

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXVIII

FRANCESCO MEDICO

IL DOPPIO CUSTODE

Un modello per la giustizia costituzionale
europea

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXVIII

FRANCESCO MEDICO

IL DOPPIO CUSTODE

Un modello per la giustizia costituzionale
europea

Bologna
University Press

Il volume beneficia di un contributo per la pubblicazione da parte del Dipartimento di Scienze giuridiche - Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Inoltre, questo volume è stato pubblicato usufruendo di un contributo del Ministero dell'Università e della Ricerca attraverso il finanziamento del progetto PRIN 2017 "Where is Europe going? Path and perspectives of the European federalizing process" (2017PPF2SN) di cui al D.D. n. 2409 del 02.12.2019.

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

Questa opera è pubblicata sotto licenza
Creative Commons CC BY-4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-298-0
ISBN online 979-12-5477-299-7
DOI 10.30682/sg328

Impaginazione: DoppioClickArt, San Lazzaro di Savena (Bologna)

Prima edizione: giugno 2023

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof. Roberto Bin, già ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Ferrara

Prof. Federico Casolari, ordinario di Diritto dell'Unione europea, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna

Prof.ssa Carmela Salazar, ordinaria di Diritto costituzionale, Università degli studi "Mediterranea" di Reggio Calabria

«Tra uguali diritti, decide la forza».
(K. MARX, *Il Capitale*, Libro I, Cap. VIII)

RINGRAZIAMENTI

Nel chiudere questo lavoro, desidero ringraziare con affetto e profonda stima Andrea Morrone. A lui mi lega un particolare debito intellettuale ed umano, che va al di là della pubblicazione di queste pagine e che risale all'inizio dei miei studi universitari a Bologna.

Un grazie sentito va anche alla "Scuola bolognese" di Diritto costituzionale, in cui ho avuto modo di crescere e da cui ho imparato tanto: Augusto Barbera, Tommaso Giupponi, Diletta Tega, Chiara Bologna, Corrado Caruso e Caterina Domenicali.

Un ringraziamento particolare va a coloro che hanno letto la monografia o sue precedenti versioni, a quelli con cui ho discusso i contenuti nel corso di questi anni e a coloro che mi hanno fornito indicazioni per migliorarla: Alberto Arcuri, Roberto Bin, Pier Francesco Bresciani, Federico Casolari, Antonio Chiusolo, Andrea Conterti, Marco Dani, Pietro Faraguna, Andrea Guazzarotti, Otto Pfermann, Francesco Saitto, Carmela Salazar, Enrico Verdolini.

Un ringraziamento è d'obbligo anche a Loris Di Cerbo e Matteo Palma: la loro pazienza nel supportarmi in questi anni è stata di fondamentale aiuto per il mio cammino umano e accademico.

Voglio ringraziare anche la mia famiglia, Annamaria Penta, Mario e Giorgio Medico per il sostegno costante e per il profondo affetto che ci lega.

Infine, un grazie speciale a Sara Bighini, per aver compiuto insieme a me con amore, comprensione e dolcezza questo tratto di strada comune.

Bologna, maggio 2023

F. M.

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. La giustizia costituzionale nel costituzionalismo democratico sociale. – 2. La crisi del costituzionalismo democratico sociale e il processo di integrazione europea: il problema del rapporto tra giurisdizioni in Europa.

1. *La giustizia costituzionale nel costituzionalismo democratico sociale*

Esistono diversi “tipi” di costituzionalismo moderno¹, ma l’ultima generazione che si è imposta è quella che prende il nome di costituzionalismo democratico sociale². Questo “tipo” rappresenta, infatti, l’ultimo stadio della riflessione costituzionalistica, ma anche e soprattutto l’ultimo suo inveramento storico, realizzatosi principalmente nel Vecchio continente – ma poi allargatosi anche in altri con-

¹ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. XI, a proposito del costituzionalismo moderno e della sua portata prescrittiva sostiene che «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 condannerebbe lo stesso «ad assolvere una funzione descrittiva degli ordinamenti e delle organizzazioni sociali» e a sottrarre alla Costituzione «la sua specifica capacità prescrittiva e la sua peculiare forza normativa» (p. 27).

² Si è scelto di utilizzare convenzionalmente la formula di costituzionalismo democratico sociale per indicare il costituzionalismo del secondo Novecento (e non altre espressioni equivalenti come Stato costituzionale, democrazia costituzionale, Stato sociale, costituzionalismo democratico, socialdemocrazia, ecc.).

testi geografici – che ha visto la sua nascita all’indomani del Secondo Conflitto Mondiale in varie esperienze nazionali europee e che trova la sua “Costituzione-madre” in quella di Weimar³ del 1919. Queste Costituzioni del secondo Novecento 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, [...] l’esistenza sul piano storico di un’esperienza comune, se non addirittura unica».

Provando a definirne alcuni tratti essenziali, 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 ultimo della Costituzione, 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»⁴.

Per scendere più nello specifico, quello che compare nel secondo Novecento è «un *diverso* ordine giuridico, nel quale il conflitto sociale non resta esterno, fuori dal politico, perché esso viene introiettato nella Costituzione e, attraverso questa, viene reso oggetto di

³ E. FRAENKEL, O. KAHN-FREUND, K. KORSCH, F. NEUMANN, H. SINZHEIMER, *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni Lavoro, Roma, 1982.

⁴ M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica come autonomo «tipo» storico*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 181, 182-185, 186-187, 192-193.

un processo democratico di integrazione in ragione dei diversi contesti storici» e 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»⁵. Un modello di Costituzione, pertanto, che si apre al pluralismo sociale⁶ e all'accesso delle masse nello Stato moderno; che immagina gli attori sociali in senso largo come i soggetti politici portatori di quel progetto democratico⁷; che configura i diritti fondamentali, nella loro nuova dimensione costituzionale, come strumenti di mobilitazione, ovvero libertà-partecipazione, e di rivendicazione dei propri bisogni vitali nei confronti della collettività⁸.

In queste nuove coordinate del “tipo” costituzionalismo democratico sociale⁹, si inserisce il ruolo della giustizia costituzionale in Europa che, non a caso, compare, prevalentemente, proprio con l'entrata in vigore delle Costituzioni del secondo Novecento. Il compito che, in questo senso, viene affidato alle Corti costituzionali è quello di presidiare il rispetto del principio di supremazia di quel modello di Costituzioni sia sul versante della Costituzione dei poteri, sia su quello della Costituzione dei diritti, insieme alla nuova dimensione prescrittiva del documento costituzionale. Il modello di giustizia costituzionale che si è imposto, infatti, nonostante la forte influenza del modello kelseniano, non è stato quello esclusivamente formal-procedurale del legislatore negativo¹⁰, ma anzi, al contrario, alle stesse Corti costituzionali è

⁵ A. MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Diritto della sicurezza sociale*, n. 4, 2020, p. 715.

⁶ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2007, pp. 22 e ss.

⁷ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2013, pp. 6 e ss.

⁸ Parla di «lotta per i diritti», come nuova grammatica dei conflitti e «scommessa» della nuova Costituzione, P. COSTA, *I diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*. Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 388, 391.

⁹ Riconosce nella Costituzione italiana un modello di «democrazia sostanziale», A. APOSTOLI, *A proposito delle più recenti pubblicazioni sull'uso della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2018, p. 73.

¹⁰ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in *Id.*, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 143 e ss.

stata riconosciuta anche, in un'ottica di pluralismo istituzionale, una precipua attività di attuazione sostanziale di quei principi fondamentali incorporati nella nuova legalità costituzionale¹¹, come corollario di quel principio di primazia. Esiste, dunque, un nesso molto stretto tra il "tipo" democratico sociale e la giustizia costituzionale, in quanto la positivizzazione di alcuni valori e di un nuovo patto costituzionale incapsulato nel principio di supremazia della Costituzione comporta una normativizzazione del dettato costituzionale che, per conseguenza necessitata, chiama a sé un organo costituzionale il quale ha la funzione di tutelare la legalità costituzionale, differente dalla semplice legalità legale, portatrice della democrazia pluralista¹². Il compito delle Corti costituzionali europee, in qualità di garanti del principio di primazia di "quelle" Costituzioni, potrebbe essere individuato, pertanto, in due diverse traiettorie: proteggere, da una parte, nella qualità di Custodi della Costituzione, l'agibilità del conflitto sociale dei vari attori sociali presenti nelle società europee quando la Costituzione diventa «norma»¹³; e, dall'altra, contribuire a dare applicazione ad un processo di razionalizzazione e attuazione dei principi costituzionali¹⁴ democratici sociali, presenti nelle Carte costituzionali europee.

Tutte le riflessioni sul tema in Europa, ad ogni modo, si basavano sull'assunto di una giustizia costituzionale comunemente inserita all'interno dello Stato moderno e, in questo contesto, si interrogavano sul problema di declinare al meglio il ruolo di Custode della legalità costituzionale¹⁵. O, in senso più largo, nel collocare la stessa

¹¹ C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

¹² O. CHessa, *Corte costituzionale e le trasformazioni della democrazia pluralista*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2004, pp. 381 e ss.

¹³ Riecheggiando il lavoro di P. BARILE, *La Costituzione come norma giuridica: profilo sistematico*, Barbera, Firenze, 1951.

¹⁴ Si sofferma sul rapporto tra valori, interessi e principi nel diritto costituzionale e sostiene la tesi secondo cui «nelle democrazie pluraliste contemporanee i valori supremi, che identificano la fase epocale del processo di civilizzazione che stiamo vivendo, sono la *libertà* e l'*eguaglianza*. Tutti gli altri valori sono in essi contenuti e tutti i principi costituzionali possono essere ad essi ricondotti», G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 42.

¹⁵ M. CAPPELLETTI, *Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, in ID., *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969, pp. 477 e ss.

Corte costituzionale nel quadro più ampio della forma di governo¹⁶, trovando un equilibrio istituzionale tra gli organi, politici e non, i quali devono dare forma a quel progetto di società racchiuso nelle Costituzioni democratico sociali. In fondo, tutte le teorie di giustizia costituzionale guardavano ad un ruolo della stessa che si inseriva in un sistema che è quello dello Stato costituzionale chiuso¹⁷. I problemi teorici, dunque, sulla giustizia costituzionale erano sempre questioni di teoria della Costituzione¹⁸, i quali presupponevano, ad ogni modo, un ruolo per le Corti costituzionali di chiusura di un sistema giuridico-politico già dato che aveva incorporato la realizzazione della democrazia pluralista. Detto in altri termini, la giustizia costituzionale nasce in Europa come aggiornamento dell'architettura istituzionale *post* Stato liberale e in stretto collegamento con lo sviluppo del costituzionalismo democratico sociale, costruito sulla triade conflitto-rappresentanza-diritti¹⁹, ed entrambi hanno, come presupposto logico-giuridico, l'esistenza di uno Stato, o, comunque, di un ordinamento giuridico chiuso territorializzato e di un'unità politico-giuridica acquisita.

2. *La crisi del costituzionalismo democratico sociale e il processo di integrazione europea: il problema del rapporto tra giurisdizioni in Europa*

La questione, tuttavia, diventa più complessa quando cambiano le condizioni di contesto. Vale a dire, nel momento in cui il costituzionalismo democratico sociale entra in crisi e, con esso, si modifica anche lo stato di possibilità della democrazia pluralista, tra cui, in particolare, la venuta meno della pre-condizione della realizzazione

¹⁶ P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982.

¹⁷ Tratteggia la parabola del costituzionalismo dallo Stato costituzionale a quello dello Stato costituzionale aperto, P. RIDOLA, *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, in *Nomos*, n. 2, 2018, pp. 1 e ss.

¹⁸ O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

¹⁹ V. OMAGGIO, *I diritti oltre lo Stato. La governance europea e la crisi dei diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, 2021, pp. 33 e ss.

esclusiva nello Stato moderno. Quel modello, infatti, che aveva dimostrato, a tal proposito, un'alta capacità di gestione delle conflittualità presenti all'interno delle società moderne²⁰ e che era stato in ascesa nella «*Post-War Europe*»²¹, entra, successivamente, in un persistente stato di perturbazione, dopo il periodo de *Les Trentes glorieuses*²². Le ragioni sono molte, le cause troppo profonde per essere individuate in poche righe, ma se si dovesse essenzializzare si potrebbe dire che, se dal punto di vista endogeno, il fattore più rilevante di crisi di quel modello è la crisi dei partiti²³, da un punto di vista esogeno, lo stesso è stato rappresentato dal processo di integrazione europea.

Non a caso, a tal proposito, se Maurizio Fioravanti, per il caso italiano, ha parlato di una prima «trasformazione costituzionale» causata dalla venuta meno del sistema dei partiti tradizionali novecenteschi, è proprio nel rapporto con il progetto europeo che ha individuato la seconda grande trasformazione²⁴ del nostro modello costituzionale. Questo per dire che l'influenza del diritto europeo sul costituzionalismo democratico sociale è stata molto ampia e ha riguardato, trasversalmente, tutti i campi degli ordinamenti giuridici nazionali e non ha lambito solo la modificazione formale del testo costituzionale, ma si è presentata per lo più nella forma di un processo secondo cui «in via progressiva e incrementale, una serie di *atti e fatti costituzionali* provenienti dall'esterno si sono affiancati al testo della Costituzione, e hanno finito con l'inglobarla in un conte-

²⁰ Per uno studio sui modelli di *Welfare State* europei, G. ESPING-ANDERSEN, *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford University Press, New York, 1999.

²¹ Su cui principalmente, T. JUDT, *Postwar. Europa 1945-2005*, Laterza, Roma-Bari, 2017. Ma si veda 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, pp. 38 e ss.

²² J. FOURASTIÉ, *Les Trentes glorieuses. Ou la révolution invisible*, Pluriel-Éditions Fayard, Paris, 2011.

²³ Parla in questo senso, per l'esperienza italiana, di una «trasformazione» della Costituzione da «indirizzo politico fondamentale» a «norma giuridica», M. FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2014, pp. 295 e ss.

²⁴ M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 399 e ss.

sto assai diverso rispetto al passato, con il risultato di condizionarne contenuto e normatività: un problema, questo, che è stato descritto in termini di variazione, piuttosto che del *testo* costituzionale, del *contesto* in cui questa opera e spiega i suoi effetti»²⁵.

I maggiori problemi di compatibilità per il costituzionalismo democratico sociale con i mutamenti conseguenti al processo di integrazione²⁶ sono, senza dubbio, quelli derivanti da un certo paradigma di integrazione economica, che si è imposto nel diritto europeo, in particolare dopo il tornante di Maastricht. Quello che entra in crisi del costituzionalismo democratico sociale, infatti, sono quelle condizioni economico-materiali che permettevano allo stesso di adempiere alle sue promesse di redistribuzione²⁷, di espansione dei diritti fondamentali, di partecipazione politica e, quindi, di apertura al conflitto sociale, e che si basavano sul compromesso del «*Post-war Keynesianism*»²⁸. Uno dei temi di maggior scontro, come si vedrà, è stato determinato dalla natura e dagli spazi di democrazia garantiti dallo spostamento della decisione sulla costituzione economica dagli Stati agli ordinamenti sovranazionali, tanto da far parlare di uno «Stato sociale condizionato»²⁹. Se, infatti, la costituzione economica viene ricostruita come «base materiale dell'organizzazione sociale»³⁰ e come pre-condizione³¹ che deve garantire al costituzionalismo de-

²⁵ A. MANGIA, *Moti della Costituzione o mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020, pp. 77 e ss.

²⁶ Per uno studio di ampio respiro su questo punto, A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2018, pp. 1 e ss.

²⁷ Sulle trasformazioni dei modelli industriali e sociali europei, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, L. BACCARO, C. HOWELL, *Trajectories of Neoliberal Transformation. European Industrial Relations Since the 1970s*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

²⁸ J. BICKERTON, *European Integration: from Nation-State to Member State*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 120, 125.

²⁹ F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 18 e ss., che individua nella fine di Bretton Woods, nella firma del Trattato di Maastricht e nell'esplosione della crisi dei debiti sovrani, i momenti nodali di questa trasformazione dello Stato sociale novecentesco e della limitazione delle sue virtù redistributive.

³⁰ M. GOLDONI, *Costituzione economica*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *La grammatica del costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna, 2021, p. 178.

³¹ R. BIN, *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020, pp. 36 e ss., che parla, molto criticamente, di una modificazio-

mocratico sociale di organizzare quello spazio del conflitto sociale e quel rapporto tra diritto, politica³² ed economia, la trasmutazione della stessa verso una dimensione esterna allo Stato rappresenta uno dei principali punti di frizione attuale con il diritto europeo.

In questo sfondo, si inserisce il problema della giustizia costituzionale e la sua trasformazione in un contesto di netta modificazione delle condizioni di realizzabilità della democrazia pluralista in Europa, in particolare dal passaggio della firma del Trattato di Maastricht in poi. Come si è detto nel precedente paragrafo, il nesso tra costituzionalismo democratico sociale e giustizia costituzionale, a partire dal secondo Novecento, è stato forte, in quanto quest'ultima può essere ricostruita come una *conseguenza giuridico-istituzionale* di garanzia di quel principio di supremazia della nuova forma di legalità costituzionale sia in senso formale, che sostanziale. Cosa succede alla giustizia costituzionale, allora, quando il costituzionalismo democratico sociale entra in crisi e si accede in una relazione stabile di rapporto tra ordinamenti, oltre la dimensione territorializzata dello Stato? La grande conseguenza di questo mutamento costituzionale è stata che, oggi, approfondire la funzione della giustizia costituzionale non può che significare guardare principalmente all'evoluzione del *rapporto tra giurisdizioni*³³, come conseguenza dell'esigenza di

ne della costituzione economica italiana, causata dal processo di integrazione, che non riguarda «soltanto la perdita di terreno nella tutela del lavoro – ormai ufficialmente ridotto a merce mentre era, per i costituenti, il fondamento della democrazia – o gli spazi sempre più ristretti per il finanziamento delle prestazioni sociali; vi è qualcosa di ancora più incisivo, costituito dall'arretramento della capacità del cittadino di esercitare un'influenza sull'esercizio del potere collettivo che è tipica di un sistema democratico».

³² O. CHESSA, *C'è posto in Europa per il costituzionalismo democratico sociale?*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Rogas Edizioni, Roma, 2021, pp. 50 e ss., che, a proposito della crisi pandemica e del futuro europeo, sostiene: «Insomma sta venendo al pettine uno dei nodi di fondo del rapporto tra costituzionalismo democratico-sociale e Unione europea: il fatto che “alla costituzione dei diritti (sociali)” non corrisponda più nessuna “costituzione dei poteri” né di livello nazionale né tantomeno sovranazionale» (p. 57).

³³ Questo dato è dimostrato, inoltre, anche dall'analisi dei principali manuali di giustizia costituzionale. In alcuni di essi, il tema dei rapporti tra la Corte costituzionale e le Corti d'Europa è oggetto di uno specifico capitolo, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 383 e ss. In altri vengono trattati come elementi peculiari che definiscono il giudizio di costituzionalità, A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*,

studiare il diritto costituzionale in ordine al rapporto tra Stati membri e Unione europea.

Questo studio, pertanto, si occupa dell'evoluzione, oggi, della giustizia costituzionale (*alias* rapporto tra giurisdizioni) in Europa. L'influsso europeo, non a caso, a partire dalla nascita del processo di integrazione, ha creato una situazione anomala e del tutto inedita. Il ruolo delle Corti costituzionali è cambiato, infatti, perché, in nome del principio di apertura³⁴, incardinato nell'ordinamento italiano nell'art. 11 Cost., le Costituzioni nazionali si sono aperte al progetto europeo (e non solo) e i giudici costituzionali si sono trovati a dover interpretare, nel corso del tempo e all'aumentare di importanza del diritto UE, una nuova stagione che oltrepassa i confini dello Stato. Quest'ultima, indirettamente, mette in questione quelle condizioni particolari di realizzabilità della democrazia pluralista e porta ad un rapporto strutturale tra ordinamenti nazionali e diritto europeo³⁵. Ne consegue un cambio significativo della fisionomia della legalità costituzionale e, quindi, delle Corti costituzionali europee stesse, le quali vengono proiettate così in un panorama di stabile dialettica con la legalità europea e, di conseguenza, con la Corte guardiana della stessa, ovvero la Corte di giustizia. Frutto di questo nuovo scenario, ad esempio, in Italia è rappresentato dal compromesso *Granital-Simmenthal* negli anni Ottanta³⁶, che accosta al circuito di legalità costituzionale, tutelato tramite il sindacato di costituzionalità accentratore, un canale diffuso di sindacato giurisdizionale, a tutela della legalità europea.

Giappichelli, Torino, 2022, pp. 109 e ss. Infine, in altri ancora si parla di rapporto tra giurisdizioni come effetto della globalizzazione giuridica che produce una «giustizia costituzionale sopranazionale» e una «giustizia costituzionale oltre lo Stato», G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, pp. 63 e ss.

³⁴ A. DI MARTINO, *Il Territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010.

³⁵ Sostiene, in relazione all'art. 11 Cost. e alla sua interpretazione, che, «se si va al di là delle apparenze, il contenuto precettivo di quella disposizione costituzionale si è largamente modificato, sino a consentire che, in forza della legge ordinaria di ratifica dei trattati comunitari, si determinino innovazioni costituzionali di grande rilievo», S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 305.

³⁶ In parallelo con altre decisioni di Corti costituzionali europee, come il Tribunale costituzionale tedesco, vedi cap. III, par. 2.

Le implicazioni, sul versante della giustizia costituzionale, della partecipazione all'UE degli Stati europei sono state, dunque, di notevole importanza. Basti solo in queste prime righe ricordarne tre, a titolo di esempi: (1) la comparsa della problematica dei c.d. *controlimiti* e quindi del tema dell'identità costituzionale, in rapporto alla delimitazione dei limiti materiali al processo di integrazione³⁷; (2) le trasformazioni dello stesso giudizio di costituzionalità, a seguito dell'apertura ai principi del primato e dell'effetto diretto delle norme europee e alle dinamiche di diffusione da essi conseguite; (3) la stabile dialettica materiale tra parametri, costituzionale ed europeo, che ne ha influenzato la consistenza costituzionale e l'assetto di valori tutelato³⁸. Senza aggiungere, poi, che buona parte della costruzione attuale del progetto europeo ha visto una parte importante della sua fortuna proprio nella relazione tra Alte Corti e nella costruzione di un'integrazione giurisprudenziale, spostando, in maniera rilevante, il pendolo dal diritto politico a quello di matrice giurisprudenziale nel continente europeo³⁹.

³⁷ Su questo punto si veda, in particolare per quanto concerne la parte organizzativa della Costituzione italiana, N. ZANON, *Premesse ad uno studio sui "principi supremi" di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1998, pp. 1891 e ss.

³⁸ Nel senso di «ordine costituzionale» come inteso da A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010, pp. 327-328, che sostiene: «la base materiale delle costituzioni non trasmette energia solo alle norme formalmente costituzionali. Essa – che in queste pagine preferisco definire con l'espressione "ordine costituzionale" – fa spesso da supporto ad altre norme che, seppure non dotate degli stessi caratteri formali delle leggi costituzionali, egualmente sono in grado di "conformare", dandogli identità, l'intero ordinamento giuridico. Norme nazionali o, talvolta, recepite da altri ordinamenti sovranazionali (e come interpretate dalle Corti). Ed è sulla base di tale collegamento che le norme dei testi costituzionali tendono a costruire un sistema («a rete»), con queste ultime; tendono a costruire, cioè, un *ordinamento costituzionale* che, in breve, rende stabili i muri maestri e fissa le linee di sviluppo dell'intero ordinamento giuridico».

³⁹ In questo lavoro non verrà considerato il rapporto, invece, tra legalità costituzionale e quella convenzionale, ovvero quella derivante dall'ordinamento della CEDU, di cui guardiana è la Corte europea dei diritti dell'uomo, perché quella dimensione non riguarda tanto il tema del rapporto tra ordinamenti e i mutamenti costituzionali da esso derivanti, quanto un problema di interpretazione e di adeguamento interno ad una *species* particolare di ordinamento internazionale, come dimostrato, ad esempio, da Corte cost., sentt. nn. 348 e 349 del 2007, 49 del 2015. Per un approfondimento su questo punto si rinvia per tutti a D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 51 e ss.

In questa prospettiva, infatti, quello che si intravede nel diritto pubblico europeo odierno è una forte presenza di conflitti costituzionali tra i due ordinamenti. Rinviando ai capitoli l'analisi approfondita di questo aspetto, l'ipotesi ricostruttiva da cui si parte è che una delle principali linee di tensione che si registrano tra i due sistemi – e quindi nel rapporto tra giurisdizioni – sia dovuta alla svolta, che si è realizzata nel processo di integrazione, con la firma del Trattato di Maastricht. Questo evento costituzionale, infatti, ha rappresentato lo spartiacque tra due fasi: una prima, di costruzione del diritto europeo, in cui quest'ultimo si limitava a correggere i c.d. *nation-State failures*⁴⁰ (pre Maastricht), ovvero esternalità negative derivanti dal malfunzionamento dei processi democratici nazionali e con un basso impatto sugli ordinamenti nazionali; una seconda, di tipo espansivo (post Maastricht), in cui è diventata sempre più forte l'influenza del diritto europeo sul costituzionalismo democratico sociale, si è imposto il tema del *deficit* di legittimità democratica del progetto europeo e sono emersi con maggior forza i conflitti costituzionali tra le due legalità. In questo senso, i conflitti costituzionali trovano, pertanto, nel diritto giurisprudenziale una loro dimensione privilegiata e rappresentano il *riflesso* di tensioni ordinamentali tra i due sistemi, le quali si scaricano nel rapporto tra giurisdizioni. Quello che si denota nel diritto giurisprudenziale è, insomma, una proiezione di un dato di sistema del rapporto tra ordinamenti. Se una motivazione 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»⁴¹, l'ipotesi ricostruttiva si vuole spingere un po' più in avanti. Questa, infatti, nasce dal presupposto che parte di questi conflitti siano correlati anche ad un dato storico-materiale di differenza tra le due legalità⁴²,

⁴⁰ 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, pp. 235-253.

⁴¹ G. AMATO, *L'integrazione europea come problema di diritto costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, pp. 561 e ss.

⁴² A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2017, p. 42, che parla di una differenza tra legalità costituzionale che ha il fine di «istituzionalizzare il conflitto sociale tra capitale e lavoro e di governarlo con gli strumenti della demo-

che si ritrova in un diverso approccio al conflitto sociale tra i due sistemi e che all'aumentare dell'interazione tra gli stessi, con punto di svolta in Maastricht, prenda la forma di un problema di legittimità democratica e di emersione di persistenti conflitti di valore, che mal riescono ad essere gestiti dal sistema *Granital-Simmenthal*.

Se, dunque, l'oggetto di questo studio è chiaro, le domande di ricerca a cui si è provato a rispondere in questo lavoro sono state, in definitiva, due: in quali modalità si inserisce, oggi, il rapporto tra giurisdizioni nella crisi del costituzionalismo democratico sociale e nella sua relazione con il diritto europeo? Un ripensamento dell'attuale forma del rapporto tra giurisdizioni può contribuire ad attenuare quella crisi tra sistemi e, nel caso, in che modo? Quest'ultimo in Europa non deve, dunque, essere studiato come una monade, ma deve essere calato nel contesto più largo delle dinamiche politico-costituzionali dell'integrazione europea così da comprendere, da una parte, le influenze che le più generali relazioni ordinamentali hanno su di esso e come, dall'altra, lo stesso possa contribuire a rispondere alle tensioni generate dal rapporto strutturale tra i sistemi. Lo studio si suddivide in quattro parti, adottando una prospettiva costituzionale⁴⁵ e materiale⁴⁴ di indagine.

1. Nel capitolo I si analizza l'impatto del dibattito teorico in cui si inserisce l'integrazione giurisprudenziale europea, la tematizzazione di alcune costanti che lo caratterizzano, la capacità delle teorie di "fotografare" i nodi problematici dei rapporti tra sistemi, l'influenza che su questi nodi ha avuto una certa configurazione dei rapporti tra giurisdizioni. Il fine di questa prima parte del lavoro è stato

crazia rappresentativa», a differenza del diritto europeo che ha invece il compito soprattutto di «regolare i conflitti connessi all'interdipendenza economica degli Stati membri e alla circolazione dei fattori di produzione, in vista della promozione di assetti di mercato efficienti».

⁴⁵ Nel senso inteso da G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 15-22, secondo cui il diritto costituzionale deve essere concepito come «un fenomeno integralmente sociale, in cui la materialità dei rapporti giuridici deve sempre essere valutata con realismo» e che 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».

⁴⁴ F. PETRINI, *Integrazione e conflitto. Per una storia materialista della costruzione europea*, in *Ventesimo secolo*, n. 48, 2021, pp. 10 e ss.

quello di individuare, sullo sfondo dell'evoluzione del rapporto tra ordinamenti e delle nuove teorie, il ruolo che è stato riconosciuto al rapporto tra giurisdizioni e in che modo la riflessione dottrinale ha avuto un *riflesso* sulla nuova declinazione di quel nesso tra giustizia costituzionale e costituzionalismo democratico sociale nelle diverse fasi dell'integrazione europea.

2. Il capitolo II indaga la diversa consistenza valoriale tra le due legalità e ha come oggetto il diverso approccio al conflitto sociale tra le stesse, visto dalla prospettiva della costruzione del diritto europeo in termini di primato, effetto diretto ed autonomia, ovvero le sue matrici essenziali, da una parte; la costruzione del mercato e delle quattro libertà e i suoi impatti sul costituzionalismo democratico sociale, dall'altra. In seguito, si è passati a mettere a confronto i due sistemi su alcuni campi in cui si evidenzia una forte differenza di approccio ai conflitti di valore come quelli relativi alla giustapposizione tra il principio di non discriminazione e l'eguaglianza sostanziale; la libertà di impresa e gli interessi collettivi sociali; i diritti sindacali in rapporto con il mercato; infine, si è studiato l'impatto della Carta di Nizza, nel periodo della crisi dei debiti sovrani. L'obiettivo di questa seconda parte è stato quello di verificare se e in che modo si presenti un'alterità conflittuale tra le due legalità, riscontrata mediante l'analisi della giurisprudenza delle Alte Corti.

3. Il capitolo III, invece, si occupa del campo in cui maggiormente si sono evidenziati i conflitti costituzionali: l'identità costituzionale. Questo tema della riflessione costituzionalista europea segna, infatti, un *riflesso* nel rapporto tra giurisdizioni di una più generale tensione tra costituzionalismo democratico sociale e processo di integrazione. Da questo punto di vista, si è analizzata una prima fase di rapporto tra i due sistemi, in cui il livello di conflittualità era più basso, per poi passare a interessarsi del punto di svolta per il processo di integrazione, rappresentato per l'appunto dalla firma del Trattato di Maastricht, che segna in maniera decisa la comparsa del tema dell'identità costituzionale. In seguito, si descrivono le evoluzioni delle tre tipologie di controlli costituzionali, che compongono l'identità costituzionale in senso generale: l'identità costituzionale *stricto sensu* intesa, il giudizio *ultra vires* e il nuovo fronte sui diritti a *doppia tutela*. Il fine di questa terza parte è stato, grazie all'analisi

della casistica giurisprudenziale, quella di individuare quali tipologie di conflitti costituzionali possono trovare una forma di accomodamento tra giurisdizioni (sia pure in una forma diversa di cui si dirà nell'ultimo capitolo) e quali, invece, chiamano necessariamente a sé un intervento di tipo politico per essere risolti.

4. Nel capitolo IV si propone un possibile nuovo modello di giustizia costituzionale, che, metaforicamente, si è scelto di chiamare il Doppio Custode, il quale vuole rappresentare una risposta alla domanda in che forma vada riconcettualizzato il ruolo della giustizia costituzionale in Europa, insistendo su un diverso rapporto tra giurisdizioni costituzionali ed europee. Un nuovo modello di rapporto tra giurisdizioni, dunque, che, da un lato, prova a rispondere all'emergenza dei conflitti costituzionali, ponendosi maggiormente in linea con l'attuale stadio del processo di integrazione europea, e che, dall'altro, tenta di fornire un *tassello* di un generale ripensamento dell'architettura costituzionale europea in termini di maggiore apertura al conflitto sociale e al pluralismo valoriale.

5. Infine, nelle conclusioni del lavoro, si svolgono alcune considerazioni sull'inserimento del Doppio Custode nel più generale quadro del processo di integrazione politica europea e il suo possibile apporto in termini di risposta alla crisi di legittimità democratica che attanaglia il progetto europeo.

CAPITOLO I

L'INTEGRAZIONE GIURISPRUDENZIALE EUROPEA NELLE TEORIE

SOMMARIO: 1. L'integrazione giurisprudenziale europea nelle teorie: una classificazione. – 2. Le teorie “originaliste”: la tesi internazionalista. – 2.1. (*Segue*) Il neofunzionalismo e il *supranationalism* – 3. Il tornante di Maastricht: la comparsa del dibattito sulla Costituzione europea. – 4. Le teorie “euro-ottimiste”: Il *multilevel constitutionalism*. – 4.1. (*Segue*) Le teorie federali. – 4.2. (*Segue*) Il pluralismo costituzionale. – 5. Le teorie “euro-critiche”: il costituzionalismo difensivo e lo Stato-nazione (e il ritorno della tesi internazionalista). – 5.1. (*Segue*) La prospettiva dei conflitti. – 5.2. (*Segue*) *L'Authoritarian Liberalism*. – 8. La crisi della legittimità democratica europea e i riflessi sul rapporto tra giurisdizioni.

1. *L'integrazione giurisprudenziale europea nelle teorie: una classificazione*

Se l'Europa è una “Comunità di diritto” definita dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza, l'oggetto di questo capitolo I consiste nell'analisi delle principali teorie che hanno cercato di dare una “forma” al processo di integrazione europea. In questo tipo di studio, è stato compiuto un particolare *focus* sull'influsso che è stato attribuito dalle teorie all'integrazione giurisprudenziale. È stato analizzato in che modo l'inserimento in una specifica dottrina incida sulla configurazione dell'integrazione giurisprudenziale. Si è preso in considerazione quanto la rappresentazione del rapporto tra giurisdizioni abbia occupato il dibattito teorico più generale e quali siano i *riflessi* del secondo sul modo di concepire il primo. Della natura

dell'Unione europea infatti – e prima ancora della CECA o della CEE – se ne parla ormai da più di sessant'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. Un interesse subito nato nel campo degli internazionalisti – da cui successivamente si è distaccata la “costola” degli europeisti – ma poi anche degli stessi costituzionalisti¹, che hanno incominciato ad intravedere, quest'ultimi, se non una crisi, quantomeno una trasformazione della loro disciplina.

Una prima costante dell'approccio teorico all'Unione europea è dato dal persistente rapporto con il concetto di sovranità politica, centro nevralgico del costituzionalismo democratico sociale. La relazione tra processo di integrazione europea e sovranità politica, è, infatti, biunivoca e i due destini sembrano ineluttabilmente collegati. L'apertura del modello del costituzionalismo democratico sociale 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 del diritto europeo aveva come obiettivo quello di “depotenziare” l'onnicomprendività del concetto di sovranità, creando un ordinamento giuridico altro rispetto a quello degli Stati nazionali europei, a cui questi cedevano parte della loro sovranità. L'effetto, invece, 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-Sta-*

¹ Interessante richiamare una *querelle* che avvenne ai tempi dell'approvazione del Trattato costituzionale tra alcuni 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 europeo. A riprova della convergenza di più discipline giuridiche, G. AMATO, *Verso la Costituzione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2003, pp. 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, pp. 1 e ss.; e A. TIZZANO, *I “neocoms” e la “scoperta” del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2004, pp. 4 e ss.

te a uno di *Member State*². Risulta chiaro, dunque, che il processo di integrazione europea ha dovuto necessariamente procedere pari passo con una teorica che profilasse del concetto di sovranità una sua trasfigurazione³, una sua ricomposizione, una sua condivisione, arrivando nelle sue correnti più critiche a teorizzare la necessità di una sua definitiva scomparsa⁴. 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»⁵ sottoposto al governo di una *global polity*⁶. Senza tuttavia voler entrare in queste annose questioni che meriterebbero ben altra attenzione, un dato, nondimeno, lo si può assumere: questo processo di *trasfigurazione* del concetto di sovranità ha portato con sé un inevitabile elemento di depoliticizzazione dello spazio pubblico europeo.

Questa è, pertanto, la seconda costante che si ritrova studiando il processo di integrazione europea: la depoliticizzazione. Ad una messa in questione della vecchia sovranità politica – intesa come *formalizzazione del politico* – si accompagna il restringimento degli

² C.J. BICKERTON, *European Integration: from Nation-State to Member State*, cit., p. 144.

³ Si guardi a questi fini, N. WALKER, *Sovereignty in transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003.

⁴ 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, pp. 55 e ss.

⁵ Il fiorire di studi su questi cambiamenti epocali che hanno interessato il mondo del diritto – a partire quantomeno dalla fine degli anni Novanta – 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 prescrittivo al concetto di sovranità in nome della comparsa di una *Rule of Law globale*. 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.

⁶ A questo proposito, c'è chi ha visto in questo tentativo 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», B. DE GIOVANNI, *Elogio della sovranità politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. 5, 295, 297.

spazi democratici di contestazione, che si erano nel frattempo realizzati in quell'arena di redistribuzione delle risorse che lo Stato nazionale aveva rappresentato nel periodo de *Les Trentes glorieuses*. Sempre seguendo questa scia argomentativa, non è un caso che la stessa crisi del paradigma di costituzionalismo democratico sociale sia stata segnata dallo sviluppo del processo di integrazione europea nelle sue varie fasi. Questo perché, fin dagli albori, l'integrazione europea non si è caratterizzata come un progetto di tipo politico, ma come un modello funzionalista, in cui al centro del suo sviluppo doveva esserci l'idea del mercato e di un certo modello di costituzione economica. 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*»⁷ europea. Qui trova origine l'idea di una «*certaine idée de l'Europe*»⁸ 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 economica⁹. In questa traiettoria depoliticizzata, si inserisce pertanto il diritto europeo, come veicolo di quel progetto di *Integration through law*¹⁰, con cui viene fortemente addomesticato l'elemento della politica e attraverso cui vengono sottratte importanti decisioni ai circuiti democratico-rappresentati-

⁷ Riprendendo l'espressione kelseniana, 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, p. 863.

⁸ 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, p. 155.

⁹ 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 europeo, di cui 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, pp. 7 e ss.

¹⁰ Cfr. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.H.H. WEILER, *Integration through law: Europe and the American Federal Experience*, De Gruyter, Berlin-New York, 1985.

vi¹¹, creando quello che è stata definito un modello di «*constrained democracy*»¹². Il diritto europeo, dunque, si inserisce in questo percorso di *de-politicizzazione* della dimensione del diritto, che sempre più rinviene la sua fonte di legittimazione in sé stesso – in una presupposta conoscenza tecnico-sapienziale dei giuristi¹³ oppure, nella maggior parte dei casi, nel discorso sulla protezione dei diritti fondamentali¹⁴ – o ancora in un suo accoppiamento concettuale con il mercato. Depoliticizzazione da intendere, pertanto, come rottura di quella diade concettuale politica-diritto¹⁵ su cui si era retta la concettualizzazione nel costituzionalismo democratico sociale e in cui lo Stato era detentore del monopolio del politico – attraverso la fittizia contrapposizione con la società civile¹⁶ – a partire dalla *Machina machinarum* di Hobbes.

Si arriva così alla terza costante, quella che più interessa per i profili di questo lavoro: l'importanza dell'integrazione giurisprudenziale

¹¹ A questo dato si aggiunge una contestuale crisi del parlamentarismo e del concetto di rappresentanza politica negli Stati europei. Su questo punto, A. DEFENU, *Forme di governo e crisi del parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 261, in cui si afferma che «le società contemporanee sono attraversate da nuove forme di conflitti sociali, di trasformazioni economiche, di profondi cambiamenti culturali» e che, tuttavia, in questo quadro, «l'esigenza irrinunciabile di un corretto bilanciamento dei poteri [deve] propendere per soluzioni istituzionali che non nascondano tali conflitti, ma che li rendano i più possibile visibili».

¹² J.W. MÜLLER, *Beyond Militant Democracy*, in *New Left Review*, n. 73, 2012, p. 44.

¹³ A titolo solo esemplificativo di una letteratura vastissima sull'argomento, si guardi il dibattito che molto spesso intercetta il tema dei limiti e dei 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.

¹⁴ Per un dibattito tra posizioni positiviste e neocostituzionali su questo punto, da una parte, A. BALDASSARRE, *In risposta a Guastini*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2007, pp. 3251 e ss., e dall'altra, R. GUASTINI, *Sostiene Baldassarre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2007, pp. 1373 e ss.

¹⁵ M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2013, p. 412, che sostiene: «mentre, dunque, per la legalità pura dello "Stato legislativo di diritto" valeva indiscutibilmente l'affermazione: "dove non c'è legislazione non c'è legalità", per la legalità ibrida europea della "Comunità giurisdizionale del diritto vale, invece, la seguente affermazione: "dove non c'è giurisdizione non c'è legalità"».

¹⁶ Cfr. P. RIDOLA, *Stato e Costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino, 2016.

ziale. È indubbio, infatti, che l'equilibrio tra diritto politico e diritto giurisprudenziale si sia spostato nel processo di integrazione in maniera importante a favore del secondo e in antitesi, dunque, con i normali processi di *costituzionalizzazione* che hanno interessato gli Stati europei. Sarebbe, infatti, un errore non riconoscere che, soprattutto in alcune fasi salienti, il ruolo definito *federalizzante* o di *judicial activism*¹⁷ della Corte di giustizia sia stato talmente rilevante da contribuire in materia determinante alla fortuna del diritto europeo. Quello che si è delineato in Europa è la costruzione, infatti, di un diritto *de-politicizzato* – staccato dallo Stato come suo centro principale di produzione e dalla sua arena democratica – e sempre più in un binomio concettuale con l'economia e la piena implementazione del mercato¹⁸. È su questa nuova coppia diritto costituzionale-mercato che si gioca, tutt'oggi, una parte importante del processo di integrazione, in cui la Corte di giustizia – come si vedrà¹⁹ – è uno degli attori centrali dello scacchiere, tanto da farla considerare un vero e proprio «*motor of integration*»²⁰ e venendo da alcuni considerata come la principale fautrice di un nuovo paradigma di «*new constitutionalism*»²¹ in Europa.

A questo problematico ruolo riconosciuto dalla Corte di giustizia in UE fa da *pendant* quello delle Corti costituzionali. È stata, infatti, l'interpretazione che le Corti costituzionali hanno dato sulle clausole costituzionali europee un fattore determinante per l'avallo, ieri, e la ricostruzione teorica, oggi, dell'incedere del processo di integrazione. A questo proposito – e solo per accennare ad alcuni temi che verranno trattati più approfonditamente nel proseguo del lavoro – non è possibile non considerare l'impatto che ha avuto la giuri-

¹⁷ T. TRIDIMAS, *The European Court of Justice and Judicial Activism*, in *European Law Review*, vol. 21, 1996, p. 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, pp. 229-240.

¹⁸ Su questo nesso, J. HIEN, C. JOERGES (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Hart Publishing, Oxford, 2017.

¹⁹ Per un maggiore approfondimento, cap. II, par. 3, 5, 6.

²⁰ 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, pp. 961 e ss.

²¹ S. GILL, *New constitutionalism, democratisation and global political economy*, in *Peace, Security & Global Change*, vol. 10, n. 1, 2007, pp. 23 e ss.

sprudenza della Corte costituzionale tedesca o italiana sui temi dei diritti fondamentali (*Solange, Frontini*) e dell'identità costituzionale (*Maastricht Urteil, Taricco*) nell'influenzare, da una parte, l'evoluzione del diritto europeo e, dall'altra, nel determinare i mutamenti del costituzionalismo democratico sociale. È chiaro, dunque, anche in questa prospettiva, che l'aumento di rilevanza, anche dal lato nazionale, dell'integrazione giurisprudenziale, tutta a discapito del diritto politico, rappresenta un dato con cui le teorie hanno dovuto fare i conti, soprattutto a seguito dell'aumento considerevole di conflitti costituzionali in Europa (*Taricco, Melki, Gauweiler, Weiss*), che trova nel rapporto tra giurisdizioni uno dei suoi principali canali di manifestazione.

Per provare, ad ogni modo, ad operare una classificazione delle dottrine in questi sessant'anni, si proporrà come spartiacque politico-giuridico la firma del Trattato di Maastricht. Questo poiché quell'evento ha rappresentato un punto di svolta per il progetto europeo, nel passaggio dall'allora Comunità economica europea all'attuale Unione europea. Quello che avviene, infatti, con Maastricht è la venuta meno di un equilibrio che, antecedentemente, si era stabilito tra il costituzionalismo democratico sociale e il diritto europeo: quella che è stata definita la «*dual polity*»²². In quel modello pre Maastricht, infatti, esisteva tra i sistemi una rigida separazione di competenze: da una parte, il secondo si occupava di implementare quelle condizioni di realizzazione del mercato e della prosperità economica, mentre, dall'altra, il primo si interessava della gestione della questione politica-sociale. La ragione di questa separazione si spiegava, infatti, in un diritto europeo che non possedeva una diretta legittimazione democratica e che, pertanto, doveva limitarsi a svolgere un ruolo di correzione delle esternalità negative²³ prodotte dai

²² 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, p. 241.

²³ Parla di un «*complementary paradigm*» nel periodo pre Maastricht dei rapporti tra ordinamenti, poi di un'evoluzione in un «*competition paradigm*» nella fase post Maastricht e, infine, di un «*encroachment paradigm*» durante la crisi dei debiti sovrani, M. DANI, *The Rise of the Supranational Executive and the Post-Political Drift of European Public Law*, in *Indiana Journal of Global and Legal Studies*, vol. 24, n. 2, 2017, pp. 402, 408, 419.

sistemi nazionali, ma senza allargarsi ad invadere campi più attinenti a questioni redistributive o, comunque, ad alto coefficiente politico. Con Maastricht, tuttavia, questo sistema, che aveva retto fino alla fine degli anni Novanta – espressione europea di un modello di «*embedded liberalism*»²⁴ – viene meno, perché si sceglie di superare questa dicotomia, in nome di uno slancio più ambizioso di affidamento al diritto europeo di competenze tradizionalmente assegnate a settori dei poteri nazionali sovrani, come, ad esempio, la neonata cittadinanza europea, la politica monetaria e la protezione dei diritti fondamentali, ma senza garantire, contestualmente, la creazione di un'unità politica federale. Questo ha significato, difatti, l'apertura ad una seconda fase di strutturale interferenza del diritto europeo sul costituzionalismo democratico sociale e la riproduzione, a partire da quel momento, di un alto grado di asimmetrie che ancora affliggono il processo di integrazione europea e che, nel corso del tempo, si sono acuite fino ad oggi, trovando nello scoppio della crisi dei debiti sovrani un proprio *zenith*.

Senza scendere, a questo punto, nel dettaglio delle specifiche implicazioni costituzionali della firma del Trattato di Maastricht²⁵, utilizzare quest'ultimo come spartiacque risulta utile perché il dibattito teorico europeo, proprio a partire da questo evento, potrebbe essere suddiviso in tre grandi blocchi. In prima battuta, le dottrine c.d. "originaliste", ovvero quelle che hanno trovato la loro fortuna nel periodo pre Maastricht e che, in forme diverse, riproducevano quel modello della *dual polity*, come la tesi internazionalista o quella del sovranazionalismo²⁶. Sia la prima che la seconda, infatti, sono ricostruzioni che nascono prevalentemente in quel periodo e che creano la loro lente di osservazione sul processo di integrazione (an-

²⁴ J.G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic World*, in *International Organizations*, vol. 36, n. 2, 1982, pp. 379 e ss.

²⁵ G. REPETTO, *Sovranità e costituzionalismo in Europa*, in *Pólemos*, n. 1, 2021, p. 42, sostiene che «l'evoluzione dalla Comunità economica europea all'Unione Europea, realizzatasi a seguito del 1989 con la sottoscrizione del Trattato di Maastricht, ha determinato, accanto a diversi schemi istituzionali e normativi, una mutata concezione delle potenzialità costituzionali dell'ordinamento giuridico stabilito dal Trattato di Roma».

²⁶ Si rinvia ai parr. 2, 2.1, del presente capitolo per la trattazione.

che successivamente alla fase di Maastricht), a partire da un'immagine del progetto europeo originario, che si evolve sì in maniera incrementale, ma che rimane confinato in una separazione tra livello nazionale e quello europeo e che, indirettamente, presuppone quella dicotomia. Non a caso, la tesi internazionalista considera l'Unione europea un'organizzazione internazionale, proprio per separarne compiti e funzioni da quella nazionale; così come il sovranazionalismo, che rimane, ad ogni modo, uno sviluppo dell'internazionalismo, ma riconosce la natura peculiare del progetto europeo, proprio per caratterizzarlo diversamente dal modello del costituzionalismo democratico sociale. Con Maastricht, invece, si dischiude un tornante, da cui, in prima battuta, si apre la riflessione sulla necessità di una Costituzione europea²⁷ e da cui, in seconda, si possono separare due grandi blocchi di teorie nate successivamente. Da una parte, quelle che hanno un approccio "euro-ottimista", come quelle del *multilevel constitutionalism*, le teorie federaliste e quella del pluralismo costituzionale²⁸, che guardano favorevolmente alle modificazioni costituzionali portate nel processo di integrazione europea. Mentre, dall'altra, quelle "euro-critiche", come quelle del costituzionalismo difensivo, la prospettiva dei conflitti e l'*authoritarian liberalism*²⁹ che nascono con Maastricht, che poi si ispessiscono con l'arrivo della grande crisi dei debiti sovrani e che sono concordi nel sottolineare, nel complesso, il rischio della costruzione di un processo di integrazione sganciata dai processi democratici. La risposta, a questo punto, comune ad entrambi i due blocchi successivi a Maastricht è il riconoscimento di un superamento della dicotomia della *dual polity*, da cui discendono le diverse risposte date dalle diverse teorie su come concettualizzare il processo di integrazione e affrontare le sue difficoltà politico-giuridiche, insieme alla diversa tematizzazione delle tre diverse costanti del rapporto con la sovranità politica, con la depoliticizzazione e con il ruolo giocato dall'integrazione giurisprudenziale.

²⁷ A. BARBERA, *Esiste una "costituzione europea"?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, pp. 59 e ss.

²⁸ Si rinvia ai par. 4, 4.1, 4.2 del presente capitolo per la trattazione.

²⁹ Si rinvia ai par. 5, 5.1, 5.2 del presente capitolo per la trattazione.

2. Le teorie “originaliste”: la tesi internazionalista

Come si è spiegato in apertura, in questo gruppo di dottrine si è scelto di inserire quelle che, in qualche modo, riflettono la logica della *dual polity*, ovvero di una separazione tra i due ordinamenti e che riproducono questo assunto all'interno delle loro ricostruzioni. La tesi internazionalista sostiene l'idea secondo cui l'Unione europea sia – ancora allo stato attuale – una peculiare organizzazione di diritto internazionale⁵⁰. Seppur nelle fasi iniziali sono stati proprio gli internazionalisti ad approcciarsi per primi allo studio del processo di integrazione⁵¹, molti di loro sono arrivati a riconoscere una natura peculiare al diritto europeo e una sua progressiva fuoriuscita dalla sfera del diritto internazionale. Un'importanza centrale è riconosciuta senza dubbio alla “costituente” giurisprudenza della Corte di giustizia che ha cambiato negli anni Sessanta 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*⁵², pronunce capostipiti del riconoscimento del principio dell'effetto diretto e del primato⁵³, che la stessa Corte di giustizia non ha indugiato nel definire il «fondamento giuridico»⁵⁴ dell'allora Comunità. In una prima parte, dunque, si proverà ad evidenziare – prendendo come *exempla* alcuni importanti articoli scritti sul tema – quali siano state le motivazioni che hanno fatto propendere la dottrina internazionalista per il riconoscimento

⁵⁰ Nel gruppo della tesi internazionalista verranno incluse sia quelle posizioni che utilizzano il “metodo” del diritto internazionale per studiare il processo di integrazione europea, ma giungono a riconoscere la peculiarità del diritto europeo, sia coloro che, con un approccio costituzionale, sostengono che l'Unione europea rimanga una *species* di organizzazione internazionale.

⁵¹ 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.

⁵² Che verrà trattato approfonditamente nel cap. II, par. 2.

⁵³ Temi su cui ormai la letteratura è arrivata a riempire intere biblioteche, si segnala a questi fini, 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.

⁵⁴ Corte giust., 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa-Enel*.

di un'autonomia del diritto europeo, per poi, in una seconda fase, presentare quali siano i punti nodali e le argomentazioni apportate da quella corrente di pensiero costituzionale, che ancora considera l'Unione europea un'organizzazione di diritto internazionale.

Pierre Pescatore in un suo noto articolo³⁵ del 1970 si interroga sulla differenza tra il diritto internazionale e il diritto europeo, svolgendo un'analisi comparativa dei 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», il diritto europeo, 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 motivazioni di difesa dell'interesse»³⁸. Da questo intimo carattere del diritto europeo si riscontra «l'originalità della struttura istituzionale della Comunità» che non può essere

³⁵ P. PESCATORE, *International law and Community law – a comparative analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 7, n. 2, 1970, pp. 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 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 (eds.), *L'espace constitutionnel européen, Der europäische Vergassungsraum, The European constitutional area*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995, pp. 97 e ss.

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

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 di istituzioni indipendenti e di procedure comunitarie-parlamentari, che sempre più nel corso del tempo si sono costruite sulla regola maggioritaria 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. Esse sono, infatti, anche il prodotto della costituzione di un sistema di istituzioni che sono capaci di prendere decisioni, e cosa più importante di legiferare»⁴⁰. Questo comporta, come conseguenza quasi necessaria, un cambiamento nell'interpretazione del diritto europeo rispetto al diritto internazionale: mentre nel secondo l'interpretazione è «un processo che è necessariamente statico», 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 solo grazie ai quali – rappresentanti gli obiettivi della Comunità – «lo scopo del Trattato può essere chiarificato»⁴².

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

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

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

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

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 europeo, infatti, 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 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 europeo conserva sicuramente alcuni tratti del diritto internazionale, ma nei suoi elementi distintivi è fuoriuscito ormai dalla dimensione internazionalistica⁴⁶, 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

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

⁴⁴ P. PESCATORE, *International law and Community law*, cit., p. 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*), cit., pp. 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 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.

dei principi di solidarietà e di integrazione giungono «ai confini del federalismo»⁴⁷.

Dall'altra parte, invece – con esiti teorici opposti – si trova parte della dottrina costituzionalistica che considera ancora l'Unione europea un'organizzazione di diritto internazionale. La tesi di Pfersmann⁴⁸ 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 stabilito come un sistema dinamico, per questi motivi questo nuovo sistema ha una costituzione, regolata da un insieme di norme risultanti dall'esplicito accordo di tutte le parti in un trattato concepito sotto l'egida del diritto pubblico internazionale»⁴⁹. 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»⁵⁰. Il problema, tuttavia, 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»⁵¹. Qui

⁴⁷ P. PESCATORE, *International law and Community law*, cit., p. 182.

⁴⁸ O. PFERSMANN, *The new revision of the old Constitution*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 2-3, 2005, pp. 383-404.

⁴⁹ O. PFERSMANN, *The new revision*, cit., p. 388.

⁵⁰ O. PFERSMANN, *The new revision*, cit., p. 389.

⁵¹ O. PFERSMANN, *The new revision*, cit., p. 390.

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 membri⁵². 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. Se la sua dinamicità e la capacità di produrre normazione secondaria era, per Pescatore, un elemento che faceva propendere per individuare un cambio di paradigma del diritto europeo, per Pfersmann sono solo il segno di un maggior grado di concentrazione di questa organizzazione internazionale, ma non un suo cambio di qualità⁵³.

Spostando, invece, l'analisi sulla dimensione più precipua dei rapporti tra gli ordinamenti statali e quello europeo, 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. 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 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 nella riflessione di Pfersmann l'attenzione è riposta sulle norme dei Trattati riguardanti il funzionamento delle istituzioni europee e dei meccanismi di revisione, in questa

⁵² 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.

⁵³ 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, intendendo per Stato quell'ordinamento giuridico dotato di *autonomy*.

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

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 oltrepassabile dal processo di integrazione europea in mancanza di una definitiva rivoluzione giuridica⁵⁵. Non che questa 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*.

2.1. (Segue) *Il neofunzionalismo e il supranationalism*

Il neofunzionalismo⁵⁶ è stato sicuramente una delle teorie che più ha influenzato la nascita del progetto europeo e rappresenta il secondo esempio di teoria "originalista" con cui ci si confronterà. 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 neofunzionalismo fa sua una genesi delle organizzazioni politiche in antitesi a quella della classica dottrina giuridico-politica della formazione degli Stati nazionali. 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 e 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, cooperazio-

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 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.

ne internazionale e politica estera⁵⁷. Da cui un punto importante di questa dottrina: il cosiddetto effetto di *spill-over*, ovvero il trabocciamento di sempre più competenze dalle istituzioni statali verso quelle europee, 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 questo rappresenta una 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 messa in discussione dell'indivisibilità della sovranità moderna (e dell'annesso tema delle competenze) e una sua ri-allocazione su un piano superiore⁵⁸ a quello dello Stato.

Questa scuola di pensiero nasce negli anni Cinquanta come tentativo di teorizzazione di quel particolare *case study* che rappresentava la CEE (e in precedenza la CECA), la quale si impose come particolare organizzazione sovranazionale votata all'applicazione del c.d. *metodo Monnet*⁵⁹. 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 regolatoria. 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 del progetto comunitario», cercando in questo modo di supplire alla mancanza di «reali capaci-

⁵⁷ E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 1 e ss.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ M. DRAGHI, *Il metodo Monnet e la sua rilevanza per l'Europa di ieri e di oggi*, in www.ecb.europa.eu.

tà estrattive (ovvero d'imposizione fiscale) e di significative risorse finanziarie». Questo processo 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»⁶⁰. 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, ha contribuito a sviluppare 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»⁶¹ e che segna l'ingresso dei paradigmi di *governance*⁶² in Europa.

Oltre ad essere 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, diritto ed economia. Una traccia di questo dato si vede nella ricostruzione del processo della *political integration* che dovrebbe succedere all'*economic integration*⁶³, perché quest'ultima dovrebbe 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 istitu-

⁶⁰ P. VESAN, *Conoscenza e apprendimento della governance europea*, in M. FERRERA, M. GIULIANI (a cura di), *Governance e politiche dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 247.

⁶¹ G. MAJONE, *The rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, vol. 17, n. 3, 1994, pp. 77 e ss.

⁶² M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010.

⁶³ Così ci spiega E. HAAS, *The Uniting of Europe*, cit., p. 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 delle 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».

zioni possiedono o richiedono giurisdizione al di là dei preesistenti stati nazionali»⁶⁴. Tutto questo sulla base, dunque, di valutazioni utilitaristiche prese dalle *élites* dei vari Stati membri e in cui viene marginalizzato il tema della decisione democratico-popolare. 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»⁶⁵ 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 neo-funzionalismo: 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 con 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»⁶⁶, il cui spazio resta il mercato (a cui seguirà la moneta)⁶⁷ 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 ra-

⁶⁴ E. HAAS, *The Uniting of Europe*, cit., p. 16.

⁶⁵ E. HAAS, *The Uniting of Europe*, cit., p. XV.

⁶⁶ E. HAAS, *The Uniting of Europe*, cit., p. XXI.

⁶⁷ A dimostrazione di questo *shift* di lealtà delle *élites* politico-economiche, nell'idea di un auto-vincolo da imporre al processo democratico nazionale: «l'UEM mirava a innescare un vero e proprio mutamento di carattere costituzionale», che avrebbe condotto all'assunzione di una «concezione dello Stato minimo, [al]l'abbandono dell'economia mista e della programmazione economica, [al]la ridefinizione delle modalità di composizione della spesa», oltre che «[al] ripensamento in profondità delle leggi governanti lo Stato sociale», G. CARLI, *Cinquant'anni di vita italiana*, Roma-Bari, 1995, p. 396.

zionalità 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 legittimazione.

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*⁶⁸ a partire da Maastricht⁶⁹. Se 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»⁷⁰, risulta evidente, allo stesso tempo, come l'influenza del neo-funzionalismo si sia offerto come vettore capace di “pilotare” e “trainare” in momenti di *impasse*. In questa via mediana⁷¹ che rappresenta l'UE, l'approccio neo-funzionalista e la teoria del sovra-

⁶⁸ J. DELORS, *Economic governance in the European Union: past, present and future*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, pp. 169 e ss.

⁶⁹ 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, pp. 90 e ss.

⁷⁰ J.H.H. WEILER, *The Community system: the dual character of supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. 1, n. 1, 1981, p. 268.

⁷¹ 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, pp. 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 1945 del Movimento federalista europeo e fu promotore di una proposta, il c.d. *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.

nazionalismo vanno letti come due approcci complementari, l'uno all'altro, e fortemente interdipendenti: un binomio concettuale inscindibile. Lo stesso sovranazionalismo rimane, però, se visto – come ci ricorda Weiler – *in action* in Europa, non un monolite ma piuttosto «*an amorphous concept*»⁷². 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 da un «processo di *diminution* [...], soggetto a poco più di un tradizionale intergovernamentalismo»⁷³. Il primo aspetto invece – che per uno studio giuridico risulta di maggior interesse – indica la relazione tra il diritto europeo 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 europeo. Ciò a partire dalla celebre dottrina del primato e dell'effetto diretto, insieme al non meno importante principio della *preemption* e alla specificazione dei limiti alla giurisdizione dell'ordinamento europeo che ha trovato nella dottrina dei *poteri impliciti* (di cui l'allora art. 235 TCE rappresentava la base normativa) una rilevante valvola di ampliamento dell'ambito di applicazione comunitario⁷⁴. 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 europeo, a discapito di una matrice politica del processo di integrazione. È bene sottolineare, tuttavia, che queste caratteristiche del *normative supranationalism* acquisiscono una

⁷² J.H.H. WEILER, *The Community system*, cit., p. 268.

⁷³ J.H.H. WEILER, *The Community system*, cit., p. 273.

⁷⁴ 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*.

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 di integrazione giurisprudenziale, funzionali ad "aprire" gli ordinamenti giuridici nazionali 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 dell'integrazione giurisprudenziale, in alcune fasi del processo di integrazione, per sbloccare quello che Scharpf ha chiamato «*the joint-decision trap*»⁷⁵. 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.

Come si è provato a spiegare, dunque, il sovranazionalismo tenta di lambire dal punto di vista della scienza costituzionale i confini del federalismo e allo stesso tempo, tuttavia, preferisce definire l'Unione europea una *polity sui generis*⁷⁶, tanto da parlare di un *Sonderweg* europeo⁷⁷. Diventa molto evidente allora come la riproposizione per l'Europa dell'espressione *Sonderweg* (letteralmente la "via speciale")⁷⁸ 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 comparate resta il mancato accentramento verso il livello federale (che in Europa ancora non c'è), ma soprattutto la mancanza di una Costituzione che presuppone la sovranità del suo *demos*. Nonostante l'apparente paradosso, tuttavia, questo peculiare progetto politico *sui generis* proprio

⁷⁵ F.W. SCHARPF, *The joint-decision trap: lessons from German federalism and European integration*, in *Public Administration*, vol. 66, n. 3, 1988, pp. 239 e ss.

⁷⁶ 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, W. HALLSTEIN, *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ, Munchen, 1983.

⁷⁷ 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, pp. 22 e ss.

⁷⁸ 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.

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»⁷⁹. 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*⁸⁰. 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. Questo dato di alta *tolleranza costituzionale*, che si materializza nelle realtà civiche, amministrative e sociali negli Stati membri rappresenta, secondo questa impostazione, la più alta formalizzazione politica dell'ideale etico kantiano e del valore della dignità umana. Questa è la vera e propria sfida che l'integrazione europea e il sovranazionalismo lanciano al costituzionalismo stesso: mantenere questa specificità, questa *Grundnorm* europea, basata sulla *tolleranza costituzionale*, al di là di Kelsen e Schmitt. Una versione, questa, che se pone un questionamento del concetto di sovranità politica e della forma collettiva della decisione democraticamente esercitata, proponendo un modello di post-nazionalismo, rimane, ad ogni modo, nella logica della *dual polity* e poco o nulla indaga il tema sottostante del “tipo” di integrazione perseguita. Come acritico rimane l'approccio al tema della fondazione di un «vincolo esterno»⁸¹ di tipo tecnico-manageriale, che il neo-funzionalismo presuppone e il suo rapporto con la legittimità democratica.

⁷⁹ J.H.H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo*, cit., p. 25.

⁸⁰ Per un risvolto del principio della tolleranza costituzionale in ambito giurisprudenziale, D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *The European Union Law: cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 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, pp. 97-105.

⁸¹ A. MANGIA, *Vincolo esterno e Costituzione funzionale*, in *Diritto costituzionale*, n. 2, 2018, pp. 5 e ss.

3. *Il tornante di Maastricht: la comparsa del dibattito sulla Costituzione europea*

L'approccio costituzionale è rimasto sottotraccia fino alla fine degli anni Ottanta⁸², per poi palesarsi con un grande vigore argomentativo all'inizio degli anni Novanta⁸³, con il tornante della firma del Trattato di Maastricht, a partire dalla famosa decisione *Maastricht Urteil*, che definì l'Unione europea uno *Staatenverbund* e che aprì il tema della legittimità democratica europea. La prospettiva di analisi che si adotterà a questo proposito sarà riportare un confronto avvenuto tra personaggi⁸⁴ del calibro di Jurgen Habermas, Dieter Grimm e Joseph Weiler. Partendo da questo dibattito, si cercherà di evidenziare in particolare le tre differenti posizioni al problema costituzionale dell'Unione europea, a cui in qualche modo la dottrina successiva ha sempre cercato di ricondursi.

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 reciso⁸⁵. 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. 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

⁸² Si vuole intendere con l'affermazione nel testo che non mancò fino agli anni Ottanta 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.

⁸³ Basti segnalare tra i tanti il dibattito che si aprì nel 1995 sulle pagine dell'*European Law Journal*, vol. 1, n. 3, 1995.

⁸⁴ Coevo a questo dibattito è anche Neil McCormik, la cui opzione pluralista verrà analizzata nel par. 4.2. di questo capitolo.

⁸⁵ 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, pp. 219 e ss.

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 illuminista. È il tema della possibilità dell'avanzamento verso un'integrazione politica dell'Unione europea quello che l'autore contende, proponendo un'alternativa alla via tedesca del *No Demos Thesis*. Nella lettura weileriana della dottrina dei giudici di Karlsruhe, infatti, questo problema ha solo due possibili due uscite: o c'è la trasformazione dell'Unione europea in uno Stato con un *demos* europeo che rimpiazza 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*»⁸⁶. 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 e un progetto più radicale che non miri solo a ridisegnare i confini dello Stato nazione restando all'interno dello stesso *framework* concettuale (l'esempio lampante sarebbe lo Stato europeo), ma che si proponga di «ridefinire la stessa nozione di *confini* dello Stato, tra Nazione e Stato, e dentro la Nazione stessa»⁸⁷. 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 *demos*»⁸⁸ e lo sviluppo di

⁸⁶ J.H.H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?*, cit., p. 248.

⁸⁷ J.H.H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?*, cit., p. 249.

⁸⁸ J.H.H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?*, cit., p. 252.

una «critical citizenship»⁸⁹. 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 europea, basato su una molteplicità di *demoi*⁹⁰ e una doppia cittadinanza, la quale aprirebbe ad un "contratto sociale" tra i cittadini di questi Stati.

Per Grimm, invece, 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»⁹¹, sembra venir meno approcciandosi al *case study* europeo. 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»⁹². La famosa richiesta di una Costituzione in Europa, dunque, non fa che rilevare per il costituzionalista tedesco dei fraintendimenti su cosa si intenda per Costituzione. La Costituzione non è circoscritta per 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»⁹³ e i confini di coercizione dello Stato nella forma del rapporto autorità-individuo e nel rispetto dei

⁸⁹ J.H.H. WEILER, *Does Europe need a Constitution?*, cit., p. 256.

⁹⁰ Sulla letteratura sviluppatasi attorno al tema della *demoi-cracy* in Unione europea e alla nascita di una forma costituzionale di democrazia in cui coesistono più *demoi*, F. CHENEVAL, F. SCHIMMELFENNIG, *The Case for Demoicracy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, pp. 334 e ss., K. NICOLAÏDIS, *European Demoicracy and its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, pp. 351 e ss.

⁹¹ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, p. 340.

⁹² D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 347.

⁹³ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 347.

suoi diritti fondamentali. La stessa, tuttavia, non si esaurisce nella sola validità giuridica e in relazione al discorso sulla sua efficacia, ma «essa è piuttosto un importante fattore di integrazione sociale»⁹⁴.

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, mediante cui questo può autoconferirsi di agire politicamente» e questo dato 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»⁹⁵. 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 troppo ampia divaricazione in Europa «tra titolarità ed esercizio del potere statale» che prende forma in un continuo processo di «mediazione tra popoli e organi, mediazione resa difficile dalla tendenza ad autonomizzarsi da parte di questi ultimi»⁹⁶. Nello stesso costituzionalismo democratico sociale 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, il quale 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»⁹⁷. C'è un'ulteriore preconditione 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 è a questo livello che, per Grimm, si crea il cortocircuito del *deficit democratico* in Unione europea, poiché mancano

⁹⁴ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 348.

⁹⁵ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 353.

⁹⁶ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 356.

⁹⁷ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 357.

a livello sovranazionale gli stessi presupposti del processo democratico. Partici 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»⁹⁸. Uno dei fattori, infatti, 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»⁹⁹. Il Parlamento europeo non sarebbe, in definitiva, in grado di rispondere al grande problema 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 pertanto perseguibile in Europa perché «altrimenti le decisioni politiche tenderebbero a migrare laddove la responsabilità democratica è comunque insufficiente»¹⁰⁰. La conclusione è lapidaria, dunque: il *deficit* europeo di democrazia è strutturale e non può essere risolto a breve termine attraverso riforme istituzionali, ma, tutt'al contrario, questa analisi prova che il modello dello Stato democratico costituzionale può realizzarsi solo nel contesto nazionale¹⁰¹.

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 di tipo postnazionale. Per l'autore la contraddizione dell'Unione europea poggia sulla considerazione

⁹⁸ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 358.

⁹⁹ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 362.

¹⁰⁰ D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 365.

¹⁰¹ Alla critica, mossa da più parti, di schiacciarsi sulla stessa posizione della Corte costituzionale 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» e che si scontra con «un'esigua capacità di discorsività sovranazionale» (D. GRIMM, *Una costituzione per l'Europa*, cit., p. 364).

secondo la quale, essa, 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. Tuttavia, 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, non considera il rifugio nel livello nazionale come male minore. Al contrario, a parere del filosofo tedesco, il divario rischierebbe 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»¹⁰². L'antinomia è quindi tra *denazionalizzazione* dell'economia e una salvaguardia dello Stato sociale, che secondo Habermas non può che svilupparsi in una dimensione superiore allo Stato nazione¹⁰³. 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 “sopportare”, 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, 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 e 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 rappre-

¹⁰² J. HABERMAS, *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, p. 371.

¹⁰³ 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?*, cit., p. 371).

sentato 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 democratico¹⁰⁴, ma ne deve essere un prodotto che si realizza come un «*contesto di comunicazione* coinvolgente in sé la socializzazione politica» e «intersoggettivamente condiviso di un'intesa possibile»¹⁰⁵. 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. Tuttavia, 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.

La conclusione a cui giunge l'autore, pertanto, è che le nuove istituzioni politiche europee, figlie di una vera Costituzione europea, possono avere «un effetto *inducente*»¹⁰⁶ sulla formazione di un'identità collettiva di tipo postnazionale in un'Europa federale. Questo sarebbe un processo storico che dovrebbe 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*, di un'unità collettiva nelle pluralità delle nazioni europee. La risposta data da Habermas pare, quindi, andare nel verso di una costituzionalizzazione in una forma federale (non molto dissimile da quella di una contemporanea statalizzazione), in cui è forte la concezione di democrazia deliberativa postnazionale, in un contesto nuovo in cui una riconosciuta forma di solidarietà transnazionale potrebbe prendere la forma della promessa (mai realizzata fin ad ora) di un nuo-

¹⁰⁴ 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.

¹⁰⁵ J. HABERMAS, *Una Costituzione per l'Europa?*, cit., p. 373.

¹⁰⁶ J. HABERMAS, *Una Costituzione per l'Europa?*, cit., p. 375.

vo *welfare* europeo¹⁰⁷, potente vettore di unificazione politica tra i diversi popoli del Vecchio continente.

4. *Le teorie "euro-ottimiste": il multilevel constitutionalism*

Un nuovo modo per concettualizzare il rapporto tra il costituzionalismo democratico e diritto europeo che ha riscosso molto successo nella letteratura giuridica europea¹⁰⁸, ma anche tanti oppositori¹⁰⁹, è il *multilevel constitutionalism*. Questa rappresenta, infatti, la prima e sicuramente il più influente esempio di teoria "euro-ottimista". La teoria del *multilevel* si inserisce, dunque, in un clima post Maastricht di *new constitutionalism* e nella scia più larga di un generale tentativo di superamento della teorica della sovranità e dello Stato, che ha mancato «troppo spesso al suo dovere di salvaguardare la pace internazionale, così come di far rispettare i diritti e le libertà dell'uomo», non dimostrando di essere capace di reagire «alle sfide di una globalizzazione che oltrepassa le capacità dello Stato di agire da solo»¹¹⁰. 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 potere costituente come unico e solo momento genetico di nascita di una Costituzione. La Costituzione è, invece, per il *multilevel* un processo e non un atto, il quale non è racchiuso in un unico documento costituzionale ma, appunto, in una pluralità frammentaria di testi costituzionali. È l'intreccio di due piani che permette al *multilevel constitutio-*

¹⁰⁷ J. HABERMAS, *Why Europe needs a constitution?*, in *New Left Review*, vol. 11, n. 10-12, 2001, pp. 5 e ss.

¹⁰⁸ A titolo di esempio, P. BILANCIA, F.G. PIZZETTI (a cura di), *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, Milano, 2004; A. D'ATENA, *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, Torino, 2007, e applicato alle dinamiche Parlamenti nazionali-Parlamento europeo, A. MANZELLA, N. LUPO, *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Giappichelli, Torino, 2014.

¹⁰⁹ Per una panoramica critica, G. DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism Really "Multilevel"?*, in *Zeitschrift Fuer Ausländisches Oeffentliches Recht Und Voelkerrecht*, vol. 70, 2010, pp. 283 e ss.

¹¹⁰ I. PERNICE, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pedone, Paris, 2004, p. 26.

nalism 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”, in una forma già definitiva e da cui non si può recedere, il processo costituzionale europeo.

La domanda che si pone Pernice in un suo celebre articolo¹¹¹ è, in definitiva, la seguente: quale forma dare a questa costante cessione di sovranità degli Stati verso l’ordinamento sovranazionale e a questo spostamento dei poteri pubblici che vengono localizzati sempre più su più livelli? La risposta offerta 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 porta a *bypassare* la domanda se l’Europa abbia bisogno di una Costituzione. 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*)»¹¹². Il dato innovativo introdotto nel dibattito 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*, in chiave di superamento della *dual polity* pre Maastricht. Questa lettura che “scova” tracce costituzionali nella interazione tra i due sistemi del *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 gerarchica¹¹³, viene ricostruita la Costituzione europea.

¹¹¹ I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *Common Market Law Review*, vol. 36, n. 4, 1999, pp. 703 e ss.

¹¹² I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 706.

¹¹³ Ad un’analisi più approfondita, infatti, se la processualità costituente non dovrebbe far pensare che ci sia una prevalenza di un livello sull’altro, pare chiaro come nel generale approccio irenico e a-conflittuale di Pernice, invece, il *multilevel* stabilisce un chiaro ordine di preferenza tra i due (o più) livelli costituzionali a favo-

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»¹¹⁴. 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 e 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*»¹¹⁵, la questione del primato del diritto europeo trova la propria affermazione vincolante nella volontà dei popoli sovrani i quali 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 della *primauté* europea, una volta ricavata 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

re di quello dell'Unione. A questo punto, la prospettiva da un'integrazione tra i due livelli, si trasforma in una visione *prescrittiva* e non meramente neutra e descrittiva. Su questa critica, L. BESSELINK, *A Composite European Constitution*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, pp. 6 e ss.

¹¹⁴ I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 712.

¹¹⁵ I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 715.

di costituire le proprie istituzioni per perseguire obiettivi comuni verso la formazione di un «*European (or even international) social contract*»¹¹⁶. A questi elementi già importanti, si aggiunge nel sistema *multilevel* europeo l'esistenza di clausole di omogeneità costituzionale 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 e che stabiliscono un *minimo comune denominatore* del costituzionalismo composito europeo. La presenza di un riferimento normativo di tal genere rappresenta per Pernice un tratto identitario del costituzionalismo europeo che permetterebbe, sulla base di questa *omogeneità valoriale*, di ricostruire e calmierare le tendenze centrifughe presenti nel sistema costituzionale composito¹¹⁷. Sul fronte delle istituzioni, a parere del *multilevel*, la *democratizzazione* del sistema europeo si è fortemente approfondita, invece, lasciando maggiore spazio alla procedura di co-decisione tra Consiglio e Parlamento, il quale esercita un controllo sempre maggiore nel procedimento legislativo e nel meccanismo fiduciario per la nomina della Commissione. Un crocevia importante di questa ricostruzione, tuttavia, è dato inoltre dal ruolo giocato dalla *cittadinanza europea*¹¹⁸, 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»¹¹⁹. Dimostrazione plastica, questa, che «una comunità “post-nazionale”

¹¹⁶ I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 717.

¹¹⁷ 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.

¹¹⁸ Per una concezione tutta politica della cittadinanza, A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2015, pp. 303 e ss.

¹¹⁹ I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 720.

di cittadini “al di là dello Stato” è concepibile»¹²⁰. L'obiettivo non è, dunque, per Pernice quello della formazione di un super-Stato, ma piuttosto di «aprire lo *statehood* e completarlo attraverso, possibilmente, una struttura globale di *public policy* e azioni in relazione ai reali bisogni dei cittadini»¹²¹, 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»¹²². 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* e che ripensi l'identità europea, nella forma di una nuova democrazia composita al di là dello Stato.

Sul fronte italiano, anche Ruggeri può essere considerato un importante esponente della lettura multilivello attraverso l'elaborazione della sua idea di *intercostituzione*¹²³, concetto che pare molto legato allo sviluppo dell'integrazione giurisprudenziale in Europa. 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

¹²⁰ I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 722.

¹²¹ I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 729.

¹²² I. PERNICE, *Multilevel*, cit., p. 741.

¹²³ 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.

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»¹²⁴. 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*. In questa prospettiva di costituzionalismo dei diritti¹²⁵, 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 di far superare agli ordinamenti nazionali quei “blocchi sistemici”, i quali 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 normativa¹²⁶) 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'interpretazione¹²⁷. Le norme costituzionali – a differenze delle altre tipologie di norme giuridiche – hanno la caratteristica di essere infatti *norme secondo valori*: dotate, quindi, di una particolare pregnanza assiologico-sostanziale. È sulla base di

¹²⁴ A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, p. 10.

¹²⁵ Lettura – concentrata sulle dinamiche ordinamentali – ma non troppo dissimile in alcune parti alla teoria del *costituzionalismo dei bisogni*. 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», fino al punto che li si identifichi come «nuovi bisogni ([o] si chiamino o nuovi “diritti”, poco importa)», in A. RUGGERI, *Teorie e “usi” della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2007, pp. 529 e 532.

¹²⁶ A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., p. 105.

¹²⁷ A. RUGGERI, “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 1, 2003, pp. 102 e ss.

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 meta-valore a cui devono tendere gli ordinamenti. Lo strumento, tuttavia, necessario per permettere questo fine costituzionale non passa dalle forme della decisione democratica *tout court* o nella sua forma rappresentativa – nel suo luogo principe del Parlamento – ma attraverso l'utilizzo di un proficuo e positivo *dialogo tra giudici*¹²⁸ nel sistema multilivello¹²⁹. Nella concezione di Ruggeri il dialogo tra Corti – effetto dell'integrazione giurisprudenziale – svolge al meglio questa funzione di garantire la massimizzazione della tutela dei diritti e si registra come dato strutturale¹³⁰, assurgendo a vera e propria «consuetudine inter-ordinamentale»¹³¹ e come strumento in grado di proteggere quei valori trans-storici, che si sostanziano nei principi costituzionali presenti nelle 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»¹³². Nella teoria di Ruggeri, dunque, la grande importanza

¹²⁸ 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, la quale ha avuto un enorme successo nel panorama costituzionalistico soprattutto nostrano, ma che non ha mancato di avere anche grandi oppositori.

¹²⁹ M. CARTABIA, *Europe and Rights: Taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n. 1, 2009, pp. 5 e ss.

¹³⁰ Per una concezione del dialogo tra giudici come modalità di circolazione tra modelli costituzionali diversi, E. NAVARRETTA, A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Edizioni Plus, Pisa, 2004.

¹³¹ A. RUGGERI, *Salvaguardia*, cit., p. 14.

¹³² A. RUGGERI, *Salvaguardia*, cit., p. 11.

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 Costituzione¹³³.

In questo contesto, acquisisce un senso più definito la tesi dell'autore della «europeizzazione dei *controlimiti*»¹³⁴, secondo cui la comparsa di una norma come l'art. 4 TUE obbliga le istituzioni sovranazionali a rispettare le identità nazionali degli Stati membri e viene letta come una riqualificazione del primato assoluto del diritto europeo che dovrà, per necessità, confrontarsi con le tradizioni costituzionali comuni. L'europeizzazione dei *controlimiti* offre in questo modo la possibilità di stringere ancora di più il circuito ermeneutico tra il 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 tuttavia – 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

¹³³ Viene, in molti suoi scritti, 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, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione [...] e si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione».

¹³⁴ 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, pp. 1 e ss.

quelle nazionali. Che, in realtà a tratti, sembra sfociare in un monismo del diritto internazionale¹³⁵ riproposto in chiave assiologica¹³⁶. Una gerarchia che era già presente, come si è visto, nella teoria del *multilevel* di Pernice e, tuttavia, questa volta costruita non sull'*European social contract*, ma sulla precomprensione di un dialogo irenico tra i giudici nella creazione di un «diritto “vivente” inter-costituzionale»¹³⁷. Un ruolo importante in questo sistema intercostituzionale viene assunto dalle figure, da una parte, del giudice comune, *terminale* tra le istanze di tutela che devono essere riconosciute seguendo un approccio di *case law*, e, dall'altra, delle 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 potere politico e il legislatore – nazionale e sovranazionale – che pare perda la sua classica funzione di *legis-latio* (come di norma si presenta nel costituzionalismo democratico sociale), essendo in gran parte ridimensionato dalla figura del giudice *demiurgo*, custode dei diritti nell'equilibrio costituzionale intersistemico.

4.1. (Segue) *Le teorie federali*

Le teorie federali sull'Unione europea occupano un posto importante del dibattito costituzionale europeo ed è possibile farle rientrare tra quelle dottrine, che nelle loro varianti, hanno un approccio “euro-ottimista” al fenomeno dell'integrazione europea. Sulla connessione strettissima tra federalismo e costituzionalismo non c'è bisogno di indugiare troppo, ma basti segnalare come il federalismo¹³⁸

¹³⁵ H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una teoria pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989.

¹³⁶ Una gerarchia del diritto europeo e internazionale che si tramuta in un generale *favor* verso le giurisdizioni della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹³⁷ A. RUGGERI, *Trattato costituzionale*, cit., p. 7.

¹³⁸ 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*, vol. 1, Utet, Torino, 1964, e alla sua teorizzazione della *sovranità*.

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 Costituzione¹³⁹. Diverso e più complesso è, invece, il legame concettuale tra federalismo¹⁴⁰ e Stato – che ha trovato la sua traduzione nella teorica dello Stato federale¹⁴¹ 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*¹⁴² come cornice in grado di caratterizzare lo sviluppo del diritto europeo.

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 Bognetti, 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 futuro¹⁴³. 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 questo 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 Elazar¹⁴⁴, i quali interpretano il federa-

¹³⁹ C.J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, Ginn and Company, Boston, 1950.

¹⁴⁰ Per il federalismo, inoltre, la concretizzazione nel modello americano, a partire dalla Convenzione di Filadelfia e dal movimento intellettuale dei *Federalist Papers*, sarà un ulteriore importante passo avanti, che porterà ad erigere il paradigma americano come fonte di ispirazione per il pensiero federale europeo, A. HAMILTON, J. HAY, J. MADISON, *The Federalist Papers*, Open Road Integrated Media, New York, 2020.

¹⁴¹ G. DE VERGOTTINI, *Stato federale*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 831 e ss.

¹⁴² *Contra*, A. MANZELLA, *Lo Stato "comunitario"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2003, pp. 273 e ss.

¹⁴³ G.F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, in *Id.*, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁴⁴ D.J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano, 1998.

lismo come una processualità in grado di esprimere un condizione di equilibrio dinamico tra pluralismo e unità¹⁴⁵.

Sul primo fronte, la tesi di Mancini¹⁴⁶ 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. La risposta di Mancini sposa, infatti, 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 concreti. Hanno torto – sostiene 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»¹⁴⁷. Questa *differenziazione nell'unità* nel contesto di uno Stato federale si è data storicamente e questo è forse il miglior modo per contro-battere alla domanda di «omogeneità spirituale e sociale»¹⁴⁸ richiesta dai giudici costituzionali tedeschi. Sull'altro versante – quello della risposta da dare a Weiler in difesa dello Stato federale europeo – 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

¹⁴⁵ Questo cambio di prospettiva che legge in maniera dinamica il principio federale, vede nel processo di integrazione europea dei *trends* di federalismo in atto e dà poca importanza alla domanda se l'Unione europea sia una confederazione di Stati o uno Stato federale retto da una Costituzione, C.J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, Pall Mall, London, 1968.

¹⁴⁶ Per una panoramica più larga della riflessione "europea" di Mancini, si veda la raccolta tradotta dei suoi articoli più importanti sui temi dell'integrazione apparsi sulle principali riviste europee in F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004.

¹⁴⁷ G.F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, cit., p. 109.

¹⁴⁸ G.F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, cit., p. 110.

vita a un'identità onnicomprensiva, un *homo americanus, gallicus, hispanicus* e via dicendo»¹⁴⁹, 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 Mancini, 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»¹⁵⁰ e a cui la tolleranza costituzionale non potrebbe ovviare. Per Mancini, 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»¹⁵¹. Un'ulteriore motivazione verso la risposta statalista è riscontrabile nel *deficit democratico* presente nelle istituzioni sovranazionali¹⁵². 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*¹⁵³, perché l'allargamento di un divario democratico tra istituzioni sovranazionali e Stati membri rischierebbe di minare la stessa democrazia presupposta dall'Unione.

Sempre sulla scia del *sollen* federale, nel pensiero di Boggetti¹⁵⁴ l'analisi si concentra sulle interazioni tra l'evoluzione del fede-

¹⁴⁹ G.F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, cit., pp. 111-112.

¹⁵⁰ G.F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, cit., p. 113.

¹⁵¹ G.F. MANCINI, *Per uno Stato europeo*, cit., p. 114.

¹⁵² 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*, cit., p. 116).

¹⁵³ L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2016.

¹⁵⁴ G. BOGNETTI, *Federalismo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1991.

ralismo con le varie *forme di Stato* (liberale, sociale, ecc.) che hanno caratterizzato l'organizzazione dei poteri negli Stati federali. La grande dicotomia a questo punto si gioca sul modello di costituzione economica, ovvero 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»¹⁵⁵, 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»¹⁵⁶. 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 economica e sociale dello Stato. 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 – 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, 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 realizza-

¹⁵⁵ G. BOGNETTI, *Federalismo*, cit., p. 4.

¹⁵⁶ G. BOGNETTI, *Federalismo*, cit., p. 8.

re 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 regime, perché la leva politico-costituzionale di azione delle istituzioni comunitarie impedisce di effettuare una seria 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 deregolativa 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”»¹⁵⁷. 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, nondimeno, non sarebbero sufficienti ad ingenerare un reale cambiamento nelle istituzioni europee. Pertanto, la conclusione di Boggetti sul 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 statale¹⁵⁸).

Sul secondo fronte del *sein* federale, il riferimento si concentra sulla valorizzazione della dimensione dinamica del *federalizing process* europeo¹⁵⁹. 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, i quali ritrovano nel riferimento al modello americano il loro referen-

¹⁵⁷ G. BOGNETTI, *Federalismo*, cit., p. 21.

¹⁵⁸ 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*, si veda 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.

¹⁵⁹ Per una prospettiva italiana della teoria del *federalizing process* da ultimo, B. CARAVITA, *Quanta Europa c’è in Europa?*, Giappichelli, Torino, 2020.

te principale¹⁶⁰. 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 federativo. 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»¹⁶¹. 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 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 statocentrico ha portato a cercare il *federalizing process* dove esso non era in Europa e a ridurre la questione del principio federale europeo a una *localizzazione* della sovranità¹⁶². Questo approccio dicotomico risulta, infatti, insoddisfacente perché impregnato sul *discrimen* segnato dal luogo in cui si colloca la sovranità e dalla centralizzazione del discorso sulla *Kompetenz-Kompetenz*, che in uno Stato federale non può che collocarsi al livello del governo federale. Se, tuttavia, si rifugge da questo approccio statocentrico, il federalismo americano e l'idea di *federalizing process* aiuta a meglio

¹⁶⁰ 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 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*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 271.

¹⁶¹ C.J. FRIEDRICH, *L'uomo*, cit., p. 297.

¹⁶² R. SCHÜTZE, *On "federal ground": the European Union as (inter)national phenomenon*, in *Common Market Law Review*, vol. 46, n. 4, 2009, p. 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».

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 livelli. Tutto il dibattito post Maastricht sul costituzionalismo, sulla Costituzione e sulla legittimità democratica del progetto europeo deriva da questo malinteso implicito nella tradizione giuridica continentale. 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*¹⁶³. 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*»¹⁶⁴. 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»¹⁶⁵. 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'impiego della “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 evo-

¹⁶³ 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”*, cit., p. 1092).

¹⁶⁴ R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism. The Changing Structure of European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, *passim*.

¹⁶⁵ R. SCHÜTZE, *From Dual*, cit., p. 346.

luzione della dottrina della *preemption*. L'elemento, nondimeno, 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 *co-operative federalism*, in cui non è più presente una rigida e separata enumerazione delle competenze tipica del *dual federalism*, che viene sostituita da una visione integrata e collaborativa¹⁶⁶ di riallocazione degli interventi di tipo flessibile sui due livelli di governo federale, a seconda delle capacità di risoluzione dei problemi¹⁶⁷.

4.2. (Segue) *Il pluralismo costituzionale*

Il pluralismo costituzionale è un'importante scuola di pensiero attraverso cui si è cercato di "incasellare" il processo di integrazione, che rappresenta il terzo esempio di teoria "euro-ottimista". Questa dottrina parte dall'assunto che sia venuta meno l'onnicomprensività 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, che sono dotati di una (propria e diversa tra di loro) «norma di riconoscimento»¹⁶⁸ costituzionale. 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*¹⁶⁹, di cui la tematizzazione risulta assente), ma la prospettiva si allarga alla dimensione *ordinamentale*¹⁷⁰ dei rapporti

¹⁶⁶ Per uno studio che sistematizza il principio di leale collaborazione, letto come espressione della *Membership* degli Stati al processo di integrazione europea, F. CASOLARI, *Leale collaborazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo della crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

¹⁶⁷ Sul modello di esecuzione indiretta dell'amministrazione europea e sull'evoluzione di paradigmi di *shared administration* tra Unione e Stati membri, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2010.

¹⁶⁸ H. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002.

¹⁶⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951.

¹⁷⁰ 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.

tra i sistemi. Entrambi i due *poli costituzionali* (statale ed europeo) possono dirsi, dunque, competenti e *sovrani* ai fini della definizione dell'interpretazione 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 sociale, ad in grado, nella fase post Maastricht, di presentare *istanze costituzionali* autonome che si trovano, a seconda dei casi, in ottica di opposizione o di armonia con quest'ultimo¹⁷¹.

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, né a quello statale. 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 ri-sistematizzare 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'altro¹⁷². Un'ultima caratteristica comune del pluralismo costituzionale è la sua forte attenzione data al rapporto tra giurisdizioni, e in particolare al rapporto tra Alte Corti. 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 tedesco¹⁷³. Dopo una

¹⁷¹ 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, pp. 389 e ss.

¹⁷² S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009.

¹⁷³ N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, vol. 1, n. 3, 1995, pp. 259 e ss.

presentazione, quindi, della posizione di Maccormick (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.

Per Maccormick, 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»¹⁷⁴. Questa metamorfosi 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 europeo sugli ordinamenti costituzionali si traduce in una «mutualità di riconoscimento»¹⁷⁵ 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 europeo è quella pluralista, piuttosto che un modello monista, inteso come un approccio che si concentra sulle *interazioni* tra sistemi più che sulla ricerca di una gerarchia che *non c'è*. In questo nuovo paradigma cognitivo-costituzionale, 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*»¹⁷⁶ 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»¹⁷⁷, perché la pluralità dei punti di vista costituzionali fa sì che si possano dare diverse risposte – costituzional-

¹⁷⁴ N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil*, cit., p. 259.

¹⁷⁵ N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil*, cit., p. 262.

¹⁷⁶ N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil*, cit., p. 264.

¹⁷⁷ N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil*, cit., p. 265.

mente 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*»¹⁷⁸.

Un diritto nel pluralismo, tuttavia, 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»¹⁷⁹. 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*»¹⁸⁰. 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 la cornice della gestione delle istanze plurali. Il diritto internazionale, alveo all’interno del quale lo stesso diritto europeo 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 sostenere l’origine derivata dei due poli costituzionali da quello internazionale *à la Kelsen* – trovare un esito in grado di procedere verso un *pluralismo or-*

¹⁷⁸ N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, New York, 1999, p. 113.

¹⁷⁹ 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, pp. 373 e ss.

¹⁸⁰ 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*, cit., p. 121).

*dinato*¹⁸¹. 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 costituzionale¹⁸².

Una seconda posizione, tra le tante altre varianti¹⁸³, 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»¹⁸⁴. A questa tensione dell'atteggiarsi della sovranità in un *humus* di pluralismo costituzionale, si pone, tuttavia, di conseguenza 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, espressione di un ordinamento autonomo dotato di una Costituzione e che reclama la *primauté* e

¹⁸¹ Alla domanda se solo così si possa “superare” l'irrisolubilità dei conflitti, McCormick risponde che i conflitti sono e restano possibili, ma che in questa nuova veste non diventano *inevitabili* (N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, cit., p. 121).

¹⁸² 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.

¹⁸³ Tra cui sul concetto di «*constitutional eterarchy*», 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, tuttavia, nel sistema americano questo si sviluppa all'interno della cornice federale, in Europa l'*eterarchia* è una forma di pluralismo che si atteggia nel rapporto tra ordinamenti nazionali ed europeo.

¹⁸⁴ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (eds.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 502.

l'*effet direct* come cardini della sua ricostruzione monista; e, dall'altra, il costituzionalismo democratico sociale, che chiama a sé la *final authority* all'interno degli ordinamenti costituzionali, attraverso l'armamentario della «*national constitutional ratification*» e della «*national constitutional review of Eu law*»¹⁸⁵. 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, al contrario, la reale ricchezza del costituzionalismo europeo. Il proposito dell'autore non è, quindi, quello di risolvere in via definitiva il pluralismo costituzionale (cosa non auspicabile) presente nello *European constitutionalism*¹⁸⁶ (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*, 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»¹⁸⁷, 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 con-

¹⁸⁵ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, cit., pp. 506, 508.

¹⁸⁶ Per questa doppia matrice che affligge il costituzionalismo europeo tra passione e ragione, M. POIAES MADURO, *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.

¹⁸⁷ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, cit., p. 526.

dividano 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 discorsivi¹⁸⁸. Il terzo principio è quello della *universability* – forse uno dei concetti più pregnanti – inteso come la necessità che le Corti supreme giustificino 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»¹⁸⁹, ponendosi, dunque, in termini problematici il tema del mutuo riconoscimento delle virtù e dei difetti di ogni sistema e degli impatti delle scelte istituzionali su altri ordinamenti.

Un pluralismo costituzionale *à la Maduro* di tipo prescrittivo che non si vuole fermare, tuttavia, solo a proporre un modello diverso di pluralismo costituzionale, ma cerca di lambire la stessa teoria della democrazia. 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 sulle scelte politiche nazionali («*inboundend democratic externalities*»); e, infine, di realizzare una forma di «esterna e auto-imposta disciplina costituzionale sulle democrazie nazionali»¹⁹⁰. Un nuovo modello costituzionale che pone in gioco la stessa costruzione della *questione de-*

¹⁸⁸ 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, M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, cit., p. 527.

¹⁸⁹ M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, cit., p. 530.

¹⁹⁰ M. POIAES MADURO, *Three Claims of Constitutional Pluralism*, in M. AVBELJ, J. KOMAREK (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Portland, 2012, p. 77.

mocratica 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 fondamentale¹⁹¹. 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»¹⁹². In questa prospettiva di tutela continua dei loro interessi – che trova eco nell'integrazione giurisprudenziale e che seleziona il giudice come *guardiano* del pluralismo – viene tematizzata, in maniera nitida, un processo di partecipazione politica alternativa all'autogoverno democratico nello Stato. In questo senso, dunque, il pluralismo appare essere l'altra faccia della medaglia dell'individualismo liberale e di un modello di cittadinanza postnazionale, che, come si vedrà, entrerà in forte difficoltà come paradigma epistemico con l'incedere della crisi di legittimità democratica europea¹⁹³, che inizia nella fase post Maastricht e che si trascina ancor'oggi.

5. *Le teorie “euro-critiche”: il costituzionalismo difensivo e lo Stato-nazione (e il ritorno della tesi internazionalista)*

Una teoria contraria alla costituzionalizzazione dello spazio pubblico europeo è quella del costituzionalismo difensivo, che rappresenta una prima variante di teoria “euro-critica”. Una tesi che si basa sull'assunto secondo cui il rapporto tra Costituzione e Stato

¹⁹¹ Riprendendo la nota tesi di C. SCHMITT, *La Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

¹⁹² M. POIAES MADURO, *Contrapunctual Law*, cit., p. 537.

¹⁹³ M. WILKINSON, *Constitutional Pluralism: a Chronicle of a death foretold?*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 3-4, 2017, pp. 213 e ss.

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, in quanto principale contenitore della sua *dimensione politica*¹⁹⁴. Questa prognosi è figlia della diagnosi secondo cui avventurarsi nel processo di costituzionalizzazione europea rischierebbe di acuire il problema del *deficit democratico* che si manifesta nella fase post Maastricht. Se, tuttavia, alcuni autori come Grimm, Kirchhof e Loughlin sembrano non voler rinunciare alla categoria della *statualità* come forma entro cui poter avere una Costituzione, altri come Luciani pongono l'accento più sul rapporto tra *potere* e *diritto* come tensione precipua del costituzionalismo che in Unione non c'è. Inoltre, a queste posizioni, che nascono nel periodo subito successivo a Maastricht, si aggiunge un'ultima prospettiva, quella di Bin, più recente temporalmente, la quale rievoca il ritorno alla tesi internazionalista, al fine di criticare l'assetto del processo di integrazione europea, soprattutto a seguito della sua degenerazione successiva alla crisi dei debiti sovrani e in chiave di recupero di un maggiore controllo democratico. Un generale accordo pare, ad ogni modo, 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'Unione¹⁹⁵.

¹⁹⁴ 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, pp. 1 e ss.

¹⁹⁵ 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 (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, pp. 135 e ss.

Come anticipato, dunque, per Kirchhof in Unione europea non è in atto un processo di costituzionalizzazione¹⁹⁶. Il paradigma costituzionale prevede necessariamente 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»¹⁹⁷. 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 sovranamente «i signori dei Trattati», in una forte eco dell'impostazione assunta dalla Corte costituzionale tedesca in *Lissabon Urteil*¹⁹⁸. 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: 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»¹⁹⁹. Una gerarchia, dunque, del diritto europeo su quello nazionale non c'è, anzi al massimo per l'autore c'è un ribaltamento della prospettiva – tutt'all'op-

¹⁹⁶ P. KIRCHHOF, *The European Union of States*, in A. VON BOGDANDY, *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, pp. 735 e ss.

¹⁹⁷ P. KIRCHHOF, *The European Union of States*, cit., p. 737.

¹⁹⁸ BVerfGE 123, 267. Prova ne è d'altra parte il fatto che il rigetto del Trattato costituzionale – oltre a 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.

¹⁹⁹ P. KIRCHHOF, *The European Union of States*, cit., p. 741, che aggiunge: l'Unione «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».

posto del *multilevel* – che porta a trovare il fondamento giuridico nell'integrazione nelle Costituzioni nazionali. D'altra parte, non si può evitare di notare come i prerequisiti richiesti da Kirchhof per parlare di una Costituzione siano, in parte vicini, ma non del tutto sovrapponibili rispetto a quelli riproposti da Dieter Grimm²⁰⁰. C'è, tuttavia, 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 il popolo preesiste allo Stato, 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 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 difensivo, 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» e che si è inverato in un «*set* di principi etici razionali implicitamente presenti nel costituzionalismo legale»²⁰¹ 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

²⁰⁰ 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 (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 3 e ss.

²⁰¹ M. LOUGHLIN, *What is Constitutionalisation*, cit., p. 67.

solo obiettivo di formare «un movimento di estensione di specifiche tecniche di disciplinamento attraverso l'azione di governo»²⁰². 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. In questo senso, 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* democratica.

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 e che potrebbe essere definita «*scienza della fondazione del potere legittimo*». Una volta, tuttavia, che il potere entra nelle maglie del dominio del diritto «non può più sfuggire al costituzionalismo, che si struttura – conseguentemente – anche come *scienza della limitazione del potere*»²⁰³. Il rapporto tra diritto e potere è, dunque, il cuore 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 viene a mancare, si assiste ad una mutazione genetica della funzione del costituzionalismo. Da qui la famosa dicotomia coniata tra *costituzionalismo polemico* – che man-

²⁰² M. LOUGHLIN, *What is Constitutionalisation*, cit., p. 68.

²⁰³ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2006, p. 1652.

tiene 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 potere costituente come base di legittimazione del costituzionalismo, 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 teoria maggioritaria del *multilevel* – parte proprio da questa scissione 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»²⁰⁴. 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 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 problema della legittimità democratica e la relazione che questa 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 oltre lo Stato 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, il quale non essendo presente in Europa fa sì che questa non abbia una Costituzione e che, pertanto, la dimensione della scelta *politica* risieda per ora ancora e solo nello Stato. In Europa, per Luciani, manca del tutto la dimensione democratica (diretta discendenza della politicità delle scelte costituzionali)

²⁰⁴ Questa logica, ad ogni modo, non fa altro, 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», M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, cit., pp. 1659, 1660.

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 troppa *integrazione 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 scegliere» tra cui e soprattutto sulla «decisione politica sui diritti» che «non solo può, ma deve essere assunta»²⁰⁵. Non spetta ai giudici decidere ma alla *politica* e la retorica del *costituzionalismo irenico* (molto simile all'impostazione del *new constitutionalism*) sulla ricomposizione pacifica e non conflittuale delle differenti sfere di legalità è falsificante e dissimulatore dei reali destini del processo di integrazione. Nella loro attuale configurazione non democratica attecchisce, infatti, la radice dell'«antisovrano»²⁰⁶: vero germe della crisi della sovranità politica²⁰⁷. 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, la quale non potrà crearsi tramite il piano della sola integrazione giurisprudenziale.

Nel plettro del costituzionalismo difensivo, rientra, infine, anche chi sostiene, in ottica di ripresa di un controllo democratico sul processo di integrazione, un ritorno alla lettura internazionalista per l'UE. La tesi sostenuta da Bin è che quest'ultima sia un'orga-

²⁰⁵ M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico*, cit., p. 1663.

²⁰⁶ M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pp. 124 e ss.

²⁰⁷ 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», M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 1667.

nizzazione internazionale che «opera in un ambito materiale limitato» sulla base del «principio di attribuzione»²⁰⁸ 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 "sovrànità", appellativo proprio dello Stato: [che] in quanto deroga va interpretato restrittivamente»²⁰⁹. La base costituzionale delle limitazioni di sovranità rimane pertanto l'art. 11 Cost.²¹⁰, il quale, tuttavia, 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»²¹¹. Nulla di nuovo ad una classica ricostruzione dualista: il diritto europeo 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 espansione²¹². Due punti paiono chiari da questa ricostruzione: il carattere *derivato* dell'ordinamento europeo si desume dalla presenza della clausola costitu-

²⁰⁸ R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione. Una conclusione*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 3, 2019, p. 906.

²⁰⁹ R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali*, cit., p. 907.

²¹⁰ Una posizione sostenuta da buona parte della dottrina italiana fino a pochi decenni fa, tra l'altro, che ha da sempre favorito una lettura dualista del rapporto tra ordinamenti 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, pp. 3239 e ss. Si segnala su posizioni simili, O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 ottobre 2019.

²¹¹ R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. In margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2019, p. 770.

²¹² 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. Tuttavia, 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, p. 10.

zionale nazionale²¹³ che abilita la cessione di sovranità – che rimane il pilastro 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». Tuttavia, 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?»²¹⁴.

Se queste sono le coordinate generali, 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 forte critica e revisione dei fasti con cui – in particolare nella prima decade degli anni Duemila – si abbondava dell'utilizzo del linguaggio costituzionale in riferimento all'UE, in linea con il grande ottimismo dello spirito dei tempi. Il seguito è noto: il fallimento del Trattato costituzionale, ma soprattutto l'esplosione delle crisi dei debiti sovrani, ha influenzato e ri-direzionato – come inevitabile – la riflessione speculativa degli studiosi. Queste letture “costituzionali” del fenomeno dell'integrazione europea, le quali 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 te-

²¹³ 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, pp. VI e ss.

²¹⁴ R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali nel processo di integrazione. Una conclusione*, cit., p. 907.

si internazionalista. In questa prospettiva, questa ricostruzione può essere definita un'operazione di *retroguardia* verso una lettura troppo ottimista 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»²¹⁵ e che quindi non è un ordinamento a competenza generale come lo Stato. La seconda riguarda la presenza in UE di uno strutturale «*deficit politico*, prima ancora che democratico» causato dal fatto «che la politica ha lasciato il campo libero al dominio del mercato e del capitale finanziario»²¹⁶. 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»²¹⁷: riflessione poi confluita nella formula iconica «critica della teoria dei diritti»²¹⁸. La determinazione quindi dell'UE come organizzazione di tipo internazionale pare più figlia di queste critiche, le quali qui potremmo definire di natura più *materiale*. Da leggere, dunque, più come una difesa della specificità del costituzionalismo democratico sociale e del suo armamentario costituzionale, in maniera simile alle teorie più classiche del costituzionalismo difensivo.

5.1. (Segue) *La prospettiva dei conflitti*

La prospettiva dei conflitti è un altro modo, proposto dal pensiero giuridico europeo, per dare forma al processo di integrazione,

²¹⁵ R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali*, cit., p. 906.

²¹⁶ R. BIN, *Giurisdizioni e ruolo delle Corti costituzionali*, cit., p. 916.

²¹⁷ A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, in *Diritto pubblico comparato e europeo*, n. 3, 2019, p. 871.

²¹⁸ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018.

sempre in chiave “euro-critica”. Un primo dato da sottolineare è la forte attenzione che viene data al conflitto politico²¹⁹ come motore del processo democratico. A questo proposito, rispetto al pluralismo costituzionale che sembrava prediligere una ricomposizione procedurale dei conflitti ordinamentali, nella prospettiva di questi autori il conflitto viene visto come sinonimo di *questione politica*. 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* europea²²⁰, ora deve svolgere compiti diversi: essere meno legato ad un certo tipo di patrimonio storico “mercato-centrico”, che affligge da sempre la costruzione sovranazionale, e ritrovare il legame costituzionale con la politica nella forma di un «*conflicts-law constitutionalism*»²²¹. 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 economica, di avere un’alta capacità di *problem solving* (tanto da apprezzare le virtù del costituzionalismo sovranazionale), la prospettiva dei conflitti non ha una generale diffidenza nei confronti del vecchio Leviatano. Dello Stato e del costituzionalismo democratico viene valorizzata, al contrario, la dimensione comunitaria-nazionale come spazio della *redistribuzione*. Se, dunque, nella teoria dei conflitti la dimensione nazionale viene vista con maggiore *sympatheia*, è anche vero, nondimeno, 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). Lo sfondo resta, dunque, una dimensione transnazionale²²², seppur tut-

²¹⁹ R. DAHRENDORF, *Il conflitto sociale nella modernità: saggio sulla politica della libertà*, Laterza, Roma-Bari, 1989.

²²⁰ 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, pp. 293 e ss.

²²¹ 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, pp. 644 e ss.

²²² 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.

tavia in una generale e maggiore valorizzazione del modello del costituzionalismo democratico sociale 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*, ma di declinarli anche in chiave *endo-ordinamentale*, 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 di casualità, ma è piuttosto il prodotto di un *trait d'union* tra i diversi autori che ritrova la sua genealogia nella crisi delle legittimità democratica dell'Unione, la quale si acuisce con la crisi dei debiti sovrani e con i meccanismi di *governance* economica in UE messi in piedi per contrastarla²²³. Sarebbe errato sostenere che la prospettiva dei conflitti si fermi *solo* a questa importante, ma temporalmente limitata fase dell'evoluzione del processo di integrazione europea. Tuttavia, l'influsso che il diritto della crisi²²⁴ ha avuto nello spazio pubblico europeo ha significativamente acuito e aggravato i meccanismi di legittimazione democratica post Maastricht che interessano il diritto europeo²²⁵, sia in sé, sia soprattutto sui suoi riflessi sul diritto costituzionale degli Stati membri²²⁶.

Per Dani, l'elemento principale che manca al diritto europeo è quella cultura costituzionale dei conflitti presente nel costituzionalismo democratico sociale, inteso come quella evoluzione del costituzionalismo moderno che ha permesso di interiorizzare il conflitto all'interno del paradigma del diritto pubblico occidentale. Il conflit-

²²³ D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, pp. 667 e ss.

²²⁴ 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, pp. 1 e ss.

²²⁵ G. MAJONE, *From a Regulatory State to a Democratic Default*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, n. 6, 2014, pp. 1216 e ss.

²²⁶ 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, pp. 92 e ss.; A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2012, pp. 357 e ss.

to 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, perché i documenti costituzionali democratici «servono a riconoscere i conflitti e a disciplinarne razionalmente lo svolgimento»²²⁷. 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 economia. Se queste sono le coordinate essenziali, questa componente non è secondo Dani, l'unica tradizione che compone lo *jus publicum europaeum*, composto dall'altro importante blocco del diritto europeo. Se la giustizia sociale è il valore predominante perseguito dal costituzionalismo democratico sociale, nel diritto europeo 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»²²⁸. Il modello sovranazionale si occupa, infatti, in maniera principale dei *conflitti interstatali*, ma anche di conflitti «connessi con la mobilità dei fattori di produzione»²²⁹, 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»²³⁰.

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 Ottanta – si è passati, prima, da una seconda fa-

²²⁷ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013, pp. 82-85.

²²⁸ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo*, cit., p. 86.

²²⁹ M. DANI, *Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, p. 629.

²³⁰ M. DANI, *Rehabilitating Social Conflicts*, cit., p. 630.

se di *convergenza* dei rapporti 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», poi, ad una terza fase di vera e propria *egemonia* del diritto europeo sul costituzionalismo democratico social, che si è sostanziata in un avvento di una concezione «*post-politica*»²⁵¹ dell'Unione (anni della crisi dei debiti sovrani). Questo rapporto egemonico del diritto europeo 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, ma dissimulato, al tema della protezione dei diritti fondamentali, da parte del diritto europeo. 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, ad ogni modo, basare sui due elementi chiave del costituzionalismo democratico sociale come la mobilitazione sociale e la partecipazione politica (per ora assenti nello spazio pubblico europeo per problemi strutturali di emersione nella sfera pubblica sovranazionale), ma attraverso una proposta più contenuta 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»²⁵². 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 europeo – 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

²⁵¹ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo*, cit., p. 234.

²⁵² M. DANI, *Il diritto pubblico europeo*, cit., p. 366.

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»²⁵³, 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 europea *post-crisi* sarà un animale molto differente rispetto all'UE *pre-crisi*»²⁵⁴. Muovendosi anche loro, dunque, in una prospettiva che legge l'integrazione europea secondo il prisma dei conflitti, gli 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»²⁵⁵. 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 Unione. In questo generale progetto costituzionale, 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*», la quale ha comportato la rottura

²⁵³ M. DANI, *Il diritto pubblico europeo*, cit., p. 396.

²⁵⁴ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2016, p. 204.

²⁵⁵ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, cit., p. 205.

definitiva dell'equilibrio di competenze 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»²³⁶. Per re-invertire questo processo 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. 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 ha prodotto, nella crisi, un aggravamento delle criticità già presenti in questa configurazione istituzionale, creando dei coagulati di interessi nazionali che non hanno fatto che acuirsi sulla demistificante credenza di un'esistenza di blocchi nazionali omogenei di interessi contrapposti. La proposta è, invece, di sostituire a questa falsa conflittualità i *functional cleavages* presenti nello spazio pubblico europeo, presenti ma non visibili "in superficie" nella macchina istituzionale.

Questa riconcettualizzazione dei conflitti in chiave sociale trova un suo referente ideale nel modello del costituzionalismo democratico sociale, 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 l'unica modalità in grado di dare corpo all'idea democratica della *contestazione*. 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 europei. 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 quel-

²³⁶ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, cit., p. 207.

lo istituzionale a quello più generale e teorico della funzione da assegnare al *diritto*. 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 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»²³⁷: 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 costituzionali, perché questo non farebbe altro che “bloccare” la strutturazione del conflitto sociale nella dimensione transnazionale, riproducendo meccanismi di veto o di blocco nel modello costituzionale di «*EU's democracy machinery*»²³⁸. Deve essere il Parlamento europeo il solo perno di una democrazia dei conflitti, luogo della rappresentanza e *medium* dei *functional cleavages*.

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

²³⁷ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, cit., p. 216.

²³⁸ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, cit., p. 220.

più deboli e marginali»²³⁹. 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»²⁴⁰, mentre tutte le altre proposte legislative secondarie dovrebbero essere votate a maggioranza semplice, proprio per garantire al meglio il carattere plurale e contestabile a molteplici indirizzi politici. Se questa è l'ossatura della loro proposta di cambiamento dell'UE, De Witte e Dawson lasciano, tuttavia, inevasa un'importante domanda in chiusura di questo interessante 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 statualità?

5.2. (Segue) L'Authoritarian Liberalism

L'ultima categoria introdotta nel dibattito per leggere la storia del processo di integrazione è quella dell'*authoritarian liberalism*, che rappresenta il terzo esempio di teoria "euro-critica". L'utilizzo di questa nozione non è, ad ogni modo, nuova nel dibattito del diritto pubblico europeo, ma è stata ripresa da un noto saggio di Hermann Heller²⁴¹. L'autoritarismo liberale rappresentava per Heller l'emer-

²³⁹ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, cit., p. 221.

²⁴⁰ M. DAWSON, F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, cit., p. 223.

²⁴¹ In cui il costituzionalista descriveva quella che, a suo parere, aveva comportato una deriva della forma di governo tedesca, durante la Repubblica di Weimar, rappresentata dai gabinetti presidenziali conservatori e centristi nel biennio 1930-1932, durante la presidenza di Von Hindenburg, e guidati dai Cancellieri

sione di un nuovo modello di governo che si delineava negli anni Trenta del secolo scorso e che si basava su due complementari caratteristiche: da una parte, un sostegno indiscriminato all'economia liberale di mercato e ai grandi gruppi industriali tedeschi, un blocco sociale che non a caso poi rappresentò la classe che maggiormente appoggiò l'ascesa al potere del Nazismo; dall'altra, una forte antipatia verso il pluralismo sociale e la democrazia rappresentativa, in favore dell'autocrazia e della dittatura. In altri termini, Heller vedeva una saldatura teorica inedita tra due tradizioni culturali, l'autoritarismo e il liberalismo, la quale era riconducibile ad una forte contrapposizione al principio democratico e di maggioranza, da un lato, e all'idea che alla base dell'ordine sociale ci dovesse essere la separazione tra Stato ed economia, dall'altro²⁴². In questo senso, infatti, l'allargamento democratico e l'accesso delle masse nello Stato, che per la prima volta in Weimar trovavano realtà costituzionale e positivizzazione, avevano fatto cadere il fumo ideologico dell'autogoverno del mercato in quanto società naturale e avevano mostrato l'imprescindibilità dell'intervento dello Stato in chiave oppressiva per garantire l'autonomia dell'ordine disciplinare mercatorio. È chiaro, infatti, dalla lettura del noto saggio, che per Heller fosse questo il fine ultimo della torsione autoritaria del liberalismo: la rottura di quella fittizia neutralità dell'intervento statale a sostegno dello *status quo* e la materializzazione di un interesse delle classi egemoni a impedire quelle funzioni di riequilibrio socialdemocratico che un'eccessiva politicizzazione dell'economia avrebbero potuto comportare²⁴³. L'azione dello Stato si presentava, pertanto, con una tonalità di azione

Brüning, Von Papen e Schleicher, H. HELLER, *Authoritarian Liberalism*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, pp. 295 e ss.

²⁴² Su questo punto, O. MALATESTA, *L'ordoliberalismo delle origini e la crisi della Repubblica di Weimar*, in *Filosofia Politica*, n. 1, 2019, p. 68, che sostiene: «di fronte a un'economia sempre più burocratizzata e dipendente dai desiderata dei partiti non era più possibile difendere il liberalismo del *laissez faire*: occorre una svolta autoritaria che ristabilisse l'ordine, occorre che lo Stato tornasse ad imporre la sua volontà fungendo da garante assoluto delle leggi del libero mercato».

²⁴³ Pertanto, il nuovo modello si presentava come uno Stato forte per mantenere l'economia esente dal ciclo politico, in un modello che Heller non trovava molto dissimile da quello teorizzato da Carl Schmitt, che poi lo stesso enuncerà nel noto discorso all'*Industrieclub Düsseldorf*, C. SCHMITT, *Stato forte ed economia sana*, in *Filosofia politica*, n. 1, 2019, pp. 7 e ss.

non dissimile da un vero e proprio regime autoritario e aveva il compito di supplire al disordine che la triade pluralismo sociale-parlamentarismo-maggioranza aveva portato nella società tedesca.

Ebbene se questo sono, in breve, alcune coordinate dell'autoritarismo liberale in Weimar, non pochi studiosi hanno incominciato a sostenere che l'UE, soprattutto a partire dalla crisi dei debiti sovrani, stesse manifestando i medesimi tratti del modello tedesco descritto da Heller²⁴⁴. Il *fil rouge* individuato da questa corrente del pensiero degli studi sull'integrazione europea, tra il passato di Weimar e il presente in Europa, è rappresentato dall'ordoliberalismo tedesco²⁴⁵. Per Streeck, ad esempio, è l'impronta ordolibérale dei Trattati europei che contiene quella radicata dimensione di paura della democrazia e, soprattutto, del governo democratico dell'economia, la quale porta direttamente ad un autoritarismo liberale nei periodi di recessione economica. Lo stesso Streeck, infatti, dimostra come tra la concezione dello Stato autoritario di Schmitt e la cultura ordolibérale, vi sia una convergente visione del ruolo dello Stato, debole e forte, allo stesso tempo: forte «nel suo ruolo di protettore del mercato e dell'economia dalle richieste democratiche di redistribuzione»; e debole «nella relazione con il mercato in quanto designato come spazio di un capitalismo autonomo alla ricerca del profitto, la cui politica doveva proteggere e se necessario espandere senza, tuttavia, entrarci»²⁴⁶. In questo senso, per altri autori, come Somek, la gestione manageriale e all'insegna dell'*austerity* della crisi dei debiti sovrani svela la preesistente natura dell'UE come soggetto di avanguardia della globalizzazione liberale e, non a caso, molti degli strali mossi partono dalla gestione del caso della Grecia²⁴⁷. È per questi motivi, dunque, che l'architettura ordolibérale europea assume nella crisi

²⁴⁴ A.J. MENÉNDEZ, *Herman Heller NOW*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, pp. 285 e ss.

²⁴⁵ F. BÖHM, W. EUCKEN, H. GROSSMAN-DÖRTH, *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2010, pp. 47 e ss.

²⁴⁶ W. STREECK, *Heller, Schmitt and the Euro*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, p. 362.

²⁴⁷ A. SOMEK, *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, pp. 340 e ss.

economica i tratti di un autoritarismo liberale, il quale si dimostra scientemente incapace di inglobare la costante tensione tra capitalismo e democrazia e di svolgere una funzione correttiva nei confronti dei mercati finanziari²⁴⁸. Sono, infatti, le asimmetrie per Scharpf nel processo di integrazione, come la prevalenza dell'integrazione negativa (operata dalla Corte di giustizia) su quella positiva, e di un'integrazione solo monetaria e non invece politica e sociale, che segnano la torsione autoritaria e la completa ritrosia a creare spazi di democrazia e conflitto sociale, funzionali ad una decisione democratica su forme di redistribuzione.

Se è questo è lo scenario molto critico di questa corrente di pensiero nei confronti dell'attuale stato dell'UE, il lavoro che presenta una teorizzazione organica a questi fini è senza dubbio quello di Michael Wilkinson²⁴⁹. Per Wilkinson il tratto dell'autoritarismo liberale in Europa non compare solo a partire dalla crisi debiti sovrani ad oggi (ed è qui la principale differenza rispetto alle posizioni di altri autori), ma rappresenta una costante della ricostruzione dell'Europa post Seconda guerra mondiale. Anche per lui, dunque, la base di quel *modus* di governo si ritrova in Weimar e transita nel dopoguerra tramite la cultura ordoliberal e schmittiana, ma a differenza di altri autori – o comunque in forma più marcata – la fondazione della nuova *Post War Europe*, e più in particolare, dell'Unione europea rimane legata al paradigma dell'autoritarismo liberale tramite un filo rosso che resta costante dagli anni Trenta del secolo scorso ad oggi. La tesi dell'autore, infatti, è che, in contrasto con l'idea che l'Unione si sia fondata per garantire la pace e la prosperità in Europa, questa sia stata costruita attorno ad una paura della democrazia di massa. Anche il periodo del dopoguerra, infatti, per Wilkinson è caratterizzato da quello che viene identificato con un *soft authoritarian liberalism*, in cui, nel contesto di Guerra fredda, dell'egemonia americana e del Piano Marshall, si realizza una diminuzione della sovranità popolare, una depoliticizzazione crescente dell'economia e una lenta deradicalizzazione della lotta politica. In

²⁴⁸ F.W. SCHARPF, *After the Crash: a Perspective on Multilevel European Democracy*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, pp. 384 e ss.

²⁴⁹ M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

questa prospettiva, il progetto dell'integrazione europea, tramite la costruzione della CEECA e della CEE, fa emergere un autoritarismo di tipo passivo, in cui si compie un'operazione di sostituzione della politica con il diritto, dell'apertura alle masse con il potere tecnico. La base giustificativa di una tale operazione di restrizione democratica è il possibile ritorno di un regime totalitario nazista, identificando la causa di una tale degenerazione in un eccesso di democrazia e nella debolezza dell'ordine giuridico europeo degli anni Trenta del Novecento. In questo senso, i sei Paesi fondatori hanno contribuito a costruire una dimensione sovranazionale chiusa al conflitto sociale, tramite l'isolamento dell'economia dal ciclo politico e l'elevamento delle quattro libertà e della concorrenza a principi ispiratori del nuovo corso del progetto europeo. È in questo quadro che svolge un compito essenziale la Corte di giustizia e l'integrazione giurisprudenziale, che adempie a quella funzione di costituzionalizzazione delle regole di mercato, in modo da proteggerle dalla minaccia pubblica di tipo democratico-contestatoria, da una parte, e da quella privata nella sua forma monopolistica, dall'altra: creando di fatto una costituzione microeconomica, intangibile dal punto di vista della modificazione costituzionale. Nonostante questi movimenti sotterranei, il modello dell'*embedded liberalism* almeno fino agli anni Settanta rimane dominante in Europa²⁵⁰, grazie al contesto geopolitico favorevole, sulla scia dell'esistenza del blocco sovietico e di una forte presenza di partiti comunisti dei paesi europei, da un lato, e il carattere non federale e relativamente ridotto del diritto europeo, dall'altro, il quale lasciava ancora nelle mani degli Stati le più rilevanti competenze sovrane.

Se queste sono le traiettorie nel periodo del dopoguerra, la situazione cambia per Wilkinson con l'approvazione del Trattato di Maastricht, svolta giuridico-politica del processo di integrazione europea che registra i due grandi eventi che hanno cambiato nel frattempo gli equilibri europei: il disfacimento del comunismo sovietico e la riuni-

²⁵⁰ Contesta a Wilkinson la sottovalutazione dell'importanza dei movimenti di massa nati nel secondo Dopoguerra in Europa e la redistribuzione di poteri avvenuta durante i Trenta gloriosi, in cui si apre la dimensione del conflitto tra capitale e lavoro, M. GOLDONI, *From Trauma to Apathy: on the Hegemonic Force of European Authoritarian Liberalism*, in *European Law Open*, vol. 1, n. 1, 2021, pp. 158 e ss.

ficazione tedesca. In questa fase incomincia, infatti, a mostrarsi una forma di autoritarismo liberale più *strong*, in cui il salto di qualità più importante è determinato dalla costruzione della moneta unica, non accompagnata da una politica economica sovranazionale²⁵¹. Per Wilkinson sono tre le direttive attraverso cui leggere questo secondo e più netto cambiamento di fase: la costruzione di una «*European Germany*»²⁵²; la comparsa di un cosmopolitismo liberale post-sovrano, ispirato dal discorso costituzionale di Habermas e di Fukuyama di “fine della storia”; la nascita di movimenti politici di opposizione contro l’Unione europea, a partire dal *petit oui* della Francia del 1992 a Maastricht e la sentenza *Maastricht Urteil* della Corte costituzionale tedesca. Per quanto concerne la prima direttiva, un evidente problema per l’Europa era la forma che avrebbe dovuto occupare la riunificazione tedesca nel neo-disegno del progetto europeo e come si sarebbe definitivo l’asse politico-economico tra Francia e Germania, motore dell’integrazione. Sulla seconda questione, invece, compare post Maastricht un discorso costituzionale da fine della storia in Europa, a seguito della caduta del muro di Berlino, con due caratteristiche: l’assolutizzazione della dimensione individuale dei diritti fondamentali e la lotta per il superamento della sovranità politica. Per l’autore è chiaro come questa operazione sia funzionale ad una rilegittimazione dell’Unione in questa nuova veste non solo come spazio di mercato, ma anche come dimensione costituzionale cosmopolitica e post-democratica. È in questa fase, infatti, che compare, per la prima volta, nelle opinioni pubbliche europee quella frattura *élites*-popolo, che poggia, da una parte, su una costruzione ideologica di *disconnessione* del discorso costituzionale post-nazionale dalla dimensione materiale del processo di integrazione europea e che trova, dall’altra, la nascita di un sovranismo di protesta come nemesi funzionale. Pertanto – terza linea di riflessione – è chiaro come per Wilkinson le espressioni di identità costituzionale e i conflit-

²⁵¹ La nascita dell’euro viene, infatti, letta come il passaggio dall’ordoliberalismo delle origini (autoritarismo liberale *soft*) al neoliberalismo (autoritarismo liberale *strong*), che conduce alla fase della crisi dei debiti sovrani, M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism*, in *Critical Sociology*, vol. 45, n. 7-8, 2019, pp. 1023 e ss.

²⁵² M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism*, cit., p. 81.

ti costituzionali manifestino delle istanze variegata e spesso in contraddizione tra loro, ma che riscoprono nel richiamo alla sovranità o al popolo un momento di unità nella contestazione contro quello spazio di autoritarismo liberale che l'Europa stava diventando nella svolta post Maastricht. Anche qui, infatti, il tema della costituzione economica rimane centrale, perché la creazione di una moneta unica e l'affidamento della (sola) stabilità dei prezzi alla Banca centrale europea comportano un ulteriore inasprimento di quel fenomeno di de-democratizzazione della politica economica, che già aveva preso piede con la costituzionalizzazione delle quattro libertà. Se il resto, dunque, rimane un contorno che descrive la nuova fase, è sempre nella dimensione della politica economica che l'autore vede i maggiori tratti di autoritarismo liberale dell'UE e dell'influenza ordoliberal²⁵³, in cui alla dimensione *micro* si aggiunge quella *macro* della depoliticizzazione dell'economia²⁵⁴, ovvero la separazione dello Stato dalla moneta e la perdita di autonomia fiscale degli Stati. Un fenomeno, questo, che impedisce in maniera ancora più radicale forme di redistribuzione nelle due dimensioni, nazionale od europea che sia. A questo, poi, si accompagna, nel rapporto Stato-società, una de-massificazione dei partiti politici nazionali, i quali, in questo quadro di perdita di autonomia del politico, si avvicinano sempre di più ai dogmi del nuovo credo neoliberale – nella forma o della terza via blairiana o dell'estremismo di centro, rappresentato dalla CDU tedesca – e diventano dei veri e propri comitati d'affari. Il progetto europeo, per Wilkinson, non sembra, pertanto, prendere una forma tanto lontana, guardandolo da Maastricht in poi, a quel «*interstate federalism*»²⁵⁵, descritto e teorizzato da Von Hayek.

Così, infine, si arriva alla terza fase, in cui si dispiega una forma più accentuata di autoritarismo liberale, la quale parte, prima, con il rigetto del Trattato costituzionale da parte di Francia e Olanda (re-

²⁵³ Legge invece la creazione della moneta unica come la fine dell'«*ordoliberal dream*», C. JOERGES, *Authoritarian Liberalism, authoritarian managerialism and the search for alternatives: Comments on Michael A. Wilkinson's Authoritarian Liberalism*, in *European Law Open*, vol. 1, n. 1, 2021, pp. 186 e ss.

²⁵⁴ A cui, oltre alla separazione tra politica economica e monetaria, si inserisce la piena liberalizzazione dei capitali, a partire dall'Atto unico europeo del 1987.

²⁵⁵ F. VON HAYEK, *The Economic Conditions of Inter-State Federalism*, in *New Commonwealth Quarterly*, vol. 5, 1939, pp. 131 e ss.

cuperato poi *de plano* nel Trattato di Lisbona), che segna la matrice sempre più distaccata del processo di integrazione dal rapporto con i popoli europei; si sviluppa, poi, con la crisi dei debiti sovrani e arriva a compimento con quel fenomeno di concentrazione di potere in organi tecnocratici come la BCE e l'Eurogruppo. Le tre costanti di questa ultima fase sono: da una parte, una tendenza «semi-egemonica» della Germania, che tramite la leva sovranazionale e la sua potenza geopolitica nel Mercato interno europeo impone il suo credo economico agli altri Stati membri, tramite un modello di «cesarismo burocratico», ma senza la capacità di affrontare tramite la sua *leadership* i nodi democratico-politici dell'Unione; dall'altra, un «tecnocratismo manageriale»²⁵⁶ delle istituzioni europee, del tutto intrappolate in un credo neoliberale, incapace di invertire la rotta della crisi economica, tanto da arrivare ad imporre drastiche misure di *austerità* e di contrazione della spesa pubblica alle società europee e a richiedere il cambio di due governi dell'Eurozona (Italia e Grecia); infine, l'incapacità, nonostante la nascita di soggetti politici di contestazione a livello nazionale, di creare un unico contro-movimento in grado di presentare una dimensione genuinamente democratica e popolare come altra via possibile del processo di integrazione europea.

L'obiettivo di queste risposte *ad hoc* da parte della *governance* europea, tra cui emerge spiccatamente in questa nuova fase la politica della BCE e l'implementazione del Patto di Stabilità, è, per Wilkinson, quello di conservare la struttura della costituzione materiale classista e antidemocratica dell'Unione europea, la sua instabile configurazione geopolitica e i suoi obiettivi di mercato concorrenziale, in cui del tutto assente è la dimensione solidaristico-redistributiva, sia nella dimensione *intra* che *inter* statale. Se da una parte, dunque, si fa largo l'idea di un'irreversibilità dell'euro come meccanismo di vincolo esterno e di salvaguardia delle ragioni degli Stati e delle classi creditrici, dall'altra, le forme di populismo contro l'UE vengono lette dall'autore come la forma più classica di una contestazione che non è possibile praticare in seno al progetto europeo e che, per osmosi, si sposta in una protesta contro l'UE. A questi fini, dunque, il *puzzle* si ricompone: l'idea di un euro irreversibile, la tutela di

²⁵⁶ M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism*, cit., pp. 79, 227.

un'economia iper-finanziarizzata, l'attaccamento cieco all'ideologia neoliberale e l'erosione della sovranità popolare rappresentano l'apoteosi, nella fase della crisi dei debiti sovrani, di un autoritarismo liberale che si manifesta nella sua forma più radicalmente distante dalla democrazia nel caso della Grecia²⁵⁷. Uno smascheramento per Wilkinson di una politica di classe dell'Unione europea, la quale promuove gli interessi dei ceti egemoni alle spese delle classi lavoratrici e dei gruppi sociali più vulnerabili.

6. *La crisi della legittimità democratica europea e i riflessi sul rapporto tra giurisdizioni*

Dallo studio delle teorie – lette attraverso quelle tre costanti della decostruzione del concetto di sovranità politica, del dato di depoliticizzazione e del forte impatto dell'integrazione giurisprudenziale – quello che si è evidenziato è la conferma, da un lato, di un costituzionalismo democratico sociale profondamente affetto dal processo di integrazione europea²⁵⁸ e, dall'altro, di un ruolo centrale giocato dal rapporto tra giurisdizioni, proiettato ormai stabilmente in una dimensione oltre lo Stato. In questo senso, la lente storica ed un approccio materiale risultano molto utili per comprendere lo sfondo che accompagna le teorizzazioni sul processo di integrazione: ovvero la crisi della legittimità democratica europea, soprattutto a partire dal tornante di Maastricht.

Quello che si manifesta, infatti, nell'approfondimento del progetto europeo è uno spartiacque. Prima di Maastricht e nel paradigma della *dual polity*, quella separazione di funzioni tra mercato e sociale-politico consentiva la stabilizzazione di un equilibrio tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo, permettendo

²⁵⁷ Il caso della Grecia e l'utilizzo della linea politica dell'*austerity* rappresentano per Wilkinson la quintessenza di questa strategia antidemocratica che prende forma nel consolidamento fiscale, nella riduzione dello Stato sociale, attraverso riforme istituzionali autoindotte, nella tutela libertà di circolazione di capitali, nell'alleggerimento della fiscalità per il settore privato e nella riduzione del costo del lavoro.

²⁵⁸ D. GRIMM, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, vol. 12, n. 4, 2005, pp. 447 e ss.

una coesistenza dei due livelli in forma pacifica e non conflittuale, perché su binari paralleli²⁵⁹. Questo si riproponeva, pertanto, anche nel rapporto tra giurisdizioni. Lo stesso ruolo trainante della Corte di giustizia in qualità di vero e proprio «*political actor*»²⁶⁰ nella costruzione del Mercato unico non ha comportato, infatti, grosse interferenze con i sistemi nazionali nelle sue fasi iniziali. Così come l'impatto delle Corti costituzionali si è limitato nel determinare solo "in potenza" quelle dottrine relative ai limiti materiali al processo di integrazione europea²⁶¹ (*Solange, Granital*), ma senza mai arrivare ad applicarle nella "pratica". Nella struttura del doppio binario e con un'UE con obiettivi funzionalmente delimitati, l'equilibrio, seppur si basava su una coesistenza tra opposti, non portava in definitiva ad un'eccessiva invadenza con i capisaldi del costituzionalismo democratico sociale, perché prevaleva una logica di separazione e un modello di *embedded liberalism*.

Successivamente, dopo Maastricht, invece, la scelta deliberata di non superare il vizio funzionalista in nome di un'unità politica democratica e l'ampliamento delle dimensioni della costruzione sovranazionale hanno provocato la venuta meno dell'equilibrio. Questo ha comportato l'ingresso in una seconda fase di interferenza strutturale tra i due sistemi – che si trascina fino ai giorni nostri – e l'esplosione di molte contraddizioni, che sono figlie della crisi di legittimità democratica europea e che sono emerse nei rapporti tra ordinamenti nella forma di un'ascesa di conflitti costituzionali tra Corti (*Taricco, Pringle, Gauweiler, Weiss* per citare i più noti)²⁶². Le tappe storiche che hanno condotto all'aumento di queste asimmetrie politico-costituzionali sono molteplici, tra cui: il passaggio della costitu-

²⁵⁹ S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 17, che ricostruisce la fase di separazione tra il parametro costituzionale ed europeo, parlando di un «compromesso originario dell'*embedded liberalism*».

²⁶⁰ M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR, *Introduction: the European Court of Justice as a political actor*, in ID. (eds.), *Judicial activism at the European Court of Justice: causes, responses and solutions*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, pp. 1 e ss.

²⁶¹ M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995.

²⁶² Per un'analisi su questo punto, si rinvia al cap. III del presente lavoro.

zione economica europea dalla dimensione *micro* della concorrenza a quella *macro* dell'Unione monetaria, con l'introduzione di una "moneta senza Stato" come l'euro²⁶³ e di una Banca centrale europea indipendente da qualsiasi rapporto con il ciclo-politico; il tentativo di darsi una veste costituzionale di tipo post-democratico²⁶⁴ con la ratifica del Trattato di Lisbona e l'aggiramento del rigetto francese e olandese al Trattato costituzionale; l'entrata in vigore della Carta di Nizza come diritto primario, che mostra il tentativo ri-legittimante del diritto europeo non più relegabile nella sfera della correzione dei *nation-State failures*; infine, il succedersi di molteplici crisi europee, a partire da quella dei debiti sovrani incentrata sul modello dell'*austerity*²⁶⁵, per poi arrivare alle odierne crisi pandemica ed inflazionistica, legata allo scoppio della guerra in Ucraina.

Non a caso, infatti, il dibattito sulla Costituzione europea compare proprio con la firma del Trattato di Maastricht, perché quello che si presenta con forza per la prima volta per l'Europa in quel momento è il tema della legittimità democratica del progetto sovranazionale, che, dal punto di vista costituzionale, viene posto dalla decisione *Maastricht Urteil* del Tribunale costituzionale tedesco e che, poi, si stabilizzerà nel rapporto tra giurisdizioni nella categoria dell'identità costituzionale. Se prima, dunque, l'apporto teorico si poteva limitare a "registrare" la presenza di un'organizzazione internazionale seppur peculiare (teoria internazionalista), oppure a fornire argomenti "militanti" per giustificare un'integrazione di tipo funzionalista e depoliticizzata (sovrnazionalismo), con Maastricht lo scenario cambia perché viene meno la *dual polity*, modello che le teorie "originaliste" presuppongono.

Per questi motivi, dunque, da quel momento in poi, compare una veemente critica al concetto di sovranità politica e un tentativo di superamento dalla stessa, da parte di quelle teorie "euro-ottimiste" (*multilevel*, pluralismo costituzionale, teorie federali) che sposano

²⁶³ 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.

²⁶⁴ Il riferimento è a C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003.

²⁶⁵ J. HABERMAS, W. STREECK, *Oltre l'austerità. Disputa sull'Europa*, Castelvecchi editore, Roma, 2020.

un afflato europeista e una filosofia da «fine della storia»²⁶⁶ di tipo postnazionale. Questo discende da un'adozione di una visione esclusivamente legalitar-giuridica (sulla scia del *new constitutionalism*) del fenomeno costituzionale e di tipo finalistica²⁶⁷, in cui è fortemente ridotta la matrice politica e popolare dei processi costituzionali²⁶⁸ (pluralismo costituzionale), tramite la presupposizione di un'omogeneità ed equivalenza del patrimonio valoriale tutelato. In questo modo, non vengono indagate le differenze storico-materiali (*multilevel*, pluralismo) che sono da sempre state presenti tra il costituzionalismo democratico sociale e il diritto europeo e che esplodono nella fase post Maastricht, in particolare in relazione al tema delle *virtù passive* della costituzione economica europea. Al contempo, si costruiscono teorie (costituzionalismo difensivo) che, proprio per evidenziare quella matrice politica del costituzionalismo, colgono il nodo della legittimità democratica della costruzione europea e i problemi relativi alla crisi contestuale del costituzionalismo democratico sociale, ma negano la trasformazione costituzionale dell'UE, assumendo una lettura difensiva dello Stato dal processo di integrazione europea, la quale viene interpretata come un'avanguardia regionale della globalizzazione che mette in pericolo la democrazia conquistata a livello nazionale²⁶⁹.

Seguendo questa traiettoria di analisi materiale, continua a non essere casuale che, infine, il problema del modello di democrazia in Europa e la compatibilità con il costituzionalismo democratico sociale emergano maggiormente nelle più recenti teorie (teoria dei conflitti e *authoritarian liberalism*), tramite un'analisi delle conseguenze costituzionali provocate dall'evoluzione della costituzione economica europea. Questo perché il dato della «*existential crisis*»²⁷⁰ af-

²⁶⁶ F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano, 1992.

²⁶⁷ Un esempio in questo senso è l'impostazione del *federalizing process* europeo, che legge come ineluttabile l'esito federale dell'Unione e che trova nel parallelo americano il suo più saldo appoggio teorico.

²⁶⁸ A. SOMEK, M. WILKINSON, *(Un)popular Sovereignty* e in *Modern Law Review*, vol. 83, n. 5, 2020, pp. 955 e ss.

²⁶⁹ A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002.

²⁷⁰ A.J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, p. 521.

frontata dall'UE negli ultimi decenni, che acuisce quella più generale crisi della legittimità democratica²⁷¹ del progetto europeo stesso, si impone anche alla riflessione teorica molto più rispetto al passato, diventando tramite il *discorso* sull'identità costituzionale un tema non più eludibile. Il merito di queste teorie, infatti, sta nel riuscire più delle altre a tematizzare questa crisi di legittimità democratica e a identificare quella differenza tra i due sistemi, che si manifesta nel divergente approccio al pluralismo democratico e al conflitto sociale. La nascita delle sopracitate dottrine si inserisce, non a caso, in un quadro di un governo europeo che post Lisbona manifesta dei tratti inediti rispetto al passato, che ostacola alcune forme di sviluppo solidaristico della crisi e che si dimostra non in grado di affrontare la questione sociale nel frattempo scoppiata in Europa²⁷²: diretta discendenza, quest'ultima, della crisi di legittimità democratica. Quello che con Maastricht, insomma, era solo in potenza, si tramuta in realtà nel momento in cui, incorporando il nuovo paradigma dell'*austerità*, il diritto europeo, da una parte, nella nuova fase di interferenza funge da strumento per colpire al cuore alcuni capisaldi dei modelli nazionali²⁷³, senza riuscire, dall'altra, a riassorbire il malessere crescente in Europa e a garantire uno spazio di contestazione. Il quale, non essendo stato internalizzato, non può che assumere le forme di una protesta²⁷⁴ che guarda all'uscita all'UE.

Da qui trovano origine l'aumento notevole di conflitti costituzionali che si sono registrati nella fase post Maastricht e la comparsa del tema dell'identità costituzionale, la quale rappresenta il *riflesso* nel rapporto tra giurisdizioni della più generale crisi di legittimità democratica del progetto europeo. Al crescere di mole del

²⁷¹ C. OFFE, *L'Europa in trappola. Riuscirà l'UE a superare la crisi?*, Il Mulino, Bologna, 2014.

²⁷² Da conto di queste problematiche, F. SAITTO, "Risocializzare l'Europa". *La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3, 2017, pp. 88 e ss.

²⁷³ Che parla di un passaggio da una «complementarità» a una «collisione» tra costituzionalismo democratico e diritto europeo, S. GIUBBONI, *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quaderni fiorentini*, n. 1, 2017, p. 559.

²⁷⁴ G. GUERRA, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2021, pp. 521 e ss.

processo di integrazione, quello che si registra nei rapporti tra Corti costituzionali e Corte di giustizia è una maggiore infiltrazione del diritto europeo nelle maglie del costituzionalismo democratico sociale, da un lato, e la levata, dall'altro, dell'identità costituzionale, in nome di una sostenibilità messa a repentaglio del costituzionalismo democratico sociale. Questa nuova modalità di interferenza strutturale della legalità europea su quella costituzionale – realizzatasi per lo più a partire dagli anni Novanta sulla scia della nuova «*Lochner Era*»²⁷⁵ inaugurata dalla Corte di giustizia – si è, poi, infatti, ulteriormente confermata con lo scoppio della crisi economica, in cui la stessa ha accompagnato di fatto quella costituzionalizzazione dell'austerità²⁷⁶, come nuova dottrina economica dominante del progetto europeo. Provocando il seguente effetto: l'impossibilità (o, comunque, la grande difficoltà) del costituzionalismo democratico sociale di garantire quelle scelte redistributive, figlie della *politicizzazione* della questione democratico-sociale. In definitiva, nella fase post Maastricht la crisi della legittimità democratica europea e la venuta meno di quella netta separazione tra parametri hanno fatto venire al pettine dei conflitti di valore inediti²⁷⁷. Per leggere al meglio questa nuova stagione dei rapporti tra giurisdizioni non sono utili, dunque, le vecchie teorie “originaliste” (tesi internazionalista, sovranazionalismo). Né convincono le spiegazioni formalistico-procedurali²⁷⁸ (pluralismo costituzionale), che si limitano a registrare la mancanza di una *supremacy clause*, non in grado di assorbire le conflittualità o che presuppongono un'omogeneità costituzionale tra i due sistemi che si è dimostrata non esserci (*multilevel*). Né, infine, sembrano auspicabili ricostruzioni che riecheggiano un ritorno alla dimensione statale (costituzionalismo difensivo). È necessario, invece, utilizzare l'armamentario di quelle teorie che maggiormen-

²⁷⁵ 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, p. 447.

²⁷⁶ G. MAJONE, *From a Regulatory State to a Democratic Default*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, n. 6, 2014, pp. 1216 e ss.

²⁷⁷ Per un'analisi dettagliata su questo punto, si rinvia al cap. II del presente lavoro.

²⁷⁸ A.J. MENÉNDEZ, *The Past of an Illusion? Pluralistic Theories of European Law in Time of Crises*, in *European Papers*, vol. 3, n. 2, 2018, pp. 623 e ss.

te colgono il problema della crisi della legittimità democratica in UE (teoria dei conflitti, *authoritarian liberalism*), per comprendere, alla fin dei conti, le seguenti questioni per il proseguo del lavoro: in che termini si ponga quello scarto storico-materiale tra le due legalità; in che modo si sia giocato quel *riflesso* della crisi di legittimità democratica sul rapporto tra giurisdizioni e la sua relazione con l'identità costituzionale; stabilire, se il vecchio rapporto tra giurisdizioni per come configurato nel sistema *Granital-Simmenthal*, il quale garantiva, tramite un modello di separazione tra sistemi, quel nesso tra giustizia costituzionale e costituzionalismo democratico sociale, sia ancora oggi sostenibile²⁷⁹; o se sia necessario un aggiornamento del paradigma, anche in termini di risposta alla nuova fase dell'interferenza post Maastricht e alla crisi di legittimità democratica della nuova costruzione europea, alla luce dei forti cambiamenti che il rapporto Stati membri e UE ha subito. Su quest'ultimo aspetto, ovvero quella della crisi di legittimità democratica europea, l'evoluzione più significativa e recente è rappresentata, senz'altro, dall'adozione del *Next Generation Eu*. Per evidenti ragioni temporali, tale novità non rientra nell'inquadramento teorico soprariportato, ma aggiunge un ulteriore e importante tassello di riflessione ai rapporti tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo. A questo proposito, tuttavia, non paiono di per sé modificate le risultanze teoriche fin qui presentate. Si rinvia alla conclusione del lavoro per alcune considerazioni finali più specifiche su questo punto di notevole rilievo per il futuro del progetto europeo.

²⁷⁹ Si rinvia al cap. III di questo lavoro per maggiori approfondimenti.

CAPITOLO II

I CONFLITTI TRA LEGALITÀ COSTITUZIONALE ED EUROPEA

SOMMARIO: 1. Legalità costituzionale e legalità europea: due fasi e la svolta di Maastricht. – 2. Il primato, l'effetto diretto e l'autonomia del diritto europeo. – 3. Il mercato e le quattro libertà. – 4. Il principio di non discriminazione *vs.* il principio di eguaglianza (formale e sostanziale). – 5. La libertà di impresa *vs.* gli interessi collettivo-sociali. – 6. I diritti sindacali e il mercato. – 7. L'«insostenibile leggerezza» della CDFUE e la solitudine delle Corti costituzionali. – 8. Una radicale alterità conflittuale tra le due legalità.

1. *Legalità costituzionale e legalità europea: due fasi e la svolta di Maastricht*

Dall'analisi delle dottrine, risulta una divergenza tra i due sistemi la quale emerge in maniera piena solo in seguito alla svolta rappresentata dalla firma del Trattato di Maastricht, momento che cambia il volto del progetto europeo e delle sue finalità politico-giuridiche. È solo in questa ottica, dunque, che si coglie, in modo nitido, il problema della crisi della legittimità democratica del progetto europeo, la quale si manifesta a partire dal superamento della fase della netta separazione tra le due legalità¹ verso quella dell'interferenza.

¹ Ripropone questa teorizzazione dal lato del diritto giurisprudenziale sulla scia della teoria della *dual polity*, S. GIUBBONI, *Social Rights and Market Freedoms in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 29-65.

Un punto evidente di questa divergenza è emerso nella costruzione della costituzione economica europea. È nella centralità del ruolo occupato dal mercato e dal riconoscimento di un certo grado di pluralismo sociale² che si gioca quella lontananza di approccio tra il costituzionalismo democratico sociale e il diritto europeo: ovvero, la concezione che questi due ordinamenti hanno in rapporto al conflitto sociale e al suo essere sostrato materiale di legittimità di un modello democratico.

In questa traiettoria, questo capitolo si occupa di verificare in che termini si manifestano quelle che sono state definite «le tensioni costitutive»³ tra i due ordinamenti. Uno studio che tenta di evidenziare la contrapposizione tra i due parametri⁴, al fine di individuare l'influenza delle scelte di politica del diritto adottate dalle Corti in relazione alla costruzione dei due circuiti di legalità. Per questi motivi, la lente teorica che è stata adottata è stata quella di una lettura materiale della giurisprudenza, la quale cerca di porre l'accento sui diversi approcci sviluppati dalle due legalità, ponendole in relazione alle diverse fasi di sviluppo del progetto europeo, che trova un punto di svolta in Maastricht.

Questo perché comprendere quelle tensioni costitutive e il conseguente portato valoriale permette di sostanziare e di contestualizzare quel modello della *dual polity* nella fase pre Maastricht e che, poi, viene meno nella fase successiva. Nella prima fase del processo di integrazione, il conflitto tra legalità non ha rappresentato, infatti, un problema perché la dimensione ridotta del diritto europeo e la sua funzione di garanzia contro i *nation-State failures*, “occultava” in qualche modo l'emersione di queste tensioni costitutive. Si potrebbe dire che in questa prima fase un diritto europeo “a bassa intensità” non manifestava tendenze espansive in grado di attentare alla costruzione della legalità costituzionale, perché quello che

² Sul rapporto tra cultura ordoliberal e la sua avversione verso il pluralismo sociale e l'interventismo statale, W. EUCKEN, *Trasformazioni strutturali dello Stato e crisi del capitalismo*, in *Filosofia politica*, n. 1, 2019, pp. 23 e ss.

³ B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 216.

⁴ Ai fini della ricostruzione l'attenzione, all'interno del capitolo, è stata rivolta maggiormente alla legalità europea e alle sue peculiarità, dando in buona parte per note le caratteristiche strutturali e condivise della legalità costituzionale.

prevaleva era la logica pretoria di costruzione del parametro europeo e una deferenza di quest'ultimo su quello costituzionale. Con Maastricht, invece, quella originaria conflittualità latente si scontra in maniera più evidente con il costituzionalismo democratico sociale. Quello che si realizza, non a caso, è infatti un ampliamento del diritto europeo, che esprime tendenze egemoniche a partire dagli anni Novanta e una Corte di giustizia, la quale mostra un atteggiamento sempre meno deferente nei confronti dei modelli sociali nazionali e, pertanto, più in generale, sugli equilibri definiti nei patti costituzionali presenti negli Stati membri. Riprendendo, a questi fini, una fortunata espressione di Lyon Caen si potrebbe parlare di un vero e proprio processo di «*infiltration*»⁵ della legalità europea su quella costituzionale⁶. Questo processo prende forma sin dai tempi del paradigma della separazione, ma diventa problematico solo nella seconda fase, ovvero quello della piena interferenza⁷, in cui si dispiegano due fenomeni prima rimasti solo sottotraccia nell'analisi: gli effetti della trasformazione del diritto costituzionale statale «nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione»⁸, di cui il diritto europeo è portatore, e la conseguenza dello scoppio dei conflitti costituzionali⁹. Andare, dunque, ad indagare in che modo si ponga il conflitto tra le due legalità e in che cosa si sostanzia quella

⁵ G. LYON CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, pp. 313 e ss.

⁶ Solo a titolo di esempio in questa sede, dal punto di vista delle modificazioni costituzionali esplicite 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 2001, 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'Eurozona.

⁷ Che si gioca principalmente su un certo modello di costituzione economica proposto dal diritto europeo che sempre più, dopo Maastricht, si incentra sui cardini della libera concorrenza, della stabilità monetaria e del consolidamento delle finanze pubbliche, tanto da far parlare parte della dottrina nostrana della necessità di un aggiornamento della stessa costituzione economica italiana, non più in linea con lo spirito dei tempi, G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO, *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998.

⁸ M. DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2007, pp. 795 e ss.

⁹ G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto costituzionale europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne editrice, Roma, 2012.

diversa consistenza valoriale tra i due sistemi risulta utile anche ai fini di una connessione del piano più strettamente teorico con quello giurisprudenziale e per cogliere alcune delle dinamiche che si riverberano sul rapporto tra giurisdizioni, in particolare nella fase post Maastricht.

In questa prospettiva, l'ipotesi ricostruttiva è che dallo studio del materiale giurisprudenziale si evidenzi un diverso approccio al conflitto sociale tra le due legalità. Da una parte, infatti, la legalità costituzionale, nel contesto del costituzionalismo democratico sociale, incorpora una visione aperta del pluralismo sociale, in cui «le costituzioni dei nostri tempi hanno l'ambizione di governare il conflitto sociale *dentro* alle istituzioni costituzionali, attraverso gli strumenti posti dalla costituzione "rigida"»¹⁰. Questo si realizza attraverso la costruzione di una cittadinanza-partecipativa, unita ad una concezione forte dei diritti fondamentali, i quali fondano l'ordine assiologico materiale dell'ordinamento, riunendo tramite il *medium* della legge quel piano della legalità e della legittimità che trova negli organi democratico-rappresentativi la chiusura del «principio democratico dell'*auto*-legislazione»¹¹. Mentre, dall'altra, il diritto europeo è figlio di una logica funzionalista di matrice ordoliberal (poi neoliberale)¹² che si costruisce, al contrario, sul principio di attribuzione, attorno ai fini dell'efficienza economica e su una antropologia giuridica di riferimento di un soggetto mobile con vocazione economica e a-conflittuale¹³. Quello che persiste nella legalità europea è, in altri termini, nonostante l'ambizione costituzionale manifestata con il Trattato di Maastricht e l'entrata in vigore della Carta di Nizza, l'obiettivo prin-

¹⁰ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, cit., p. 16.

¹¹ G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997, p. 40.

¹² Sottolinea il passaggio delle due anime della «*free competition law*»: da una parte, una di matrice più ordoliberal, prevalente nella fase pre Maastricht, la quale si limitava ad incentivare una concorrenza tra operatori economici; e una di matrice neoliberale, a seguito della svolta di Maastricht, che predilige un modello di concorrenza tra norme degli Stati membri, in ottica di vantaggio per l'agente di mercato, A. SAYDÉ, *One Law, Two Contradictions: an Enquiry into the Contradictions of Free Movement Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, 2011, pp. 365 e ss.

¹³ A. GUAZZAROTTI, *Corte costituzionale e sindacato dinanzi alla costruzione del soggetto (a)conflittuale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, pp. 1 e ss.

cipale della realizzazione del valore del Mercato unico¹⁴, attraverso il *medium* delle quattro libertà di circolazione, la cui espansione, nonostante le diverse evoluzioni dell'ordinamento europeo, resta il perno delle funzioni della Corte di giustizia come guardiana della costituzione economica europea¹⁵. Per non incombere in malintesi su quest'ultima affermazione, vale la pena fare una piccola puntualizzazione: non si vuole affermare che allo stato attuale le competenze dell'Unione siano riassumibili esclusivamente nel solo valore del mercato in quanto è noto, infatti, che l'UE ha ormai espanso la sua sfera di azione al di là della sola regolamentazione dello stesso. Più precisamente, invece, quello che si sostiene è che l'allargamento delle competenze del diritto europeo sia rimasto pur sempre funzionalizzato all'ottica mercantilistica, prima, e alla scelta dell'*austerità* poi (ad oggi, forse non del tutto superata¹⁶), mostrando non a caso in quella fase la fragilità della tutela europea dei diritti fondamentali¹⁷

¹⁴ Riconoscono che l'*Internal Market* rimane la più rilevante competenza del diritto europeo e la necessità di integrare (*to embed*) il progetto del mercato unico in un più largo quadro di valori e norme costituzionali» nel contesto contemporaneo, S. GARBEN, I. GOVAERE, *The Internal Market 2.0*, Oxford University Press, New York, 2020.

¹⁵ Sostiene in questo senso, V. OMAGGIO, *I diritti oltre lo Stato. La governance europea e la crisi dei diritti*, cit., pp. 41-42, che «in via generale questo modello è indifferente allo sviluppo dell'ordine democratico inteso come processo di emancipazione sociale. La forza politica si concentra sull'obiettivo della tutela dei meccanismi del mercato e diserta programmaticamente l'impegno di farsi agente di trasformazione delle condizioni date al fine di superare gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della personalità, come dice ad esempio l'art. 3 della nostra Carta costituzionale. Ignora programmaticamente l'esigenza di riequilibrare gli effetti delle dinamiche capitalistiche, di redistribuire le armi del conflitto sociale, che è a sua volta sterilizzato».

¹⁶ Vedasi cap. I, par. 6 per il rimando a maggiori approfondimenti.

¹⁷ La prova di questa tesi si ritrova, inoltre, anche nell'approccio che lo stesso diritto europeo conserva anche in quello che viene chiamato *the social and the market*, ovvero nell'attribuzione di un certo numero di competenze sociali, come il Titolo IX (Occupazione), il Titolo X (Politica sociale) del TFUE e in alcune disposizioni della Carta di Nizza. Questo, infatti, rimane inserito in una ricostruzione della dimensione sociale, in chiave di meccanismo di correzione dei *market-failures* e non come base di un moderno *welfare* europeo. Su questo punto si veda, 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, p. 193, il quale 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

e la natura di un progetto sovranazionale che presenta una «libertà senza liberazione»¹⁸.

Si può qui anticipare, dunque, che nel costituzionalismo democratico sociale – e di rimando nella legalità costituzionale – compaiono molto forti la cosiddetta matrice di giustizia redistributiva e di apertura al pluralismo sociale. Di cui la prima si riversa in una logica di realizzazione della dimensione sostanziale dell'eguaglianza, in ottica di redistribuzione, nell'importanza del lavoro e del ruolo dei diritti fondamentali come vettori contemporaneamente di integrazione politica e di emancipazione della persona, mentre la seconda si presenta in un rapporto aperto tra Costituzione e società e in un *favor* del ruolo dello Stato in chiave di protezione dei soggetti deboli. Nel modello del diritto europeo, invece, alla costruzione dell'autonomia dell'ordinamento (acquisita grazie allo sviluppo delle dottrine del primato, dell'effetto diretto e ad un sistema giurisdizionale effettivo pensato in chiave individualistica) si accompagna la 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 intercetta completamente i significati del principio di eguaglianza, non solo in senso formale ma anche in senso sostanziale. Un rapporto molto sbilanciato a favore della libertà di impresa e a discapito di norme di protezione sociale, dei diritti del lavoro e di quelli sindacali. In chiusura, un ulteriore tratto è rappresentato da una protezione *debole* dei diritti fondamentali durante i periodi di crisi, in cui il ruolo giocato dalla Carta di Nizza risulta marginale. Da un lato, infatti, rileva la difficoltà in sé dell'applicazione stessa della Carta dei diritti europei e, dall'altro, un sindacato della Corte di giustizia eccessivamente blando, in relazione alle scelte di *austerity* adottate.

facilitare l'integrazione del mercato (es. per cercare di riconciliare obiettivi economici e sociali dell'integrazione)?».

¹⁸ Riprendendo il titolo di M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

2. Il primato, l'effetto diretto e l'autonomia del diritto europeo

Molto probabilmente il diritto europeo – e l'integrazione europea più in generale – non sarebbe arrivato a rappresentare quello che oggi rappresenta in Europa 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»¹⁹. Ciò aiuta a spiegare molto bene l'importanza del ruolo che ha avuto la Corte di giustizia e, più ampiamente, i giuristi – giudici, esperti giuridici della Commissione, internazionalisti e un certo tipo di *élites* giuridico-culturali²⁰ – che hanno permesso al diritto europeo di divenire un vero e proprio ordinamento giuridico completo e autonomo. Da questa prospettiva, il diritto europeo si differenzia in maniera importante dal costituzionalismo democratico sociale 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 progressivo²¹, in cui è assente la matrice popolare e democratica. Non a caso, infatti, si parla di un processo di costituzionalizzazione e non di un vero e proprio “momento fondativo”, appunto per la mancanza di un *fiat* costituente del diritto europeo. Se, tuttavia, si dovesse effettuare una forzatura teorica, il “momento fondativo”²² del diritto europeo, non si potrebbe che individua-

¹⁹ E. STEIN, *Law, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, vol. 75, n. 1, 1981, p. 1.

²⁰ 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, pp. 109 e ss.

²¹ G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto costituzionale europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, cit., p. 27.

²² Parla di un colpo di stato giudiziario, A. STONE SWEET, *The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority*, in *German Law Journal*, vol. 8, n. 10, 2007, pp. 915 e ss.

re in alcune pronunce come: (1) *Van Gend en Loos*²⁵ e *Costa-Enel*²⁴ per quanto riguarda la nascita delle dottrine dell'effetto diretto e del primato; (2) *Internationale Handelsgesellschaft*²⁵ e *Les Verts*²⁶ che parlano espressamente di autonomia del diritto europeo e dei Trattati come di una vera e propria Costituzione; (3) *Cilfit*²⁷, *Simmenthal*²⁸, *Francovich*²⁹, che, invece, hanno permesso al sistema europeo di dotarsi di un pieno e effettivo sistema di controllo giurisdizionale. Attraverso l'analisi di queste pronunce, dunque, si proverà a ricostruire la genesi del diritto europeo e individuarne alcuni capisaldi.

Partendo da *Van Gend en Loos*, la giustificazione teorica adottata dalla Corte per evidenziare la specificità del diritto europeo 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 maggioritaria³⁰ – del diritto europeo dall'alveo del diritto internazionale, sia il conseguente riconoscimento dell'effetto diretto alle norme europee³¹. A questa vera e propria eccezionalità rispetto agli schemi del diritto novecentesco, c'è un'ulteriore novità di questa pronuncia che merita di essere evidenziata: con la nascita della dottrina dell'effetto diretto, gli individui diventano, a tutti gli effetti, soggetti del diritto europeo, con i quali quest'ultimo riesce a stabilire un rapporto diret-

²⁵ Corte giust., C-26/62, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*.

²⁴ Corte giust., C-6/64, 5 luglio 1964, *Costa-Enel*.

²⁵ Corte giust., C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*.

²⁶ Corte giust., C-294/83, 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts"*.

²⁷ Corte giust., C-283/81, 13 luglio 1982, *Cilfit*.

²⁸ Corte giust., C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal*.

²⁹ Corte giust., C-6/90 e 9/90, 19 novembre 1991, *Francovich*.

³⁰ Per le posizioni in contrasto con questa ricostruzione, vedi cap. I, par. 2, 5.

³¹ 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.

to e non mediato. La stessa dottrina dell'effetto diretto, infatti, viene riconosciuta come operativa solo nel momento in cui da una norma del diritto europeo (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, i quali 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 il privato del parametro dell'ordinamento europeo³². 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 interessa sottolineare è che con *Van Gend en Loos* si contribuisce a fondare l'autonomia del diritto europeo, che questa costruzione ordinamentale presenta già una data concezione e ambizione politica di quest'ultimo³³, in cui si riscontrano in nuce alcuni possibili problemi strutturali con il costituzionalismo democratico sociale. In questa prospettiva, perciò, l'effetto diretto può essere considerato una vera e propria rivoluzione giuridica che – come si vedrà nella parte finale del lavoro³⁴ – sarà all'origine di alcuni conflitti con le Corti costituzionali causati dall'allargamento di competenze del di-

³² 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, pp. 323 e ss., S. PRECHAL, *Does Effect Direct Still Matter?*, in *Common Market Law Review*, vol. 37, n. 5, 2000, pp. 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, Milano, 2018, pp. 213 e ss.

³³ Come dimostrato da vari studi, l'evoluzione dell'effetto diretto del diritto europeo (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, pp. 290 e ss.

³⁴ Vedi per maggiori approfondimenti sulle implicazioni dei rapporti tra ordinamenti, cap. IV, par. 4.

ritto europeo (e della strumentistica dell'effetto diretto), il quale entra in tensione con il "tipo" democratico sociale 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 così, da una parte, un'azione dell'individuo in termini di «legal vigilante»⁵⁵, 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 *situé*⁵⁶, il quale vanta strutturalmente un diritto *contro* lo Stato. Su questo punto dell'antropologia del soggetto giuridico che si avvantaggia del diritto europeo si dirà 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 europeo, era, tuttavia, un ulteriore elemento come ci ricorda sempre Eric Stein: «la Corte non ha specificato che questi diritti devono prevalere sulla legislazione nazionale in conflitto»⁵⁷.

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 europeo 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

⁵⁵ Come terzo perno, dunque, per la costruzione del diritto europeo, 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, p. 96.

⁵⁶ A. SOMEK, *The darling dogma of bourgeois europeanists*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 5, 2014, p. 709.

⁵⁷ E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty – Constitution by Judicial Fiat in the European Economic Community*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 3, 1965, p. 11.

giuridico da loro accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale»³⁸ 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: il riferimento al principio internazionalistico *pacta sunt servanda* (da cui però si allontanerà quando si incomincerà a parlare di una Costituzione europea); il richiamo alla necessità dell'uniforme applicazione/interpretazione del diritto europeo; e l'affermazione dell'autonomia dello stesso. Una sentenza dunque che, sempre seguendo la metafora della fondazione, può essere considerata il secondo "momento fondativo" del diritto europeo 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 europeo un ordinamento proprio «integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare»³⁹. Da qui parte la costruzione, di quella che è stata definita in dottrina, dell'*absolute primacy*⁴⁰ e il riconoscimento di un rapporto gerarchico – quantomeno nella logica della Corte di giustizia – tra il diritto europeo e il diritto nazionale, ben al di fuori di qualsiasi concepibile schema internazionalistico⁴¹. In *Costa-Enel*, pertanto, si

³⁸ 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 in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni dagli Stati alla Comunità».

³⁹ L'allontanamento dal diritto internazionale si fa ancora più netto in *Costa-Enel*, 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.

⁴⁰ A. 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, pp. 1417 ss.

⁴¹ E. STEIN, *Toward Supremacy of Treaty*, cit., pp. 3 e 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, pp. 425 e ss.

pongono le basi di quel monismo costituzionale adottato dalla Corte di giustizia come configurazione dei rapporti tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo in un unico ordinamento integrato (e non quindi come ordinamenti «separati ma coordinati»⁴²), che porta la norma nazionale in contrasto con la norma europea ad essere affetta da invalidità. Sui problemi e le dissonanze rispetto alle giurisprudenze delle Corti costituzionali si dirà fra un attimo, completando il quadro con i riferimenti al carattere autonomo del diritto europeo.

Un terzo importante momento – in questa breve storia della costruzione delle fondamenta del diritto europeo – lo si può trovare pertanto in altre due sentenze degli anni Settanta-Ottanta, che affermano *apertis verbis* l'autonomia dell'ordinamento europeo: *Internationale Handelsgesellschaft*⁴³ e *Les Verts*⁴⁴. 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 europeo. 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 autonomo e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico stesso della Comunità»⁴⁵. Diventa chiaro che, con questa posizione assunta dai giudici lussemburghesi, il diritto europeo non può soffrire di alcun tipo di deroga e de-

⁴² Secondo la famosa formula della sentenza *Granital* (Corte cost., sent. n. 170 del 1984) che stabilizza la lettura dualista dei rapporti ordinamentali data dalla nostra Corte costituzionale.

⁴³ Corte giust., C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁴⁴ Corte giust., C-294/83, 26 aprile 1986, *Parti écologiste «Les Verts»*.

⁴⁵ «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.

ve 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 europeo, 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, le quali basavano i rapporti tra ordinamenti sulle c.d. clausole di apertura⁴⁶. Il salto di qualità in questa sentenza sta – 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 (c.d. primato interno)»⁴⁷: in questo modo il carattere della sovranazionalità si dispiega pienamente. Una volta, pertanto, garantita la auto-fondazione e l'indipendenza del diritto europeo, la Corte di giustizia acquista sempre più un lessico costituzionale⁴⁸, arrivando a parlare dei Trattati come di una vera e propria Costituzione nella pronuncia *Les Verts*: «la Comunità economica europea è una comu-

⁴⁶ Infatti, se per la Corte di giustizia il fondamento del primato e dell'effetto diretto va ritrovato nel carattere autonomo del diritto europeo, per le Corti costituzionali le norme europee potevano avere diretta efficacia negli ordinamenti nazionali solo sulla base delle c.d. clausole di apertura: ovvero le norme costituzionali presenti nelle Costituzioni nazionali, che abilitavano cessioni di sovranità a favore del diritto europeo. 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 delle 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 L. POTVIN-SOLIS (éd.), *Le statut d'Etat membre de l'Union européenne*, Bruylant-Larcier, Bruxelles, 2017.

⁴⁷ A. ARENA, *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIII, 2018, p. 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.

⁴⁸ 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*.

nità 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 europeo 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. Questa, tuttavia, necessita di essere accompagnata da altri tre fondamentali strumenti, parte integrante di un sistema effettivo di rimedi giurisdizionali: la disapplicazione⁴⁹, il rinvio pregiudiziale e un meccanismo di risarcimento in caso di inadempienza dello Stato membro.

Con *Simmenthal*⁵⁰ si giunge, dopo la messa a punto in potenza del primato, dell'effetto diretto e dell'autonomia del diritto europeo, alla realizzazione dell'effettività dell'ordinamento sovranazionale. Con questa pronuncia, infatti, la Corte di giustizia completa la costruzione del suo armamentario, definendo la prevalenza del diritto europeo anche sulle norme costituzionali nazionali stabilendo 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 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 nor-

⁴⁹ Si utilizzerà in questo lavoro l'espressione disapplicazione, nonostante sia nota la differenza con la non applicazione, prevista dalla nostra Corte costituzionale in caso di effetto diretto della norma europea in contrasto con quella nazionale, e i diversi presupposti che tali diversi istituti comportano tra gerarchia (monismo, Corte di giustizia) e competenza (dualismo, Corte costituzionale).

⁵⁰ Corte giust., C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal*.

me comunitarie». Da questa premessa logica discende 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»⁵¹. L'impalcatura teorica è 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*»⁵²: potere giudiziale che in molti ordinamenti nazionali i giudici comuni avevano perso con l'avvento della legalità costituzionale⁵³ e che hanno riacquisito, invece, con il sistema della legalità europea.

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*⁵⁴. 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

⁵¹ 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, il quale 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, pp. 107 e ss. Una risposta definitiva, tuttavia, 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*.

⁵² J.A. MAJORAL, *Judicial Empowerment Expanded: Political Determinants of National Courts' Cooperation with the CJEU*, in *European Law Journal*, vol. 25, n. 4, 2019, pp. 374 e ss.

⁵³ A titolo di esempio, in Italia, fu emblematico il caso della prima sentenza dei giudici costituzionali, Corte cost., sent. 1 del 1956.

⁵⁴ Corte giust., C-283/81, 13 luglio 1982, *Cilfit*, ma anche in Corte giust., C-314/85, *Foto-Frost*, 22 ottobre 1987.

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 pregiudiziale⁵⁵ e ne è dispensato, dunque, solo se si trova in presenza della c.d. dottrina dell'*acte clair* oppure se la Corte di giustizia si è già pronunciata su una questione identica⁵⁶. Con una piccola postilla ricavabile da *Cilfit*⁵⁷: 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 europeo⁵⁸. Sull'automatismo, invece, rinvio pregiudiziale-disapplicazione si dirà meglio quando si tratterà del caso *Melki*⁵⁹ e del rapporto tra *question prioritarie de constitutionalité* e pregiudiziale europea, ma anche qui senza voler troppo anticipare si può dire che

⁵⁵ 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, *Kücükdeveci*, Corte giust., sent., C-348/89, 27 giugno 1991, *Mecanarte*.

⁵⁶ Cosa diversa, invece, se si parla 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.

⁵⁷ Per una proposta di revisione delle tre condizioni poste per evitare l'obbligo di rinvio pregiudiziale in chiave maggiormente pluralista, si veda le conclusioni dell'Avvocato generale Bobek in Corte giust., C-561/19, *Consorzio Italia Management*, non accolte, poi, nella citata pronuncia che conferma la giurisprudenza *Cilfit*. Su cui, F.X. MILLET, *Cilfit Still Fits*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 18, n. 3, 2022, pp. 533 e ss.

⁵⁸ Su cui 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.

⁵⁹ Che verrà trattato più approfonditamente nel cap. III, par. 4.2.

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»⁶⁰. 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 dell’autonomia del diritto europeo 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 del diritto europeo, non si può non parlare della dottrina *Francovich*⁶¹. Con *Francovich*, infatti, compare, oltre alla responsabilità di tipo internazionalistico⁶², 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 comunitari. Orbene, tra questi obblighi si trova quello di eliminare le conseguenze illecite di una

⁶⁰ 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».

⁶¹ Corte giust., C-6/90 e 9/90, 19 novembre 1991, *Francovich*.

⁶² 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 europeo da parte degli Stati membri.

violazione del diritto comunitario». La dottrina *Francovich* si presenta, dunque, come una diretta discendenza del primato e dell'effetto diretto, la quale 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 europeo: il principio di leale collaborazione e quello dell'uniforme applicazione. Quel che è certo, ad ogni modo, è che con questa nuova responsabilità extracontrattuale dello Stato si superano del tutto le barriere della dimensione internazionalistica, essendo la responsabilità *à la Francovich* un vero e proprio principio generale che permette ai singoli di chiedere un risarcimento allo Stato per una violazione del diritto europeo⁶⁵. 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 europeo. Il beneficiario della dottrina *Francovich* – che trova applicazione sia in caso di norme europee con o prive di effetto diretto – è certamente l'individuo che, pertanto, 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 si è cercato di far emergere alcuni tratti caratterizzanti il diritto europeo, mostrando la sua genesi o – se si vuole – i suoi “momenti costituenti”, accompagnati da alcune tappe fondamentali della sua costruzione. Si è provato ad evidenziare che, oltre alla Corte di giustizia, altri due soggetti essenziali per la costruzione del diritto europeo sono: i giudici comuni e gli individui, come pezzi di un più generale sistema diffuso di sindacato delle norme nazionali. È con i primi, infatti, che i giudici lussemburghesi

⁶⁵ 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 europeo, 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 relazione causale tra violazione e danno.

hanno tentato di costruire un rapporto privilegiato, grazie all'*enforcement* del rinvio pregiudiziale e della disapplicazione. Mentre, con i secondi, la Corte di giustizia ha pienamente compreso le potenzialità degli stessi se intesi nella nozione di *legal vigilante*, legando la dottrina dell'effetto diretto all'attribuzione di un vantaggio al privato e unendo con *Franovich* la titolarità di un risarcimento del danno dello Stato alla stessa legalità europea. I soggetti privati, dunque, si trasformano nella concezione della Corte di giustizia in veri e propri strumenti di attivazione del diritto europeo a discapito, potenzialmente, del costituzionalismo democratico sociale e del suo assetto di valori costituzionali, veicolati nei canali della democrazia rappresentativa. O, in altri termini, quello che è avvenuto è la *soggettivizzazione* del diritto europeo, attraverso la costruzione di un robusto e alternativo sistema giudiziario. Questi sono stati, pertanto, gli strumenti e i soggetti che hanno permesso la creazione e l'implementazione di un sistema efficace di infrastruttura giuridico-ordinamentale, il cui risultato più importante è stato per lo più la genesi di un modello di legittimazione di cui si avvantaggia il diritto europeo attraverso quel progetto 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 di «*constitutionalisation of Community law*»⁶⁴, in cui i giudici lussemburghesi hanno giocato un ruolo cruciale nell'arena dell'integrazione politica. Questi sono, in definitiva, gli assi portati dell'infrastruttura formale della legalità europea e della Comunità di diritto, ad essa collegata⁶⁵. Alla Comunità di diritto, tuttavia, segue, nella sostanza dei valori tutelati, la Comunità di mercato europea. Ora bisogna, dunque, approfondire lo sviluppo dell'*Internal Market* per comprendere il secondo imprescindibile tassello di quella che è stata definita «*the judicial construction of Europe*»⁶⁶.

⁶⁴ 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, p. 418.

⁶⁵ K. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law: the Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

⁶⁶ A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004.

3. Il mercato e le quattro libertà

Il secondo tassello per comprendere l'evoluzione del diritto europeo 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, attraverso i canali del circuito politico sovranazionale. Come dimostra il forte dibattito in dottrina, altri e diversi sarebbero stati, infatti, i possibili sviluppi nel passaggio dal Mercato comune al Mercato unico, i quali si sarebbero potuti 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* europei unitari, al posto di un modello di *deregulation* tutto incentrato sul criterio del Paese di origine⁶⁷. Pertanto, non si può non sottolineare come la giurisprudenza *Dassonville* e *Cassis de Dijon* abbia sicuramente rappresentato una parte decisiva per la costruzione di quella impalcatura che ha impresso una determinata forma alla «*European economic constitution*»⁶⁸. 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 europeo che dettava le prescrizioni richieste per garantire la libera

⁶⁷ 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, i quali coesistono nella giurisprudenza della Corte di giustizia: (1) un modello centralizzato, che prevede l'accompagnamento, all'integrazione negativa giurisprudenziale, di un'armonizzazione positiva da parte del legislatore nazionale; (2) 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; (3) un terzo modello decentralizzato, in cui si delinea, in nome della legittimazione democratica presente negli Stati membri, un ruolo della giurisprudenza lussemburghese più deferente nei confronti delle legislazioni nazionali.

⁶⁸ La letteratura su questo tema è sterminata, a solo titolo esemplificativo, C. JOERGES, *What is Left of the European Economic Constitution?*, in *EUI Working Paper Law*, n. 13, 2004, pp. 1 e ss.

circolazione all'interno del territorio dell'Unione. Una normazione, dunque, molto dettagliata, che aveva permesso l'abolizione dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative (contingenti) entro il 1968, ma che mostrava molte difficoltà in merito all'armonizzazione complessiva 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 giustizia, che con le due decisioni *Dassonville*⁶⁹ e *Cassis de Dijon*⁷⁰ cambia il volto del diritto europeo e imprime un'interpretazione *pro-market* con forti tratti deregolativi agli attuali artt. 34 e 36 TFUE (precedentemente artt. 28 e 30 TCE), i quali 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, il quale molto influenzerà le successive strategie degli organi sovranazionali (tra tutti la Commissione nelle sue direttive di attuazione⁷¹ dell'*Internal Market*) e che predilige all'integrazione positiva (che sia degli organi sovranazionali o nazionali), l'integrazione negativa⁷², in cui risulta decisivo l'elemento di una competizione regolativa tra le varie legislazioni degli Stati membri e un grande *favor* verso gli interessi degli operatori economici.

Il primo principio cardine di questa lettura giurisprudenziale del Mercato unico viene introdotto con *Dassonville*⁷³, attraverso l'i-

⁶⁹ Corte giust., C-8/74, 11 luglio 1974, *Cassis de Dijon*.

⁷⁰ Corte giust., C-120/78, 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

⁷¹ 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») del 03/10/1980*.

⁷² Per integrazione negativa si intende quel modello secondo cui l'Unione europea, tramite l'intervento della Corte di giustizia e del circuito giudiziario, si limita a proibire tutte quelle misure che sono di ostacolo alla realizzazione del Mercato unico, senza prevedere un intervento legislativo sovranazionale di ricomposizione degli interessi.

⁷³ Corte giust., C-120/78, 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

niziale 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 considerato “sospetto” 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 e la costruzione del mercato. Il successivo *step* che si compie con questa giurisprudenza è che la norma 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 alle merci nazionali, sia alle merci importate, perché si presume che nel secondo caso la normazione nazionale gravi maggiormente sulle importazioni⁷⁴. Anche le norme nazionali, dunque, definite come «applicate senza discriminazione»⁷⁵ vengono considerate come rientranti nella definizione *ex art. 34 TFUE*, da cui discende la necessità dello Stato di dover giustificare la misura nazionale 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 è una concezione della realizzazione del Mercato unico attraverso un’applicazione del principio di *non-discriminazione* ma, al contrario, secondo il principio dell’*accesso al mercato*, ponendo quei problemi di compatibilità con i sistemi costituzionali nazionali, ben rappresentati dalla famosa domanda che si poneva l’Avvocato generale Tesauro nel caso *Rüth Hunermund*⁷⁶: «L’art. 30 del Trattato CEE è una norma di liberalizzazione degli scambi intracomunitari o una norma destina-

⁷⁴ 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.

⁷⁵ Corte giust., C-110/05, 10 febbraio 2009, *Commissione vs. Italia*.

⁷⁶ Corte giust., C-292/92, 15 dicembre 1993, *Rüth Hunermund*.

ta 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, restringendo lo spazio di pluralismo valoriale che nei sistemi nazionali viene garantito tramite una sfera di discrezionalità ampia lasciata agli organi politici.

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, la quale 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 confezionato 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 (c.d. *mandatory requirements*) come: la protezione dell'ambiente⁷⁷, tutela

⁷⁷ Corte giust., C-302/86, 31 gennaio 2002, *Commissione vs. Danimarca*.

dei consumatori⁷⁸, obiettivi culturali⁷⁹, ecc. Queste esigenze imperative, le quali, 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. Viceversa, la possibilità di limitare la libera circolazione si poneva come *eccezione*⁸⁰, che doveva essere sempre giustificata dallo Stato membro e che doveva essere sottoposta ad uno stretto controllo di proporzionalità da parte della Corte di giustizia; 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 europea, la realizzazione del Mercato unico si realizza attraverso un progetto di *integrazione negativa* che incentiva una competizione regolativa tra le diverse legislazioni nazionali 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 nota sentenza *Keck*⁸¹. Con questa pronuncia, si cerca di porre, infatti, un freno alla possibile svolta deregolativa e eccessivamente intrusiva sulla legislazione nazionale,

⁷⁸ Oltre allo stesso caso *Cassis de Dijon*, Corte giust., C-313/94, 26 novembre 1996, *Graffione*.

⁷⁹ Corte giust., cause riunite C-60/84 e 61/84, 11 luglio 1985, *Cinéthèque*.

⁸⁰ 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* – si pone come limite estrinseco e da applicare in termini tassativi e restrittivi.

⁸¹ Corte giust., cause riunite C-267/91 e C-268/91, 24 novembre 1993, *Keck e Mithouard*.

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 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, tuttavia, mentre questa innovazione giurisprudenziale sembrava porre un confine alla larghissima applicazione in maniera trasversale della libera circolazione, molti casi (successivi a *Keck*) sebbene apparentemente non riguardanti le caratteristiche del prodotto, vengono fatti rientrare in questa tipologia e quindi sotto lo scrutinio dell'art. 34 TFUE⁸². Oppure, in altre situazioni – seppur

⁸² 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, *Familia-press*.

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, pertanto, vengono fatte rientrare sotto lo scrutinio delle misure di effetto equivalente⁸³. 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 dottrinarie⁸⁴ 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 c.d. *Sunday Trade Cases*⁸⁵. A questo si accompagnano analisi da parte della dottrina che segnalano un superamento parziale di *Keck*⁸⁶, verso una maggiore concentrazione sul *test* di proporzionalità⁸⁷, attraverso un sindacato sugli obiettivi e sui mezzi perseguiti dalla misura nazionale “protezionistica” rispetto al principio del *market access*.

⁸³ 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 il sindacato si è fatto più pervasivo, come sostenuto in D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 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*.

⁸⁴ Vedasi S. WEATHERILL, *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarifications*, in *Common Market Law Review*, vol. 33, n. 5, 1996, pp. 885 e ss., o il già citato studio di Maduro, M.P. MADURO, *We the Court*, cit., pp. 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 Carrefour Marinopoulos v Elliniko Dimosio and Nomarchiaki Aftodioikisi Ioanninon*.

⁸⁵ 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*.

⁸⁶ 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, pp. 1 e ss.

⁸⁷ 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, p. 174.

In definitiva, come è stato abilmente sostenuto, delle due anime della «*free movement law*» sembra aver prevalso, da Maastricht in poi, il paradigma della «*regulatory competition*», ovvero la competizione tra le norme degli Stati membri e non la «*regulatory neutrality*»⁸⁸, che predilige una concorrenza tra gli operatori economici. In questo senso, si supera nella giurisprudenza della Corte di giustizia la stessa concezione ordoliberal della costituzione economica più deferente dei modelli sociali nazionali e ci si avvicina inesorabilmente ad una visione neoliberale della stessa, in cui l'agente del mercato si avvantaggia di una corsa al ribasso tra i sistemi normativi, i quali non sono più in condizione di proteggere adeguatamente gli interessi pluralistici, tutelate nelle Costituzioni nazionali⁸⁹. Le implicazioni, da questo punto di vista, della compatibilità di questo modello di costruzione delle quattro libertà con il costituzionalismo democratico sociale diventano molte e altamente complesse, perché ogni norma che si erga a protezione di interessi altri, che non siano quelli della *free movement law*, rischia di ostacolare l'ampliamento inesorabile del valore di mercato e di cadere nel cono di invalidità del parametro europeo.

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 costituzionalizzazione delle libertà eco-

⁸⁸ A. SAYDÉ, *One Law, Two Contradictions: an Enquiry into the Contradictions of Free Movement Law*, pp. 369, 373. All'esito dello studio l'autore evidenzia le diverse risposte che i due paradigmi della *regulatory neutrality* e della *regulatory competition* danno a differenti questioni attinenti al funzionamento del Mercato unico: modelli di competizione tra individui o Stati (tramite le norme); dare priorità alla parità di condizioni degli operatori o all'arbitrato regolatorio; il ruolo dell'armonizzazione tramite il legislatore europeo; la visione di un'eguaglianza intra-giurisdizionale (nello stesso mercato nazionale) o inter-giurisdizionale (tra più mercati degli Stati membri); il dilemma se favorire o meno una mobilità regolatoria; il tema delle *reverse discrimination* che subiscono gli operatori nazionali rispetto agli attori economici europei ma provenienti da altri Stati; la differenziazione delle regolazioni tra Stati membri; il tema dell'abuso del diritto per l'utilizzo delle libertà; l'ammissibilità o meno del *social dumping*.

⁸⁹ Un riferimento da questo punto di vista è senz'altro, Corte giust., C-212/97, *Centros*, in cui emergono gli effetti deregolativi della *regulatory competition*, e in cui la Corte sostiene che «la circostanza che il diritto delle società non sia completamente armonizzato nella Comunità è poco rilevante» (considerando 28) ai fini di una limitazione della libertà economica.

nomiche. Questo è stato possibile perché l'integrazione negativa ha permesso di dare – tramite l'effetto diretto e il primato del diritto europeo – 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, in nome di un pluralismo valoriale delle Costituzioni nazionali. Con l'aggiunta che questa giurisprudenza sulla libera circolazione 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*⁹⁰. La quale entra, pertanto, sempre più strutturalmente in contrasto con tutte quelle norme afferenti alla tutela dei modelli di *welfare* nazionali, parte integrante di quel modello di costituzionalismo democratico sociale 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 portatrici di interessi collettivi o, più generalmente, di protezione sociale⁹¹.

Alla costituzionalizzazione delle libertà economiche va, poi, accompagnato un secondo punto di riflessione sulla scelta del modello di integrazione economica. Risulta chiaro 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 produttive⁹² – improntato al *laissez-faire* del mercato: paradigma, infatti, che trova realizzazio-

⁹⁰ C. BARNARD, S. DEAKIN, *Market Access and Regulatory Competition*, in C. BARNARD, J. SCOTT (eds.), *The Law of the European Single Market. Unpacking the Premises*, Oxford and Portland, 2002, p. 197.

⁹¹ Vedi cap. II, par. 5 e 6.

⁹² 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». A ciò si aggiunge, la sottoposizione degli interventi pubblici 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 ga-

ne nel 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 Settanta legato alla regola dell'unanimità, diventa vero e proprio modello di *governance*⁹³ e di regolazione, che arriva a influenzare la stessa strategia della Commissione per il completamento del Mercato unico⁹⁴. Un modello, pertanto, che comporta una concorrenza regolativa tra i vari Stati membri al ribasso, che nutre una forte diffidenza verso la norma giuridica limitante 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 pluralismo assiologico del costituzionalismo democratico sociale) 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 europee. Se dunque, da una parte, il primato e l'effetto diretto rappresentano l'armamentario giuridico della Corte di giustizia per costruire un sistema giudiziario autonomo che potenzialmente è in grado di sostituirsi alle democrazie rappresentative nazionali, la giurisprudenza sulle libertà economiche ci indica, dall'altra, una parte rilevante del modello di costituzione economica europea.

4. *Il principio di non discriminazione vs. il principio di eguaglianza (formale e sostanziale)*

Un secondo esempio di grande eterogeneità tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo si manifesta nella conce-

rantire il conseguimento dello scopo perseguito (3) e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo (4)».

⁹³ S.K. SCHMIDT, *Mutual Recognition as a New Form of Governance*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 14, n. 5, 2007, pp. 667 e ss.

⁹⁴ 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 diventa il *mutuo riconoscimento* delle norme nazionali, in cui l'armonizzazione positiva si doveva limitare a definire i requisiti essenziali per garantire la circolazione delle merci, intervenendo solo quando le norme nazionali creavano restrizioni all'accesso.

zione 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 del sostrato 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 proporzionalità⁹⁵ e il principio di ragionevolezza⁹⁶ – 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 dicono rispetto ai fini costituzionali perseguiti da un ordinamento e il suo rapporto con il pluralismo assiologico. 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»⁹⁷. 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»⁹⁸ 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

⁹⁵ M. COHEN-ELIHA, I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 59, n. 2, 2011, pp. 463 e ss.

⁹⁶ A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁹⁷ A. MORRONE, C. CARUSO, *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, in M. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 388.

⁹⁸ Secondo la formula dell'art. 3, comma 2 della Costituzione italiana.

sociali sulla base di determinati obiettivi, i quali comportano necessariamente una redistribuzione di ricchezza ma, anche e soprattutto, di poteri⁹⁹. La solidarietà è, pertanto, il *discrimen*, il prerequisito per l'espansione 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. In questo senso i *welfare* nazionali non sono che espressione di un prolungamento solidaristico dei patti sociali costituzionali presenti negli Stati. 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 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 europeo 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, in quanto criterio di giudizio sulle *policies* comunitarie, oppure come divieto di discriminazione legato alla nazionalità applicato nel campo delle libertà economiche¹⁰⁰. Quello che interessa, tuttavia, in questa sede sottolineare è lo sviluppo del principio di eguaglianza nella *social policy* europea, la quale da sempre è stata considerata

⁹⁹ Da ultimo sull'alta politicalità dell'eguaglianza e sulla sua connessione con la redistribuzione, L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Roma-Bari, 2018.

¹⁰⁰ 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*.

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 come Maduro, «*the sick man of the Union's internal policy*»¹⁰¹. Studiando, infatti, questo versante del diritto europeo, ci si rende subito conto di come quest'ultimo presenti delle importanti differenze con il costituzionalismo democratico sociale, proprio per una motivazione, in particolare: la presenza di un apparato normativo e giurisprudenziale molto concentrato sulla *antidiscrimination law*¹⁰² e poco rivolto alla valorizzazione di interventi redistributivi, i quali 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. Un 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, come si vedrà tra poco dall'analisi.

La visione dell'eguaglianza, infatti, che si trova alla base del diritto europeo ha secondo alcuni, senza dubbio, una matrice liberale, limitandosi esclusivamente a riconoscere l'eguaglianza davanti alla legge e il divieto di non discriminazione; o secondo altri una matrice neoliberale¹⁰³, 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 si proverà ad approfon-

¹⁰¹ 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, pp. 325 e ss.

¹⁰² 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, pp. 533 e ss.

¹⁰³ A. SOMEK, *Engineering Equality. An Essay on European Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

dire: un primo filone giurisprudenziale che ha portato progressivamente il divieto 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 albore di «solidarietà transnazionale», per poi assestarsi in un generale *revirement* nel segno di importanti passi indietro con la crisi dei debiti sovrani e fino ai giorni nostri.

Per quanto riguarda il primo filone, ci si deve concentrare 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 lussemburghesi su alcune disposizioni del Trattato di Roma, come il divieto alla discriminazione tra uomo e donna in materia retributiva (art. 119 TCE¹⁰⁴, 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 soggettivo¹⁰⁵, prima legato alla sola sfera del diritto del lavoro (in particolare in materia di parità salariale tra uomo e donna)¹⁰⁶, per poi arrivare ad emergere come vero e proprio principio generale del diritto europeo¹⁰⁷. Un allargamento,

¹⁰⁴ La cui genesi è legata alla paura della Francia – durante l'approvazione del Trattato di Roma – la quale aveva una legislazione sociale molto avanzata per l'epoca in termini di parità retributiva tra uomo e donna e che temeva di subire un *dumping* salariale da parte di altre economie nazionali.

¹⁰⁵ Corte giust., C-13/94, 30 aprile 1996, *P. e S. v. Cornwall 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*.

¹⁰⁶ Per un approfondimento del seguito della giurisprudenza sull'*acquis communautaire* e sulle c.d. «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, pp. 199-200.

¹⁰⁷ Tra tutte, per il rilievo che ha avuto nel dibattito per l'aggiramento del divieto di effetto di diretto delle direttive per le quali 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*.

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'età¹⁰⁸, dell'orientamento sessuale¹⁰⁹, degli handicap¹¹⁰ e di religione¹¹¹. Ampliamento che non ha solo riguardato le *policies* coinvolte¹¹², ma che ha assunto ancora di più una valenza trasversale sia per la sua applicazione nel rapporto tra diritto europeo 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 indirette¹¹³. Non sempre risulta chiaro, tuttavia, in questa giurisprudenza se il divieto di discriminazione trovi la sua portata espansiva nelle norme dei Trattati (in particolare l'art. 19 TFUE), oppure per come inscritto nel diritto derivato¹¹⁴, oppure ancora come principio generale del diritto europeo 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 uno spostamento e una preferenza della Corte ad utilizzare l'art. 21 della CDFUE¹¹⁵.

¹⁰⁸ Corte giust., C-555/07, 19 gennaio 2010, *Küçükdeveci*.

¹⁰⁹ Corte giust., C-267/06, 1 aprile 2008, *Tadao Maruko*, Corte giust., C-117/01, 7 gennaio 2004, *K.B. v. National Health Service*.

¹¹⁰ Corte giust., C-303/06, 17 luglio 2008, *Coleman*.

¹¹¹ Corte giust., C-157/15, 14 marzo 2017, *Achibita*, su cui si sono alzate le veementi critiche di J.H.H. WEILER, *Je suis Achibita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4, 2018, pp. 1113 e ss.

¹¹² Per una panoramica generale dell'utilizzo di questo principio oltre le competenze del diritto sovranazionale, L.S. ROSSI, *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, pp. 237 e ss.

¹¹³ F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea*, Aracne, Roma, 2010.

¹¹⁴ Sulla spinta delle direttive (Direttiva 2000/43, Direttiva quadro 2000/78, Direttiva 2006/54 e Direttiva 2004/113) approvate all'inizio degli anni Duemila, su cui più approfonditamente, M. BARBERA, *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.

¹¹⁵ 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*.

Su questo fronte non si può, dunque, non notare come, con questo filone giurisprudenziale, il diritto europeo in materia di lotta alle discriminazioni abbia effettuato notevoli passi in avanti, in cui il ruolo della Corte di giustizia in questa declinazione della *social law* è stato importante.

A dir il vero, tuttavia, per quanto possa apparire avanzata questa giurisprudenza rispetto al passato del diritto europeo (sintomo di una pur qualche vocazione costituzionale), bisogna anche sottolineare che la distanza con l'eguaglianza, per come concepita dal costituzionalismo democratico sociale, rimane importante. Il divieto di discriminazione, infatti, rimane una 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 europeo ha avuto alle sue origini, ma rimane pur sempre relegato a svolgere una funzione sussidiaria, soprattutto, se inteso come solo strumento giudiziale¹¹⁶. 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*»¹¹⁷. Con questa espressione si vuole intendere che, mentre, come si è detto in apertura, l'eguaglianza nel costituzionalismo democratico sociale 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»¹¹⁸. Il solo principio di non discriminazione, per essere ancora più chiari, per come è stato costruito nel diritto europeo ma, soprattutto per un suo *limen* intrinseco, potrà svolgere al massimo un'esclusiva funzio-

¹¹⁶ Sul diverso rapporto tra crisi dell'eguaglianza e ascesa del principio di non discriminazione (che apre ai concetti di vulnerabilità, equità e opportunità) nel paradigma neoliberale, O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Jovene editore, Napoli, 2020, pp. 109 e ss.

¹¹⁷ A. SOMEK, *Engineering Equality*, cit., p. 141.

¹¹⁸ A. SOMEK, *Engineering Equality*, cit., p. 185.

ne *distributiva*¹¹⁹, 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 sociale: funzione *light*, dunque, di correzione delle distorsioni di una «economia sociale di mercato altamente competitiva»¹²⁰ per dare «un volto umano»¹²¹ al diritto europeo, ma non strumento di giustizia sociale e di riequilibrio degli squilibri economici, sociali e culturali confliggenti e plurali all’interno di una comunità politica¹²².

Un secondo pezzo dell’*antidiscrimination law* in Unione, invece, 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 CEE (ora art. 45 TFUE), relativo alla libera circolazione dei lavoratori, prima, dei cittadini europei, poi.

¹¹⁹ Come dimostrato dall’incapacità del principio di non discriminazione europeo di veicolare le istanze di protezione sociale emerse durante la crisi dei debiti sovrani, su cui si rinvia al cap. II, par. 7. Sul punto, in particolare, F. SALMONI, *Le politiche di austerità e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2019, pp. 181 e ss., che parla di un’esclusione dell’eguaglianza sostanziale e di un’affermazione della non discriminazione nel sistema dei Trattati. Sempre su questo problema anche S. GIUBBONI, *L’insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2018, p. 560, che sostiene che senza una visione di solidarietà politica, «il fine dei diritti sociali non è più una qualche forma di uguaglianza sostanziale, con le conseguenti implicazioni redistributive, ma diviene piuttosto la garanzia di un minimo di risorse sufficienti a condurre una vita dignitosa al di sopra della soglia di povertà».

¹²⁰ Art. 3, comma 3 TUE che afferma in apertura che «L’Unione instaura un mercato interno». Un riferimento alle 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».

¹²¹ E. LONGO, *Il volto umano dell’Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 651 e ss.

¹²² 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-Il 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.

In un iniziale 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 lavoratore¹²³, allargando i diritti e le prestazioni sociali legate al contratto di lavoro anche ai membri della famiglia¹²⁴ e, in alcuni casi, parificando al lavoratore anche chi era in cerca di un contratto di lavoro¹²⁵ in un altro Stato membro. Se, pertanto, questa giurisprudenza segna una fase in cui si cercava di equiparare i lavoratori (sia i subordinati sia gli autonomi¹²⁶) nazionali e non, permettendo loro di usufruire delle prestazioni sociali garantite dallo Stato ospitante, tuttavia, 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*. Siamo in un periodo pre Maastricht di garanzia della *dual polity* e la logica presente in questa giurisprudenza era ancora fortemente mercatocentrica, in cui – come si è 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*¹²⁷. Un cambio di passo importante si registra, invece, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht e alla comparsa nel diritto dell'Unione europea 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 inattivi¹²⁸ e fu accompagnato da un generale otti-

¹²³ Corte giust., C-53/81, 23 marzo 1982, *Levin*.

¹²⁴ Corte giust., C-267/83, 13 febbraio 1985, *Diatta* e Corte giust., 58/95, 17 aprile 1986, *Reed*.

¹²⁵ Corte cost., C-282/89, 26 febbraio 1991, *Antonissen*.

¹²⁶ Per un esempio, Corte giust., C-60/00, 11 luglio 2002, *Mary Carpenter*.

¹²⁷ 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, p. 21.

¹²⁸ 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, integrata poi con il Regolamento 883/04 (coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale).

mismo della dottrina che considerò questo passaggio come un tor-nante storico¹²⁹, giungendo a leggere la cittadinanza europea come un vero e proprio «*statut d'intégration sociale*»¹³⁰. L'opera più im-portante di valorizzazione – come spesso avviene nel diritto euro-peo – della comparsa della cittadinanza europea fu dato dalla Cor-te di giustizia, la quale riversa su questo istituto le “nuove” creden-ziali costituzionali dell'Unione. Una svolta, infatti, si registra già a partire dal 1998 con i famosi casi *Martinez Sala*¹³¹, *Grzekzyck*¹³² e *Baumbast*¹³³, *Bidar*¹³⁴ in cui si afferma la comparsa della cittadinan-za come uno «status fondamentale» della persona nel diritto euro-peo e come base per il riconoscimento di un certo grado di «solida-rietà finanziaria» tra i cittadini degli Stati membri. A questo punto sembrava, dunque, aprirsi una stagione in cui la cittadinanza – per sua naturale vocazione politica a differenza delle libertà economi-che – avrebbe rappresentato la leva per aprire i sistemi di *Welfare* statali anche ai cittadini inattivi e un “perno” per poter incomincia-re a parlare di una solidarietà transnazionale. Uno strumento, in de-finitiva, di demercificazione della libera circolazione, non più legata al solo elemento funzionalista della mobilità dei fattori produttivi all'interno del mercato¹³⁵, ma come uno *status* del *cives* europeo, inteso come persona umana.

La storia, ad ogni modo, della cittadinanza europea e del *judi-cial 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 successiva tra cui *Dano*¹³⁶, *Alima-*

¹²⁹ C. MARGIOTTA, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Laterza, Roma-Bari, 2014.

¹³⁰ L. AZOULAI, *La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale*, in J. COHEN-JONATHAN (éds.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 1 e ss.

¹³¹ Corte giust., C-85/96, 12 maggio 1998, *Martinez Sala*.

¹³² Corte giust., C-184/99, 20 settembre 2001, *Grzekzyck*.

¹³³ Corte giust., C-413/99, 17 settembre 2002, *Baumbast*.

¹³⁴ Corte giust., C-413/99, 15 marzo 2005, *Bidar*.

¹³⁵ Che nelle punte più avanzate di questa giurisprudenza come, Corte giust., C-34/09, 8 marzo 2001, *Zambrano*, pareva aver superato anche l'elemento della transnazionalità come preconditione per la fruizione del parametro europeo.

¹³⁶ Corte giust., C-333/13, 11 novembre 2014, *Dano*.

*novic*¹³⁷, *Garcia Nieto*¹³⁸ e *Commissione v. Regno Unito*¹³⁹, la quale 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»¹⁴⁰. Le ragioni materiali si possono ritrovare, infatti, in eventi come la *Brexit* e la crisi dei debiti sovrani e, più in generale, dal ritorno in auge nei momenti di crisi economica dei mai sopiti *national cleavages* in Unione: manifestazione di una solidarietà politica che ancora non c'è in UE e che fatica a nascere dalla penna dei giudici.

Non è chiaro quale sarà il seguito di questa giurisprudenza restrittiva della Corte, ma le ultime tendenze¹⁴¹ segnalano un ritorno della stessa verso un'apertura alle prestazioni sociali solo per i soggetti economicamente attivi, tramite la vecchia leva dell'art. 45 TFUE, ovvero la libera circolazione dei lavoratori¹⁴². Dismettendo, in questo modo, il potenziale emancipativo dello *status* di cittadino europeo per gli inattivi e confermando un «*deconstitutionalisation process*»¹⁴³ dei diritti connessi alla cittadinanza. Quale che sia il seguito di questo *self-restraint* della Corte di giustizia su questo fronte (molto deferente nei confronti degli Stati più forti e schiacciato sull'interpretazione del diritto derivato), quello che si può dire è, tuttavia, che parte della letteratura critica – in tempi non sospetti – aveva sottolineato come la giurisprudenza sulla cittadinanza rima-

¹³⁷ Corte giust., C-67/14, 15 settembre 2015, *Alimanovic*.

¹³⁸ Corte giust., C-299/14, 25 febbraio 2016, *Garcia Nieto*.

¹³⁹ Corte giust., C-308/14, 14 giugno 2016, *Commissione europea v. Regno Unito e Irlanda del Nord*.

¹⁴⁰ S. GIUBBONI, *La solidarietà come scudo. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, pp. 594-597.

¹⁴¹ Corte giust., C-299/14, 6 ottobre 2020, *Jobcenter Krefeld*.

¹⁴² F. COSTAMAGNA, S. GIUBBONI, *Free Movement of Persons and Transnational Solidarity. The Legacy of Market Citizenship*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza sociale*, n. 1, 2021, pp. 1 e ss.

¹⁴³ E. MUIR, *EU Citizenship, Access to "Social Benefits" and Third-Country National Family Members: Reflecting on the Relationship Between Primary and Secondary Rights in Times of Brexit*, in *European Papers*, vol. 3, n. 3, 2018, p. 1366.

neva 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 europeo «*more human, but less social*» e secondo cui «il *market citizen* non è stato superato, ma è stato solo presentato in una veste politica»¹⁴⁴.

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*¹⁴⁵ o *Bressol*¹⁴⁶: 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*¹⁴⁷, creando dei finti «conflitti di solidarietà»¹⁴⁸. Risiede qui il limite di questa giurisprudenza, la quale nel *test* di controllo sulla norma nazionale favorisce il pieno dispiegamento della libertà fondamentale e guarda con sospetto a qualsiasi barriera all'accesso anche per il sistema di *welfare*¹⁴⁹. Per quanto, dunque, 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 competitivo¹⁵⁰ tra Stati (con possibili fenomeni di gara al ri-

¹⁴⁴ A.J. MENÉNDEZ, *European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast*, cit., p. 35.

¹⁴⁵ Corte giust., C-147/03, 20 gennaio 2005, *Commissione v. Austria*.

¹⁴⁶ Corte giust., C-73/08, 13 aprile 2010, *Bressol*.

¹⁴⁷ S. GIUBBONI, *Libertà di circolazione delle persone e solidarietà europea*, in *Lavoro e diritto*, n. 4, 2006, p. 628.

¹⁴⁸ A. GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, p. 15.

¹⁴⁹ A. SOMEK, *Solidarity Decomposed. Being and Time in European Citizenship*, in *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 7-13, 2007, pp. 1 e ss.

¹⁵⁰ W. STREECK, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2000, p. 21, che sostiene che «nei sistemi europei di *welfare* una competizione sempre più spinta all'interno di una econo-

basso tra sistemi di *welfare*) e di taglio 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 le due legalità si ritrova in una mancanza della solidarietà (e di giustizia sociale), concepita come servente ad un progetto di integrazione politica.

5. *La libertà di impresa vs. gli interessi collettivo-sociali*

Una volta analizzata l'importanza dello sviluppo del mercato nel diritto europeo – visto attraverso il prisma della giurisprudenza *Cassis De Dijon* e *Dassonville* – e la *normative deficiency* del principio di non discriminazione, è giunto il momento di approfondire il tema della libertà di impresa. Ci si avvicina così ad uno dei nodi dell'argomentazione, in cui si incominciano in maniera ancora più nitida ad evidenziare le diverse logiche perseguite delle due legalità. Il ruolo della libertà di impresa e la sua regolamentazione all'interno di un ordinamento costituzionale sono riconosciuti, inequivocabilmente, come dei punti privilegiati da cui osservare il rapporto tra Costituzione e società, da cui discende il modello economico adottato da una determinata Costituzione: in altri termini, la costituzione economica¹⁵¹. Su questo tema tanto si è dibattuto in Italia, ad esempio, 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

mia sempre più internazionalizzata sta erodendo le basi materiali necessarie ad una solidarietà tradizionale di tipo redistributivo. Tra le attuali risposte politiche alle pressioni del mercato si trova quella che possiamo definire come una *ricostruzione produttivista della solidarietà* all'interno delle comunità nazionali e subnazionali, che sottolinea l'assenza di ogni prospettiva per la ricostruzione di un modello redistributivo centralizzato a livello internazionale».

¹⁵¹ Da ultimo su uno studio riguardante la 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.

rapporto tra Stato e mercato. Uno degli elementi, infatti, che fa entrare a pieno titolo la nostra Costituzione nel modello del costituzionalismo democratico sociale è proprio quel fenomeno di funzionalizzazione della proprietà privata e della libertà di impresa, le quali vengono, secondo alcuni, degradate a mere libertà economiche completamente assoggettabili alla regolamentazione della legge¹⁵², mentre secondo altri rimangono diritti fondamentali, ma che possono subire una compressione, nel momento in cui entrano in conflitto con interessi collettivi e sociali¹⁵³. Le libertà economiche nel nostro ordinamento costituzionale acquisiscono, pertanto, un carattere relativo e non assoluto, come nel vecchio Stato liberale, e la loro *deminutio* è funzionale proprio all'incorporazione di quel modello di conflitto sociale, che la nostra Costituzione adotta¹⁵⁴. Tracce di questo approccio si riscontrano 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'economia¹⁵⁵. Lo stesso bilanciamento «intra-valore» all'art. 41 Cost. 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 salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»¹⁵⁶ ed è la legge lo strumento principe che deve garantire «i programmi e [i] controlli opportuni» af-

¹⁵² Per quanto riguarda la proprietà, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2013, mentre sulla libertà di iniziativa economica, M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Cedam, Padova, 1983.

¹⁵³ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1992, pp. 7 e ss.

¹⁵⁴ A. APOSTOLI, *A proposito delle più recenti pubblicazioni sull'uso delle Costituzioni*, cit., p. 45, sostiene che «il quadro costituzionale in materia di lavoro, coerente con il principio di eguaglianza sostanziale e la disciplina dei rapporti economici, pur riconoscendo lo spazio dell'autonomia privata, mostra «una volontà opposta rispetto a quella di de-giuridicizzare il conflitto capitale-lavoro, lasciando alla mera espressione di rapporti di forza nettamente sbilanciati a favore del capitale».

¹⁵⁵ M. LUCIANI, *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Digesto*, IV edizione, vol. V pubblicistico, Utet, Torino, 1991, pp. 373 e ss.

¹⁵⁶ Art. 41 Cost., comma 2.

finché «l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»¹⁵⁷. Su questo tema il dibattito nella letteratura costituzionalistica italiana rimane sempre aperto¹⁵⁸, 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»¹⁵⁹. Oppure, nelle punte più radicali, si è sostenuto che in Italia sia pensabile instaurare un regime di economia di stampo socialista, pur mantenendo un assetto democratico¹⁶⁰. 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 del dato materiale, il diritto europeo ha esercitato in profondità quell'opera di *infiltration* che ha portato a modificare alcuni degli assi del nostro modello di costituzione economica¹⁶¹, per esempio sul fronte del diritto della concorrenza¹⁶².

Se questo è il quadro generale per la libertà di impresa nel costituzionalismo democratico sociale, in questo paragrafo si proverà ad evidenziare l'impostazione del diritto europeo con quelle che sono le due equivalenti libertà economiche alla nostra libertà di ini-

¹⁵⁷ Art. 41 Cost., comma 3.

¹⁵⁸ Su un'impostazione di matrice più liberale, G. BOGNETTI, *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983.

¹⁵⁹ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 96.

¹⁶⁰ C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977.

¹⁶¹ 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 (vedi nota 6 del presente capitolo).

¹⁶² 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, pp. 597 e ss.

ziativa economica: la libera prestazione dei servizi¹⁶⁵ e la libertà di stabilimento¹⁶⁴. 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 concerne 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»¹⁶⁵. Anche in questo caso però – come si è visto per la libera circolazione delle merci – il fine del diritto europeo 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 liberalizzatrici¹⁶⁶ – con le pronunce *Reyners*¹⁶⁷ e *Van Binsbergen*¹⁶⁸ riconobbe l'efficacia diretta delle due libertà ed affermò che queste 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 transfrontaliero¹⁶⁹, applicazione non del principio della *non-discrimination*, ma di quello del *mar-*

¹⁶⁵ Artt. 56 e 62 TFUE.

¹⁶⁴ Artt. 49 e 55 TFUE.

¹⁶⁵ R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 497.

¹⁶⁶ Come previsto dagli artt. 57 e 63 del TCEE.

¹⁶⁷ Corte giust., C-2/74, 21 giugno 1974, *Reyners*.

¹⁶⁸ Corte giust., C-33/74, 3 dicembre 1974, *Van Binsbergen*.

¹⁶⁹ Anche se molto spesso temperato Corte giust., C-205/84, 4 dicembre 1986, *Commissione v. Germania*.

*ket access*¹⁷⁰, ecc. Un buon esempio da questo punto di vista è sicuramente la sentenza *Säger*¹⁷¹, 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 numerose¹⁷², 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 europeo – 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)¹⁷³. Questa piccola panoramica, dunque, 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, per una piena *costituzionalizzazione* anche di queste libertà economiche attraverso il riconoscimento dell'effetto diretto e per la costruzione di un modello che pone come *regola* il pieno di-

¹⁷⁰ Per un tentativo di limitare l'applicazione integrale del principio del *market access* inteso come ostacolo al commercio intracomunitario, si veda le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano in Corte giust., C-442/02, 5 ottobre 2004, *Caixa Bank France*.

¹⁷¹ Corte giust., C-76/90, 25 luglio 1991, *Säger*.

¹⁷² 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*.

¹⁷³ Corte giust., C-208/00, 5 novembre 2002, *Überseering BV*.

spiegamento della libertà, in contrapposizione con la visione pluralista della legalità costituzionale. Un processo, dunque, simile tra le quattro libertà che – anche visto da questa angolazione – dà la controprova della scelta della Corte di giustizia di voler costruire un'unica *libertà economica di accesso al mercato*¹⁷⁴.

A questo aspetto per così dire attivo delle due libertà economiche, la Corte, tuttavia, ha riconosciuto anche una dimensione passiva: quello del soggetto «destinatario di servizi» (*alias* il consumatore). In *Luisi e Carbone*¹⁷⁵ 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 in Europa è stato definito di turismo sanitario o addirittura di «*consumer of welfare*»¹⁷⁶. Dopo *Luisi e Carbone* la Corte di giustizia, in effetti, con le due successive sentenze *Kohll*¹⁷⁷ e *Decker*¹⁷⁸, 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 nazionali¹⁷⁹. Senza entrare in un'analisi analitica di questa giurisprudenza che ha avuto sviluppi successivi in *Smith e Pe-*

¹⁷⁴ C. BARNARD, S. DEAKIN, *Market Access and Regulatory Competition*, cit., p. 197.

¹⁷⁵ Corte giust., cause riunite C-286/82 e 26/83, 31 gennaio 1984, *Luisi e Carbone*.

¹⁷⁶ G. DAVIES, *The Process and Side-Effects of Harmonization of European Welfare States*, in *Jean Monnet Working Paper*, n. 2, 2006, p. 55.

¹⁷⁷ Corte giust., C-158/96, 28 aprile 1998, *Kohll*.

¹⁷⁸ Corte giust., C-120/95, 28 aprile 1998, *Decker*.

¹⁷⁹ Come previsto dal Reg. 1408/71, poi sostituito dall'attuale Reg. 883/04 in vigore.

*erboms*¹⁸⁰, *Vanbraekel*¹⁸¹, *Watts*¹⁸² e *Commissione v. Portogallo*¹⁸³ e che è stata in parte codificata con la Direttiva 2001/24/UE¹⁸⁴ 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», il quale manifesta a tutto tondo l'erroneità dell'ideologia dominante secondo cui si è ad un ritorno del mercato come «fonte di diritto naturale»¹⁸⁵. 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

¹⁸⁰ Corte giust., C-157/99, 12 luglio 2011, *B.S.M. Smits v. Stichting Ziekenfonds VGZ e H.T.M. Peerbooms*.

¹⁸¹ Corte giust., C-368/98, 12 luglio 2001, *Vanbraekel*.

¹⁸² Corte giust., C-372/04, 13 maggio 2006, *Watts*.

¹⁸³ Corte giust., C-255/09, 27 ottobre 2011, *Commissione v. Portogallo*.

¹⁸⁴ Sul recepimento della direttiva e più in generale sulle dinamiche di tutela dei diritti sociali oltre lo Stato e sul problema della matrice solidaristica europea, C. COLAPIETRO, *I diritti sociali oltre lo Stato. Il caso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2018, pp. 59-60, che sostiene: «non vi sono dubbi che il percorso messo in moto con la Direttiva del 2011 assuma i tratti di una lodevole tensione alla positivizzazione delle garanzie dei diritti sociali in Europa. Tuttavia, nonostante le continue affermazioni delle Istituzioni europee per cui l'eguale accesso alle cure mediche costituisce un obiettivo imprescindibile per il processo di integrazione, la nuova disciplina sulle cure transfrontaliere non sembra consentire un idoneo rafforzamento del diritto alla salute all'interno dell'Unione europea, soprattutto se considerato alla luce della sua componente *sociale*. E tantomeno, quindi, può considerarsi idonea a consolidare le basi di un utopico *welfare state* europeo. Difatti, se la matrice statale dei diritti sociali è data dal principio solidaristico, dall'eguaglianza sostanziale e dal corrispondente dovere di solidarietà, che consentono la redistribuzione insita nei diritti sociali, il volto sociale dell'Unione europea mostra, invece, una matrice diversa: esso trae origine dal principio di non discriminazione strumentale alla realizzazione del mercato interno, così come, in generale, la libertà di movimento sembra essere regolata più dalla "ospitalità" che dalla solidarietà».

¹⁸⁵ M. DANI, *Il diritto costituzionale nell'epoca della circolazione dei fattori di produzione*, cit., pp. 798-813, a cui si rinvia per un'analisi più approfondita e dettagliata di questa giurisprudenza.

Stati in ordine alla sostenibilità dei livelli di *welfare* – sono interpretate restrittivamente, esercitando un controllo di proporzionalità¹⁸⁶ stretto che richiede che la *norma protezionista* sia la migliore possibile e la meno invasiva nei confronti della libertà. Il punto da evidenziare 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 una logica di scontro tra *insiders* e *outsiders*.

L'esito di questa giurisprudenza sembra creare due effetti paradossali: da un lato, uno sconfinamento nelle competenze statali nell'organizzazione dei sistemi di *Welfare* tramite l'applicazione trasversale delle libertà economiche e, dall'altro, un *conflitto di solidarietà* molto simile, per alcuni aspetti, a quello che si è 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 *Welfare* nazionali, secondo una logica competitiva al ribasso, e l'incorporazione di una disegualianza strutturale tra *homo economicus* transfrontaliero¹⁸⁷, che si avvantaggia della leva del diritto europeo, 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 contemperare 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»¹⁸⁸. Affermazione che, espressa in modo alternativo, si potrebbe traslare: la sostenibilità del

¹⁸⁶ Come, ad esempio, in Kohll e Vanbraekel.

¹⁸⁷ A. SOMEK, *Individualism. An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

¹⁸⁸ A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, cit., p. 379.

bilancio, soprattutto in questo contesto di mancanza di politica fiscale e di redistribuzione a livello europeo, è la faccia oscura dei diritti fondamentali, i quali presuppongono sempre certe istituzioni politico-costituzionali per garantire la loro effettività e chiamano a sé una dimensione istituzionale di tutela degli stessi. Unita – in pari grado – ad un certo grado di partecipazione politica del cittadino che rivendica alla propria comunità politica di riferimento questi diritti. Modello, questo, incorporato dalla legalità costituzionale e non presente in una forma assimilabile nella legalità europea, in cui il soggetto viene ricostruito in chiave individualistica, come cittadino-consumatore di un servizio e non come cittadino-partecipante.

Un ultimo punto da dover trattare riguarda, invece, il rapporto della libertà di impresa con norme di protezione sociale (sia di diritto del lavoro, sia di tutela di peculiari modelli industriali nazionali) nel diritto europeo. In un'iniziale fase, su questo fronte è prevalsa una linea di deferenza e di attenzione ai modelli sociali nazionali da parte della Corte di giustizia, in casi come *Albany*¹⁸⁹ e *Ruth Portuguesa*¹⁹⁰, nell'ottica dell'idea di separazione mercato (legalità europea) e questioni politico-sociali (legalità costituzionale). Successivamente, si entra anche qui, invece, in un paradigma di interferenza strutturale, di cui lo spaccato bene viene messo in luce da casi come: *Commissione*

¹⁸⁹ Corte giust., C-67/96, 21 settembre 1999, *Albany*, considerando 122, in cui si sostiene: «per quanto riguarda infine l'argomento dell'*Albany* secondo il quale un livello pensionistico adeguato per i lavoratori può essere garantito con la fissazione di requisiti minimi cui le pensioni offerte dalle società di assicurazione debbono soddisfare, occorre sottolineare che, considerata la funzione sociale dei regimi pensionistici integrativi e il margine di discrezionalità di cui dispongono gli Stati membri, secondo una costante giurisprudenza, per determinare l'assetto dei loro sistemi previdenziali [...] spetta a ciascuno Stato membro valutare se, tenuto conto delle particolarità del proprio sistema pensionistico interno, la fissazione di requisiti minimi gli consentirebbe ancora di garantire il livello pensionistico che esso mira ad assicurare in un settore rendendo obbligatoria l'iscrizione ad un fondo pensione».

¹⁹⁰ Corte giust., C-113/89, 27 marzo 1990, *Ruth Portuguesa*, considerando 18, in cui si afferma: «infine va precisato, in seguito alle preoccupazioni manifestate al riguardo dal governo francese, che il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con i mezzi adeguati».

*c. Spagna*¹⁹¹, *Alemo-Herron*¹⁹² e *AGET-Iraklis*¹⁹³. Molto spesso in letteratura *AGET-Iraklis* viene considerato come uno 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 c.d. quartetto *Viking-Laval* in materia di diritti sindacali. Rinviando, tuttavia, al prossimo paragrafo l'approfondimento di quest'ultimi, quello che in chiusura interessa valorizzare è un aspetto più specifico di *Commissione c. Spagna, 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 questi tre casi arriva a compimento quel processo di implementazione delle due libertà economiche (di prestazione di servizi e di stabilimento) – che qui sommariamente si è tentato a descrivere – giungendo a riconoscere in maniera unitaria la «libertà contrattuale dell'imprenditore come diritto fondamentale protetto dall'art. 16 della Carta di Nizza»¹⁹⁴.

Nel primo caso, quello che viene il rilievo era una norma di protezione del sistema delle relazioni industriali spagnole, la quale imponeva alle imprese che volevano operare nel settore portuario di entrare nel capitale di una società privata dei lavoratori portuali e di assumere, prioritariamente, i lavoratori provenienti da tale azienda. Le ragioni di una tale norma si trovano in due differenti motivazioni, in nome di una tutela del servizio pubblico: da una parte, garantire la protezione dei lavoratori, mentre, dall'altra, sostenere la regolarità e la qualità del servizio portuario. Nonostante l'astratta legittimità di tali obiettivi a limitare l'espansione indiscriminata della libertà economica, la Corte di giustizia, tuttavia, riconosce la misura nazionale come illegittima, applicando un controllo stretto di proporzionalità della misura e quel rapporto regola-eccezione, che obbliga lo Stato (su cui è scaricato l'onere della prova) a giustificare l'esistenza di una norma che blocca il dispiegamento della libertà, in quanto la "migliore delle norme possibili" (il paragone viene fatto, infatti, con altre norme più liberali presenti in altri Stati membri), in termini di

¹⁹¹ Corte giust., C-576/13, 11 dicembre 2014, *Commissione c. Spagna*.

¹⁹² Corte giust., C-426/11, 18 luglio 2013, *Alemo-Herron*.

¹⁹³ Corte giust., C-201/15, 21 dicembre 2016, *AGET-Iraklis*.

¹⁹⁴ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, p. 114.

minore restrittività delle regole di mercato. Quello che si crea con una tale impostazione è, dunque, «una presunzione che la norma nazionale sia illegale»¹⁹⁵, ottenendo «dei risultati che sarebbero molto difficili da ottenere nell'arena democratica»¹⁹⁶, in cui quello che viene messo in discussione è l'equilibrio politico ottenuto tramite la legge tra interessi confliggenti nella società nazionali.

Nella pronuncia *Alemo-Herron*, invece, siamo in presenza di una norma nazionale di diritto del lavoro che prevedeva (nei casi di trasferimenti di azienda¹⁹⁷) la possibilità che l'impresa acquirente si vincolasse, mediante delle clausole di rinvio dinamico, alla contrattazione collettiva di settore pubblico¹⁹⁸, nella 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*, infine, la disciplina era sempre una norma del diritto del lavoro greco *in species*, la quale in materia di licenziamenti collettivi¹⁹⁹ 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. Parere che, nel caso in questione, era stato negato dal Ministero²⁰⁰ perché «la necessità dei licenziamenti

¹⁹⁵ C. BARNARD, *Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 68, n. 3, 2009, p. 576.

¹⁹⁶ S. GARBEN, *The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 13, n. 1, 2017, p. 36.

¹⁹⁷ In attuazione della Direttiva 2001/23 (c.d. *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».

¹⁹⁸ Demandata nel sistema britannico ad un organo terzo quale il *National Joint Council for Local Government Services* (NJC).

¹⁹⁹ Nel caso la legge greca n. 1387/1983, in attuazione della Direttiva 98/59 (c.d. *armonizzazione parziale*) concernente «il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi».

²⁰⁰ Tra l'altro, come riportato nella stessa pronuncia, «in presenza di una crisi economica acuta accompagnata da un tasso di disoccupazione inusualmente alto

collettivi prospettati non era stata dimostrata in base a dati concreti e circostanziati e gli argomenti fatti valere dalla *AGET Iraklis* apparivano troppo vaghi». Tre norme pertanto classiche – si oserebbe dire – dei nostri sistemi di protezione dei modelli sociali, che privilegiano più che un aspetto protezionistico, una dimensione protettiva (verrebbe da sostenere) delle norme nazionali nei confronti dei lavoratori. Tuttavia, in *Alemo-Herron* la Corte – operando un parziale *overruling* rispetto alla sua precedente giurisprudenza²⁰¹ – cambia il suo approccio di lettura della direttiva in materia sociale e nonostante l'art. 8 della direttiva²⁰² 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 all'ambito di applicazione di quest'ultima»²⁰³. Mentre nel caso *AGET-Iraklis*, nonostante la situazione emergenziale di crisi economica in Grecia²⁰⁴ (in forza della quale la norma lavoristica assumeva quasi una funzione di ordine pubblico-sociale) e una direttiva di sola armonizzazio-

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.

²⁰¹ 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.

²⁰² «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».

²⁰³ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, cit., p. 116.

²⁰⁴ 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).

ne parziale in materia di politica sociale, la Corte di giustizia, applicando uno stretto giudizio di proporzionalità²⁰⁵, considera la disposizione in contrasto con la libertà di stabilimento. La convergenza di *Alemo-Herron* e *AGET-Iraklis*, come anche in *Commissione c. Spagna*, si ritrova, pertanto, in una concezione 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 norma 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»²⁰⁶. In seconda battuta, 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»²⁰⁷. Infine, in terza battuta, nel caso *Commissione c. Spagna*, si manifesta un'intrusione, in nome di un paradigma di dispiegamento della libertà economica, nell'arena di decisione democratica nazionali, ribaltando *de plano* la risoluzione di un conflitto di valore tra libertà di impresa e interessi sociali. Senza andare troppo lontano in ulteriori considerazioni, insomma, non paiono erranee opinioni espresse in letteratura secondo cui, con questa giurisprudenza (partita con il c.d. quartetto *Viking-Laval*), si sia

²⁰⁵ 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 suddette 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).

²⁰⁶ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, cit., p. 119.

²⁰⁷ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, cit., p. 128.

giunti a maturazione di una nuova *Lochner Era* nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Mentre in passato, infatti, sembrava manifestarsi una netta separazione di compiti tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo e che, in qualche modo, fungeva da cuscinetto tra le diverse visioni della libertà di impresa e dei modelli industriali nazionali, ora questo equilibrio pare sia venuto meno, proprio a causa di un approccio eccessivamente *pro-market*, adottato dai giudizi lussemburghesi.

6. *I diritti sindacali e il mercato*

Ora è arrivato il momento di approfondire il rapporto del diritto europeo con i diritti sindacali, intendendo con questa espressione quei diritti di organizzazione collettiva che genericamente vengono inseriti nella terza generazione dei diritti, 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 di rivendicazioni salariali o comunque economico-sociali attinenti al rapporto del lavoro – e le 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 lavoro²⁰⁸ 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 è noto, infatti, i diritti sindacali entrano dopo il Secondo conflitto mondiale nella nostra Costituzione – e più in generale nel costituzionalismo democratico sociale – attraverso il prisma del lavoro, elemento fondante la nostra Repubblica e *topos* centrale della nostra cultura costituzionale. Questi di-

²⁰⁸ Per un'analisi sulla natura del lavoro nella Costituzione italiana, A. APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005.

ritti fondamentali hanno, tuttavia, 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»²⁰⁹. 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), le quali svolgano la doppia funzione di selezionare le rivendicazioni sociali e di permettere l'accesso e la regolazione del conflitto collettivo²¹⁰. Se anche da questa prospettiva, si ha, dunque, un'ulteriore manifestazione del modello di conflitto sociale assunto nel costituzionalismo democratico sociale, adesso si proverà a comprendere quale schema teorico adottò il diritto europeo nel governo del rapporto tra la libertà di impresa e i diritti sindacali. Per fare ciò non si può che analizzare la giurisprudenza *Viking-Laval*, manifestazione piena del paradigma dell'interferenza strutturale del periodo post Maastricht.

Con *Viking*²¹¹ e *Laval*²¹² la Corte di giustizia approfondisce, per la prima volta, in maniera sistematica la relazione tra libertà economiche e diritti legati all'autonomia collettiva²¹³. 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 e che decise di cambiare bandiera da finlandese a lettone

²⁰⁹ G. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2014, p. 15.

²¹⁰ G. ORLANDINI, *Conflitto collettivo (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 95 e ss.

²¹¹ Corte giust., C-48/05, 11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e a. v. Viking Line ABP*.

²¹² Corte giust., C-341/05, 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd.*

²¹³ 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*, le quali compongono il c.d. *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*.

(avvalendosi della libertà di stabilimento) al fine di applicare un contratto collettivo più favorevole con i sindacati lettone. 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 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, tuttavia, 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*²¹⁴. 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 riunione²¹⁵. 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 sulla 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 riconosca in *Schmidberger*, di fatto, la prevalenza dei diritti fondamentali sulla li-

²¹⁴ Corte giust., C-112/00, 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Repubblica d'Austria*.

²¹⁵ 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 nel mercato francese dei prodotti provenienti da altri Stati membri.

bertà economica, anche in questo caso – da alcuni salutato con particolare favore²¹⁶ – la costruzione del giudizio è sempre assimilabile al rapporto *libertà-eccezione*, sulla base del modello già incontrato in materia di Mercato unico. Nondimeno, questo dato che può sembrare solo un tecnicismo, è un elemento da tenere a mente, evidenziando già solo in questo aspetto una differenza con il costituzionalismo democratico sociale, che privilegia in questi casi la tecnica del bilanciamento per il pluralismo 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»²¹⁷.

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 sindacali costituzionalmente garantiti – misure che hanno il fine di ostacolare il pieno dispiegamento delle libertà economiche. 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 economiche²¹⁸. Su questo primo quesito, viene data risposta positiva dalla Corte di giustizia, sulla base di un assunto di

²¹⁶ 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, pp. 15 e ss.

²¹⁷ Corte giust., C-112/00, 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Repubblica d'Austria*, considerando 93.

²¹⁸ Su cui, A. DASHWOOD, «*Viking*» and «*Laval*»: *Issues of Horizontal Effect*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, 525 e ss. Rimanono centrali, tuttavia, le argomentazioni apportate dagli Avvocati generali Mengozzi e Maduro in *Viking* e *Laval*, veri e propri piccoli trattati sulla materia, con ricchi riferimenti dottrinari e di precedenti giurisprudenziali.

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»²¹⁹. Uno schema argomentativo, tuttavia, 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)»²²⁰. Un'ulteriore conseguenza di questa scelta di politica giudiziale ricade sulle dinamiche di intervento sul conflitto collettivo²²¹, perché a differenza di larga parte degli ordinamenti nazionali (in cui quest'ultimo aspetto ricade nelle gaurentigie 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'autorego-

²¹⁹ Conclusione dell'Avvocato generale Maduro (*consideranda* 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*.

²²⁰ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 67.

²²¹ M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008, pp. 371 e ss.

lazione attraverso il confronto dialettico fra impresa e sindacato e attra[rlo] nella sfera della discrezionalità legislativa»²²².

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, in astratto, «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 costituzionale²²³, 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 comunitario»²²⁴. Questa logica – definito di tipo «statocentrica»²²⁵ 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 conduce ad un'equiparazione del pubblico e del privato-colletti-

²²² G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, p. 24.

²²³ Sulla non sovrapponibilità 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, pp. 245 e ss.

²²⁴ 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).

²²⁵ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., p. 67.

vo²²⁶ come «forme di potere analoghe a quelle esercitate dalla pubblica autorità»²²⁷. 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»²²⁸, mentre il potere necessita di un controllo. Siamo in presenza di due concetti molto differenti e non sovrapponibili e applicare le stesse conseguenze giuridiche manifesta, chiaramente, una scelta di politica del diritto in favore del mercato e a tutto svantaggio del lavoro. In definitiva, i diritti sindacali hanno rappresentato storicamente un *contropotere privato*, con la funzione di riequilibrio del rapporto capitale-lavoro e applicare la stessa logica delle eccezioni alle libertà economiche – così come utilizzato nei confronti delle norme statali – ha due conseguenze: arrivare a comprimere duramente la possibilità per i diritti sindacali 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*²²⁹: questo dato conduce, così, al secondo ordine di problemi.

Il diritto allo sciopero e quello alla contrattazione collettiva sono considerati nel costituzionalismo democratico sociale due diritti, che sono manifestazione del contropotere e dell'autonomia privato-collettiva. Per la garanzia di un certo livello di effettività però – come è stato detto acutamente – essi necessitano di un certo grado di «*judicial immunity*»²³⁰. Questo significa che – allo stesso modo

²²⁶ A. SOMEK, *The Social Question in a Transnational Context*, in *LSEQS Working Papers*, n. 39, 2011, p. 6.

²²⁷ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., p. 68.

²²⁸ 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, p. 1345.

²²⁹ Sugli effetti paradossali di un'applicazione di tal sorta 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, pp. 607-608.

²³⁰ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an Ideal and the Conditions for Its Realization*, cit., p. 1345.

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*²⁵¹ e perda la sua funzione di pressione democratica. Così facendo si sposta molto indietro il confine della legittimità dell'azione sindacale 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*»²⁵².

Una precisazione, tuttavia, è necessaria, a questo punto: non si vuole sostenere che i diritti sindacali – come tutti i diritti d'altronde – non abbiano limiti²⁵³. 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 sociale. I limiti per queste libertà collettive – anche nei modelli costituzionali come il nostro – *esistono* ma sono spostati

²⁵¹ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa.*, cit., p. 69.

²⁵² F. SAITTO, “Risocializzare l'Europa”. *La dimensione sociale europea tra economica di mercato e integrazione sovranazionale*, cit., p. 108.

²⁵³ Basti pensare alla legge 146 del 1990 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, pp. 1 e ss.

molto più in avanti rispetto al diritto europeo. Un primo esempio è la non equiparazione tra diritto di sciopero e la c.d. *serrata* dell'imprenditore la quale, non trovando un fondamento costituzionale come diritto soggettivo, viene qualificata nel nostro ordinamento come un inadempimento contrattuale²⁵⁴. Un secondo esempio è la giurisprudenza della Cassazione italiana in materia di limiti al diritto di sciopero c.d. *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*²⁵⁵: 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, con pericolo per l'impresa come organizzazione istituzionale, non come mera organizzazione gestionale, con compromissione dell'interesse generale alla preservazione dei livelli di occupazione»²⁵⁶. Un terzo esempio importante è rappresentato dalla giurisprudenza costituzionale che ha ammesso la legittimità non solo dello sciopero c.d. *economico*, che rimane ristretto nell'ambito delle rivendicazioni salariali di un certo gruppo di lavoratori, ma anche quello c.d. *di solidarietà*²⁵⁷ 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»²⁵⁸. Infine, oltre a queste due categorie di sciopero sopramenzionate che godono della tutela derivante

²⁵⁴ Corte cost., sent. n. 29 del 1960.

²⁵⁵ A partire dalla nota sentenza della Cassazione, Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, che rese lecite le pratiche del c.d. sciopero *a singhiozzo* e dello c.d. sciopero *a scacchiera*, su cui, G. PERA, *Sciopero (dir. cost. e dir. lav.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 699 e ss.

²⁵⁶ Cass. 30 gennaio 1980, n. 711.

²⁵⁷ Corte cost., sent. n. 123 del 1962 e Corte cost., sent. n. 141 del 1967.

²⁵⁸ Corte cost., sent. n. 123 del 1962 (par. 6, considerato in diritto).

dall'art. 40 Cost., la Corte costituzionale è arrivata ad ammettere anche la liceità del c.d. *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 c.d. *politico*, oltre a ritrovarsi nell'art. 40 Cost., viene individuato 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, i prime tre già presenti per le altre forme di sciopero, mentre l'ultimo esclusivo 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 costituzionale²³⁹. Si capisce bene allora che riconoscere nel caso dello sciopero c.d. 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*²⁴⁰; fortemente deficitaria nella struttura e nella cultura istituzionale del diritto europeo.

Come nel paragrafo precedente, si è visto sia per le norme protettive di istanze sociali (diritto del lavoro e modelli industriali), sia per l'esercizio dei diritti sindacali, una forte distanza tra i due mo-

²³⁹ Corte cost., sent. n. 290 del 1974 (par. 5, considerato in diritto).

²⁴⁰ U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, 2005, pp. 53 e ss.

delli, che, per lo più, si evidenzia a partire dal periodo post Maastricht. La differenza – rispetto a *Viking* e *Laval* – dei casi riguardanti le 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 europeo 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 si è 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 giurisprudenza *Bauer*²⁴¹ 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 fondamentali²⁴². Allora, tuttavia, 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, predilige un'impostazione di marca individualistica, secondo cui i diritti fondamentali devono trovare riconoscimento unicamente all'interno del controllo giudiziale e non in quella dimensione istituzionale e collettiva, la quale è incarnata nell'esercizio dei diritti sindacali²⁴³. È quin-

²⁴¹ Corte giust., C-569/16, 6 novembre 2018, *Bauer*.

²⁴² Anche se su questo fronte si prospettano ulteriori sviluppi, K. LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 633 e ss.

²⁴³ 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 (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 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 *Man-gold*; *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*)».

di l'elemento della cittadinanza-partecipazione all'*agorà* pubblica a mancare, che trova traccia nel nostro sistema nella concezione dello sciopero (come altrove), in quanto 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 europeo verso la dimensione collettiva della vita democratica e verso una cultura del conflitto sociale, la quale passa attraverso l'esercizio delle libertà collettive e una visione istituzionale dei diritti fondamentali.

7. L'«insostenibile leggerezza» della CDFUE e la solitudine delle Corti costituzionali

Un ulteriore punto di interesse è rappresentato dall'utilizzo della Carta di Nizza nei periodi di crisi. Il problema che si pone, a questo punto, è vedere quali differenze tra le due legalità si evidenzino, in relazione al "tipo" di protezione dei diritti fondamentali. Una prospettiva interessante da cui approcciare questa tematica²⁴⁴ è, senz'altro, la casistica giurisprudenziale che è venuta a crearsi durante l'ultima crisi dei debiti sovrani, in cui il modello di *austerità* adottato dall'UE ha evidenziato un problema di applicabilità della Carta di Nizza, che permane in potenza anche nello scenario *post crisi*²⁴⁵. Più in generale, una questione che è venuta in risalto è che, a causa, da una parte, del modello di *governance* di consolidamento fiscale della

²⁴⁴ Per un'analisi e considerazioni più ampie sull'impatto costituzionale della Carta di Nizza sia in relazione ad un utilizzo nei periodi ordinari, sia in relazione a quelli di crisi economica, si permetta di rinviare a, F. MEDICO, *Il ruolo della Carta di Nizza e la questione sociale: ci può solidarietà senza integrazione politica?*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021, pp. 248 e ss.

²⁴⁵ B. DE WITTE, *EU Emergency Law and its impact on Eu Legal Order*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, n. 1, 2022, pp. 3 e ss; per uno studio sull'impatto della *soft law* sul governo della crisi pandemica, M. ELIANTONIO, E. KORKEA-AHO, S. VAUGHAN, *The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 12, n. 1, 2021, pp. 159 e ss.

crisi che ha prediletto forme di *soft law*²⁴⁶ rispetto a quelle di *hard law*²⁴⁷, e, dall'altra, dell'utilizzo di strumenti internazionali come il *MES* e il *Fiscal Compact*, si è verificata una marginalizzazione della Carta di Nizza, come strumento in grado di garantire la protezione dei diritti fondamentali e la giustiziabilità delle pretese delle fasce più deboli della popolazione europea²⁴⁸. Tutto questo in ossequio ad un modello di «decostituzionalizzazione del diritto sovranazionale e, se si vuole, a monte di esso, dello stesso processo di integrazione europea»²⁴⁹.

Per scendere più nello specifico, per quanto concerne il primo filone, ovvero la predilezione per l'utilizzo di forme di *soft law*, la questione esiste da tempo e solo di recente il suo effetto sulla protezione dei diritti fondamentali è diventata una tematica ad essa connessa. A tal proposito, infatti, proprio nell'ottica di superamento della fase della separazione mercato-sociale con l'avvento di Maastricht²⁵⁰, ad inizio anni Duemila venne inaugurata la c.d. *Strategia*

²⁴⁶ Vedasi, a tal proposito, per una panoramica generale, l'importante studio di, L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

²⁴⁷ Critica giustamente la *soft law* per il suo attacco al principio democratico nella forma di smantellamento del sistema delle fonti e della sostituzione di regole politiche a regole mercantili di produzione del diritto, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 31 e ss.

²⁴⁸ Parla di una «*Europe's Lost Generation*», A. POULOU, *Austerity and European Social Rights: How Can Courts Protect Europe's Lost Generation?*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 6, 2014, pp. 1145 e ss.

²⁴⁹ M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, cit., pp. 102, che propone il concetto di deconstituzionalizzazione nel senso di una deformalizzazione giuridica del processo di integrazione europea, durante la crisi dei debiti sovrani.

²⁵⁰ In cui la separazione si manifestava in una prevalenza dell'utilizzo dell'*hard law*, ovvero di regolamenti e direttive nel ristretto campo delle competenze sociali riconosciute dal Trattato di Roma. Si parlava delle c.d. direttive "forti" degli anni Settanta e Ottanta (di cui alcuni esempi, Direttiva 75/117/CEE del Consiglio sulla parità della retribuzione, Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, sulla parità nell'accesso al lavoro, alla formazione e nelle condizioni di lavoro, Direttiva 79/7/CEE del Consiglio sulla parità nei regimi legali di previdenza e assistenza sociale, Direttiva 86/613/CEE del Consiglio sulla parità e tutela della maternità nel lavoro autonomo, Direttiva 2006/54/CE del Parlamento e del Consiglio, sull'attuazione del principio di pari opportunità e di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego).

di Lisbona, che da alcuni venne definita come «*a new constitutional compromise*»²⁵¹. Questa fu un'operazione in grado di allocare nuove competenze tramite uno *spillover effect* al livello europeo e una nuova stagione di coordinamento di politiche economiche, occupazionali e di coesione sociale che hanno preso il nome di c.d. *Metodo aperto di Coordinamento*. La finalità di tale nuovo approccio era quello di ampliare l'ambito di intervento europeo non tramite l'utilizzo dell'armonizzazione positiva (ovvero l'*hard law*), ma attraverso nuovi strumenti di *new governance* sul piano economico e giuridico nel campo delle politiche sociali con il fine dichiarato di promuovere una convergenza dei vari modelli sociali europei. Questa, infatti, rappresentava una strategia in grado di entrare maggiormente nelle scelte *welfaristiche* nazionali nel nuovo paradigma dell'interferenza strutturale – in mancanza di una revisione dei Trattati – anche perché le competenze sociali dell'UE rimanevano poche e non incisive nello stesso contesto post Maastricht e Lisbona²⁵². Questa fase, tuttavia, non è riuscita a portare ai risultati sperati, a causa del disallineamento dei modelli sociali nazionali con l'apertura ai Paesi dell'Est, dei limiti del nuovo modello di *governance* che si basava sulle c.d. *nudges* (spinte gentili)²⁵³ e in conseguenza dell'arrivo della crisi economica dei debiti sovrani.

Quello che, tuttavia, interessa sottolineare è che il modello di *governance* che bypassa l'utilizzo dell'*hard law* non si esaurisce in questa fase, ma anzi diventa ancora più centrale con la successiva stagione di centralizzazione sul Semestre europeo e la nuova implementazione del *Fiscal Compact* tramite gli organi sovranazionali²⁵⁴. Il passaggio rilevante, a tal proposito, è lo spostamento nell'uso di

²⁵¹ J. ZEITLIN, *Social Europe, and Experimentalist Governance: Towards a New Constitutional Compromise?*, in G. DE BÚRCA (eds.), *EU Law and the Welfare State: in Search of Solidarity*, Hart Publishing, Oxford, 2005, pp. 213 e ss.

²⁵² S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitti in tempo di crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 9 e ss.

²⁵³ Riprendendo l'espressione di R. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, Fetrinelli, Milano, 2014.

²⁵⁴ Il riferimento è all'impalcatura del meccanismo del ciclo di sorveglianza di bilancio, costruito dopo il 2011 attorno al trattato internazionale del *Fiscal Compact* e ai due pacchetti di regolamenti del *Six Pack* e del *Two Pack*.

questi nuovi modelli di *governance* e *soft law* dalla dimensione sociale a quella economica, in cui diviene egemone una razionalità di sorveglianza che privilegia i meta-valori dell'austerità e della stabilità dei prezzi e che annichilisce del tutto la dimensione redistributiva. È in questo contesto, infatti, che in letteratura appare il concetto di «*social displacement*» che assume la forma di un vero e proprio «tradimento dell'Europa sociale»²⁵⁵, per cui fenomeni come l'utilizzo sempre più massiccio di atti di *soft law* (come le raccomandazioni o i pareri specifici per determinati Paesi) all'interno del Semestre europeo acquisiscono una finalità di revisione di politiche sociali degli Stati membri in nome dell'*austerity*, dando forma a quel processo di infiltrazione del diritto europeo, che oltrepassa il principio di attribuzione. In questo senso, quello che avviene è un rilevante indebolimento dell'autonomia della politica sociale europea, la quale sempre più si trova a svolgere un ruolo di vero e proprio *innesto* ancillare rispetto al circuito di sorveglianza macroeconomica, provocando la tendenza del Semestre di coordinare la *social policy* attraverso le lenti della compressione della spesa pubblica e aprendo, di fatto, ad una revisione dei *Welfare* nazionali. L'effetto di questo uso combinato, da un lato, di atti *soft law* come le raccomandazioni della Commissione inserite all'interno del Semestre europeo, e l'utilizzo, dall'altro, della «*shadow of hierarchy*»²⁵⁶ generata dalla potenziale apertura della procedura di infrazione per debito eccessivo, comporta una decisiva compressione dell'autonomia politico-economica degli Stati membri, in materia di scelte redistributive e di protezione dei diritti²⁵⁷.

In questo contesto, si intravede il problema di una vera e propria marginalizzazione della Carta di Nizza e della scarsa protezione dei diritti fondamentali garantita dalla legalità europea. Questo perché l'impugnabilità di tali atti da parte degli individui, i quali lamentano l'indiretta violazione di alcuni diritti fondamentali discenden-

²⁵⁵ C. KILPATRICK, *The displacement of Social Europe: a productive lens of inquiry*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, p. 69.

²⁵⁶ M. DAWSON, *New governance and the Displacement of Social Europe: the case of the European Semester*, cit., p. 198.

²⁵⁷ D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, cit., p. 676 e ss.

ti dall'applicazione di questi provvedimenti, risulta sostanzialmente inagibile perché incapace, in prima battuta, di produrre effetti vincolanti nei confronti di singoli cittadini europei²⁵⁸ e, in seconda, di superare la prova della ricaduta individuale del provvedimento per i ricorrenti non privilegiati: requisito richiesto dalla Corte di giustizia per sindacare la misura, a partire dalla dottrina *Plaumann*²⁵⁹. Una prova di una tale impostazione si vede plasticamente, infatti, in *Sindicato dos Bancários do Norte*²⁶⁰ e in *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*²⁶¹, in cui, oltre ai profili citati, la Corte di giustizia ha sostenuto che le misure di *austerity* implementate dal Governo portoghese eccedevano l'ambito di applicazione della Carta di Nizza *ex art.* 51 CDFUE, in quanto non era stata dimostrata la stessa connessione causale tra attuazione dei provvedimenti del Governo lusitano e le indicazioni degli organi europei di compressione della spesa. La conseguenza di una tale scelta è, difatti, la garanzia di una sostanziale immunità²⁶² degli atti prodotti dalle istituzioni europee da qualsiasi controllo giudiziale sulla violazione dei diritti fondamentali e di "fuga" dalla Carta di Nizza.

Lo scenario rimane confermato, poi, se si guarda anche a quella casistica di sindacabilità di misure di *austerity* del secondo tipo, riguardante più specificatamente quella categoria di atti "atipici" internazionali legati all'approccio europeo alla crisi, che in dottrina è stato definito di «*new intergovernmentalism*»²⁶³, e che, seppur in altra forma, pone lo stesso problema di applicabilità della Carta di Nizza. I temi che si evidenziano, anche da questa complementare ma diversa prospettiva, sono, da una parte, il nodo del c.d. *locus*

²⁵⁸ Su questo profilo, G. VITALE, *Il controllo di legittimità sulle Raccomandazioni dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2019, pp. 1 e ss.

²⁵⁹ Che richiede la dimostrazione per il ricorrente privato del carattere «diritto» e «individuale» del danno, Corte giust., C-25/62, 15 luglio 1963, *Plaumann*.

²⁶⁰ Corte giust., C-128/12, 7 marzo 2013, *Sindicato dos Bancários do Norte*.

²⁶¹ Corte giust., C-264/12, 26 giugno 2014, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*.

²⁶² Evidenzia questo profilo, A. GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2013, pp. 1042 e ss.

²⁶³ C.J. BICKERTON, D. HODSON, U. PUETTER, *The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era*, cit., p. 1.

*standi*²⁶⁴, ovvero la legittimazione di individui o gruppi a contestare le misure di *austerity* in senso alla legalità dell'UE in nome della tutela dei diritti fondamentali, e, dall'altra, la falsificazione dell'immagine dell'ordinamento europeo come «sistema completo di rimedi giurisdizionali»²⁶⁵. In questo contesto, il ruolo della Corte di giustizia è stato, più in generale, di «facilitatore delle strategie di regolamentazione e degli assetti istituzionali definiti nelle sedi intergovernative dell'Unione», in quanto la tendenza è stata quella di una generale deferenza nei confronti delle decisioni prese nelle sedi politiche nei confronti delle rilevanti modifiche alla costituzione economica europea, come dimostrano le note sentenze *Pringle*²⁶⁶ e *Gauweiler*²⁶⁷, rispettivamente, sulla legittimità del MES e del programma OMT della Banca centrale europea²⁶⁸. Entrando, tuttavia, più nel dettaglio della casistica relativa all'applicabilità della Carta di Nizza, si possono evidenziare due fasi dell'approccio della Corte di Lussemburgo.

Una prima fase che si potrebbe definire di deferenza forte, rappresentata da pronunce come *AEDDY*²⁶⁹, *Von Storch*²⁷⁰, *Mallis*²⁷¹, *Pringle* e *Chrysostomides*²⁷² o le stesse *Sindicato dos Bancários do Norte* e *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, in cui la Corte di giustizia si è riconosciuta incompetente a sindacare l'operato delle istituzioni sovranazionali sia all'interno del MES, sia in relazione alle misure nazionali attuative della condizionalità. Le motivazioni sono differenti, ma provando ad estrarre alcune ragio-

²⁶⁴ F. CASOLARI, *C'è un giudice a Lussemburgo? Sui limiti strutturali e sostanziali alla tutela giurisdizionale dei singoli rispetto alle politiche di austerity dell'Unione europea*, in C. CARUSO, M. MORVILLO (a cura di), *Il governo dei numeri. Indicatori economici-finanziari e decisioni di bilancio nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 229 e ss.

²⁶⁵ Corte giust., C-50/00, 21 marzo 2002, *Unión de Pequeños Agricultores*, considerando 40.

²⁶⁶ Corte giust., C-370/12, 27 novembre, 2012, *Pringle*.

²⁶⁷ Corte giust., C-62/14, 16 giugno 2015, *Gauweiler*.

²⁶⁸ L'analisi di questi casi verrà trattata più nello specifico nel cap. III, par. 4.1.

²⁶⁹ Tribunale, T-541/10, 27 novembre 2012, *AEDDY*.

²⁷⁰ Tribunale, T-492/12, 14 novembre 2016, *von Storch*.

²⁷¹ Tribunale, T-327/13, 30 gennaio 2019, *Mallis*.

²⁷² Corte giust., C-597/18, C-598/18, C-603/18, C-604/18, 16 dicembre 2020, *Chrysostomides*.

ni prevalenti, in alcuni casi si è riconosciuta l'incapacità di tali atti di incidere direttamente nella sfera giuridica dei singoli, residuando in capo allo Stato un certo margine di discrezionalità nell'attuazione delle misure. In altri, si è sottolineato la natura ibrida degli stessi, non direttamente riconducibili alle istituzioni europee, in quanto adottati o da organi informali (come l'Eurogruppo), o da distinte organizzazioni internazionali come il MES. O, infine, ci si è fermati a non riconoscere una chiara delimitazione di competenze tra l'Unione e gli Stati membri e la mancanza di un criterio unico di imputabilità delle misure. A questa prima fase, poi, è seguita una seconda di deferenza debole, come nei casi *Ledra*²⁷³, *Leïmonia c. Consiglio*²⁷⁴, *Florescu*²⁷⁵, *ASJP*²⁷⁶, in cui se è vero che è stata riconosciuta la potenziale violazione dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee, per lo più nella forma debole della responsabilità extracontrattuale dell'Unione, nei fatti, però, il sindacato di merito si è dimostrato eccessivamente blando, prendendo la forma di un controllo di proporzionalità a bassa intensità in relazione al rispetto dei diritti fondamentali, facendo riferimento a concetti *passepertout* come quello di contesto economico di emergenza o alla dottrina dei *mandatory requirements* per giustificare il salvataggio degli atti europei.

Non è un caso, allora, che molti commentatori abbiano parlato, in questo contesto così descritto, di una dismissione del ruolo costituzionale della Carta di Nizza²⁷⁷; o abbiano riconosciuto un carattere dimidiato della protezione dei diritti fondamentali (in particolare quelli sociali) in Unione²⁷⁸. Quello che emerge da questa giurisprudenza è, infatti, una marginalizzazione della Carta di Nizza e di

²⁷³ Corte giust., C-8/15, 20 settembre 2016, *Ledra*.

²⁷⁴ Tribunale, T-531/14, 3 maggio 2017, *Leïmonia c. Consiglio*.

²⁷⁵ Corte giust., C-258/14, 13 giugno 2017, *Florescu*.

²⁷⁶ Corte giust., C-64/16, 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*.

²⁷⁷ C. BARNARD, *The Charter in Times of Crisis: a Case of Dismissal*, in N. COUNTOURIS, M. FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 250 e ss.

²⁷⁸ M. DE ZIO, *L'insostenibile leggerezza dei diritti sociali nell'Unione europea: alcune considerazioni alla luce delle sentenze Florescu e Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2020, pp. 203 e ss.

“fuga” dalla stessa, che non è riuscita a svolgere una funzione minima di garanzia dei diritti fondamentali in un contesto di crisi economica, e in cui, tramite il *Bill of Rights* europeo, non si è riusciti a “normalizzare” azioni *extra ordinem* del legislatore sovranazionale, il quale è giunto in vari frangenti ad adottare misure che molto spesso fuoriuscivano dai confini dei Trattati e le cui credenziali democratiche sono state messe fortemente in discussione. Con la conseguenza inevitabile, che questo uso della Carta di Nizza ha legittimato l’esistenza di vere e proprie «zone franche»²⁷⁹ nel sindacato giurisdizionale della legalità europea. Per provare a sintetizzare, insomma, si potrebbe dire che il diritto della crisi – che resta anche *pro futuro* e per le prossime crisi che l’UE sta affrontando un *corpus* giurisprudenziale che sembra difficilmente aggirabile – ha mostrato una visione dei diritti fondamentali incorporata nella legalità europea di tipo *debole*, secondo cui gli stessi non riescono a svolgere quella funzione di canalizzazione delle istanze sociali di contestazione, né a garantire una seppur lieve forma di limitazione, rispetto al potere arbitrario del legislatore.

Allargando la prospettiva, è stato detto, a questo proposito, che la Carta di Nizza abbia giocato in questi anni, infatti, il ruolo di una Carta dei diritti in «chiaroscuro»²⁸⁰. Questo è stato il frutto, senza dubbio, del contesto ordinamentale in cui la stessa è inserita e della matrice funzionalistica e post-democratica di cui la stessa è espressione, essendo mancata la creazione istituzionale di una cultura politico-contestatoria dei diritti in grado di riequilibrare la visione economicista del progetto europeo. Con un’ulteriore postilla, poi, si possono aggiungere due considerazioni: la prima, secondo cui risulta significativa l’impossibilità di utilizzare l’azione di annullamento come principale modalità di garanzia per cittadini o gruppi, la quale avrebbe dovuto essere lo strumento più rilevante attraverso

²⁷⁹ A. PIZZORUSSO, “Zone d’ombra” o “zone franche” nella giustizia costituzionale italiana, in A. D’ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 1021 e ss.

²⁸⁰ Seppur l’espressione è stata utilizzata in un contesto parzialmente diverso, 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, pp. 636 e ss.

cui la Carta di Nizza – intesa come parametro di legittimità ad *ambizione* costituzionale – si sarebbe dovuta esplicitare in rapporto alle misure di *austerità*. La seconda relativa ad un’incapacità dei diritti fondamentali europei a far emergere quei conflitti redistributivi, sempre più acuitisi nello spazio pubblico europeo durante la crisi, e che ancora oggi, rimangono fortemente “sotto pelle” nel diritto sovranazionale²⁸¹.

La riprova di questa lettura è data, infine, guardando al ruolo che hanno giocato l’altro grande attore dell’integrazione giurisprudenziale europea: ovvero le Corti costituzionali. Nella crisi economica è stato proprio su quest’ultime che è stato scaricato il peso della protezione dei diritti fondamentali, nei confronti delle esigenze di bilancio imposte dalle politiche di *austerità* europee. I giudici costituzionali sono stati posti nella difficile posizione di non far venire meno, da una parte, gli Stati membri agli impegni presi con l’Unione, e nel cercare, dall’altra, di non abbassare oltre una soglia di tollerabilità minima le protezioni sociali garantite dalle Costituzioni interne. Si è parlato, a questo proposito, con un’espressione molto fortunata, di una «solitudine delle Corti costituzionali»²⁸², in cui quello che è risultato non è tanto un problema di limitazione del *judicial review of legislation* garantito dalle Costituzioni nazionali (come si è visto, invece, per quanto riguarda la Carta di Nizza), ma la difficoltà delle stesse a dichiarare invalidi atti legislativi “mediati” di riduzione della spesa pubblica, figli di scelte materialmente prese per lo più in sede di *governance* economica europea e non dagli organi democratico-rappresentativi nazionali. Non sono mancate, ad

²⁸¹ A riprova di questa tesi, C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, p. 23, che sostiene come «può sembrare quanto meno eccentrico ragionare della Corte di giustizia quale giudice cui le magistrature nazionali si rivolgano, in via pregiudiziale, chiedendo se le norme europee ostino all’adozione delle varie misure nazionali di *austerità* adottate in esecuzione degli impegni assunti con la stessa Unione, specie laddove tale rinvio sia mosso dall’intento delle autorità giudiziarie di difendere i diritti sociali. Come è noto, ancora di recente e pur dopo l’approvazione della Carta di Nizza-Strasburgo, l’originaria matrice economicistica dell’Unione affiora, come una sorta di memoria inconscia, nelle decisioni della Corte di giustizia».

²⁸² 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, pp. 421 e ss.

ogni modo, alcune decisioni forti di contestazione dell'indirizzo politico europeo di *austerity*²⁸³, in nome di un'eccessiva compressione dei diritti fondamentali.

In conclusione, quello che emerge, in un quadro più generale, è che se a livello europeo lo scontro si è giocato nel monocromatismo tra Stati debitori e Stati creditori e non è stato riconosciuto nessuno spazio ai *social cleavages*, è sul piano della legalità costituzionale che sono stati scaricati quei conflitti redistributivi e di valore. È solo, insomma, anche nelle crisi, a livello della legalità costituzionale che si manifesta una concezione *forte* dei diritti fondamentali²⁸⁴, la quale dà voce – seppur in un contesto di emergenza economica²⁸⁵ – ad un pluralismo sociale che sembra assente e difficilmente radicabile nella struttura del diritto europeo.

8. *Una radicale alterità conflittuale tra le due legalità*

In conclusione, dell'analisi della giurisprudenza si possono trarre alcuni rilievi. Quello che emerge, infatti, dallo studio è la conferma dell'ipotesi di partenza, ovvero un conflitto tra le due legalità, che si evidenzia nelle giurisprudenze delle Alte Corti.

Quello che si presenta, pertanto, è un assetto valoriale incorporato dalle due legalità fortemente distante e che rischia di produrre una radicale alterità conflittuale, soprattutto in seguito all'acutizzazione nel periodo post Maastricht. Provando a ripercorrere brevemente gli esiti della ricerca, quello che appare, in prima battuta, è un diritto europeo che nasce su spinta sostanzialmente pretoria, in contrapposizione all'origine politica del costituzionalismo democratico sociale,

²⁸³ Di cui le più importanti pronunce restano quelle della Corte cost. portoghese, sentt. nn. 353 del 2012 e 187 del 2013, le quali hanno dichiarato incostituzionali alcune misure di *austerity* adottate dal Governo lusitano. Per il contesto italiano, la più incisiva è stata senza dubbio, Corte cost., sent. 70 del 2015.

²⁸⁴ R. BIN, *Diritti: cioè? Dietro i diritti, oltre le Corti*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1, 2022, p. 115, sostiene che «il conflitto è la dimensione pre-costituzionale, ontologica mi verrebbe da dire, dei diritti fondamentali».

²⁸⁵ Per una riflessione più generale, su queste tematiche, A. MORRONE, *Crisi economia e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2014, pp. 79 e ss.

e che arriva, passo dopo passo, a costruire un ordinamento giuridico autonomo e potenzialmente in grado di incidere fortemente sugli ordinamenti nazionali, tramite la dottrina dell'effetto diretto, la disapplicazione dei giudici comuni e la contestuale tutela diffusa del suo parametro. In questa costruzione giurisprudenziale della legalità europea è presente, in aggiunta, una visione della soggettività giuridica di stampo economico e mobile, che si avvantaggia dei diritti garantiti dalla *free movement of law*, con l'effetto tuttavia di invalidare, tramite l'attivazione del solo parametro europeo, norme nazionali che sono il risultato di una mediazione politico-conflittuale, la quale trova istituzionalizzazione nei meccanismi della democrazia rappresentativa.

Se su questo fronte si rimane, ad ogni modo, in una dimensione formale, maggiori problematiche emergono quando si passa ad analizzare la costruzione del mercato e delle quattro libertà. L'impostazione deregolativa offerta dalla Corte di giustizia tramite le due pronunce *Cassis de Dijon* e *Dassonville* e il suo modello di integrazione negativa, se è rimasto contenuto nel paradigma della separazione fino ad inizio degli anni Novanta, nella fase dell'interferenza strutturale tra legalità entra in forte frizione con la legalità costituzionale. Questo perché incentiva, da una parte, un modello di *regulatory competition*, in cui sono le stesse norme nazionali ad essere messe in competizione in nome di un maggior vantaggio da garantire all'operatore economico, e, dall'altra, perché assorbe, tramite il parametro monocromatico delle quattro libertà, quel pluralismo sociale²⁸⁶ garantito, invece, dalle normative nazionali, espressioni di un bilanciamento pluralistico di interessi nelle confliggenti società europee. È chiaro che, da questo punto di vista, se la logica dell'espansione del Mercato unico e dell'integrazione negativa restava, potenzialmente, contenuta nella fase della separazione tra parametri e della semplice correzione dei *nation-State failures*, quando si giunge all'espansione

²⁸⁶ Un caso che non è stato trattato in questo capitolo, ma che comunque resta molto significativo è Corte giust., C-159/90, 4 ottobre 1991, *Grogan*, in cui i giudici lussemburghesi tramite l'attrazione *de plano* dell'interruzione di gravidanza nella sfera del mercato e la qualificazione come una libertà economica, sterilizzano la contrapposizione etica (e quindi quel pluralismo sociale), che, al contrario, è ben presente nelle società occidentali tra chi è favorevole ad un pieno diritto di *habeas corpus* della donna (*pro choice*) e chi, invece, si oppone all'aborto (*pro life*).

del diritto dell'UE aumentano, probabilisticamente, i campi di frizione con la legalità costituzionale e dalla logica di completamento (e di convivenza) pre Maastricht si passa – anche grazie allo strumento dell'effetto diretto e del sindacato diffuso – ad un potenziale paradigma di sostituzione di un modello con l'altro.

Esempi, in questa prospettiva, vengono forniti in maniera importante dall'approfondimento del rapporto tra libertà di impresa e interessi collettivi sociali e da quello relativo alla tutela dei diritti sindacali nel diritto europeo. Anche in questo caso, l'analisi ha dimostrato la sostenibilità dell'ipotesi dell'esistenza di due fasi, la prima di separazione in cui in alcune pronunce (*Albany*, *Rush Portuguesa*) prende forma quella suddivisione della *dual polity*, che limitava l'espansione del paradigma di mercato ai modelli sociali nazionali. Dato che viene meno, invece, quando si entra nella fase dell'interferenza. Guardando, infatti, ai nuclei tematici affrontati, nel primo caso della libertà di impresa quello che si può rilevare dallo studio è una riproposizione di quel paradigma *libertà-eccezione* che fa prevalere l'interesse economico, a discapito degli altri interessi pluralistici e di protezione sociali tutelati dalle norme nazionali. Questo lo si evidenzia sia nel sindacato invasivo che la Corte di giustizia esercita sulla norma nazionale (sospetta *ex ante* di invalidità nel momento in cui presenta una potenziale limitazione della libertà), sia negli strumenti attraverso cui questo sindacato si sostanzia: ovvero la limitatezza delle esigenze imperative che possono garantire la compressione della *free movement law* e un controllo stretto di proporzionalità, il quale richiede che la norma nazionale sia la meno restrittiva possibile nei confronti della libertà economica. A questo si può aggiungere, come conseguenza materiale, il dato di una significativa manomissione, tramite l'ipostatizzazione del parametro mercatorio, di quei modelli industriali e commerciali nazionali (*Commissione c. Spagna*, *AGET-Iraklis*, *Centros*), che viene compiuta in nome della *deregulation* pretoria e che bypassa i meccanismi di decisione democratica presenti nelle arene nazionali²⁸⁷. Nella seconda casistica relativa

²⁸⁷ Elemento ben sottolineato da C. BARNARD, *Free movement and Labour Rights: Squaring the Circle*, in *Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, n. 23, 2013, pp. 1 e ss.

ai diritti sindacali, invece, il dato interessante è che, tramite l'allargamento dell'effetto diretto orizzontale e lo stretto controllo di proporzionalità (casi *Viking* e *Laval*) si espande potenzialmente anche la sfera di incidenza delle libertà economiche a quella manifestazione di pluralismo sociale, che rappresentano le organizzazioni sindacali. In questo senso, il non riconoscimento da parte della Corte di giustizia di alcuna differenziazione tra Stato e privato-collettivo e la logica "aut aut" dell'effetto diretto provocano un allargamento delle regole di applicazione delle libertà economiche non solo agli Stati, tramite il sindacato delle norme nazionali da loro prodotte, ma anche alle azioni di attori sociali, che non possono avvantaggiarsi dello schermo dell'uso della forza legittima. Quello che si manifesta, insomma, è un'evidente diffidenza, da un lato, nei confronti dei corpi collettivi e di quel modello istituzionale di concezione dei diritti fondamentali²⁸⁸ e un'avversione, dall'altro, nei confronti di quella funzione di redistribuzione e riequilibrio sociale che quei soggetti sociali garantiscono.

Passando, ora, all'analisi del rapporto tra *antidiscrimination law* ed eguaglianza sostanziale, anche in questo campo è la dimensione di una solidarietà non solo competitiva, ma squisitamente politica, che porta il principio di non discriminazione europeo ad essere affetto da una *normative deficiency*. L'idea che prevale in questa casistica, ma anche in quella relativa alla cittadinanza europea, è quella di correzione di esternalità relative al mercato, senza mai lambire, tuttavia, la dimensione della giustizia distributiva e di una allocazione solidale delle risorse. Questo lo si può notare sia in relazione alla non discriminazione e ai suoi limiti relativi alla trasformazione dei rapporti sociali, sia in rapporto all'idea di una cittadinanza europea che non si emancipa dalla dimensione del *market citizens*. Questa, non a caso, rimane funzionalizzata, anche nel periodo post Maastricht, alla circolazione dei fattori di produzione e risente nei periodi di crisi delle pressioni degli Stati più forti, i quali temono un indebolimento dei loro sistemi di protezione sociale e che conducono

²⁸⁸ Per un maggiore approfondimento sulle implicazioni della mancanza della dimensione istituzionale di tutela dei diritti fondamentali in Unione, si veda cap. IV, par. 3.

la Corte di giustizia a depotenziare la libera circolazione delle persone, come nella sua ultima fase restrittiva. In chiusura, anche in questo caso le problematiche strutturali di *judicial activism* della Corte di giustizia si mostrano, inoltre, anche sul problema dello scarico dei costi di allargamento di prestazioni di *Welfare*. I problemi che si sono rilevati, infatti, anche in questa occasione sono relativi ad una mancanza di una dimensione istituzionale dei diritti fondamentali e ad una visione consumistica della prestazione di *Welfare*, da parte della legalità europea. La Corte di Lussemburgo, non a caso, in nome della circolazione dei fattori di produzione non pondera i potenziali effetti negativi dell'asimmetria della costruzione sovranazionale, la quale non ha meccanismi di compensazione a livello europeo (un sistema di tassazione comune, ad esempio) e che comporta uno scarico dei "costi" eccessivo sui modelli sociali nazionali.

Infine, dall'ultimo aspetto approfondito, ovvero la visione dei diritti tra le due legalità, risulta un problema di *deficit* di applicabilità della Carta di Nizza e una conseguente visione *debole* di protezione dei diritti fondamentali. Il problema che si è evidenziato, difatti, è una forte difficoltà, nel sistema europeo di protezione dei diritti, a garantire quelle condizioni di contestazione e di canalizzazione costituzionale di quelle istanze sociali, le quali trovano nei diritti i propri veicoli di rivendicazione e degli strumenti di «*voices*»²⁸⁹. Non a caso, infatti, l'utilizzo di atti di *soft law*²⁹⁰ o di natura ibrida, a cavallo con il diritto internazionale, ha comportato una difficile applicabilità della Carta di Nizza e uno scarico della responsabilità di protezione degli stessi alle Corti costituzionali nazionali, che si sono trovate nella difficile situazione di non dover invadere eccessivamente, da una parte, indirizzi politici di compressione della spesa che, quantomeno formalmente, erano espressione dei Governi naziona-

²⁸⁹ Quello che sembra prevalere, in definitiva, è una dinamica di «*exit*», tipica di un'impostazione economica, invece, della «*voice*», espressione di una dimensione politica, riprendendo le categorie di A.O. HIRSCHMAN, *Lealtà, defezione, protesta. Rimedi alla crisi delle imprese, dei partiti e dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 39 e ss.

²⁹⁰ Considera l'utilizzo della *soft law* europea un'erosione del parametro democratico nazionale e della sua visione del conflitto sociale, A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto tra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, pp. 255 e ss.

li, e dall'altra, di garantire che la *deminutio* dei diritti fondamentali non andasse al di sotto del contenuto minimo degli stessi.

Quello che se ne può trarre come considerazione generale è che la crisi della legittimità democratica tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo ha come proiezione, sul lato giurisprudenziale, una differente relazione ai conflitti di valore, che spesso trovano un loro terreno di scontro sulla visione della costituzione economica e del pluralismo sociale. Da questo dato, poi, si possono tirare due ulteriori considerazioni conclusive. Una prima relativa alla tesi del *multilevel constitutionalism* e dell'omogeneità del patrimonio costituzionale tutelato tra le due legalità. Senza dover ricordare, infatti, che le Carte dei diritti non nascono come monadi isolate, ma risentono del contesto ordinamentale in cui sono inserite, quello che è sufficiente evidenziare è che la tesi della coassialità tra Carta di Nizza e Costituzione viene meno nel momento in cui, dall'analisi qui presentata, pare evidente che tra i due sistemi di diritti fondamentali tutelati ci sia una differente «regola del conflitto»²⁹¹ tra interessi confliggenti. Da questo punto di vista, infatti, la concezione dei diritti presente nel costituzionalismo democratico sociale è strutturalmente differente da quella del diritto europeo, in cui, ad esempio, non esiste quella gerarchia tra tutela delle libertà economiche e diritti²⁹². Come anche diversa è la concezione del bilanciamento presente nella legalità costituzionale, in quanto espressione del pluralismo sociale, la quale risulta molto lontano dalla logica dell'effetto diretto e dello stesso controllo di proporzionalità. Come è stato, infatti, correttamente ricordato «è per questo che quasi mai le costituzioni formalizzano i diritti nella loro nuda absolutezza, ma li controbilanciano con specifici interessi sociali contrapposti, interessi che tuttavia, come ac-

²⁹¹ A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 197.

²⁹² Sostiene, in relazione al rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali, che «l'uso della stessa terminologia, quale appunto dei diritti fondamentali, per identificare due tipi radicalmente diversi di diritti, è discutibile in sé», E. SPAVENTA, *Federalisation versus Centralisation: Tensions in Fundamental Right Discourse in the EU*, in M. DOUGAN, S. CURRIE (eds.), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 355.

cennato, sono essi stessi epitomi di bisogni e diritti di singoli, che generano – a loro volta – specifiche posizioni di dovere. Mi sembra chiara la differenza che intercorre fra questa posizione e quella che oggi sembra più fortunata, che ha fatto dei diritti il solo oggetto rilevante di studio del diritto costituzionale e ha cancellato la questione – che a me continua ad apparire essenziale – della sostanza di potere che giace sotto ogni diritto»²⁹³.

Quello che conta, infatti, non è tanto la presenza di una determinata “etichetta” formale per parlare di omogeneità di patrimonio costituzionale, ma la sostanza, che si ricava dal risultato: «quando una società opera un contemperamento tra questi interessi in conflitto e caratterizza tale contemperamento come un diritto o una libertà fondamentale (alla proprietà, alla manifestazione del pensiero ecc.) è il risultato del contemperamento a essere fondamentale: il diritto fondamentale dell’individuo da proteggere contro l’autorità pubblica, posto contro il diritto fondamentale del pubblico esercitato tramite l’autorità pubblica di agire per il perseguimento del pubblico interesse»²⁹⁴. In questo senso, non può che concordarsi con chi ha sostenuto che sia scorretto utilizzare l’art. 53 CDFUE come strumento per dare ingresso alla tutela formalistica del *maximum standard* perché «non ci sono diritti la cui tutela possa essere regolata in astratto secondo una scala di maggiore o minore garanzia prescindendo dalla giustificazione delle loro limitazioni e del contemperamento con altri interessi»²⁹⁵. Altrimenti facendo, si tende ad occultare, secondo un approccio di *new constitutionalism* e in nome di una quasi totale sovrapposizione dei diritti presenti nella Carta di Nizza e nelle Costituzioni nazionali, quei conflitti di valore che in questa analisi sono emersi dallo studio delle giurisprudenze.

²⁹³ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, p. 4.

²⁹⁴ J.H.H. WEILER, *Introduzione. Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in M. COMBA (a cura di), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Edizioni di Comunità, Torino, 2002, p. XXX.

²⁹⁵ R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, cit., p. 867.

Un'ulteriore considerazione riguarda, infine, i conflitti costituzionali discendenti da questa diversa consistenza materiale tra le due legalità, di cui una parte importante si gioca sulla «*microeconomic constitution*»²⁹⁶. Se questo si può ormai acquisire come dato, è evidente che superata la iniziale fase di separazione, i problemi aumentano, perché la possibilità di interazione diventa maggiore e quel processo di infiltrazione del diritto europeo nei sistemi nazionali si fa più strutturale e rischia di entrare in collisione con il costituzionalismo democratico sociale. Da questo punto di vista, poco o nulla può svolgere in termini compensativi la Carta di Nizza, perché essa rimane figlia di un processo di *Integration through Law*, caratterizzato da un approccio di tipo post-democratico, non in grado di potenziare le credenziali costituzionali della legalità europea sia in termini di apertura di spazi alla società politica europea, sia di federalizzazione tra gli ordinamenti²⁹⁷. È da qui, che si acuisce e si evidenzia il problema della legittimità democratica del diritto europeo, che trova il suo riflesso nel rapporto tra giurisdizioni in uno scarto storico-materiale nella costruzione dei diritti fondamentali e nel rapporto tra Stato-mercato (ovvero la costituzione economica)²⁹⁸ e

²⁹⁶ K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 13, che utilizza questo concetto per indicare quel modello di costituzione economica costruito sui cardini delle quattro libertà e della concorrenza, realizzato dalla Corte di giustizia, tramite il modello di integrazione negativa. Per un approfondimento di questa giurisprudenza, si veda, cap. II, par. 3, 5, 6.

²⁹⁷ Nello stesso senso sostenuto nel testo, M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2000, p. 391, il quale 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».

²⁹⁸ Sulla teoria dell'*incorporation* e sulla funzione federalizzante del *Bill of Rights* americano, A. BURATTI, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause della Costituzione americana*, in *Diritti comparati*, n. 1, 2020, pp. 1 e ss.

che si riversa inevitabilmente in un diverso approccio al pluralismo sociale. Questa è, in definitiva, la risposta al *perché* dei conflitti costituzionali e il motivo principale della nascita del tema dell'identità costituzionale nella fase post Maastricht, che verrà analizzato approfonditamente nel prossimo capitolo.

CAPITOLO III

IL CONFLITTO DECISIVO: L'IDENTITÀ COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. La problematica emergenza dei conflitti costituzionali. – 2. Prima fase: separazione e protezione dei diritti fondamentali. – 3. Interludio: la svolta di Maastricht. – 4. Seconda fase: a) interferenza e identità costituzionale. – 4.1. (*Segue*) b) Il giudizio *ultra vires* e gli effetti sulla costituzione economica europea. – 4.2. (*Segue*) c) Il nuovo corso delle tradizioni costituzionali comuni. – 5. Giurisdizioni “in panne” dopo Maastricht.

1. *La problematica emergenza dei conflitti costituzionali*

Si è parlato di uno «spirito polemico»¹ del diritto pubblico europeo come fattore strutturale dello stesso, che si manifesta nella forma dei conflitti costituzionali in Europa. Conflitti che trovano una loro topografia classica nella dialettica tra Corti costituzionali e Corte di giustizia e che vengono molto spesso letti, in chiave riduzionista, come espressioni di protagonismo delle Corti stesse. L'errore, tuttavia, che non bisogna compiere è di interpretare queste dinamiche ordinamentali al di fuori del contesto storico-materiale in cui si sviluppano, ovvero spingere a soggettivizzare eccessivamente, incentivando esclusivamente una «*inter-court competition explanations*»².

¹ G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto costituzionale europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, cit., p. 275.

² K. ALTER, *Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: a Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, in A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National*

Quello che si intende dire è che questi fenomeni non sono ascrivibili a quell'atteggiamento di «*judicial ego*»³, per indicare un certo grado di protagonismo che le Alte Corti – per loro stessa natura – hanno, spesso, voluto esercitare per incidere profondamente negli sviluppi delle loro società di riferimento. Questo, infatti, indica un effetto possibile della politicizzazione eccessiva del rapporto tra giurisdizioni, in particolare, e dell'integrazione giurisprudenziale europea, in generale, ma rappresenta un dato marginale nella riflessione che qui si intende portare avanti.

Ciò che è necessario anche in questo caso, al contrario, è provare a conservare quelle “lenti” materiali di studio del processo di integrazione europea, provando ad inserire gli orientamenti giurisprudenziali in un orizzonte più largo, leggendoli come espressioni di più generali tensioni tra ordinamenti che si sono registrate nella costruzione del progetto europeo. Le scelte di politica del diritto delle Corti costituzionali, da una parte, e della Corte di giustizia, dall'altra, vanno, pertanto, inserite nelle dinamiche storiche dei rapporti dialettici tra sistemi giuridici e studiate come parte del tessuto che compone il dato materiale della legalità costituzionale ed europea. 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*»⁴. O, seppur in parte cogliendo sul punto, leggere i conflitti tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo come un semplice dato descrittivo, inteso come frutto di una «*tangled complexity*»⁵ mai risolvibile, a cui il diritto deve cercare di porre rimedio, come tecnica di minimizzazione del loro impatto.

I conflitti costituzionali sono, ormai, diventati endemici nel rapporto tra ordinamenti e trovano la loro spiegazione principale in

Courts. Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context, Hart Publishing, Oxford, 1997, p. 241.

³ J.H.H. WEILER, *Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 1, 2011, pp. 1 e ss.

⁴ J.H.H. WEILER, *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2020, p. 236.

⁵ G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, London, 2014.

uno scarto storico-materiale che, soprattutto nel periodo post Maastricht, si è acuito tra i due modelli. Da questo punto di vista, i conflitti manifestano plasticamente una tensione irrisolta nel processo di integrazione europea, la quale chiama in causa la costruzione del processo democratico nel Vecchio continente, aggravata dall'accumulo di multiple crisi che toccano a pieno il problema non formale, ma tutto sostanziale, della legittimità⁶ della legalità europea. Non è un caso, infatti, che la costruzione silente del diritto europeo, incardinata sulla Comunità di Mercato e su quella di Diritto, si sia scontrata, per la prima volta in maniera esplicita, con il tema della sovranità politica solo a partire dalla firma del Trattato di Maastricht. Prima, infatti, il paradigma della separazione costruiva il diritto europeo in ottica di completamento del costituzionalismo democratico sociale, non intaccandone così le coordinate essenziali. In questa modalità, le due legalità avevano potuto convivere in termini sostanzialmente di binari paralleli senza manifestare grandi frizioni e rispondendo al tema della protezione dei diritti fondamentali, costruendo un'equivalenza funzionale tra i due sistemi⁷, la quale difficilmente avrebbe potuto produrre conflitti costituzionali, viste le ridotte dimensioni del diritto europeo. D'altra parte, suona quasi ingenuo, oggi, ricordare quello che all'epoca sembrava una verità lapalissiana per la Corte costituzionale degli anni Ottanta: ovvero, che il contrasto tra i sistemi giuridici fosse «sommamente improbabile»⁸.

Quando, invece, con Maastricht e tutto quello che n'è seguito, si entra nella fase dell'interferenza tra sistemi, si presentano due questioni. Da una parte, nell'ordinamento europeo si pone il tema di una fondazione democratica del suo principio del primato di matrice post-statale e compare, pertanto, il problema della costruzione di una Costituzione europea⁹. Mentre, dall'altra, nel costituzionalismo democratico-sociale, il rischio dell'erosione di esiziali com-

⁶ Sui presupposti della legittimità nello Stato legislativo e il suo rapporto con la legalità formale, C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 211 e ss.

⁷ Per un approfondimento su questo punto vedi cap. III, par. 2.

⁸ Corte cost., sent. 232 del 1989, che, a onore del vero, aggiunse anche che quello fosse «pur sempre possibile».

⁹ Per il dibattito su questo punto, cap. I, par. 3.

petenze sovrane (la moneta unica, tra tutte, rispetto al passato) e la perdita di quell'autonomia politica acquisiscono la tensione con il livello sovranazionale e producono l'effetto di disconoscere le credenziali democratiche del progetto europeo e l'irriducibilità del patrimonio costituzionale nazionale. Vale a dire quello che, ancora oggi, rappresenta le colonne d'Ercole del processo di integrazione. Da quel momento in poi, insomma cade in sostanza la tesi dell'equivalenza¹⁰ tra le due legalità, che neanche l'entrata in vigore della Carta di Nizza è riuscita a colmare. L'ascesa dei conflitti costituzionali rappresenta, dunque, solo la riproposizione, dal lato giurisprudenziale, delle tensioni sistemiche che sussistono, perché tutte materiali e irrisolte politicamente, tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo. Questo per dire, insomma, che quello che si vede nel rapporto tra giurisdizioni è solo un riflesso di un «conflitto tra ordinamenti» e, in tal senso, va interpretato, perché «non ci vuole molto, insomma, a capire che dietro alla contesa sul primato delle Carte e delle Corti sta, sottotraccia, il problema, tutto politico, del fondamento di legittimità che sorregge ciascun ordinamento alla luce del quale (e all'interno del quale) ciascuna pronuncia viene emanata»¹¹.

Diventa difficile, pertanto, in questa nuova fase caratterizzata dai conflitti costituzionali proseguire nel riproporre quell'«elogio della precarietà»¹², che, nel primo decennio degli anni Duemila, sembrava un modo per leggere i nodi irrisolti del progetto europeo. Questo perché, oggi, stanno venendo al pettine tutte quelle crisi del processo di integrazione europea, susseguitesì dagli anni Novanta in poi: quella migratoria, quella economico finanziaria dei debiti sovrani, la *Brexit*, la crisi della *Rule of Law*¹³ e l'emer-

¹⁰ Anche se ancora oggi viene ritenuta veritiera da una parte della dottrina che sposa la categoria del dialogo tra giudici. Per un approccio critico su questo concetto, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010.

¹¹ A. MANGIA, *L'interruzione della Grande Opera. Brevi note sul dialogo tra le Corti*, cit., p. 882.

¹² S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2002, pp. 469 e ss.

¹³ M. DANI, *Crisi dello Stato di diritto: un decennio di mancata autorigenerazione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2021, pp. 210 e ss.

sione di nuovi sovranismi, quella pandemica e, da ultimo, quella provocata dallo scoppio della guerra in Ucraina. Se, insomma, in passato si poteva sottostimare quella radicale alterità conflittuale persistente tra le due legalità, la non evoluzione politica dell'UE in una realtà federale ha allargato quello scarto storico-materiale tra ordinamenti e ha manifestato la difficoltà nella gestione del pluralismo sociale. Questo dato, pertanto, obbliga ad andare oltre alla sola lettura data dal pluralismo costituzionale, il quale, da una parte, registra correttamente la mancanza di una *supremacy clause* federale in grado di determinare una volta per tutte la prevalenza della legalità europea su quella costituzionale, ma che, dall'altra, si occupa esclusivamente di "sterilizzare" questi conflitti costituzionali, offrendo formali soluzioni giurisprudenziali di raccordo. Quello che bisogna, infatti, prendere in conto, in questa complessa fase, è il dato della legittimità costituzionale e democratica del diritto europeo e della sua capacità, una volta fuoriuscita dal paradigma del completamento dei *nation-State failures*, di proporre un modello costituzionale che garantisca spazi di compatibilità al costituzionalismo democratico sociale, oppure, sia in grado di riprodurlo oltre lo Stato nazionale.

Si possono idealmente, infatti, distinguere due fasi: separazione e interferenza strutturale. Nella prima stagione di separazione tra i due parametri compare il tema della protezione dei diritti fondamentali per il diritto europeo, su pressione delle Corti costituzionali europee, in particolare tedesca e italiana. In questa fase, tuttavia, i conflitti costituzionali sono a bassa intensità sia per la non ancora completa autonomia del diritto europeo ancora in costruzione e per la sua ristretta attenzione all'esclusiva creazione del mercato, sia per una generale disattenzione delle opinioni pubbliche nazionali, e dei giuristi in particolare, nei confronti delle sfide che quel nuovo ordinamento giuridico avrebbe riversato sugli ordinamenti costituzionali nazionali¹⁴. Il compromesso, infatti, viene raggiunto sul c.d. protocollo *Solange* di rispetto dei diritti fondamentali, che in sostanza

¹⁴ Per uno studio che ricostruisce il dibattito specialistico e le ideologie che hanno attraversato la costruzione europea, G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006.

rappresenta il riconoscimento di un'«equivalenza funzionale»¹⁵, più presupposta che reale tra i due parametri. Nel periodo post Maastricht, invece, quello che si registra è un livello più elevato di conflitti costituzionali, i quali si assestano con la svolta rappresentata dalla pronuncia *Maastricht Urteil* della Corte costituzionale tedesca che apre il tema dell'identità costituzionale nello spazio pubblico europeo. A partire da quel momento, la fase dell'interferenza strutturale tra legalità costituzionale ed europea manifesta la comparsa di un vero e proprio *discorso* sull'identità costituzionale, che si potrebbe classificare di tre tipi: 1. un controllo identitario sul rispetto dei principi fondamentali che definiscono il DNA dell'ordinamento costituzionale nazionale; 2. un sindacato sull'eccedenza, da parte dell'Unione europea, nell'utilizzo delle competenze ad essa attribuite; 3. un controllo, oltre l'equivalenza *Solange*, sulla protezione dei diritti fondamentali *a doppia tutela*. Guardando al caso italiano, infatti, il caso *Taricco* rappresenta la dimostrazione che quello che sembrava in quella fase sommamente improbabile, oggi è divenuto possibile e rischia di diventare la normalità del rapporto tra i due sistemi.

Un variegato e multiforme armamentario, dunque, che conferma la tesi dell'endemicità dei conflitti costituzionali e di un maggiore attivismo delle Corti costituzionali nazionali sul controllo dell'andamento del processo di integrazione europea. Questo, come ribadito in altre sedi di questo lavoro, chiama in causa due aspetti: 1. la legittimità democratica dello stesso e del suo approccio al pluralismo sociale, una volta superati i confini della stretta settorialità mercatoria; 2. la sostenibilità di quella logica di separazione dei parametri, che ancora oggi sembra alla base del rapporto tra sistemi e che ha rappresentato il perno del compromesso *Granital-Simmenthal*, siglato negli anni Ottanta, tra Corte costituzionale italiana e Corte di giustizia. Il panorama, è, infatti, radicalmente cambiato sia dal punto di vista dei compiti affidati alla legalità europea, sia dal punto di vista della nuova fase di interferenza strutturale. È come se, in definitiva, quei conflitti ordinamentali

¹⁵ Contesta la tesi dell'equivalenza funzionale tra i due ordinamenti, 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, pp. 889 e ss.

«rimossi», a causa di «insipienze politiche»¹⁶, trovino nel rapporto tra giurisdizioni una forma di canalizzazione nell'emersione di nuovi conflitti di valore e che, in questa sede, merita di essere sistematizzata in una chiave più generale e tramite una lettura materiale degli stessi.

2. *Prima fase: separazione e protezione dei diritti fondamentali*

La prima fase dei rapporti tra legalità è stata di separazione. L'interazione tra i due sistemi era a bassa intensità, rimanendo salde nelle mani degli Stati le principali competenze sovrane, ad esclusione degli strumenti necessari per la creazione del Mercato unico. Il diritto europeo rappresentava, dunque, un mezzo per il raggiungimento di questo obiettivo e, come visto nel secondo capitolo, è stato centrale il ruolo della Corte di giustizia nel disegnare l'attuale fisionomia della costituzione economica europea. Se, tuttavia, la regola era la separazione in questa prima periodizzazione, si sono presentate rilevanti eccezioni. Infatti, il rapporto tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo non è mai stato del tutto quello di due monadi, ma ha evidenziato anche negli anni iniziali, delle forme di «*judicial cross-fertilization*»¹⁷. Una parte importante di questo percorso si è giocata sulla base di un'influenza esercitata da parte delle Corti costituzionali sulla Corte di giustizia, risalente agli anni Settanta del secolo scorso, che ha riguardato principalmente la tematica dell'accesso dei diritti fondamentali all'interno del parametro della legalità europea¹⁸. Si incomincia a

¹⁶ E. OLIVITO, G. REPETTO, *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, pp. 6 e 16.

¹⁷ W. MATTLI, A.M. SLAUGHTER, *The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints*, in A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1997, p. 265.

¹⁸ Sulla prima fase di interazione tra Corti costituzionali e Corte di giustizia, M.R. DONNARUMMA, *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, pp. 407 e ss.

manifestare in sordina, in questa seppur ristretta modalità, il tema della legittimità della costruzione dell'impianto europeo, che solo con Maastricht prenderà una forma più consistente. In questo senso, dunque, anche da queste prime battute dell'integrazione giurisprudenziale, il ruolo delle Corti costituzionali può essere interpretato come quello di alfieri delle dinamiche strutturali presenti negli ordinamenti nazionali, su cui incominciava ad incidere il diritto europeo.

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*¹⁹, 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, tuttavia, ancora 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 successivo – che portò all'inglobamento dei diritti fondamentali all'interno del parametro del diritto europeo – può essere identificato, invece, in due principali motivazioni: il problema della legittimazione e dell'autonomia del diritto europeo, il quale necessitava di dotarsi di credenziali costituzionali, e la contestuale giurisprudenza *Solange-Frontini*, ovvero la spinta proveniente dai giudici costituzionali. 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 venir

¹⁹ Corte giust., C-1/58, 4 febbraio 1959, *Stork*.

modificate»²⁰. La tecnica attraverso cui in via pretoria²¹ 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 dai vari Stati membri.

Il *leading case* in questo senso è stato *Stauder*²², 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 europeo un ulteriore elemento di legittimazione *vis à vis* degli ordinamenti costituzionali nazionali e che viene riconosciuto volutamente in un momento successivo a *Van Gend en Loos* e *Costa-Enel*. Questo perché l'inglobamento nel parametro europeo 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 confliggente²³. Se con *Stauder*, dunque, si affaccia per la prima volta, il tema dei diritti fondamentali, questo verrà meglio sviluppato nelle due successive pronunce *Nold*²⁴ e *Internationale Handelsgesellschaft*²⁵, in cui la

²⁰ 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, p. 1102.

²¹ Parla di una «via giurisprudenziale» di tutela dei diritti fondamentali nell' allora Comunità europee e ritrova una delle ragioni di questa costruzione nella necessità di arginare «l'intervento delle Corti costituzionali nazionali (in particolare italiana e tedesca), che pure non ritennero di abbandonare completamente il campo, attraverso l'elaborazione della teoria dei c.d. "controlimiti"», A. PERTICI, *Dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti*, in G. RIVOSACCHI, M. ZUPPETTA (a cura di), *Governo dell'economia e diritti fondamentali in Europa*, Cacucci editore, Bari, 2010, p. 83, p. 86.

²² Corte giust., C-29/69, 12 novembre 1969, *Stauder*.

²³ 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, p. 1114.

²⁴ Corte giust., C-4/73, 11 gennaio 1977, *Nold*.

²⁵ Corte giust., C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH*.

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»²⁶. 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 europeo da intendere come «una creatura distinta di *transnational law*» e di «un'affermazione di autonomia»²⁷ 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* giudiziale²⁸ (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, se all'inizio è passata in sordina nei commenti, più di recente (come nel caso *Mangold*²⁹), non ha evitato scontri indiretti tra la Corte di giustizia e alcune Corti costituzionali³⁰ e che ha porta-

²⁶ 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 Barakat*, considerando 285 e Corte giust., *parere* 2/13, 18 dicembre 2014, considerando 170-172.

²⁷ M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity*, cit., p. 1103.

²⁸ In un unico caso, per quel che è noto, la Corte di giustizia ha abbozzato un utilizzo di un *test* simile nell'incorporazione dei diritti fondamentali, Corte giust., cause riunite C-7/56, C-3/57 e 7/57, 12 luglio 1957, *Algera*.

²⁹ Corte giust., C-144/04, 22 novembre 2005, *Mangold*.

³⁰ Alla sentenza *Mangold* della Corte di giustizia, la Corte costituzionale tedesca rispose con un controllo *ultra vires* (anche se era già stato teorizzato in *Mastricht 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 dover attivare solo per casi gravi e manifesti, ispirandosi, la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, alla nota *europafreundliche Haltung*.

to parte della dottrina all'utilizzo di toni aspri⁵¹, 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 un'influenza avvenuta nel diritto europeo su spinta del costituzionalismo democratico sociale. Tale influenza, tuttavia, va inserita in un discorso di ambizioni costituzionali del diritto europeo, interessato principalmente a dotarsi di un certo grado di autonomia e a non schiacciarsi sui cataloghi dei diritti presenti 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 fase non avviene per *motu proprio* dei giudici lussemburghesi, ma su forte sollecitazione delle Corti costituzionali⁵², e, più in particolare, di quella tedesca e di quella italiana che possiamo generalmente identificare con la giurisprudenza *Solange-Frontini*. In *Solange I*⁵³, 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 europeo 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

⁵¹ R. HERZOG, R. GERKEN, *Stop the European Court of Justice*, in *EU Observer*, 10 settembre 2008.

⁵² 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.

⁵³ BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I-Beschluß*.

fondamentale tedesco³⁴. Su questa presa di posizione tanto si è discusso in dottrina, ma quello che si può sicuramente ricavare è che in *Solange I*³⁵ due sono gli elementi da sottolineare: la 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; e l'intenzione della Corte costituzionale tedesca – seppur indirettamente – di influenzare il diritto europeo, 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, la quale si dimostrò ricettiva delle istanze e aperta, a partire dagli anni Settanta (stabilizzando il suo orientamento poi negli anni Ottanta e successivamente fino ai nostri giorni), a garantire la protezione pretoria dei diritti fondamentali, facendoli diventare così vero e proprio blocco dell'*acquis communautaire*³⁶.

Così si spiega, dunque, la nuova “impostazione” della Corte costituzionale tedesca in *Solange II*³⁷, che cambia la sua precedente

³⁴ «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».

³⁵ 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, valutando un consolidamento della giurisprudenza da parte della Corte di giustizia sulla tematica dei diritti fondamentali.

³⁶ Punto di arrivo di questa acquisizione dei diritti fondamentali all'interno del diritto europeo 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 ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 3 e ss.

³⁷ BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83, *Solange II*.

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*³⁸. Ben si conosce il «cammino comunitario»³⁹ 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 europeo e ci si limitò al riconoscimento di questo come mera forma di diritto internazionale pattizio soggetto all'applicazione del criterio cronologico, fino alla (quasi definitiva⁴⁰) stabilizzazione acquisita con il famoso duetto del caso *Simmenthal*⁴¹ e della sentenza *Granital*⁴². Quello che, tuttavia, ora 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 europeo, rinvenendo nell'art. 11 Cost. la clausola costituzionale che legittima il processo di integrazione europea e la base della sua lettura dualista, e, dall'altra, affermi che «l'ordinamento della Comunità economica europea

³⁸ Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

³⁹ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 2406 e ss.

⁴⁰ Sulla problematicità della sostenibilità del sistema *Granital-Simmenthal* si rinvia al par. 6 del presente capitolo.

⁴¹ Corte giust., C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal II*.

⁴² Corte cost., sent. n. 170 del 1984.

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 fondamentali⁴³, si trasformerà in una separazione di controllo giurisdizionale basato sul *discrimen* della fonte sovranazionale (se dotata o meno dell'effetto diretto), riconoscendo così implicitamente una equivalenza fiduciaria sul rispetto dei diritti fondamentali da parte del diritto europeo nei casi di sua competenza. Non tutte le porte erano chiuse, tuttavia, alla ri-avocazione del sindacato da parte delle due Corti costituzionali: per quella italiana, se si fosse dimostrato che gli atti europei avessero comportato l'esercizio da parte degli organi CEE di un potere che violava «i principi fondamentali o i diritti inalienabili della persona del nostro ordinamento costituzionale»; per quella tedesca, se il giudice fosse riuscito a dimostrare che vi fosse in concreto una lesione da parte del diritto europeo di un diritto fondamentale protetto dalla *Grundgesetz*, superando così la presunzione *iuris tantum*⁴⁴. Epifenomeni entrambi di riserve di sovranità, che nel caso tedesco – come si approfondirà meglio in seguito – si sono suddivisi in diversi tipi di controlli costituzionali come il *catalogo Solange*, l'*Identitätskontrolle* e il controllo *ultra vires*; i quali, invece, in Italia – a partire da *Frontini* – si sono stabilizzati nell'onnicomprendensiva *dottrina dei controlimiti*.

⁴³ Con la Corte costituzionale tedesca che continua a svolgere il suo sindacato su atti nazionali, i quali costituiscono attuazione discrezionale del diritto europeo, mentre con la Corte di giustizia che ha sindacato pieno in caso di atti nazionali di natura vincolata al parametro europeo.

⁴⁴ 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 la soglia dell'inammissibilità, BVerfGe, 1 BvR 1215/07, *Anti-Terror-Datenschutz-Gesetz* e in materia di *mandato di arresto europeo* in cui rilevava il valore della dignità umana, BVerfG, 2 BvR, 424/17.

Si sono viste, dunque, le motivazioni del diritto europeo che hanno portato in questa fase di separazione ad un'apertura dello stesso verso il costituzionalismo democratico sociale, basata sul bisogno di *self-justification* e di *self-legitimation* nei confronti degli ordinamenti nazionali; 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 ha rappresentato una prima stagione di «*jurisprudence of constitutional conflict*»⁴⁵ e che ha trovato, dunque, risoluzione in un doppio riconoscimento: da una parte, in una risposta positiva della Corte di giustizia alle istanze costituzionali nazionali e, dall'altra, in un modello di equivalenza funzionale dei cataloghi dei diritti fondamentali, da parte delle Corti costituzionali. Sul primo punto, tuttavia, vale la pena evidenziare una specificazione, fin da ora: come è stato dimostrato, è stata la preservazione della costruzione della «integrità, unità, e uniformità del sistema» che ha portato all'utilizzo da parte della Corte di giustizia del «*surface language*» dei diritti fondamentali in «*Stauder* e nella sua progenie». Questo perché quello che interessava maggiormente alla Corte di Lussemburgo non erano tanto i diritti, in quanto «la struttura profonda era tutta legata alla supremazia»⁴⁶ del diritto europeo.

Tenendo pertanto a mente questa rilevante considerazione di fondo, siamo in una fase, ad ogni modo, molto prematura rispetto alle rilevanti trasformazioni del diritto europeo avvenute, dagli anni Novanta in poi, nel periodo post Maastricht. Questo modello, il quale si potrebbe definire *minimalista*, si caratterizza per un forte 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 caratteriz-

⁴⁵ 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, pp. 262 e ss.

⁴⁶ 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*, cit., p. 1119.

za la loro concettualizzazione dei rapporti tra ordinamenti. C'è da aggiungere anche che – come si vedrà più avanti – se una prima interazione c'è stata in questa fase, siamo ancora in una stagione in cui le competenze del diritto europeo sono fortemente limitate, il controllo statale sulla macchina istituzionale europea è ancora molto forte e pregnante⁴⁷, l'Unione non si è ancora dotata di un catalogo scritto di diritti fondamentali e l'equilibrio tra sistemi si assesta su un sostanziale doppio binario parallelo di coesistenza. In definitiva, il diritto europeo era di dimensioni ancora molto ridotte per pensare di intaccare in maniera profonda i capisaldi del costituzionalismo democratico sociale 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. Quell'approfondimento sulla sostanza dei principi e diritti fondamentali non era necessario, infatti, perché il diritto europeo aveva funzioni limitate e, dunque, il compromesso sul via libera nazionale al processo di integrazione europea si poteva assestare su una presunzione "di sistema". Era lontano, in conclusione, il rischio dell'emersione di quello scarto storico materiale, il quale solo in seguito si è manifestato in maniera via via sempre più consistente e che ha portato ad una nuova stagione dei conflitti e alla seconda fase dell'interferenza.

3. *Interludio: la svolta di Maastricht*

Il rapporto tra i sistemi, e di rimando tra giurisdizioni, incomincia a modificarsi, a partire dalla firma del Trattato di Maastricht. Da quel momento, infatti, cambia in maniera rilevante il rapporto tra la legalità costituzionale e quella europea perché, si potrebbe dire, cambiano i dosaggi e le dimensioni in questo rapporto e gli equilibri stabiliti nella fase iniziale mostrano alcune problematicità. Prima di

⁴⁷ Siamo in una fase antecedente non solo l'adozione del Trattato di Maastricht, ma anche dell'Atto unico europeo, il quale rappresentò una svolta nell'allentamento dell'unanimità e dell'intergovernamentalismo come tecnica di governo principale nel diritto europeo.

entrare, tuttavia, nel merito delle motivazioni di questo cambiamento, è necessario un piccolo passo indietro.

Il progetto europeo, infatti, se dagli anni Sessanta in poi, aveva costruito quel sistema autonomo caratterizzato dal primato, dall'effetto diretto e dall'auto-riconoscimento di una Costituzione, era comunque vissuto, dal punto di vista dell'impatto materiale, "sotto pelle" dagli ordinamenti nazionali. Come lo stesso si può dire per l'importanza riconosciuta al "compromesso" sui rapporti tra ordinamenti, siglati dalla Corte di giustizia e dalle Corti costituzionali nazionali, che, ad esempio, in Italia aveva trovato un corrispondente nei precedenti *Granital* e *Simmenthal*. Tuttavia, quello che si era garantito con *Granital-Simmenthal*, aveva conseguenze non da poco, dal punto di vista della relazione tra i due sistemi: 1) il riconoscimento del primato europeo anche sulle norme costituzionali nazionali; 2) la creazione di un completo meccanismo decentrato di applicazione giurisdizionale del diritto europeo, tramite l'opera dei giudici comuni e l'istituto della disapplicazione (*rectius* non applicazione), potenzialmente alternativo al sindacato di costituzionalità accentrato, il quale nel frattempo aveva scelto di auto-marginalizzarsi in caso di attivazione della norma europea. Tuttavia, le ripercussioni di una tale "rivoluzione copernicana" non furono ponderate del tutto sin dall'inizio all'interno degli ordinamenti nazionali⁴⁸, perché, per l'appunto, le implicazioni di tale scelte presero forma solo con l'incedere del processo di integrazione europea. La stessa costituzionalizzazione delle quattro libertà e il paradigma del mercato, poi, era già presente nel diritto europeo fin dagli anni Ottanta, ma operava solo in potenza quegli effetti di destabilizzazione sui modelli sociali, i quali poi si sono realizzati solo successivamente. Questo perché, come ri-

⁴⁸ Sui problemi applicativi che solo successivamente si sono mostrati nella loro peculiarità (aumento competenze UE, allargamento potenziale dei conflitti tra Corti sui diritti fondamentali, casi di doppia pregiudizialità), V. ONIDA, *Armonia tra diversi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2002, pp. 551 e ss.; sul ruolo delle Corti costituzionali e sulla loro marginalizzazione di fronte al diritto europeo, A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2003, pp. 2427 e ss.; per una panoramica più generale, AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, Milano, 2007.

cordato nello scorso capitolo, anche sul fronte dei conflitti di valore, prevaleva un paradigma di separazione, che si rifletteva in una forte deferenza della Corte di giustizia sulle questioni con marcate implicazioni politico-sociali e che rispecchiava una certa consapevolezza politica sui confini tracciati allo sviluppo del progetto europeo.

Tutto questo per dire che molti di quei problemi del rapporto tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo erano già piantati in radice nella fase della separazione, ma solo in momenti successivi si sono presentati in maniera consistente. Il punto di svolta, da questo punto di vista, fu la firma del Trattato di Maastricht, che può essere considerato come un *turning point* fondamentale per la “forma” del processo di integrazione. Con Maastricht, infatti, il progetto europeo cambia volto perché quello che si registra è una notevole cessione di competenze sovrane, da parte degli Stati membri verso l’UE; l’introduzione di una cittadinanza europea aggiuntiva a quella nazionale, con il conseguente riconoscimento implicito di un carattere costituzionale del diritto europeo, che acquisisce lo *status* politico per eccellenza; e, più in particolare, la nascita della moneta unica e la conseguente piena migrazione della politica monetaria nella sfera sovranazionale, con l’istituzione di una Banca centrale europea del tutto autonoma dal ciclo politico. Da questo momento in poi, oltre ad una modifica radicale della costituzione economica europea⁴⁹, la quale dalla dimensione ordoliberal *micro* della concorrenza passa a quella *macro* della politica monetaria⁵⁰, in UE si sdogana anche il linguaggio costituzionale, con il dibattito se con il Trattato di Maastricht si fosse già acquisita una Costituzione europea o fosse necessario attuare l’ultimo passo per portare a compimento questa semi-costituzionalizzazione *de facto*. A questo

⁴⁹ Su questo punto è interessante riprendere lo studio, da molti considerato come punto di svolta verso il neoliberalismo in Europa e di dismissione della dimensione sociale europea rivendicata dallo stesso J. Delors, COMMISSIONE EUROPEA, *One Market, one Money. An Evaluation of the Potential Benefits and Costs of Forming an Economic and Monetary Union*, no. 44, 1990.

⁵⁰ Sulle implicazioni costituzionali del passaggio alla moneta unica, dell’istituzione di una Banca centrale indipendente e dell’incapsulamento della politica economica nelle maglie del pareggio di bilancio, O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 253 e ss.

interludio seguì, infatti, un lungo periodo di grande ottimismo costituzionale in cui le competenze dell'UE aumentarono notevolmente con la modifica dei Trattati (Amsterdam e Lisbona); si introdusse un catalogo scritto dei diritti fondamentali come la Carta di Nizza e le si riconobbe valore primario; si garantirono più poteri agli organi sovranazionali rispetto al passato pre Maastricht, in cui era rimasto egemone il modello intergovernativo e il controllo degli Stati membri sulle dinamiche dell'integrazione. Insomma, senza troppo indugiare su questioni note ai più, quello che inizia con Maastricht è un superamento pieno di quel modello del diritto europeo di correzione delle esternalità dei processi democratici, in cui era stato pensato con il Trattato di Roma, e la costituzione di un nuovo sistema potenzialmente concorrente a quello del costituzionalismo democratico sociale con una forte capacità di *infiltration* su quest'ultimo, vista la fuoriuscita dall'esclusiva dimensione mercatoria e l'ambizione generalista nei più disparati ambiti di intervento.

In questo contesto, che è stato definito di «*post-sovereign constitutionalism*», compare, quasi per contro-movimento, il ritorno di «*sovereignty claims*»⁵¹ nella forma dell'identità costituzionale che pone il tema, ormai ineludibile nel nuovo paradigma del diritto europeo, della legittimità democratica del processo di integrazione. Il *focus* del rapporto, dunque, tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo passa dal controllo sul rispetto dei diritti fondamentali a quella del rispetto di una più generale questione democratica. Un segnale di questo salto di qualità, sul fronte più schiettamente politico, è senz'altro rappresentato dal *petit oui* francese alla ratifica del Trattato di Maastricht nel 1992. Come anche, nel decennio successivo, si segnala la disconnessione democratica con il processo di integrazione nel rigetto d'oltralpe e olandese con referendum al Trattato costituzionale⁵² nel 2005.

⁵¹ M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism*, cit., pp. 165, 168.

⁵² 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, pp. 51 e ss., e che altri, invece, hanno definito un «*Post-constitutional Treaty*», A. SOMEK, *Postconstitutional Treaty*, in *German Law Journal*, vol. 8, n. 12, 2007, pp. 1121 e ss.

Concentrandosi, tuttavia, sul lato giurisprudenziale, centrale in questo dibattito mai sopito è, senza dubbio, la posizione assunta con *Maastricht Urteil*⁵³ dal Tribunale costituzionale tedesco. In questa sentenza, snodo del rapporto tra ordinamenti, viene, infatti, dismesso quell'atteggiamento di acquiescenza che le Corti costituzionali avevano *ab initio* nei confronti del diritto europeo e viene posto in maniera rilevante il problema del rispetto del principio democratico da parte del diritto europeo. Principio, che è possibile garantire – secondo i giudici costituzionali tedeschi – solo tramite la legittimazione indiretta degli Stati nazionali e l'imprescindibile partecipazione da parte del Parlamento e della Corte costituzionale tedeschi. L'UE, infatti, per il *Bundesverfassungsgericht* non è uno Stato, perché, da un lato, non è in grado di attribuirsi la *Kompetenz-Kompetenz*, né dall'altro, ha la capacità di garantire il rispetto di una legittimità democratica sufficiente, poiché non dispone di una sovranità popolare (*No Demos Thesis*⁵⁴), in condizione di sostituirsi a quella degli Stati membri. È solo uno *Staatenverbund* che è organizzato su base sovranazionale e al quale la Germania può partecipare nella misura in cui si rimanga nei confini tracciati dai Trattati (e non si trasformi in altro) e gli organi democratici tedeschi siano in grado di controllarne gli sviluppi e gli esiti. In questo senso, l'emersione del tema dell'identità costituzionale con *Maastricht* può essere letta come l'altra faccia della comparsa nel dibattito pubblico continentale del *deficit democratico* del progetto europeo, una volta superato i confini della *dual polity*.

Se, tuttavia, la posizione espressa dal *Bundesverfassungsgericht* rappresentava, senza dubbio, una rottura rispetto all'atteggiamento assunto nella prima fase dei rapporti tra sistemi, rimaneva aperta la porta, in *Maastricht Urteil*, di una possibile evoluzione dell'Unione europea e di un suo avanzamento in una costruzione in chiave democratica, riconoscendo la natura tutta politica di tale scelta costituzionale. Trasformazione che, invece, viene esclusa nell'altro grande *sequel* di questa pronuncia, ovvero la decisione sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la Legge fondamentale tedesca: *Lissabon*

⁵³ BVerfG, BVerfGE 89, 155, *Maastricht Urteil*.

⁵⁴ Per riprendere il dibattito tra Weiler, Habermas e Grimm, vedi cap. I, par. 3.

*Urteil*⁵⁵. In questo caso, la risposta della Corte costituzionale tedesca sembra molto più netta e di chiusura rispetto alla possibilità di una trasformazione costituzionale oltre lo *Staatenverbund*, opponendo l'esistenza di limiti invalicabili alla cessione di alcune competenze sovrane tedesche, le quali richiederebbero non solo l'esercizio di un potere di revisione costituzionale, ma addirittura di quello costituente, sfociando in un vero e proprio mutamento costituzionale. A questo proposito, il *Bundesverfassungsgericht* ha stilato (par. 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, invece, 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, delle forze di polizia all'interno e della forza militare all'esterno, c) le decisioni fondamentali in materia fiscale su entrate e uscite, 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, di sistema scolastico, di educazione e di rapporti con le comunità religiose. A questo dato di specificazione della c.d. *clausola di eternità*, si aggiunge la stabilizzazione di alcuni punti fermi (già presenti in *Maastricht Urteil*), ma che con questa occasione diventeranno un *acquis* della giurisprudenza costituzionale tedesca: centralità del Parlamento, controllo democratico, statualità intangibile, sovranità popolare espressa tramite il Parlamento.

Come è stato sottolineato, la posizione che viene assunta nell'interpretazione del dover essere del principio democratico da parte del Tribunale costituzionale tedesco, soprattutto dopo Lisbona, sembra proporre un paradosso: «se vuole essere compatibile con i valori e le forme della LF, l'UE deve assomigliare ad uno Stato federale, ma se assomiglia troppo ad uno Stato federale non è più compatibile con la LF»⁵⁶. Detto in altri termini, insomma, la Corte costituzionale tedesca, a partire da Maastricht in poi, ha scelto di cucirsi addosso quel

⁵⁵ BVerfG, 2 BvE, 2/08, *Lissabon Urteil*.

⁵⁶ F. PALERMO, J. WOELCK, "Maastricht reloaded": il Tribunale costituzionale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2009, p. 1029.

ruolo di tutrice della democrazia, declinata in chiave esclusivamente nazionale, andando al di là della stessa volontà politica di quegli organi democratico rappresentativi⁵⁷ (la cui protezione sembra al centro del suo ragionamento giuridico), per offrire una declinazione del principio democratico non troppo dissimile da quella offerta dal costituzionalismo difensivo. A dimostrazione di questa impostazione si può aggiungere anche che, attorno all'interpretazione della c.d. *clausola di eternità* racchiusa nell'art. 79.3 GG, i giudici tedeschi sembra abbiano operato «una sorta di lettura a due velocità dei principi intangibili: *intra moenia* strettamente originalista, *extra moenia* marcatamente evolutiva»⁵⁸; secondo cui se, all'interno, esso operava in chiave di divieto di instaurazione di un regime totalitario, all'esterno esso agisce come limite invalicabile del processo di integrazione europea⁵⁹.

Sia quel che sia e senza volersi spingere oltre in questi annosi dibattiti, quello che interessa in questa sede sottolineare è il cambio di passo che si registra con Maastricht nel rapporto tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo: vale a dire la comparsa dell'identità costituzionale, la quale si pone come nuovo perno dei conflitti costituzionali che si giocano per lo più nel rapporto tra giurisdizioni. Quest'ultima, infatti, da una parte, evidenzia la rappresentazione plastica di quello scarto storico-materiale che le Corti costituzionali incominciano a sottolineare, superando quella presunzione "di sistema" con il diritto europeo tipica della prima fase, e, dall'altra, si presenta come una forma di giurisdizionalizzazione di quel *deficit* democratico-politico, secondo cui «proteggere la sovranità nazionale è *passé*; proteggere identità nazionale insistendo sulle specificità

⁵⁷ J.H.H. WEILER, *The 'Lisbon Urteil' and the Fast Food Culture*, in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 3, 2009, pp. 505 e ss.

⁵⁸ P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015, p. 53.

⁵⁹ C. MÖLLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland"*, in *German Law Journal*, vol. 10, n. 8, 2009, p. 1254, che sostiene che «l'articolo 79, paragrafo 3, non aveva lo scopo di proteggere la Germania dall'Europa. Era inteso a prevenire lo Stato tedesco da un nuovo 1933, da un lento scivolamento verso il totalitarismo senza una rottura palesemente illegale. [...] È quindi molto dubbio che l'articolo 79 (3) della Legge fondamentale fosse inteso a preservare la sovranità dello Stato tedesco all'interno del processo di integrazione europea».

costituzionali è *à la mode*»⁶⁰. Quello che si intende dire è, in definitiva, che se la lettura data dal Tribunale costituzionale tedesco pecca, senza dubbio, di un'impostazione eccessivamente statocentrica e che assolutizza la visione ordoliberal tedesca di un progetto europeo come di «un'integrazione economica come un fenomeno apolitico»⁶¹, questa segnala, ad ogni modo, un'importante svolta dell'integrazione politica. L'entrata in vigore del Trattato di Maastricht ha rappresentato, in altri termini, un momento di «frattura»⁶² dell'ordine giuridico continentale e *Maastricht Urteil* simboleggia il riflesso, sul rapporto tra giurisdizioni, di una più generale messa in discussione delle credenziali democratico-popolari del diritto europeo in questa nuova fase. Il diritto giurisprudenziale fotografa, così, la venuta meno di un equilibrio tra i due sistemi, a causa dell'ingente e notevole espansione dell'UE, il quale non può più reggersi sul consenso permissivo e sulla *self-legitimation* del diritto europeo, ma chiama in causa dinamiche ordinamentali più profonde. I conflitti costituzionali nel rapporto tra giurisdizioni, a partire da Maastricht, diventano, non a caso, ad “alta intensità” e la quadratura del cerchio si fa sempre più complicata. Questo perché la generale disarmonia della costruzione europea post Maastricht, in cui si acutizzano le asimmetrie in mancanza di una chiara unità politica federale, si riversa in manifestazioni di contestazione, le quali trovano una canalizzazione istituzionale attraverso l'identità costituzionale nella forma di un conflitto decisivo sulla struttura del diritto pubblico europeo. Si entra, così, nella seconda fase dei rapporti tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo, in cui centrale diventa, da una prospettiva più formale, la gestione del paradigma dell'interferenza nel rapporto tra giurisdizioni e, secondo un'analisi più materiale, la definizione della costituzione economica europea e il contenuto stesso dei principi e diritti fondamentali, oltre l'equivalenza *Solange*.

⁶⁰ J.H.H. WEILER, *On the Power of the World: Europe Constitutional's Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, n. 2-3, 2005, p. 184.

⁶¹ Dato che, molto spesso, tornerà in causa anche nelle fasi successive riguardanti la definizione della costituzione economica europea, M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism*, cit., p. 173.

⁶² F. SAITTO, *Ragionando del Trattato di Maastricht come momento di “frattura”*: processo di integrazione europea e trasformazioni del sistema economico, in *Il Politico*, n. 2, 2019, p. 146.

4. Seconda fase: a) interferenza e identità costituzionale

A differenza della prima, la seconda fase dell'interferenza non è, pertanto, un periodo concluso, ma pienamente ancora in corso. L'elemento su cui si concentra principalmente questa nuova conflittualità tra sistemi è, come già anticipato, il *discorso* sull'identità costituzionale. Un termine quello di identità nuovo al linguaggio costituzionale quantomeno continentale, il quale non può essere ristretto alla sommatoria formalistica di quelle variegata tipologie di controlli sui limiti dell'integrazione europea⁶³ create 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 costituzionali siano strettamente collegati tra loro e mostrino l'emersione di uno scarto assiologico-materiale – ben presente e strutturato – tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo.

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 nazionale, presente nell'art. 4 TUE⁶⁴ che rappresenta un estremo tentativo di positivizzazione nei Trattati di questo dato in chiave pluralista. Norma, questa, attraverso cui si è tentato di "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 che non sono 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 inve-

⁶³ 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.

⁶⁴ «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».

rato. 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»⁶⁵, assegnandole, pertanto, una funzione di limite al primato tutta interna al diritto europeo e ristretta alle famose *compétences étatiques*⁶⁶. Come anche, non aiuta pensare di leggere l'art. 4 TUE in qualità di «cerniera suscettibile di risolvere i conflitti costituzionali tra i due sistemi normativi»⁶⁷, 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 europeo, che ben potrebbero essere raccolte nella onnicomprensiva formula della *europaizzazione dei controlimiti*, rappresentano sicuramente un approccio suggestivo, 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 «*constitutional momentum*»⁶⁸, non ad oggi 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 giudici⁶⁹, pare una prospettiva eccessivamente ottimistica che focalizza l'attenzione su una visione di *legal constitutionalism* dei conflitti costituzionali. Questa lettura, infatti, sottovaluta alcune tipologie di conflitti, su cui si gioca una parte importante di questa dialettica tra legalità nel rapporto tra giurisdizioni: di cui un esempio tra tutti, l'evoluzione della costituzione economica

⁶⁵ G. DI FEDERICO, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, p. 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.

⁶⁶ Per un approfondimento ulteriore su questo punto, si veda cap. III, par. 4 del presente lavoro.

⁶⁷ F.X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018, p. 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.

⁶⁸ N. WALKER, *Europe's Constitutional Momentum and the Search for Policy Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, n. 2, 2005, p. 211.

⁶⁹ Vedi nota 10 di questo capitolo.

europea, che, come si è visto con Maastricht, passa dalla dimensione *micro* a quella *macro*, intaccando in maniera importante le capacità redistributive degli Stati membri e dischiudendo potenziali conflitti di valore sempre più ormai all'ordine del giorno.

Lo scarto terminologico tra identità nazionale e identità costituzionale – nel diverso linguaggio della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali nazionali – già indica un indizio in questo senso di una matrice più larga nella seconda fase dell'interferenza, che sottintende, al contrario, uno scarto qualitativo tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo, il quale chiama a sé una questione di legittimità democratica. Sarebbe, in aggiunta, riduttivo – a parere di chi scrive – tenere isolato il tema 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*»⁷⁰ che non può essere ridotta, tuttavia, a mero «provincialismo costituzionale»⁷¹. In più, questa volontà indica un più generale e rilevante problema di rapporto tra i due sistemi, co-

⁷⁰ Secondo la nota proposta di A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, cit., p. 1419 e ss. 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 fondamentali, letti 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, *Vereinigtes Familienpress 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*.

⁷¹ Riecheggiando una formula provocatoria, ma intesa in senso tutto positivo da R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit., p. 757.

me “tipi” diversi in un contesto plurale e altamente conflittuale del diritto pubblico europeo.

Il dibattito, in definitiva, 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; né in una lettura pluralista che si preoccupi di armonizzare il solo dato procedurale. L'idea di «derubricare i conflitti costituzionali»⁷², 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 nel tortuoso processo di integrazione giurisprudenziale. 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 europea⁷³ e, *in secundis*, uno sguardo profondo nel cercare di cogliere la causa sottostante di questa nuova stagione dei conflitti. Tuttavia, andando con ordine e rinviando considerazioni più generali su questi temi al IV capitolo, ora ci si occuperà di individuare alcune pronunce riguardanti l'identità costituzionale in senso stretto, valutandone alcune sue implicazioni.

Entrando, ora, più nello specifico nel tema dell'identità costituzionale in senso stretto, i casi più noti, in cui viene in rilievo questo problema di definizione dei rapporti tra ordinamenti, sono sicuramente *Lissabon-Urteil* della Corte costituzionale tedesca e la vicenda *Taricco*⁷⁴ della Corte costituzionale italiana. Il tema dell'identità costituzionale, ad ogni modo, ha origini antiche ed è la risultante di un processo che sicuramente, in Germania, passa per il trittico *Solange II – Maastricht Urteil – Lissabon Urteil* e che, in Italia, è figlio della comparsa della dottrina dei *controlimiti*, nata negli anni Settanta, con

⁷² B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2018, pp. 441 e ss.

⁷³ P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 41, n. 2, pp. 491 e ss.

⁷⁴ Corte cost., ord. n. 24 del 2017, Corte cost., sent. n. 115 del 2018.

Frontini e poi stabilizzatasi con *Granital*⁷⁵. Si parla, in questo contesto, di processi paralleli ma spesso divergenti su tipologie di controlli sul processo di integrazione europea, fattore, quest'ultimo, spesso legato alla tipicità dei sistemi di giustizia costituzionale nazionali⁷⁶. 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'*Identitätskontrolle*⁷⁷. Un fenomeno, tuttavia, non limitato a due soli contesti nazionali, ma che ha visto una trasmigrazione di argomenti tra giudici costituzionali⁷⁸ 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 Francia⁷⁹, Spagna⁸⁰, Polonia⁸¹, Ungheria⁸² e Repub-

⁷⁵ Ribadita anche in Corte cost., sent. n. 232 del 1989, in cui i giudici costituzionali, non rinunciando al sindacato sui *controlimiti* (respingendo così l'eccezione dell'Avvocatura di Stato), affermano, con linguaggio molto lungimirante, che «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».

⁷⁶ Ad esempio, 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.

⁷⁷ 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, pp. 442 e ss.

⁷⁸ Sul tema, S. CHOUDHRY (eds.), *The migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁷⁹ *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.

⁸⁰ Tribunale costituzionale spagnolo, declaración DTC 1/2004, Trattato di Roma, 13 dicembre 2004.

⁸¹ Tribunale costituzionale polacco, caso K32/09 Trattato di Lisbona, decisione del 24 novembre 2010, Tribunale costituzionale polacco, 3/21, decisione del 7 ottobre 2021.

⁸² Corte costituzionale ungherese, 143/2010, decisione del 12 luglio 2010, Corte costituzionale ungherese, 22/2016, decisione del 30 novembre 2016.

blica ceca⁸⁵ e Romania⁸⁴. A questo dato c'è da aggiungere, poi, una seconda riflessione: a differenza del passato – indicativamente fino alla prima decade degli anni Duemila – in cui i controlli di identità costituzionale erano rimasti solo potenziali, o come è stato detto, con l'utilizzo di una metafora evocativa, solo «una pistola sul tavolo»⁸⁵, ora si è entrati in una fase in cui questo tema pare essersi sdoganato e in cui i conflitti sull'identità costituzionale sembrano essere sempre più all'ordine del giorno. Prova ne sono la *vicenda Taricco*, sul versante italiano; il caso *Gauweiler-OMT*⁸⁶ e il caso del *Signor R*⁸⁷ sul fronte teutonico⁸⁸; e le pronunce relative alla crisi relativa alla *Rule of Law*, le quali hanno interessato principalmente Polonia e Ungheria⁸⁹.

⁸⁵ 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.

⁸⁴ Corte costituzionale rumena, 390/2021, decisione dell'8 giugno 2021.

⁸⁵ G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 198.

⁸⁶ 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*, e che ha dato seguito, infine, a quella tedesca in BVerfG, 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016, *Gauweiler II*.

⁸⁷ BVerfG, 2 BvR 2735/14, *Signor R*, caso in cui la Corte costituzionale tedesca ha utilizzato l'identità costituzionale e, in particolare la violazione della dignità umana, al fine di 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 secondo l'interpretazione tedesca, 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 all'applicazione della *dottrina Melloni* (Corte giust., C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni*) e alla mancata effettuazione di un rinvio pregiudiziale, più approfonditamente, P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 3, 2016, pp. 197 e ss.

⁸⁸ 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* e BVerfG, 2 BvR 547/21-2 BvR 798/21-ERatG – NGEU, *EU Recovery Package* (che verranno trattati in relazione al giudizio *ultra vires*) e, BVerfG, 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14, *Bankenunion*.

⁸⁹ Corte costituzionale ungherese, 22/2016, decisione del 30 novembre 2016, Tribunale costituzionale polacco, 3/21, decisione del 7 ottobre 2021, per citare le più note che hanno negato il primato del diritto europeo, in nome dell'identità costituzionale nazionale.

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*⁹⁰, sia di poter intaccare l'identità costituzionale tedesca. Come è noto, infatti, a partire da *Lissabon Urteil*, la Corte costituzionale tedesca si è spinta nel definire i potenziali *spazi di sovranità* che non possono essere violati, 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 portata ad estreme conseguenze in *Lissabon Urteil*, poggia sulla necessità che il principio democratico, il quale risiede nella Legge fondamentale tedesca, non venga violato⁹¹ e sulla enunciazione della c.d. *clausola di eternità*, la quale pone dei limiti materiali al processo di integrazione europea. Nel caso *Gauweiler*, il principio democratico e l'*Identitätskontrolle* vengono in rilievo, poiché un programma illimitato di acquisti dei 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 sulla possibilità di quest'ultimo di deliberare e di 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 europeo – utilizzando la leva dell'*Identitätskontrolle* – attraverso la richiesta di una spiegazione chiarificatrice sullo strumento monetario 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*»⁹² da parte dei tedeschi per ottenere un ridimensiona-

⁹⁰ Su questo primo profilo, si dirà più approfonditamente nel par. 4.1. del presente capitolo.

⁹¹ La Corte costituzionale tedesca sempre in *Lissabon Urteil* (par. 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».

⁹² P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU. A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, vol. 18, n. 7, 2017, pp. 630 e ss.

mento della politica monetaria portata avanti dalla BCE nel contesto della crisi economico-finanziaria, e che, effettivamente, ha 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 *esclusivamente* monetaria⁹³, ribadendo però contestualmente una serie di condizionalità per non oltrepassare il confine della politica economica e la sua impostazione ordoliberal. Un'interpretazione, questa, sulla legalità del *programma OMT* offerta dalla Corte di giustizia, la quale è stata letta come un'ulteriore compressione della capacità di realizzare politiche economiche anticicliche 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 semi-egemonia politica sul processo di integrazione europea⁹⁴.

Quello che, ad ogni modo, interessa valorizzare a questo punto dell'analisi, è solo l'evidente criticità che in questo secondo paradigma dell'interferenza si scarica sulla dimensione giurisprudenziale. Come si vedrà ancora meglio in relazione al controllo *ultra vires*, un nodo di questa nuova fase è la determinazione del controllo sulla definizione della costituzione economica europea. Questo perché, a partire da Maastricht, alcuni Stati membri, da una parte, perdendo la capacità di utilizzare il potere della svalutazione per finanziare la loro spesa sociale, richiedono una politica espansiva della BCE in nome di una solidarietà finanziaria europea, mentre, dall'altra, altri Stati temono il rischio di un surrettizio finanziamento tramite la politica monetaria dei debiti sovrani e, pertanto, prediligono una restrizione del ruolo discrezionale della Banca centrale. In questo contesto di conflitti ad alta intensità, si inserisce la Corte costituzionale tedesca che richiama la Corte di giustizia ad un'interpretazione rigorosa del *no bail out* di stampo ordoliberal e rimarca il tema della mancanza di una legittimità democratica in UE per perseguire un indebitamento comune (e, quindi, un'Unione fiscale). L'identità costituzionale diventa, pertanto, lo strumento attraverso cui si manifesta-

⁹³ Corte giust., C-62/14, 16 giugno 2015, *Gauweiler v. Germania*, dal par. 108, aderendo tra l'altro alle conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón.

⁹⁴ 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, pp. 1049 e ss.

no questi conflitti interpretativi su norme dei Trattati, che prendono forma in veri e propri conflitti esistenziali sul futuro del progetto europeo, in cui il rapporto tra giurisdizioni gioca un ruolo centrale.

Un secondo esempio è la *vicenda Taricco*⁹⁵, in materia penale. Anche in questo caso, le questioni cambiano, ma il paradigma dell'interferenza risulta molto evidente. Dopo la prima pronuncia della Corte di giustizia in *Taricco I*⁹⁶ 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 secondo rinvio pregiudiziale⁹⁷ della sua storia, in cui – con toni molto duri – include il principio di legalità penale tra i *controlimiti* dell'ordinamento costituzionale italiano e chiede, in buona sostanza, di rivedere la posizione iniziale dei giudici lussemburghesi. 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 ricostruzione del precetto penale sia affidata al giudice e non al legislatore. La c.d. *regola Taricco* determinata dalla Corte di giustizia nella sentenza *M.A.S.*⁹⁸, infatti, prevedeva che fosse il giudice a determinare la sanzionabilità della condotta, attraverso «una “disapplicazione manipolativa” frutto di un procedimento *judge-made*»⁹⁹, provocando, però, a parere della Corte costituzionale un *vulnus* nella determinatezza del principio di lega-

⁹⁵ 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, Napoli, 2017 e, C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018.

⁹⁶ Corte giust., C-105/14, 8 settembre 2015, *Taricco I*.

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S e M.B.*

⁹⁹ V. MANES, *Taricco, finale di partita*, in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione e controlimiti alla prova della “Saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 414.

lità “democratica”¹⁰⁰, che non sarebbe stato colmabile nemmeno «grazie al progressivo affinamento della giurisprudenza europea e nazionale»¹⁰¹. La posizione della Corte costituzionale era, infatti, la seguente: solo con e nella *lex scripta* si può ricavare «la scelta relativa alla punibilità» e unicamente attraverso questa si può avere un esito compatibile con il principio di determinatezza in campo penale nel nostro ordinamento di *civil law*.

La risposta della Corte di giustizia in *M.A.S.*¹⁰² 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 europeo¹⁰³ e che, pertanto, la disapplicazione si blocca «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»¹⁰⁴, se entra in contrasto con quest'ultimo principio dell'Unione europea. La risposta, tuttavia, non pare sufficiente alla nostra Corte costituzionale, la quale con la sua seconda pronuncia¹⁰⁵ non riconosce nessuna applicazione italiana alla regola *Taricco*, esercitando – a parere di parte della dottrina¹⁰⁶ – *de facto* la dottrina dei *controlimiti*. Anche in questo esempio di seconda fase è evidente come l'identità costituzionale possa fungere da spazio del conflitto tra le due Corti e come, anche da questa prospettiva, si evidenzia un problema di forte interferenza del diritto europeo sul costituzionalismo democratico sociale¹⁰⁷.

¹⁰⁰ C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2015, p. 194.

¹⁰¹ Corte cost., sent. 115 del 2018, par. 12 *considerato in diritto*.

¹⁰² Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*

¹⁰³ Su cui confermano anche, Corte giust., C-574/15, 2 maggio 2018, *Mauro Sialdone*, Corte giust., C-310/16, 17 gennaio 2019, *Peter Dživev e al.*

¹⁰⁴ Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, par. 62.

¹⁰⁵ Corte cost., sent. n. 115 del 2018.

¹⁰⁶ 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, p. 160.

¹⁰⁷ Ricostruisce l'utilizzo dei *controlimiti* nella vicenda *Taricco* come una difesa della sovranità popolare, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, pp. 6 e ss.

Un terzo fronte, infine, riguarda l'utilizzo dell'identità costituzionale, in relazione alla c.d. crisi della *Rule of Law* europea¹⁰⁸. Senza poter scendere nel merito di questo importante tema, le più rilevanti decisioni su questo filone sono quelle del Tribunale costituzionale polacco¹⁰⁹ di fine 2021, sul lato nazionale, e le due decisioni della Corte di giustizia sulla legittimità del Regolamento sulla condizionalità (2020/2092)¹¹⁰, sul lato europeo. Quello che c'è sullo sfondo di queste vicende è lo scontro, tutto politico, tra Governi polacco e ungherese (a cui si sono affiancate le Corti costituzionali) e la loro involuzione in democrazie illiberali, da una parte, e l'UE, dall'altra, che spinge per bloccare questa deriva autoritaria nei due Paesi, la quale passa per lo più dall'attacco alla separazione dei poteri e dall'indipendenza della magistratura. Queste pronunce, infatti, possono ben rappresentare le due risposte date una, da Polonia e Ungheria, mentre, l'altra, dall'Unione europea, ad una tensione sempre più forte in questa nuova fase dell'interferenza.

Nel primo caso, quello che si evidenzia è un utilizzo distorto del linguaggio dell'identità costituzionale, da alcuni definita un esempio di «*constitutional solipsism*»¹¹¹, in quanto le argomentazioni dei giudici polacchi si presentano come un attacco duro e puro al diritto europeo. Secondo, infatti, le parole del Tribunale costituzionale polacco non esiste il principio del primato del diritto UE sulle norme costituzionali nazionali, ma sono queste ad essere riconosciute superiori; rimangiandosi in questo modo sessant'anni di acquisizioni avvenute con l'integrazione giurisprudenziale. A questo si aggiungono ulteriori dati che vanno nel segno di un'*escalation*¹¹²: la dichiarazione di in-

¹⁰⁸ Per una panoramica del ruolo giocato dalla Corte di giustizia nella crisi della *Rule of Law* europea e in difesa del primato, R. UPTZ, *The CJEU and the Normalisation of the Rule of Law Crisis*, in *Continuity and Change – How the Challenges of Today Prepare the Ground for Tomorrow – ECB Legal Conference 2021*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, pp. 211 e ss.

¹⁰⁹ Tribunale costituzionale polacco, 3/21, decisione del 7 ottobre 2021.

¹¹⁰ Corte giust., C-156/21, *Ungheria vs. Parlamento e Consiglio Europeo*; Corte giust., C-157/21, *Polonia vs. Parlamento e Consiglio Europeo*.

¹¹¹ J. SCHOLTES, *Symposium. Part II. From Constitutional Pluralism to Constitutional Solipsism*, in *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 16 ottobre 2021.

¹¹² W. BRZOWSKI, *C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2021, pp. 971 e ss.

costituzionalità degli artt. 2 e 19.1 TUE, nella parte in cui consentono ai giudici comuni di disapplicare norme non più vincolanti, in quanto abrogate dal Parlamento o dichiarate incostituzionali dal Tribunale costituzionale¹¹³ e che, nel caso di specie, riguardavano, per l'appunto, l'implementazione della riforma voluta dal Governo polacco; le affermazioni presenti nel comunicato che accompagna la pronuncia secondo cui «se la pratica del progressivo attivismo della CGUE, che consiste in particolare nell'inadere le competenze esclusive degli organi statali polacchi, nel minare la posizione della Costituzione come atto giuridico più elevato nell'ordinamento giuridico polacco, nel mettere in dubbio la validità generale e la definitività delle sentenze del Tribunale, e infine nel mettere in dubbio lo *status* dei giudici del Tribunale, non viene abbandonata, il Tribunale non esclude che [...] esaminerà direttamente la costituzionalità delle sentenze della CGUE, compresa la loro eliminazione dall'ordinamento giuridico polacco». Frasi che sono state definite una vera e propria dichiarazione verso una *Polexit*¹¹⁴.

Per quanto concerne, invece, la seconda pronuncia, quella sul Regolamento sulla condizionalità (2020/2092)¹¹⁵, il dato interessante è il modo attraverso cui la Corte di giustizia risponde al linguaggio dell'identità costituzionale spinto alle sue estreme conseguenze, come nel precedente sopra citato. I giudici lussemburghesi, infatti, forti della difesa della *Rule of Law*¹¹⁶, enucleata nell'art. 2 TUE inteso come clausola di omogeneità costituzionale¹¹⁷, superano la passata ritrosia ad utilizzare il linguaggio dell'identità e compiono, per la prima volta in maniera compiuta, un tentativo di opporre un'identi-

¹¹³ Il riferimento è alla pronuncia, Corte giust., C-791/19, 15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia*.

¹¹⁴ C. CURTI GIALDINO, *In cammino verso la Polexit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi. it*, n. 42, 2021, pp. IX e ss.

¹¹⁵ Su cui, A. BARAGGIA, *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell'Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/21*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2022, pp. 371 e ss.

¹¹⁶ A cui si aggiunge ormai stabilmente come corollario anche l'art. 19 TUE, come principio di tutela giurisdizionale effettiva su cui, M.E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2019, pp. 245 e ss.

¹¹⁷ Per una panoramica comparata, G. DELLEDONNE, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

tà costituzionale europea, al cui rispetto sottostanno anche le identità nazionali¹¹⁸. Per la Corte di Lussemburgo, infatti, la *Rule of Law* rappresenta un'obbligazione di risultato che definisce la stessa identità costituzionale europea: «l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri, insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, cosicché tali Stati dispongono di una certa discrezionalità per garantire l'attuazione dei principi dello Stato di diritto, [ma] ciò non comporta in alcun modo che tale obbligo di risultato possa variare da uno Stato membro all'altro»¹¹⁹. Un passaggio rilevante, dunque, che trova conferma in pronunce successive¹²⁰ e che segnala la chiamata in causa delle stesse credenziali costituzionali dell'UE, ovvero la stessa definizione del suo nucleo valoriale fondativo, il quale dopo Maastricht fatica ad imporsi solo tramite l'esclusivo primato funzionalista in chiave post-sovrana. Sintomatico, anche in questo caso, come questa dimensione trovi nei conflitti costituzionali di matrice giurisprudenziale la sua arena privilegiata, mostrando chiaramente il potenziale distruttivo dell'identità costituzionale e la fatica del rapporto tra giurisdizioni, nella seconda fase, a contenere queste istanze di contestazione radicale.

All'esito di questa analisi, quello che si può sostenere è come, dagli esempi riportati, l'identità costituzionale in senso stretto sia passata da una fase di dormienza a una di piena attività. Quest'ultima, inoltre, è stata messa in evidenza in contesti altamente sensibili della discrezionalità degli Stati membri, come la politica economica, la materia penale e la difesa dello Stato di diritto, dimensione, quest'ultima, che coinvolge vicendevolmente la sfera delle due legalità. Da questo punto di vista, l'identità costituzionale, anche quando utilizzata in chiave distruttiva, pone a rovescio, tuttavia, una questione di legittimazione del diritto europeo. A questo si può aggiungere, poi, una seconda considerazione, relativa alla difficoltà del rapporto tra

¹¹⁸ P. FARAGUNA, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2022, pp. 634 e ss.

¹¹⁹ Corte giust., C-156/21, *Ungheria vs. Parlamento e Consiglio Europeo*, par. 223; Corte giust., C-157/21, *Polonia vs. Parlamento e Consiglio Europeo*, par. 165.

¹²⁰ Corte di giust., C-430/21, 22 febbraio 2022, RS, su cui, D. GALLO, *Prima-to, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2022, pp. 374 e ss.; Corte di giust., C-391/20, 7 settembre 2022, *Cilevičs e al.*

giurisdizioni a gestire questa nuova fase dei conflitti costituzionali. Questo dato rappresenta il sintomo di una fatica più generale del progetto europeo a farsi "accreditare" in termini di autorità da parte degli Stati membri (di cui alcuni sembrano riproporre una logica da *free riding* come Polonia e Ungheria), soprattutto nel momento in cui si espandono gli ambiti di applicazione europea e a ciò non corrisponde un irrobustimento delle credenziali costituzionali. Al crescere del primo polo, si intensificano anche le richieste sull'altro, cioè quello che rileva in questa casistica è la difficoltà del diritto europeo di costruire un modello costituzionale maturo che sia in grado di far accettare la sua autorità, oltre la dimensione esclusivamente funzionalista dei *nation-State failures*. L'identità costituzionale in senso stretto resta, tuttavia, nei rapporti tra giurisdizioni *uno* dei diversi pezzi del *puzzle* che definiscono questa seconda stagione dei conflitti, ma non l'unico.

4.1. (Segue) *b) Il giudizio ultra vires e gli effetti sulla costituzione economica europea*

Un diverso fronte da dover approfondire nel *discorso* sull'identità costituzionale è il ruolo giocato dal giudizio *ultra vires*. Questa forma di controllo sui limiti all'integrazione europea compare per la prima volta nel diritto pubblico europeo con la sentenza *Maastricht Urteil*¹²¹, in cui la Corte costituzionale tedesca – sancendo la natura non federale, ma di *Staatenverbund* dell'Unione europea – stabilì che il diritto europeo era caratterizzato dal c.d. principio del *conferral* e che, pertanto, essa si riservava di effettuare un controllo su eventuali atti europei, i quali 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 all'Unione dalla determinazione degli organi politico-istituzionali nazionali. Ci si trova davanti così ad uno dei *topos* classici dei rapporti tra ordinamenti, ovvero quello della delimitazione delle competenze.

¹²¹ BVerfG, BVerfGE 89, 155.

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 europeo. Senza entrare nel dettaglio e molto brevemente, nel diritto europeo ci si trova davanti ad una vera e propria «*competence constellations*»¹²²: 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 europeo, che si determinano dalla trasversalità dell'interpretazione delle libertà economiche, le quali non possono essere violate dagli Stati, anche nei campi di loro esclusiva competenza. A questa 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 europeo tra competenza a legiferare (le c.d. *competenze positive*) e *ambito di applicazione*¹²³, 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*¹²⁴, i quali rappresentano un'erosione strisciante ed indiretta di competenze statali non esplicitamente cedute dagli Stati all'Unione. Un esempio lampante, a questo proposito, è l'interpretazione data

¹²² S. GARBEN, *Confronting the Competence Conundrum: Democratizing the European Union through an Expansion of its Legislative Powers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n. 1, 2015, pp. 57.

¹²³ M.E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.

¹²⁴ 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, pp. 1 e ss.

all'art. 51 della CDUE¹²⁵ da parte della Corte di giustizia, a partire dal caso *Åkerberg Fransson*¹²⁶, con cui si è inaugurata una giurisprudenza molto espansiva¹²⁷ sul significato di «attuazione del diritto dell'Unione»¹²⁸, che ha adottato un'interpretazione di questo lemma molto generosa «sì da includervi non solo norme nazionali adottate allo specifico fine di attuare obblighi europei, ma altresì qualsiasi norma nazionale che interferisca con l'applicazione della normativa europea o ne pregiudichi, in qualche modo, l'effettività»¹²⁹.

Una lettura dell'art. 51 CDFUE molto larga che ha permesso alla Corte di giustizia di considerare rientrante nell'*ambito di applicazione* del diritto europeo (*ergo* dei diritti fondamentali) anche norme nazionali che intercettavano il solo cono d'ombra del diritto dell'UE¹³⁰, su cui la dottrina si è esercitata per cercare di individuare

¹²⁵ «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».

¹²⁶ 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).

¹²⁷ Sui rapporti tra Corte di giustizia e Corti costituzionali, in relazione all'interpretazione dell'art. 51 CDFUE e all'ambito di applicazione della Carta di Nizza, A. DI MARTINO, *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: profili comparativi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, pp. 759 e ss.

¹²⁸ In contrasto con un'altra giurisprudenza più restrittiva sul significato di attuazione, intesa come implementazione in senso stretto, Corte giust., C-5/88, 13 luglio 1989, *Wachauf*.

¹²⁹ M.E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, cit., p. 199.

¹³⁰ La Corte di giustizia richiede che, 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 specifici

– in un panorama estremamente casistico – una classificazione¹⁵¹. Se è corretto, dunque, parlare di *competence creep* o *competence sweep*, è anche vero, tuttavia, che, in questo caso, non si incide sulla *titolarietà* della competenza, ma piuttosto sul suo *esercizio*¹⁵². 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*¹⁵³ 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 europeo 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 pensare¹⁵⁴. 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 ef-

camente la materia o che possa incidere sulla stessa», in Corte giust., C-206/13, 6 marzo 2014, *Siragusa*, considerando 24 e 25.

¹⁵¹ Secondo, M.E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali*, cit., p. 200 e ss., si rientra all’interno dell’ambito di applicazione del diritto europeo 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 europeo 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.

¹⁵² 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, p. 62.

¹⁵³ 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, p. 249.

¹⁵⁴ Per maggiori approfondimenti, vedi cap. II, par. 7.

fetti 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 – della «stabilità dei prezzi»¹⁵⁵ e del conseguente mantenimento dell'inflazione su livelli inferiori, ma prossimi al 2% nel medio periodo.

Si capisce bene allora, dopo questa breve panoramica, come anche il tema del controllo *ultra vires* racchiuda in sé un alto potenziale di conflittualità. Passando dalla teoria alla pratica, si sono registrate, infatti, alcune pronunce delle Corti costituzionali nel panorama dei rapporti tra ordinamenti, in cui atti del diritto europeo sono stati dichiarati *ultra vires*. La prima a rompere il tabù è stata la Corte costituzionale ceca nel famoso caso delle c.d. *pensioni slovacche*¹⁵⁶. 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, in cui erano regolamentati i pagamenti delle prestazioni previdenziali dei cittadini dei due Stati. Su questo verteva il conflitto tra la Corte costituzionale ceca – che in una pro-

¹⁵⁵ Art. 127 comma 1 TFUE: «L'obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali, in seguito 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».

¹⁵⁶ 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, 2014, pp. 54 e ss.

nuncia del 2003¹³⁷ aveva stabilito il principio di una necessaria compensazione delle aspettative pensionistiche dei cittadini cechi, sulla base del principio di non discriminazione previsto dalla Costituzione ceca – e la Corte amministrativa suprema ceca (insieme al Governo ceco stesso), la quale affermava la superiorità del Trattato internazionale a qualsivoglia disposizione costituzionale e che, pertanto, negava la legittimità della compensazione. In questo contesto, viene coinvolta la Corte di giustizia con il caso *Landtova*¹³⁸, 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*¹³⁹, 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 ceco¹⁴⁰.

Il secondo caso, invece, riguarda la Danimarca e verteva su un contrasto 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 discrimina-

¹³⁷ Corte costituzionale ceca, n. II.ÚS 405/02, *Pensioni slovacche I*, decisione del 3 giugno 2003.

¹³⁸ Corte giust., C-399/09, 22 giugno 2011, *Marie Landtová*.

¹³⁹ Corte costituzionale ceca, causa n. Pl. ÚS 5/12, *Pensioni slovacche II*, XVII, decisione del 31 gennaio 2012.

¹⁴⁰ A ulteriore dimostrazione del carattere nazionale della vicenda, il seguito fu segnato dal problema, per i giudici di merito cechi, se aderire o meno alla giurisprudenza costituzionale o a quella della Corte di giustizia. La questione si risolse, da un lato, con un intervento compensativo del Governo ceco per i ricorrenti e, dall'altro, con il ritiro del nuovo rinvio pregiudiziale che il Consiglio di stato ceco aveva, nel frattempo, sollevato davanti ai giudici lussemburghesi, Corte di giustizia, C-253/12, cancellata dal ruolo il 27 marzo 2013.

zione in base all'età¹⁴¹ e che, contestualmente, decide di sollevare un rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia risponde con la pronuncia *Dank Industri*¹⁴², 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*¹⁴³, a questo punto, è la qualificazione di questa giurisprudenza come un atto *ultra vires*. Le argomentazioni si presentano di taglio molto originalista e adottano un approccio tutto concentrato sull'interpretazione del *Danish Accession Act*¹⁴⁴, come base legale per determinare la suddivisione delle competenze tra ordinamento danese e quello europeo. La conclusione a cui si giunge è 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 tracciati dalla Costituzione danese in merito alla partecipazione europea¹⁴⁵ e non può, pertanto, portare alla disapplicazione della legge danese.

In materia, tuttavia, di controllo *ultra vires* degli atti europei, 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 europeo, come ricavati dalle tradizioni costituzionali co-

¹⁴¹ 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 applicabile. Non a caso, l'art. 2, par. 1 della *Lov om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (funktionærloven)* 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».

¹⁴² Corte giust., C-414/14, 19 aprile 2016, *Dank Industri*.

¹⁴³ Corte suprema danese, n. 15/14, *Ajos A/S c. The Estate left by A*, decisione del 6 dicembre 2016.

¹⁴⁴ Act of Parliament no. 321 of April 30, 2008.

¹⁴⁵ Per un approfondimento 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, pp. 140 e ss.

munì. Ci si riferisce, in questo caso, alla nota sentenza *Honeywell*¹⁴⁶, in cui la Corte costituzionale tedesca risponde – seppur indirettamente – alla giurisprudenza *Mangold*¹⁴⁷, 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 il c.d. *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, ad ogni modo, nodale dello stesso processo di integrazione europea, in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha dimostrato di voler esercitare il più incisivo controllo sui limiti delle competenze europee, si pone in materia di politiche monetarie, portate avanti dalla Banca centrale europea (*vicenda Weiss*); ed economiche, con il sindacato sulla ratifica dell'*EU Recovery Package*.

A questo proposito, sul primo filone monetario, in seguito alla già affrontata *saga Gauweiler*¹⁴⁸ e al caso *Pringle*¹⁴⁹, un ulteriore sviluppo del conflitto sulla politica macroeconomica per il governo della zona Euro¹⁵⁰ si ha con la *vicenda Weiss*. Questa volta, infatti, sotto la scure del Tribunale di Karlsruhe non era il programma OMT, ma

¹⁴⁶ BVerfG, 2 BvR 2661/06.

¹⁴⁷ Corte giust., C-144/04, 22 novembre 2005, *Mangold*, poi ribadita *ex multis* in Corte giust., C-555/07, 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci*. Per il ruolo giocato dal principio di non discriminazione, vedi cap. II, par. 4.

¹⁴⁸ In cui i giudici costituzionali tedeschi presentano sia problemi attinenti all'identità costituzionale, sia in merito ad un possibile giudizio *ultra vires*.

¹⁴⁹ Il quale 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 europeo, Corte giust., C-370/12, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle v. Irlanda*.

¹⁵⁰ 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 di 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, pp. 1629 e ss.

un altro pezzo importante della politica monetaria della BCE come il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP)¹⁵¹, 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 pregiudiziale¹⁵² alla Corte di giustizia sulla legittimità di questo programma e sul potenziale travalicamento dei limiti di mandato della Banca centrale europea, lamentando, da una parte, 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, dall'altra, la prosecuzione da oltre due anni di questi programmi di acquisto titoli necessitasse di un nuovo giudizio sulla proporzionalità di questo meccanismo¹⁵³. La risposta della Corte di giustizia non si è fatta attendere: con la pronuncia *Weiss*¹⁵⁴, essa ha ribadito sostanzialmente la sua precedente giurisprudenza e ha confermato la legittimità del PSPP, esercitando un *soft control* formale sulla tecnicità delle scelte della 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 all'epilogo della *saga Weiss*, con la decisione del Tribunale costituzionale tedesco¹⁵⁵ (a seguito del rinvio pregiudiziale) del 5 maggio 2020.

In *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 valuta-

¹⁵¹ Noto anche con il nome di *Quantitative Easing*, inaugurato come strumento di politica monetaria dall'allora Presidente della BCE Mario Draghi, e confermato successivamente nel suo utilizzo anche dall'attuale Presidente Christine Lagarde, a seguito dell'emergenza COVID-19 e prima dello scoppio della crisi inflazionistica, con il nome di *Pandemic emergency purchase programme* (PEPP).

¹⁵² 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*.

¹⁵³ Su cui, P. FARAGUNA, *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2017, pp. 930 e ss.

¹⁵⁴ Corte giust., C-493/17, 11 dicembre 2018, *Weiss*.

¹⁵⁵ BVerfG, 2 BvR 859/15-2 BvR 1651/15-2 BvR 2006/15-2 BvR 980/16, *Weiss II*.

to 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 BVERFGGE ha contestato l'assenza di motivazione della sussistenza della proporzionalità»¹⁵⁶. La risposta della Corte costituzionale tedesca è stata, quindi – 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*. Di fatto, 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 dell'operato della BCE e della giurisprudenza della Corte di giustizia¹⁵⁷.

Le implicazioni indirette¹⁵⁸ di questa pronuncia possono essere molte, ma quello che basta dire in questo contesto è che non paiono per nulla condivisibili analisi che hanno – pur giustamente valorizzando l'autonomia del diritto europeo – assunto una difesa acritica della Banca centrale europea, qualificando in senso negativo la scelta dei giudici tedeschi¹⁵⁹; né paiono auspicabili soluzioni che, in un panorama dello spazio pubblico europeo ai confini della disgregazione disordinata, propongono un'ulteriore giurisdizionalizzazione

¹⁵⁶ P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, p. 430.

¹⁵⁷ Le reazioni non si sono fatte attendere: sia la Banca centrale europea, sia la stessa Corte di giustizia, tramite due comunicati, hanno rivendicato l'autonomia dell'ordinamento europeo e delle loro prerogative istituzionali, come anche la Commissione ha aperto una procedura di infrazione, nei confronti della Germania. La questione si è, poi, risolta con una comunicazione resa dal Consiglio della Banca centrale europea nella riunione del 3-4 giugno 2020. Il Ministero delle finanze tedesco, da un lato, e il *Bundestag*, dall'altro, hanno espresso grande soddisfazione nei giorni seguenti sulle delucidazioni fornite dalla BCE e la sentenza non ha avuto ulteriori conseguenze.

¹⁵⁸ P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, cit., p. 432, 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.

¹⁵⁹ 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 *Verfassungsblog*, 26 maggio 2020.

del conflitto costituzionale¹⁶⁰; come anche hanno dimostrato la loro inefficacia approcci pluralisti alla decisione¹⁶¹. 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, in mancanza di una riforma dei Trattati. Da una parte, infatti, la posizione del Tribunale costituzionale tedesco è stata quella di ribadire un'impostazione ordoliberal e un'interpretazione ortodossa dei Trattati, la quale non permette di sostenere surrettiziamente, tramite una politica monetaria espansiva, i debiti sovrani degli Stati europei. Con l'effetto di portare alla luce un dato che ormai sembra difficilmente contestabile: ovvero, il falso mito di una Banca centrale indipendente¹⁶². Dall'altra, si è presentata la posizione delle istituzioni europee che, per *conatus sesendi*, non hanno potuto che ribadire la legittimità del loro operato. Certo, questo livello di conflitti costituzionali può far riflettere se sia opportuno (politicamente parlando) un intervento di una Corte costituzionale su di una questione così esiziale per il processo di integrazione¹⁶³. Tuttavia, non ci si può esimere dal considerare come fenomeni di conflitti costituzionali – con logiche condivisibili a volte, meno in altre come in questo caso e in relazione alla crisi della *Rule of Law* – sottendano, pertanto, quello che si potrebbe definire un “elefante nella stanza”. Vale a dire, la necessità di un intervento sui Trattati europei, il quale permetta di superare quella fragile separazione tra politica economica e monetaria, andando nel verso della creazione di una capacità fiscale, in grado di garantire l'attuazione di vere misure di redistribuzione non

¹⁶⁰ 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 *EuLawLive*, 6 luglio 2020.

¹⁶¹ M.P. MADURO, *Some Preliminary Remarks on the PSCP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020.

¹⁶² A. TOOZE, *The Death of the Central Bank Myth*, in *Foreign Policy*, 13 maggio 2020.

¹⁶³ J.H.H. WEILER, *Why Weiss? The Icon Symposium: Preface*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 1, 2021, pp. 179 e ss., che parla di «una battaglia sbagliata, in una guerra giusta», in relazione all'azione *ultra vires* degli organi europei.

solo tra gli Stati, ma soprattutto all'interno della stessa società europea. In conclusione, con *Weiss II*, come si è detto giustamente, non si è presentato tanto un problema sull'interpretazione del principio di proporzionalità o di altre norme dei Trattati, nel rapporto tra le due legalità; né esso ci può fornire alcun modello euristico per la risoluzione dei conflitti costituzionali tra Corti tramite lo studio degli effetti dell'identità costituzionale. Questo caso rappresenta, invece, solo il punto estremo di rottura della dimensione giuridica in Europa e l'emersione, ormai ineludibile, del nodo della costruzione di una politica economica democratica e un momento di verità per l'Eurozona¹⁶⁴.

Nella stessa prospettiva, può essere letta l'altra importante decisione sulla ratifica dell'*EU Recovery Package*¹⁶⁵. Anche in questa pronuncia, il ruolo che si è cucito addosso il *Bundesverfassungsgericht* è quella dell'«egemone non riluttante»¹⁶⁶, in cui, seppur non innovando molto in relazione alla sua pregressa giurisprudenza, si arriva a riproporre il problema, tutto politico, dell'asimmetria della costituzione economica europea. I termini della questione non cambiano, infatti, anche se in questa occasione, la risposta data dai giudici tedeschi è stata positiva, nei confronti del *Next Generation Eu* e della ratifica della *Decisione sulle risorse proprie*, strumento giuridico funzionale a garantire l'emissione di obbligazioni pari a 750 miliardi di euro, da parte della Commissione europea, sul mercato finanziario per sostenere la ripresa degli Stati membri, a seguito dell'emergenza pandemica. Dopo, infatti, due decisioni interlocutorie¹⁶⁷, in cui si discuteva della sospensione alla ratifica da parte del Presidente della Repubblica tedesco, con la sentenza sull'*EU Recovery Package* del 6 dicembre 2022, la Corte costituzionale tedesca

¹⁶⁴ M. DANI, E. CHITI, J. MENDES, A.J. MENÉNDEZ, H. SCHEPEL, M. WILKINSON, "It's the Political Economy...!" *A Moment of Truth for the Eurozone and the Eu*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 1, 2021, pp. 309 e ss.

¹⁶⁵ BVerfG, 2 BvR 547/21-2 BvR 798/21 – EratG-NGEU.

¹⁶⁶ P. FARAGUNA, *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*, in G. REPETTO, F. SAIITO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 191 e ss.

¹⁶⁷ BVerfG, 2 BvR 547/21, ordinanza di sospensione, 26 marzo 2021; rigetto della sospensiva, 15 aprile 2021.

entra nel merito delle questioni sollevate dai due ricorsi diretti e le dichiara infondate¹⁶⁸. Le argomentazioni, che sostengono la legittimità dello strumento finanziario europeo e che escludono un'azione *ultra vires* delle istituzioni sovranazionali, si svolgono sul filo di lana di un forte scetticismo manifestato dei giudici tedeschi. Le questioni da affrontare erano, infatti, sostanzialmente tre: la prima riguardava il rispetto dell'art. 311 comma 2 del TFUE, secondo cui il bilancio europeo deve finanziarsi con risorse proprie (*pareggio di entrate e spese*); la seconda concerneva l'art. 125 comma 1 TFUE, in relazione al divieto dell'UE di farsi carico delle obbligazioni finanziarie degli Stati membri (*no bail out clause*); e, infine, il controllo di identità costituzionale stretto, secondo cui questo nuovo strumento avrebbe espropriato il Parlamento tedesco da un controllo sostanziale sul potere di bilancio. A conferma della tesi che si sostiene, ovvero di un punto di rottura giuridica ormai raggiunto in questa giurisprudenza sulla politica monetaria, si può, infatti, sottolineare come tutto l'incedere argomentativo dei giudici costituzionali sia basato su di una logica quantomeno originale e normalmente estranea al ragionamento giuridico, che si fonda, per valutare la legittimità dello strumento, sul carattere "manifesto o meno" della violazione. Per essere più espliciti, quando i giudici tedeschi mostrano di motivare nella pronuncia non con l'approccio "*aut aut*" tipico del diritto, ma si spingono a considerare se c'è o meno una "evidente" violazione, seppur in nome dell'*europarechtsfreundlich*, rendono palese sia il carattere altamente discrezionale della decisione, sia come il livello di conflitti costituzionali di tipo giurisprudenziale sembri aver superato le colonne d'Ercole della decisione politica¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Inammissibili sono state dichiarate, invece, le questioni relative alla modifica del Trattato MES (9 novembre 2022), perché i ricorrenti, i quali avevano richiesto un controllo formale sui diritti sovrani, non sono riusciti a dimostrare la lesione in giudizio del *Grundrecht auf Demokratie*, BVerfG-2 BvR 1111/21-ESM-ÄndÜG. Per una critica alla riforma del Meccanismo europeo di Stabilità, A. ANTONELLI, A. MORRONE, *La riforma del MES: una critica economica e giuridica*, in *Federalismi.it*, n. 34, 2020, pp. iv e ss.

¹⁶⁹ Evidenza sul tema, O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, n. 2, 2020, p. 2751, che «è di tutta evidenza che i tribunali costituzionali hanno un potere enorme, come è dimostrato dalla vicenda che si commenta. Ma forse è auspicabile che l'ultima parola sulle sorti del processo integrativo (o dis-integra-

Entrando, ora, nel merito sulla prima questione relativa all'art. 311 comma 2 TFUE, i giudici tedeschi non riconoscono una violazione manifesta della *Decisione sulle risorse proprie*, perché, in circostanze eccezionali, lo stesso articolo non esclude plausibilmente di garantire altre entrate – e, invece, proibisce categoricamente, secondo i tedeschi, l'assunzione di risorse proprie – in presenza di alcune condizioni, che circoscrivano l'indebitamento ad una dimensione *una tantum* e strettamente controllabile dagli organi tedeschi¹⁷⁰. Sulla seconda questione, relativa alla compatibilità con l'art. 125 comma 1 TFUE, il *Bundesverfassungsgericht* non nasconde la tensione che esiste tra il divieto di *no bail out* e il *Next Generation Eu*, in quanto è chiaro come questo strumento alleggerisca indirettamente la pressione sui debiti sovrani degli Stati membri. Tuttavia, anche in questo caso, si accontenta che non sia manifestamente evidente tale violazione, in quanto la *Decisione sulle risorse proprie* (prodromica al *Next generation*) non fa nascere direttamente, in capo alla Germania, una vera e propria responsabilità diretta per il debito di altri Paesi europei. Infine, per quanto riguarda l'*Identitätskontrolle*, si afferma che non si pregiudicano, in maniera irreversibile, le responsabilità e i poteri del Parlamento tedesco su entrate e uscite delle finanze teutoniche, nonostante sia chiaro come sia fortemente ridotto il margine di manovra finanziario dello stesso. Più in particolare, la *exit door* su questo fronte è rappresentata anche qui dal fatto che non si crei alcuna

tivo) europeo sia della politica democratica e non di pronunce giurisdizionali adottate in ordine sparso».

¹⁷⁰ Le quattro condizioni, infatti, erano: (1) l'autorizzazione all'indebitamento per conto dell'UE e non degli Stati; (2) la determinazione nell'utilizzo dei fondi solo per competenze già attribuite all'Unione e per fini strettamente connessi per gestire l'emergenza pandemica (a tal proposito, i giudici tedeschi riconoscono, da un lato, l'evidente contraddizione dei legami tra *Next Generation Eu* e lotta al cambiamento climatico e, dall'altro, il carattere di assistenza finanziaria per eventi eccezionali non concessa ad un singolo Paese, ma al gruppo collettivo degli Stati membri); (3) la presenza di limiti di tempo e di quantità dei prestiti da poter contrarre (750 miliardi con scadenza al 2026); (4) l'importo totale delle risorse proprie, il quale non deve superare le altre entrate, garantite da prestiti *ad hoc* per il *Next generation* (in questo caso l'*escamotage* per considerare rispettato questo principio è non valutare il bilancio sull'esercizio UE 2021 e 2022, in cui la mole delle altre entrate supererebbe di gran lunga quella delle risorse proprie, ma basarlo su quello del bilancio pluriennale 2021-2027, nel quale le cifre per il programma di indebitamento comune risultano inferiori, 1074, 3 miliardi contro i 750 miliardi).

assunzione di responsabilità finanziaria permanente per la Germania nei confronti degli altri Stati membri in quanto, ad ogni modo, questo programma rimane circoscritto nell'importo e nei tempi, non addossando, oltre il limite di tollerabilità, rischi finanziari notevoli sulla Repubblica federale. In questo senso, tuttavia, rimane – ed è questo il punto più rilevante – intatta la possibilità per il *Bundestag* di controllare l'andamento del programma di indebitamento comune, tramite un'azione sul Governo tedesco, potendo in tal modo adottare delle azioni a difesa del bilancio federale.

Le critiche all'impostazione della sentenza possono essere svariate. La stessa *dissenting opinion* del giudice Müller presenta tre paradossi evidenti nella decisione: uno, relativo alla scelta di non dichiarare *ultra vires* gli atti europei, sulla base della dimostrazione del carattere “non manifesto” della violazione del riparto di competenze; due, della volontà di non adire, in una questione di tal sorta, la Corte di giustizia per richiedere un'interpretazione *pro veritate* delle basi giuridiche che hanno permesso l'adozione dello strumento di ripresa e resilienza e, al contrario, di prediligere una logica di isolamento, in controtendenza rispetto al caso *Weiss*; infine, tre, la ricostruzione del *Next Generation Eu* come una misura *una tantum* e non espandibile oltre i confini dell'emergenza pandemica, non prendendo in considerazione la dichiarazione del Ministro federale (presente anche nell'istruttoria della causa), il quale, parlando davanti al *Bundestag*, aveva descritto lo stesso come il primo segnale verso la strada per l'unione fiscale. Le considerazioni da svolgere potrebbero essere tante. Basti, tuttavia, sottolineare come, anche in questa occasione, valga – portato alle sue estreme conseguenze – il formante interpretativo utilizzato per leggere questa giurisprudenza. Da una parte, una Corte costituzionale tedesca che tenta di mantenere nei confini ordoliberali la politica macroeconomica europea, seguendo una logica molto probabilmente più in linea con la lettera dei Trattati, e di trasporre il suo modello di democrazia all'UE¹⁷¹. Dall'altra, una tensione dei conflitti

¹⁷¹ Presenta un'analisi del modello di democrazia racchiuso nella giurisprudenza costituzionale tedesca, F. SAITTO, *Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, pp. 23 e ss.

costituzionali che, dal periodo post Maastricht ai giorni nostri, arriva ad un livello di *stress* difficilmente tollerabile, con il conseguente rischio di un impantanamento del progetto europeo. Infine, un alto livello di politicizzazione della giustizia costituzionale la quale, quasi per nemesi, risente della venuta meno dell'illusione impolitica della natura della costituzione economica europea.

4.2. (Segue) c) *Il nuovo corso delle tradizioni costituzionali comuni*

Il terzo polo che si inserisce nel più generale *discorso* sull'identità costituzionale è quello sulle *tradizioni costituzionali comuni*. Come si è visto nei paragrafi precedenti, fin dalla prima fase, le tradizioni costituzionali comuni si sono imposte al centro del dibattito, in particolare per la determinazione del parametro europeo dei diritti fondamentali. Si era, tuttavia, allora ad uno stadio di integrazione molto diverso da quello attuale (anni Ottanta del secolo scorso), in cui era chiara la delimitazione della *dual polity* tra mercato – affidato al diritto europeo – e le questioni politico-sociali, pienamente rientranti all'interno delle coordinate del costituzionalismo democratico sociale. E in cui si era 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. Ci si trovava, in altri termini, ad un livello di preistoria, 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 dei 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 Ottanta. I due ordinamenti 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 interazione tra parametri 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»¹⁷², le quali giocoforza si danno in materia di diritti fondamentali nello spazio pubblico europeo. E, non a caso, a causa di questa espansione del diritto europeo, questo maggiore interventismo delle Corti costituzionali non si è fatto attendere negli ultimi anni. 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»¹⁷³ a danno del diritto europeo, che confermano due dati, dunque: in una prospettiva *macro*, la venuta al pettine, *in primis*, di alcuni vecchi problemi del progetto europeo, la cui trattazione non è più rinviabile, e, *in secundis*, in una prospettiva *micro* e più centrata sul *focus* in questo paragrafo, la volontà dei giudici costituzionali di non essere esclusi dal circuito di protezione dei diritti fondamentali. È in questo contesto che il vecchio tema delle tradizioni costituzionali comuni assume una nuova veste, come si proverà a descrivere in questa parte del lavoro. Funzionale, tuttavia, a questo obiettivo è l'approfondimento preliminare di 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 europeo, che nel corso del tempo aveva trovato un *exemplum* di sistematizzazione in *Simmenthal*¹⁷⁴, accompagnato da una giurisprudenza cospicua sia prima¹⁷⁵, che dopo¹⁷⁶. Que-

¹⁷² 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, p. 1351.

¹⁷³ A. GUAZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, pp. 194 e ss.

¹⁷⁴ Corte giust., C-106/77, 9 marzo 1978, *Simmenthal*.

¹⁷⁵ 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*.

¹⁷⁶ A titolo esemplificativo sulla non limitazione dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale e della disapplicazione intesa 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*.

sta sentenza aveva, in buona sostanza, stabilito che questo strumento processuale rappresentava il principale «canale di comunicazione» tra Corte di Kirchberg e giudici comuni e che doveva «restare libero»¹⁷⁷ 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 europeo, che compone il cuore pulsante della «*théorie judiciaire de l'intégration*»¹⁷⁸ e di quel sistema di giurisdizione europea, la quale si presentava come parametro di validità giuridica alternativo a quello costituzionale. 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 costituzionalità¹⁷⁹, pena l'inammissibilità della questione. Nonostante si fossero levate alcune voci in dottrina per rilevare la non univocità logica di questa soluzione¹⁸⁰, questo è stato grosso modo lo stato dell'arte fino al noto *affaire Melki*¹⁸¹.

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*

¹⁷⁷ D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, p. 632.

¹⁷⁸ 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 (éds.), *Une Europe des élites? Réflexions sur la fracture démocratique de l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 2007, pp. 139-141.

¹⁷⁹ *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.

¹⁸⁰ F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il «doppio rinvio»?», in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2002, pp. 781 e ss.*

¹⁸¹ Corte giust., cause riunite C-188/10 e 189/10, 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*.

*constitutionnalité*¹⁸², 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 europeo, a cui però la risposta della Corte di giustizia – nonostante in astratto confermi la sua impostazione classica sul ruolo del primato – devia 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 pregiudiziale¹⁸³. Tre sono state le condizioni dettate dai giudici lussemburghesi per garantire la coesistenza tra i due strumenti processuali e che rappresentano, ancora oggi, uno schema di conformità tutt'ora valido: *i*) 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», *ii*) la possibilità «di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» e *iii*) il potere «di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione»¹⁸⁴.

Il caso *Melki*, tuttavia, seppur resta la pronuncia centrale che pone l'equilibrio della tenuta dei due sistemi, non è rimasto un *unicum*, ma è stato accompagnato da una giurisprudenza successiva che

¹⁸² Come introdotta in Francia a partire dalla riforma costituzionale del 2008 e dalla legge organica 2009-1523, le quali prevedono l'obbligo per il giudice comune di sollevare prioritariamente una questione di costituzionalità al *Conseil constitutionnel*.

¹⁸³ Parla di una soluzione «à première vue étonnante» e di volontà di «dialogue constructif», rispetto al controllo stretto che la Corte di giustizia aveva esercitato sul rinvio pregiudiziale precedentemente (Corte giust., C-348/98, 27 giugno 1991, *Mecanarte*), D. SARMIENTO, *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, pp. 588 e ss.

¹⁸⁴ Corte giust., cause riunite C-188/10 e 189/10, 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, considerando 57.

si è prodotta sulla stessa tematica. Un'altra pronuncia, infatti, che merita di essere menzionata in questo contesto è *A v. B*¹⁸⁵. 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 giurisprudenziale¹⁸⁶ stabilito dal *Verfassungsgerichtshof* che – decidendo su un ricorso diretto¹⁸⁷ – aveva stabilito la possibilità per il giudice costituzionale di giudicare sulla conformità di norme legislative nazionali, anche rispetto al parametro della Carta di Nizza¹⁸⁸. 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 europeo. 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 francese¹⁸⁹.

Alcuni hanno sostenuto, a questo proposito, che la decisione dei giudici lussemburghesi in *A v. B* rappresenta un superamento della logica integralista di *Simmenthal*¹⁹⁰ sul rapporto con il controllo di costituzionalità, mentre altri hanno letto questa decisione come affetta da «strabismo»¹⁹¹ volontario per l'evidente mancanza di con-

¹⁸⁵ Corte giust., C-112/13, 11 settembre 2014, *A v. B*.

¹⁸⁶ Corte costituzionale austriaca, decisione U 466/11-18 e U 1836/11-13, del 14 marzo 2012.

¹⁸⁷ In cui si pone, evidentemente, meno o per nulla il problema di ostacolare la libertà di rinvio del giudice comune.

¹⁸⁸ 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*.

¹⁸⁹ 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.

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ 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 *Diritti comparati*, 2 ottobre 2014.

siderazione 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 rinazionalizzazione dei diritti fondamentali¹⁹². In realtà, seppur questa prospettiva pare quella corretta, più che di 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 costituzionalità¹⁹³ una casistica che queste 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*¹⁹⁴. Da questo punto di vista, le frizioni giurisprudenziali sul "posto" del rinvio pregiudiziale sono, dunque, solo il classico discorso di mezzo e fine: in altri termini, un epifenomeno di una partita più nascosta, che chiama in causa il rapporto tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo nella seconda fase dell'interferenza tra parametri e che guarda alla definizione contenutista dei diritti fondamentali, oltre l'equivalenza *Solange*.

Acquisiti questi dati preliminari e di contesto, si arriva 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 2017¹⁹⁵ della nostra Corte costituzionale e quello dell'onnipresente *Bundesverfassungsgericht* nelle due sentenze sul diritto all'oblio¹⁹⁶. Per quanto riguarda i nostri giudici costituzionali come per quelli tedeschi si è posto, infatti, un problema di sindacato su quei diritti fondamentali che sono presen-

¹⁹² A. GUAZZAROTTI, *Rinazionalizzare i diritti fondamentali?*, cit., p. 1.

¹⁹³ Parafrasando la tesi espressa da D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

¹⁹⁴ 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 (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 111 e ss.

¹⁹⁵ Corte cost., sent. n. 269 del 2017.

¹⁹⁶ BVerfGE, 1 BvR 16/13 – *Right to be forgotten I* e 1 BvR 276/17 – *Right to be forgotten II*.

ti contemporaneamente nelle Costituzioni nazionali e nella Carta di Nizza e la questione del conseguente rapporto che si deve porre, in questa casistica, tra le Corti costituzionali e la Corte di giustizia. Un tema che sicuramente esisteva già ben prima, ma che viene al pettine ora – come si è cercato di spiegare in apertura – perché con l'aumento delle competenze europee e con l'entrata in vigore della CDFUE, il nodo interpretativo non è più evitabile, vista l'altissima probabilità che conflitti costituzionali si diano sui diritti *a doppia tutela*. A questi fini, 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 comuni¹⁹⁷.

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*¹⁹⁸, le cui tesi sono state alla base delle motivazioni per il nuovo orientamento. Il punto innovativo è il seguente: allargare il sindacato di costituzionalità anche ai diritti *a doppia tutela*. Siamo ancora, però, in presenza di una costruzione giurisprudenziale *in fieri*¹⁹⁹, dai contorni ancora non del tutto definiti. Lo si vede bene dalle due questioni su cui si è dibattuta maggiormente la dottrina: la priorità del giudi-

¹⁹⁷ Per una lettura critica della precisazione, A. TIZZANO, *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2019, pp. 9 e ss.

¹⁹⁸ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018, pp. 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 ID. (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 13 e ss.

¹⁹⁹ 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 pronunce, Corte cost., sentt., nn. 63 e 112 del 2019, 11 e 44 del 2020, 254 del 2020, 84 del 2021, 54 del 2022, 67 del 2022, 137 del 2022; e i quattro rinvii pregiudiziali Corte cost., ord. n. 117 del 2019, Corte cost., ord. n. 182 del 2020, Corte cost., ord. 216 del 2021 e Corte cost., ord. 217 del 2021, Corte cost., sent. 263 del 2022.

zio costituzionale e l'ambito di applicazione della «precisazione»²⁰⁰. 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 obbligo²⁰¹ 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»²⁰², oscillando tra un allargamento al diritto primario o secondario «in collegamento con la Carta»²⁰³ e un più radicale criterio sostanzialistico legato alla «materia costituzionale»²⁰⁴. Effetto, questo, legato, di rimando, anche in parte all'incerto ambito di applicazione della stessa Carta di Nizza²⁰⁵, fonte normativa su cui poggia l'impalcatura della «precisazione». Se l'assestamento è ancora in essere²⁰⁶, dunque, la diagnosi parte, tuttavia, dalla condivisione di un bisogno di dismettere un atteggiamento isolazionista²⁰⁷ della Corte costituzionale – che non ha avuto altra conseguenza che un ridimensionamento del ruolo di questa nel *circuito* di protezione

²⁰⁰ Conferma un'espansione della precisazione anche nelle recenti tendenze oltre la Carta di Nizza, A. CONZUTTI, “*Granital revisited*” revisited? *Tendenze espansive nel nuovo cammino europeo della Corte costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, n. 1, 2022, pp. 44 e ss.

²⁰¹ Anche perché sarebbe stato di difficile applicazione, vista la mancanza di una sanzione, che negli altri ordinamenti costituzionali è garantita dal ricorso diretto, F. SAITTO, *L'accesso diretto alla giustizia costituzionale nella dinamica dei conflitti tra giurisdizioni nazionali e corti sovranazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, pp. 3 e ss.

²⁰² 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, p. 738.

²⁰³ Corte cost., sent. n. 20 del 2019.

²⁰⁴ A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario sulle questioni assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore 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, pp. 234 e ss.

²⁰⁵ K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n. 3, 2012, pp. 375 e ss.

²⁰⁶ Su cui si dirà maggiormente nel cap. IV, par. 5.

²⁰⁷ 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*.

dei diritti fondamentali – e di provare a limitare fortemente l’uso disinvolto che i giudici comuni avevano fatto della disapplicazione²⁰⁸.

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 del perseguimento di certezza e prevedibilità nei casi di diritti *a doppia tutela*. Un *ri-accentramento*²⁰⁹ costruito, dunque, in una duplice prospettiva: da una parte, verso i giudici comuni per restringere l’eccessivo rafforzamento di cui questi hanno beneficiato (disapplicazione, *in primis*) con l’avvento della legalità europea e scongiurare, in questo modo, il rischio della realizzazione di «un inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità»²¹⁰; dall’altra, 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 pregiudiziale²¹¹ – di normalizzarlo – per

²⁰⁸ Per una fotografia del seguito della precisazione nella giurisprudenza dei giudici comuni, D. TEGA, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Eurojus*, n. 2, 2022, pp. 276 e ss.

²⁰⁹ Segnala come, già in una fase antecedente alla precisazione, esistessero alcune ipotesi in cui «la Corte recupera il proprio ruolo di giudice, sia nel rispetto della Costituzione (almeno limitatamente al suo “nucleo essenziale”) da parte del diritto comunitario, sia nella conformità a quest’ultimo (e quindi alla Costituzione italiana che ne permette l’ingresso e che ora espressamente ne prevede anche il rispetto da parte delle leggi statali e regionali) da parte della legislazione interna», di cui un particolare peso avrebbe avuto potenzialmente «il controllo di costituzionalità sulle leggi e gli atti aventi forza di legge contrastanti con il “nucleo essenziale dei principi” dei Trattati comunitari», A. PERTICI, *Il diritto comunitario nella giurisprudenza costituzionale. Un bilancio in attesa di una «svolta»*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 743, 753.

²¹⁰ Corte cost., sent. n. 269 del 2017, punto 5.3.

²¹¹ In questo senso vanno i quattro rinvii pregiudiziali, Corte cost., ord. n. 117 del 2019 (Corte giust., C-481/19, 2 febbraio 2021, *D.B. contro Consob*), Corte cost., ord. n. 182 del 2020 (Corte giust., C-350/20, 2 settembre 2021, *O.D. contro INPS*), Corte cost., ord. 216 del 2021 e Corte cost., ord. 217 del 2021, in cui l’impostazione che pare prevalere è quella del «concorso dei rimedi giurisdizionali e

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 CDFUE²¹² e per rivedere la logica dell'applicazione automatica dell'effetto diretto, in un'ottica di integrazione materiale tra ordinamenti. Anche qui, dunque, si registra un potenziale conflitto costituzionale²¹³, che la nostra Corte costituzionale pone per cercare di dare un volto più *plurale* alla definizione del diritto pubblico europeo²¹⁴.

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 questo debutto è un parziale tentativo di superamento del *protocollo Solange*²¹⁵ e una nuova attenzione data ad una costruzione plurale delle tradizioni costituzionali comuni.

delle tutele» tra le due legalità. In controtendenza, Corte cost., sent. n. 67 del 2022, in cui si dichiara inammissibile la questione in nome della disapplicazione del giudice comune e Corte cost., sent. 137 del 2022, in cui si è disposto la rimessione agli atti per *ius superveniens* (a seguito della risposta data dai giudici lussemburghesi, Corte di giust., C-274/20, 16 dicembre 2021, *GN, WX contro Prefettura di Massa Carrara*, al giudice a quo che aveva disposto un doppio rinvio).

²¹² Alla base, tuttavia, anche della determinazione dei diritti fondamentali, intesi come principi generali del diritto comunitario su cui, T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

²¹³ Non sono mancati, infatti, casi *a latere* della «precisazione» in cui si è manifestato la presenza di potenziali frizioni tra le due legalità. Un esempio è rappresentato dalla questione relativa alla tesi della giurisdizione dinamica e dei limiti della giurisdizione della Cassazione, in materia di ricorso amministrativo incidentale paralizzante (su cui, da una parte, Corte cost., sent. n. 6 del 2018, e, dall'altra, Corte giust., C-19/13, 11 settembre 2014, *Fastweb*, Corte giust., C-689/13 5 aprile 2016, *Puligienica*). Su questa vicenda e la possibile levata di un *controlimite*, 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, e, 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. La questione, poi, si è chiusa, con una pronuncia della Corte di Lussemburgo, in cui la stessa si è mostrata deferente nei confronti della lettura data dalla Corte costituzionale italiana, Corte di giust., C-497/20, 21 dicembre 2021, *Randstad Italia Spa*.

²¹⁴ In questa prospettiva legge questa giurisprudenza anche, G. REPETTO, *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Eurojus*, n. 2, 2022, pp. 312 e ss.

²¹⁵ Non c'è stato tecnicamente un *overruling* altrimenti si sarebbe dovuto procedere ad una *Plenarentscheidung*.

Nondimeno, 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*»²¹⁶. 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 sul *sistema Simmenthal*²¹⁷.

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. Questo equilibrio, infatti, trova il suo punto di sutura proprio nell'art. 53 CDFUE (letto come principio di sussidiarietà), il quale stabilisce una presunzione *iuris tantum* sull'equivalenza dei *Grundrechte* con i diritti fondamentali previsti dal diritto europeo: ribaltando, di fatto, l'equivalenza dell'argomento *Solange*. Questo non significa, ad ogni modo, che questa convergenza sia sempre possibile; in caso contrario, infatti, il *Bundesverfassungsge-*

²¹⁶ 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, p. 348.

²¹⁷ 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, pp. 1 e ss.

richt riconosce la prevalenza dello *standard* di tutela europea e, contestualmente, ammette la possibilità, per la prima volta, di includere la Carta all'interno del suo parametro di giudizio²¹⁸. Come è stato giustamente notato, questa nuova lettura pur se «mai chiaramente tematizzata in questi termini», non stravolge l'impostazione di *Solange II* ma sicuramente «ne innova i contenuti e, soprattutto, i protocolli operativi»²¹⁹, 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 europeo ma, a questo punto (e qui sta la novità più importante), non dichiara la questione inammissibile e, inaspettatamente, rivendica il sindacato. Le motivazioni 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*²²⁰; 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

²¹⁸ Che, nel caso *Right to be forgotten I* però non si dà, lasciando che i *Grundrechte* vengano applicati integralmente.

²¹⁹ G. REPETTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: nuovi equilibri?*, cit., pp. 338-339.

²²⁰ È la prima volta, però, che riconosce questa responsabilità per sé stessa, avendola prima solo ricavata per le istituzioni politiche (Parlamento e Governo).

di *validità* di una regola di diritto europeo (di esclusiva competenza della Corte di giustizia) – in questo caso si tratta di un'*applicazione* di queste. È, dunque, proprio 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, questo 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 *pass-partout* argomentativo di questo nuovo orientamento è evidentemente basato sulle potenzialità del ricorso diretto²²¹, che funge da forte arma negoziale perché, da una parte, garantisce 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, i quali, tuttavia, segnano una nuova stagione di *ri-accentramento* e di potenziali conflitti costituzionali anche sul fronte dei diritti *a doppia tutela*, che portano con sé tre considerazioni conseguenti: (1) il potenziale livello dei conflitti costituzionali sui diritti fondamentali diventa strutturale; (2) una fatica della legalità europea (e dell'effetto diretto con sé) ad assorbire, nel vecchio equilibrio determinato negli anni Ottanta con *Granital-Simmenthal*, queste nuove istanze provenienti dalla legalità costituzionale; (3) una difficoltà del rapporto tra giurisdizioni a "gestire" questa nuova fase di interferenza sistemica nel rapporto tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo.

²²¹ 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 (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 177 e ss.

5. Giurisdizioni "in panne" dopo Maastricht

All'esito dell'analisi delle varie fasi che hanno caratterizzato i conflitti costituzionali in Europa, le considerazioni finali non possono che prendere atto di un panorama molto variegato e della presenza di molti nodi del processo di integrazione europea ancora da risolvere. Quello che si è evidenziato sono, infatti, differenti modi di atteggiarsi del rapporto tra le due legalità, con riferimento alle diverse fasi di sviluppo del progetto europeo, e l'aumentare della criticità della relazione tra il diritto europeo e l'identità costituzionale, due poli in costante tensione dialettica, tanto da rappresentare, la seconda, un potenziale elemento destabilizzatore del primo. Da questo punto di vista, la svolta di questa antitesi problematica può essere identificata con il Trattato di Maastricht, che apre la strada all'aumento notevole di dimensione dell'UE, la quale dismette le vesti di semplice ente regolatore del mercato²²² ed entra sempre più in un paradigma di espansione, ai danni dell'originario equilibrio con il costituzionalismo democratico sociale. La seconda stagione dei conflitti costituzionali, non a torto, è stata definita da alcuni una vera e propria manifestazione di «*constitutional resistance*»²²³ da parte delle Corti costituzionali, perché quello che si è verificato è lo scarico sul rapporto tra giurisdizioni di tensioni strutturali tra i due ordinamenti, che hanno preso corpo in forme di contestazione costituzionali di alcuni tratti caratteristici della costruzione europea. Fermarsi, ad ogni modo, a registrare queste tendenze e provarne a descrivere le coordinate principali, può essere un lavoro meritorio, ma che lascia evase una serie di domande fondamentali: perché si manifestano questi conflitti costituzionali? Perché si presenta questa differenza così netta tra le due fasi di rapporto tra sistemi? Qual è la motivazione di fondo alla base di questa tensione dialettica tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo? È sufficiente mantenere le attua-

²²² G. MAJONE, *From Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, in *Journal of Public Policy*, vol. 17, n. 2, 1997, pp. 139 e ss.

²²³ M. KUMM, V. FERRERES 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, pp. 473 e ss.

li coordinate del rapporto tra giurisdizioni o è necessario compiere un'evoluzione in questa prospettiva? A queste domande, sembra necessario provare ad immaginare alcune – seppur parziali – risposte.

Una prima considerazione può riguardare una valutazione di tipo neutro, ovvero che le letture pluraliste o *multilevel* di questi fenomeni, se riescono a fornire una cornice formale di inquadramento della casistica, faticano a spiegare il *perché* dell'ascesa dei conflitti costituzionali. Come anche risulta riduttivo approcciarsi al tema dell'identità costituzionale rivendicando un'autonomia integralista del primato europeo, applicando schemi moralistici a questa nuova fase di dinamiche dei rapporti tra ordinamenti. È evidente, infatti, come, a partire da Maastricht – ma arrivando soprattutto ad un nuovo epilogo di insostenibilità con l'emergenza dei debiti sovrani e alle crisi successive – la parabola dei conflitti sia stata caratterizzata da un *climax* ascendente che raggiunge, con gli esempi di *Weiss* e *Taricco*, ma anche con la crisi della *Rule of Law*, dei punti di non ritorno, che manifestano un malessere generalizzato nei confronti dell'attuale impalcatura giuridico-politica europea. Per essere più chiari, utilizzando un linguaggio medico non ci si può fermare ad un esame obiettivo della patologia, vale a dire descriverne solo i sintomi e provare a limitarne gli effetti, oppure rinchiudersi in una negazione della portata storica dei problemi da affrontare, reclamando un ritorno ad una ortodossia del primato. È necessario, invece, guardare all'eziologia dei conflitti per provare ad immaginare delle ipotesi per risolvere l'*impasse*, in cui pare essere giunti. Come sottolineato anche negli scorsi capitoli, dunque, la radice dei conflitti costituzionali si può ritrovare nell'emersione del macro-problema della legittimità costituzionale e democratica del diritto europeo, una volta venuta meno il paradigma della separazione ed entrati nella fase post Maastricht. Questo dato è confermato sia dallo studio delle teorie sull'integrazione giurisprudenziale europea, sia dall'approfondimento della giurisprudenza in materia di conflitti di valore, sia in relazione al tema dell'identità costituzionale. Il *fil rouge* che lega queste differenti angolature da cui studiare l'integrazione giurisprudenziale è, infatti, la presenza di uno scarto storico-materiale²²⁴

²²⁴ Per un approfondimento sul significato di questo scarto storico-materiale, si rinvia al cap. IV, par. 1.

tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo, che è la causa dell'ascesa dei conflitti costituzionali e che trova una sua canalizzazione nel *discorso* sull'identità costituzionale.

Una seconda considerazione, poi, si accompagna a dei necessari distinguo che è necessario operare per leggere questa giurisprudenza sull'identità costituzionale. Mentre ci sono alcuni casi, come quelli relativi al controllo *ultra vires* e alla costituzione economica europea, da una parte, e quelli concernenti la crisi della *Rule of Law* europea, dall'altra, che segnalano dei problemi che paiono di natura squisitamente politica e che faticano a trovare nel diritto giurisprudenziale una forma di risoluzione, ci sono altri, invece, come quello relativo alle tradizioni costituzionali comuni e ai diritti *a doppia tutela*, che manifestano un potenziale partecipativo-evolutivo nella relazione tra Alte Corti. È su questo fronte che, forse, si possono trovare forme di accomodamento nel rapporto tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo, tramite un ripensamento del rapporto tra giurisdizioni, più in linea con le istanze costituzionali presentatesi nella seconda fase dell'interferenza²²⁵. Scendendo più nello specifico, appare quanto meno illusorio e affetto da «strabismo costituzionale» pensare di affrontare la regressione autoritaria di alcuni Paesi europei come la Polonia e Ungheria con i soli strumenti del potere giudiziario e dell'attuazione verticale dei valori dello Stato di diritto in Europa. Questo perché appare più che lecito porsi «il dubbio di come possa l'agognata meta della costituzionalizzazione perseguirsi per le oblique vie dei contenziosi giurisdizionali e/o del diritto derivato poggiante su clausole funzionaliste *par excellence*, come l'art. 322 TFUE posto a base del citato regolamento 2092 sulla tutela del bilancio dagli attacchi alla *Rule of Law*»²²⁶. In questa pro-

²²⁵ Per una proposta di ricostruzione del rapporto tra ordinamenti all'indomani della crisi economica dei debiti sovrani, C. JOERGES, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellations*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 5, 2019, pp. 985 e ss.

²²⁶ A. GUZZAROTTI, *Tutela dei valori e democrazie illiberali in UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2022, pp. 1, 9, che aggiunge «per cui, se è vero che le coraggiose prese di posizione della Corte di giustizia e giudici comuni dello Stato in questione possono valere a sostanziare la giuridicità dei valori dell'art. 2 TUE e la loro indiscussa prevalenza sulle norme (anche costituzionali) nazionali, non è detto che ciò costituisca l'opzione più

spettiva, se non si può che essere d'accordo nello stigmatizzare gli attacchi al primato europeo, i quali provengono secondo una logica opportunistica da alcune Corti costituzionali come quelle di Polonia e Ungheria (in diretta connessione, quest'ultime, con i rispettivi Governi nazionali), non ci si può fermare a criticare, in maniera moralistica, la deriva illiberale di questi Paesi. Bisogna, invece, per comprendere la radice delle questioni che sottostanno a queste forme estreme di contestazione, provare a mettere in connessione alla crisi della *Rule of Law* due elementi: *in primis*, le problematiche più ampie dei limiti del modello di allargamento a Est dell'UE²²⁷; come anche, *in secundis*, il tema, soprattutto in questa seconda fase di interferenza, del riconoscimento dell'autorità del diritto europeo, ovvero della sua legittimità democratica²²⁸, al di là della sua dimensione di *self-justification* che poteva essere sufficiente nella fase di separazione tra sistemi pre Maastricht.

Stesso discorso può farsi, poi, anche per il tema relativo al controllo *ultra vires* sulla definizione della costituzione economica europea, in cui si è aperto lo scontro tra la Corte costituzionale tedesca e la Corte di giustizia. Anche in questo caso, quello che entra in crisi in questo spaccato è quel rapporto tra diritto, politica ed economia della costruzione europea, in cui quello che si evidenzia in questi conflitti è lo smascheramento dell'aporia della depoliticizzazione della costituzione economica europea. Diventa difficile, infatti, im-

conforme all'architettura dei Trattati per quanto riguarda la gestione delle crisi estreme tra UE e Stati membri. Delegare al potere giudiziario dell'UE la responsabilità di condurre il conflitto oltre la soglia di non ritorno comporta, infatti, anche la delicata assunzione del rischio di accelerare l'uscita dello Stato membro dall'UE, da cui deriva la perdita della cittadinanza dell'Unione da parte dei cittadini di tale Stato, sacrificandone le possibilità di far valere, nel futuro, i diritti riconosciuti dall'Unione».

²²⁷ Legge l'*authoritarian populism*, da cui nasce la crisi della *Rule of Law* in Europa, come una costola del più generale paradigma di *authoritarian liberalism* in UE, M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism*, cit., p. 267. Sostiene l'esistenza di un collegamento tra le politiche di *austerity* e le svolte autoritarie in Est Europa, C. KILPATRICK, *Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenging New Area of Constitutional Inquiry*, in T. BEUKERS, B. DE WITTE, C. KILPATRICK (eds.), *Constitutional Change Through Euro-Crisis Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 279 e ss.

²²⁸ Ricostruisce la crisi della *Rule of Law* in questi termini, G. PALOMBELLA, *The EU's sense of the rule of law and the issue of its oversight*, in *EUI Working Papers*, RSCAS 2014/125, 2014, pp. 1 e ss.

immaginare una soluzione giudiziale di questi problemi, in cui si segnala un rapporto tra giurisdizioni sempre più in affanno e in cui si contrappongono due inconciliabili visioni: da una parte, quella *pro domo* tedesca, che tende a voler preservare la separazione ordoliberal della politica monetaria da quella economica per non permettere forme di trasferimento solidaristico di risorse tra Stati dell'Eurozona; e, dall'altra, quella delle istituzioni europee e della Banca centrale principalmente, che ha agito adottando politiche espansive, in nome di un esiziale salvataggio della zona Euro²²⁹, nella crisi dei debiti sovrani e in quella pandemica. Sia la vicenda *Weiss*, in cui si è arrivati ad un punto di rottura dell'ordine giuridico europeo, sia lo stesso caso *EU Recovery Package*, in cui pare evidente come il *Bundesverfassungsgericht* abbia esercitato una buona dose di equilibrismo scettico per non dichiarare *ultra vires* il *Next Generation Eu*, mostrano, effettivamente, una sofferenza del rapporto tra giurisdizioni a confrontarsi con queste tipologie di questioni.

Adottando una lente materiale di questi conflitti costituzionali, cade, anche da questo punto di vista, in definitiva, quel mito delle «virtù pacificatrici» della «sovranità funzionale»²³⁰ europea, in cui nella seconda fase dell'interferenza, alla cessione di una competenza sovrana come il controllo sulla moneta, non corrisponde la ricomposizione a livello sovranazionale di una politica economica di stampo democratico, in grado di garantire le condizioni per la realizzazione di un'Unione fiscale europea. La soluzione, infatti, a questo tipo di problematica non può che essere tutta politica, ricostruendo in forma diversa la zona Euro e la fisionomia delle istituzioni atte a governarla²³¹. Come è stato ricordato, giustamente, ricostruire il conflitto giurisdizionale di *Weiss* come la modalità attraverso cui contestare

²²⁹ S. CESARATTO, *Europa: la moneta senza politica*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Rogas Edizioni, Roma, 2021, pp. 33 e ss.

²³⁰ A. GUAZZAROTTI, "Neutralità va cercando, ch'è sì cara!" *Il Tribunale costituzionale tedesco contro la politicizzazione dei programmi di quantitative easing della BCE*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, n. 2, 2022, p. 2822.

²³¹ Per una proposta in questo senso, M. DANI, *Deconstitutionalising the Economic and Monetary Union*, in *Continuity and Change – How the Challenges of Today Prepare the Ground for Tomorrow – ECB Legal Conference 2021*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, pp. 282 e ss.

il nodo della «*economic globalization*» e dei suoi effetti negativi sulle «*national democracy*»²⁵², significa prendere un abbaglio e mal interpretare le funzioni del sindacato di costituzionalità e non riconoscere i limiti strutturali.

Una linea di analisi diversa si può adottare, infine, per i conflitti costituzionali che si sono sviluppati, in materia di diritti fondamentali *a doppia tutela* e di tradizioni costituzionali comuni. In questo caso, il discorso cambia in relazione all'apporto partecipativo che le Corti costituzionali possono dare, tramite l'identità costituzionale, al superamento di un rapporto tra giurisdizioni in Europa che sempre più sembra essere in difficoltà a internalizzare quel pluralismo sociale, il quale si manifesta attraverso i diritti fondamentali. A seguito, infatti, della venuta meno della fase di separazione della legalità, che permetteva di poter parlare di un'equivalenza funzionale dei diritti fondamentali sulla base del compromesso *Solange*, quello che si sta registrando su questo fronte dei conflitti costituzionali è il tentativo, da parte delle Corti costituzionali, di ridefinire l'originario equilibrio nel verso di un nuovo rapporto tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo, all'interno del nuovo scenario di evoluzione in Europa. Come è stato riconosciuto, infatti, esiste una differenza qualitativa²⁵³ tra casi come *Weiss*, da una parte, e *Taricco* e la «precisazione» della sent. n. 269 del 2017, dall'altra, in quanto, il primo, si pone in un'ottica di blocco del progetto europeo, mentre, i secondi, si pongono nel solco di una sua trasformazione positiva. Ad oggetto di questa terza tipologia di conflitti costituzionali c'è, infatti, la caduta della tesi dell'omogeneità del patrimonio costituzionale tra i due sistemi perché, nel quadro dell'interferenza strutturale, aumentano sistematicamente i potenziali conflitti di valore tra le due legalità, i quali faticano ad essere contenuti nel vecchio sistema *Granital-Simmenthal*, poiché pensato per una fase del processo di integrazione che non corrisponde più a quella attuale. A dimo-

²⁵² K. ALTER, *When and How to Legally Challenge Economic Globalization: a Comment on the German Constitutional Court's False Promise*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 1, pp. 269 e ss.

²⁵³ Descrive il caso *Taricco* come un esempio virtuoso in quanto «un vero e proprio pugno di ferro in un guanto di velluto», J.H.H. WEILER, *Why Weiss? The Icon Symposium: Preface*, cit., p. 186.

zione di questa ipotesi, si può sottolineare come la stessa entrata in vigore della Carta di Nizza più che abbassare il tono dei conflitti costituzionali, ha, al contrario, aumentato il livello dello scontro, in quanto quel tentativo di dotarsi di una Carta dei diritti in nome di rinnovate credenziali costituzionali nel nuovo contesto post Maastricht ha dovuto fare i conti sia con il «debito funzionalista»²⁵⁴, sia con la immutata gerarchia dei valori inscritta della legalità europea e, infine, con lo scoppio di molteplici crisi di legittimità che hanno afflitto il progetto europeo nel nuovo Millennio.

La fotografia, in conclusione, è di un rapporto tra giurisdizioni “in panne” nella fase post Maastricht, di una mancanza di una *supremacy clause* federale in grado di assorbire i conflitti costituzionali e di uno scarto storico-materiale che prende forma nel *discorso* sull'identità costituzionale. Molti di questi problemi, come è stato argomentato, nonostante trovino nel diritto giurisprudenziale un'imponente presenza, possono, tuttavia, trovare risoluzione solo in una risposta politica ed eccedono (il solo) ambito del rapporto tra giurisdizioni²⁵⁵. Altri, invece, non di meno conto, possono essere affrontati tramite un ripensamento del rapporto tra giurisdizioni. Nell'ultimo capitolo di questo lavoro, pertanto, ci si concentrerà più nello specifico nel costruire una proposta di giustizia costituzionale, che sia in grado di declinare, in una chiave maggiormente democratico-pluralista, la relazione tra le due legalità. L'obiettivo, a tal proposito, sarà quello di provare a internalizzare quella diversa consistenza storico-materiale, in un modo che renda più compatibili i rapporti tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo, attraverso un modello di giustizia costituzionale in grado di affrontare l'ascesa dei conflitti costituzionali in Europa.

²⁵⁴ M. DANI, *Constitutionalism and Dissonances: Has Europe Paid Off Its Debt to Functionalism*, in *European Law Journal*, vol. 15, n. 3, 2009, pp. 331, 333, 345, in cui si sottolinea la diversa concezione dei diritti fondamentali della legalità europea rispetto a quella costituzionale, in relazione alla matrice individualista, al «*market bias*» e alla «irrisolta ambiguità» legata al loro collegamento in Europa al principio di attribuzione.

²⁵⁵ Parla della necessità di ri-direzionare alcune delle «*major crises of the European construction*» e alcuni «*political turning points*» che ne hanno determinato l'assetto attuale, E. BALIBAR, *The Rise and Fall of the European Union: Temporalities and Teleologies*, in *Constellations*, vol. 21, n. 2, 2014, pp. 208-209.

CAPITOLO IV

IL DOPPIO CUSTODE

SOMMARIO: 1. Ripensare il rapporto tra giurisdizioni: una risposta ai conflitti. – 2. Primo tassello. Identità costituzionale comune ed emersione del conflitto sociale. – 3. Secondo tassello. I diritti fondamentali come «istituzioni». – 4. Terzo tassello. Il bilanciamento in luogo dell'effetto diretto. – 5. Quarto tassello. Il ruolo delle Corti costituzionali: “portare” il conflitto sociale. – 6. Quinto tassello. Il ruolo della Corte di giustizia: “aprire” la «micro-costituzione economica europea». – 7. Il Doppio Custode: un nuovo modello di giustizia costituzionale.

1. *Ripensare il rapporto tra giurisdizioni: una risposta ai conflitti*

L'oggetto di questo capitolo consiste in una proposta di giustizia costituzionale, che parte da due premesse distinte, ma necessariamente collegate: una di tipo astratto-formalista, una di tipo più storico-materiale.

Sul primo fronte, tale proposta si rende necessaria in relazione all'ascesa dei conflitti costituzionali nell'Europa post Maastricht, in cui sono apparse evidenti le aporie giuridico-politiche del presente stato di integrazione europea, polarizzato tra due inconciliabili punti di vista¹. A questo proposito, il dato astratto-formale impone di

¹ Si prenda *Weiss* o *Taricco* come esempi paradigmatici, ma non mancano altri forti scontri costituzionali, come il caso sulla sospensione cautelare della ratifica del *EU Recovery Package*, BVerfG, 2 BvR 547/21, poi rinviato a giudizio ordinario e deciso (BVerfG, 2 BvR 547/21-2 BvR 798/21-ERatG – NGEU).

prendere in considerazione l'attuale incapacità del rapporto tra giurisdizioni di risolvere i conflitti costituzionali. In un contesto classico federale, infatti, questo tipo di pluralismo giuridico verrebbe neutralizzato con il più classico dei *rasoi di Occam*: l'applicazione di una *supremacy rule* che sancisca la prevalenza del diritto federale e del suo organo custode, ovvero nel caso di specie la Corte di giustizia. In Europa, invece, questa soluzione non è agibile per varie ragioni², ma risulta dirimente un dato: l'evoluzione federale dell'UE non è, ad oggi, un esito realistico e proprio l'ascesa dei conflitti costituzionali nel periodo post Maastricht lo dimostra incontrovertibilmente. Non a caso, una possibile risposta a questa vicenda – data da alcuni giuristi non passibili di simpatie anti-europee – è stata quella di ipergiurisdizionalizzare il conflitto, aprendo all'istituzione di una terza Camera a composizione mista, per dirimere le controversie tra Corti costituzionali e Corte di giustizia³, a riprova, dunque, della non percorribilità di un semplice riconoscimento autoritativo-federale della prevalenza del diritto europeo. Insomma, il rapporto tra giurisdizioni fatica ad accomodare questo alto grado di conflittualità in Europa, in quanto soggetto ad una crescente *politicizzazione*, e la via d'uscita non pare quella di una soluzione federale.

Sul secondo fronte, ci si potrebbe chiedere: da cosa deriva questa spiccata *politicizzazione* del rapporto tra giurisdizioni? L'ipotesi qui sostenuta è che, per rispondere a questa domanda, si debba superare un approccio di «*legal constitutionalism*»⁴ e guardare ad un dato più storico-materiale. Solo in questo modo si può risalire alla radice dei conflitti costituzionali, vale a dire il problema della legittimità politico-democratica. Secondo Haltern, è la disconnessione tra dimensione giuridica e politica del processo di integrazione, tra legalità e legittimità, che produce le «*real contradictions*» tra i due sistemi giuridici. Le Corti, in questo senso, interpretano non semplicemente il testo legale costituzionale, ma il sentire delle proprie comunità al di là del dato positivo: un versante, quello nazionale, che opera «*at the thicker*

² Rinvio a cap. I, par. 6.

³ 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 *Eulawlive*, 6 luglio 2020.

⁴ M. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism*, cit., p. 237.

end of constitutionalism», con un *surplus* di autorità, legittimazione, e, in ultima analisi, di identità politica; l'altro, quello europeo che agisce «*at the thinner end of constitutionalism*», in cui manca l'idea di una comunità politica di riferimento e in cui, quindi, esiste un distacco tra autorità e legittimità, nel quale prevale la dimensione funzionalistica degli interessi⁵. Non è sufficiente, tuttavia, formalizzare i problemi delle credenziali democratiche dell'UE e del suo *deficit* di legittimità politica per comprendere le ragioni storico-materiali dell'esplosione dei conflitti costituzionali. La spiegazione, altrimenti, rischia di rimanere troppo ristretta. C'è un altro elemento che si manifesta, implicitamente, in quella differente versione tra «*thicker*» and «*thinner*»: il rapporto tra democrazia e conflitto sociale in Europa. In questa prospettiva, la differenza si fa ancora più evidente. Il costituzionalismo democratico-sociale si costruisce attorno alla relazione Stato-società, in cui si sposa una visione positiva del conflitto sociale, in cui viene valorizzato il pluralismo e in cui i diritti fondamentali rappresentano degli elementi di garanzia e di partecipazione, volti ad un miglior funzionamento della democrazia politica. Il diritto europeo, invece, è costruito⁶ in una logica di assenza del rapporto Stato

⁵ U. HALTERN, *Revolutions, real contradictions, and the method of resolving them: The relationship between the Court of Justice of the European Union and the German Federal Constitutional Court*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 1, 2021, pp. 208 e ss.

⁶ Come è emerso nel capitolo II di questo lavoro, in cui si è analizzato la diversa consistenza materiale tra le due legalità. A sostegno di questa tesi, V. OMAGGIO, *I diritti oltre lo Stato. La governance europea e la crisi dei diritti*, cit., p. 38, il quale aggiunge che «la legalità europea è geneticamente diversa da quella democratica, sorta nei contesti nazionali. La legalità dello Stato di diritto legislativo si fondava (e si fonda) sul riconoscimento come unico potere legittimo dell'espressione diretta o indiretta della volontà del popolo sovrano. Nel diritto dell'Unione non c'è una legge in senso moderno, in quanto la funzione legislativa è distribuita tra diversi soggetti e la democrazia non è intesa come responsabilità verso gli elettori ma piuttosto come limitazione e diffusione del potere mediante relazioni di *checks and balances*. La sua legittimità si esprime in forma pluralistica (non monistica) e si radica nella relazione "premoderna" tra *jus commune* e *jura propria*. È la Corte di Giustizia a governare la comunità di diritto, fulcro dell'ordinamento comunitario e delle sue istituzioni, soggette per un verso al controllo di conformità al Trattato e per altro verso ai principi generali del diritto di cui fanno parte i diritti fondamentali. Il principio della legalità europea, che indica il passaggio dallo Stato di diritto alla comunità di diritto, ruota di fatto intorno al controllo giurisdizionale della Corte che offre l'interpretazione vincolante del contenuto dei Trattati e anche dei principi gene-

(*alias* potere pubblico) e società, adottando una visione di stampo ordoliberal (poi evolutasi in neoliberale), in cui l'ordine economico ha l'ambizione di riassorbire l'ordine sociale⁷, sposando una visione chiusa della costituzione economica e una costruzione del soggetto politico e dei diritti in chiave depoliticizzata e irenica, secondo una «*consumer aesthetics*»⁸. Per sintetizzare, si potrebbe dire, dunque, che per accedere ad una sfera più profonda della comprensione (1) della politicizzazione della giustizia costituzionale e (2) dell'esplosione dei conflitti costituzionali, bisogna tenere in considerazione questo scarto storico-materiale che differenzia i due sistemi giuridici.

Ma come si esce da questa *impasse*, di cui si vedono effetti importanti anche nel rapporto tra giurisdizioni in Europa? Per sgombrare il campo da possibili dubbi e false aspettative, si vuole dire, fin da subito, che a questa domanda non si darà risposta in questo lavoro. Le proposte sul campo per condurre l'Europa a compiere un salto politico sono state e sono molte, e il comune *fil rouge*, nello scenario post Maastricht, si ritrova in una radicale revisione dei Trattati, nel senso di apertura delle istituzioni europee ad una de-immunizzazione dal ciclo democratico⁹. Non è, pertanto, a parere di chi scrive, la via giudiziale la strada maestra per condurre ad una trasformazione costituzionale dell'UE, la quale rappresenta la soluzione più auspicabile in grado di colmare a pieno lo scarto storico-materiale.

rali. Questo versante giudiziale si è sviluppato senza grandi ostacoli fino a costruire un nuovo ordinamento del tutto inedito, basato sulla tutela rinforzata dei diritti di libertà e della concorrenza, intesi quasi come diritti naturali, mentre il versante politico-democratico si è mantenuto in larga parte nei confini tradizionali del diritto dei trattati. Principi di pari importanza stabiliti nel Trattato sono stati perseguiti e raggiunti in modo oggettivamente disomogeneo. Il mercato interno ha privilegiato la stabilità dei prezzi rispetto alle politiche miranti alla piena occupazione, al progresso sociale e alla lotta all'esclusione e alle discriminazioni sociali».

⁷ Presenta i concetti ordoliberali applicati in UE come un antidoto alla società di classe, O. MALATESTA, *L'economia sociale di mercato come strumento di ordine politico. Sui concetti ordoliberali di Stato e società*, in *Ventesimo secolo*, n. 48, 2021, pp. 113 e ss.

⁸ U. HALTERN, *Pathos and Pathina: the Failure and the Promise of Constitutionalism in the European Imagination*, in *European Law Journal*, vol. 9, n. 1, 2003, p. 38.

⁹ Per segnalare la proposta più nota, D. GRIMM, *The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4, 2015, pp. 460 e ss.

Nondimeno, la configurazione del rapporto tra giurisdizioni, alla luce dei conflitti costituzionali endemici, resta un problema costituzionale europeo di rilievo con cui è necessario confrontarsi. Instrandosi su questo percorso, l'attuale sistema Corte di giustizia-Corti costituzionali in Europa, infatti, è pensato attualmente sulla base di tre caratteristiche principali: (i) un sistema misto, strutturato sulla base di un doppio canale di controllo – costituzionale ed europeo – di tipo accentrato, il primo, e diffuso, il secondo, ma che procede per binari paralleli; (ii) il modello *Granital-Simmenthal*, in cui dall'attivazione automatica della norma europea (*alias* effetto diretto) discende l'arretramento della norma nazionale¹⁰, sul presupposto del primato del diritto europeo; (iii) la logica dei *controlimiti* a chiusura del sistema. Questo paradigma di rapporto tra giurisdizioni così rapidamente delineato andrebbe ripensato sulla base delle seguenti considerazioni formali e sostanziali, le quali vogliono insistere nel sottolineare un cambio netto di *contesto* giuridico-politico del rapporto tra ordinamenti.

Nel periodo in cui nacquero, da una parte, *Granital*, e *Simmenthal*, dall'altra, ci si trovava, infatti, di fronte ad un sistema giudiziario europeo che, nella sua geometria euclidea¹¹, rappresentava un'ottima e felice sintesi giuridica di un processo di integrazione che viveva l'apogeo del suo paradigma di separazione complementare, in cui il diritto europeo si limitava ad esercitare competenze sostanzialmente e funzionalmente legate alla realizzazione del mercato. Non che ciò non avesse già posto le basi di quel fenomeno di *infiltration* delle quattro libertà su alcuni capisaldi del costituzionalismo democratico sociale attraverso l'attivismo giudiziale della Corte di giustizia¹², ma, sicuramente, si era davanti ad un diritto europeo

¹⁰ Denuncia alcuni possibili limiti di questo modello il principale fautore dello stesso, cfr., A. LA PERGOLA, *L'articolazione del diritto comunitario e di quello interno*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 4, 1994, pp. 651 ss.

¹¹ A. MORRONE, *Oltre Granital: divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 215.

¹² Come si è provato a dimostrare nel cap. II, in particolare in relazione all'impatto dei casi *Cassis de Djon* e *Dassonville*, poi, allargatosi, come modello anche alle altre libertà economiche.

di dimensioni ancora minime. La funzione che svolgeva quest'ultimo era, sostanzialmente, quella di correzione dei *nation-State failures*, ma in un'ottica sempre molto deferente della separazione tra i due sistemi.

All'inizio degli anni Novanta, il discorso, invece, si modifica e si entra in quella seconda fase di interferenza strutturale sulla base di quattro cause principali: (1) l'aumento delle competenze dell'Unione attraverso quello che è stato definito, a partire da Maastricht in poi, «*the semi-permanent Treaty revision process*»¹⁵, ovvero un utilizzo sempre più forte della modifica dei Trattati per progredire nell'aumento formale di competenze sovranazionali; (2) la creazione della zona Euro e di un sistema unico di Banche centrali, con l'annessa separazione della politica economica da quella monetaria (di cui è titolare esclusiva l'UE)¹⁴, comprimendo fortemente la capacità di operare scelte redistributive da parte degli Stati e sposando in *toto* la filosofia ordoliberal tedesca della stabilità dei prezzi; (3) la comparsa dei diritti fondamentali che, da un'iniziale origine pretoria, prendono la forma in quel «momento della scrittura»¹⁵ che ha rappresentato la Carta di Nizza; (4) l'incedere di «*overlapping and mutually reinforcing crises*»¹⁶ che hanno colpito l'UE, a partire dal 2007, come quella economica dei debiti sovrani, quella migratoria, quella pandemica, per arrivare a quella relativa allo Stato di diritto e alla guerra in Ucraina.

Si capisce bene così, in questa ottica, che quel meccanismo *Grainthal-Simmenthal*, pensato per servire logiche superate di complementarità e tutto sommato espressione di un modello di «*embed-*

¹⁵ 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, pp. 137 e ss.

¹⁴ Sugli sconfinamenti della politica monetaria in quella economica, si veda cap. III, par. 4.1.

¹⁵ C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002.

¹⁶ A.J. MENÉNDEZ, *The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*, in *Journal of Law and Society*, vol. 44, n. 1, 2017, p. 56, che interpreta questa sovrapposizione di crisi come una più generale crisi di legittimità dell'Unione, la quale ha assunto sempre più i panni di un modello *authoritarian governance*.

ded liberalism»¹⁷, fatica a sostenere il peso di un diritto europeo che si espande, che manifesta ambizioni costituzionali *sui generis* e che rischia di entrare sempre più in rotta di collisione, anche nel campo giurisprudenziale, con l'assetto valoriale del costituzionalismo democratico sociale. Quello che fatica a funzionare, in definitiva, è quell'accomodamento pensato, nel rapporto tra giurisdizioni, del modello della *dual polity*, in cui si presenta una netta separazione tra, da una parte, la sfera del mercato e della «*economic constitution*» che «non è politica nel senso che non è soggetta a una modificazione politica»¹⁸ affidata al diritto europeo e, dall'altra, le sfere del sociale e politico, per definizione espressione della democrazia, che rimangono nell'ambito di operatività del diritto costituzionale nazionale. Il rapporto tra giurisdizioni, in definitiva, rifletteva quel mondo ed era disegnato negli anni Ottanta attraverso quella nota operazione della c.d. «*displacement doctrine*»¹⁹ portata avanti dalla Corte di giustizia, che isolava la legalità costituzionale con tutto il suo portato di tensione tra diritto e politica dal neonato circuito di legalità europea, costruita, *a contrario*, su un modello di riduzionismo politico²⁰ e rivolta all'integrazione dei mercati europei.

A questo punto, in una logica di ripensamento di quel rapporto tra giurisdizioni nell'attuale fase del processo di integrazione che si potrebbe definire, provocatoriamente, di *disembedded liberalism*²¹, l'altra faccia della medaglia diventa la ricostruzione di un differente ruolo delle Corti costituzionali nell'aggiornamento di *Granital-Simmenthal*. Quest'ultime, infatti, hanno contribuito, in sinergia con le altre istituzioni di garanzia e quelle politico-rappresentative, a sta-

¹⁷ J.G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic World*, in *International Organizations*, vol. 36, n. 2, 1982, pp. 379 e ss.

¹⁸ C. JOERGES, *Sozialstaatlichkeit in Europe? A conflict-of-Laws approach to the law of the EU and the proceduralisation of constitutionalisation*, cit., p. 241.

¹⁹ J. KOMAREK, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 9, n. 3, 2013, p. 449.

²⁰ A. GUAZZAROTTI, *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2020, pp. 1 e ss.

²¹ Riflette sui problemi relativi alla caduta del sistema di *embedded liberalism* e si interroga su una nuova sintesi tra globalizzazione, sovranità e democrazia nel contesto odierno, A. POLETTI, *Antiglobalismo. Le radici politiche ed economiche*, Il Mulino, Bologna, 2022.

bilizzare le neonate democrazie costituzionali, in quanto portatrici di una nuova e diversa «*welfare constitutional legality*», con un approccio più rivolto al contrasto delle ingiustizie materiali, al pluralismo valoriale e maggiormente congeniale alla struttura del *Welfare State*²²; 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 liberale. A questo proposito, per comprendere quale sia il portato della legalità costituzionale basta riprendere la nota tesi di Mezzanotte 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»²³.

Se la legalità costituzionale, dunque, è, da una parte, un sistema di legalità pluralistica e aperta al conflitto sociale di cui la Corte costituzionale è il *Custode* e, dall'altra, il nuovo contesto porta a ripensare la giustizia costituzionale in termini di rapporto tra giurisdizioni, la domanda diventa: come si declina quella funzione di unità intorno al valore nell'attuale fase di interferenza strutturale del processo di integrazione? Una ri-attualizzazione di quel ruolo di Custode della legalità costituzionale è, infatti, necessaria alla luce di un processo di *infiltration* sempre più importante operato dalla Corte di giustizia, attraverso una tendenza espansionistica della legalità europea, la quale non resta più confinata nella rigida e ristretta sfera del paradigma di separazione complementare incentrato sul mercato, ma incide sempre più – dopo la «torsione neoliberale»²⁴ – sui

²² M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2020, p. 92, che parla di un'apertura delle Costituzioni al «fatto della disuguaglianza» e di una differenza nella legalità costituzionale tra «tutela dei diritti», affidata alla Corte costituzionale, e «politica dei diritti», di competenza del legislatore politico.

²³ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, pp. 106-111.

²⁴ Individuano una trasformazione da un ordoliberalismo più attenuato nel Trattato di Roma, a un'evoluzione neoliberale del progetto europeo dopo Maastricht, in cui un ruolo centrale è svolto dalla Corte di giustizia, M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, p. 312.

marginari di agibilità del conflitto sociale sia a livello nazionale, sia a livello europeo²⁵. Il compromesso *Granital-Simmenthal* va, in definitiva, ripensato a partire da un superamento della *displacement doctrine* delle Corti costituzionali, al di là della logica dei binari paralleli dei sistemi di legalità e promuovendo una dialettica conflittuale e istituzionalizzata dei due parametri – europeo e costituzionale – che abbia due obiettivi: da una parte, la creazione di un modello di rapporto tra giurisdizioni maggiormente compatibile con l’assetto valoriale del costituzionalismo democratico sociale; dall’altra, un superamento del paradigma neoliberale del diritto europeo e un’auspicabile democratizzazione dello stesso. Come si vedrà, infatti, una parte importante di questa proposta si poggia su di un’interpretazione possibile e contestualizzata del nuovo orientamento inaugurato dalla «precisazione» della sent. n. 269 del 2017²⁶. Questo orientamento, infatti, sembra aprire, in qualche modo, almeno nel contesto italiano, ad una potenziale evoluzione del rapporto tra ordinamenti e ad un superamento della regola *Granital-Simmenthal*²⁷. Tuttavia, questo modello, con i dovuti accorgimenti e le differenziazioni di contesto, potrebbe anche avere una valenza generale, ossia essere applicabile all’interno del sistema delle relazioni tra giurisdizioni costituzionali nazionali e Corte di Giustizia.

2. *Primo tassello. Identità costituzionale comune ed emersione del conflitto sociale*

Un primo elemento di questa riconfigurazione del rapporto tra giurisdizioni in Europa non può che passare da una riconcettualizzazione del *discorso* sull’identità costituzionale, principale terreno su cui si manifestano i conflitti costituzionali. Un’idea, quella di iden-

²⁵ Come si è visto durante la crisi dei debiti sovrani, in relazione alla sindacabilità delle misure di *austerità*, vedi cap. II, par. 7.

²⁶ Si rinvia, per una maggiore specificazione, su questo punto al parr. 4 e 5 del presente capitolo.

²⁷ Per un dibattito sulle implicazioni del nuovo orientamento, C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020.

tà costituzionale, che è per sua natura foriera di significati sovrapponibili, come l'immutabilità costituzionale, così come, al contrario, il mutamento costituzionale; che può avere una funzione anti-maggioritaria, ma anche uno scopo più legato alla definizione di una determinata maggioranza politica in un preciso contesto storico²⁸. Un concetto 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 TUE²⁹. In questa prospettiva, molte proposte hanno tentato di andare «*beyond the exceptionalism*» dei conflitti costituzionali, proponendo una «funzione ordinaria della clausola identitaria», che leghi, ad esempio, quest'ultima al principio di attribuzione, «come una regola di interpretazione degli esistenti motivi di deroga del mercato interno»³⁰. Oppure, in alternativa, come un dovere di rispettare le strutture costituzionali degli Stati membri e le funzioni statali (le c.d. *compétences étatiques*), svolgendo anche una funzione di parametro di validità³¹. Ipotesi queste ultime, tuttavia, che, come anticipato nel capitolo precedente, non convincono del tutto perché rischiano di restringere i conflitti costituzionali in una stretta interpretazione dell'art. 4, comma 2 TUE nella disponibilità esclusiva della Corte di giustizia, cercando di leggere quella norma come limite interno (e relativo) – e non esterno – al diritto europeo e che sembra avere, oggi, il fine sotteso di sterilizzare una «vera e propria

²⁸ P. FARAGUNA, *Identity*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 1-4.

²⁹ 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, pp. 36 e ss.

³⁰ Con il rischio, però, di assoggettarla allo stesso regime di deroga dei *mandatory requirements*, in cui quel margine di apprezzamento per gli Stati membri pare ancora molto ristretto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, figlia di un'interpretazione marcatamente gerarchica dei rapporti tra ordinamenti.

³¹ G. DI FEDERICO, *The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards*, in *European Public Law*, vol. 25, n. 3, 2021, pp. 347 e ss.

deriva anarchica in cui ogni Corte costituzionale richiama 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»³².

A questo proposito, non sono da sottovalutare alcuni problemi relativi ad «un uso populista dell'identità nazionale»³³ come, ad esempio, quello opposto recentemente dai Tribunale costituzionale ungherese³⁴, da quello polacco³⁵ e dalla Corte costituzionale rumena³⁶. I quali, non a caso, tendono a sovrapporre il concetto di identità costituzionale con quello di sovranismo³⁷ e disconoscono la funzione unificante del primato per perseguire un'ottica non molto dissimile dal *free riding*, in modo da continuare ad ottenere vantaggi comparativi per i loro ordinamenti nazionali. Il problema, tuttavia, non può essere risolto in un'interpretazione tutta interna al diritto europeo, in cui appare riduttivo un semplice richiamo al monopolio interpretativo, come pure di recente è stato tentato dalla Corte di giustizia, la quale ha dismesso un atteggiamento di sospetto³⁸ rispetto al passato nei confronti di una maggiore delimitazione operativa della clausola dell'art. 4, comma 2 TUE e che ha posto il tema del rapporto tra identità nazionale e rispetto dell'identità costituzionale europea sancita dall'art. 2 TUE³⁹.

³² G. MARTINICO, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale. Per una lettura "contestualizzata" dell'art. 4.2 TUE*, in *DPCE online*, n. 3, 2020, p. 3972.

³³ G. MARTINICO, *Contro l'uso populista dell'identità nazionale*, p. 3961.

³⁴ Corte costituzionale ungherese, 22/2016, decisione del 30 novembre 2016.

³⁵ Corte costituzionale polacca, 3/21, decisione del 7 ottobre 2021.

³⁶ Corte costituzionale rumena, 390/2021, decisione del 8 giugno 2021.

³⁷ In questo senso, A. SLEDINSKA SIMON, M. ZIŁKOWOSKI, *Constitutional Identity in Poland: Is the Emperor Putting On the Old Clothes of Sovereignty?*, in C. CALLIESS, G. VAN DER SCHYFF (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multi-level Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 243 e ss. Per un'analisi incentrata 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, pp. 799 e ss.

³⁸ Sintomatico, a questo proposito, il mancato riferimento al tema dell'identità costituzionale e al richiamo all'art. 4, comma 2 TUE in Corte giust., C-42/17, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.* Su questa linea interpretativa, P. FARAGUNA, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, cit., p. 635.

³⁹ Corte giust., C-156/21, *Ungheria vs. Parlamento e Consiglio Europeo*, Corte giust., C-157/21, *Polonia vs. Parlamento e Consiglio Europeo* in cui si afferma «i valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati

Il mantenimento del primato del diritto europeo all'interno delle sfere di competenza dell'UE⁴⁰ è un dato sicuramente da dover preservare, ma questo non può giustificare, d'altra parte, una chiusura formalistica a qualsiasi proposta di modificazione dello *status quo* del rapporto tra giurisdizioni. Il rischio di questa impostazione, infatti, è riproporre un vizio moralistico di analisi dei conflitti costituzionali, che porta a leggere questi ultimi come in sé e per sé erronei⁴¹ e non come dato strutturale dell'attuale rapporto tra ordinamenti. Difatti, conflitti costituzionali come quello che si è presentato nella sentenza *Weiss* non c'è dubbio che, nonostante una loro ricostruzione come eccezione da parte della Corte costituzionale tedesca, potranno essere utilizzati come *exempla* per una strumentalizzazione distorta dell'utilizzo della *Rule of Law*. Questo, tuttavia, non rende necessariamente estemporanee le cause di questo scontro tra giurisdizioni, le quali vanno affrontate in quanto dotate di radici molto profonde da ricercare in un'*archeologia*⁴² dei rapporti tra ordinamenti. In questo senso, questi conflitti sembrano non essere altro se non la venuta al pettine di alcuni nodi del processo di integrazione⁴³.

Se, dunque, questa lettura sembra la più corretta, l'identità costituzionale, seguendo le parole di Agustín Menéndez, pare rappresentare un più generale precitato costituzionale «di importanti tensioni costituzionali irrisolte, derivanti da differenze decisive nella struttura, nella forma e nel contenuto della politica europea e na-

membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori».

⁴⁰ Il riferimento è alla pronuncia capostipite del principio del primato, ovvero *Costa-Enel*, a cui fa da contraltare il principio di attribuzione, in cui si è sempre parlato di «una limitazione di competenza o di un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità» che avviene «sia pure in campi circoscritti».

⁴¹ R.D. KELEMEN, L. PECH, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 21, 2019, pp. 59 e ss.

⁴² Nel senso utilizzato da M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere*, Rizzoli, Milano, 1999.

⁴³ D. GRIMM, *A long time coming*, in *German Law Journal*, vol. 21, n. 5, 2020, pp. 944 e ss.

zionale; ovvero [...] nella grammatica fondamentale dei due ordini giuridici»⁴⁴. Il punto più rilevante da dover sottolineare è, non a caso, che «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»⁴⁵. È necessario, in altri termini, allargare la prospettiva⁴⁶, guardare con distinguo a quello che viene filtrato – a livello delle Corti costituzionali – dal macrotema dell'identità costituzionale e valorizzare una lettura materiale dei conflitti che prenda in carico quello che Haltern chiama le *real contradictions*, stigmatizzando interpretazioni abusanti il potenziale partecipativo che l'identità porta con sé. Per far ciò, lo sforzo che è necessario compiere si deve muovere in due differenti direzioni. La prima riguarda il non restringere una lettura del più ampio tema dell'identità costituzionale post Maastricht in una questione interpretativa del solo diritto europeo, che passi dall'esclusiva lettura dell'art. 4, comma 2 TUE e del suo ristretto riferimento normativo all'identità nazionale. La seconda concerne una lettura sostanzialista dell'identità costituzionale, che riempi di contenuto questo concetto con il conflitto sociale nella sua visione normativa, permettendo l'emersione di quest'ultimo nel rapporto tra giurisdizioni.

Difatti, è necessario immaginare una proposta di nuova configurazione di *Granital-Simmenthal* a partire da una lettura unitaria, che inglobi non solo la polarizzazione avvenuta sul tema dell'art. 4,

⁴⁴ A.J. MENÉNDEZ, «False Friends» costituzionali: l'irresistibile ascesa dei conflitti fondamentali tra diritto europeo e quello nazionale, cit., p. 895.

⁴⁵ A.J. MENÉNDEZ, «False Friends» costituzionali, cit., pp. 902-903.

⁴⁶ Parla di una visione sistematica dell'art. 4, comma 2 TUE, G. MARTINICO, *Taming National Identity: A Systematic Understanding of Article 4.2 TEU*, in *European Public Law*, vol. 27, n. 3, 2021, pp. 447 e ss.

comma 2 TUE, ma anche quella sulle tradizioni costituzionali comuni *ex artt.* 6 TUE e 52 CDFUE e, infine, quella sul principio di attribuzione applicato nel giudizio *ultra vires*, sia sul fronte dell'invasione delle competenze statali, sia in rapporto alla Carta di Nizza *ex art.* 51 CDFUE. Se l'obiettivo, infatti, è superare la logica dei binari paralleli e proporre una dialettica conflittuale tra le due legalità è proprio l'identità costituzionale, intesa in senso largo, il campo in cui questa operazione di riconfigurazione si dovrà giocare. Con l'ulteriore conseguenza, che l'approccio all'identità costituzionale dovrà declinarsi evidenziando una valenza *trasformativa* della stessa e non la sua potenziale interpretazione in chiave di sterile chiusura nazionalistica. Valenza trasformativa che permetterebbe, d'altra parte, di ribaltare – rovesciandola – la possibile obiezione dell'attacco al primato e dell'eccessiva differenziazione che l'utilizzo dell'identità costituzionale ha portato da sempre con sé. Se il ruolo dell'identità è giocato, difatti, in chiave di inserimento in quella dialettica conflittuale tra parametri viene meno la semplice difesa della dimensione nazionale e l'obiettivo diventa la costruzione di un'unità – altrimenti messa a repentaglio – che si compie attraverso un cambiamento strutturale del rapporto tra ordinamenti, in termini di maggiore apertura e di allineamento alle istanze del costituzionalismo democratico e sociale e di democratizzazione del diritto europeo. Dell'identità costituzionale, in definitiva, va posto l'accento su quella dimensione partecipativa e *comune* della «*collective self-determination*» incorporata dalla legalità costituzionale e che incide sul piano europeo come «una preconditione per un legittimo processo decisionale e collettivo che a sua volta promuoverà quella comune identità»⁴⁷.

Per poter percorrere la seconda direzione verso la quale tendere, occorre invece, in definitiva, superare il compromesso *Granital-Simmenthal* e la sua logica di separazione tra mercato e sociale: ovvero, ripensare un rapporto tra giurisdizioni che permetta l'emersione di quello scarto storico-materiale tra i due ordinamenti e che si potrebbe identificare, sinteticamente, nella mancanza nell'attua-

⁴⁷ 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, p. 53.

le diritto europeo di una concezione democratica aperta al conflitto sociale. È, pertanto, la dimensione del conflitto sociale che dovrà riempire di contenuto il *discorso* sull'identità costituzionale, in una prospettiva di dialettica tra i due sistemi di legalità. Una tale opzione – che si inserisce in una prospettiva *de iure condendo* ma che non manca di avere solidi riferimenti nella realtà costituzionale odierna⁴⁸ – ha l'obiettivo di rendere maggiormente compatibile il rapporto tra giurisdizioni con una visione democratica dei conflitti costituzionali, declinando in maniera alternativa l'attuale prevalenza nel diritto europeo, anche sul fronte giurisprudenziale, di una «*total market*» *thinking*⁴⁹. Quello che si presenta, finora, nella legalità europea è un rapporto sbilanciato a favore del mercato, che si manifesta in un riduzionismo del pluralismo valoriale, una costruzione della cittadinanza in chiave di *status* di fruitrice e consumatrice di servizi, un bilanciamento caratterizzato dalla prevalenza delle libertà economiche e dei fattori di circolazione sulle *ragioni* del lavoro e della dimensione collettivo-sociale, e un'impalcatura di *social policy*, tutta costruita come correzione dei *market failures*⁵⁰. Per questo motivo sarebbe un'idea velleitaria quella di immaginare una maggiore apertura al pluralismo sociale e una modificazione della *social law*⁵¹ in una chiave tutta interna al diritto europeo. Viceversa, è proprio il *discorso* sull'identità costituzionale il *fattore esterno* che potrebbe permettere di importare quella visione del conflitto sociale e l'emersione di quell'assetto valoriale presente nel costituzionalismo democratico sociale. Quella «*third wave*» della *judicial review* di cui parla Joseph Weiler⁵² sul tema dell'identità

⁴⁸ Come verrà meglio esplicitato in seguito nei parr. 5, 6 e 7 del presente capitolo.

⁴⁹ E. CHRISTODOULIS, *The European Court of Justice and the "Total Market" Thinking*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 10, 2013, pp. 2005 e ss.

⁵⁰ Per i necessari approfondimenti si rinvia allo studio della diversa consistenza tra le due legalità, nel cap. II di questo lavoro.

⁵¹ 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, pp. 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, pp. 210 e ss.

⁵² J.H.H. WEILER, *The Normative Dimension of the Three Waves of Judicial Review*, cit., p. 236.

costituzionale potrebbe essere, dunque, interpretata in chiave non solo descrittiva ma normativa, ovvero come un canale di disseminazione nel rapporto tra giurisdizioni (*ergo* tra ordinamenti) di quella dimensione della legalità costituzionale, maggiormente aperta ad un conflitto tra mercato e sociale, che sposa una visione laica del pluralismo assiologico e che guarda alle libertà economiche come interessi privati che possono subire una forte compressione a favore di interessi pubblico-collettivi.

Il rapporto di giurisdizioni va ripensato, dunque, non solo in una chiave formalistica di evoluzione delle tecniche giuridiche di raccordo tra sistemi, ma anche alla luce di una chiara tesi sull'eziologia dei conflitti costituzionali. D'altra parte, questa lettura sostanzialista sarebbe un'ipotesi in grado di accomodare l'attuale scenario di *disembedded liberalism* in un contesto di coesistenza delle due legalità, dopo il definitivo superamento del primo periodo di netta separazione tra mercato e politico-sociale, espressione di *Granital-Simmenthal*. La nuova fase dei rapporti tra ordinamenti obbliga, quindi, ad immaginare un'interazione tra le giurisdizioni *diversa* e maggiormente compatibile con la garanzia di una visione di democrazia complessa e pluralistica, in grado di internalizzare uno *spazio di agibilità politica* del conflitto sociale. Senza dover cadere in false dicotomie, secondo cui la reale questione sarebbe di dover decidere tra una «*separation versus fusion*»⁵⁵ dei parametri, il riempimento dell'identità costituzionale con il conflitto sociale è una proposta che vuole prendere atto descrittivamente dell'attuale alterità tra le due legalità e vuole rappresentare un tassello di costruzione – dal lato del rapporto tra giurisdizioni – di un ri-allineamento di quella visione di Stato (*alias* oggi potere pubblico) e società che governi i conflitti di valore e redistributivi, presenti, ma spesso non visibili, in Europa. La funzione in cui, dunque, dovrebbe essere concepito l'uso del *discorso* dell'identità costituzionale, da parte delle Corti costituzionali, dovrebbe essere di tipo *selettivo*: non legitti-

⁵⁵ 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, pp. 391 e ss.

mando richiami di sterile chiusura nazionalistica, ma guardando ad un utilizzo della stessa come proiezione di quella legalità costituzionale, espressione di quel patrimonio valoriale del costituzionalismo democratico sociale.

3. *Secondo tassello. I diritti fondamentali come «istituzioni»*

Sulla linea della definizione della proposta, un ulteriore punto di riflessione dovrà riguardare la differenza che si evidenzia tra le due legalità, in relazione alla concezione dei diritti fondamentali. Infatti, un fronte importante di aumento dei conflitti costituzionali trova un suo oggetto proprio nella definizione sostanziale dei diritti fondamentali *a doppia tutela*, ovvero quei diritti che sono previsti contemporaneamente dalle Costituzioni nazionali e dalla Carta di Nizza. È allora in questo spazio di sovrapposizione tra le due legalità che l'identità costituzionale comune può trovare un suo proprio riempimento a partire dal conflitto sociale.

Nella classica tradizione della teoria liberale dei diritti fondamentali (propria dello Stato di diritto borghese), si inserisce, con l'avvento delle Costituzioni lunghe del Novecento, una dimensione *istituzionale* dei diritti fondamentali⁵⁴, che provoca un salto di qualità notevole rispetto al passato, perché comporta una materializzazione degli stessi «nella strutturazione concreta della libertà in ordinamenti reali, in istituzioni, in rapporti sociali e giuridici organizzati». La conseguenza di questa nuova impostazione, riguardante il ruolo dei poteri pubblici, è che il compito dello Stato non concerne più solo il garantire «la salvaguardia di un ambito di libertà individuale e sociale, nel quale i singoli possono agire, secondo il proprio arbitrio soggettivo», ma l'assicurare, attraverso gli atti normativo-politici «la condizione di possibilità e di realizzazione di questa libertà»⁵⁵. A questo proposito, riprendendo la teorizzazione italiana

⁵⁴ Riferendosi alla dimensione istituzionale, parla di una «doppia dimensione» dei diritti fondamentali, A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2016, pp. 1 e ss.

⁵⁵ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione e democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 158, 165.

più compiuta di questa nuova dimensione istituzionale dei diritti, cioè quella di Augusto Barbera, si potrebbe dire che l'avanzamento del costituzionalismo democratico sociale prevede una configurazione dei diritti fondamentali non come «fragili diritti soggettivi di libertà», ma come rivendicazioni sociali che esigono «salde “istituzioni di libertà”», che non releghino «la libertà nella sfera privata», ma promuovano una «partecipazione»⁵⁶ che richieda una diversa organizzazione del potere pubblico. Non una chiusura dei diritti, pertanto, nell'esclusiva dimensione della mera pretesa soggettiva *contro* lo Stato (*rectius* del potere pubblico), ma da intendere come declinazione di una nuova *libertà-partecipazione*, in cui si manifesta un diverso rapporto Stato-società di tipo aperto, pluralista e conflittuale, e nel quale il compito del potere pubblico diventa la costruzione di quelle condizioni di possibilità che ne permettano l'agibilità politico-giuridica.

È in questo senso che va, dunque, intesa la concezione dei diritti fondamentali: una dimensione partecipativa, istituzionale e democratico-funzionale in cui questi «acquistano il proprio senso e il proprio significato principale nel loro essere fattori costitutivi di un libero processo di sviluppo dello Stato nella direzione democratica, ossia muovendo dal basso verso l'alto [...], e di un processo democratico della formazione della volontà politica»⁵⁷. In questa prospettiva, la concezione di libertà positiva⁵⁸ proiettata nei rapporti sociali incorpora una visione di giustizia redistributiva e solidaristica che trova il proprio *status* politico-giuridico in quel concetto di «cittadinanza sociale»⁵⁹, che inserisce una dimensione soggettiva storico-materiale dell'*homme situé*⁶⁰ e che questiona il rapporto Stato, mercato e società. Non a caso, nel costituzionalismo democratico sociale i diritti fondamentali sono ricostruiti come «condizioni *a priori*

⁵⁶ A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 57-58-71.

⁵⁷ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Stato, costituzione e democrazia*, cit., p. 171.

⁵⁸ I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, Milano, 1989, pp. 12 e 24.

⁵⁹ P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2009, pp. 35 e ss.

⁶⁰ G. BURDEAU, *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, Son assise sociale et sa philosophie politique*, VI, LGDJ, Paris, 1956, p. 27.

della democrazia», nel senso che cessano di «essere meri principi direttivi e sono divenuti il contenuto di norme giuridiche precettive [...] logicamente inserite in determinate gerarchie di valore e, quindi, relativizzati rispetto ad altri valori». Da questo discende, pertanto, che «l’inserimento della problematica dei diritti fondamentali nell’orizzonte della democrazia ha comportato un mutamento radicale, sia della concezione della libertà individuale, sia di quella della persona umana» perché soggetto e oggetto di tutela non diventa più «l’individuo isolato» o «l’uomo astratto», ovvero la garanzia della «libertà negativa», ma, viceversa, «la democrazia presuppone come fondamento la libertà positiva, l’autodeterminazione individuale e collettiva»⁶¹.

Al contrario, nel diritto europeo rimane predominante una logica di tutela dei diritti fondamentali di tipo liberale, più funzionale ad un generale «mercato» che ha pervaso la cultura politico-costituzionale degli ultimi decenni e ad una «internalizzazione dell’economia»⁶², la quale, tuttavia, non deve essere intesa come il ritorno ad una vecchia concezione della separazione tra lo Stato e la società civile, concepita come ordine economico naturale e intangibile nel vecchio concetto di Stato di diritto. L’infrastruttura, infatti, pur restando la stessa, viene intaccata nella sostanza, perché la soggettività egemone nel diritto europeo non è più quella del *rentier* sedentario⁶³, che prendeva forma nello Stato liberale attorno alla proprietà terriera, ma non è nemmeno quella del cittadino sociale di cui parla Pietro Costa per caratterizzare lo Stato sociale⁶⁴ del Novecento. Essa, al contrario, si presenta come *homo economicus* transfrontaliero che, avvantaggiandosi delle quattro libertà, è, al contempo, fattore di produzione altamente mobile e consumatore di merci e di servizi. La soggettività nel diritto europeo, in

⁶¹ A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Treccani, Roma, 1989, pp. 14 e 15.

⁶² R. BIN, *Lo Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1161.

⁶³ R. POLLIN, *Resurrection of the Rentier*, in *New Left Review*, vol. 46, n. 4, 2007, pp. 140 e ss.

⁶⁴ P. COSTA, *Lo Stato sociale come problema storiografico*, in *Quaderni fiorentini*, n. 1, 2017, pp. 41 e ss.

altri termini, risulta affetta da quel tratto di «*cosmopolitanism*»⁶⁵ funzionalista, in cui è assente quel dato politico-comunitario⁶⁶ e che fa prevalere un'ottica individualista e utilitaria nell'impiego della leva giuridica sovranazionale, in contrapposizione alla comunità politica nazionale di riferimento. Ne risulta quindi che, ad oggi, la comunità politica nazionale di riferimento rimane l'unica dimensione costituzionale in cui è possibile pensare forme (seppur drasticamente ridotte) di redistribuzione in chiave di eguaglianza sostanziale.

A questo proposito, la stessa adozione della Carta di Nizza non ha modificato, di gran lunga, lo scenario. Quel salto di qualità della scrittura dei diritti fondamentali nella Carta di Nizza e quella "umanizzazione" del diritto europeo che, per alcuni, ha rappresentato il segno del distacco dal cordone ombelicale dal mercato, arrivando a parlare di una costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo⁶⁷, per altri, ha più correttamente segnato solo un ulteriore elemento di conferma della seconda fase di interferenza strutturale, visto e considerato che queste tendenze espansive trovano nei diritti fondamentali una nuova fonte autonoma di legittimazione. In modo più convincente si è, infatti, letta la CDFUE come la manifestazione 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»⁶⁸. Detto in altri, termini, la Carta di Nizza e, più in generale,

⁶⁵ A. SOMEK, *Europe: Political, not Cosmopolitan*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 2, 2014, p. 145.

⁶⁶ Nel senso indicato nel testo, A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, cit., pp. 57-58, la quale sostiene che «al fine dell'adozione di misure promozionali volte a rafforzare la coesione sociale e la solidarietà, un presupposto essenziale è quello dell'esistenza di un tessuto democratico e di un sistema rappresentativo robusto e vivace, che invece sembrano ancora mancare a livello europeo».

⁶⁷ C. MÖLLERS, *Pouvoir constituant – Constitution – Constitutionalisation*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 169 e ss.

⁶⁸ 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, p. 791.

la dimensione dei diritti fondamentali risentono della mancanza di quel processo di integrazione politica, funzionale a quel superamento del «*constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union*»⁶⁹, che rimane un problema atavico del diritto europeo e che si riflette nel suo approccio post-democratico ai diritti fondamentali.

La diversa concezione dei diritti fondamentali presente nella Costituzione e nella Carta di Nizza si presenta, dunque, come uno dei nodi dell'attuale rapporto tra legalità e della presenza di quello scarto storico-materiale. Ritornando alla riconfigurazione di *Grani-tal-Simmenthal*, non convince adottare, in questa prospettiva, la logica della *massima protezione dei diritti*⁷⁰, rilanciata recentemente dalla teoria neocostituzionale⁷¹. Questa dottrina sul rapporto tra sistemi non risulta utile ai fini perseguiti perché, seppur accolta nella legalità europea, rappresenta – sul versante dei diritti fondamentali – una riproposizione di quell'interferenza strutturale che non tocca il rapporto tra sociale e mercato. La massima protezione dei diritti è stata, infatti, spesso utilizzata dalla Corte di giustizia per fini strumentali e intesa come obiettivo-fine di 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)⁷² e, molto spesso,

⁶⁹ S. GARBEN, *The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union*, cit., p. 41.

⁷⁰ 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».

⁷¹ Sulla categoria del neocostituzionalismo, G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia giuridica*, Annali, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 749 e ss.

⁷² 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*.

in ottica di massimizzazione delle libertà economiche, o, più in generale, di rivendicazioni di stampo individualistico. Una dura critica che è stata mossa a questa ricostruzione 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»⁷³. A ben guardare, tuttavia, il criterio della massimizzazione dei diritti non è assimilabile al concetto di *massima espansione delle libertà*, figlio della dottrina costituzionalistica italiana⁷⁴ perché esso, intanto, si inserisce nel contesto dello Stato sociale novecentesco, il quale 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»⁷⁵. Né, d'altra parte, si capirebbe come questo principio sia applicabile in due sistemi così differenti in termini di assetto costituzionale, di cui i conflitti costituzionali rappresentano plasticamente le *real contradictions*. Questo criterio sarebbe stato, al contrario, utilizzabile in caso di *isonomia* tra le due legalità e di co-assialità fra la Costituzione e la Carta di Nizza: ovvero di eguaglianza di patrimonio costituzionale e fini perseguiti tra i due ordinamenti.

Se, dunque, è chiaro il nesso tra diritti fondamentali e democrazia pluralista, nel ripensamento del rapporto tra giurisdizioni non è più possibile pre-supporre l'equivalenza funzionale tra i due siste-

⁷³ R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 16.

⁷⁴ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 41.

⁷⁵ C. CARUSO, *Granital Reloaded. “La precisazione” nell'integrazione attraverso i conflitti*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 37.

mi, sottesa alla giurisprudenza *Solange*, come è avvenuto nella prima fase di separazione, bensì si dovrà tenere in considerazione la presenza di uno scarto storico-materiale. Bisogna, infatti, ripensare questo rapporto e porlo in relazione con il processo democratico nazionale ed europeo, affinché i diritti «restino sempre ancorati alla loro dimensione storico-concreta e in tal senso ‘politica’»⁷⁶. Per far ciò, è necessario che la dimensione istituzionale e democratica della libertà intesa in senso partecipativo venga proiettata nella nuova dialettica con il diritto europeo, evidenziando una ricostruzione dei diritti fondamentali che li interpreti come «dispositivi normativi atti a mobilitare ed organizzare il conflitto politico sugli equilibri sociali»⁷⁷ e come norme obiettive che svolgono la funzione di «fattori di integrazione»⁷⁸ del pluralismo dei valori. Solo attraverso questa concettualizzazione dei diritti fondamentali (e non come mere pretese soggettive), infatti, si possono superare, inoltre, le obiezioni di chi ha parlato di un «*perpetual momentum*»⁷⁹ del diritto giurisprudenziale europeo, sostenendo che l’intervento delle Corti costituzionali in materia sociale, riprodurrebbe la stessa logica di protezione individualistica della Corte di giustizia e non sarebbe in grado di iniettare quella dimensione di apertura al conflitto sociale, costitutivamente intraducibile in diritti e principi (ovvero il linguaggio attraverso cui si esprimono le Corti costituzionali).

L’obiettivo di questa differente ricostruzione dovrà essere quello di permettere una messa in discussione di quella parte di *micro-costituzione economica*⁸⁰, incardinata nei Trattati e nel diritto europeo

⁷⁶ G. SCACCIA, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell’Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 29, 2022, p. 158.

⁷⁷ Ne parla in relazione ai diritti sociali in chiave istituzionalista, ma in una modalità generalizzabile nel senso utilizzato nel testo, M. GOLDONI, *La materialità dei diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2022, p. 163.

⁷⁸ Seguendo la nota teoria smendiana ripresa da P. RIDOLA, *La Costituzione della Repubblica di Weimar come “esperienza” e come “paradigma”*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014, p. 16.

⁷⁹ F.W. SCHARPF, *Perpetual Momentum? Directed and Unconstrained*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 19, n. 1, 2011, pp. 134-136.

⁸⁰ Mentre la macro-costituzione economica diventerebbe difficilmente contestabile tramite una semplice evoluzione del rapporto tra giurisdizioni, ma necessita di un intervento politico sui Trattati come più volte ribadito nel testo. Parla in questo senso, di una «costituzione “microeconomica”» europea della concorrenza

derivato (e di rimando, pertanto, anche nella Carta di Nizza), nella forma delle quattro libertà e della concorrenza, attraverso una sua *decostituzionalizzazione*, riprendendo, a questi fini, la nota proposta di Grimm e Scharpf⁸¹. Il modello prospettato è quello di una legittimazione della *majority rule*⁸² presente nelle democrazie costituzionali nazionali, la quale garantirebbe di aprire uno spazio di contestazione politica della stessa costituzione economica europea. La soluzione dei due autori, infatti, nonostante le diverse sfumature, si ritrova in un'apertura del diritto europeo ad una maggiore *politicizzazione*⁸³, intesa come valorizzazione del ruolo del legislatore, sia a livello nazionale che sovranazionale. In questa ricostruzione, si contempera maggiormente, da una parte, lo spazio di autonomia decisionale degli Stati membri nelle più sensibili *political issues* sottratte dalla sovracostituzionalizzazione della Corte di giustizia; e, dall'altra, si valorizza la maggiore centralità che dovrebbe avere, in un processo democratico strettamente connotato, il ruolo dell'integrazione positiva,

costruita dalla Corte di giustizia, O. CHESSA, *La governance economico monetaria dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2020, pp. 394 e ss., che riprende la nozione del già citato studio di K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, pp. 13 e ss.

⁸¹ I due studiosi, infatti, identificano nella *sovracostituzionalizzazione*, e quindi di rimando nella *depoliticizzazione* dell'UE uno dei principali problemi del processo di integrazione, ma inteso in due sensi diversi e complementari: il primo riguarda la constatazione secondo cui – a differenza delle Costituzioni nazionali – nei Trattati non sono solo presenti quelle previsioni che riflettono il funzionamento di una Costituzione, ma ne sono incluse anche altre che normalmente negli Stati sarebbero previste in leggi ordinarie; la seconda concerne la funzione svolta dai c.d. agenti federali del diritto europeo – 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, grazie ai due strumenti dell'effetto diretto e del primato. La soluzione proposta dai due studiosi alla *sovracostituzionalizzazione* dell'UE è quella di *decostituzionalizzare* i Trattati, ma più in generale lo stesso *acquis communautaire*, al fine di permettere una ri-politicizzazione dell'Unione, D. GRIMM, *The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case*, cit., pp. 461 e ss.; F.W. SCHARPF, *De-constitutionalisation and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe*, in *European Law Journal*, vol. 23, n. 5, 2017, pp. 315 e ss.

⁸² C. CARUSO, *Majority*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 1 e ss.

⁸³ Evidenzia, a rovescio, l'elemento secondo cui sia implicito nel costituzionalismo un quoziente di depoliticizzazione, G. ROMEO, *What's wrong with depoliticization?*, in *European Law Open*, n. 1, 2022, pp. 168 e ss.

perseguita attraverso una parlamentarizzazione dell'Unione europea, intesa nel senso di un aumento del potere decisionale riconosciuto agli organi politici, ovvero il Consiglio e il Parlamento europeo.

Ritornando alla presente proposta, allora, quello che si potrebbe ottenere sul versante del rapporto tra giurisdizioni è un utilizzo, da parte delle Corti costituzionali, dei diritti fondamentali come *frammenti di politicità* in grado di creare meccanismi di contestazione della *micro-costituzione economica* e di aprire una nuova *canalizzazione costituzionale*⁸⁴ di quelle istanze politico-sociali, che trovano riconoscimento nell'arena pluralistica del costituzionalismo democratico sociale e che sono assenti nel diritto europeo. Operativamente parlando, il ruolo delle Corti costituzionali dovrebbe essere quello di mostrare una differente concezione dei diritti fondamentali la quale, tramite la dimensione istituzionale, valorizzi il conflitto sociale e il ruolo di mediazione degli organi politici-democratici. In questo senso, una ricaduta di questo approccio potrebbe essere quella di incentivare la Corte di giustizia ad attribuire un maggiore rilievo alla discrezionalità legislativa, sia nazionale che sovranazionale, intesa, però, non come generale e atematico elemento di *judicial restraint*, ma come un istituto giuridico⁸⁵ in grado di preservare quell'apertura alla decisione politico-democratica in Europa. Ciò, infatti, potrebbe permettere di porre freno agli effetti negativi di un'eccessiva *sovracostituzionalizzazione* giudiziaria, la quale rimane uno dei tratti più tipici della costruzione sovranazionale e che risulta non più in linea con la nuova fase del progetto europeo.

⁸⁴ 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, pp. 143-144.

⁸⁵ Per un'analisi dell'istituto nel contesto italiano e sul suo rapporto con il principio pluralistico, A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, 1986, pp. 795 e ss.

Più in generale, il fine auspicato sarebbe quello di produrre un effetto inducente: permettere che nell'interazione tra le due legalità si incanalino quelle istanze collettive – come in maniera lungimirante ha insegnato Barbera – e contribuire a costruire quelle nuove *istituzioni* capaci di legare «le lotte sociali ad una coerente strategia istituzionale»⁸⁶, aprendo spazi costituzionali per ricucire il rapporto tra Stato e società. A questa lettura, si potrebbe opporre come critica che le Corti costituzionali non agirebbero in un campo neutro, in quanto si tratterebbe di un terreno già fortemente condizionato dai precedenti e dalle tecniche giuridiche adottate dalla Corte di giustizia. Quantomeno, tuttavia, una tale prospettiva avrebbe il merito di ripensare a una riconfigurazione aggiornata di *Granital-Simmenthal* che sia maggiormente in linea con l'attuale stadio del processo di integrazione e che si ponga come fine l'agibilità politica della conflittualità democratica in Europa, seppur restando nel versante del rapporto tra giurisdizioni. Ragionando sul piano del realismo, si potrebbe dire che si aprirebbe la c.d. sfera del possibile: ovvero, se anche la *decostituzionalizzazione* della *micro-costituzione economica* non avvenisse, il risultato sarebbe di mostrare – attraverso le ragioni del costituzionalismo democratico-sociale – la potenziale reversibilità⁸⁷ di quest'ultima.

4. Terzo tassello. Il bilanciamento in luogo dell'effetto diretto

Un corollario di questa visione passa dal riconoscimento di una diversa funzione che svolgono il bilanciamento, per la legalità costituzionale, e il primato e, più in particolare, l'effetto diretto per la legalità europea. Se, come sta emergendo dalla ricostruzione, un punto nodale di differenza tra le due legalità è dato infatti dall'approccio ai conflitti di valore presenti nei sistemi giuridici, le due tecniche giuridiche rappresentano un evidente spaccato procedurale dei due approcci.

⁸⁶ A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, cit., p. 59.

⁸⁷ Riprendendo il concetto di reversibilità di G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, Paris, 1995.

A questo proposito, il bilanciamento è stato oggetto nella riflessione costituzionale di un poderoso dibattito⁸⁸ sulla sua natura, sui risvolti applicativi e sui limiti⁸⁹, con la presenza di tesi che ne negano la natura interpretativa⁹⁰ in chiave prescrittiva, giungendo altri a teorizzarne la natura di una decisione arbitraria⁹¹; contrapposte ad altre che, invece, ne tessono le lodi in quanto strumento di «integralismo laico»⁹², in grado di garantire le condizioni di una democrazia relativista. Su un dato, tuttavia, si può riscontrare un consenso unanime nella dottrina costituzionalistica: il suo carattere di tecnica costituzionale di regolazione dei conflitti⁹³. Sono i conflitti di valore l'oggetto del bilanciamento, perché quest'ultimo incorpora una visione dell'interpretazione costituzionale che si differenzia rispetto alla tradizionale interpretazione legale, in cui le norme costituzionali non si distinguono tanto per «struttura modale» rispetto alle altre norme giuridiche, quanto per l'oggetto, che «[...] tende [...] a differenziarsi, come costitutivo dell'esserci e dei fondamenti di un determinato ordinamento giuridico (la c.d. materia costituzionale)»⁹⁴. Questo perché l'interpretazione costituzionale presuppone una visione della Costituzione come momento fondativo di un processo

⁸⁸ Dietro alle diverse interpretazioni sul bilanciamento sembra chiaro come quello che sia in palio sia evidentemente una diversa teoria della Costituzione e solo da questa premessa è possibile comprendere la diversità delle opinioni dottrinali sul bilanciamento.

⁸⁹ Sulla proposta di un metodo di positivismo temperato, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2001, pp. 35 e ss.

⁹⁰ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 56 e ss.

⁹¹ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 136, 216 e ss.

⁹² G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia*, Einaudi, Torino, 1997, p. 16.

⁹³ Per un'analisi comparata con il Tribunale costituzionale tedesco, G. DELLEDONNE, *Bilanciamenti e interpretazioni conformi nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco*, in G. REPETTO, F. SAIITO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 141 e ss.

⁹⁴ F. MODUGNO, *Interpretazioni per valori e interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 31.

politico di unificazione⁹⁵, che supera la logica del vecchio Stato liberale e che ridona legittimità all'ordinamento giuridico attraverso l'apertura a valori pluralistico-conflittuali positivizzati⁹⁶. Traduzione normativa, questi ultimi, di quei soggetti storico-materiali (i partiti, le classi sociali, i gruppi religiosi, le corporazioni, le istituzioni) e del loro accesso nel costituzionalismo democratico-sociale. I valori conflittuali alla base della morfologia del bilanciamento riempiono così di contenuto ri-legittimante quel principio di supremazia costituzionale, richiedendo, pertanto, che la macchina politico-istituzionale del rinnovato *Welfare State* si conformi al nuovo assetto valoriale e che, per quel che qui ci interessa, l'interpretazione costituzionale si doti, proprio attraverso la nuova griglia di valori pluralistici, di strumenti di apertura alla regolazione del conflitto sociale.

L'effetto diretto, al contrario, è molto lontano dal bilanciamento, incorporando in sé una logica depoliticizzata, perché pensato per un'integrazione di tipo funzionalista. L'effetto diretto, in altri termini, si propone come criterio di attivazione della fonte tecnico e asettico nella sua forma di "*aut aut*", riproponendo un sillogismo giudiziario che aggira del tutto il problema del possibile contrasto valoriale tra norma europea e nazionale. Come già anticipato, tuttavia, la logica morfologica dell'effetto diretto non presentava grossi problemi nel momento in cui si limitava a fotografare un diritto europeo di piccola taglia che produceva per lo più normazione tecnica riguardante l'integrazione del mercato⁹⁷. Questo tipo di impatto nella fase della separazione complementare non creava troppe interferenze o, quantomeno, non di mole tale da intaccare alcuni capisaldi del costituzionalismo democratico sociale. Il problema del rapporto tra bilanciamento *vs.* effetto diretto si pone, invece, nel periodo post Maastricht quando si esce dalla logica di separazione e si entra nell'interferenza strutturale tra i due sistemi di legalità. Questo perché, nel frattempo, il diritto europeo si è trasformato in qualcos'altro, ha manifestato ambizioni costituzionali ed egemoniche – di cui

⁹⁵ Questa è la tesi di A. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, cit., pp. 185 e ss.

⁹⁶ Secondo l'insegnamento di A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1991, pp. 639 e ss.

⁹⁷ Come, ad esempio, lo stesso caso di *Simmenthal II*.

la Carta di Nizza è la principale manifestazione⁹⁸ – e, di conseguenza, l’effetto diretto mostra inevitabilmente le sue difficoltà applicative nella regolazione del rapporto tra ordinamenti⁹⁹, caratterizzato da una sempre maggiore interazione tra i due sistemi e in cui emergono conflitti di valore che *non* trovano nella logica escludente dell’*“aut aut”* una forma di accomodamento.

Soffermandosi più da vicino sui suoi limiti di applicazione nella seconda fase, si potrebbe dire, infatti, che il modello *Granital-Simmenthal* si basava sull’effetto diretto come criterio di riparto, che si costruisce sull’attivazione della fonte. Se l’effetto diretto era pensato in caso di regole – come erano quelle dei Trattati e della normativa primaria in vista della realizzazione dell’*Internal Market* – oggi funziona molto poco in caso di diritti e principi, i quali per loro natura presentano una natura ottativa¹⁰⁰. In questo quadro, l’esempio più lampante della crisi dell’effetto diretto si presenta con l’entrata in vigore della Carta di Nizza. Essa provoca un evidente cortocircuito dello strumento, da cui deriva il non casuale aumento dei conflitti costituzionali proprio sulla determinazione contenutistica dei diritti fondamentali. La ragione non sembra troppo peregrina: i diritti e i principi producono costitutivamente un’eccedenza assio-

⁹⁸ Sulla differenza tra principi e diritti nelle due legalità e sulla loro non possibile sovrapposizione come categorie, A.O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Profili costituzionali*, cit., pp. 4 e ss.

⁹⁹ Sostiene questa tesi anche, G. REPETTO, *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carta e doppia pregiudizialità*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2022, pp. 785 e ss., che parla di una «estrema frammentazione dei fattori di collegamento (*triggering rules*) [che] dimostra come l’entrata in vigore della Carta imponga di lasciarsi alle spalle, quanto meno con riguardo ai diritti fondamentali, la rassicurante univocità tradizionalmente garantita dal criterio dell’effetto diretto, se non altro come criterio idoneo a determinare – a seconda del suo ricorrere o meno – l’afferenza del potere di sindacato a un circuito giurisdizionale o a un altro. Questo criterio, seppure resti determinante nel delineare i contorni di operatività del *corpus* normativo dell’Unione, non pare infatti più adatto a cogliere le complesse forme di interazione richieste da una materia diversa e trasversale rispetto alle altre come quella dei diritti fondamentali, anche in ragione – avrebbe detto la Corte nella sentenza n. 269 del 2017 – del suo “contenuto di impronta tipicamente costituzionale”».

¹⁰⁰ Presenta i diritti e principi come «precetti di ottimizzazione», R. ALEXI, *La teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1985.

logica¹⁰¹, che necessita di una tecnica giuridica più complessa e aperta al pluralismo e che si scontra con il semplice (e semplicistico) automatismo del sillogismo giudiziario europeo. È proprio da questa angolatura che l'effetto diretto mostra tutti i suoi caratteri di strumento avente origine in un ordinamento parziale e costruito su un modello funzionalista basato sull'idea di integrazione economica.

Un secondo limite in relazione all'applicazione dell'effetto diretto – meno strutturale, ma non meno importante – si lega alla giurisprudenza della Corte di giustizia. In questo ambito, i giudici lussemburghesi non hanno dimostrato un particolare rigore, non avendo mai costruito, nel corso del tempo, un ben rodato e intellegibile *test* sull'effetto diretto e anzi omettendo molto spesso di chiarire se le norme europee godano o meno di questo attributo¹⁰². Nello stesso caso *Taricco*, tra l'altro, è stato evidenziato in dottrina come l'art. 325 del TFUE non godesse in realtà d'effetto diretto¹⁰³ – 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 primato¹⁰⁴.

¹⁰¹ Seconda la nota teoria di E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1955, p. 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».

¹⁰² D. GALLO, *L'efficacia diretta del Diritto dell'Unione Europea negli Ordinamenti Nazionali*, cit., p. 176. Parla, invece, di un «percorso accidentato» in relazione alla giurisprudenza della Corte di giustizia, L.S. ROSSI, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti della seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2021.

¹⁰³ G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei contro-limiti (e viceversa)*, cit., p. 108.

¹⁰⁴ Prospettiva molto probabilmente smentita dalla *Grande Chambre*, Corte giust., C-573/17, *Poplawski*, 24 giugno 2019, la quale risponde a numerosi dubbi che si erano sollevati in dottrina europea (R. MASTROIANNI, G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 314-315, e M. BLANQUET, G. ISAAC, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, Paris, 2012, p. 375). Essa infatti 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, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, 2020, pp. 81 e ss.

Un terzo limite riguarda il risvolto individualistico che l'effetto diretto incorpora, a differenza del bilanciamento. Il primo, infatti, nasce sulla base della dottrina *Van Gend en Loos* e sul nesso con l'attribuzione di un diritto soggettivo da opporre allo Stato, in cui l'individuo viene ricostruito come «*legal vigilante*»¹⁰⁵, il quale ottiene, tramite il richiamo del parametro europeo, l'attribuzione di un diritto soggettivo¹⁰⁶ e la sostituzione della norma nazionale con quella europea. Il bilanciamento, invece, e l'interpretazione costituzionale con lui, non si preoccupa solo di una tutela individualistica ma, più in generale, di garantire una tutela complessiva dell'ordinamento costituzionale di tipo sistemico¹⁰⁷, in cui è incapsulato il rapporto tra individuale e collettivo.

Una fotografia efficace, questa, delle differenze nodali tra i due istituti e che mostra bene alcuni limiti di funzionalità dell'effetto diretto, che, ad oggi, rappresenta – ed è bene sottolinearlo per la prospettiva qui adottata – uno dei più potenti strumenti di espressione di quel farsi della *micro-costituzione economica* europea, attraverso quella costituzionalizzazione pretoria delle libertà economiche e della concorrenza. È su questo piano, infatti, che si presenta il profilo più problematico del rapporto tra giurisdizioni e, di rimando, la compatibilità tra il costituzionalismo democratico sociale e il diritto europeo. Questo perché, nel momento in cui cade la differenziazione fittizia tra il mercato e il sociale-politico, e si entra in una seconda stagione di interferenza strutturale, viene me-

¹⁰⁵ 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*, cit., p. 96.

¹⁰⁶ Si segnalano i tentativi nel campo della dottrina europea di evidenziare un'evoluzione dell'effetto diretto che unisce ad una dimensione soggettivo-sostitutivo, che è quella ancor'oggi prevalente, una oggettivo-oppositiva, D. GALLO, *L'efficacia diretta del Diritto dell'Unione Europea negli Ordinamenti Nazionali*, cit., pp. 167 e ss. C'è da dire, tuttavia, che, anche se in questa seconda impostazione si presenta una logica più marcata di tutela obiettiva, non si può dire che venga meno la matrice individualistica dello strumento, in quanto quella oggettivo-oppositiva presuppone sempre l'attivazione del parametro in nome dell'ottenimento di un vantaggio giuridico.

¹⁰⁷ In questo senso G. AZZARITI, *Interpretazione e teorie dei valori. Tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2000, pp. 248 e ss.

no quella deferenza¹⁰⁸ nei confronti dei modelli sociali nazionali da parte della Corte di giustizia. Allo stesso modo, decade, mostrando la sua natura di falso “a fin di bene” e tutti i suoi limiti applicativi, quel principio di equivalenza *Solange-Granital* in materia di diritti fondamentali, concepito in un’epoca in cui si pensava alla “fine della storia” e allo slancio inarrestabile del processo di integrazione politica dell’UE. È chiaro, a questo punto, dedurre che la tenuta dell’effetto diretto presupponeva la separazione *de facto* tra sistemi e che lo strumento giuridico risenta di questo cambiamento di fase.

Per scendere più nello specifico, il nodo che pone l’effetto diretto per come è stato costruito è una «più prosaica semplificazione della complessità dei valori». Tale semplificazione è stata introdotta nel nostro sistema attraverso una esternalizzazione del «nucleo liberista [...] blindato nelle strutture normative e istituzionali comunitarie»¹⁰⁹ e un ridimensionamento del pluralismo sociale presente nelle Costituzioni lunghe, che si sono realizzate tramite lo strumento della disapplicazione e l’alleanza della Corte di giustizia con i giudici comuni. 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. Per sintetizzare, si manifesta in questa modalità la venuta al pettine di quello scarto storico-materiale tra i due sistemi di legalità. In quest’ottica, diventa più chiara così la scelta del bilanciamento come tecnica maggiormente in grado di riconfigurare i rapporti tra giurisdizioni grazie alla sua capacità di recuperare quell’apertura al pluralismo dei valori conflittuali, che la logica funzionalista dell’effetto diretto nasconde, mostrandosi strumento inadatto alla risoluzione dei conflitti costituzionali.

¹⁰⁸ Come dimostrazione di quel *self-restraint* della Corte di giustizia nel sindacare, sulla base delle quattro libertà, questioni politico-redistributive degli Stati, ad esempio, il caso Corte giust., C-67/96, 21 settembre 1999, *Albany*.

¹⁰⁹ 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, p. 811.

È solo così che dalla tecnica del bilanciamento *vs.* effetto diretto si passa al modello di giustizia costituzionale più adatto a questo fine, ovvero l'accentramento *vs.* diffusione¹¹⁰. Ritorna utile, ancora una volta, la prospettiva di Carlo Mezzanotte sull'incompatibilità, nel nostro sistema, di un sindacato diffuso di costituzionalità (modello che, in parte, con il modello *Granital-Simmenthal* si è radicato nel nostro ordinamento), perché 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». Questo comporta 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 sé stesso»¹¹¹. 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 intorno 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. Al contrario, se l'unità fosse raggiunta, «si eliminerebbe l'alternatività dei fini e degli interessi, con la conseguente rimozione dei conflitti e abolizione della politica»¹¹².

In queste nuove coordinate, dunque, potrebbe trovare una sua collocazione ordinamentale il tema del superamento della *displacement doctrine* delle Corti costituzionali e si potrebbe palesare un

¹¹⁰ Per quanto riguarda il circuito giurisdizionale europeo si può parlare di un modello diffuso che presenta un momento di unità grazie alla «giurisdizione d'interpretazione» garantita dalla Corte di giustizia. Su questo punto, F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Diritto e società*, n. 4, 2019, p. 808.

¹¹¹ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit., p. 107.

¹¹² A. GUAZZAROTTI, *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, cit., p. 809.

potenziale utilizzo della «precisazione» della sent. n. 269 del 2017, come anticipato in apertura di capitolo. Questa, infatti, rappresenta un superamento¹¹³ della dottrina *Granital-Simmenthal* che va nel verso di un ri-accentramento sulla giustizia costituzionale in materia di diritti fondamentali a *doppia tutela* (*alias* la materia costituzionale) e che denuncia le problematiche relative all'instaurazione di «una sorta di inammissibile sindacato diffuso di costituzionalità della legge»¹¹⁴. La Corte costituzionale giunge così, prendendo atto di uno stadio diverso del processo di integrazione, ad un ripensamento di quel compromesso siglato negli anni Ottanta e alla logica conseguenza di dover aprire un fronte di contendibilità sulla dimensione dialettica tra Carta di Nizza e Costituzione e, più in particolare, sulla definizione di cosa siano le *tradizioni costituzionali comuni* in relazione ai diritti fondamentali¹¹⁵. Se il caso *Taricco* rimaneva nel pieno delle virtualità espressive del modello *Granital-Simmenthal*, la «precisazione» della sentenza n. 269 del 2017 apre una via di possibile evoluzione del sistema¹¹⁶, concentrandosi sulla questione dei diritti fondamentali.

¹¹³ Nella sfumatura delle varie posizioni, tutti concordano su questo punto: R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, cit., p. 17, 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*, cit., p. 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?*, cit., p. 219, che propende verso una fusione del parametro sulla Carta di Nizza, tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia.

¹¹⁴ Corte cost., sent. n. 269 del 2017, *cons. dir.* 5.3.

¹¹⁵ Altrimenti sottolinea il rischio di una banalizzazione e di una visione scolistica del bilanciamento di interessi sottesi ai diritti fondamentali riconosciuti dalla CDFUE, R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, cit., p. 867.

¹¹⁶ Una lettura in questo senso è confermata da N. ZANON, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della «precisazione», contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla «grande regola» Granital-Simmenthal*, in AA.VV., *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali. Atti del seminario*, Roma, Palazzo della Consulta, 5 settembre 2022, pp. 81-82, il quale sostiene: «io concordo con chi pensa che la regola delineata dalla «coppia» di pronunce *Simmenthal-Granital* si collocava in un contesto ben diverso rispetto a quello segnato dalla proclamazione e, soprattutto, dall'acquisizione di effetti giuridici ad opera della Carta dei diritti fondamentali. Taluni, in dottrina, riferendosi alla regola espressa dalla Corte

L'accentramento che la Corte costituzionale sceglie di esercitare, dunque, potrebbe essere letto nel senso di contrastare la rottura di quel pluralismo dei valori che il costituzionalismo democratico sociale introietta e che era stato depotenziato dalla legalità europea. Il recupero della centralità della legalità costituzionale si può spiegare, pertanto, come un richiamo all'importanza del bilanciamento per le questioni riguardanti i diritti fondamentali, in contrasto con la logica dell'effetto diretto che funge da «dispositivo di occultamento dei conflitti di valore intrinseci alle puntuali antinomie normative», risolvendo gli stessi «in questioni tecniche, sulla natura autoapplicativa o meno della norma ricavabile dalle disposizioni del diritto comunitario coinvolte»¹¹⁷. Una contrapposizione, in definitiva, weberianamente parlando¹¹⁸, di un recupero della *razionalità intorno al valore*¹¹⁹ che la Costituzione assume, rispetto ad una *razionalità intorno allo scopo* che trova sede nel diritto europeo.

Queste sono, a parere di chi scrive, le motivazioni più profonde del *revirement* giurisprudenziale e della rottura della regola di *Granital*. Per questo, non possono condividersi le conclusioni di chi ha sostenuto che, attraverso il sistema di diffusione 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-sociale

costituzionale nel 1984, hanno in effetti affermato che “bisogna riconoscer[ne] il ruolo formidabile giocato in un'altra fase di sviluppo dell'ordinamento dell'Unione”. Ma aggiungono che oggi, a fronte delle sollecitazioni del presente, soprattutto in punto di disapplicazione diretta di leggi dello Stato ritenute in conflitto con la Carta di Nizza, e di impiego anomalo del rinvio pregiudiziale, questa grande regola “sembra irrimediabilmente invecchiata”».

¹¹⁷ A. GUZZAROTTI, *Logica competenziale dell'UE e sindacato diffuso sulle leggi: alle origini del riduzionismo della Costituzione italiana*, cit., p. 807.

¹¹⁸ Riprendendo le categorie dell'agire sociale di M. WEBER, *Economia e società*, I. *Teoria delle categorie sociologiche*, Milano, 1995, pp. 21 e ss.

¹¹⁹ A tal proposito, A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 334, sostiene che «la Corte costituzionale, dunque, non è un organo legittimato soggettivamente, ma oggettivamente, sotto il particolare profilo che le sue decisioni pretendono legittimazione per la loro razionalità rispetto a un valore, sia questo di carattere formale (per esempio, l'osservanza di una norma), ovvero materiale (per esempio, la rispondenza ad un principio assiologico riconosciuto dalla comunità)».

tendeva a sostenere¹²⁰. Un'evoluzione del sistema *Granital-Simmenthal* che garantisca quegli obiettivi di maggiore conciliabilità con l'assetto valoriale del costituzionalismo democratico sociale e di democratizzazione del diritto europeo dovrà declinarsi, dunque, nelle seguenti dimensioni: *in primis*, in un riempimento dell'identità costituzionale comune con il conflitto sociale, che prenda forma in una visione dei diritti come *istituzioni*; *in secundis*, in una configurazione di un nuovo modello che, da una parte, elegga il bilanciamento come principale tecnica di regolazione dei conflitti valoriali e, dall'altra, si strutturi attorno ad un accentramento del rapporto tra giurisdizioni sulla materia costituzionale.

5. *Quarto tassello. Il ruolo delle Corti costituzionali: "portare" il conflitto sociale in Europa*

Giunti a questo punto, ci si dovrebbe porre la seguente domanda: quali sono le vie giuridicamente percorribili – e costituzionalmente più adeguate – per provare, in una riconfigurazione del rapporto tra giurisdizioni in Europa, a ri-declinare quel ruolo di unità intorno al valore che svolgono le Corti costituzionali negli ordinamenti nazionali? Un quarto tassello di questa proposta riguarda il ruolo della Corte costituzionale come "portatrice" del conflitto sociale in Europa.

Concentrandosi sulla situazione italiana, una scuola di pensiero ha sostenuto che, per provare a rispondere a questo grande *rebus*, una strada sarebbe quella di garantire una maggiore "controllabilità" del principio di attribuzione, richiamando un ritorno ad un rigido separatismo tra i due ordinamenti. La forma attraverso cui realizzare questo controllo sarebbe quella di contestare il monopolio interpretativo dei Trattati da parte della Corte di giustizia sul principio di attribuzione, individuando il «punto debole di *Granital*» nel

¹²⁰ 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*, cit., p. 800.

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»¹²¹ e sottovalutando l'opera di espansione surrettizia portata avanti dalla Corte di giustizia. Questo perché l'effetto diretto, in effetti, non copre tutto il raggio della competenza del diritto europeo¹²². Con il solo elemento di contrasto alla funzionalità espansiva 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*, inteso come quel processo di erosione, in via indiretta e sotto varie forme¹²³, che il diritto europeo esercita sulle competenze non direttamente cedute dagli Stati. 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 europeo sul costituzionalismo democratico sociale che, per lo più, è avvenuto «*by nights marches*»¹²⁴ e che, nell'allargamento del raggio di azione del primo, ha inciso più di quanto avrebbe potuto sulla costituzione economica degli Stati membri.

Non a caso, altri ordinamenti hanno previsto su questo fronte un nuovo tipo di controllo *ultra vires* specifico – da cui si è visto passa una parte importante della stagione dei conflitti costituzionali – valorizzando, nondimeno, come leva due grandi strumenti non presenti nel nostro sistema costituzionale: il ricorso diretto¹²⁵ e il

¹²¹ R. BIN, *Perché Granital serve ancora*, cit., p. 17.

¹²² Come dimostra, infatti, bene il caso *Popwalski*, in cui si prende in conto il dato che il primato del diritto europeo passa sì per una parte importante dal funzionamento dell'effetto diretto e della disapplicazione, ma non esclusivamente, S. HAKET, *Poplawski II: A Half-Hearted Embrace of Hierarchical Supremacy*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 13, n. 1, 2020, pp. 155 e ss.

¹²³ Per un maggiore approfondimento, cap. III, par. 4.1.

¹²⁴ Espressione utilizzata nel diverso contesto dello sconfinamento delle competenze del diritto europeo, A. DASHWOOD, *The Limits of European Community Powers*, in *European Law Review*, vol. 21, n. 2, 1996, p. 113.

¹²⁵ Come dimostra una parte importante della giurisprudenza tedesca da cui sono nati i controlli *ultra vires*, l'*Identitaskontrolle* e, da ultimo, l'evoluzione della forma di controllo sui diritti fondamentali.

controllo preventivo di compatibilità con i Trattati¹²⁶. Due potenziali modalità, queste, attraverso cui evidenziare le diverse razionalità delle due legalità, senza entrare nella discussione sulla opportunità del loro utilizzo o, ancora, sulla bontà del modo con cui sono stati utilizzati¹²⁷. Tali modalità, infatti, potrebbero ulteriormente favorire un nuovo accentramento, ma anche un maggiore raggio di controllabilità sugli effetti di quel nuovo paradigma di interferenza strutturale sugli ordinamenti nazionali. A ciò si aggiungerebbe, inoltre, una più alta capacità di contestazione delle Corti costituzionali¹²⁸, anche oltre il solo rapporto con la Corte di giustizia, e guardando a quell'interpretazione «*by stealth*»¹²⁹ operata da altre istituzioni europee, come la Commissione e la Banca centrale, nel centrale ambito dell'Eurozona.

Questa sarebbe potenzialmente, dunque, una prima strada attraverso cui far emergere questo centrale tema. In assenza, tuttavia, 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 *controlimita*, nei suoi doppi presupposti applicativi sul rispetto del controllo sulle

¹²⁶ Basti pensare a questo strumento come origine di *Maastricht Urteil* e *Lisabon 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).

¹²⁷ Per un'analisi sulla cultura costituzionale ed economica che ha imbevuto la decisione sul PSP del Tribunale costituzionale tedesco, A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2020, pp. 16 e ss.

¹²⁸ Come dimostra il maggiore attivismo su molteplici fronti del *Bundesverfassungsgericht* in materia di politica economica, il quale 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, pp. 263 e ss.

¹²⁹ V.A. SCHMIDT, *Reinterpreting the rules 'by stealth' in times of crisis: a discursive institutionalist analysis of the European Central Bank and the European Commission*, in *West European Politics*, vol. 39, n. 5, 2016, pp. 1032 e ss.

«limitazioni di sovranità» effettivamente realizzate e sul rispetto del fine «della pace e della giustizia tra le Nazioni»¹⁵⁰. Una “strategia” costituzionale, questa, che, ad ogni modo, non convince del tutto negli esiti. Da una parte, perché rischia di adottare un approccio eccessivamente formalista rispetto ad un processo di integrazione europea che ormai sempre più spesso si è giovato di quell’allargamento *by rights marches* delle sue competenze. Fenomeno, quest’ultimo, difficilmente ormai arrestabile e che se si vuole contrastare per la sua impostazione mercato-centrica, va contestato sul piano della definizione dello scarto storico-materiale e non attraverso un richiamo al concetto di sovranità nazionale. Dall’altra, poiché concentrarsi su un controllo rigorista dell’art. 11 Cost come *controlimita* significherebbe negare le stesse argomentazioni costituzionali che furono date dagli anni Settanta in poi per giustificare la sufficienza dell’art. 11 Cost. come clausola giustificante la non necessarietà di una modifica costituzionale¹⁵¹, con il rischio di piombare in un *regressus ad infinitum*. Infine, perché significherebbe scaricare eccessivamente una responsabilità politica¹⁵² del processo di integrazione su un organo come la Corte costituzionale, che non avrebbe né la posizione istituzionale necessaria, 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

¹⁵⁰ Seguendo la linea espressa da A. GUAZZAROTTI, *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei*, in *DPCE Online*, n. 1, 2020, pp. 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».

¹⁵¹ Analizzando le irregolarità e le motivazioni della scelta italiana di non operare una modifica costituzionale e la giustificazione teorica assegnata all’art. 11 Cost. si veda A. GUAZZAROTTI, *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei*, cit., pp. 344-347.

¹⁵² Concorda sul rischio, in relazione all’utilizzo dei *controlimiti* per contestare la *governance* economica europea, che l’esistenza di «un rimedio giurisdizionale [...] non significa che esso sia concretamente utilizzabile o anche che sia solo auspicabile la sua attivazione» perché «nella fisiologia del sistema non può essere la Corte a modificare gli impegni di politica finanziaria che sono stati assunti a livello europeo e che – a distanza di oltre un lustro dalla loro formalizzazione in trattati e a quasi un decennio dall’esplosione della crisi – hanno ormai palesato le loro potenzialità e i loro limiti», A. SAITTA, *Fiscal Compact tra Costituzione, Trattati e politica*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, p. 9.

un tal peso politico da, sostanzialmente, decidere della partecipazione dell'Italia in Europa¹³⁵.

Una seconda strada, invece, passa attraverso una nuova configurazione dei conflitti costituzionali (e del sottostante tema dell'identità costituzionale) sui diritti fondamentali. In questa direzione, il ripensamento di *Granital-Simmenthal* guarda, più che ad un problema di sconfinamento delle competenze, all'interazione tra le legalità sulla definizione dei diritti fondamentali previsti sia nella Costituzione, sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE. La sentenza n. 269 del 2017 risponde, infatti, in una forma peculiare alla *displacement doctrine* che le Corti costituzionali hanno subito in relazione al diritto europeo, abbracciando una nuova stagione di accentramento sul giudizio di costituzionalità¹³⁴. Una tendenza che, nella prospettiva qui adottata, non può che essere guardata con favore e che potrebbe aprire nuove traiettorie per declinare quel ruolo della Corte costituzionale di "portatrice" del conflitto sociale sia in una prospettiva interna con i giudici comuni, ma soprattutto in rapporto con il diritto europeo.

Questo nuovo orientamento ha l'obiettivo, infatti, di porre un freno alla deriva con cui i giudici comuni hanno abusato dello strumento della disapplicazione e dell'interpretazione conforme¹³⁵. È noto come gli stessi abbiano utilizzato come leva il diritto europeo 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 potenziamento che, con la legalità costituzionale, avevano perso¹³⁶. L'innesto di quest'ultima, al con-

¹³⁵ Si esercita astrattamente sui percorsi giuridici di una tale scelta politica, R. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018, pp. 813 e ss.

¹³⁴ Questa è la tesi espressa da D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di riaccentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., p. 5.

¹³⁵ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, cit., pp. 153-154.

¹³⁶ E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici dell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 134 e ss., sosteneva, già in tempi non sospetti, in relazione alla Carta di Nizza e al rapporto giudici comuni-Corte di giustizia che «in un'intera area dell'ordinamento, quella del diritto dell'Unione, che è tra l'altro in continua espansione, il controllo accentrato sulla legge può essere del tutto lecitamente sostituito dal controllo diffuso da parte dei giudici, con conseguente brusca interru-

trario, aveva garantito alla Corte costituzionale una centralità, a discapito dei giudici ordinari e della legalità ordinaria¹³⁷. Se questa è la spiegazione interna, risulta, tuttavia, più interessante individuare le ragioni esterne nel rapporto con il diritto europeo. La motivazione, in relazione alla Corte di giustizia, è l'insostenibilità di un modello *Granital-Simmenthal* non adatto all'attuale stadio del processo di integrazione. Il richiamo, dunque, a quell'elemento di identità costituzionale che è la natura accentrata del giudizio di costituzionalità *ex art. 134 Cost.*, da molti individuato come la vera posta in palio¹³⁸ del *revirement* di Palazzo della Consulta, può essere letto proprio come la volontà della Corte costituzionale di garantire, proprio tramite la tutela del carattere accentrato del giudizio di costituzionalità sui diritti fondamentali, quell'apertura al pluralismo valoriale incorporata dalla legalità costituzionale¹³⁹, non più isolata rispetto all'alternativo parametro europeo.

Questo dato di ri-centralizzazione della legalità costituzionale nell'interazione con quella europea sembra trovare un ulteriore riscontro in un superamento di *Granital* che passa, in prima battuta, da una rivalutazione delle virtù dello strumento dell'efficacia *erga omnes*, che si candida a "convivere", secondo la tesi della Corte costituzionale, con lo strumento della disapplicazione nel nuovo rapporto tra legalità e, in seconda battuta, con un utilizzo più "corposo" del rinvio pregiudiziale che è stato inaugurato a partire dalla stessa «precisazione». A seguito della sent. n. 269 del 2017, il numero di

zione di ogni loro rapporto con la Corte costituzionale... Si tratta di una vera e propria bomba a orologeria pronta a esplodere da un momento all'altro, non appena i giudici si renderanno pienamente conto di averla a loro disposizione e sempre che, dopo averla scoperta, intendano utilizzarla».

¹³⁷ 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, pp. 9 e ss.

¹³⁸ Lo individua in tal senso, A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, cit., pp. 157 e ss.; identifica l'art. 134 Cost., come elemento dell'identità costituzionale italiana, A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 89 e ss.

¹³⁹ Legge in questo senso la funzione del carattere accentrato della legalità costituzionale, F. SAITTO, *La giurisdizione costituzionale nella tensione tra "legalità legale" e "legalità costituzionale"*. *Spunti di comparazione*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2019, pp. 961 e ss.

rinvii pregiudiziali, infatti, è aumentato esponenzialmente rispetto al passato¹⁴⁰, arrivando nel giro di cinque anni, e senza considerare l'ordinanza *Taricco*¹⁴¹, con l'ord. n. 117 del 2019, l'ord. n. 182 del 2020, ordd. 216 e 217 del 2021, ad inaugurare una nuova stagione che vede al centro questo ricco strumento espressivo. Sull'orientamento inaugurato dalla «precisazione» della sent. n. 269 del 2017 si è davanti, nondimeno, non ad un blocco granitico e stabilizzato, ma ad un orientamento ancora *in fieri* e che ha dimostrato di avere diverse anime, non del tutto ricondotte ancora a unità.

Varie questioni restano ancora non chiare come, ad esempio, le due relative all'ordine delle pregiudiziali¹⁴² e all'ampiezza del sindacato costituzionale in caso di *diritti a doppia tutela*. Ad ogni modo, è proprio la seconda, che riguarda i confini applicativi della «precisazione», ad essere un importante 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

¹⁴⁰ 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).

¹⁴¹ Corte cost., ord. n. 24 del 2017.

¹⁴² Trattando della prima si potrebbe dire che la tendenza (tra le altre, Corte cost., sent. n. 20 del 2019, Corte cost., sent. n. 63 del 2019, Corte cost., ord. n. 117 del 2019) pare quella di un declassamento dell'iniziale *obbligo* di prioritaria questione di costituzionalità a una mera *facoltà* del giudice comune, visti e considerati i possibili dubbi sollevati relativi alla compatibilità con la giurisprudenza sovranazionale (con posizioni diverse in dottrina, 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, pp. 2948 e ss.; e chi è contro R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognese 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, pp. 2 e ss). In realtà, tuttavia, per cogliere a pieno le implicazioni di questo tema, esso non va letto come una mera questione di tecnica giudiziale, ma come una chiara opzione di politica del diritto dei nostri giudici costituzionali, che deve essere colta nella sua funzionalizzazione al nuovo disegno generale che il superamento comporta. Se uno dei fini che sottende la «precisazione» è un ri-accentramento sulla Corte costituzionale, 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» costituzionalità che i giudici costituzionali prima, rinchiudendosi in un atteggiamento splendidamente isolazionista, consideravano inammissibili e che, ora, non lo sono più.

ad un controllo di costituzionalità solo nei casi di sovrapposizione con la Carta di Nizza¹⁴³ e non con la restante parte del diritto primario europeo, 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». In definitiva, il sindacato sui diritti *a doppia tutela* pare allargarsi. Anche in questo caso, dunque, la materia costituzionale della Carta di Nizza provoca uno sconfinamento oltre i confini applicativi della stessa, non essendo, tra l'altro, ancora del tutto chiarita la tematica dall'altro punto di vista, ovvero quello europeo, ove l'effettiva estensione dell'ambito di applicazione *ex art. 51* della Carta sembra subire una logica "a fisarmonica", a seconda delle tendenze integrazioniste¹⁴⁴ o meno perseguite nello specifico caso da parte della Corte di giustizia¹⁴⁵. Sempre su questa scia, infine, anche argomentando *a contrario* e volendo adottare un criterio formali-

¹⁴³ A.O. Cozzi, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2020, pp. 659 e ss.

¹⁴⁴ Per aggiungere un dato a questa constatazione, poi, si potrebbe dire che non sempre è chiarita dai giudici lussemburghesi l'autonoma valenza degli articoli della CDFUE, essendo molto volte utilizzati quest'ultimi esclusivamente come espedienti argomentativi di una data interpretazione della normativa secondaria da cui trarre delle conseguenze giuridiche che, altrimenti, non potrebbero discendere da norme derivate secondo le attuali logiche che reggono il diritto europeo (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*).

¹⁴⁵ 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 alții*; 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. COUNTOURIS, M. FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 250 e ss.

sta di delimitazione, da cui discenderebbe che l'attuale «precisazione» genererebbe, da una «diagnosi non convincente», una «probabile inefficacia della terapia»¹⁴⁶, si potrebbero obiettare due considerazioni. In prima battuta, si potrebbe rispondere che, anche rimanendo centrati sulla Carta di Nizza, il raggio dei conflitti costituzionali rimarrebbe a larga gittata perché quest'ultima riproduce, almeno nominalisticamente (e quindi 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. *In secundis*, poi, si potrebbe sostenere che la tendenza generale non pare affatto di una “fuga dalla Carta”, ma anzi, al contrario, è proprio la Corte di giustizia a preferire la valorizzazione degli articoli della Carta di Nizza nella sua giurisprudenza, anche in alcuni casi riguardanti le libertà economiche¹⁴⁷.

Il raggio di azione del superamento di *Granital* pare, dunque, nonostante tutto, espandersi oltre i confini del rapporto tra Costituzione e Carta di Nizza, aprendosi a possibili conflitti costituzionali che si realizzano non solo tra diritti e principi presenti nella CDFUE e nella Costituzione italiana, ma anche tra 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 del punto di vista della legalità costitu-

¹⁴⁶ M. DANI, *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, p. 70.

¹⁴⁷ Corte giust., C-201/15, 21 dicembre 2016, *AGET Iraklis*. Sostiene, in questo senso, che «esistono situazioni soggettive riconducibili tanto alle libertà previste dai Trattati, quanto ai diritti garantiti dalla c.d. Carta di Nizza – come avviene ad esempio per la libertà di stabilimento o di libera prestazione dei servizi, riconducibili in molti casi alla libertà d'impresa prevista dalla Carta dei diritti dell'Unione europea –», M. MANETTI, *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, p. 321.

zionale, con il superamento di *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 della Corte di giustizia sulla definizione delle tradizioni costituzionali comuni¹⁴⁸ e superare quell'*equivalenza Solange* nel nuovo stadio dell'interferenza strutturale, in un rapporto sempre più dialettico delle due legalità.

A questi fini, pur mantenendo un approccio dialettico-conflittuale e non aderendo a quella tesi che ha spinto a parlare di un «monismo costituzionale rovesciato»¹⁴⁹, l'attuale dimensione di intersezione tra legalità presenta già a ben guardare spazi di sovrapposizione contendibili. Unendo, pertanto, l'arma dei *controlimiti* insieme alle tradizioni costituzionali comuni, il rinvio pregiudiziale potrebbe fungere da strumento in grado di influenzare il diritto europeo. A monte, concependolo come *canale di partecipazione* nella ricerca di una definizione più aperta al conflitto sociale della *micro-costituzione economica europea*, che passa sì per lo più dai Trattati, ma che sempre più spesso trova un riferimento nella Carta di Nizza. Questo potrebbe avvenire tramite l'immissione, attraverso la co-definizione di cosa sia tradizione costituzionale comune, di quel modo di intendere la dimensione istituzionale dei diritti fondamentali ed evidenziando l'emersione, tramite il bilanciamento, di quegli interessi sociali che non trovano adeguato riconoscimento nel diritto europeo. A valle, utilizzando il rinvio pregiudiziale come *canale di protezione*, servendosi dell'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 sociale. In questo senso, la Corte costituzionale "porterebbe" in Europa il conflitto sociale, nel senso che proteggerebbe quei valori che garantiscono la formazione del processo democratico, seppur nella sola dimensione, in questo caso specifico, dello spazio nazionale.

¹⁴⁸ Questo sembra l'indicazione della relazione di M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, pp. 1 e ss.

¹⁴⁹ G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale e comunitaria), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6, 2017, p. 2960.

In questa prospettiva, la nuova e necessaria concettualizzazione del rinvio pregiudiziale fa assumere alla Corte costituzionale quell'ormai sempre più stabile veste di giudice europeo¹⁵⁰. 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 in materia di diritti fondamentali. Viceversa, rinchiudere la giurisdizione costituzionale nell'ottica difensiva dell'«ultima fortezza»¹⁵¹ a difesa del principio di attribuzione e delle *social competences* nazionali, pare una «strategia» costituzionale seppur astrattamente corretta, ormai difficilmente perseguibile. L'utilizzo del rinvio pregiudiziale dovrebbe, pertanto, declinarsi in una doppia veste: come strumento di stabile relazione con la Corte di giustizia, nella connotazione sia di *canale di protezione* di quello spazio di agibilità del conflitto sociale garantito dalla legalità costituzionale, sia come *canale di partecipazione* per presentare il «punto di vista» democratico-sociale della Costituzione. In questo senso, il ruolo di *Custode* della legalità costituzionale impone di abbandonare definitivamente la sola prospettiva nazionale di isolamento interno e di assumere a pieno titolo, al contrario, un ruolo di compartecipe alla costruzione del diritto pubblico europeo¹⁵². Per fare ciò, tuttavia, è necessario anche scorgere alcune *vie* di contaminazione lasciate più aperte dal diritto europeo e immagi-

¹⁵⁰ 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, pp. 389 e ss., il quale, analizzando la pronuncia *A c. B* austriaca, riconosce la necessità di attenuare il modello *Simmmenthal* 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.

¹⁵¹ 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.

¹⁵² M. DANI, *Intersectional Litigation and the Structuring of a European Interpretative Community*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 3-4, 2011, pp. 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 europeo, identificato con un modello di «*regulatory state*» e il costituzionalismo democratico sociale, ovvero il «*republican constitutionalism*».

nare quale “atteggiamento” dovrà essere richiesto al *Custode* della legalità europea, ovvero la Corte di giustizia, nel ripensamento del rapporto tra giurisdizioni.

6. *Quinto tassello. Il ruolo della Corte di giustizia: “aprire” la «micro-costituzione economica europea»*

Lo stesso diritto europeo, infatti, non è un sistema monolitico non soggetto a cambiamenti, ma molti spazi normativi presenti nel diritto primario (Carta di Nizza, *in primis*, come possibile luogo di conflitto e incontro) offrono numerose possibilità di apertura¹⁵³. L'attuale assetto del diritto europeo non è, in altri termini, intangibile, ma esistono numerose «*supranational law free zone*»¹⁵⁴ che permetterebbero alle Corti costituzionali di far emergere la razionalità pluralista della legalità costituzionale. Cercando di immaginare alcuni di questi punti di sutura e mantenendo il *focus* sui diritti *a doppia tutela*, si può suddividere l'analisi in tre situazioni di conflitti tra norma nazionale e norma europea¹⁵⁵: 1) un primo caso in cui la norma nazionale, di cui si dubita la compatibilità sia con la Costituzione, sia con la Carta di Nizza, rientra in un campo pienamente armonizzato dal diritto europeo; 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, si posiziona in

¹⁵³ 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 concernente «questioni prive di alcune connessione con il diritto dell'Unione», M. DANI, *Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea: un'introduzione*, cit., pp. 726-728.

¹⁵⁴ 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 (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 302.

¹⁵⁵ La seguente suddivisione ricalca e prende spunto da quella proposta da G. MANZONI, *La necessità e la virtù – ovvero la Corte costituzionale nel circuito interpretativo del diritto europeo*, cit., pp. 129-132, che parla di «tentativi di immaginazione pratica» per individuare delle situazioni concrete attraverso cui «portare la Costituzione in Europa».

un campo non pienamente armonizzato; 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 europeo. Provando, ora, a specificare le tre ipotesi.

1) Nella 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*¹⁵⁶ sull'art. 53 CDFUE l'unico parametro applicabile, secondo il diritto europeo, sarebbe la Carta di Nizza. L'intervento del legislatore europeo in quella determinata materia non permette, difatti, a uno Stato membro di «ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta»¹⁵⁷, in nome di un'applicazione tutta nazionale del massimo standard *ex art. 53 CDFUE* che lederebbe l'uniformità del diritto europeo. In un caso del genere, pertanto – che molto assomiglia al *Right to be forgotten II*¹⁵⁸ – 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 di valorizzare il proprio punto di bilanciamento tra beni costituzionali speculari presenti anche nel diritto europeo e, in aggiunta, di incentivare molto più, rispetto al passato, la Corte di giustizia a svolgere quel sindacato di legittimità sulle norme derivate, che storicamente quest'ultima si è sempre dimostrata restia ad esercitare¹⁵⁹. Promuo-

¹⁵⁶ 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.*

¹⁵⁷ Corte giust., C-399/11, 26 febbraio 2013, *Melloni*, considerando 58.

¹⁵⁸ BVerfGE, 1 BvR 276/17 – *Right to be forgotten II*.

¹⁵⁹ 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 europeo 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*.

vendo un giudizio di validità tramite un rinvio della Corte costituzionale, inoltre, si potrebbe avere la possibilità di allargare la sindacabilità degli atti europei e, ad esempio, di intervenire su quel fenomeno di *social displacement*, che ha prodotto la solitudine delle Corti costituzionali, durante la crisi dei debiti sovrani¹⁶⁰. Vale a dire, questa riconfigurazione potrebbe permettere di intervenire *pro futuro* su un campo normativo, come quello dell'Unione economico-monetaria e della *governance* economica europea, in cui si sono inserite – tramite l'utilizzo della *soft law* e di strumenti di diritto internazionale – quelle misure di *austerità* che tanto hanno inciso sulle scelte redistributive degli Stati membri e che sono difficilmente sindacabili tramite la Carta di Nizza, ma anche più, in generale, tramite il parametro del solo diritto europeo¹⁶¹.

2) Nella 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 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 europeo a riconoscere alla *ragione* della legalità costituzionale di poter emergere e di poter partecipare a regolare la fattispecie. Il caso *Taricco II*¹⁶²

¹⁶⁰ Vedere cap. II, par. 7.

¹⁶¹ A causa della nota dottrina *Plaumann* della Corte di giustizia che richiede la necessità di dimostrare il danno del ricorrente privato, per poter richiedere il sindacato dell'atto europeo, che deve essere «diretto» e «individuale», Corte giust., C-25/62, *Plaumann*.

¹⁶² 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 or-

e lo stesso *Right to be forgotten I*¹⁶³ sono due esempi in tal senso, i quali 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 *contaminare* incisivamente con le tradizioni costituzionali comuni il parametro europeo, proprio perché in queste situazioni è lo stesso diritto europeo che obbliga ad una maggiore apertura ai diritti costituzionali nazionali.

3) Infine, la terza situazione riguarda la possibilità che il superamento di *Granital* si allarghi alla sovrapposizione del diritto dei Trattati, in presenza di una norma nazionale che contrasti con la Costituzione e con quest'ultimo¹⁶⁴. Su questa terza tipologia di controllo, la possibilità di contestazione di alcuni importanti tratti della *micro-costituzione economica europea* si fa più evidente. Partendo, infatti, dalla possibile estensione delle eccezioni alle libertà economiche che possono rappresentare gli stessi diritti fondamentali¹⁶⁵, la Corte costituzionale potrebbe spingere ad un ripensamento dell'attuale determinazione del Mercato unico, della cittadinanza europea e dell'*antidiscrimination law*, "portando" la ragione del conflitto so-

dinamento 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» (consideranda 44-45).

¹⁶³ 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, pp. I e ss.

¹⁶⁴ 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.

¹⁶⁵ 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*.

ziale tramite un utilizzo sapiente del rinvio pregiudiziale in alcuni *hard cases*. Un primo impatto di compresenza del circuito di legalità costituzionale in queste questioni potrebbe essere quello di far evidenziare – tramite il bilanciamento e la visione istituzionale dei diritti fondamentali – le possibili conseguenze finanziarie delle decisioni della Corte di giustizia. Molto spesso, infatti, in materia di cittadinanza europea, questa viene «invocata non per chiamare l'entità attributiva di tale *status* (l'UE) a garantire un comune *plafond* di diritti sociali (per cui mancherebbero le competenze), bensì per chiamare i singoli Stati membri a farsi carico dei diritti sociali anche dei non-nazionali, in assenza di meccanismi compensativi sovranazionali»¹⁶⁶. L'effetto, pertanto, che si genera, tramite questa impostazione del diritto inteso come mera rivendicazione soggettiva, è, spesso, un abbassamento del livello di *welfare* per gli *insiders* tutto a vantaggio degli *outsiders*¹⁶⁷. Allora, quello che si potrebbe ottenere in queste situazioni è una maggiore deferenza delle scelte redistributive nazionali, tenendo in debita considerazione i limiti (la famosa *race to the bottom*) dell'integrazione negativa, in mancanza di una capacità redistributiva a livello europeo¹⁶⁸. Sul fronte, invece, delle libertà economiche 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 contrario, il bilanciamento che viene compiuto nel costituzionalismo democratico sociale, in cui la costruzione dei diritti come *istituzioni* 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.

¹⁶⁶ A. GUAZZAROTTI, *Unione europea e conflitti di solidarietà*, cit., pp. 144-145.

¹⁶⁷ Per un esempio, Corte giust., C-147/03, *Commissione v. Austria*; Corte giust., C-73/08, *Bressol*.

¹⁶⁸ Per una proposta di un'Unione sociale europea, in mancanza di una simmetria della dimensione sociale ed economica dell'UE, M. FERRERA, *Si può costruire un'Unione sociale europea?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, pp. 567 e ss.

Quale dovrebbe essere, in definitiva, allora il ruolo della Corte di giustizia in questo superamento di *Granital-Simmenthal*? La prospettiva da adottare dovrebbe essere quella di “aprire”, nel rapporto tra giurisdizioni, ad una visione della *micro-costituzione economica europea* maggiormente compatibile con una giustizia di tipo redistributivo. Siamo nel campo delle proposte, ma una ricostruzione convincente ha sostenuto che la Corte di giustizia dovrebbe rivedere tre nodi della sua giurisprudenza per garantire la tutela della «*social question*» e dei «*vital public interest*», contro un pieno dispiegamento dei «*free movement of economic actors*»: *i*) il primo è quello di ripensare «le libertà economiche in modo da limitare l'effetto depoliticizzante del mutuo riconoscimento e della competizione regolatoria» grazie ad una riconsiderazione «delle libertà economiche che consenta una maggiore diversità regolativa, prevenendo così asimmetrie distributive e distorsioni normative a livello nazionale»; *ii*) il secondo è di «incorporare l'idea di una solidarietà transnazionale all'interno del funzionamento delle libertà economiche» che presuppone la presa d'atto, per l'Unione europea, dell'incapacità «di sostenere direttamente politiche redistributive o diritti positivi di *welfare* come l'educazione o la salute» e che «implica un impegno normativo di “isolare” la capacità degli Stati membri di redistribuire le risorse internamente». Da questo discende, dunque, «sia il rispetto del quadro istituzionale (il processo politico nazionale) attraverso il quale si risponde alla domanda sociale, sia la valorizzazione della capacità degli Stati membri di attuare effettivamente la risposta»; *iii*) il terzo è di «impiegare un nuovo *test* di proporzionalità» perché l'attuale *test* «gioca un ruolo importante nella depoliticizzazione delle politiche nazionali, in particolare in quei settori esplicitamente esclusi dalle competenze dell'Unione». Questo può essere fatto «rovesciando l'onere della prova per queste specifiche aree e richiedendo ai soggetti che si avvalgono dell'esercizio dei diritti di libera circolazione di dimostrare che la restrizione è particolarmente sproporzionata; oppure, in alternativa, rendendo la proporzionalità più procedurale, come, ad esempio, richiedendo un processo deliberativo, in cui gli interessi esterni vengano rappresentati nel processo politico nazionale anche se successivamente messi

in minoranza, insieme alla richiesta di un accesso al mercato non discriminatorio»¹⁶⁹.

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 e concorrenza, 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 democratico sociale¹⁷⁰ e cercando di spostare l'equilibrio a favore di una maggiore considerazione delle ragioni del conflitto sociale. C'è da ricordare, infatti, che il carattere aperto della proporzionalità 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 nazionali¹⁷¹. 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 c.d. *delega di bilanciamento*, suddivisibili in tre categorie: «*outcome case*», «*guidance case*» e «*deference case*»¹⁷². 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 esteso, mettendo in condizioni la stessa Corte costituzionale, in quanto giudice del rinvio, di determinare una *re-*

¹⁶⁹ F. DE WITTE, *EU Law, Politics, and the Social Question*, cit., pp. 605 e ss.

¹⁷⁰ Sull'idea molto suggestiva di internalizzare la protezione sociale nella stessa struttura delle quattro libertà, C. BARNARD, *Social Dumping or Dumping Socialism*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 67, n. 2, 2008, pp. 262 e ss.

¹⁷¹ Si nota, a questo proposito, che un'eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, da parte dei giudici comuni, «non può essere confuso con l'impugnazione della legge nazionale» perché questo «contiene una richiesta o di invalidare la norma europea o di interpretarla: solo indirettamente la Corte di giustizia è sollecitata a pronunciarsi sulla compatibilità della norma interna con il diritto dell'UE», R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021, p. 174.

¹⁷² 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, pp. 739-745.

gola del conflitto più favorevole alle istanze del costituzionalismo democratico sociale.

Questa potrebbe essere un'ipotesi che delinei un'evoluzione di *Granital-Simmenthal* che riesca maggiormente a raggiungere quei due obiettivi di creare, da un lato, un rapporto tra giurisdizioni maggiormente compatibile con l'assetto valoriale del costituzionalismo democratico sociale; dall'altro, un superamento del paradigma neo-liberale del diritto europeo e un'auspicabile democratizzazione dello stesso. Il ruolo del rapporto tra Costituzione e Carta di Nizza è chiaro in una tale sistemazione: fungere da spazio normativo-costituzionale in cui si incontrano le due legalità, costituzionale ed europea, come luogo di quel *conflitto* costituzionale che deve trovare la sua radice nell'approccio democratico al pluralismo valoriale. La Carta di Nizza e la materia costituzionale, per naturale vocazione, aprono pertanto nuovi spazi di virtualità politica¹⁷³, i quali non possono essere gestiti monopolisticamente dalla Corte di giustizia, ma come sostenuto dalla letteratura europea più attenta¹⁷⁴, devono aprirsi anche alle Corti costituzionali.

7. *Il Doppio Custode: un nuovo modello di giustizia costituzionale*

Come si è più volte ribadito, l'attuale sistema *Granital-Simmenthal* mostra dei problemi nel gestire il superamento della netta separazione, la presenza di una sempre maggiore interazione tra parametri e nel delineare una capacità di chiusura delle due legalità. Riattualizzando, infatti, la domanda del Custode della Costituzione oggi si potrebbe dire che, nel superamento di quello scarto storico-materiale, il compito dello stesso dovrebbe essere quello di mantenere aperto e bilanciato quel rapporto tra processo democratico, unità politica e diritto costituzionale in Europa. In quale modo, tuttavia, questo obiettivo risulta possibile?

¹⁷³ Riprendendo l'espressione utilizzata per la Costituzione italiana di A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, p. 354.

¹⁷⁴ 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.

Un primo elemento è andare nella direzione di un'*istituzionalizzazione* dei conflitti costituzionali in una forma stabile e garantire quelle pre-condizioni, tramite un accentramento del rapporto tra le due giurisdizioni in materia di diritti fondamentali, per un maggior riconoscimento di un pluralismo assiologico e, di conseguenza, anche sociale. Continuare, viceversa, a mantenere la logica dei binari paralleli diventa una prospettiva irrealistica¹⁷⁵. Queste tensioni tra i sistemi di legalità, generate dall'esplosione delle *real contradictions* e che si scaricano anche sul versante giurisprudenziale, necessitano di trovare uno spazio istituzionale per poter essere gestite e risolte. Se una parte importante di questo scarto storico-materiale si è giocata sulla politica monetaria, non è auspicabile, tuttavia, che, su questo campo, si registri un ulteriore dato di giurisdizionalizzazione del conflitto politico, che potrebbe portare a un punto di non ritorno il processo di integrazione. È bene, infatti, che, nonostante l'importanza che le decisioni in materia di Unione economico monetaria hanno sul processo democratico-politico, questo tipo di questioni restino nel campo dell'indirizzo politico ed esenti da censure giudiziarie¹⁷⁶. Diversa questione – siamo così al secondo elemento – riguarda, invece, la sovrapposizione dei parametri, in materia di diritti fondamentali e i conflitti costituzionali a questa susseguenti. In questo caso, infatti, il superamento di *Granital-Simmenthal* sulla materia costituzionale potrebbe essere una prospettiva di sviluppo che vada

¹⁷⁵ Né, d'altra parte, sembra auspicabile, una lettura della «precisazione» in chiave monista e centrata tutta sulla Carta di Nizza, 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», F. VIGANO, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, p. 492. Se si andasse in questa direzione, risulterebbe molto difficile «portare» qualcosa che nel costituzionalismo democratico sociale c'è e che *manca* nel diritto europeo, negando un tale approccio le premesse della presente analisi che riconosce l'identità solo formale (seppur parzialmente) dei parametri, ma la persistente e rilevante differenza materiale di quest'ultimi.

¹⁷⁶ Casi come *Weiss* vanno, dunque, interpretati come manifestazioni di problemi più ampi del processo di integrazione europea ma che, evidentemente, non possono trovare nel rapporto tra giurisdizioni risposte soddisfacenti. È il superamento della asimmetria tra politica economica e monetaria, tramite la revisione dei Trattati, la via tutta politica da dover perseguire per riassorbire quella tipologia di conflitti costituzionali.

nel verso di garantire una maggiore apertura al conflitto sociale e al rapporto tra Stato e società in Europa. È necessario, in altri termini, pensare, dunque, un nuovo modello di giustizia costituzionale che si dimostri complessivamente più aperto al processo democratico: il Doppio Custode¹⁷⁷.

Provando a tratteggiare il funzionamento di questo modello, la centralizzazione tra Costituzione e Carta di Nizza potrebbe favorire una stabile occasione di confronto dialettico tra Corte costituzionale e Corte di giustizia su alcuni *hard cases* in materia di diritti fondamentali. In questa casistica, proprio in mancanza di una *supremacy rule*, non è pensabile la presenza di un solo *Custode* ma è necessario costruire un modello e dei meccanismi procedurali che prevedano la presenza di due *Custodi* della legalità costituzionale ed europea, con compiti e funzioni diverse.

La Corte costituzionale, come *Custode* della legalità costituzionale, non potrà che prendere, dunque, la declinazione di “portatrice” della dimensione del conflitto sociale nel nuovo delineato rapporto tra sistemi. Il compito dei giudici costituzionali, a questi fini, dovrà essere quindi quello di evidenziare la specificità di quel tratto *democratico sociale*, che differenzia la nostra Carta dal diritto europeo, in un’ottica oppositivo-conflittuale, ma che abbia l’obiettivo finale di conservare spazi di agibilità del pluralismo sociale in Europa. L’attenzione deve porsi, dunque, sempre sull’evidenziare la relativa e differente *regola del conflitto* del parametro costituzionale, fornendo una lettura dei diritti fondamentali come *istituzioni*¹⁷⁸. La presenza del bilanciamento come espressione di una *razionalità intorno al valore* potrà molto proficuamente influenzare le risposte

¹⁷⁷ 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, p. 105.

¹⁷⁸ Di recente, tra l’altro, sulla scia di un’interpretazione più sostanziale dell’art. 4 Cost. sul diritto al lavoro data dai nostri giudici costituzionali (Corte cost., sent. n. 194 del 2018, Corte cost., sent. n. 150 del 2020), si sono presentate già alcune possibili prove di conflitto costituzionale su questo nuovo fronte sociale con la giurisprudenza europea. Come, ad esempio, in tema di licenziamento collettivo e tutela del lavoro: caso nato da un doppio rinvio della Corte di Appello di Napoli sulla compatibilità del parametro costituzionale ed europeo 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.

che verranno date dalla Corte di giustizia, orientandole in una prospettiva non più *market-oriented*.

Il compito della Corte di giustizia, come Custode della legalità europea, dovrà invece essere quello di aprire la *micro-costituzione economica europea* e di superare quella logica di assolutizzazione delle libertà economiche e della concorrenza sugli altri interessi confliggenti che esprimono le società europee, andando al di là cioè della sola «*internal market rationality*»¹⁷⁹. Una presa d'atto, in altri termini, di un diverso stadio del processo di integrazione europea che deve essere maggiormente aperto al *processo democratico*. Questo significa che la giurisprudenza della Corte di giustizia potrà andare in due diverse direzioni: *i*) o incorporare quell'approccio al conflitto sociale importato tramite la dialettica con la legalità costituzionale e la sua *razionalità intorno al valore*, portando, *de facto*, ad una democratizzazione del diritto europeo e a una decostituzionalizzazione di quella parte di *micro-costituzione economica* che si è costruita tramite l'operato della Corte di giustizia; oppure, *ii*) mostrare una maggiore deferenza nei confronti dei conflitti redistributivi che si registrano a livello nazionale, limitando l'*infiltration* della quattro libertà e prendendo atto, da una parte, dei limiti dell'integrazione negativa e della sua difficile sostenibilità in mancanza di un meccanismo di compensazione previsto a livello europeo e, dall'altra, della necessità di una garanzia di agibilità del conflitto sociale quantomeno a livello nazionale.

Sui risvolti procedurali, invece, l'accentramento sulla giustizia costituzionale in risposta al *displacement* e la leva combinata delle tradizioni costituzionali, tramite il richiamo della «precisazione» della sent. n. 269 del 2017 e dei *controlimiti*¹⁸⁰, fornisce la strumen-

¹⁷⁹ M. BARTL, *Internal market rationality: In the way of re-imagining the future*, in *European Law Journal*, vol. 24, n. 1, 2018, pp. 99 e ss. Per un'analisi, invece, più larga di superamento della «*market's circularity*», M. HARTMANN, F. DE WITTE, *Ending the Honeymoon: Constructing Europe Beyond the Market*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, pp. 449 e ss.

¹⁸⁰ Anche i *controlimiti*, infatti, 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 possibili portatori di una molteplice potenzialità di apertura del diritto europeo. Come è stato giustamente

tistica per far arrivare nella dimensione europea queste questioni. Se, dunque, la Corte costituzionale interpreterà in maniera sempre più stabile il suo ruolo di giudice europeo, l'utilizzo del rinvio pregiudiziale, nella doppia forma di *canale di partecipazione* e di *protezione*, potrebbe aprire quello spazio di interazione tra legalità maggiormente compatibile con una visione di democrazia aperta al conflitto sociale. Questo permetterebbe, inoltre, di allargare la sfera di sindacabilità degli atti europei che incidono sulla sostanza dei diritti fondamentali; problema che, ad esempio si era posto, in materia di controllo sulle misure di *austerità*, durante la crisi dei debiti sovrani. Se una delle questioni principali in quella fase era la difficoltà di accesso giurisdizionale alla tutela dei diritti fondamentali della Carta di Nizza – a causa della *dottrina Plaumann* – questa riconcettualizzazione del rinvio pregiudiziale potrebbe dare corpo a quella proposta di utilizzo di un rinvio di validità sulle misure europee¹⁸¹ da parte delle Corti costituzionali. Infatti, tali misure europee presentano una stretta correlazione con atti normativi interni e impattano, nella dimensione nazionale, sulla garanzia dei diritti fondamentali.

Ritornando al meccanismo di funzionamento del Doppio Custode, una volta, dunque, effettuato il rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale, si aprono due possibilità: (1) in caso di risposta positiva della Corte di giustizia al punto di vista presentato dalla Corte costituzionale, la logica del Doppio Custode sarebbe in grado di far evolvere il parametro europeo verso una maggiore *democratizzazione*, intesa nel senso di una maggiore apertura alla logica del conflitto sociale; (2) in caso di risposta negativa dei giudici lussemburghesi, la Corte costituzionale, nella sua veste di giudice del rinvio e valorizzando lo strumento della dichiarazione di efficacia *erga omnes*, si troverebbe di fronte a due sotto scenari possibili:

ricordato, il 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 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*, cit., p. 168.

¹⁸¹ Aveva parlato del rinvio pregiudiziale di validità come una «*avenue for challenge*» insieme all'azione di annullamento proposta dal Parlamento, C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n. 3, 2015, pp. 415 e ss.

(2.1) in presenza di un *guidance case* e di un *deference case*, potrebbe provare a ricavare una risposta per l'ordinamento nazionale maggiormente compatibile con la legalità costituzionale, tramite l'estrazione di una regola nel caso di specie (*guidance case*) o tramite un maggiore spazio di manovra garantito dalla Corte di giustizia (*deference case*); (2.2) in presenza, invece, di un *outcome case*, ovvero di una regola del conflitto che si ponga in contrasto con quel tratto *democratico sociale* della Costituzione, potrebbe – ma sarebbe ad ogni modo un caso-limite – utilizzare *de facto*¹⁸² come nella *vicenda Taricco*, lo strumento dei controlimiti, come possibilità per non dare applicazione ad un'interpretazione della Corte di giustizia, in contrasto con le ragioni del conflitto sociale.

La chiusura del cerchio, infine, che permette di poter parlare di un modello autonomo di giustizia costituzionale che si basa sull'interazione delle due legalità in materia di diritti fondamentali, è la dichiarazione di incostituzionalità *erga omnes*. Questa tecnica, infatti, a differenza della non applicazione, oltre a garantire quei «*democratic values*»¹⁸³ della certezza del diritto, dell'uguaglianza e dell'uniformità sulla materia costituzionale e a superare quei problemi della Carta di Nizza (e del diritto europeo, più in generale) in relazione agli effetti orizzontali dei diritti (*Drittwirkung*), permetterebbe ad entrambe le Corti di non delegare importanti questioni ordinamentali ai giudici comuni. Detto in altri termini, se l'ampliamento del diritto europeo non si limita più come in passato all'applicazione di regole riguardanti il mercato che ben potevano essere applicate attraverso la logica dell'effetto diretto-diffusione, il nuovo modello di giustizia costituzionale dovrà cercare di garantire una coesistenza tra la legalità costituzionale ed europea che guardi in due direzioni, recuperando quelle premesse poste all'inizio del capitolo: una che potremmo dire di «integrazione formale» e un'altra di «integrazione

¹⁸² Nel senso qui esposto nel testo, ovvero legge nella Corte cost., sent. 115 del 2018 l'alzata *de facto* di un controlimite, D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, cit., p. 160.

¹⁸³ Secondo la tesi 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!*».

materiale», nell'ottica più generale di garantire le condizioni di agibilità di una «integrazione europea pluralistica»¹⁸⁴.

Nel primo senso, il Doppio Custode (e la chiusura del cerchio con la dichiarazione di incostituzionalità) permetterebbe di recuperare quell'unità intorno al valore e contrasterebbe quel riduzionismo politico, racchiuso nella diffusione. Questo perché non guarderebbe solo al caso concreto, come potrebbe succedere molto più spesso se in materia di diritti fondamentali venisse lasciata la risoluzione della controversia ai giudici comuni, ma obbligherebbe a prendersi carico di quelle «funzioni sistemiche»¹⁸⁵ della giustizia costituzionale. Nella seconda accezione, il Doppio Custode potrebbe rappresentare una proposta di ricucitura di quello scarto tra le due legalità, provando – dal lato solo giurisdizionale e con tutti i *caveat* del caso – a ricostruire quelle condizioni di apertura del rapporto Stato-società, ovvero l'accesso, tramite la struttura costituzionale, di quei soggetti storico-materiali che rappresentano la base di legittimità politica di qualsiasi sistema di poteri costituiti¹⁸⁶. Una condizione, questa, imprescindibile per uno sviluppo democratico-pluralista del progetto di integrazione europea, che necessita di assumere un'architettura costituzionale aperta al pluralismo valoriale e, pertanto, al conflitto sociale, intendendo quest'ultimo come modo d'espressione delle moderne società complesse, oltre le secche di un'impostazione neo-liberale e tecnocratico-manageriale.

¹⁸⁴ A. MORRONE, *Il principio di sussidiarietà e l'integrazione europea pluralistica*, in E. CASTORINA (a cura di), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 166 e ss.

¹⁸⁵ Riprendendo l'espressione di M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007.

¹⁸⁶ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.

CONCLUSIONE

Il Doppio Custode racchiude la proposta di un modello di giustizia costituzionale che prova a istituzionalizzare i conflitti costituzionali in Europa, attraverso un aggiornamento del rapporto tra giurisdizioni oltre *Granital-Simmenthal*, in una forma maggiormente in linea con l'attuale stadio del processo di integrazione. In questo senso, lo scarto storico-materiale tra le due legalità può essere affrontato attraverso la costruzione di un modello di giustizia costituzionale accentrato, che valorizzi una dialettica tra i due parametri sulla materia costituzionale e che sia in grado di garantire una maggiore apertura al pluralismo valoriale e, quindi, democratico-sociale.

Più in generale, il Doppio Custode vuole rappresentare un *tassello* di un generale ripensamento dell'architettura costituzionale europea in termini di apertura al conflitto sociale e di avvicinamento del rapporto tra Stato (*alias* poteri pubblici) e società. Una modalità nuova, in definitiva, per riaggiornare quel nesso tra giustizia costituzionale e costituzionalismo democratico sociale nell'attuale contesto europeo. Un'ipotesi realista, che prende atto della crescente importanza oramai acquisita, per la definizione del processo di integrazione europea, dalla Corte di giustizia e dalle Corti costituzionali, in quel generale *trend* di giurisdizionalizzazione¹ del potere

¹ A partire dal lavoro di R. HIRSCHL, *Towards juristocracy. The origins and the consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2007. Un tema classico su cui recentemente si è riaperto il dibattito anche

in Europa². Non tutto può essere risolto, tuttavia, attraverso il modello del Doppio Custode, perché alcuni rilevanti problemi riguardano questioni eminentemente politiche come, ad esempio, la definizione della costituzione economica e il tema della crisi della *Rule of Law*, i quali trovano solo dei riflessi nel diritto giurisprudenziale. Non a caso, le forme di contestazione che si sono concentrate su questi aspetti, ma come anche più ampiamente tutte le tematiche sottese all'identità costituzionale, segnalano una generale crisi di legittimità politica del progetto europeo che chiama in causa la necessità di un vero e proprio «momento costituente»³, su cui si dirà qualcosa nelle battute finali.

La funzione del Doppio Custode vuole essere, pertanto, quella di contribuire a ri-aprire spazi di democrazia in Europa, valorizzando la dimensione istituzionale dei diritti fondamentali presente nel costituzionalismo democratico sociale. Tale dimensione, infatti, rievoca, da una parte, una concezione degli stessi non come «monadi individuali, ciascuna sovrana su sé medesima», ma come «il frutto di un'interrelazione sociale senza la quale non potrebbero operare»⁴. Dall'altra, chiama a sé un'idea normativa di democrazia come spazio che permette «la legittimità di un dibattito sulla legittimità e l'illegittimità»⁵, in cui i conflitti tra i diritti fondamentali rappresentano la specificità delle società democratiche moderne. In questo senso, il Doppio Custode fornisce un modello democratico di giustizia costituzionale per affrontare solo una parte, seppur rilevante, di quella crisi di legittimità politica in Europa. La risposta, insomma,

in Italia, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, pp. 251 e ss.

² L'impressione che si ha, infatti, studiando il processo di integrazione è, riprendendo le considerazioni che Tocqueville annotava a proposito degli Stati Uniti, che quasi ogni questione politica possa in principio essere decisa in sede giudiziaria, A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1999, p. 105.

³ 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 v'è traccia, per ora, nelle vicende europee.

⁴ R. ESPOSITO, *Pensiero istituzionale. Tre paradigmi di ontologia politica*, Einaudi, Torino, 2020, p. 225.

⁵ C. LEFORT, *Les droits de l'homme et l'État-providence*, in ID., *Essais sur le politique*, Éditions du Seuil, Paris, 1986, p. 59.

resta nel quadro di 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 popolare, ovvero delle «*input reason*» rispetto alle «*output reasons*»⁶.

Si potrebbe controbattere che il Doppio Custode rappresenta solo un meccanismo istituzionale di apertura al pluralismo sociale, imbevuto di una cultura della democrazia come motore di conflitto politico⁷, il quale non fa i conti con l'attuale mancanza in Unione europea della presenza di attori sociali (tra cui, ad esempio, partiti politici e sindacati europei) in grado di rianimare un «contromovimento»⁸. Si potrebbe rispondere, tuttavia, che il Doppio Custode si limita, da una prospettiva giuridica, a garantire le condizioni di agibilità politica di azione di quei potenziali attori sociali, per ora in affanno sulla scena europea, creando un canale di collegamento istituzionale che permetta l'emersione dei conflitti di valore. È tutto da dimostrare, infatti, che la mancanza di quella dimensione popolare a livello europeo non sia in parte anche una conseguenza dell'assenza di *vie* costituzionali che favoriscano l'emersione di un pluralismo sociale, ovvero la comparsa di quei soggetti materiali che hanno animato la formazione dei processi costituzionali nazionali e che non riescono a ricrearsi nello spazio pubblico europeo.

In fondo, alla domanda se sia necessario una forza sociale per modificare la struttura costituzionale o se sia la struttura costituzionale, attraverso la creazione di un'arena pluralistica che favorisca la costruzione di forze sociali, si potrebbe dire che il Doppio Custode adotta la prospettiva minimalista, secondo cui la relazione è spesso biunivoca. In questo senso, tale modello si presenta, quindi, come un contributo per la costruzione di un costituzionalismo europeo di matrice democratica e sociale. L'idea è di riprendere quelle fila del discorso che hanno fatto parlare Alain Milward in passato di un progetto europeo non come un qualcosa di negativo per le democrazie

⁶ M. GOLDONI, *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 10, 2010, pp. 338, 341.

⁷ C. MOUFFE, *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Mondadori, Milano, 2007.

⁸ K. POLANYI, *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 2010.

nazionali europee, ma come di una dimensione imprescindibile del loro potenziamento⁹ e della loro legittimazione in una scena più larga. Il Doppio Custode non ha l'ambizione di risolvere la questione atavica del rilancio democratico dell'integrazione politica europea, ma vuole fornire un elemento di *facilitazione* in questa direzione¹⁰.

Il problema generale, tuttavia, rimane quello di comprendere se sia riconciliabile il processo di integrazione europea con il costituzionalismo democratico sociale¹¹: ovvero, rispondere a quella crisi di legittimità che attanaglia l'UE. Rispetto alla fase della crisi dei debiti sovrani in cui la risposta sembrava essere negativa, la congiuntura presente, ancora alle prese con l'emergenza pandemica e con lo scoppio della guerra in Ucraina, apre spazio a nuove riflessioni perché presenta il dato di novità dell'adozione del *Next Generation Eu* e della rottura del dogma dell'indebitamento comune¹². È troppo presto, ad ogni modo, per stabilire se siamo in presenza di un «mu-

⁹ A. MILWARD, *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge, London, 2000, p. 383, che nella sua seconda edizione del lavoro, denuncia i rischi della tendenza degli Stati nazionali, attraverso un'internazionalizzazione delle *policies*, a depoliticizzare e a restringere «*the force of postwar democratic pressures*».

¹⁰ Parla in questo senso, rovesciando la prospettiva e nell'idea di recuperare quella matrice democratica sociale delle Costituzioni nazionali, di un «*National Rescue of the European Union*» che passi attraverso l'appello alla «*deep constitution* dell'Unione europea», 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», A.J. MENÉNDEZ, *The Existential Crisis of the European Union*, cit., pp. 525-526.

¹¹ M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, cit., p. 324, i quali sostengono che per andare in questa direzione «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».

¹² F. FABBRINI, *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Il Mulino, Bologna, 2022.

tamento» o di una «rottura costituzionale»¹⁵, ma alcuni scenari non sembrano positivi. Come, ad esempio, la recente politica monetaria adottata della BCE¹⁴, tutta incentrata sul rientro dal picco inflazionistico e poco attenta a ponderare le conseguenze politiche di una tale linea economica sul tessuto sociale europeo, già provato dalle precedenti crisi. Come anche la proposta di riforma del Patto di Stabilità europeo, dopo l'attivazione della *General Escape Clause* fino al 2023. Anche in questo caso, la tendenza sembra quella di un rientro¹⁵ – a tratti più flessibile¹⁶, ma pur sempre in una logica di ritorno – al passato del rigido controllo macroeconomico. C'è da sperare, insomma, che la finestra della pandemia non venga interpretata come un'ulteriore «tempo guadagnato»¹⁷ ad un rinvio delle crisi o di un interregno in cui «il vecchio muore e il nuovo non può nascere»¹⁸, ma possa rappresentare, con tutte le imperfezioni del caso e adottando un ottimismo della volontà, un momento di rilancio del patto sociale europeo¹⁹ e un'occasione per riaprire una stagione di modifica dei Trattati. Da questo punto di vista, l'emergenza inflazionistica e la guerra in Ucraina rappresentano un *innesto* di ulteriori crisi nelle

¹⁵ M. DANI, *La scossa della pandemia e l'Unione europea: rottura o mutamento costituzionale*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Rogas Edizioni, Roma, 2021, p. 83.

¹⁴ Per uno studio generale e recente che ricostruisce il ruolo della Banca centrale nell'Unione monetaria europea, sottolineando il suo passaggio dall'essere guardiana della stabilità dei prezzi a quella delle crisi, K. TUORI, *The European Central Bank and the European Macroeconomic Constitution. From Ensuring Stability to Fighting Crises*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the effective coordination of economic policies and multilateral budgetary surveillance and repealing Council Regulation (EC) No. 1466/97*, COM (2023) 240 final, Brussels, 26.4.2023.

¹⁶ F. SALMONI, *Commissione Ue e 'nuovo' Patto di stabilità e crescita: quali altri vincoli?*, in *Federalismi.it*, n. 33, 2022, pp. iv e ss.

¹⁷ W. STRECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

¹⁸ A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere. Quaderni 1-5*, Quaderno 3, § (35), Einaudi, Torino, 2014, p. 311.

¹⁹ Un'interessante prospettiva è *in nuce* presente in COMMISSIONE EUROPEA, *A Green Deal Industrial Plan for the Net-Zero Age*, COM (2023) 62 final, 1.2.2023, che parla timidamente dell'istituzione di un fondo stabile per sostenere la politica industriale europea e per accompagnare alla riconversione energetica, in risposta alla politica statunitense di sostegno all'economia con l'*Inflation Reduction Act*.

più generali difficoltà del processo di integrazione europea, che richiedono dei salti di qualità non più rinviabili per affrontare quelle asimmetrie redistributive e quella crisi della legittimità democratica europea, le quali chiamano a sé un rilancio dell'azione costituzionale e democratica dei poteri pubblici²⁰.

Spostandosi, in conclusione, dalla dimensione dell'*essere* a quella del *dover essere* del progetto europeo, quello di cui, infatti, si sente maggiormente l'assenza più in generale in questo momento, al di là del quadro economico e istituzionale, è la presenza della società politica in Europa. Allo stato attuale, provare a riempire questo vuoto necessiterebbe una radicale trasformazione del diritto pubblico continentale, ristretto nella morsa, da un lato, del monocromatismo del diritto europeo, non in grado di includere parti della società politica europea, e nell'affanno, dall'altro, del costituzionalismo democratico sociale, non capace di dare risposte soddisfacenti a quelle parti. Il Doppio Custode vuole rappresentare, come spiegato, un contributo nella costruzione di un tassello di un *puzzle* più ampio che vada in tal direzione.

Quello che andrebbe compiuto più nel profondo, tuttavia, sarebbe aprire una nuova stagione di riflessione giuspubblicistica nel prisma della costituzione materiale. Il punto di partenza, a tal proposito, non potrebbe che essere una nuova tematizzazione del potere costituente²¹, 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 quel 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 politiche»²².

²⁰ Su questo punto, A. MORRONE, *Sul "ritorno dello Stato" nell'economia e nella società*, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*, 2023; ma si veda anche P. GERBAUDO, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Edizioni Notetempo, Milano, 2022.

²¹ C. MORTATI, *La teoria del potere costituente*, Quodlibet, Macerata, 2020.

²² M. GOLDONI, M. WILKINSON, *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1, 2020, p. 65, 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

Si tratterebbe di aggiornare paradigmi già esistenti, insomma, che ben ricostruivano i rapporti tra Costituzione e società politica e che vedevano, nella prima, la massima espressione di un ordine sociale e politico²³ e, nella seconda, la sua principale fonte di legittimità. Detto in altro modo, lo sforzo che andrebbe perseguito per aprire realmente l'Europa al pluralismo sociale permettendone un suo compimento democratico e costituzionale, sarebbe quello di approfondire crinali di indagine diversi²⁴ dallo scontro istituzioni europee vs. Stati nazionali, così come quello tra europeisti vs. sovranisti, ma di riconcettualizzare il ruolo e la funzione del potere pubblico²⁵, oramai non più chiuso solo nel monopolio dell'idealtipo dello Stato, nella forma di un *campo dei rapporti sociali*²⁶. In questo solco potrebbe essere trovata la soluzione per una reale conciliazione tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo, colmando questo scarto storico materiale che, ad oggi, risulta presente. Insomma, la forma, se sarà, non potrà che essere quella di un suo superamento *in altro da sé*, nel compimento di una democratica unità politica europea. Si spera che sia questo il futuro che ci attende.

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» (pp. 58, 59).

²³ H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 67 e ss.

²⁴ C. HUGRÉE, É. PENISSAT, A. SPIRE, *Les classes sociales en Europe. Tableau des nouvelles inégalités sur le vieux continent*, Agone, Marseille, 2017.

²⁵ Secondo un simile modello di indagine materiale, già applicato per lo Stato sociale: «è proprio questo suo carattere multifunzionale, questa sua capacità di servire simultaneamente una molteplicità di fini e di strategie tra loro in conflitto, che ha reso il compromesso politico in cui consiste lo Stato assistenziale così attraente per un largo fronte di forze eterogenee. Ma è egualmente vero che le reali differenze esistenti tra le forze che hanno reso possibile l'istituzione e il mantenimento dello Stato assistenziale non avrebbero potuto trovare una composizione definitiva all'interno di una struttura istituzionale che oggi appare essere in misura sempre più crescente sotto attacco. L'organizzazione (*machinery*) del compromesso di classe di viene essa stessa oggetto del conflitto di classe», 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, p. 5.

²⁶ N. POULANTZAS, *L'État, le pouvoir, le socialisme*, Les Prairies ordinaires, Paris, 2013.

RIEPILOGO

1. Il costituzionalismo democratico sociale rappresenta l'ultimo grande modello del costituzionalismo moderno. La giustizia costituzionale è una *conseguenza giuridico-istituzionale* in Europa di quel modello. Il compito delle Corti costituzionali consiste nel garantire la primazia di "quelle" Costituzioni, le quali incorporano una legalità costruita sulla triade conflitto sociale-rappresentanza-diritti.

2. L'integrazione europea rappresenta il principale fattore di crisi del nesso tra costituzionalismo democratico sociale e giustizia costituzionale al punto che, oggi, studiare la seconda significa parlare di *rapporto tra giurisdizioni* in Europa. Il lavoro si occupa di quest'ultimo, concentrandosi sui conflitti costituzionali diventati emergenti a partire da Maastricht. Si propone un nuovo modello di giustizia costituzionale, in grado di istituzionalizzare le tensioni presenti nel processo di integrazione europea: il Doppio Custode.

3. Le dottrine consentono di individuare una cesura all'interno del processo di integrazione nel tornante di Maastricht e di interpretare la separazione tra costituzionalismo democratico sociale e diritto europeo secondo tre chiavi di lettura: teorie "originaliste", "euro-ottimiste" ed "euro-critiche".

4. La prima tesi delle teorie "originaliste" è quella che ricostruisce l'Unione europea come un'organizzazione internazionale, seppur *sui generis*. L'attenzione è volta al tema della *Kompetenz-Kom-*

petenz e ai limiti invalicabili del diritto europeo nei confronti degli Stati. Ripropone una netta separazione tra i due ordinamenti e una legittimazione indiretta del diritto europeo da quello costituzionale nazionale.

4.1. La seconda teoria “originalista” è quella sovranazionalista. Questa tende ad una ricostruzione economicista del processo di integrazione europea, che valorizza l’effetto dello *spillover* politico dal piano nazionale a quello sovranazionale, insieme ad una depoliticizzazione del dato democratico. Mantiene la dicotomia di funzioni fra il costituzionalismo democratico sociale e il diritto europeo, in chiave di alternatività e di preferenza per il secondo.

5. Con Maastricht, tornante del processo di integrazione europea, si pone il tema della legittimità democratica e compare il dibattito sulla necessità di una “Costituzione” per l’Europa.

6. Dopo Maastricht, nell’ambito delle teorie “euro-ottimiste”, si impone il *multilevel constitutionalism*. Esso si basa su un’impostazione neocostituzionalista, che presuppone il raggiungimento di un’omogeneità valoriale tra i due ordinamenti, con una chiara preferenza gerarchica per il livello europeo. Emerge una grande attenzione al ruolo delle Corti.

6.1. Il secondo filone sono le teorie federali (Stato federale europeo; *federalizing process* europeo). Queste leggono l’integrazione sovranazionale come un processo destinato a realizzare un’unità federale, nella quale la giustizia costituzionale svolge un decisivo ruolo arbitrale.

6.2. Il terzo filone è quello del pluralismo costituzionale, che riconosce la mancanza di una *supremacy clause* tra i due sistemi e tenta di stabilire dei meccanismi giurisprudenziali e costituzionali di raccordo. Nel sottolineare l’autonomia del costituzionalismo europeo da quello nazionale, omette un’analisi materiale dei rapporti tra ordinamenti.

7. Nelle teorie “euro-critiche”, il costituzionalismo difensivo ritiene che la mancata evoluzione del processo di integrazione e l’impossibilità di creare un *demos* europeo impediscano un’evoluzione federale del progetto sovranazionale. Il diritto europeo trova la sua legittimazione indiretta negli ordinamenti nazionali, nei quali soltanto è possibile costruire un modello democratico.

7.1. Secondo la teoria dei conflitti, nata dopo la crisi dei debiti sovrani, è necessario “importare” nello spazio pubblico europeo il tema della redistribuzione, caratterizzante il costituzionalismo democratico sociale. Ne discende una riconcettualizzazione del diritto europeo in chiave maggiormente democratica e più aperta alle istanze sociali.

7.2. Secondo l'*authoritarian liberalism*, il processo di integrazione europea è caratterizzato da un modello di democrazia ristretta, di depoliticizzazione della costituzione economica e di demobilizzazione delle masse nel Vecchio continente. La critica si appunta su una saldatura tra la *governance* considerata autoritaria e il neoliberismo economico, che si manifesta con la moneta unica e con la crisi finanziaria.

8. Dalle teorie emerge una crisi della legittimità democratica europea. Il *riflesso* sul rapporto tra giurisdizioni è rappresentato da un aumento dei conflitti costituzionali nella fase successiva agli anni Novanta e da una sempre maggiore contrapposizione tra la legalità costituzionale e quella europea. Tra le due legalità esiste un conflitto dipendente da una diversa consistenza valoriale e da uno scarto storico-materiale.

9. Il primo ambito riguarda i principi fondanti: primato, effetto diretto, disapplicazione e controllo diffuso. Il diritto europeo è costruito su una base individualista e sull'*homo economicus*, in cui i soggetti sono pensati come *legal vigilante*, cioè come strumenti di attivazione del parametro sovranazionale, in contrapposizione alla legalità costituzionale.

10. Il secondo ambito è quello delle quattro libertà e del Mercato unico europeo. La Corte di giustizia ha costituzionalizzato le libertà economiche e la concorrenza, in potenziale contrasto con la protezione dei diritti fondamentali e dei modelli sociali nazionali.

11. Il terzo ambito concerne il rapporto tra il principio di non discriminazione e il principio di eguaglianza. Nella legalità costituzionale, la seconda è strettamente collegata alla solidarietà politica. La giurisprudenza europea sull'*antidiscrimination law* e sulla cittadinanza europea mostra un *deficit* di soluzioni redistributive e crea conflitti di solidarietà tra *insiders* ed *outsiders*.

12. Il quarto ambito è connesso all'approccio alla libertà di impresa in rapporto agli interessi collettivo-sociali. Nella legalità costituzionale, la libertà di impresa è costruita come oggetto di bilanciamento con gli altri interessi sociali e collettivi. Nella legalità europea, la libertà di impresa ha valore primario sia nel suo lato passivo, a vantaggio dei destinatari dei servizi, sia nel suo lato attivo, incidendo sulla sostenibilità dei modelli sociali nazionali.

13. Il quinto ambito è il rapporto tra diritti sindacali e mercato. Il quartetto giurisprudenziale *Viking-Laval* ha mostrato come la logica delle libertà economiche e il sindacato restrittivo della Corte di giustizia portano ad una forte compressione delle libertà sindacali e ad una diffidenza verso la dimensione istituzionale dei diritti fondamentali, a differenza di quanto accade nella legalità costituzionale.

14. Il sesto ambito riguarda l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ovvero la giustiziabilità delle pretese specie delle fasce più deboli, e la ridotta rilevanza dei conflitti redistributivi. Ne deriva una concezione *debole* di garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo.

15. Il principale campo di prova dei conflitti costituzionali è il tema dell'identità costituzionale, in cui diventa palese lo scarto storico-materiale tra i due ordinamenti.

16. Nella prima fase di separazione, in cui il diritto europeo si limitava a correggere i *nation-State failures* e rimaneva confinato nella sfera del mercato, il rapporto tra giurisdizioni si assesta sull'equivalenza *Solange-Frontini*. Si realizza un equilibrio tra la Corte di giustizia, che incorpora la protezione dei diritti fondamentali nel parametro europeo, e le Corti costituzionali, le quali elaborano una presunzione di compatibilità "sistematica" tra i due modelli di garanzia dei diritti.

17. La sentenza tedesca *Maastricht Urteil* rappresenta un momento di svolta, introducendo il tema delle credenziali democratiche del diritto europeo nelle dinamiche del rapporto tra giurisdizioni, e apre alla nuova fase dell'interferenza strutturale delle due legalità.

18. I casi *Taricco* e quelli relativi alla crisi della *Rule of Law* sviluppano questo indirizzo. Aumentano le dinamiche contestatorie nei confronti della legalità europea e si manifestano forti tendenze

disgregative. Si presenta il tema, a rovescio, della fragilità delle credenziali costituzionali del diritto europeo.

18.1. Un secondo filone concerne il controllo *ultra vires* e i suoi effetti sulla costituzione economica europea. I casi *Weiss* ed *Eu Recovery Package* mostrano un punto di rottura giuridica del progetto europeo. Lo scontro tra Corte di giustizia e Corte costituzionale tedesca sottolinea l'urgenza di un intervento politico che superi l'*impasse* sull'interpretazione dei Trattati, sintomo di un'incompiutezza del progetto europeo.

18.2. Un terzo filone concerne i diritti *a doppia tutela*. Le giurisprudenze italiana e tedesca mostrano un ri-accentramento del controllo di costituzionalità sulla protezione dei diritti fondamentali. Le Corti costituzionali tentano di superare la marginalizzazione nella garanzia dei diritti conseguente alla «*displacement doctrine*», sottolineando i limiti sopravvenuti della soluzione sottesa a *Granital-Simmenthal*.

19. L'identità costituzionale ha reso endemici i conflitti costituzionali in Europa. Alcuni di questi conflitti, come quelli relativi alla costituzione economica europea e alla crisi della *Rule of Law*, necessitano di una soluzione politica europea, che passi da un intervento sulla struttura dei Trattati. Altri invece, come quelli derivanti dai diritti *a doppia tutela*, possono trovare in una diversa declinazione del rapporto tra giurisdizioni una forma di accomodamento costituzionale.

20. Di fronte all'ascesa dei conflitti costituzionali e alla crisi della «*displacement doctrine*», di cui *Granital-Simmenthal* è un'applicazione, si rende necessaria la proposta di un nuovo modello di giustizia costituzionale, che denomino il Doppio Custode, articolato in più tasselli.

21. Il primo riguarda l'innesto del conflitto sociale nel discorso sull'identità costituzionale. L'identità costituzionale così riconcettualizzata dovrebbe rappresentare una valvola *trasformativa* del rapporto tra ordinamenti, consentendo una maggiore capacità di composizione dei conflitti di valore tra le due legalità.

22. Il secondo concerne l'obiettivo della decostituzionalizzazione della *micro-costituzione economica*, costruita dalla Corte di giu-

stizia attraverso il paradigma delle quattro libertà. Questo proposito si dovrebbe realizzare con un intervento delle Corti costituzionali, tramite una valorizzazione della dimensione istituzionale dei diritti fondamentali. Quest'ultima è espressione di una ricostruzione dei diritti come istanze pluralistiche nel rapporto Stato e società, in chiave storico-concreta e di apertura al ciclo democratico.

23. Un terzo tassello è rappresentato da una scelta in favore del bilanciamento, in alternativa all'effetto diretto, il quale, dopo Maastricht, ha dimostrato i suoi limiti applicativi, riproducendo una logica automatica ed escludente "*aut aut*" nella selezione del valore da tutelare. Il bilanciamento si presenta come tecnica costituzionale maggiormente in grado di gestire il pluralismo sociale insito nei diritti fondamentali. Ne consegue la preferenza di un rapporto tra giurisdizioni di tipo accentrato, che escluda i giudici comuni e che favorisca il recupero di una *razionalità intorno al valore* propria della giustizia costituzionale, al posto di una *razionalità intorno allo scopo* insita nel sindacato europeo di tipo diffuso.

24. Il compito delle Corti costituzionali dovrebbe essere quello di "portare" quel tratto democratico sociale delle Costituzioni nello spazio pubblico europeo. La pista adeguata è quella inaugurata con i diritti *a doppia tutela*, piuttosto che quella di una contestazione del principio di attribuzione. Le Corti costituzionali dovrebbero utilizzare, da una parte, il rinvio pregiudiziale come canale di *partecipazione* e di *resistenza* e, dall'altra, la dichiarazione di incostituzionalità come strumento di ricostruzione della «unità intorno al valore».

25. Il compito della Corte di giustizia dovrebbe essere quello di "aprire" la *micro-costituzione economica europea* ad una sua potenziale reversibilità, relativizzando il valore del mercato e potenziando una gestione pluralistica dei conflitti di valore presenti nelle società europee. Soprattutto nelle c.d. «*supranational law free zone*», dovrebbe poter emergere il portato democratico sociale della legalità costituzionale, favorendo un'evoluzione in questa direzione anche della legalità europea.

26. La proposta del Doppio Custode vuole superare il sistema *Granital-Simmenthal*, aprendo ad una stabile dialettica tra parametri e ad una istituzionalizzazione dei conflitti nei casi riguardanti la

materia costituzionale. Questo nuovo modello di giustizia costituzionale in Europa ha due obiettivi: costruire un rapporto tra giurisdizioni che garantisca una maggiore conciliabilità con l'assetto valoriale del costituzionalismo democratico sociale e una democratizzazione del diritto europeo, più in linea con l'attuale fase del processo di integrazione.

27. Il Doppio Custode è un modello per riaggiornare il nesso tra giustizia costituzionale e costituzionalismo democratico sociale nell'odierno contesto europeo. Rappresenta un *tassello* di un più ampio ripensamento dell'architettura costituzionale europea in chiave democratica e di avvicinamento del rapporto tra Stato (*alias* poteri pubblici) e società nel Vecchio continente.

INDICE DELLE OPERE CITATE

- AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Giuffrè, Milano, 2007.
- ACKERMAN B., *We The People: Transformations*, 2, Belknap Pr, Cambridge, 2000.
- ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2014.
- ALGOSTINO A., *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto tra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, pp. 255 e ss.
- ALEXY R., *La teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1985.
- ALTER K., *Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: a Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, in A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER, *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 227 e ss.
- ALTER K., *Establishing the Supremacy of European Law: the Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- ALTER K., *When and How to Legally Challenge Economic Globalization: a Comment on the German Constitutional Court's False Promise*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 1, 2021, pp. 269 e ss.
- ALTHUSIUS J., *The Politics of Johannes Althusius*, Eyre & Spottiswoode, London, 1965.
- AMALFITANO C. (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018.

- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 1992, pp. 7 e ss.
- AMATO G., *Verso la Costituzione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 2, 2003, pp. 291 e ss.
- AMATO G., *L'integrazione europea come problema di diritto costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, pp. 561 e ss.
- ANTONELLI A., MORRONE A., *La riforma del MES: una critica economica e giuridica*, in *Federalismi.it*, n. 34, 2020, pp. iv e ss.
- APOSTOLI A., *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- APOSTOLI A., *A proposito delle più recenti pubblicazioni sull'uso delle Costituzioni*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2018, pp. 27 e ss.
- ARENA A., *Sul carattere "assoluto" del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIII, 2018, pp. 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, pp. 1335 e ss.
- AZOULAI L., *La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale*, in J. COHEN-JONATHAN (éd.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 1 e ss.
- AZZARITI G., *Interpretazione e teorie dei valori. Tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2000, pp. 248 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.
- BACCARO L., HOWELL C., *Trajectories of Neoliberal Transformation. European Industrial Relations Since the 1970s*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Treccani, Roma, 1989, pp. 1 e ss.
- BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1991, pp. 639 e ss.
- BALDASSARRE A., *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- BALDASSARRE A., *In risposta a Guastini*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3, 2007, pp. 3251 e ss.
- BALIBAR E., *The Rise and Fall of the European Union: Temporalities and Teleologies*, in *Constellations*, vol. 21, n. 2, 2014, pp. 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, pp. 371 e ss.
- BAQUERO CRUZ J., *The Legacy of the Maastricht Urteil and the Pluralist Movement*, in *European Law Journal*, vol. 14, n. 4, 2008, pp. 389 e ss.
- BARAGGIA A., *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell’Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/21*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2022, pp. 371 e ss.
- BARBERA A., *Commento all’art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Artt. 1-12*, Zanichelli-Il Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 e ss.
- BARBERA A., *Esiste una “costituzione europea”?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, pp. 59 e ss.
- BARBERA A., *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2010, pp. 311 e ss.
- BARBERA A., *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 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, pp. 149 e ss.
- BARBERA M., *Discriminazione ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991.
- BARILE P., *La Costituzione come norma giuridica: profilo sistematico*, Barbera, Firenze, 1951.
- BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, pp. 2406 e ss.
- BARILE P., *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.
- BARILE P., CHELI E., GRASSI S. (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982.
- BARNARD C., *Social Dumping or Dumping Socialism*, in *The Cambridge Law Journal*, vol. 27, n. 2, 2008, pp. 262 e ss.
- BARNARD C., *Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US?*, in *Cambridge Law Journal*, vol. 68, n. 3, 2009, pp. 575 e ss.
- BARNARD C., *Free Movement and Labour Rights: Squaring the Circle?*, in *Cambridge Legal Studies Research Paper Series*, n. 23, 2013, pp. 1 e ss.
- BARNARD C., *The Charter in Times of Crisis: A Case Study of Dismissal*, in N. COUNTORIS, M. FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 250 e ss.
- BARNARD C., DEAKIN S., *Market Access and Regulatory Competition*, in C. BARNARD, J. SCOTT (eds.), *The Law of the European Single Market. Unpacking the Premises*, Oxford-Portland, 2002, pp. 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, pp. 99 e ss.
- BARTOLE S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- BARTOLONI M.E., *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.
- BARTOLONI M.E., *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par. 1, TUE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2019, pp. 245 e ss.
- BELL M., *Anti-discrimination Law and The European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- BENVENUTI M., *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.
- 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*, Polimettrica, Milano, 2006.
- BESSELINK L.F.M., *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, pp. 36 e ss.
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1955.
- BICKERTON C.J., *European Integration: from Nation-State to Member State*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- BICKERTON C.J., HODSON D., PUETTER U., *The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 53, n. 4, 2015, pp. 703 e ss.
- 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, pp. 11 e ss.
- BIN R., *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 31 e ss.

- BIN R., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa. Relazione finale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014, pp. 1 e ss.
- BIN R., *Lo Stato di diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 1149 e ss.
- BIN R., *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2018, pp. 813 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, pp. 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, pp. 757 e ss.
- BIN R., *Mutamenti costituzionali: un'analisi concettuale*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020, pp. 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 (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 15 e ss.
- BIN R., *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2020, pp. 861 e ss.
- BIN R., *Critica della teoria delle fonti*, Franco Angeli, Milano, 2021.
- BIN R., *Diritti, cioè? Dietro i diritti, oltre le Corti*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 1, 2022, pp. 113 e ss.
- BLANQUET M., ISAAC G., *Droit général de l'Union européenne*, Sirey, Paris, 2012.
- 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 (eds.), *Constitutional Conversations in Europe: Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 287 e ss.
- BOBEK M., *Landtová, Holubec, and the Problem of an Uncooperative Court: Implications for the Preliminary Rulings Procedure*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n. 1, 2014, pp. 54 e ss.
- BÖCKENFÖRDE E.W., *Stato, costituzione e democrazia*, Giuffrè, Milano, 2006.
- BODIN J., *I sei libri dello Stato*, vol. 1, Utet, Torino, 1964.

- BÖHM F., EUCKEN W., GROSSMAN-DÖRTH H., *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo del 1936*, in F. FORTE, F. FELICE (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2010, pp. 47 e ss.
- BOGNETTI G., *Costituzione economica e Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1983.
- BOGNETTI G., *Federalismo*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Utet, Torino, 1991.
- BONGIOVANNI G., *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia giuridica*, Annali, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 749 e ss.
- BRZOWSKI W., *C'è del marcio in Polonia? Il significato autentico della sentenza costituzionale 7 ottobre 2021*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2021, pp. 971 e ss.
- BURATTI A., *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause della Costituzione americana*, in *Diritti comparati*, n. 1, 2020, pp. 1 e ss.
- BURDEAU G., *Traité de science politique. La démocratie gouvernante, Son assise sociale et sa philosophie politique*, VI, LGDJ, Paris, 1956.
- CANNIZZARO E., *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli, Torino, 2022.
- CAPPELLETTI M., *Il significato del controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi*, in ID., *Processo e ideologie*, Il Mulino, Bologna, 1969, pp. 477 e ss.
- 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.
- CARLI G., *Cinquant'anni di vita italiana*, Roma-Bari, 1995.
- CARTABIA M., *Integrazione europea e principi inviolabili*, Giuffrè, Milano, 1995.
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 13 e ss.
- CARTABIA M., *Europe and Rights: Taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 5, n. 1, 2009, pp. 5 e ss.

- CARTABIA M., *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, pp. 1 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, pp. 90 e ss.
- CARUSO C., *Granital Reloaded. "La precisazione" nell'integrazione attraverso i conflitti*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 29 e ss.
- CARUSO C., *Majority*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 1 e ss.
- CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A., *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020.
- CASOLARI F., *Leale collaborazione tra Stati membri e Unione europea. Studio sulla partecipazione all'Unione al tempo della crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.
- 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 (a cura di), *Il governo dei numeri. Indicatori economico-finanziari e decisioni di bilancio nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2020, pp. 229 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.
- CESARATTO S., *Europa: la moneta senza politica*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Rogas Edizioni, Roma, 2021, pp. 33 e ss.
- CHALMERS D., *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, 2012, pp. 667 e ss.
- CHALMERS D., DAVIES G., MONTI G., *The European Union Law: cases and materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- CHENEVAL F., SCHIMMELFENNIG F., *The Case for Democracy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, pp. 334 e ss.
- CHESSA O., *Corte costituzionale e le trasformazioni della democrazia pluralista*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2004, pp. 381 e ss.
- CHESSA O., *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2014.

- CHESSA O., *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016.
- CHESSA O., *Alcune osservazioni critiche al "pluralismo costituzionale" di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 19 ottobre 2019.
- CHESSA O., *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, n. 2, 2020, pp. 2741 e ss.
- CHESSA O., *La governance economico monetaria dalla moneta unica all'emergenza pandemica*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2020, pp. 394 e ss.
- CHESSA O., *C'è posto in Europa per il costituzionalismo democratico sociale?*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Rogas Edizioni, Roma, 2021, pp. 50 e ss.
- 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, pp. 2005 e ss.
- CLOOTS E., *National Identity in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- 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, pp. 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, pp. 463 e ss.
- COLAPIETRO C., *I diritti sociali oltre lo Stato. Il caso dell'assistenza sanitaria transfrontaliera*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2018, pp. 45 e ss.
- CONFORTI B., *La dottrina di diritto comunitario: questa sconosciuta*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 2004, pp. 1 e ss.
- CONSTANTINESCO V., *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, pp. 97 e ss.
- CONZUTTI A., *"Granital revisited" revisited? Tendenze espansive nel nuovo cammino europeo della Corte costituzionale*, in *Gruppo di Pisa*, n. 1, 2022, pp. 44 e ss.
- COSTA P., *I diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 365 e ss.

- COSTA P., *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Lavoro e diritto*, n. 1, 2009, pp. 35 e ss.
- COSTA P., *Lo Stato sociale come problema storiografico*, in *Quaderni fiorentini*, n. 1, 2017, pp. 41 e ss.
- COSTAMAGNA F., GIUBBONI S., *Free Movement of Persons and Transnational Solidarity. The Legacy of Market Citizenship*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza sociale*, n. 1, 2021, pp. 1 e ss.
- COZZI A.O., *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017.
- COZZI A.O., *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2020, pp. 659 e ss.
- 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, pp. 181 e ss.
- CURTI GIALDINO C., *In cammino verso la Polesit? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi.it*, n. 42, 2021, pp. ix e ss.
- D'ATENA A., *Costituzionalismo multilivello e dinamiche istituzionali*, Giappichelli, Torino, 2007.
- 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, pp. 795 e ss.
- DANI M., *Constitutionalism and Dissonances: Has Europe Paid Off Its Debt to Functionalism*, in *European Law Journal*, vol. 15, n. 3, 2009, pp. 324 e ss.
- DANI M., *Intersectional Litigation and the Structuring of a European Interpretative Community*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, nn. 3-4, 2011, pp. 715 e ss.
- DANI M., *Rehabilitating Social Conflicts in European Public Law*, in *European Law Journal*, vol. 18, 2012, pp. 621 e ss.
- DANI M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013.
- DANI M., *The Rise of the Supranational Executive and the Post-Political Drift of European Public Law*, in *Indiana Journal of Global and Legal Studies*, vol. 24, n. 2, 2017, pp. 399 e ss.

- 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, pp. 785 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, pp. 715 e ss.
- DANI M., *La sentenza n. 269 del 2017: una precisazione fuorviante?* in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 67 e ss.
- DANI M., *Crisi dello Stato di diritto: un decennio di mancata autorigenrazione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2021, pp. 210 e ss.
- DANI M., *La scossa della pandemia e l'Unione europea: rottura o mutamento costituzionale*, in E. MOSTACCI, A. SOMMA (a cura di), *Dopo la crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Rogas Edizioni, Roma, 2021, pp. 75 e ss.
- DANI M., *Deconstitutionalising the Economic and Monetary Union, in Continuity and Change – How the Challenges of Today Prepare the Ground for Tomorrow. ECB Legal Conference 2021*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, pp. 282 e ss.
- DANI M., MENÉNDEZ A.J., *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, n. 1, 2020, pp. 289 e ss.
- DANI M., CHITI E., MENDES J., MENÉNDEZ A.J., SCHEPEL H., WILKINSON M., *"It's the Political Economy...!". A Moment of Truth for the Eurozone and the Eu*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 1, 2021, pp. 309 e ss.
- DASHWOOD A., *The Limits of European Community Powers*, in *European Law Review*, vol. 21, n. 2, 1996, pp. 113 e ss.
- DASHWOOD A., *"Viking" and "Laval": Issues of Horizontal Effect*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, pp. 525 e ss.
- DAVIES G., *The Process and Side-Effects of Harmonization of European Welfare States*, in *Jean Monnet Working Paper*, n. 2, 2006, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 371 e ss.
- DAWSON M., DE WITTE F., *From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2016, pp. 204 e ss.
- DAWSON M., DE WITTE B., MUIR E., *Introduction: the European Court of Justice as a political actor*, in ID. (eds.), *Judicial activism at the European Court of Justice: causes, responses and solutions*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2013, pp. 1 e ss.
- DELLA CANANEA G., NAPOLITANO G., *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- DE GIOVANNI B., *Elogio della sovranità politica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.
- DE VERGOTTINI G., *Stato federale*, Enciclopedia del Diritto, vol. XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 57 e ss.

- DE WITTE B., *EU Emergency Law and its impact on Eu Legal Order*, in *Common Market Law Review*, vol. 59, n. 1, 2022, pp. 3 e ss.
- DE WITTE F., *EU Law, Politics, and the Social Question*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, pp. 581 e ss.
- DE WITTE F., *Justice in the EU: The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- DEFFENU A., *Forme di governo e crisi del parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2006.
- DEHOUSSE R., *Beyond Representative Democracy: Constitutionalism in a Polycentric Polity*, in J.H.H. WEILER, M. WIND (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 135 e ss.
- DELLA CANANEA G., *Is European Constitutionalism Really “Multilevel”?*, in *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht*, vol. 70, 2010, pp. 283 e ss.
- DELLA CANANEA G., NAPOLITANO G., *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- DELLEDONNE G., *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti composti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.
- DELLEDONNE G., *Il controllo formale sul trasferimento di diritti sovrani: un ulteriore arricchimento dello strumentario del Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, pp. 442 e ss.
- DELLEDONNE G., *Bilanciamenti e interpretazioni conformi nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco*, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 141 e ss.
- DELORS J., *Economic governance in the European Union: past, present and future*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, pp. 169 e ss.
- DEROSIER J.P., *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, LGDJ, Paris, 2015.
- DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1999.
- DE ZIO M., *L'insostenibile leggerezza dei diritti sociali nell'Unione europea: alcune considerazioni alla luce delle sentenze Florescu e Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1, 2020, pp. 203 e ss.
- 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 contro-limiti (e viceversa)*, in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 107 e ss.
- DI FEDERICO G., *Il ruolo dell’art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, pp. 333 e ss.
- DI FEDERICO G., *The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards*, in *European Public Law*, vol. 25, n. 3, 2021, pp. 347 e ss.
- DI MARTINO A., *Il Territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano, 2010.
- DI MARTINO A., *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2016, pp. 1 e ss.
- DI MARTINO A., *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: profili comparativi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, pp. 759 e ss.
- DI MARTINO A., *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2020, pp. 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, pp. 407 e ss.
- DRAGHI M., *Il metodo Monnet e la sua rilevanza per l’Europa di ieri e di oggi*, in www.ecb.europa.eu.
- ELAZAR D.J., *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano, 1998.
- ELEFThERiADiS P., *Pluralism and Integrity*, in *Ratio Iuris*, vol. 23, n. 3, 2010, pp. 373 e ss.
- ELiANTONIO M., KORKEA-AHO E., VAUGHAN S., *The Elusive Legitimacy of EU Soft Law: An Analysis of Consultation and Participation in the Process of Adopting COVID-19 Soft Law in the EU*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 12, n. 1, 2021, pp. 159 e ss.
- ESPiNG-ANDERSEN G., *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford University Press, New York, 1999.
- ESPOSITO R., *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Einaudi, Torino, 2020.
- EUCKEN W., *Trasformazioni strutturali dello Stato e crisi del capitalismo*, in *Filosofica politica*, n. 1, 2019, pp. 23 e ss.

- 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, pp. 644 e ss.
- FABBRINI F., *Next Generation EU. Il futuro di Europa e Italia dopo la pandemia*, Il Mulino, Bologna, 2022.
- FARAGUNA P., *A Living Constitutional Identity: The Contribution of Non-Judicial Actors*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 10, 2015, pp. 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, pp. 491 e ss.
- FARAGUNA P., *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it.*, n. 3, 2016, pp. 197 e ss.
- FARAGUNA P., *Constitutional Identity in the EU. A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, vol. 18, n. 7, 2017, pp. 630 e ss.
- FARAGUNA P., *Da Karlsruhe un nuovo rinvio pregiudiziale contro la BCE: inutile o dannoso?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2017, pp. 930 e ss.
- FARAGUNA P., *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2020, pp. 429 e ss.
- FARAGUNA P., *Identity*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 1 e ss.
- FARAGUNA P., *Il Bundesverfassungsgericht di fronte all'Unione europea: l'egemone non riluttante*, in G. REPETTO, F. SAITTO (a cura di), *Temi e problemi della giustizia costituzionale in Germania. Una prospettiva comparativa alla luce del caso italiano*, Jovene, Napoli, 2020, pp. 191 e ss.
- FARAGUNA P., *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2022, pp. 634 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.
- 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.
- FERRERA M., *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?*, Laterza, Roma-Bari, 2016.
- FERRERA M., *Si può costruire un'Unione sociale europea?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, pp. 567 e ss.

- 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, pp. 1097 e ss.
- FIORAVANTI M., *La trasformazione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 2014, pp. 295 e ss.
- FIORAVANTI M., *La Costituzione democratica come autonomo "tipo" storico*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 179 e ss.
- FIORAVANTI M., *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del Ventesimo secolo*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 387 e ss.
- FIORAVANTI M., *Il cerchio e l'ellisse: i fondamenti dello Stato costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2020.
- FOUCAULT M., *L'archeologia del sapere*, Rizzoli, Milano, 1999.
- FOURASTIÉ J., *Les Trentes glorieuses. Ou la révolution invisible*, Pluriel-Éditions Fayard, Paris, 2011.
- FRAENKEL E., KAHN-FREUND O., KORSCH K., NEUMANN F., SINZHEIMER H., *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Edizioni lavoro, Roma, 1082.
- 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.
- 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, pp. 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, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, 2020, pp. 81 e ss.

- GALLO D., *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2022, pp. 374 e ss.
- GARBEN S., *Confronting the Competence Conundrum: Democratizing the European Union through an Expansion of its Legislative Powers*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 35, n. 1, 2015, pp. 55 e ss.
- GARBEN S., *The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 13, n. 1, 2017, pp. 24 e ss.
- GARBEN S., *The European Pillar of Social Rights: Effectively Addressing Displacement?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, pp. 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, pp. 41 e ss.
- GARBEN S., GOVAERE I., *The Internal Market 2.0*, Oxford University Press, New York, 2020.
- 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, pp. 636 e ss.
- GERBAUDO P., *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Edizioni Nottetempo, Milano, 2022.
- GILL S., *New constitutionalism, democratisation and global political economy*, in *Peace, Security & Global Change*, vol. 10, n. 1, 2007, pp. 23 e ss.
- GIOLIO O., *Il diritto neoliberale*, Jovene, Napoli, 2020.
- GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- GIUBBONI S., *Social Rights and Market Freedoms in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- GIUBBONI S., *Libertà di circolazione delle persone e solidarietà europea*, in *Lavoro e diritto*, n. 4, 2006, pp. 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, pp. 88 e ss.
- GIUBBONI S., *Stato sociale e integrazione europea: una rivisitazione teorica*, in *Quaderni fiorentini*, n. 1, 2017, pp. 553 e ss.
- GIUBBONI S., *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Politica del diritto*, n. 4, 2018, pp. 557 e ss.

- GIUBBONI S., *La solidarietà come scudo. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2018, pp. 591 e ss.
- GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2014.
- GOLDONI M., *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 10, 2010, pp. 337 e ss.
- GOLDONI M., *Costituzione economica*, in C. CARUSO, C. VALENTINI (a cura di), *La grammatica del costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna, 2021, pp. 173 e ss.
- GOLDONI M., *From Trauma to Apathy: on the Egemonic Force of European Authoritarian Liberalism*, in *European Law Open*, vol. 1, n. 1, 2021, pp. 158 e ss.
- GOLDONI M., *La materialità dei diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, n. 1, 2022, pp. 141 e ss.
- GOLDONI M., WILKINSON M., *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1, 2020, pp. 1 e ss.
- GRAMSCI A., *Quaderni dal carcere. Quaderni 1-5*, Quaderno 3, § (35), Einaudi, Torino, 2014.
- GRIMM D., *Una costituzione per l'Europa*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 339 e ss.
- GRIMM D., *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, vol. 12, n. 4, 2005, pp. 447 e ss.
- GRIMM D., *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed World*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 3 e ss.
- GRIMM D., *The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 4, 2015, pp. 460 e ss.
- GRIMM D., *A long time coming*, in *German Law Journal*, vol. 21, n. 5, 2020, pp. 944 e ss.
- 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, pp. 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, pp. 441 e ss.
- GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

- GUASTINI R., *Sostiene Baldassarre*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2007, pp. 1373 e ss.
- GUAZZAROTTI A., *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2013, pp. 1042 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 *Diritti comparati*, 2 ottobre 2014.
- GUAZZAROTTI A., *Unione europea e conflitti di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2016, pp. 123 e ss.
- GUAZZAROTTI A., *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, pp. 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, pp. 194 e ss.
- GUAZZAROTTI A., *Corte costituzionale e sindacato dinanzi alla costruzione del soggetto (a)conflittuale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2018, pp. 1 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, pp. 803 e ss.
- GUAZZAROTTI A., *La sovranità tra Costituzioni nazionali e Trattati europei*, in *DPCE Online*, n. 1, 2020, pp. 327 e ss.
- GUAZZAROTTI A., *Integrazione europea e riduzionismo politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2020, pp. 1 e ss.
- GUAZZAROTTI A., *Tutela dei valori e democrazie illiberali in UE: lo strabismo di una narrazione “costituzionalizzante”*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2, 2022, pp. 1 e ss.
- GUAZZAROTTI A., *“Neutralità va cercando, ch’è sì cara!”*. Il Tribunale costituzionale tedesco contro la politicità dei programmi di quantitative easing della BCE, in *Diritto pubblico comparato ed europeo online*, n. 2, 2022, pp. 2811 e ss.
- GUERRA G., *Tendenze autoritarie nell’Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2021, pp. 521 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., *Una costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G.G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 369 e ss.
- HABERMAS J., *Why Europe needs a constitution?*, in *New Left Review*, vol. 11, nn. 10-12, 2001, pp. 5 e ss.
- 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.
- HAKET S., *Popławski II: A Half-Hearted Embrace of Hierarchical Supremacy*, in *Review of European Administrative Law*, vol. 13, n. 1, 2020, pp. 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, pp. 1 e ss.
- HALLSTEIN W., *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ, 1983, Munchen.
- HALTERN U., *Pathos and Pathina: the Failure and the Promise of Constitutionalism in the European Imagination*, in *European Law Journal*, vol. 9, n. 1, 2003, pp. 14 e ss.
- HALTERN U., *Revolutions, real contradictions, and the method of resolving them: The relationship between the Court of Justice of the European Union and the German Federal Constitutional Court*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 1, 2021, pp. 208 e ss.
- HAMILTON A., HAY J., MADISON J., *The Federalist Papers*, Open Road Integrated Media, New York, 2020.
- HART H., *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, pp. 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, pp. 131 e ss.
- HELLER H., *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 67 e ss.
- HELLER H., *Authoritarian Liberalism*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, pp. 295 e ss.
- HERZOG R., GERKEN R., *Stop the European Court of Justice*, in *EU Observer*, 10 settembre 2008.

- HESELINK 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, pp. 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.
- HIRSCHMAN A.O., *Lealtà, defezione, protesta. Rimedi alla crisi delle imprese, dei partiti, dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- 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, pp. 931 e ss.
- HUGRÉE C., PENISSAT É., SPIRE A., *Les classes sociales en Europe. Tableau des nouvelles inégalités sur le vieux continent*, Agone, Marseille, 2017.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari, 1998.
- ITZCOVICH G., *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006.
- JOERGES C., *What is Left of the European Economic Constitution?*, in *EUI Working Paper Law*, n. 13, 2004, pp. 1 e ss.
- 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, pp. 235 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, pp. 335 e ss.
- JOERGES C., *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellations*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 5, 2019, pp. 985 e ss.
- JOERGES C., *Authoritarian Liberalism, authoritarian managerialism and the search for alternatives: Comments on Michael A. Wilkinson's Authoritarian Liberalism*, in *European Law Open*, vol. 1, n. 1, 2021, pp. 186 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, pp. 273 e ss.
- JUDT T., *Postwar. Europa 1945-2005*, Laterza, Roma-Bari, 2017.
- 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 *Verfassungsblog*, 26 maggio 2020.

- KELEMEN R.D., PECH L., *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 21, 2019, pp. 59 e ss.
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1952.
- KELSEN H., *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 143 e ss.
- KELSEN H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una teoria pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989.
- KILPATRICK C., *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n. 3, 2015, pp. 393 e ss.
- KILPATRICK C., *Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: A Challenging New Area of Constitutional Inquiry*, in T. BEUKERS, B. DE WITTE, C. KILPATRICK (eds.), *Constitutional Change Through Euro-Crisis Law*, Cambridge University Press, 2017, pp. 279 e ss.
- KILPATRICK C., *The displacement of Social Europe: a productive lens of inquiry*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 14, n. 1, 2018, pp. 62 e ss.
- KIRCHHOF P., *The European Union of States*, in A. VON BOGDANDY, *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Portland, 2009, pp. 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, pp. 420 e ss.
- KOMAREK J., *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n. 3, 2014, pp. 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, pp. 815 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, pp. 262 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, nn. 2-3, 2005, pp. 473 e ss.

- LA PERGOLA A., *Residui "contrattualistici" e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Giuffrè, Milano, 1969.
- LA PERGOLA A., *L'articolazione del diritto comunitario e di quello interno*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 4, 1994, pp. 651 ss.
- LA PERGOLA A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2003, pp. 2427 e ss.
- LAMARQUE E., *Corte costituzionale e giudici dell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- LAVAGNA C., *Costituzione e socialismo*, Il Mulino, Bologna, 1977.
- LEFORT C., *Les droits de l'homme et l'État-providence*, in Id., *Essais sur le politique*, Éditions du Seuil, Paris, 1986.
- LENAERTS K., *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 38, n. 2, 1990, pp. 205 e ss.
- LENAERTS K., *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 8, n. 3, 2012, pp. 375 e ss.
- LENAERTS K., *The Horizontal Application of the Charter*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 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 (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, 2020, Bologna, pp. 111 e ss.
- LONGO E., *Il volto umano dell'Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2020, pp. 651 e ss.
- LOSURDO F., *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016.
- LOUGHLIN M., *What is Constitutionalisation*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford University Press, 2010, New York, pp. 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, pp. 373 e ss.
- LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, pp. 124 e ss.
- LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2000, pp. 367 e ss.

- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2, 2006, pp. 1643 e ss.
- LUCIANI M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 8 agosto 2007.
- LUCIANI M., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Questione giustizia*, n. 6, 2012, pp. 92 e ss.
- LUCIANI M., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2013, pp. 6 e ss.
- LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016, pp. 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, pp. 1 e ss.
- LUCIANI M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016.
- LYON CAEN G., *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, pp. 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.
- MAACORMICK N., *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, vol. 1, n. 3, 1995, pp. 259 e ss.
- MAACORMICK N., *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, New York, 1999.
- 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, nn. 1-2., 2017, pp. 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.
- 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, pp. 325 e ss.
- MADURO M.P., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (eds.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, Oxford, 2003, pp. 501 e ss.
- MADURO M.P., *Passion and Reason in the European Integration*, in I. PERNICE, SCHWARZ R (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 (eds.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Hart Publishing, Portland, 2012, pp. 67 e ss.
- MADURO M.P., *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 6 maggio 2020.
- MAJONE G., *The rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, vol. 17, n. 3, 1994, pp. 77 e ss.
- MAJONE G., *From Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, in *Journal of Public Policy*, vol. 17, n. 2, 1997, pp. 139 e ss.
- MAJONE G., *From a Regulatory State to a Democratic Default*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, n. 6, 2014, pp. 1216 e ss.
- MAJORAL J.A., *Judicial Empowerment Expanded: Political Determinants of National Courts' Cooperation with the CJEU*, in *European Law Journal*, vol. 25, n. 4, 2019, pp. 374 e ss.
- MALATESTA O., *L'ordoliberalismo delle origini e la crisi della Repubblica di Weimar*, in *Filosofia Politica*, n. 1, 2019, pp. 67 e ss.
- MALATESTA O., *L'economia sociale di mercato come strumento di ordine politico. Sui concetti ordoliberali di Stato e società*, in *Ventunesimo secolo*, n. 48, 2021, pp. 113 e ss.
- MALFATTI E., PANIZZA S., ROMBOLI R., *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021.
- MANCINI G.F., *Attivismo e autocontrollo della giurisprudenza nella Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto europeo*, n. 2, 1990, pp. 229 e ss.
- MANCINI G.F., *Per uno Stato europeo*, in ID., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- MANES V., *Taricco, finale di partita*, in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 407 e ss.
- MANETTI M., *I fondamenti costituzionali della concorrenza*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, pp. 315 e ss.
- MANGIA A., *Vincolo esterno e Costituzione funzionale*, in *Diritto costituzionale*, n. 2, 2018, pp. 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, pp. 859 e ss.
- MANGIA A., *Moti della Costituzione o mutamento costituzionale?*, in *Diritto costituzionale*, n. 1, 2020, pp. 75 e ss.
- MANZELLA A., *Lo Stato "comunitario"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2003, pp. 273 e ss.

- MANZELLA A., LUPO N., *Il sistema parlamentare euro-nazionale*, Giappichelli, Torino, 2014.
- MANZONI G., *La necessità e la virtù – ovvero la Corte costituzionale nel circuito interpretativo del diritto europeo*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 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., *Lo spirito polemico del diritto costituzionale europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne editrice, Roma, 2012.
- 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, pp. 1343 e ss.
- MARTINICO G., *Le implicazioni costituzionali della crisi. Una rassegna della letteratura*, in *Federalismi.it*, n. 26, 2016, pp. 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, pp. 3961 e ss.
- MARTINICO G., *Taming National Identity: A Systematic Understanding of Article 4.2 TEU*, in *European Public Law*, vol. 27, n. 3, 2021, pp. 447 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, pp. 97 e ss.
- MARTINICO G., SIMONCINI M., *Wightman and the Perils of Britain's Withdrawal*, in *German Law Journal*, vol. 21, n. 5, 2020, pp. 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, pp. 737 e ss.
- MASTROIANNI R., *La Corte di giustizia e il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 2014, pp. 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, pp. 2 e ss.

- MASTROIANNI R., *L'art. 11 preso sul serio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2018, pp. VI e ss.
- MASTROIANNI R., *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, pp. 1 e ss.
- MASTROIANNI R., STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MATTLI W., SLAUGHTER A.M., *The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints*, in A.M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER (eds.), *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1997, pp. 253 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, pp. 87 e ss.
- MEDICO F., *Il ruolo della Carta di Nizza e la questione sociale: ci può solidarietà senza integrazione politica?*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2021, pp. 248 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, pp. 1 e ss.
- MENÉNDEZ A.J., *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, pp. 453 e ss.
- MENÉNDEZ A.J., *A European Union in Constitutional Mutation?*, in *European Law Review*, vol. 20, n. 2, 2014, pp. 127 e ss.
- MENÉNDEZ A.J., *Hermann Heller NOW*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, pp. 285 e ss.
- MENÉNDEZ A.J., *The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*, in *Journal of Law and Society*, vol. 44, n. 1, 2017, pp. 56 e ss.
- MENÉNDEZ A.J., *The Past of an Illusion? Pluralistic Theories of European Law in Time of Crises*, in *European Papers*, vol. 3, n. 2, 2018, pp. 623 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, pp. 887 e ss.

- MEZZANOTTE C., *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del Costituente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- 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, pp. 831 e ss.
- MILLET F.X., *Cilfit Still Fits*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 18, n. 3, 2022, pp. 533 e ss.
- MILWARD A., *The European Rescue of the Nation-State*, Routledge, London, 2000.
- MODUGNO F., *Interpretazioni per valori e interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008.
- MODUGNO F., *Unità della scienza giuridica? Dottrina, giurisprudenza, interpretazione*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3, 2014, pp. 1 e ss.
- MODUGNO F., *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Diritto e società*, n. 4, 2019, pp. 791 e ss.
- MÖLLERS C., *Pouvoir constituant – Constitution – Constitutionalisation*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 169 e ss.
- MÖLLERS C., *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland"*, in *German Law Journal*, vol. 10, n. 8, 2009, pp. 1241 e ss.
- MORAVCSIK A., *Preferences and power in the European Community: a Liberal Intergovernmentalist approach*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 31, n. 4, 1993, pp. 473 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, pp. 15 e ss.
- MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001.
- MORRONE A., *Il principio di sussidiarietà e l'integrazione europea pluralistica*, in E. CASTORINA (a cura di), *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 166 e ss.
- MORRONE A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, 2008, pp. 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, pp. 829 e ss.
- MORRONE A., *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2012, pp. 357 e ss.
- MORRONE A., *Crisi economia e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2014, pp. 79 e ss.
- MORRONE A., *Le forme della cittadinanza nel Terzo Millennio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2015, pp. 303 e ss.
- MORRONE A., *Sovranità*, Relazione XXXI, Convegno Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in *Rivista AIC*, n. 3, 2017, pp. 1 e ss.
- MORRONE A., *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2018, pp. 1 e ss.
- MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, pp. 251 e ss.
- MORRONE A., *Oltre Granital: divisione o fusione degli orizzonti di senso?*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 215 e ss.
- MORRONE A., *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Diritto della sicurezza sociale*, n. 4, 2020, pp. 707 e ss.
- MORRONE A., *Sul "ritorno dello Stato" nell'economia e nella società*, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*, 2023.
- MORRONE A., CARUSO C., *La commissione sullo sciopero come organo di garanzia politico-costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2015, pp. 1 e ss.
- MORRONE A., CARUSO C., *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, in M. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 386 e ss.
- MORTATI C., *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1940.
- MORTATI C., *La teoria del potere costituente*, Quodlibet, Macerata, 2020.
- MOUFFE C., *Sul politico. Democrazia e rappresentazione dei conflitti*, Mondadori, Milano, 2007.
- 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, pp. 75 e ss.
- MUIR E., *EU Citizenship, Access to "Social Benefits" and Third-Country National Family Members: Reflecting on the Relationship Between*

- Primary and Secondary Rights in Times of Brexit*, in *European Papers*, vol. 3, n. 3, 2018, pp. 1353 e ss.
- MÜLLER J.W., *Beyond Militant Democracy*, in *New Left Review*, n. 73, 2012, pp. 39 e ss.
- NAVARRETTA E., PERTICI A. (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Edizioni Plus, Pisa, 2004.
- NICOLAÏDIS K., *European Democracy and its Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, vol. 51, n. 2, 2013, pp. 351 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, pp. 3 e ss.
- OFFE C., *L'Europa in trappola. Riuscirà l'Ue a superare la crisi?*, Il Mulino, Bologna, 2014.
- OMAGGIO V., *I diritti oltre lo Stato. La governance europea e la crisi dei diritti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. 1, 2021, pp. 33 e ss.
- OLIVITO E., REPETTO G., *Perché pensare la crisi dell'UE in termini di conflitti costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, pp. 1 e ss.
- ONIDA V., *Armonia tra diversi*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2002, pp. 549 e ss.
- ORLANDINI G., *Conflitto collettivo (voce)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 95 e ss.
- PACE A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2001, pp. 35 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.
- PALERMO F., *La forma di Stato dell'Unione europea: per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Giuffrè, 2005, Milano.
- PALERMO F., WOELCK J., "Maastricht reloaded": *il Tribunale costituzionale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2009, pp. 1027 e ss.
- PALOMBELLA G., *Costituzione e sovranità: il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997.
- PALOMBELLA G., *The EU's sense of the rule of law and the issue of its oversight*, in *EUI Working Papers*, RSCAS 2014/125, 2014, pp. 1 e ss.
- PANUNZIO S., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 3 e ss.
- PARIS D., *Constitutional Courts as Guardians of EU Fundamental Rights? Centralised Judicial Review of Legislation and the Charter of Funda-*

- mental Rights of the EU*, in *European Constitutional Law Review*, vol. 11, n. 2, 2015, pp. 389 e ss.
- PERA G., *Sciopero (dir. cost. e dir. lav.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLI, Giuffrè, Milano, 1989, pp. 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, pp. 703 e ss.
- PERNICE I., *Fondements du droit constitutionnel européen*, Pedone, Paris, 2004.
- PERTICI A., *Il diritto comunitario nella giurisprudenza costituzionale. Un bilancio in attesa di una "svolta"*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista "Giurisprudenza costituzionale" per il cinquantesimo anniversario*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 722 e ss.
- PERTICI A., *Dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti*, in G. RIVOSECCHI, M. ZUPPETTA (a cura di), *Governo dell'economia e diritti fondamentali in Europa*, Cacucci editore, Bari, 2010, pp. 79 e ss.
- PESCATORE P., *International law and Community law – a comparative analysis*, in *Common Market Law Review*, vol. 7, n. 2, 1970, pp. 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, pp. 135 e ss.
- PETRINI F., *Integrazione e conflitto. Per una storia materialista della costruzione europea*, in *Ventunesimo secolo*, n. 48, 2021, pp. 10 e ss.
- PFERSMANN O., *The new revision of the old Constitution*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nn. 2-3, 2005, pp. 383 e ss.
- PINELLI C., *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale e diritto della concorrenza: c'è dell'altro oltre l'efficienza economica?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, pp. 597 e ss.
- PIZZORUSSO A., *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, 1986, pp. 795 e ss.
- PIZZORUSSO A., *"Zone d'ombra" o "zone franche" nella giustizia costituzionale italiana*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1021 e ss.

- POLANYI K., *La grande trasformazione*, Einaudi, Torino, 2010.
- POLETTI A., *Antiglobalismo. Le radici politiche ed economiche*, Il Mulino, Bologna, 2022.
- POLLIN R., *Resurrection of the Rentier*, in *New Left Review*, vol. 46, n. 4, 2007, pp. 140 e ss.
- POULANTZAS N., *L'État, le pouvoir, le socialisme*, Les Prairies ordinaires, Paris, 2013.
- POULOU A., *Austerity and European Social Rights: How Can Courts Protect Europe's Lost Generation?*, in *German Law Journal*, vol. 15, n. 6, 2014, pp. 1145 e ss.
- PRECHAL A.S., *Does Effect Direct Still Matter?*, in *Common Market Law Review*, vol. 47, n. 5, 2000, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 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, nn. 3-4, 2017, pp. 290 e ss.
- 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, pp. 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, pp. 329 e ss.
- REPETTO G., *Sovranità e costituzionalismo in Europa*, in *Pólemos*, n. 1, 2021, pp. 31 e ss.
- REPETTO G., *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Eurojus*, n. 2, 2022, pp. 312 e ss.
- REPETTO G., *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della Carta e doppia pregiudizialità*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2022, pp. 785 e ss.

- RIDEAU J., *L'adéquation des systèmes juridiques des États membres à l'appartenance de l'Union européenne*, in L. POTVIN-SOLIS (éds.), *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruylant-Larcier, 2017, Bruxelles, pp. 73 e ss.
- RIDOLA P., *La Costituzione della Repubblica di Weimar come "esperienza" e come "paradigma"*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2014, pp. 1 e ss.
- RIDOLA P., *Stato e Costituzione in Germania*, Giappichelli, Torino, 2016.
- RIDOLA P., *Il costituzionalismo e lo Stato costituzionale*, in *Nomos*, n. 2, 2018, pp. 1 e ss.
- 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, pp. 162 e ss.
- ROMAGNOLI U., *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, 2005, pp. 53 e ss.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1951.
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969.
- ROMEO G., *What's wrong with depoliticization?*, in *European Law Open*, n. 1, 2022, pp. 168 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, pp. 1 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, pp. 237 e ss.
- ROSSI L.S., *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti della seconda sentenza Poplawski*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2021.
- 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, pp. 177 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, pp. 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, pp. 1 e ss.

- RUGGERI A., *Teorie e “usi” della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2007, pp. 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 eurounitario*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2010, pp. 1 e ss.
- RUGGERI A., *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, pp. 1 e ss.
- RUGGERI A., *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario sulle questioni assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentratore 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, pp. 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, pp. 164 e ss.
- RUGGERI A., SPADARO A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2022.
- RUGGIE J.G., *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic World*, in *International Organizations*, vol. 36, n. 2, 1982, pp. 379 e ss.
- SAITTA A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996.
- SAITTA A., *Fiscal Compact tra Costituzione, Trattati e politica*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, pp. 1 e ss.
- 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, pp. 421 e ss.
- SAITTO F., *Bundesverfassungsgericht e l’Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016, pp. 23 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, pp. 88 e ss.

- SAITTO F., *Ragionando del Trattato di Maastricht come momento di “frattura”: processo di integrazione europea e trasformazioni del sistema economico*, in *Il Politico*, n. 2, 2019, pp. 138 e ss.
- SAITTO F., *La giurisdizione costituzionale nella tensione tra “legalità legale” e “legalità costituzionale”. Spunti di comparazione*, in *Percorsi costituzionali*, n. 3, 2019, pp. 947 e ss.
- SAITTO F., *L'accesso diretto alla giustizia costituzionale nella dinamica dei conflitti tra giurisdizioni nazionali e corti sovranazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 3, 2019, pp. 3 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 (a cura di), *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.
- SALAZAR C., *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2013, pp. 1 e ss.
- SALMONI F., *Le politiche di austerità e i diritti sociali nel processo di integrazione europea*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2019, pp. 153 e ss.
- SALMONI F., *Commissione Ue e ‘nuovo’ Patto di stabilità e crescita: quali altri vincoli?*, in *Federalismi.it*, n. 33, 2022, pp. iv e ss.
- SANDULLI A., *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2017.
- 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, pp. 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, pp. 1267 e ss.
- SAYDÉ A., *One Law, Two Contradictions: an Enquiry into the Contradictions of Free Movement Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 13, 2011, pp. 365 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, pp. 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, pp. 2948 e ss.
- SCACCIA G., *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in *Federalismi.it*, n. 29, 2022, pp. 135 e ss.
- SCHARPF F.W., *The joint-decision trap: lessons from German federalism and European integration*, in *Public Administration*, vol. 66, n. 3, 1988, pp. 239 e ss.
- SCHARPF F.W., *Perpetual Momentum? Directed and Unconstrained*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 19, n. 1, 2012, pp. 127 e ss.
- SCHARPF F.W., *After the Crash: a perspective on Multilevel European Democracy*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, pp. 384 e ss.
- SCHARPF F.W., *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, pp. 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, pp. 315 e ss.
- SCHMIDT S.K., *Mutual Recognition as a New Form of Governance*, in *Journal of European Public Policy*, vol. 14, n. 5, 2007, pp. 667 e ss.
- SCHMIDT V.A., *Reinterpreting the rules 'by stealth' in times of crisis: a discursive institutionalist analysis of the European Central Bank and the European Commission*, in *West European Politics*, vol. 39, n. 5, 2016, pp. 1032 e ss.
- SCHMITT C., *La Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.
- SCHMITT C., *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 211 e ss.
- SCHMITT C., *Stato forte ed economia sana*, in *Filosofia politica*, n. 1, 2019, pp. 7 e ss.
- SCHOLTES J., *Symposium - Part II - From Constitutional Pluralism to Constitutional Solipsism*, in *Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 16 ottobre 2021.
- 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, pp. 1069 e ss.

- SCIARRA S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008, pp. 245 e ss.
- SCIARRA S., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitti in tempo di crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2013, pp. 9 e ss.
- SENDEN L., *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- SILVESTRI G., *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1, 1996, pp. 55 e ss.
- SILVESTRI G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009.
- SLAUGHTER A.M., STONE SWEET A., WEILER J.H.H. (eds.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford, 1997.
- SLEDINSKA SIMON A., ZIOLKOWSKI M., *Constitutional Identity in Poland: Is the Emperor Putting On the Old Clothes of Sovereignty?*, in C. CALLISS, G. VAN DER SCHYFF (eds.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 243 e ss.
- SOMEK A., *Postconstitutional Treaty*, in *German Law Journal*, vol. 8, n. 12, 2007, pp. 1121 e ss.
- SOMEK A., *Solidarity Decomposed. Being and Time in European Citizenship*, in *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, nn. 7-13, 2007, pp. 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, pp. 1 e ss.
- SOMEK A., *What is Political Union?*, in *German Law Journal*, vol. 14, n. 5, 2013, pp. 561 e ss.
- SOMEK A., *The darling dogma of bourgeois europeanists*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 5, 2014, pp. 688 e ss.
- SOMEK A., *Europe: Political, not Cosmopolitan*, in *European Law Journal*, vol. 20, n. 2, 2014, pp. 142 e ss.
- SOMEK A., *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, in *European Law Journal*, vol. 21, n. 3, 2015, pp. 340 e ss.
- SOMEK A., WILKINSON M., *(Un)popular Sovereignty*, in *Modern Law Review*, vol. 83, n. 5, 2020, pp. 955 e ss.

- SORRENTINO F., *Brevi osservazioni sulle leggi contrastanti con norme comunitarie: incostituzionalità e/o disapplicazione?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 1977, pp. 3239 e ss.
- SORRENTINO F., *È veramente inammissibile il “doppio rinvio”?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1, 2002, pp. 781 e ss.
- SPANÒ M., *Azioni collettive, governamentalità, neoliberalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.
- SPAVENTA E., *Federalisation versus Centralisation: Tensions in Fundamental Right Discourse in the EU*, in M. DOUGAN, S. CURRIE (eds.), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 343 e ss.
- 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, pp. 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, pp. 1 e ss.
- STOLLEIS M., *Europa, comunità di diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2012, pp. 293 e ss.
- STONE SWEET A., *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2004.
- STONE SWEET A., *The Juridical Coup d’État and the Problem of Authority*, in *German Law Journal*, vol. 8, n. 10, 2007, pp. 915 e ss.
- STONE SWEET A., MATTHEWS J., *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 47, n. 72, 2008, pp. 68 e ss.
- STREECK W., *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, n. 1, 2000, pp. 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, pp. 361 e ss.
- TEGA D., *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2012.
- TEGA D., *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, 2019, pp. 615 e ss.

- TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020.
- TEGA D., *Sentenza 269 e doppia pregiudizialità nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Eurojus*, n. 2, 2022, pp. 276 e ss.
- THALER R., SUNSTEIN C.R., *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute e felicità*, Feltrinelli, Milano, 2014.
- 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, pp. 391 e ss.
- TIZZANO A., *I “neocoms” e la “scoperta” del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, n. 2, 2004, pp. 4 e ss.
- TIZZANO A., *Sui rapporti tra giurisdizioni in Europa*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, n. 1, 2019, pp. 9 e ss.
- TIZZANO A., KOKOTT J., PRECHAL S. (Comité organisateur), *50ème anniversaire de l’arrêt Van Gend en Loos: 1965-2013: actes du colloque, Luxembourg, 13 mai 2013*, 2013, in www.curia.europa.eu.
- TOOZE A., *The Death of the Central Bank Myth*, in *Foreign Policy*, 13 maggio 2020.
- TRIDIMAS T., *The European Court of Justice and Judicial Activism*, in *European Law Review*, vol. 21, n. 1996, pp. 199 e ss.
- TRIDIMAS T., *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- TRIDIMAS T., *Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, nn. 3-4, 2011, pp. 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.
- TUORI K., *The European Central Bank and the European Macroeconomic Constitution. From Ensuring Stability to Fighting Crises*, Cambridge University Press, Cambridge, 2022.
- TUORI K., TUORI K., *The Eurozone Crisis. A Constitutional Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- UTZ R., *The CJEU and the Normalisation of the Rule of Law Crisis, in Continuity and Change – How the Challenges of Today Prepare the Ground for Tomorrow – ECB Legal Conference 2021*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2022, pp. 211 e ss.

- VAN DER SCHYFF G., *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.
- 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 (éds.), *Une Europe des élites? Réflexions sur la fracture démocratique de l'Union européenne*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Brussels, 2007, pp. 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, pp. 85 e ss.
- VESAN P., *Conoscenza e apprendimento della governance europea*, in M. FERRERA, M. GIULIANI (a cura di), *Governance e politiche dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 241 e ss.
- VIGANÒ F., *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2019, pp. 481 e ss.
- VITALE G., *Il controllo di legittimità sulle Raccomandazioni dell'Unione europea*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2019, pp. 1 e ss.
- VOGLIOTTI M., *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. VI, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 263 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, pp. 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, pp. 1417 e ss.
- VON HAYEK F., *The Economic Conditions of Inter-State Federalism*, in *New Commonwealth Quarterly*, vol. 5, 1939, pp. 131 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, pp. 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, pp. 885 e ss.
- WEATHERILL S., *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, vol. 23, n. 1, 2004, pp. 1 e ss.
- WEBER M., *Economia e società, I. Teoria delle categorie sociologiche*, Milano, 1995, pp. 21 e ss.
- WEILER J.H.H., *The Community system: the dual character of supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, vol. I, n. 1, 1981, pp. 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, pp. 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, pp. 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, pp. 219 e ss.
- WEILER J.H.H., *L'Unione e gli Stati membri. Competenze e sovranità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, pp. 5 e ss.
- WEILER J.H.H., *Introduzione. Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in M. COMBA (a cura di), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Edizioni di Comunità, Torino, 2002, pp. X e ss.
- WEILER J.H.H., *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, pp. 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, pp. 22 e ss.
- WEILER J.H.H., *On the Power of the World: Europe Constitutional's Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, nn. 2-3, 2005, pp. 173 e ss.
- WEILER J.H.H., *The 'Lisbon Urteil' and the Fast Food Culture*, in *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 3, 2009, pp. 505 e ss.
- WEILER J.H.H., *Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 9, n. 1, 2011, pp. 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, pp. 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, pp. 235 e ss.
- WEILER J.H.H., *Why Weiss? The Icon Symposium: Preface*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 1, 2021, pp. 179 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 *EuLawLive*, 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, pp. 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, pp. 1049 e ss.
- WILKINSON M., *Constitutional pluralism: Chronicle of a death foretold?*, in *European Law Journal*, vol. 23, nn. 3-4, 2017, pp. 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, pp. 38 e ss.
- WILKINSON M., *Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism*, in *Critical Sociology*, vol. 45, nn. 7-8, 2019, pp. 1023 e ss.
- WILKINSON M., *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2021.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia*, Einaudi, Torino, 1997.
- ZAGREBELSKY G., PORTINARO P.P., LUTHER J. (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.
- ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale. Storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, Bologna, 2018.
- ZANON N., *Premesse ad uno studio sui "principi supremi" di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1998, pp. 1891 e ss.
- ZANON N., *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della "precisazione", contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla "grande regola" Granital-Simmenthal*, in AA.VV., *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'Unione europea, Stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali. Atti del seminario*, Roma, Palazzo della Consulta, 5 settembre 2022.
- ZEITLIN J., *Social Europe, and Experimentalist Governance: Towards a New Constitutional Compromise?*, in G. DE BÚRCA (eds.), *EU Law and the Welfare State: in Search of Solidarity*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 213 e ss.

SOMMARIO

INTRODUZIONE

1. La giustizia costituzionale nel costituzionalismo democratico sociale 9
2. La crisi del costituzionalismo democratico sociale e il processo di integrazione europea: il problema del rapporto tra giurisdizioni in Europa 13

CAPITOLO I

L'INTEGRAZIONE GIURISPRUDENZIALE EUROPEA NELLE TEORIE

1. L'integrazione giurisprudenziale europea nelle teorie: una classificazione 23
2. Le teorie "originaliste": la tesi internazionalista 32
 - 2.1. (*Segue*): Il neofunzionalismo e il *supranationalism* 38
3. Il tornante di Maastricht: la comparsa del dibattito sulla Costituzione europea 46
4. Le teorie "euro-ottimiste": il *multilevel constitutionalism* 53
 - 4.1. (*Segue*): Le teorie federali 61
 - 4.2. (*Segue*): Il pluralismo costituzionale 69
5. Le teorie "euro-critiche": il costituzionalismo difensivo e lo Stato-nazione (e il ritorno della tesi internazionalista) 76
 - 5.1. (*Segue*): La prospettiva dei conflitti 85
 - 5.2. (*Segue*): L'*Authoritarian Liberalism* 93
6. La crisi della legittimità democratica europea e i riflessi sul rapporto tra giurisdizioni 101

CAPITOLO II

I CONFLITTI TRA LEGALITÀ COSTITUZIONALE ED EUROPEA

1. Legalità costituzionale e legalità europea: due fasi e la svolta di Maastricht 109

2. Il primato, l'effetto diretto e l'autonomia del diritto europeo	115
3. Il mercato e le quattro libertà	128
4. Il principio di non discriminazione <i>vs.</i> il principio di eguaglianza (formale e sostanziale)	137
5. La libertà di impresa <i>vs.</i> gli interessi collettivo-sociali	149
6. I diritti sindacali e il mercato	162
7. L'«insostenibile leggerezza» della CDFUE e la solitudine delle Corti costituzionali	173
8. Una radicale alterità conflittuale tra le due legalità	182

CAPITOLO III IL CONFLITTO DECISIVO: L'IDENTITÀ COSTITUZIONALE

1. La problematica emergenza dei conflitti costituzionali	191
2. Prima fase: separazione e protezione dei diritti fondamentali	197
3. Interludio: la svolta di Maastricht	206
4. Seconda fase: a) interferenza e identità costituzionale	214
4.1. (<i>Segue</i>): b) Il giudizio <i>ultra vires</i> e gli effetti sulla costituzione economica europea	227
4.2. (<i>Segue</i>): c) Il nuovo corso delle tradizioni costituzionali comuni	242
5. Giurisdizioni “in panne” dopo Maastricht	255

CAPITOLO IV IL DOPPIO CUSTODE

1. Ripensare il rapporto tra giurisdizioni: una risposta ai conflitti	263
2. Primo tassello. Identità costituzionale comune ed emersione del conflitto sociale	271
3. Secondo tassello. I diritti fondamentali come «istituzioni»	279
4. Terzo tassello. Il bilanciamento in luogo dell'effetto diretto	288
5. Quarto tassello. Il ruolo delle Corti costituzionali: “portare” il conflitto sociale in Europa	298
6. Quinto tassello. Il ruolo della Corte di giustizia: “aprire” la «micro-costituzione economica europea»	309
7. Il Doppio Custode: un nuovo modello di giustizia costituzionale	316

CONCLUSIONE	323
-------------	-----

RIEPILOGO	331
-----------	-----

INDICE DELLE OPERE CITATE	339
---------------------------	-----

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'"Apokeryxis"*, 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI E., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinuncia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI E., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGOSI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOSI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI E., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULLIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.
101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.

102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustino I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., *"Ubi venus mutatur"*, 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazional-socialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI E., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.
150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.

152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTE M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem. I*, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.E., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione. Ristampa*, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia. Ristampa*, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.

194. BRIGUGLIO F., “*Fideiussoribus succurri solet*”, 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell’Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell’interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L’atto amministrativo nell’ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. BUSETTO M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LISSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L’itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L’imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell’amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L’efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l’Europa? Atti del Convegno organizzato dall’Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002)*, 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell’attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L’eutanasia in Svizzera*, 2007.
234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.

238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. *Giustizia senza confini. Studi offerti a Federico Carpi*, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI F., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'homo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., *«Proxenetā est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.
277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Ć., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.

279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multa scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. LUPOI M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. DALLARI F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. DONINI A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. NOVARO P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. MATTIOLI E., *Giustiniano, gli argentarii e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. RAFFIOTTA E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. MEDINA M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. CENTAMORE G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. CARUSO C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. BOLOGNA C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. ABIS S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
307. LEGNANI ANNICHINI A., *Avvocati indisciplinati. I procedimenti del Sindacato Fascista degli Avvocati e dei Procuratori di Bologna (1934-1942)*, 2020.
308. CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, 2020.
- 308.BIS CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. MORRONE A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. PEZZATO E., *Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstita in età tardoantica e giustiniana*, 2021.
311. MOLINARI M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra methodus docendi e mito. Έχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, 2021.
312. GUERRIERI G., LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. MORRONE A., MOCHEGANI M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. GIUPPONI T.F., ARCURI A. (a cura di), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, 2022.
315. BONETTI T., *La partecipazione strumentale*, 2022.

316. GUARNIERI E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, 2022.
317. CAVINA M., *Un inedito di Giulio Claro (1525-1575): Il «trattato di duello». Edizione dal manoscritto [Madrid] Biblioteca de San Lorenzo de El Escorial, g. II. 10*, 2022.
318. PACILLI M., *La tutela camerale tra forme e garanzie*, 2022.
319. CALCAGNILE M., *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, 2022.
320. MENGOSI P., *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione europea*, 2022.
321. TOMER A., *'Aedes sacrae' e 'edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico'. La condizione giuridica delle chiese tra ordinamento canonico e ordinamento italiano*, 2022.
322. CALETTI G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2023.
323. MULAZZANI G., *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, 2023.
324. VISCONTI A.C., *Banca centrale europea e sovranità economico-finanziaria*, 2023.
325. PEDULLÀ L., *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento*, 2023.
326. D'ANGELO G. (edited by), *Aspects of customs control practices in selected EU member states*, 2023.
327. DE PETRIS A.L., *Il principio servitus in faciendo consistere nequit e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, 2023.
328. MEDICO F., *Il Doppio Custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, 2023.

Finito di stampare nel mese di giugno 2023
per i tipi di Bologna University Press

Sin dalla nascita del costituzionalismo democratico sociale, la giustizia costituzionale ha avuto il compito di garantire una legalità costruita sulla triade “conflitto sociale-rappresentanza-diritti”. Il processo di integrazione europea spinge a riconsiderare lo studio della giustizia costituzionale come *rapporto tra giurisdizioni* e a prendere atto dell’ascesa dei conflitti tra la legalità costituzionale e quella europea, soprattutto dal Trattato di Maastricht in poi. Il volume indaga il rapporto tra le Corti costituzionali e la Corte di giustizia e l’eziologia dei conflitti costituzionali attraverso le teorie sull’integrazione giurisprudenziale europea, la diversa consistenza valoriale tra le due legalità e la comparsa del *discorso* sull’identità costituzionale nei campi della costituzione economica, della crisi della *Rule of Law* e dei diritti *a doppia tutela*. Ne risulta l’emersione di una generale crisi di legittimità democratica del progetto europeo post Maastricht, che si riflette in uno scarto storico-materiale e in un aumento dei conflitti di valore tra le due legalità nel rapporto tra le giurisdizioni. In questo scenario, si colloca la proposta di un nuovo modello di giustizia costituzionale: il Doppio Custode. Questo modello ha due obiettivi: costruire un rapporto tra giurisdizioni che garantisca una maggiore conciliabilità con l’assetto valoriale del costituzionalismo democratico sociale; aprire la strada a una democratizzazione del diritto europeo, più in linea con l’attuale fase del processo di integrazione. L’ambizione è, in questo modo, quella di contribuire a riaggiornare il nesso tra giustizia costituzionale e costituzionalismo democratico sociale nell’odierno contesto europeo. Tale proposta vuole rappresentare un *tassello* di un più ampio ripensamento dell’architettura costituzionale europea in chiave democratica e di avvicinamento del rapporto tra poteri pubblici e società nel Vecchio continente.

Francesco Medico è Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale dell’*Alma Mater Studiorum* Università di Bologna, presso la quale ha conseguito anche il Dottorato di ricerca in Diritto costituzionale. Ha svolto soggiorni di ricerca presso l’*École des Hautes Études en Sciences Sociales* di Parigi e presso l’*École Normale Supérieure* di Parigi. Per la Bononia University Press, ha curato, insieme a Corrado Caruso e Andrea Morrone, il volume collettaneo *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*.

