁸⁶ che sono uno degli attori della *European constitutional democracy*.

Detto in altri termini, se la svolta illiberale della Polonia e dell'Ungheria rappresentano, senza dubbio, un grave problema per l'Unione europea, il tema dell'identità costituzionale – anche solo dal punto di vista descrittivo – non è racchiudibile in quell'uso strumentale che le Corti di quei Paesi hanno dimostrato di voler perseguire¹⁸⁷, ma che proprio per la sua polisemia ha dimostrato di poter avere anche altri possibili usi e di poter apportare una valenza positiva per il processo di integrazione, come uno dei suoi possibili motori di sviluppo. Il *discrimen*, infatti, dovrebbe essere mantenuto sull'apporto partecipativo o meno che il tema dell'identità costituzionale può fornire o meno nel diritto giurisprudenziale, contemporaneamente stigmatizzando interpretazioni delle clausole identitarie in chiave

¹⁸⁰ B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, vol. 31, n. 1, 2012, 263, 293, 295.

¹⁸¹ B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts*, *op.cit.*, 317.

¹⁸² G. MARTINICO, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE online*, n. 3, 2020, 3972.

¹⁸³ G. MARTINICO, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale*, *op.cit.*, 3961.

¹⁸⁴ Corte costituzionale ungherese, 22/2016, decisione, decisione del 30 novembre 2016.

¹⁸⁵ In questo senso, A. SLEDZINSKA SIMON, M. ZIÓLKOWOSKI, *Constitutional Identity in Poland: Is the Emperor Putting On the Old Clothes of Sovereignty?*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF, *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. Su un utilizzo ambiguo della sovranità nazionale nel caso Corte giust., C-621/18, 10 dicembre 2018, *Wightman* che verteva sull'interpretazione dell'art. 50 TUE, G. MARTINICO, M. SIMONCINI, *Wightman and the Perils of Britain's Withdrawal*, in *German Law Journal*, vol. 21, n. 5, 2020, 799 e ss.

¹⁸⁶ Su cui basta ricordare la caratterizzazione analitica fatta dal *Bundesverfassungsgericht* su quale sia il nucleo identitario della Legge fondamentale tedesca in *Lissabon Urteil* (BVerfG, 2 BvE, 2/08).

¹⁸⁷ Figlia in Ungheria della modifica della Costituzione ungherese voluta dal regime di Orbán, di cui si è parlato come di una «partisan Constitution», M. DANI, *The 'Partisan Constitution' and the Corrosion of European Constitutional Culture*, in *LSE "Europe in Question" Discussion Paper Series*, n. 68, 2013, 1 e ss.

nazionalista. D'altra parte, poi, non si riuscirebbero a comprendere le sfide poste dalla seconda *perturbazione* se non ampliando l'analisi non solo alla polarizzazione avvenuta sul tema dell'art. 4 comma 2 Cost., ma anche sul tema delle tradizioni costituzionali comuni *ex artt. 6 TUE e 52 CDFUE* e, infine, sul principio di attribuzione applicato nel giudizio *ultra vires*, sia sul solo tema dell'invasione delle competenze statali, sia in rapporto alla Carta di Nizza *ex art. 51 CDFUE*. La Carta di Nizza, infatti, rappresenta un'evoluzione del diritto sovranazionale che se non va verso una *rights revolution*, mostra delle *ambizioni costituzionali* del processo di integrazione, che necessita di una com-partecipazione delle Corti costituzionali che accompagni la conformazione dei diritti fondamentali in Europa, anche alla luce dell'assetto valoriale presente nel costituzionalismo democratico. Non bisogna dimenticare, infatti, che sono le diverse *ragioni ordinamentali* alla base di questa tensione conflittuale tra i due sistemi, che seppur parzialmente, può trovare delle risposte *nel e attraverso* la Carta dei diritti europea, come punto di incontro e scontro di un rilancio dell'integrazione *oltre* i confini del mercato. L'Unione europea se senza dubbio, infatti, sta attraversando un grave problema anche sul fronte del diritto giurisprudenziale¹⁸⁸ sul tema del rispetto della *Rule of Law*¹⁸⁹, si trova davanti a un «multidimensional set of crises»¹⁹⁰, di cui una altrettanto importante è quella relativa all'assenza della *questione sociale*.

Per questi motivi, tra l'altro, la dicotomia tra *controlimiti* e tradizioni costituzionali comuni non convince del tutto. Nonostante, infatti, i *controlimiti* siano stati visti come strumento di chiusura in chiave di provincialismo costituzionale¹⁹¹, essi hanno dimostrato proprio in Italia di poter apportare un forte contributo partecipativo in relazione al diritto sovranazionale, come dimostrato dal *caso Taricco* e dalla giurisprudenza in materia di principio di legalità penale che l'ha succeduto¹⁹². Seppur dunque, generalmente, è comunemente riconosciuto che le tradizioni costituzionali comuni conservano un elemento più marcatamente partecipativo – a differenza dei *controlimiti* letti sempre come *extrema ratio* e come rischioso strumento di dis-integrazione per l'Europa – è anche vero che spesso quest'ultimi hanno avuto nei rapporti tra Corti una valenza positiva, che si definiva proprio attraverso una logica di conflitto costituzionale. Se applicata, dunque, in altri contesti e per altri principi costituzionali in materia sociale potrebbero portare al risultato di “aprire” il diritto sovranazionale agli influssi provenienti dagli ordinamenti nazionali, come accaduto

¹⁸⁸ Corte giust., C-216/18, 25 luglio 2018, *Celmer*, Corte giust., C-192/18, 5 novembre 2019, *Commissione v. Polonia*, Corte giust., C-791/19, 8 aprile 2020, *Commissione v. Polonia*.

¹⁸⁹ S. BARTOLE, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, 295 e ss.

¹⁹⁰ J. E. FOSSUM, A. J. MENÉNDEZ, *Which crises? Whose crises?*, in J. E. FOSSUM, A. J. MENÉNDEZ (a cura di), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, in *ARENA Report*, n. 2, 2014, 18.

¹⁹¹ F. VIGANO', *Le parole e i silenzi osservazioni sull'ordinanza n.24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 marzo 2017, che parla più precisamente di una concezione «sovranista» dei diritti fondamentali espressa dell'ordinanza.

¹⁹² Corte giust. C-574/15, 2 maggio 2018, *Mauro Scialdone*, Corte giust., C-310/16, 17 gennaio 2019, *Peter Dživev et al.* Da leggere le Conclusioni dell'Avvocato generale Bobek nei due casi in cui afferma che «a mio parere, non si può supporre automaticamente che le disposizioni del Trattato le quali impongono a carico degli Stati membri un obbligo preciso e incondizionato sull'esito da conseguire, come nel caso dell'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, soddisfino in modo automatico e in ogni situazione, il requisito di prevedibilità richiesto dai principi di legalità e certezza del diritto nel settore specifico del diritto penale» (considerando 176, caso *Mauro Scialdone*); di fatto aderendo alla tesi della Corte costituzionale italiana sulla costruzione del principio di legalità in materia penale.

per la stessa funzione democratica della *lex scripta* (come tratto identitario del nostro principio di legalità penale) nel caso *Taricco*. A dimostrazione, in aggiunta, che *Taricco* non è un'eccezione che conferma la regola dei *controlimiti* come ipotesi di scuola, ma che è, invece, la prova del conflitto come modalità strutturale di espressione nel diritto pubblico europeo, si aggiunge la moltiplicazione di fronti su cui potenzialmente una nuova *Taricco* potrebbe nascere: un ultimo esempio potrebbe essere la nuova linea che si è aperta sui confini tra giurisdizione ordinaria e amministrativa¹⁹³ (su cui la Corte costituzionale si è già pronunciata in maniera abbastanza chiara¹⁹⁴) e su cui alcuni hanno ipotizzato la levata di un nuovo *controlimite*¹⁹⁵ dell'art. 111 Cost e la nascita di una «terza guerra tra le Corti»¹⁹⁶.

I *controlimiti*, nonostante la loro valenza difensiva e il rischio che fungano da leva di schiacciamento identitario su specificità nazionali dal sapore autoritario, non possono essere, a parere di chi scrive, chiusi in questa unica prospettiva asfittica, ma vanno letti a tutto tondo come anche possibili portatori di una molteplice potenzialità di apertura del diritto sovranazionale¹⁹⁷. Non si può accettare, infatti, la categoria dei conflitti costituzionali – tra cui i *controlimiti* rientrano pienamente insieme alle tradizioni costituzionali comuni – senza accogliere il rischio (che l'interpretazione giuridica deve tendere sempre più a restringere ma che è pur sempre presente) che ad alcune questioni costituzionali possano essere date risposte diverse dalle Corti costituzionali e dalla Corte di giustizia. Se si aderisce alla logica dei conflitti costituzionali, si accetta, pertanto, esplicitamente che una sola *supremacy clause* non esista nello spazio pubblico europeo, ma che sussistono diversi sistemi giuridici che non sono mai del tutto riconducibili ad unità. Anche i *controlimiti*, dunque, possono svolgere tanto quanto le tradizioni costituzionali comuni la funzione di concetti normativi utili e che possono apportare in chiave argomentativa un contributo positivo all'evoluzione del diritto pubblico europeo¹⁹⁸. Questo potrebbe essere un modo per permettere al diritto sovranazionale di evolversi verso un maggiore integrazione non solo economica ma anche *politica* e di assecondare una dimensione costituzionale piena. Fare ciò comporterebbe abbracciare una logica costituzionale che non reprima il conflitto ma lo governi, contemperando gli interessi

¹⁹³ A seguito del rinvio pregiudiziale della Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598 su due questioni esiziali per l'autonomia del diritto amministrativo nazionale: sugli effetti del cd. ricorso incidentale paralizzante, su cui già in parte si sono espressi i giudici lussemburghesi, in Corte giust., C-19/13, 11 settembre 2014, *Fastweb*, Corte giust., C-689/13 5 aprile 2016, *Puligienica*; sull'ampiezza del ricorso per «motivi inerenti alla giurisdizione» che determina il confine tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

¹⁹⁴ Core cost., sent. n. 6 del 2018 in cui la posizione assunta era di una restrizione dei confini del ricorso per «motivi inerenti alla giurisdizione», su cui P. TOMAIUOLI, *L'"altolà" della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consultaonline*, 24 gennaio 2016.

¹⁹⁵ G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020.

¹⁹⁶ R. BIN, *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020.

¹⁹⁷ Come giustamente ha fatto notare B. GUASTAFERRO, *Il cammino euro-unitario della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269 del 2017, op.cit.*, 98, «giova ricordare che l'art. 52, par. 4, CDFUE era, già, stato utilizzato dalla Corte proprio nell'ordinanza *Taricco* per illuminare i giudici di Lussemburgo su quale fosse la particolare declinazione del principio di legalità nel nostro ordinamento, sui suoi bilanciamenti sostenibili a livello sistemico e su come anche altri ordinamenti costituzionali (tra cui ad esempio quello spagnolo) sembravano apprestare lo stesso tipo di tutela, più garantista di quello offerto dalla CDFUE, ai diritti allora in gioco».

¹⁹⁸ Rimane sullo sfondo tuttavia – e di questo bisogna essere consapevoli – che l'ipotesi dell'insolubilità si dà come remota ma pur sempre come latente possibilità; possibilità che altro non è che il punto in cui il giuridico tocca il politico, che nell'Unione europea non ha acquisito ancora una forma stabile e compiuta.

contrapposti in un dato contesto sociale, e che si preoccupi di definirne solo i confini esterni di agibilità. Non come nel contesto attuale in cui la Corte di giustizia ha dimostrato più volte di volersi inserire in maniera preponderante attraverso tecniche giuridiche apparentemente neutre¹⁹⁹, per cristallizzare una regola di preferenza per il mercato – che attraverso l’effetto diretto tende a costituzionalizzarsi – e per depoliticizzare chiari conflitti di valore. Conflitti di valore, in aggiunta, che lo stesso costituzionalismo democratico risolve in maniera limpidamente diversa e contraria. Sarebbe un errore considerare questa tendenza *pro-market* un riflesso di un *judicial activism* della Corte di giustizia storicamente e politicamente connotato, ma quella che è stata chiamata la *Lochner Era* della giurisprudenza è il riflesso di un risvolto dell’ordinamento sovranazionale che dal passaggio dalla correzione di *nation-State failures*²⁰⁰ ad ambizione costituzionale vera e propria, è rimasto incagliato in una prospettiva di marca individualista e di stampo economico. Il dato soggettivo in questo caso dell’istituzione Corte di giustizia deve essere letto come epifenomeno di un dato oggettivo che caratterizza l’ordinamento all’interno del quale quell’organo è inserito.

Uno dei temi sottesi di questa differenza tra sistemi è – come detto più volte – la costituzione economica. Per quanto in Italia ci possano essere contrasti in letteratura sull’effettiva natura del modello economico adottato dai nostri costituenti, un punto di accordo pare ritrovarsi su un sostanziale modello di «costituzione economica aperta»²⁰¹ che lasciava alla determinazione politica del legislatore e – più in senso largo – della *società*, la scelta sull’effettivo e dato bilanciamento di pluralismo sociale, in un dato contesto storico. Quello che la Costituzione si preoccupa di delineare è, però, d’altra parte il libero fluire dei diversi interessi contrapposti presenti e il loro farsi istituzioni, preoccupandosi di non permettere mai un annichilimento di una parte, che compone quella *società*, sull’altra. Al contrario, l’influsso del diritto sovranazionale ha creato un mutamento²⁰², se non significativamente della costituzione formale (economica)²⁰³, sicuramente della costituzione materiale (economica), schiacciando quel modello di conflittualità aperta, tramite quel processo di *infiltration* che ha decretato la prevalenza delle ragioni del *mercato* sulle ragioni del *sociale*. Questa coppia concettuale mercato-sociale nel modello del costituzionalismo democratico non è soltanto, infatti, un’opposizione sterile fine a sé stessa, ma è la riproduzione di un equilibrio che nelle società moderne ha assunto la conformazione di una

¹⁹⁹ Sull’intrinseca funzione politica del principio di proporzionalità, A. STONE SWEET, J. MATTHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, n. 72, 2008, 68 e ss.

²⁰⁰ Come potevano essere interpretati casi come, Corte giust., C-380/05, 31 gennaio 2008, *Centro Europa 7*, in materia di mercato audiovisivo.

²⁰¹ F. SAITTO, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea costituente*, Franco Angeli, Milano, 2018, 125.

²⁰² S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, 34 e ss.

²⁰³ Non dimenticando, tuttavia, dell’importanza della revisione costituzionale del 2001 che modificò l’art. 117 Cost. con l’introduzione esplicita della «tutela della concorrenza» e della presenza di «vincoli internazionali e comunitari», su cui A. BARBERA, *I (non ancora chiari) «vincoli» internazionali e comunitari nel primo comma dell’art. 117 Costituzione*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma*, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 107-120; a cui si aggiunge quella del 2012 con l’introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione (artt. 81 e 97, 117 e 119 Cost.), su cui G. DI GASPARO, *L’art. 81 Cost. novellato: abdicazione della sovranità finanziaria ed opacità della manovra di bilancio*, in *Diritto costituzionale*, n. 2, 2018, 43 e ss.

data «democrazia economica»²⁰⁴, imprescindibile al funzionamento della democrazia politica e che le Costituzioni novecentesche hanno incorporato per garantire e organizzare le continue tensioni tra politica ed economica, tra democrazia e capitalismo. Questo processo di *infiltration* – che da altri – è stato identificato con altri appellativi, come ad esempio la famosa formula di vincolo esterno²⁰⁵, se nel passato poteva essere relegato in un ambito circoscritto dalle teorizzazioni che separavano il mercato al livello sovranazionale e il sociale al livello nazionale, ora rischia con l'avanzamento del processo di integrazione di mettere in seria discussione un tratto identitario della nostra Costituzione²⁰⁶. Per rispondere a questo problema, però, non sembrano possibili risposte che riecheggiano un ritorno a quell'originario equilibrio e coesistenza intangibile tra mercato e sociale²⁰⁷ nelle due dimensioni separate ma coordinate. Piuttosto, la prospettiva corretta sembra quella tutta europea, di portare la *questione sociale* in Europa, cercando di com-partecipare ad una nuova definizione della costituzione materiale europea nella forma di un *doppio Custode*. Se lo stesso diritto pubblico europeo si dà in questa fase storica – a causa dell'attuale *impasse* dell'integrazione politica da sempre osteggiata in nome di un funzionalismo economicista – nella forma conflittuale (e quindi per sua definizione attraversata da continue tensioni), la stessa attuale impalcatura del diritto sovranazionale presenta degli spazi aperti al pluralismo da cui provare a far emergere (ad “infiltrare” verrebbe da dire, questa volta non dall'alto verso il basso, ma dal basso verso l'alto) la *questione sociale*.

La funzione della Corte costituzione come *Custode* della Costituzione non può che prendere, dunque, la declinazione di portatore del conflitto sociale nello spazio pubblico europeo²⁰⁸. La modalità attraverso cui questo si dovrebbe svolgere dovrebbe essere quello di individuare quelle interpretazioni di singoli diritti o principi, o anche degli stessi bilanciamenti tra diversi diritti e principi, che segnalano la differenza tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale. La leva combinata delle tradizioni costituzionali e dei *controlimiti*²⁰⁹, in quel così delineato nuovo assetto dei rapporti con l'eccezione a *Granital*,

²⁰⁴ R. DAHL, *La democrazia economica*, Il Mulino, Bologna, 1989.

²⁰⁵ A. MANGIA, *Vincolo esterno e Costituzione funzionale*, in *Diritto costituzionale*, n. 2, 2018, 5 e ss.

²⁰⁶ R. BIN, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020, 36-39.

²⁰⁷ In fondo, poi, l'esistenza di due binari paralleli tra mercato e sociale è mai veramente esistita? Senza dubbio fino agli anni '80 e '90 c'è stata una giurisprudenza che mostra il *self-restraint* della Corte di giustizia nel sindacare sulla base delle quattro libertà scelte politico-redistributive degli Stati (come, ad esempio, il noto caso Corte giust., C-67/96, 21 settembre 1999, *Albany*) ma, allargando la prospettiva, è veramente possibile pensare che in una data organizzazione politica esista una cesura netta nel campo dell'economia tra mercato e sociale, in cui l'uno non tocca inevitabilmente l'altro? Se questo fosse vero anche la politica dunque – che per come è stata sempre teorizzata come luogo della mediazione – subirebbe un tale processo di disintermediazione da perdere così la sua funzione di unità e di sintesi sull'economico e sul sociale.

²⁰⁸ Sull'assenza della *questione sociale* in Europa dovuta ad un suo carattere acefalo in termini di comunità politica, M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2000, 391, che afferma che «proprio in campo sociale l'assenza di significativi doveri di solidarietà determina conseguenze rilevanti in ordine agli stessi diritti. I diritti sociali in tanto possono esistere in quanto sono sostenuti da corrispondenti doveri di solidarietà, sia perché questi doveri indicano la volontà di sancire l'eguale appartenenza ad una comunità nella quale ci si identifica, sia perché per il soddisfacimento di quei diritti richiede mezzi che solo l'assolvimento di solidarietà può fornire. Questi doveri, a livello europeo, non ci sono, e ciò dimostra che l'Unione non è una comunità politica in senso proprio. Del resto, la filosofia dei diritti sociali, che implica un intervento pubblico di sostegno, non si armonizza agevolmente con quella del libero mercato che caratterizza, ancora oggi, l'ordinamento europeo».

²⁰⁹ Come è stato giustamente ricordato, questo nuovo assetto delineato dalla «precisazione» della sent. n. 269 del 2017 ha proprio l'obiettivo di «disinnescare l'arma dei contro-limiti, evitando la tentazione di usarla come

fornisce la strumentistica per far arrivare nella dimensione europea queste questioni. La centralizzazione tra Corte costituzione e Corte di giustizia e la polarizzazione sulla Carta di Nizza favoriscono l'emersione della *questione sociale*, perché sempre più si porranno le condizioni e le occasioni per far sì che quei conflitti costituzionali si presentino. Il compito della Corte costituzionale, allora, deve essere quello di evidenziare la specificità di quel tratto *democratico-sociale* che differenzia la nostra Costituzione dal diritto sovranazionale, in un'ottica oppositivo-conflittuale, ma che abbia l'obiettivo finale di "portare" questa assente dimensione. L'attenzione deve porsi, dunque, sempre sull'evidenziare la relativa e differente *regola del conflitto* del proprio parametro costituzionale e non, come a volte, è sembrato accadere in un completo "straboccamento" di quella istanza sociale nel parametro sovranazionale della Carta di Nizza²¹⁰, nell'ottica di «rompere finalmente ogni indugio in direzione di una prospettiva almeno *tendenzialmente monistica*» nella convinzione di una «identità dell'oggetto di tutela delle varie disposizioni, costituzionali e sovranazionali, che tali diritti tutelano»²¹¹. Se si andasse in questa direzione, risulterebbe molto difficile "portare" qualcosa che nel costituzionalismo democratico *c'è* e che *manca* nel diritto sovranazionale, negando un tale approccio le premesse della presente analisi che riconosce l'identità formale (seppur parzialmente) dei parametri che si sovrappongono, ma la persistente e rilevante differenza materiale di quest'ultimi.

Se, pertanto, la separazione dei parametri verrà confermata in ottica conflittuale, la lettura dei diritti sociali come *contrafforte* e come *vettori di politicità* del costituzionalismo democratico potrà molto proficuamente influenzare le risposte che verranno date dalla Corte di giustizia, orientandole in una prospettiva non più *market-oriented*²¹². Solo attraverso questa concettualizzazione dei diritti sociali (e non come mere pretese soggettive), infatti, si possono superare, inoltre, le obiezioni di chi ha parlato di un «perpetual momentum»²¹³ del diritto giurisprudenziale europeo, sostenendo che l'intervento delle Corti costituzionali in materia sociale, riprodurrebbe la stessa logica di protezione individualistica e non sarebbe in grado di iniettare quella *ragione ordinamentale* di agibilità del conflitto sociale costitutivamente inderogabile in diritti e principi (ovvero il linguaggio attraverso cui si esprimono le Corti costituzionali), creando, al contrario, un cortocircuito tutto a sfavore della *self-determination* collettiva. I diritti sociali – più degli altri diritti fondamentali – proprio per quel loro *surplus* di politicità possono essere i vettori privilegiati delle condizioni di radicamento della *questione sociale* in Europa, immettendo quelle istanze sociali e collettive che attraversano e permeano la maggior parte delle Costituzioni nazionali europee. La loro

mezzo (improprio) per recuperare spazi di identità costituzionale», (A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, op.ult.cit., 168).

²¹⁰ Corte cost., ord. n. 182 del 2020.

²¹¹ F. VIGANÓ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 492.

²¹² Per una prospettiva che si interessa dello squilibrio tra diritto del lavoro e mercato nel diritto giurisprudenziale A. C. L. DAVIES, *How has the Court of Justice changed its management and approach towards the social acquis?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, 154 e ss; per un'analisi più larga di superamento della «market's circularity», in cui non sono solo gli «one-dimensional consumers and market freedom winners» i solo beneficiari del diritto sovranazionale, M. HARTMANN, F. DE WITTE, *Ending the Honeymoon: Constructing Europe Beyond the Market*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, 449 e ss.

²¹³ F. W. SCHARPF, *Perpetual Momentum? Directed and Unconstrained*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 19, n. 1, 2011, 134-136.

fuoriuscita dal circuito nazionale di costituzionalità e la loro comparsa nello spazio pubblico europeo potrebbe svolgere una funzione di *traino* di quei valori del costituzionalismo democratico, che passa da una *decostituzionalizzazione* dell'attuale costituzione economica europea e da un ribaltamento di una logica di assolutizzazione delle libertà economiche sugli altri interessi confliggenti che esprimono le società europee: andando al di là cioè della sola «internal market rationality»²¹⁴. Di recente, tra l'altro, sulla scia di un'interpretazione più sostanziale dell'art. 4 Cost. sul diritto al lavoro dato dalla nostra Corte costituzionale²¹⁵, si sono presentate già alcune possibili prove di conflitto costituzionale su questo nuovo fronte sociale con la giurisprudenza sovranazionale, come ad esempio, in tema di licenziamento collettivo e tutela del lavoro²¹⁶.

Se, dunque, da una parte, i diritti sociali si presentano come i migliori strumenti per evidenziare questa differenza tra i sistemi, dall'altra è che anche vero che quei diritti non sono monadi isolate nell'ordinamento costituzionale, ma risentono anche di altri bilanciamenti con altri valori costituzionali. Provando, dunque, in conclusione, ad immaginare alcuni esempi di conflitto costituzionale sulla *questione sociale* in termini di domande, ci si potrebbe legittimamente chiedere: (1) la tutela del lavoro e dell'assistenza sociale riconosciuta dalla nostra Costituzione *ex* artt. 4, 35, 36, 38 è equivalente a quella riconosciuta nei Trattati e nella Carta di Nizza? (2) Il bilanciamento interno espresso nell'art. 41 Cost. tra la libertà di iniziativa economica e il perseguimento della «utilità sociale», della «libertà» e della «dignità umana» coincide con quello incorporato dalla Corte di giustizia sulla concorrenza, sulla libera circolazione delle merci, sulla libera prestazione dei servizi e sulla libertà di stabilimento²¹⁷? (3) Le possibili restrizioni al diritto di proprietà in nome della sua «funzione sociale» o di altri beni costituzionali presenti dalla nostra Costituzione²¹⁸ – che oggi acquisisce un carattere nuovo rispetto al passato sempre più legato alla dimensione della maggiore mobilità dei fattori di produzione – quanto divergono da quelle previste dal diritto sovranazionale²¹⁹? (4) Il *favor* che la nostra Costituzione riconosce all'autonomia collettiva

²¹⁴ M. BARTL, *Internal market rationality: In the way of re-imagining the future*, in *European Law Journal*, vol. 24, n. 1, 2018, 99 e ss.

²¹⁵ Corte cost., sent. n. 194 del 2018, Corte cost., sent. n. 150 del 2020.

²¹⁶ Caso nato da un doppio rinvio della Corte di Appello di Napoli sulla compatibilità del parametro costituzionale e sovranazionale della disciplina prevista dal *Jobs Act* (d. lgs. n. 23/2015), su cui, Corte giust., C-32/20, 4 giugno 2020, *Balga srl* e Corte cost., sent. n. 254 del 2020.

²¹⁷ M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 322-323, che si oppone ad una «"abrogazione" degli artt. 41 ss. Cost. (ammesso e non concesso che essa sia dogmaticamente concepibile) da parte dell'ordinamento euro-unitario», affermando che «il grano di saggezza che i Costituenti hanno infuso nell'art. 41 Cost., scegliendo di garantire la libertà di impresa, ma predisponendo al contempo un ventaglio molto ampio di poteri pubblici capaci di incidere su quella libertà. [...] Tanto ampio che esso ha potuto coagularsi in formule assai diverse nel tempo» e negando «l'idea che quegli interessi potessero essere esaustivamente soddisfatti dal libero funzionamento del mercato (sia pure imparzialmente regolato e vigilato *at arm's length* dallo Stato)», perché quell'idea «si è dimostrata, alla prova dei fatti, pura ideologia».

²¹⁸ Per un approccio critico, L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e diritto privato*, n. 3, 2011, 575 e ss.

²¹⁹ Per una parziale evoluzione del diritto di proprietà nel diritto sovranazionale e per una sua rilettura della funzione sociale come limite esterno e non interno alla proprietà, comprimibile solo in presenza di «obiettivi di interesse generale della Comunità», costruiti per lo più in ottica di eccezione alla regola, Corte giust., C-4/73, 11 gennaio 1977, *Nold*, Corte giust., C-44/79, 13 dicembre 1979, *Hauer*, Corte giust., C-504/04, 12 gennaio 2006, *Agrarproduktion Staebelow GmbH*, Corte giust., C-402/05, 3 settembre 2008, *Kadi*, Corte giust., C-

e al sindacato a tutela del lavoro come motore per il raggiungimento dell'eguaglianza sostanziale *ex art. 3 comma 2 Cost* e al diritto allo sciopero *ex art. 40 Cost.* come principale strumento per raggiungere questi fini, di quanto diverge da quello presente nella giurisprudenza sovranazionale?

Il *discorso* sull'identità costituzionale va letto, pertanto, in questa chiave propositiva. La Corte costituzionale come *Custode* della Costituzione, nella sua forma del conflitto sociale, non può esimersi dallo svolgere questa funzione di alta responsabilità politico-costituzionale. È sulla valenza *trasformativa* dell'identità costituzionale, infatti, che bisogna mettere l'accento e non su quella sua connotazione di sterile chiusura nazionalistica. Valenza trasformativa che permetterebbe, d'altra parte, di ribaltare – rovesciandola – la possibile obiezione sull'eccessiva differenziazione che l'utilizzo dell'identità costituzionale potrebbe provocare, perché la richiesta si rivolgerebbe non più a difesa della dimensione nazionale, ma a modificazione dell'attuale assetto della costituzione materiale europea, recuperando un'unità che altrimenti sembra sempre più messa a repentaglio. Dell'identità costituzionale va posto l'accento, dunque, su quella dimensione partecipativa della «collective self-determination» sul piano europeo come «una preconditione per un legittimo processo decisionale e collettivo che a sua volta promuoverà quella comune identità»²²⁰. La Corte costituzionale, attraverso l'eccezione a *Granital* e valorizzando la valenza partecipativa dei *controlimiti*, deve non solo, in definitiva, porsi come *araldo* della Costituzione²²¹ – preoccupandosi solo di difendere lo spazio del conflitto sociale che la nostra Costituzione tutela e garantisce nella dimensione nazionale – ma anche (e soprattutto per garantire la prima funzione) proporsi come *alfiere* della stessa, utilizzando l'identità costituzionale come valore-vettore *trasformativo* dello spazio pubblico europeo.

8. Per un superamento del deficit *sociétale*: il diritto giurisprudenziale come motore di integrazione politica? Una conclusione aperta

Giunti in fondo alla proposta tutta inserita nel diritto giurisprudenziale in Europa, è arrivato il momento di riflettere sui benefici e sui limiti di una tale costruzione, svolgendo alcune considerazioni finali, allargando la speculazione al processo di integrazione europea nel suo insieme e misurando gli effetti che una tale ipotesi – se adottata – potrebbe avere. Per amore di sintesi, l'idea qui esposta si costruisce su una premessa e su tre assi che strutturano la proposta: visto e considerato il difetto della *questione sociale* nel diritto sovranazionale (vero *discrimen* rispetto al “tipo” del costituzionalismo democratico e alla sua vocazione politica), nell'ottica di portare questa assente dimensione nello spazio pubblico europeo, è necessaria una ri-definizione del ruolo delle Corti costituzionali come *Custodi del conflitto sociale*, che passi da una centralizzazione del loro rapporto con la Corte di giustizia (che, in

379/08 e 380/08, 9 marzo 2010, *ERG c. Ministero dello sviluppo economico*, Corte giust., C-283/11, 22 gennaio 2013, *Sky Österreich*.

²²⁰ S. GARBEN, *Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 58, n. 1, 2020, 53.

²²¹ Sempre G. MANZONI, *La necessità e la virtù – ovvero la Corte costituzionale nel circuito interpretativo del diritto europeo*, *op.ult.cit.*, 133, parla, in riferimento alla Corte costituzionale, di «caratteri decisamente positivi di un “araldo” della Costituzione, all'interno degli spazi di contendibilità lasciati aperti dal diritto europeo», ruolo «fisiologicamente connaturato al farsi “giudice europeo”».

Italia, ben può realizzarsi con un'eccezione a *Granital* e attraverso una valorizzazione dei *controlimiti* e delle tradizioni costituzionali comuni) nella forma di un *doppio Custode*, che utilizzi il *discorso* sull'identità costituzionale non in chiave di sterile chiusura nazionalistica ma come valore-vettore *trasformativo* dello spazio pubblico europeo.

Una tesi, quella sostenuta, che cerca di contemplare l'attuale stato del diritto pubblico europeo, in cui è indubbio che il diritto giurisprudenziale abbia svolto un ruolo importante di definizione di alcune traiettorie costitutive del processo di integrazione europea. Il *politico* – detto in altri termini – in Europa, se sicuramente trova una sua localizzazione nello spazio nazionale e negli organi politico-istituzionale a livello sovranazionale che ne contribuiscono a definire l'indirizzo politico²²², riscopre una sua collocazione rilevante anche nel rapporto tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali. Al rapporto orizzontale della politica tra i vari organi costituzionali – sia a livello nazionale sia a livello sovranazionale – si aggiunge, dunque, nello spazio pubblico europeo anche quello verticale dei rapporti tra ordinamenti, che molte delle sue trasformazioni deve al diritto giurisprudenziale. Se nel costituzionalismo democratico l'elemento del costituzionalismo politico rimane ancora preponderante, nonostante le tendenze sempre più forti alla *giurisdizionalizzazione* del potere²²³, nel diritto sovranazionale e nei rapporti tra ordinamenti il modello del costituzionalismo giuridico – ovvero «quel genere di approccio che pone al centro del proprio interesse il lavoro delle corti costituzionali o supreme» e in cui «parafrasando quanto Tocqueville annotava a proposito degli Stati Uniti, che quasi ogni questione politica possa, in principio, essere decisa in sede giudiziaria»²²⁴ – risulta ad oggi se non egemone, di un'importanza significativamente maggiore rispetto alla dimensione statale. Il crinale tra politico e giuridico dunque – vista la doppia anima del diritto pubblico europeo – risente di questo dato di contesto, nel quale si inserisce la presente tesi. Se non si nasconde, pertanto, una chiara opzione di chi scrive verso un modello di costituzionalismo politico in cui «la politica precede, in senso assiologico, il diritto» ed in cui deve restare centrale nel rapporto tra costituzionalismo e potere la dimensione popolare²²⁵ (in una prevalenza delle «input reason» rispetto alle «output reasons»²²⁶) che si struttura in una forma conflittuale della democrazia²²⁷, la presente proposta assume l'attuale contesto europeo a forte vocazione giurisprudenziale e si pone in

²²² Su cui R. IBRIDO, N. LUPO, *Introduzione. «Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all'Unione europea*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna, 2019.

²²³ Un tema classico su cui recentemente si è riaperto il dibattito, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 251 e ss.; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, 757 e ss.; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, 777 e ss.

²²⁴ M. GOLDONI, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 10, 2010, 337, 338.

²²⁵ Poco valorizzata dal cd. neocostituzionalismo, eccessivamente interessato alle Corti e al rapporto diritto-morale, S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

²²⁶ M. GOLDONI, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, *op.cit.*, 338, 341.

²²⁷ C. MOUFFE, *On the Political*, Routledge, London, 2005.

un'ottica realista (o addirittura iper-realista), cercando di studiare i conflitti costituzionali tra sistemi, attraverso il prisma del rapporto tra ordinamenti (e tra Corti).

Una proposta che può apportare dei benefici, ma che sconta anche tutti i limiti tipici di una costruzione che si innesti nel solo diritto giurisprudenziale, di cui bisogna essere consapevoli. Concentrandosi prima sugli svantaggi, questi sono condensabili in una macrodomanda: può il diritto giurisprudenziale fungere da motore di integrazione politica in Europa? La risposta al quesito non può che essere complessa e con vari distinguo. Sull'ineliminabile significato politico di alcune scelte giurisprudenziali²²⁸ e, più in generale, sull'attività necessariamente politica (intesa come politica del diritto o di una razionalità in base al valore) del giurista interprete ci sembra un risultato acquisito della riflessione scientifica²²⁹ da poter dare ormai per assodato. A questo, poi, nel nostro caso si deve aggiungere il carattere strutturalmente aperto del diritto pubblico europeo, in cui la mancanza di una *supremacy clause* aumenta, invece che diminuire, la politicità di alcune scelte delle supreme giurisdizioni: un esempio, fra tutti, è stato l'influsso che la Corte di giustizia ha avuto con le sue decisioni sulla configurazione dell'*Internal Market* e, più a largo spettro, sulla costituzione economica europea – ben al di là della «counter-majoritarian difficulty»²³⁰ e da leggere come espressioni di un vero e proprio agente federatore – che sono passate per lungo tempo in sordina e di cui, forse, si sono sottovalutati gli effetti in passato sul funzionamento del costituzionalismo democratico. Questa scelta di politica del diritto, che ha visto e vede la Corte di giustizia come un principale co-artefice, mostra oggi, più che mai, tutti i suoi limiti, perché – sposando i dogmi del mercato come unico veicolo di pace nello spazio pubblico europeo e della razionalità economica come principale paradigma di giudizio delle scelte redistributive degli Stati e della stessa Unione europea – contribuisce a creare una cornice depoliticizzata, che impedisce strutturalmente di approcciarsi alla *questione sociale*, dalla cui tematizzazione dipende parte di *quella* pace nel Vecchio continente.

Portare la *questione sociale* in Europa diventa, allora, una necessità storica per garantire l'avanzamento e non il regresso di quel progetto di integrazione europea, oltre che sembrare un'esigenza costituzionale per impedire che i conflitti costituzionali – la cui radice va ritrovata nelle differenze materiali esistenti e *persistenti* tra i due sistemi – non deflagrino in esiti distruttivi. Il tema della costituzione economica europea, d'altra parte, nasconde dietro di sé il rapporto tra democrazia economica e democrazia politica nel diritto pubblico europeo, su cui le Corti costituzionali come *Custodi del conflitto sociale* e co-fattori dell'identità costituzionale europea possono dire la loro e influire su scelte che non appaiono imm modificabili. I diritti sociali – in questa prospettiva – possono rappresentare il tratto più specifico del costituzionalismo democratico che può contribuire – se portato nello spazio pubblico europeo – ad evidenziare la non univocità di quelle determinazioni mercatocentriche e a rimetterle in discussione. La loro tensione tra individuale e collettivo incorpora un carico di politicità tale che fungerebbe da vettore di una parte della società

²²⁸ Come dimostra il famoso convegno dal titolo "Uso alternativo del diritto" di Catania del 1972, di cui gli atti sono stati pubblicati in, P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Roma-Bari, 1973.

²²⁹ G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Politica del diritto*, n. 3-4, 1972, 474 e ss.

²³⁰ A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-London, 1962, 16.

europea che per ora non trova un adeguato riconoscimento nel diritto sovranazionale, troppo centrato su un modello di *homo economicus* altamente mobile e produttivo e che tende ad escludere gli *outsiders* e le classi subalterne. I diritti sociali portano, al contrario, con sé quella connotazione egualitaria che si rivolge al *homme situé*²³¹, allargando l'antropologia costituzionale all'*homo politicus*; che se non riusciranno a modificare (decostituzionalizzando) la costituzione economica, quantomeno renderanno ancora più evidente la sua reversibilità, aprendo nuovi *spazi* di politicità e di possibile contestazione rispetto alla congiuntura diritto-economia, che tende a ossificare l'attuale costituzione materiale europea.

L'apertura di una parte della costituzione economica europea più strettamente legata all'*Internal Market*, all'*antidiscrimination law* verso una dimensione più sostanziale dell'eguaglianza, alla cittadinanza verso una dimensione più politica, al pieno rispetto dell'esercizio dei diritti di pressione democratica e della protezione diritti di prestazione sociale²³² potrebbe, dunque, fungere da emersione e valorizzazione di alcune soggettività storico-sociali presenti e ri-comparse con forza nella società europea soprattutto dall'inizio della crisi, che – riprendendo *La Grande Trasformazione* di Polanyi – potrebbero essere interpretate come «un contromovimento che era qualcosa di più del solito comportamento difensivo di una società che si trovi di fronte ad un mutamento; era una reazione contro uno sconvolgimento che attaccava il tessuto della società e che avrebbe distrutto l'organizzazione stessa della produzione che il mercato aveva creato»²³³. Se, dunque, la «marketisation will never succeed»²³⁴, ma tende sempre a creare per nemesi dei contromovimenti, una risposta a questo rapporto tra Costituzione e politica in Europa può ri-partire da quel modello di costituzionalismo democratico – o di Stato sociale che dir si voglia – che pare un paradigma ancora insuperato teoricamente e che si presenta come «un *diverso* ordine giuridico, nel quale il conflitto sociale non resta esterno, fuori dal politico, perché esso viene introiettato nella costituzione e, attraverso questa, reso oggetto di un processo democratico di integrazione in ragione dei diversi contesti storici» e che si presenta come «una *nuova forma di stato*, lo stato costituzionale, che con quello si identifica» e che «non mira solo alla lotta contro le diseguaglianze: è un *progetto di società* [...], un progetto performativo della realtà esistente, non meramente programmatico o libero, dal punto di vista della politica di governo»²³⁵.

Il difetto della presente proposta è tutto dentro, invece, al ruolo di motore di integrazione politica che può svolgere il diritto giurisprudenziale che, per quanto sia allargato nello spazio pubblico europeo, ha un suo limite strutturale. L'idea di far precedere il *sociale*

²³¹ G. BURDEAU, *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, Son assise sociale et sa philosophie politique*, VI, Paris, LGDJ, 1956, 27.

²³² Perché poco si potrebbe ottenere o, comunque, non sarebbe auspicabile, da questa prospettiva intervenire sul modello di politica economica incorporato nei Trattati su cui solo attraverso il diritto politico e attraverso una modifica dei Trattati si dovrebbe agire.

²³³ K. POLANYI, *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 2010, 167.

²³⁴ C. JOERGES, *Observations on the Integration Through Law Paradigm, Karl Polanyi's Economic Sociology, the Commodification of Money in the Eurozone, the Disregard of Europe's Socio-Economic Diversity and the Overburdening of Law and Jurisprudence*, in C. CARUSO, M. MORVILLO (a cura di), *Il governo dei numeri. Indicatori economici-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2020, 383.

²³⁵ A. MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Diritto della sicurezza sociale*, n. 4, 2020, 715.

al *politico* – se possibile da pensare in astratto – si scontra, infatti, con la conformazione del meccanismo giudiziale. Per un vero salto di qualità è necessario, in altri termini, il diritto politico in Europa – che passi da una radicale modifica dei Trattati e che prenda la forma di quello che Ackerman chiamerebbe «a constitutional moment»²³⁶ – per ristabilire quella frattura tra Costituzione e *società* e per incidere in tal senso sulla costituzione materiale europea. La presente tesi vuole provare a contribuire a questa prospettiva (con i tutti i limiti già segnalati), come tassello di un orizzonte più largo, ribaltando il titolo del famoso lavoro di Alan Milward²³⁷ in cui si teorizzava il salvataggio dello Stato-nazione *post*-Seconda Guerra Mondiale (e la sua matrice democratico-sociale²³⁸) proprio grazie al processo di integrazione europea – in un «National Rescue of the European Union»; che passi attraverso l'appello alla «deep constitution of the European Union», secondo cui «il fondamento normativo ultimo dell'intero edificio dell'Unione non sono i Trattati, ma l'insieme delle costituzioni democratiche nazionali», da intendere nel senso di una giustificazione della «resistenza costituzionale nazionale non sulla base di motivazioni idiosincratiche o parrocchiali, ma al contrario, sulla base del ricorso ad un ideale normativo comune, un ideale che dovrebbe riflettersi in tutte le costituzioni nazionali»²³⁹. Un ideale di connessione tra Costituzione e *società* che è ben presente nelle Costituzioni nazionali.

A guardar bene, infatti, quello di cui difetta il diritto sovranazionale oltre al noto *deficit* democratico, poi trasformatosi in letteratura in un più largo *deficit* politico, è un vero e proprio *deficit sociétale*. La crisi del diritto pubblico europeo deriva principalmente, infatti, da una mancanza di rapporto tra Costituzione e *società*, prospettiva che si può comprendere fino in fondo solo aprendo ad una nuova riflessione giuspubblicistica attraverso il prisma della costituzione materiale²⁴⁰ e di una nuova tematizzazione del potere costituente²⁴¹, che scandagli quei «rapporti sociali» composti «da una pluralità di soggetti la cui posizione è condizionata ma non determinata da relazioni preesistenti» e che si proponga di incanalare questo dinamismo sociale, che prende la forma di processi di *soggettivazione* verso un'unità politica, attraverso il *medium* «dell'organizzazione politica, delle istituzioni e delle strategie

²³⁶ B. ACKERMAN, *We The People: Transformations*, 2, Belknap Pr, Cambridge, 2000, che dovrebbe pertanto essere accompagnato da un *political party movement* di cui, però, non vi è traccia per ora nelle vicende europee.

²³⁷ A. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge, London, 1992.

²³⁸ In questo senso va anche la proposta di, M. DANI, A. J. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, *op.cit.*, 324, i quali sostengono che «un obiettivo prioritario dovrebbe essere anzitutto quello di decostituzionalizzare i trattati, ovvero di sfrondare dalle competenze e dalle norme sostanziali di diritto primario ogni indicazione prescrittiva degli obiettivi di trasformazione neoliberale in modo da ripristinare condizioni adeguate di agibilità democratica. Questo, si badi, non significherebbe delegittimare le politiche sin qui perseguite dall'Unione europea, ma solo garantire l'apertura dell'architettura istituzionale europea in modo da permettere, ad esempio, che l'Unione possa operare tanto in modalità keynesiana quanto in modalità neoliberale, a seconda degli equilibri politici complessivi risultanti dai circuiti democratici nazionali».

²³⁹ A. J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, *op.cit.*, 525-526.

²⁴⁰ Di estremo interesse il recente saggio di M. GOLDONI, M WILKINSON, *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1, 2020, 58-59, che individuano «quattro «livelli» fondamentali (forse necessariamente gli unici) in cui la costituzione materiale e la costituzione formale entrano in relazione: l'unità politica, la cui forma prevalente rimane quella del moderno Stato-nazione; un insieme di istituzioni, che includono i tradizionali elementi della forma di governo come le corti, il Parlamento, il governo e l'amministrazione, senza però limitarsi ad essi; una rete di rapporti sociali, che comprende interessi di classe e movimenti sociali ed infine un insieme di obiettivi politici fondamentali (o *teloi*). Questi costituiscono i fattori ordinanti della costituzione».

²⁴¹ C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, Quodlibet, Macerata, 2020.

politiche»²⁴². Si tratterebbe di aggiornare paradigmi già esistenti, insomma, che ben ricostruivano i rapporti tra Costituzione e *società* e che vedevano nella Costituzione la massima espressione di un ordine sociale²⁴³ e che si sforzino di concettualizzare il potere pubblico – ormai non più chiuso in Europa solo nel monopolio dell’idealtipo dello Stato – nella forma di un *campo dei rapporti sociali*²⁴⁴. Allo stato attuale questa operazione necessiterebbe di una radicale trasformazione del diritto pubblico europeo, ristretto nella morsa, da un lato, nel monocromatismo del diritto sovranazionale, non in grado di includere parti della società europea, e nell’affanno, dall’altro, del costituzionalismo democratico, non capace di dare risposte soddisfacenti a quelle parti.

Tuttavia, se la dimensione del *sein* e del *sollen* nello spazio pubblico europeo sembrano quantomai distanti, dal punto di osservazione della realtà alcuni timidi segnali sul superamento di alcuni piccoli tabù in Vecchio continente sembrano provenire, a seguito della recente crisi COVID-19²⁴⁵. È ancora troppo presto per esprimere giudizi che non siano interlocutori, ma su questo versante proprio sul campo della costituzione economica sono da registrare alcuni piccoli passi avanti (non esenti da critiche, come ad esempio il problema relativo al rapporto tra *hard law* e *soft law* nel diritto sovranazionale) e da suddividere sul breve e lungo periodo. Sul breve bisogna ricordare, in prima battuta, il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP) della Banca centrale, coniato per contrastare la crisi sanitaria, con un ammontare complessivo di 750 miliardi e che prevede l’acquisto (sul mercato secondario) dei titoli di Stato dei Paesi facenti parte dell’Eurozona²⁴⁶; in seconda battuta, per fronteggiare la crisi, la Commissione ha disposto una sospensione del Patto di Stabilità attraverso l’applicazione della *general escape clause*, allentando le maglie del controllo disciplinare sui bilanci e permettendo agli Stati di indebitarsi per affrontare le spese sanitarie e quelle legate all’emergenza sociale²⁴⁷; a cui si è aggiunta l’introduzione di deroghe alla disciplina degli aiuti di stato²⁴⁸; infine, a queste misure si sono accompagnati programmi specifici di finanziamento, come il *Safety nets in the EU and EA*²⁴⁹ (il cd. *MES sanitario* al di fuori del circuito sovranazionale)²⁵⁰ e il fondo *SURE* che eroga mutui per l’assistenza finanziaria *ex art. 122 TFUE* (fino a 100 mld euro)²⁵¹ per la protezione dei lavoratori nel

²⁴² M. GOLDONI, M WILKINSON, *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, *op.cit.*, 65.

²⁴³ H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1987, 67 e ss.

²⁴⁴ N. POULANTZAS, *L’État, le pouvoir, le socialisme*, Les Prairies ordinaires, Paris, 2013.

²⁴⁵ Su cui per un’analisi recente, C. BERGONZINI, *L’Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, 461 e ss.

²⁴⁶ EUROPEAN CENTRAL BANK, *Decision (EU) 2020/440*, 24 marzo 2020.

²⁴⁷ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council*, COM (2020), 20 marzo 2020.

²⁴⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission*, COM (2020), 19 marzo 2020, relativa all’art. 107, par. 3, lett. b) del TFUE.

²⁴⁹ EUROGROUP, *Statement on the Pandemic Crisis Support*, 8 maggio 2020.

²⁵⁰ Sulle criticità di questo strumento e sull’ambiguità della Comunicazione del 20 marzo 2020 (in relazione all’applicazione della sorveglianza rafforzata contenuti nel Regolamento 472/2013) dei due Commissari Gentiloni e Dombrovskis, M. DANI, A. MENÉNDEZ, *Soft conditionality through soft law: le insidie nascoste del Pandemic crisis support*, in *laCostituzione.info*, 10 maggio 2020.

²⁵¹ Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio, 19 maggio 2020, che istituisce «uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell’epidemia di Covid-19».

rispetto delle competenze nazionali in materia di sistemi di protezione sociale e delle misure per la salute (sempre, però, dietro la corresponsione di garanzie da parte degli Stati membri). Sul lungo periodo, invece, il nuovo strumento *Next Generation EU* – unito ed incorporato ad un rafforzamento del quadro finanziario pluriennale 2021-2027 (QFP) – rappresenta, senza dubbio, un passo in avanti rispetto al miope divieto di indebitamento dell’Unione europea in presenza di crisi economiche simmetriche. Il programma economico di indebitamento comune ha l’ambizione di rappresentare una risposta *una tantum* (quindi non con vocazione a diventare strutturale) ma di mole sostanziosa in termini economici²⁵², per permettere ai Paesi europei di attingere a queste risorse economiche per finanziarie – dietro la sorveglianza della Commissione e con approvazione del Consiglio (a maggioranza qualificata) – programmi di investimenti per la ripresa proposti dagli Stati nei tre settori strategici definiti dall’Unione della digitalizzazione, dell’ambiente e dell’inclusione sociale. Un secondo fronte, nel lungo periodo e verso un potenziamento della *social law* europea, è stata anche la recente e molto simbolica proposta di direttiva – in linea con i dettami del Pilastro europeo dei diritti sociali²⁵³ – della Commissione in materia di salario minimo²⁵⁴. Siamo in presenza, in questo caso, di una proposta di armonizzazione parziale in questa materia che si propone l’obiettivo di «garantire sia che i salari minimi siano fissati a un livello adeguato sia che i lavoratori abbiano accesso alla tutela garantita dal salario minimo, sotto forma di salario minimo legale o di salari determinati nell’ambito di contratti collettivi»²⁵⁵, non intaccando la libertà sindacale e garantendo il rispetto delle varie tradizioni costituzionali nazionali che privilegiano la contrattazione sindacale piuttosto che la legge per la definizione degli *standard* minimi.

Esprimere un’analisi complessiva su un panorama così frastagliato e ancora *in fieri* sarebbe non corretto per onestà intellettuale. Quello che si può accennare, adottando la postura del pessimismo della ragione accompagnato dall’ottimismo della volontà, è che se alcuni passi in avanti si possono registrare nell’Unione europea di oggi, rispetto a quella di ieri, quello che si richiede al diritto pubblico europeo contemporaneo non sono dei piccoli aggiustamenti, ma un vero e proprio salto di qualità²⁵⁶ verso una piena integrazione politica, che si preoccupi (ad esempio su uno strumento di tale portata come il *Next generation EU*) di permettere una consultazione democratica sugli obiettivi strategici che l’Unione di domani vorrà perseguire e non riproporre vecchi vizi di un approccio *post*-politico; cercando di colmare in entrata quel *deficit sociétale* che in uscita si mostra con l’assenza della *questione sociale*. Bisogna essere consapevoli, però, che questo non potrà avvenire che attraverso una radicale trasformazione politica dell’Unione europea, ma quello che per ora si può fare – assumendo anche i limiti e i confini di un approccio realista – «*en attendant* che la politica faccia il suo corso, auspicabilmente nella direzione qui preferita», è immaginare alcune vie

²⁵² Tra il *Next Generation EU* e i fondi stanziati per il Bilancio pluriennale 2021-2027 arriviamo a 1850 miliardi di euro.

²⁵³ S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2017, 953 e ss.

²⁵⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai salari minimi adeguati nell’Unione europea*, del 28 ottobre 2020, COM (2020) 682.

²⁵⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai salari minimi adeguati nell’Unione europea*, del 28 ottobre 2020, COM (2020) 682, considerando 15.

²⁵⁶ Nella stessa prospettiva del testo, M. DANI, A. MENÉNDEZ, *Le prime risposte dell’Unione europea alle conseguenze economiche della crisi COVID-19*, in *Biolaw Journal*, n. 1, 2020, 538-539.

da percorrere per il «giurista *europeo*, il quale ha il dovere di contribuire alla costruzione di una *dottrina militante*, per uno stato sociale in Europa»²⁵⁷. La conclusione, dunque, di questo lavoro, non può che essere aperta e tutta ancora da scrivere.

²⁵⁷ A. MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, op.cit., 749.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN B., *We The People: Transformations*, 2, Belknap Pr, Cambridge, 2000.
- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014.
- ALEXY R., *La teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1985.
- ALTHUSIUS J., *The Politics of Johannes Althusius*, Eyre & Spottiswoode, London, 1965.
- AMATO G., *Rapporti tra norme primarie e secondarie (aspetti problematici)*, Giuffrè, Milano, 1962.
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1992, 7 e ss.
- AMATO G., *Verso la Costituzione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2003, 291 e ss.
- AMATO G., *L'elasticità delle costituzioni rigide*, in *Nomos*, n. 1, 2016, 1 e ss.
- AMATO G., *L'integrazione europea come problema di diritti costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, 561 e ss.
- AMATO G., *La convenzione sul futuro dell'Europa e la Carta dei diritti*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, 629 e ss.
- ARENA A., *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIII, 2018, 317 e ss.
- AZOULAI L., *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for Its Realization*, in *Common Market Law Review*, vol. 45, n. 5, 2008, 1335 e ss.
- AZOULAI L., *La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale*, in COHEN-JONATHAN J. (a cura di), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, 1 e ss.
- AZZARITI G., *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010.
- AZZARITI G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- B. MATHIEU B., *La loi*, Dalloz, Paris, 1996.
- BACCARO L., HOWELL C., *Trajectories of Neoliberal Transformation. European Industrial Relations Since the 1970s*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- BALDASSARRE A., *I diritti sociali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. 11, Treccani, Roma, 1979, 772 e ss.
- BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1991, 639 e ss.
- BALDASSARRE A., *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- BALDASSARRE A., *In risposta a Guastini*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2007, 3251 e ss.
- BALIBAR E., *The Rise and Fall of the European Union: Temporalities and Teleologies*, in *Constellations*, vol. 21, n. 2, 2014, 202 e ss.
- BALLESTRERO M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008, 371 e ss.
- BAQUERO CRUZ J., *The Legacy of the Maastricht Urteil and the Pluralist Movement*, in *European Law Journal*, vo. 14, n. 4, 2008, 389 e ss.

BARBERA A., *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 50 e ss.

BARBERA A., *Esiste una " costituzione europea"?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, 59 e ss.

BARBERA A., *I (non ancora chiari) «vincoli» internazionali e comunitari nel primo comma dell'art. 117 Costituzione*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma*, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007, Giuffrè, Milano, 2008, 107 e ss.

BARBERA A., *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 263 e ss.

BARBERA A., *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, 149 e ss.

BARBERA M., *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.

BARCELLONA P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Roma-Bari, 1973.

BARILE P., *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1958, 308 e ss.

BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2406 e ss.

BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Mulino, Bologna, 1984.

BARNARD C., *Social Dumping or Dumping Socialism*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 27, n. 2, 2008, 262 e ss.

BARNARD C., *Free Movement and Labour Rights: Squaring the Circle?*, in *Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, n. 23, 2013, 1 e ss.

BARNARD C., *The Charter in Times of Crisis: A Case Study of Dismissal*, in N. COUNTORIS, M. FREEDLAND (a cura di), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 250 e ss.

BARNARD C., DEAKIN S., *Market Access and Regulatory Competition*, in C. BARNARD, J. SCOTT (a cura di), *The Law of the European Single Market. Unpacking the Premises*, Oxford and Portland, 2002, 197 e ss.

BARTL M., *Internal market rationality: In the way of re-imagining the future*, in *European Law Journal*, vol. 24, n. 1, 2018, 99 e ss.

BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, 2004, Bologna.

BARTOLE S., *Stato (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, 116 e ss.

BARTOLE S., *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, 295 e ss.

BARTOLE S., *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, 34 e ss.

BARTOLE S., *The internationalization of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, Hart Publishing, Oxford, 2020.

BARTOLONI M. E., *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

- BEAUD O., *Théorie de la Fédération*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007.
- BELL M., *Anti-discrimination Law and The European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- BELLAMY R., *Political Constitutionalism: a Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- BERGONZINI C., *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, 461 e ss.
- BERLIN I., *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989
- BERNARDI A., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene editore, Napoli, 2017.
- BERTOLISSI M., DUSO G., SCALONE A. (a cura di), *La Costituzione e il problema della pluralità*, Polimetrica, Milano, 2006.
- BESSELINK L., *A Composite European Constitution*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007.
- BESSELINK L. F. M., *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, vol. 6, n. 3, 2010, 36 e ss.
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1955.
- BICKEL A. M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-London, 1962.
- BICKERTON C. J., *European Integration: from Nation-State to Member State*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- BILANCIA P., PIZZETTI F. G. (a cura di), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, 2004, Milano.
- BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- BIN R., *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996.
- BIN R., *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2007, 11 e ss.
- BIN R., *La sovranità nazionale e la sua erosione*, in A. PUGIOTTO (a cura di), *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, Jovene, 2013, Napoli.
- BIN R., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014, 1 e ss.
- BIN R., *Lo Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2017, 1149 e ss.
- BIN R., *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- BIN R., *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione. Una conclusione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 905 e ss.
- BIN R., *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, 757 e ss.
- BIN R., *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020, 23 e ss.
- BIN R., *È scoppiata la terza "guerra tra le Corti"? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 18 novembre 2020.

BIN R., *Perché Granital serve ancora*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 15 e ss.

BIN R., *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, 861 e ss.

BIN R., PITRUZZELLA G., *Le fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019.

BINI SMAGHI L., *The Judgment of the German Constitutional Court is incomprehensible*, in *LUISS Sep Policy Brief*, n. 25, 2020, 2 e ss.

BLANQUET M., ISAAC G., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, Paris, 2012.

BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

BOBEK M., *The Impact of the European Mandate of Ordinary Courts on the Position of Constitutional Courts*, in M. CLAES, M. DE VISSER, P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING (a cura di), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012, 287 e ss.

BODIN, *I sei libri dello Stato*, vol. 1, Utet, Torino, 1964.

BOGNETTI G., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983.

BOGNETTI G., *Federalismo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1991.

BONGIOVANNI G., *Costituzionalismo e teoria del diritto. Sistemi contemporanei e modelli della razionalità giuridica*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

BOUCHERON P., NEGRI T., PIKETTY T., REVAULT D'ALLONNES M., ROUDINESCO E., *Une certaine idée de l'Europe*, Editions Flammarion, Paris, 2019.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Novissimo Digesto*, vol. XIX, Utet, 1973, 7 e ss.

BURDEAU G., *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, Son assise sociale et sa philosophie politique*, VI, LGDJ, Paris, 1956.

CANETTI E., *Massa e potere*, Adelphi, Milano, 1981.

CAPPELLETTI M., SECCOMBE M., WEILER J. H. H., *Integration through law: Europe and the American Federal Experience*, De Gruyter, Berlino-New York, 1985.

CARAVITA B., *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

CARAVITA B., *Quanta Europa c'è in Europa?*, Giappichelli, Torino, 2020.

CARDONE A., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

CARTABIA M., *Integrazione europea e principi inviolabili*, Giuffrè, Milano, 1995.

CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 13 e ss.

CARTABIA M., *Europe and Rights: Taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n. 1, 2009, 5 e ss.

CARUSO C., *Le prospettive di riforma dell'Unione economico-monetaria e il mito dell'unità politica europea*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 1, 2018, 90 e ss.

CARUSO C., *Granital Reloaded. "La precisazione" nell'integrazione attraverso i conflitti*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 29 e ss.

CASOLARI F., *C'è un giudice a Lussemburgo? Sui limiti strutturali e sostanziali alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto alle politiche di austerità dell'Unione europea*, in C.

CARUSO, M. MORVILLO, *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisioni di bilancio nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2020, 229 e ss.

CASSESE A., *Commento all'art. 10*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 544 e ss.

CASSESE S., *Alla ricerca del Sacro Graal. A proposito della rivista Diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1995, 789 e ss.

CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

CASSESE S., *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.

CHALMERS D., *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, 667 e ss.

CHALMERS D., DAVIES G., MONTI G., *The European Union Law: cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

CHELI E., *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, 777 e ss.

CHENEVAL F., SCHIMMELFENNIG F., *The Case for Democracy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, 334 e ss.

CHESSA O., *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 ottobre 2019.

CHOUDHRY S. (eds.), *The migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

CHRISTODOULIS E., *The European Court of Justice and the "Total Market" Thinking*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 10, 2013, 2005 e ss.

CLOSE P., *The Legacy of Supranationalism*, Palgrave Macmillan, London, 2000.

COHEN A., *Constitutionalism without Constitution: Transnational Elites between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe*, in *Law and Social Inquiry*, vol. 32, n. 1, 109 e ss.

COHEN-ELIHA M., PORAT M., *Proportionality and the Culture of Justification*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, n. 2, 2011, 463 e ss.

COMPAGNA L., *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna, 1998.

CONFORTI B., *La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2004, 1 e ss.

CONSTANTINESCO V., *Contenu et structure de la Constitution*, in R. BIEBER, P. WIDMER (éd.), *L'espace constitutionnel européen, Der europäische Vergassungsraum, The European constitutional area*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995, 97 e ss.

COSTA P., *I diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, 365 e ss.

COSTA P., *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2009, 35 e ss.

COZZI A. O., *Diretta applicabilità e sindacato accentrato di costituzionalità relativo alla violazione della Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Forum costituzionale*, 1 febbraio 2018.

COZZI A. O., *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 1984.

CROUCH C., *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

CUPELLI C., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2015, 181 e ss.

D'ATENA A., *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, Torino, 2007.

DAHL R., *La democrazia economica*, Il Mulino, Bologna, 1989.

DAHRENDORF R., *Il conflitto sociale nella modernità: saggio sulla politica della libertà*, Laterza, Roma-Bari, 1989.

DANI M., *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2007, 795 e ss.

DANI M., *Intersectional Litigation and the Structuring of a European Interpretative Community*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 3-4, 2011, 715 e ss.

DANI M., *Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law*, in *European Law Journal*, vol. 18, 2012, 621 e ss.

DANI M., *The 'Partisan Constitution' and the Corrosion of European Constitutional Culture*, in *LSE 'Europe in Question' Discussion Paper Series*, n. 68, 2013, 1 e ss.

DANI M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013.

DANI M., *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: a Reply to Jan Komárek*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n. 3, 2017, 785 e ss.

DANI M., *Il ruolo della Corte costituzionale italiana nel contesto della governance economica europea*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2018, 147 e ss.

DANI M., *Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea: un'introduzione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 715 e ss.

DANI M., *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 67 e ss.

DANI M., MENÉNDEZ A. J., *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, 289 e ss.

DANI M., MENÉNDEZ A. J., *Soft conditionality through soft law: le insidie nascoste del Pandemic crisis support*, in *laCostituzione.info*, 10 maggio 2020.

DANI M., MENÉNDEZ A., *Le prime risposte dell'Unione europea alle conseguenze economiche della crisi COVID-19*, in *Biolaw Journal*, n. 1, 2020, 527 e ss.

DANI M., MENDES J., MENÉNDEZ A. J., WILKINSON M., SCHEPEL H., CHITI E., *At the End of the Law*, in www.verfassungsblog.de, 15 maggio 2020.

DASHWOOD A., *The Limits of European Community Powers*, in *European Law Review*, vol. 21, n. 2, 1996, 113.

DASHWOOD A., «Viking» and «Laval»: *Issues of Horizontal Effect*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, 525 e ss.

DAVIES A. C. L., *How has the Court of Justice changed its management and approach towards the social acquis?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, 154 e ss.

DAVIES G., *The Process and Side-Effects of Harmonization of European Welfare States*, in *Jean Monnet Working Paper*, n. 2, 2006, in www.jeanmonnetprogram.org, 1 e ss.

DAWSON M., *Integration Through Soft Law: No Competence Needed? Juridical and Bio Power in the Realm of Soft Law*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.) *The Division of competences in the EU Legal Order: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 235 e ss.

DAWSON M., *New governance and the Displacement of Social Europe: the case of the European Semester*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, 191 e ss.

DAWSON M., DE WITTE F., *Self-Determination in the Constitutional Future of EU*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, 371 e ss.

DAWSON M., F. DE WITTE F., *From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2016, 204 e ss.

DE GIOVANNI B., *Elogio della sovranità politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015.

DE VERGOTTINI G., *Stato federale*, Enciclopedia del Diritto, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, 831 e ss.

DE VERGOTTINI G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

DE WITTE B., *Retour à “Costa” : la primauté du droit communautaire à la lumière du droit international*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 20, 1984, 425 e ss.

DE WITTE B., *The closest thing to a constitutional conversation in Europe: The Semi-permanent Treaty Revision process*, in P. BEAUMONT, C. LYONS, N. WALKER (eds.), *Convergence and divergence in European Public Law*, Hart, Oxford, 2002, 137 e ss.

DE WITTE B., *Treaty Revision in the European Union: Constitutional Change through International Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 35, n. 1, 2004, 51 e ss.

DE WITTE B., *Direct effect, primacy and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG, G. DE BURÇA, *The Evolution of EU LAW*, Oxford University Press, Oxford, 2011, 323 e ss.

DE WITTE B., *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n. 3, 2015, 434 e ss.

DE WITTE B., *Exclusive Member State Competence – Is There Such a Thing?*, in S. GARBEN, I. GOVAERE (eds.), *The Division of competences in the EU Legal Order: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 57 e ss.

DE WITTE F., *EU Law, Politics, and the Social Question*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, 581 e ss.

DE WITTE F., *Justice in the EU: The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

DEHOUSSE R., *Beyond Representative Democracy: Constitutionalism in a Polycentric Polity*, in J. H. H. WEILER J. H. H. WIND M., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 135 e ss.

DELLA CANANEA G., C. FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2010.

DELLA CANANEA G., *Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?*, in *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, vol. 70, 2010, 283 e ss.

- DELLA CANANEA G., NAPOLITANO G., *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- DELLAVALLE S., *Constitutionalism beyond the Constitution. The Treaty of Lisbon in the light of Post-national Public Law*, Jean Monnet Working Paper, n. 3, 2009, in www.jeanmonnetprogram.org.
- DELLEDONNE G., *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Editoriale Scientifica, 2017, Napoli.
- DELLEDONNE G., *Il controllo formale sul trasferimento di diritti sovrani: un ulteriore arricchimento dello strumentario del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 442 e ss.
- DELMAS-MARTY M., *Les Forces Imaginantes du Droit. Le Pluralisme Ordonné*, Le Seuil, Paris, 2006.
- DELORS J., *Economic governance in the European Union: past, present and future*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, 169 e ss.
- DEROSIER J. P., *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, Paris, 2015.
- DI FEDERICO G., *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.
- DI FEDERICO G., *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in C. AMALFITANO, (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.
- DI FEDERICO G., *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 333 e ss.
- DI GASPARE G., *L'art. 81 Cost. novellato: abdicazione della sovranità finanziaria ed opacità della manovra di bilancio*, in *Diritto costituzionale*, n. 2, 2018, 43 e ss.
- DI MAJO A., *Situazioni giuridiche*, in *Enciclopedia Feltrinelli Fischer. Diritto 2*, Feltrinelli, Milano, 1972, 445 e ss.
- DI MARTINO A., *Il Territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010.
- DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2008, 1 e ss.
- DONNARUMA M. R., *Il processo di "costituzionalizzazione" dell'Unione europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle Corti costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2010, 407 e ss.
- DOSSETTI G., *La democrazia sostanziale*, Zikkaron, Marzabotto, 2007.
- DRAGHI, *Il metodo Monnet e la sua rilevanza per l'Europa di ieri e di oggi*, in <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2017/html/ecb.sp170504.it.html>
- DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- EICHENHOFER E., *Diritti sociali e benefici condizionati. I diritti sociali fondamentali alla prova delle nuove forme di regolamentazione e gestione*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3, 2013, 525 e ss.
- ELAZAR D. J., *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano, 1998.
- ELEFTHERIADIS P., *Pluralism and Integrity*, in *Ratio Iuris*, vol. 23, n. 3, 2010, 373 e ss.

ESPING-ANDERSEN G. *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford University Press, New York, 1999.

EVERSON M., JOERGES C., *Reconfiguring the Politics-Law Relationship in the Integration Project through Conflicts-Law Constitutionalism*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, 644 e ss.

FABBRINI F., *Eurozona e diritto dell'Unione: verso la battaglia decisiva*, in www.csfederalismo.it, 6 maggio 2020.

FARAGUNA P., *A Living Constitutional Identity: The Contribution of Non-Judicial Actors*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 10, 2015, 3 e ss.

FARAGUNA P., *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015.

FARAGUNA P., *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, n. 2, 2016, 491 e ss.

FARAGUNA P., *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 3, 2016, 197 e ss.

FARAGUNA P., *Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, vol. 18, n. 7, 2017, 630 e ss.

FARAGUNA P., *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2017, 930 e ss.

FARAGUNA P., *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 429 e ss.

FARAGUNA P., *Identity*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 1 e ss.

FARAGUNA P., MESSINEO D., *Light and shadows in the Bundesverfassungsgericht's decision upholding the European Banking Union*, in *Common Market Law Review*, vol. 57, n. 5, 2020, 1629 e ss.

FASONE C., *European Economic Governance and Parliamentary Representation. What Place for the European Parliament?*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 2, 2014, 164 e ss.

FELICE E., PROVENZANO G., *Perché la democrazia è in crisi? Socialisti e liberali per i tempi nuovi*, in *Il Mulino*, n. 6, 2019, 883 e ss.

FERRAJOLI F., *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

FERRAJOLI L., *La democrazia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2016.

FERRARESE M. R., *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010.

FERRARESE M. R., *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IV, Giuffré, Milano, 2011, 547 e ss.

FERRARESE M. R., *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli Stati*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2017, 79 e ss.

FERRERA M., *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?*, Laterza, Roma-Bari, 2016.

FERRERES COMELLA V., *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven & London, London, 2009.

FICHERA M., POLLICINO O., *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, vol. 20, n. 8, 2019, 1102.

- FIORAVANTI M., *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- FIORAVANTI M., *La Costituzione democratica come autonomo «tipo» storico*, in M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffré, Milano, 2018, 179 e ss.
- FIORAVANTI M., *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffré, Milano, 2018, 387 e ss.
- FLINGSTEIN N., *Euroclash: The EU, European Identity, and the Future of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- FOSSUM J. E., MENÉNDEZ A. J., *Which crises? Whose crises?*, in J. E. FOSSUM, A. J. MENÉNDEZ (a cura di), *The European Union in Crises or the European Union as Crises?*, in *ARENA Report*, n. 2, 2014, 1 e ss.
- FOURASTIÉ J., *Les Trentes glorieuses. Ou la révolution invisible*, Pluriel-Éditions Fayard, Paris, 2011.
- FRIEDMAN L. M., *The Legal System: a Social Science Perspective*, Russel Sage Foundation, London, 1975.
- FRIEDRICH C. J., *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Ginn and Company, Boston, 1950.
- FRIEDRICH C. J., *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- FRIEDRICH C. J., *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Pall Mall, London, 1968.
- FUKUYAMA F., *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano, 1992.
- G. RUGGIE J. G., *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic World*, in *International Organizations*, vol. 36, n. 2, 1982, 379 e ss.
- GAETA L. (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Giuffré, Milano, 7 e ss.
- GALLO D., *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, 159 e ss.
- GALLO D., *L'efficacia diretta del Diritto dell'Unione Europea negli Ordinamenti Nazionali. Evoluzioni di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018.
- GALLO D., *La disapplicazione è figlia dell'effetto diretto, non del (solo) primato: Poplawski*, in C. CARUSO, F. MEDICO, M. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, 2020, 81 e ss.
- GARBEN S., *Confronting the Competence Conundrum: Democratising the European Union through an Expansion of its Legislative Powers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n. 1, 2015, 55 e ss.
- GARBEN S., *The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, 210 e ss.
- GARBEN S., *Collective Identity as a Legal Limit to European Integration in Areas of Core State Powers*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 58, n. 1, 2020, 41 e ss.

GENNUSA M. E., *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, 636 e ss.

GIANNINI M. S., *Il pubblico potere. Stato e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 1986.

GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Mulino, Bologna, 2003.

GIUBBONI S., *Libertà di circolazione delle persone e solidarietà europea*, in *Lavoro e diritto*, n. 4, 2006, 611 e ss.

GIUBBONI S., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2012.

GIUBBONI S., *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, 88 e ss.

GIUBBONI S., *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quaderni fiorentini*, n. 1, 2017, 553 e ss.

GIUBBONI S., *Appunti e disappunti sul Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2017, 953 e ss.

GIUBBONI S., *La solidarietà come scudo. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, 591 e ss.

GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Cacucci editore, Bari, 2014.

GIUPPONI T., *Il ruolo dei Parlamenti nazionali alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Federalismi.it*, n. 19, 2020, 176 e ss.

GOLDONI M., *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 10, 2010, 337, 337 e ss.

GOLDONI M., *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il «Political» e il «Popular» Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2010, 733 e ss.

GOLDONI M., WILKINSON M., *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1, 2020, 1 e ss.

GRAMSCI A., *Quaderni dal carcere. Quaderni 1-5*, Quaderno 3, § (35), Einaudi, Torino, 2014.

GRIMM D., *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN M., *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, New York, 2010, 3 e ss.

GRIMM D., *The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4, 2015, 460 e ss.

GRIMM D., *Una costituzione per l'Europa*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, 1996, Torino, 339 e ss.

GROSSI P., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998.

GUASTAFERRO B., *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, vol. 31, n. 1, 2012, 263 e ss.

GUASTAFERRO B., *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino, 2013.

GUASTAFERRO B., *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, 441 e ss.

GUASTAFERRO B., *Il cammino euro-unitario della Corte costituzionale nel seguito giurisprudenziale della sentenza n. 269 del 2017*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 89 e ss.

GUASTINI R., *Sostiene Baldassarre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2007, 1373 e ss.

GUAZZAROTTI A., *Rinazionalizzare i diritti fondamentali? Spunti a partire da Corte di Giustizia UE, A c. B e altri, sent. 11 settembre 2014, C-112/13*, in www.diritticomparati.it, 2 ottobre 2014.

GUAZZAROTTI A., *Unione europea e conflitti di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, 123 e ss.

GUAZZAROTTI A., *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 1 e ss.

GUAZZAROTTI A., *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, 194 e ss.

GUAZZAROTTI A., *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 803 e ss.

GUAZZAROTTI A., *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei*, in *DPCE Online*, n. 1, 2020, 327 e ss.

HAAS E., *The Uniting of Europe. Political, social and economic forces. 1950-1957*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1958.

HABERMAS J., *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 1996.

HABERMAS J., *La rivoluzione in corso*, Feltrinelli, Milano, 1990.

HABERMAS J., *Questa Europa è in crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

HABERMAS J., STREECK W., *Oltre l'austerità. Disputa sull'Europa*, Castelvecchi editore, Roma, 2020.

HABERMAS J., *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO P., LUTHER J., *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, 1996, Torino, 369 e ss.

HABERMAS J., *Why Europe needs a constitution?*, in *New Left Review*, vol. 11, n. 10-12, 2001, 5 e ss.

HAKET S., *Popławski II: A Half-Hearted Embrace of Hierarchical Supremacy*, in *13 Review of European Administrative Law*, vol. 13, n. 1, 2020, 155 e ss.

HALBERSTAM D., *Constitutional Heterarchy: the Centrality of Conflicts in the European Union and the United States*, in *University of Michigan Public Law Working Paper*, n. 111, 2008, 1 e ss.

HALLSTEIN W., *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ, 1983, Munchen.

HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002.

HARTMANN M., DE WITTE F., *Ending the Honeymoon: Constructing Europe Beyond the Market*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, 449 e ss.

HAY P., *Federalism and Supranational Organizations: Patterns for a new legal structure*, University of Illinois Press, London, 1966.

- HAYEK F. A., *The Economic Conditions of Interstate Federalism*, in *New Common Quarterly*, vol. 5, n. 2, 1939, 131 e ss.
- HELLER H., *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in H. HELLER, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1987, 67 e ss.
- HESSELINK M. W., *The Justice Dimension of the Relationship between Fundamental Rights and Private Law*, in *European Review of Private Law*, vol. 24, n. 4, 2016, 425 e ss.
- HIEN J., JOERGES C. (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart Publishing, Oxford, 2017.
- HIRSCHL R., *Towards juristocracy. The origins and the consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2007.
- HOBSBAWM E., *Il secolo breve. 1914-1991*, BUR, Milano, 2014.
- HORSLEY T., *Reflections on the role of the Court of justice as the “Motor” of European Integration: legal limits to judicial lawmaking*, in *Common market law review*, vol. 50, n. 4, 2013, 931 e ss.
- IBRIDO R., LUPO N., *Introduzione. «Forma di governo» e «indirizzo politico»: la loro discussa applicabilità all’Unione europea*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il Mulino, Bologna, 2019.
- IRTI N., *L’ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998.
- ITZCOVICH G., *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L’Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2009, 34 e ss.
- JACQUÉ J. P., *Droit institutionnel de l’Union européenne*, Dalloz, Paris, 2018.
- JHERING R., *La lotta per il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1960.
- JOERGES C., *A new alliance of De-Legalization and Legal Formalism? Reflections on responses to the social deficit of the European Integration project*, in *Law and Critique*, vol. 19, n. 3, 2008, 235 e ss.
- JOERGES C., NEYER J., *From intergovernmental bargaining to deliberative process: the constitutionalisation of comitology*, in *European Law Journal*, vol. 3, n. 3, 1997, 273 e ss.
- JOERGES C., *What is Left of the European Economic Constitution?*, in *EUI Working Paper Law*, n. 13, 2004, 1 e ss.
- JOERGES C., *Sozialstaatlichkeit in Europe? A conflict-of-Laws approach to the law of the EU and the proceduralisation of constitutionalisation*, in *German Law Journal*, vol. 10, n. 4, 2009, 335 e ss.
- JOERGES C., *The European Economic Constitution and its Transformation through the Financial Crisis*, in *ZenTra Working Paper in Transnational Studies*, n. 47, 2015, 1 e ss.
- JOERGES C., *Observations on the Integration Through Law Paradigm, Karl Polanyi’s Economic Sociology, the Commodification of Money in the Eurozone, the Disregard of Europe’s Socio-Economic Diversity and the Overburdening of Law and Jurisprudence*, in C. CARUSO, M. MORVILLO (a cura di), *Il governo dei numeri. Indicatori economici-finanziari e decisione di bilancio nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2020, 379 e ss.
- JOUIN C. (a cura di), *La constitution materielle de l’Europe*, Pedone, Paris, 2019.
- JUDT T., *Postwar. Europa 1945-2005*, Laterza, Roma-Bari, 2017.

KAHN-FREUND O., *Il mutamento della funzione del diritto del lavoro*, in G. ARRIGO, G. VARDARO, *Laboratorio Weimar: conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro, Roma, 1982, 221 e ss.

KAUPA C., *The Pluralist Character of The European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 2016.

KELEMEN R. D., EECKHOUT P., FABBRINI F., PECH L., UITZ R., *National Courts Cannot Override CJEU Judgments. A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order*, in www.verfassungsblog.de, 26 maggio 2020.

KELEMEN R. D., PECH L., *Why Autocrats Love Constitutional Identity and Constitutional Pluralism. Lessons from Hungary and Poland*, in *Reconnect Europe Working Papers*, n. 2, 2018, 5 e ss.

KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952.

KELSEN H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una teoria pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989.

KINGSBURY B., KRISCH N., STEWART R. B., *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, n. 15, 2005, 15 e ss.

KIRCHHOF P., *The European Union of States*, in A. VON BOGDANDY, *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, 735 e ss.

KLABBERS J., PALOMBELLA G., *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

KOMAREK J., *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n. 3, 2013, 420 e ss.

KOMAREK J., *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 3, 2014, 525 e ss.

KOMAREK J., *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy: a Rejoinder*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, n. 3, 2017, 815 e ss.

KRISCH N., *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Character of Postnational Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

KRISCH N., *The case for Pluralism in Postnational Law*, in *LSE Legal Studies Working Paper*, n. 12, 2009, 1 e ss.

KRISCH N., *Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space*, in *Ratio Iuris*, vol. 24, n. 4, 2011, 386 e ss.

KUMM M., *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, vol. 11, n. 3, 2005, 262 e ss.

KUMM M., *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: on the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State*, in J. L. DUNOFF, J. P. TRACHTMAN (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, 258 e ss.

KUMM M., FERRES COMELLA V., *The primacy clause in the Constitutional Treaty and the future of constitutional conflict in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 2-3, 2005, 473 e ss.

LA PERGOLA A., *L'articolazione del diritto comunitario e di quello interno*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 4, 1994, 651 ss.

- LA PERGOLA A., *Residui “contrattualistici” e struttura federale nell’ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1969.
- LA SPINA A., G. MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- LAVAGNA C., *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- LENAERTS K., *Constitutionalism and the Many Face of Federalism*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, n. 2, 1990, 205 e ss.
- LENAERTS K., *Some Reflection on the Separation of Power in the European Community*, in *Common Market Law Review*, vol. 28, n. 1, 1991, 11 e ss.
- LENAERTS K., *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n. 3, 2012, 375 e ss.
- LENAERTS K., *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, 633 e ss.
- LEONE S., *In che direzione va la nuova giurisprudenza costituzionale sui casi di violazione di diritto fondamentale a doppia tutela?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, 2020, Bologna, 111 e ss.
- LOUGHLIN M., *What is Constitutionalisation*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, 2010, New York, 47 e ss.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983.
- LUCIANI M., *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Digesto*, IV edizione, vol. V pubblicistico, Utet, Torino, 1991, 373 e ss.
- LUCIANI M., *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 124 e ss.
- LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2000, 367 e ss.
- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2006, 1643 e ss.
- LUCIANI M., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2012, 92 e ss.
- LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, 8 e ss.
- LUCIANI M., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, 1 e ss.
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016.
- LUHMANN N., *Le droit comme système social*, in *Droit et société*, n. 11-12, 1989, 53 e ss.
- LUHMANN N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Il Mulino, Bologna, 1990.
- LUPO N., MANZELLA A., *Il Parlamento europeo. Una introduzione*, Luiss University Press, Roma, 2019.
- LYON CAEN G., *L’infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, 313 e ss.
- LYON-CAEN G., *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, Paris, 1995.

- MAACORMICK N., *Beyond the Sovereign State*, in *Modern Law Review*, vol. 56, n. 1, 1993, 1 e ss.
- MACCORMICK N., *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, vol. 1, n. 3, 1995, 259 e ss.
- MACCORMICK N., *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, New York.
- MADSEN M. R., OLSEN H. P., ŠADL U., *Competing Supremacies and Clashing Institutional Rationalities: the Danish Supreme Court's Decision in the Ajos Case and the National Limits of Judicial Cooperation*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 1-2., 2017, 140 e ss.
- MADURO M. P., *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- MAJONE G., *Europe's 'Democratic Deficit': the Question of Standard*, in *European Law Journal*, vol. 4, n. 1, 1998, 5 e ss.
- MADURO M. P., *Europe's Social Self: "The Sickness Unto Death"*, in J. SHAW (eds.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2000, 325 e ss.
- MADURO M. P., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, 501 e ss.
- MADURO M. P., *Passion and Reason in the European Integration*, in I. PERNICE, R. SCHWARZ (eds.), *Europa in der Welt – Von der Finanzkrise zur Reform der Union*, Nomos, Baden-Baden, 2013.
- MADURO M. P., *Three Claims of Constitutional Pluralism*, in M. AVBELJ, J. KOMAREK, *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Portland, 2012, 67 e ss.
- MADURO M. P., *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, in *Yearbook of Polish European Studies*, n. 16, 2013, 111 e ss.
- MAJONE G., *The rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, vol. 17, n. 3, 1994, 77 e ss.
- MAJONE G., *From Regulatory State to a Democratic Default*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, n. 6, 2014, 1216 e ss.
- MAJONE G., *Rethinking the Union of Europe Post-Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- MAJORAL J. A., *Judicial Empowerment Expanded: Political Determinants of National Courts' Cooperation with the CJEU*, in *European Law Journal*, vol. 25, n. 4, 2019, 374 e ss.
- MANCINI G. F., *Attivismo e autocontrollo della giurisprudenza nella Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 2, 1990, 229 e ss.
- MANCINI G. F., *Per uno Stato europeo*, in G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Mulino, Bologna, 2004.
- MANES V., *Taricco, finale di partita*, in C. AMALFITANO, *Primato del diritto dell'Unione e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018, 407 e ss.
- MANETTI M., *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 315 e ss.

- MANGIA A., *Vincolo esterno e Costituzione funzionale*, in *Diritto costituzionale*, n. 2, 2018, 5 e ss.
- MANGIA A., *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 3, 2019, 859 e ss.
- MANZELLA A., *Lo Stato "comunitario"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2003, 273 e ss.
- MANZELLA A., LUPO N., *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Giappichelli, Torino, 2014.
- MANZELLA A., MÉNDEZ DE VIGO I., *La Convenzione che costituzionalizzò l'Unione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, 626 e ss.
- MANZONI G., *La necessità e la virtù – ovvero la Corte costituzionale nel circuito interpretativo del diritto europeo*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 123 e ss.
- MARGIOTTA C., *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- MARSHALL T. H., *Cittadinanza e classe sociale*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- MARTINICO G., *L'integrazione silente*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009.
- MARTINICO G., *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, London, 2014.
- MARTINICO G., *The "Polemical" Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 6, 2015, 1343 e ss.
- MARTINICO G., *Le implicazioni costituzionali della crisi. Una rassegna della letteratura*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2016, 1 e ss.
- MARTINICO G., *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE online*, n. 3, 2020, 3961 e ss.
- MARTINICO G., POLLICINO O., *Between Constitutional Tolerance and Judicial Activism: the 'Specificity' of European Judicial Law*, in *European Journal of Law Reform*, vol. 10, n. 1, 2008, 97 e ss.
- MARTINICO G., SIMONCINI M., *Wightman and the Perils of Britain's Withdrawal*, in *German Law Journal*, vol. 21, n. 5, 2020, 799 e ss.
- MASSA M., *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 737 e ss.
- MASTROIANNI R., *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2014, 4089 e ss.
- MASTROIANNI R., *Da Taricco a Bolognesi passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2018, 2 e ss.
- MASTROIANNI R., *L'art. 11 preso sul serio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2018, VI e ss.
- MASTROIANNI R., STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MAZZIOTTI DI CELSO M., *I diritti sociali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, 802 e ss.

- MEDICO F., *I rapporti tra ordinamento costituzionale ed europeo dopo la sentenza n. 20 del 2019: verso un doppio Custode del patrimonio costituzionale europeo?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2019, 87 e ss.
- MEDICO F., *La sentenza n. 269 del 2017 della Corte costituzionale: l'eccezione a Granital?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 149 e ss.
- MENÉNDEZ A. J., *European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European Law Become More Human and Less Social*, in *ARENA Working Paper*, n. 11, 2009, 1 e ss.
- MENÉNDEZ A. J., *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, 453 e ss.
- MENÉNDEZ A. J., *A European Union in Constitutional Mutation?*, in *European Law Review*, vol. 20, n. 2, 2014, 127 e ss.
- MENÉNDEZ A. J., *Hermann Heller NOW*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, 285 e ss.
- MENÉNDEZ A. J., «False Friends» costituzionali: l'irresistibile ascesa dei conflitti fondamentali tra diritto europeo e quello nazionale, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, 887 e ss.
- MEZZANOTTE C., *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- MILLET F. X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, LJDJ, Paris, 2013.
- MILLET F. X., *Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018, 831 e ss.
- MILWARD A., *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge, London, 1992.
- MINENNA M., VERZELLA P., BOI G. M., *La moneta incompiuta. Il futuro dell'euro e le soluzioni per l'Eurozona*, Ediesse, Roma, 2016.
- MODUGNO F., *Fonti del diritto. I) Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Treccani, Roma, 1988, 1 e ss.
- MODUGNO F., *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del diritto*. Aggiornamento vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, 561 e ss.
- MODUGNO F., *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3, 2014, 1 e ss.
- MÖLLERS C., *Pouvoir constituant – Constitution – Constitutionalisation*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, 169 e ss.
- MONTESQUIEU C., *Lo spirito delle leggi*, volume 1, UTET, Torino, 1996.
- MORAVCSIK A., *Preferences and power in the European Community: a Liberal Intergovernmentalist approach*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, n. 4, 1993, 473 e ss.
- MORAVCSIK A., *What Can We Learn from the Collapse of the European Constitutional Project?*, in *Politische Vierteljahresschrift*, vol. 47, n. 2, 2006, 219 e ss.
- MORIEN J., *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, in *European Law Journal*, vol. 12, n. 1, 2006, 15 e ss.

- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.
- MORRONE A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, 2008, 185 e ss.
- MORRONE A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2012, 829 e ss.
- MORRONE A., *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2012, 357 e ss.
- MORRONE A., *La proprietà collettiva*, in A. MORRONE, *Diritti, principi e fonti del diritto. Saggi scelti*, Bononia University Press, Bologna, 2015, 105 e ss.
- MORRONE A., *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2015, 303 e ss.
- MORRONE A., *Sovranità*, Relazione XXXI, Convegno Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 1 e ss.
- MORRONE A., *Indirizzo politico e attività di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, 7 e ss.
- MORRONE A., *Tendenze del federalismo in Europa dopo la crisi*, in *Le Regioni*, n. 1, 2018, 13 e ss.
- MORRONE A., *Fonti normative*, Mulino, Bologna, 2018.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 251 e ss.
- MORRONE A., *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2018, 1 e ss.
- MORRONE A., *Oltre Granital: divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 215 e ss.
- MORRONE A., *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Diritto della sicurezza sociale*, n. 4, 2020, 707 e ss.
- MORRONE A., CARUSO C., *La commissione sullo sciopero come organo di garanzia politico-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2015, 1 e ss.
- MORRONE A., CARUSO C., *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, in M. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, 386 e ss.
- MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1991.
- MORTATI C., *La teoria del potere costituente*, Quodlibet, Macerata, 2020.
- MOUFFE C., *On the Political*, Routledge, London, 2005.
- MUIR E., *Drawing Positive Lessons from the Presence of 'The Social' Outside of EU Social Policy Stricto Sensu*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, 75 e ss.
- NAPOLI M. (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 1998.
- NICOLAÏDIS K., *European Democracy and its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, 351 e ss.

- NIVARRA L., *La proprietà europea tra controriforma e «rivoluzione passiva»*, in *Europa e diritto privato*, n. 3, 2011, 575 e ss.
- OFFE C., *Alcune contraddizioni del moderno stato assistenziale*, in A. BALDASSARRE, A. A. CERVATI (a cura di), *Critica dello stato sociale*, Laterza, Roma-Bari, 1982, 3 e ss.
- OLIVITO E., G. REPETTO G., *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, 1 e ss.
- ONIDA V., *Armonia tra diversi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2002, 549 e ss.
- ORLANDINI G., *Conflitto collettivo (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, 95 e ss.
- ORSI BATTAGLINI A., *Il puro folle e il perfetto citrullo (Discutendo con Sabino Cassese)*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 1995, 639 e ss.
- ORSI BATTAGLINI A., *In limine*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 1995, p. I e ss.
- PADOA SCHIOPPA T., *Efficiency, Stability and Equity: a Strategy for the Evolution of the Economic System of the European Community*, Oxford University Press, Oxford, 1987.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Mulino, Bologna, 1996.
- PALERMO F., *Internazionalizzazione del diritto costituzionale e costituzionalizzazione del diritto internazionale delle differenze*, in *European diversity and autonomy papers – EDAP*, n. 2, 2009, in www.eurac.edu/edap.
- PALERMO F., *La forma di Stato dell'Unione europea: per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Giuffrè, 2005, Milano.
- PALOMBELLA G., *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997.
- PANUNZIO S., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, 3 e ss.
- PARIS D., *Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 11, n. 2, 2015, 389 e ss.
- PERA G., *Sciopero (dir. cost. e dir. lav.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, 699 e ss.
- PERNICE I., *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 4, 1999, 703 e ss.
- PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pedone, Paris, 2004.
- PESCATORE P., *International law and Community law – a comparative analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 7, n. 2, 1970, 167 e ss.
- PESCATORE P., *The law of integration. Emergence of a new phenomenon in international relations, based on the experience of the European Communities*, Sijthoff, Leiden, 1974.
- PESCATORE P., *“The Doctrine of “Direct Effect”: An Infant Disease of Community”*, in *European Law Review*, vol. 40, n. 2, 1983, 135 e ss.
- PETERSMANN E. U., *On ‘Indivisibility’ of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, vol. 14, n. 2, 2003, 381 e ss.
- PFERSMANN O., *The new revision of the old Constitution*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 2-3, 2005, 383 e ss.

PICCIRILLI G., *La “riserva di legge”. Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Giappichelli, Torino, 2019.

PINELLI C., *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Mulino, Bologna, 2002.

PINELLI C., *Antonio La Pergola, giurista costruttore*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2007, 571 ss.

PINO G., *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion pratica*, n. 2, 2016, 495 e ss.

PINO G., *Il costituzionalismo dei diritti*, Mulino, Bologna, 2017.

PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, 597 e ss.

POLANYI K., *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 2010.

POLLIN R., *Resurrection of the Rentier*, in *New Left Review*, vol. 46, n. 4, 2007, 140 e ss.

POULANTZAS N., *L'État, le pouvoir, le socialisme*, Les Prairies ordinaires, Paris, 2013.

POZZOLO S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.

PRECHAL A. S., *Does Effect Direct Still Matter?*, in *Common Market Law Review*, vol. 47, n. 5, 2000, 1047 e ss.

PRECHAL A. S., *Equality of Treatment, Non-discrimination and Social Policy: Achievements in Three Themes*, in *Common Market Law Review*, vol. 41, n. 2, 2004, 533 e ss.

PRECHAL A. S., *Competence Creep and General Principles of Law*, in *Review of European and Administrative Law*, vol. 3, n. 1, 2010, 5 e ss.

PURNHAGEN K. P., *Keck is Dead, Long Live Keck? – How the CJEU Tries to Avoid a Sunday Trading Saga 2.0*, in *Wageningen Working Papers in Law and Governance*, n. 1, 2018, 1 e ss.

RASMUSSEN M., *How to Enforce European Law? A New History of the Battle Over the Direct Effect of Directives, 1958-1987*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 3-4, 2017, 290 e ss.

RENAN E., *Qu'est-ce qu'une Nation?*, in *Renan Ernest. Qu'est-ce qu'une Nation ? Et autres essais politiques*, Presses Pocket, Paris, 1992.

REPETTO G., *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

REPETTO G., *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale e comunitaria), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2017, 2960 e ss.

REPETTO G., *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri? La violazione congiunta dei diritti nazionali e della Carta Ue*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 329 e ss.

RIDEAU J., *L'adéquation des systèmes juridiques des États membres à l'appartenance de l'Union européenne*, in LAURENCE POTVIN-SOLIS, *Le statut d'Etat membre de l'Union européenne*, Bruylant-Larcier, 2017, Bruxelles, 73 e ss.

RIDOLA P., *La Costituzione della Repubblica di Weimar come “esperienza” e come “paradigma”*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014, 15-16.

RIDOLA P., *Stato e Costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino, 2016.

RIDOLA P., *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, in *Nomos*, n. 2, 2018, 1 e ss.

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013.

ROMAGNOLI U., *Commento all'art. 3 comma 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, 162 e ss.

ROMAGNOLI U., *I diritti sociali nella Costituzione*, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 3, 2005, 521 e ss.

ROMAGNOLI U., *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, 2005, 53 e ss.

ROMAGNOLI U., *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili ricostruttivi*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, vol. 35, n. 140, 2013, 586 e ss.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951.

ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969.

ROMBOLI R., *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Il Foro italiano*, n. 1, 2018, 2227 e ss.

ROSSI L. S., *Il nuovo “corso” del Bundesverfassungsgericht nei ricorsi diretti di costituzionalità: bilanciamento fra diritti confliggenti e applicazione del diritto dell'Unione*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2020, I e ss.

ROSSI L. S., *FraminFraming the Principle of Non-Discrimination on Grounds of Nationality. Art. 18 (1) TFUE in the ECJ case law*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2020, 237 e ss.

ROTH W. H., *From Centros to Ueberseering: Free Movement of Companies, Private International Law, and Community Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, n. 1, 2003, 177 e ss.

RUBENFELD J., *Unilateralism and Constitutionalism*, in *New York University Law Review*, vol. 79, n. 6, 2004, 1971 e ss.

RUGGERI A., *“Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 1, 2003, 102 e ss.

RUGGERI A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei “controlimiti” e tecniche di risoluzione di antinomie tra diritto comunitario e interno (profili problematici)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2006, 1 e ss.

RUGGERI A., *Teorie e “usi” della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2007, 519 e ss.

RUGGERI A., *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto europolitano*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2010, 1 e ss.

RUGGERI A., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, 1 e ss.

RUGGERI A., *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto europolitano sulle questioni assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3, 2017, 234 e ss.

- RUGGERI A., *Tecniche decisorie dei giudici e “forza normativa” della Carta di Nizza-Strasburgo*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 164 e ss.
- RUGGERI A., A. SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2019, Torino.
- SAITTO F., *Economia e Stato costituzionale: contributo allo studio della costituzione economica in Germania*, Giuffrè, Milano, 2016.
- SAITTO F., *La ‘solitudine’ delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2016, 421 e ss.
- SAITTO F., *“Risocializzare l'Europa”. La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 3, 2017, 88 e ss.
- SAITTO F., *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, Franco Angeli, Milano, 2018, 125 e ss.
- SAITTO F., *Salvare Solange? Parallelismo dei cataloghi e tutela integrata dei diritti fondamentali in Europa dopo le sentenze sul diritto all'oblio del Bundesverfassungsgericht*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, 177 e ss.
- SAIZ ARNAIZ A., ALCOBERRO LLIVINA C. (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Intersentia, Cambridge, 2013.
- SARMIENTO D., *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen. L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européen sur toile de fond française*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 3, 2010, 588 e ss.
- SARMIENTO D., *Who is Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, vol. 50, n. 5, 2013, 1267 e ss.
- SCACCIA G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000.
- SCACCIA G., *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, 1 e ss.
- SCACCIA G., *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2017, 2948 e ss.
- SCARPELLI U., *Il metodo giuridico*, in *Rivista di diritto processuale*, n. 4, 1971, 553 e ss.
- SCHÄFER A., STREECK W., *Politics in the Age of Austerity*, Polity Press, Cambridge, 2013.
- SCHARPF F. W., *The joint-decision trap: lessons from German federalism and European integration*, in *Public Administration*, vol. 66, n. 3, 1988, 239 e ss.
- SCHARPF F. W., *Perpetual Momentum? Directed and Unconstrained*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 19, n. 1, 2012, 127 e ss.
- SCHARPF F. W., *After the Crash: a perspective on Multilevel European Democracy*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, 384 e ss.

- SCHARPF F. W., *De-constitutionalisation of European Law: The Re-empowerment of Democratic Political Choice*, in S. GARBEN S., I. GOVAERE I. (eds.), *The division of competences between the EU and the Member States*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 284 e ss.
- SCHARPF F. W., *De-constitutionalisation and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 5, 2017, 315 e ss.
- SCHMID C., *Diagonal Competence Conflicts between European Competition Law and National Regulation – a Conflict of Laws Reconstruction of the Dispute on Book Price Fixing*, in *European Review of Private Law*, vol. 8, n. 1, 2000, 153 e ss.
- SCHMIDT S. K., *Mutual Recognition as a New Form of Governance*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 14, n. 5, 2007, 667 e ss.
- SCHMITT C., *La Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.
- SCHÜTZE R., *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- SCHÜTZE R., *On “federal ground”: the European Union as (inter)national phenomenon*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, n. 4, 2009, 1069 e ss.
- SCHYFF, *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- SCIARRA S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008, 245 e ss.
- SIEYÈS E., *Qu’est-ce que le Tiers-État?*, Flammarion, Paris, 2009.
- SILVESTRI G., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1, 1996, 55 e ss.
- SLAUGHTER A. M., STONE SWEET A., WEILER J. H. H. (eds.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1997.
- SLEDZINSKA SIMON A., ZIÓLKOWOSKI M., *Constitutional Identity in Poland: Is the Emperor Putting On the Old Clothes of Sovereignty?*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SMEND R., *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988.
- SOMEK A., *Postconstitutional Treaty*, in *German Law Journal*, vol. 8, n. 12, 2007, 1121 e ss.
- SOMEK A., *Solidarity Decomposed. Being and Time in European Citizenship*, in *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 7-13, 2007, 1 e ss.
- SOMEK A., *Individualism. An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- SOMEK A., *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- SOMEK A., *The Social Question in a Transnational Context*, in *LSEQS Working Papers*, n. 39, 2011, 1 e ss.
- SOMEK A., *What is Political Union?*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, 561 e ss.
- SOMEK A., *The darling dogma of bourgeois europeanists*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 5, 2014, 688 e ss.
- SOMEK A., *Is Legality a Principle of EU Law?*, in S. VOGENAUER, S. WEATHERILL, *General Principles of EU Law. European and Comparative Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2017, 57 e ss.

SOMMA A., *Europa, sovranità e ordine economico nel prisma delle teorie federaliste*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, 427 e ss.

SORRENTINO F., *Brevi osservazioni sulle leggi contrastanti con norme comunitarie: incostituzionalità e/o disapplicazione?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 1977, 3239 e ss.

SORRENTINO F., *È veramente inammissibile il «doppio rinvio»?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2002, 781 e ss.

SPANÒ M., *Azioni collettive, governamentalità, neoliberalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

SPINELLI A., ROSSI E., *Il Manifesto di Ventotene*, Mondadori, Milano, 2006.

SPITALERI F., *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2010.

STEIN E., *Toward Supremacy of Treaty – Constitution by Judicial Fiat in the European Economic Community*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 1965, 3 e ss.

STEIN E., *Law, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, vol. 75, n. 1, 1981, 1 e ss.

STOLLEIS M., *Europa, comunità di diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2012, 293 e ss.

STONE SWEET A., *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

STONE SWEET A., MATTHEWS J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, n. 72, 2008, 68 e ss.

STRAUSS D. A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York, 2010.

STREECK W., *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2000, 3 e ss.

STREECK W., *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

STREECK W., *Heller, Schmitt and the Euro*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, 361 e ss.

TARCHI R. (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Giappichelli, Torino, 2012.

TARELLO G., *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in *Politica del diritto*, n. 3-4, 1972, 474 e ss.

TEGA D., *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, 615 e ss.

TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, 2020, Bologna.

TEUBNER G., *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Mondadori, 2012, Milano.

TEUBNER G., *Il costituzionalismo della società transnazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n.1, 2014, 185 e ss.

THYM D., *Separation versus Fusion – or: How to Accommodate National Autonomy and the Charter? Diverging Visions of the German Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n. 3, 2013, 391 e ss.

TIZZANO A., *I “neocoms” e la “scoperta” del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, n. 2, 2004, 4 e ss.

TIZZANO A., *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, n. 1, 2019, 9 e ss.

TIZZANO A., KOKOTT J., PRECHAL S. (*Comité organisateur*), *50ème anniversaire de l’arrêt Van Gend en Loos: 1963-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, 2013, reperibile in www.curia.europa.eu.

TOMAIUOLI P., *L’“altolà” della Corte costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consultaonline*, 24 gennaio 2016.

TRIDIMAS T., *The European Court of Justice and Judicial Activism*, in *European Law Review*, vol. 21, n. 1996, 199 e ss.

TRIDIMAS T., *Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 3-4, 2011, 737 e ss.

TROPEA G., *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., Sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giustizia insieme*, 7 ottobre 2020.

TUSHNET M., *The Globalization of Constitutional Law as a Weakly Neo-Liberal Project*, in *Global Constitutionalism*, vol. 8, n. 1, 2019, 29 e ss.

VAUCHEZ A., *Judge-made law: aux origines du modèle politique communautaire (retour sur Van Gend & Loos et Costa c. Enel)*, in O. COSTA, P. MAGNETTE (a cura di), *Une Europe des élites? Réflexions sur la fracture démocratique de l’Union européenne*, Éditions de l’Université de Bruxelles, Brussels, 2007, 139 e ss.

VEITCH S., *Juridification, Integration and Depoliticization*, in D. AUGENSTEIN (eds.), *‘Integration Through Law Revisited’. The Making of European Polity*, Routledge, London, 2016, 85 e ss.

VERDOLINI E., *L’Autorità antitrust non può accedere al giudizio costituzionale: natura amministrativa e funzione di garanzia dell’AGCM nella sentenza 13 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 2, 2020, 219 e ss.

VESAN P., *Conoscenza e apprendimento della governance europea*, in M. FERRERA, M. GIULIANI (a cura di), *Governance e politiche dell’Unione europea*, Mulino, Bologna, 2008, 241 e ss.

VIGANO’ F., *Le parole e i silenzi osservazioni sull’ordinanza n.24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 marzo 2017.

VIGANÓ F., *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, 481 e ss.

VIOLINI L., *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, 425 e ss.

VON BOGDANDY A., PARIS D., *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, 9 e ss.

VON BOGDANDY A., SCHILL S., *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, vol. 48, n. 5, 2011, 1417 e ss.

WALKER N., *Sovereignty in transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

WALKER N., *Europe's Constitutional Momentum and the Search for Policy Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n. 2, 2005, 211 e ss.

WEATHERILL S., *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarifications*, in *Common Market Law Review*, vol. 33, n. 5, 1996, 885 e ss.

WEATHERILL S., *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, vol. 23, n. 1, 2004, 1 e ss.

WEILER J. H. H., *The Community system: the dual character of supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. 1, n. 1, 1981, 268 e ss.

WEILER J. H. H., *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights Within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, vol. 61, n. 3, 1986, 1103 e ss.

WEILER J. H. H., *Journey to an Unknown Destination: a Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, n. 4, 1993, 417 e ss.

WEILER J. H. H., *Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European Law Journal*, vol. 1, n. 3, 1995, 219 e ss.

WEILER J. H. H., *L'Unione e gli Stati membri. Competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, 5 e ss.

WEILER J. H. H., *In defence of the status quo: Europe's constitutional Sonderweg*, in J. H. WEILER, M. WIND, (eds.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, 7 e ss.

WEILER J. H. H., *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e costituzione dell'Unione europea*, Laterza, Roma-Bari, 2005, 22 e ss.

WEILER J. H. H., *The Lissabon Urteil and the Fast Food Culture*, in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 3, 2009, 505 e ss.

WEILER J. H. H., *Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 1, 2011, 1 e ss.

WEILER J. H. H., *Van Gend en Loos: the individual as subject and object and the dilemma of European legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 1, 2014, 94 e ss.

WEILER J. H. H., *Je suis Achibita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2018, 1113 e ss.

WEILER J. H. H., *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, 235 e ss.

WEILER J. H. H., SARMIENTO D., *The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice. A Reply to Our Critics*, in www.eulawlive.com, 6 luglio 2020.

WENDEL M., *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n. 2, 2014, 263 e ss.

WILKINSON M., *The Euro Is Irreversible! ... Or is it?: On OMT, Austerity and the Threat of "Grexit"*, in *German Law Journal*, vol. 16, n. 4, 2015, 1049 e ss.

- WILKINSON M., *The Reconstitution of Postwar Europe: Lineages of Authoritarian Liberalism*, in *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n. 5, 2016, 1 e ss.
- WILKINSON M., *Constitutional pluralism: Chronicle of a death foretold?*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 3-4, 2017, 213 e ss.
- WILKINSON M., *The Reconstitution of Post-War Europe: Liberal Excesses, Democratic Deficiencies*, in M. W. DOWDLE, M. WILKINSON (eds.), *Constitutionalism Beyond Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 38 e ss.
- WILKINSON M., *Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism*, in *Critical Sociology*, vol. 45, n. 7-8, 2019, 1023 e ss.
- ZAGREBELSKY G., *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1990.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.
- ZAGREBELSKY G., PORTINARO P. P., LUTHER J., *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.

ABSTRACT

La presente tesi affronta l'evoluzione dei rapporti tra costituzionalismo democratico e diritto sovranazionale in Europa. L'ipotesi della ricerca si basa sull'idea che l'aumentare sempre più incessante negli ultimi decenni di conflitti costituzionali tra i due ordinamenti sia dovuto a una loro differenza di fondo, di cui una parte importante è rappresentata dall'assenza della *questione sociale* nel diritto sovranazionale. Il primo capitolo si occupa di analizzare le principali teorie giuridiche che hanno fornito l'*habitus teorico* per leggere il processo di integrazione, giustificando l'adozione di una lettura delle dinamiche ordinamentali attraverso il prisma dei conflitti e della costituzione materiale. Nel secondo capitolo si volge lo sguardo all'analisi del diritto giurisprudenziale, suddiviso in due blocchi: un primo in cui – dopo aver approfondito alcuni capisaldi del diritto sovranazionale – si confrontano i due sistemi, in maniera statica, su alcuni temi (principio di non discriminazione, libertà di impresa e il bilanciamento con interessi collettivi, i diritti di pressione democratica, ecc.) per mettere in luce i diversi approcci; un secondo blocco in cui, invece, si studiano, in maniera più dinamica, le diverse *perturbazioni* che hanno interessato i rapporti tra ordinamenti, di cui una prima si è sviluppata sul rispetto dei diritti fondamentali da parte del diritto sovranazionale, mentre una seconda, ancora in corso, si concentra sul discorso sull'identità costituzionale. Nel terzo capitolo, in chiusura, si prova a sviluppare – sulla base delle risultanze del dibattito teorico e dell'analisi giurisprudenziale – una proposta finale che cerchi di unire la *questione sociale* e il *discorso* sull'identità costituzionale nel diritto pubblico europeo, che abbia alla sua base un nuovo e più centrale ruolo che dovranno svolgere le Corti costituzionali nello sviluppo delle dinamiche ordinamentali, al fine di far emergere alcuni conflitti di valore assenti nello spazio pubblico europeo.