DIRITTO E SOCIETÀ

Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli

III serie - 1/2016

Comitato di direzione
Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile
Beniamino Caravita di Toritto
Antonio D'Atena
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo
Federico Sorrentino

Comitato scientifico
Marino Breganze
Giuseppe Caia
Paolo Carnevale
Marta Cartabia
Giuseppe de Vergottini
Pietro Giuseppe Grasso
Guido Greco
Natalino Irti
Anne-Marie Le Pourhiet
Stelio Mangiameli
Leopoldo Mazzarolli
Manlio Mazziotti
Fabio Merusi
Jorge Miranda
Giovanni Sartori
Dian Schefold
Franco Gaetano Scoca
Gaetano Silvestri
Aldo Travi

Redazione
Francesco Crisafulli
Daniele Chinni
Tatiana Guarnier

SOMMARIO 1/2016

saggi

Cesare Pinelli, *Diritto e politica costituzionale nel pensiero di Aldo M. Sandulli* 1

Stelio Mangiameli, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?* 11

Francesco Rimoli, *Dovere costituzionale di fedeltà e integrazione politica entro il paradigma funzionale dei doveri pubblici* 59

osservatorio

Valentina Capuozzo, *Il rinvio pregiudiziale nel binomio omogeneità europea e identità nazionali: recenti tendenze nella giurisprudenza e tutela dei diritti fondamentali* 85

Mario Iannella, *Condizionalità e diritti sociali: spunti dal caso portoghese* 107

attualità

Roberto Schiattarella, *Economia, etica e società* 141

recensioni

Fabio Ferrari, *Sotto il vestito niente (o quasi): e non può che essere così. Recensione a P. Faraguna, Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale, Milano, 2015* 149

SAGGI

Cesare Pinelli

DIRITTO E POLITICA COSTITUZIONALE NEL PENSIERO DI ALDO M. SANDULLI

SOMMARIO: 1. I compiti del giurista. – 2. Zone franche dai controlli giurisdizionali. – 3. Stato sociale e modalità di attuazione dei princìpi costituzionali. – 4. Stato e pluralismo. – 5. Governo e amministrazione. – 6. Una politica costituzionale.

1. *I compiti del giurista*

"Il compito del giurista non deve esaurirsi nel descrivere *quali sono attualmente* gli ordinamenti che reggono la società. È altrettanto suo dovere morale e civile di additare le carenze degli ordinamenti in vigore e gli strumenti più adatti a una società, la quale, oltre a realizzare il benessere materiale, aspiri ad esser degna di conservare o di guadagnare l'attributo di 'civile'"[1].

Dal passo citato, uno dei pochissimi in cui Sandulli affronti il tema, emerge la convinzione che sul piano prescrittivo, l'impegno del giurista nell'additare le carenze del diritto vigente e gli strumenti per superarle valga allo stesso modo di quello trasmesso dalla tradizione. A conferma di una modernità di pensiero che fu il filo conduttore delle giornate a lui dedicate in occasione del ventennale della scomparsa[2].

Passo raro, dicevo, nella sua produzione scientifica. Il fatto è che egli non amava predicare: dichiarate sobriamente le proprie convinzioni sui compiti del giurista, le portava avanti lui stesso fino in fondo con una chiarezza e una coerenza implacabili. È quanto risulta dai primi fonda-

[1] A.M. SANDULLI, *Repubblica e legalità* (1966), in *Scritti giuridici*, II, Napoli 1990, 27. Citazione del testo.

[2] Le relazioni e gli interventi sono ora raccolti in *Aldo M. Sandulli (1915-1984). Attualità del pensiero giuridico del Maestro*, Milano 2004.

mentali orditi teorici e dalla ricostruzione del diritto pubblico dell'età repubblicana, dal manuale di diritto amministrativo ai saggi sulle fonti, sulla giustizia costituzionale e sui diritti di libertà. Ma la stessa chiarezza e coerenza traspaiono da quegli scritti, fattisi via via più intensi nell'ultimo ventennio della sua vita, volti a segnalare perduranti inattuazioni della Costituzione e zone franche del sistema delle garanzie dei diritti fondamentali, o a suggerire proposte di riforma delle istituzioni politiche.

Per questi aspetti, che possiamo definire di politica costituzionale anche se l'espressione non ricorre nel suo linguaggio, la voce di Sandulli rimase poco ascoltata in sede scientifica e inascoltata in sede politica. Vi è però una differenza non da poco: mentre la stessa ammissibilità di un dibattito sulle riforme era ancora contestata, l'opera di attuazione costituzionale si andava nel frattempo realizzando per una parte significativa. La rilettura dei suoi scritti sul punto conduce dunque a instaurare una sorta di controcanto, che appare tanto più utile perché le conseguenze di quella stagione continuano a incidere sulla nostra convivenza.

2. *Zone franche dai controlli giurisdizionali*

La questione delle "zone franche" occupa Sandulli in una serie di occasioni.

Di fronte a una decisione del Consiglio di Stato del 1962 che afferma la piena cognizione del giudice amministrativo di atti del Consiglio Superiore della Magistratura presupposti di provvedimenti governativi sullo stato giuridico dei magistrati, distingue il fondamento giuridico-positivo della decisione, circa il quale esprime forti riserve per la natura non amministrativa dell'organo, dalla considerazione della "inusitata gravità della violazione di diritto sostanziale" da doversi affrontare nella specie, la quale gli fa porre "su un piano più elevato, di valutazione del sistema" l'interrogativo se sia "concepibile in uno Stato di diritto, che diritti e interessi legittimi rimangano senza tutela giurisdizionale": da qui muove, in una semplice nota, per comprendere fra le esemplificazioni di mancato rispetto dell'art. 24 Cost. non solo le situazioni soggettive dei magistrati, ma pure le conseguenze dell'esclusiva titolarità delle Camere del giudizio di ammissione dei propri componenti alla stregua dell'art. 66. E come

[3] A.M. SANDULLI, *Atti del Consiglio Superiore della Magistratura e sindacato giurisdizionale* (1963), in *Scritti giuridici*, I, cit., 251 ss.

l'eventuale affidamento a un giudice delle relative controversie "non menomerebbe affatto l'autonomia e l'indipendenza delle assemblee politiche e salvaguarderebbe in modo efficace agli aventi titolo il più importante dei diritti politici e al popolo il fondamentale diritto alla rappresentanza liberamente e legalmente scelta", così "nessuno potrebbe dubitare che l'indipendenza del Consiglio superiore della magistratura sia menomata da un controllo giurisdizionale (e perciò neutro) sulla legittimità dei suoi atti"[3].

A più riprese afferma poi l'incompletezza del sistema di accesso in via incidentale al giudizio di legittimità costituzionale, e ciò sotto un duplice profilo. Da una parte la constatazione che il conseguente difetto di cognizione della Corte sulla "generalità delle leggi dall'applicazione delle quali non possono ricevere pregiudizio diritti o interessi legittimi di soggetti giuridici, anche, se per avventura, dall'applicazione stessa possa derivare grave pregiudizio agli interessi generali e al patrimonio stesso della comunità" lo sollecita a suggerire l'azione popolare o la promozione di un giudizio da parte del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione e della Corte dei conti in sede di registrazione di atti governativi destinati a dare attuazione a leggi di dubbia costituzionalità[4].

Dall'altra parte, l'incompletezza del sistema è riferita al difetto di garanzie giurisdizionali dei diritti avverso le sentenze di ultimo grado dei giudici comuni, tanto da rendere "sommamente contraddittorio che i cittadini debbano esser protetti, nei loro diritti costituzionalmente garantiti, nei confronti del potere legislativo e non nei confronti del potere giurisdizionale, e che possano impugnare e fare annullare le leggi e non anche le sentenze che abbiano violato, con loro pregiudizio, la Costituzione": da cui il favore per la proposta di introdurre il reclamo di costituzionalità contro le sentenze di ultimo grado dei giudici comuni lesive di tali diritti, sulla scia del modello tedesco[5].

Mi parrebbe esagerato sostenere che la proposta non ebbe fortuna "anche per l'opposizione massiccia dei costituzionalisti di ieri e di oggi", che l'avrebbero avversata per la loro adesione al formalismo e al positivismo giuridico[6]. Certo è invece che per Sandulli l'esigenza di colmare le

[4] A.M. SANDULLI, *Società pluralistica e rinnovamento dello Stato* (1968), in *Scritti giuridici*, II, cit., 74-75.

[5] A.M. SANDULLI, *Rapporti tra giustizia comune e giustizia costituzionale* (1968), in *Scritti giuridici*, I, cit., 583.

[6] A. BALDASSARRE, *Aldo M. Sandulli e il diritto costituzionale*, in *Aldo M. Sandulli (1915-1984)*, cit., 88.

zone franche, anziché risolversi in un'istanza di ricostruzione sistematica, si correla ai motivi della garanzia dei diritti e della difesa di interessi della collettività in quanto supportati da princìpi costituzionali, anche a costo di ammettere limiti e inconvenienti di istituti positivamente accolti nel testo.

La stessa rappresentazione di un'alternativa fra il sacrificare un principio in nome di un istituto e l'adeguare al principio l'istituto anche in via di revisione costituzionale, è anzi già denuncia di un'incongruenza sistematica. E una volta prospettata l'alternativa, Sandulli non ha dubbi circa la strada da percorrere, in vista di una Costituzione sempre più radicata nei suoi princìpi, e corrispondentemente aperta agli adeguamenti e alle interpretazioni che tale radicamento consentano. È una visione che si alimenta peraltro della consapevolezza, frutto della lunga e meditata esperienza di giudice, che "le sentenze della Corte vengono a esplicare una vera e propria opera di integrazione e completamento dei precetti della Costituzione: opera legittimata dalla frequente esistenza in essi di formule non svolte e di formule plurivalenti"[7]. Qui la Costituzione nulla ha a che vedere con un astratto disegno normativo cui subordinare le ragioni della convivenza, ovvero – ma le due cose sono strettamente legate – con un programma compiuto e univoco da attuare una volta per tutte.

3. *Stato sociale e modalità di attuazione dei princìpi costituzionali*

Le pagine dedicate all'attuazione costituzionale riflettono lo stesso approccio. Nel 1963, premesso che "il cammino da percorrere è ancora non breve e tutt'altro che pervio", dichiara subito i suoi convincimenti:

> "Lo Stato di diritto, idealizzato e perseguito dagli uomini del Risorgimento, deve rappresentare – in una civiltà come la nostra, che dichiaratamente si ispira al rispetto dell'individuo e allo sviluppo della persona umana (art. 2 e 3 cost.), considerando l'uomo, quale che sia la sua condizione, come soggetto e non come oggetto della storia, e configurando l'organizzazione sociale come strumentale all'uomo e non l'uomo come strumentale rispetto a quella – una conquista definitiva e irrinunciabile. La conquista dello Stato sociale, che è il problema del nostro tempo, non deve esser realizzata col sacrificio dello Stato di diritto. Progresso civile, sicurezza e benessere per

[7] A.M. SANDULLI, *La Corte costituzionale*, cit., 500.

> tutti, perequazione sociale sono beni, il conseguimento dei quali può e deve compiersi senza minimamente abdicare alla civiltà del diritto e anzi perfezionandone gli strumenti. Sarebbe sommamente grave e imperdonabilmente antistorico che l'uguaglianza di fatto venisse realizzata a spese dell'uguaglianza di diritto e che il benessere materiale avesse come prezzo la rinuncia ad alcuna di quelle che la nostra costituzione definisce come libertà 'inviolabili'"[8].

Il brano consente di cogliere, anzitutto, la matrice risorgimentale del pensiero di Sandulli, che non era filtrata attraverso l'esperienza della Resistenza, come era accaduto ad altri costituzionalisti, ma per quella della guerra, e aveva perciò acquisito una valenza più nazionale che politica. Il suo sguardo sulle vicende costituzionali poteva perciò sembrare più distaccato da quello di altri (perlomeno quando non ricorrevano a un codice di riconoscimento delle appartenenze noto solo agli iniziati), laddove chiunque può cogliervi una passione civile difficilmente eguagliabile.

In secondo luogo il brano ci segnala una preoccupazione: che l'affermazione dello Stato sociale, definito "il problema del nostro tempo" e perciò da ritenersi di prossima soluzione, andasse a scapito dell'uguaglianza di diritto e dei diritti inviolabili. Perché avvertiva il rischio che la penetrazione dei pubblici poteri "in rapporti che fino a ieri – in diverse condizioni di civiltà – erano considerati dominio esclusivo dei privati" non si accompagnasse al "rispetto delle garanzie sostanziali e procedurali volute dalla costituzione e assicurate dalla legge a protezione dell'individuo"? Si trattava forse di una raccomandazione venata di nostalgia, volta a frenare uno sviluppo pur avvertito come inevitabile?

Certamente no. Lo Stato sociale era per lui inscritto nel disegno della Costituzione al pari dello Stato di diritto. Il problema non si poneva dunque sul piano dei princìpi. Né si poneva nei termini di una mera contrapposizione fra pubblici poteri e privati, dal momento che nei primi anni Sessanta egli poteva già notare gli intrecci fra gli uni e gli altri determinati dal ricorso dello Stato agli strumenti del diritto privato: "Attribuzioni di contributi economici a fondo perduto; assegnazioni di beni di produzione o di consumo; accollo totale o parziale alla finanza pubblica degli interessi su mutui; finanziamenti; scelte degli operatori privati coi quali contrattare e delle condizioni alle quali contrattare: ecco una serie di

[8] A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale, consolidando la democrazia (frammenti di idee)* (1963), in *Scritti giuridici*, II, cit., 6.

operazioni che i poteri pubblici compiono quotidianamente in proporzioni vistosissime"[9].

Il problema concerneva invece le modalità di attuazione dei princìpi costituzionali, per via di una serie di squilibri riguardanti tanto la qualità, trasparenza e democraticità dei processi decisionali, quanto la conformità delle decisioni ai princìpi di imparzialità, di garanzia del contraddittorio e di effettività della tutela giurisdizionale.

Sul primo punto Sandulli segnala la contraddizione fra il crescente ricorso alla legislazione di settore approvata dalle Commissioni in sede deliberante, fonte di spese non coordinate con le entrate e caratterizzata "da un notevole scadimento della tecnica legislativa e dalla perdita di stabilità ed omogeneità del sistema normativo", e l'allora appena varata programmazione economica nazionale[10].

Ma a preoccuparlo è soprattutto lo squilibrio relativo alla democraticità dei processi decisionali, al centro del quale colloca i partiti. Che questi siano "diventati elementi determinanti delle decisioni politiche", lo giustifica con il loro "insostituibile ruolo di intermediazione tra i singoli e lo Stato"[11]; e più tardi troverà nella pronuncia della Corte che esclude una violazione dell'art. 67 Cost. per avere molti parlamentari votato la legge impugnata in ossequio alla disciplina di partito (sent.n. 14 del 1964) la conferma che "non è in questa direzione che può trovar credito la polemica sulla partitocrazia"[12]. Senonché, è proprio per la funzione determinante acquisita dai partiti circa "le supreme scelte politiche della Nazione", che "la democrazia del regime statale rischia di ridursi a un fatto puramente formale" in assenza di una legge sulla democrazia interna dei partiti in attuazione dell'art. 49, la quale presuppone a sua volta un finanziamento pubblico "che abbia luogo alla luce del sole e non attinga a fonti estranee"[13]. Su questo squilibrio insiste altrove a più riprese, in particolare rilevando come l'assenza di strumenti giuridici volti ad assicurare che le decisioni interne ai partiti, specie tra un turno elettorale e l'altro, siano adottate secondo procedure democratiche, non consente che " si possa con sufficiente certezza affermare che il regime nel quale viviamo sia una democrazia piena e non un regime l'essenza democratica

[9] A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale*, cit., 13.

[10] A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale*, cit., 11.

[11] A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale*, cit., 7.

[12] A.M. SANDULLI, *La Corte costituzionale fattore di progresso civile* (1964), in *Scritti giuridici*, I, cit., 520.

[13] A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale*, cit., 8 ss.

del quale abbia modo di manifestarsi esclusivamente – o quasi – in occasione di plebisciti quinquennali"[14].

Quanto detto vale per i processi di deliberazione politica, ma in ordine alle decisioni delle istituzioni pubbliche è convinto che occorra "consolidare le difese della democrazia contro sé stessa", poiché "l'esperienza ha dimostrato finora che, lì dove manchino garanzie giuridiche, e in particolare garanzie giurisdizionali, i pubblici poteri non riescono a trovare in sé stessi un adeguato freno". In proposito suggerisce "un più vasto impiego dell'azione popolare sia correttiva che sostitutiva: forma di democrazia diretta, idonea a mettere i singoli componenti della collettività – e in particolare gli esponenti delle forze più consapevoli di essa – in condizione di far affermare in giudizio quei diritti e doveri dei pubblici poteri che vengano trascurati da questi e che nessun soggetto particolare avrebbe titolo a far affermare a proprio personale vantaggio"[15]. Siamo così giunti a un motivo centrale della speculazione costituzionalistica di Sandulli, che ritorna con forza ancora maggiore nel saggio sul pluralismo.

4. *Stato e pluralismo*

Qui egli si chiede "se le conquiste della democrazia – che sono e debbono essere anche e soprattutto rispetto del pluralismo e realizzazione della socialità – debbano esser conseguite, pur facendo il massimo conto dei bisogni di tutti e della voce di tutti, con la partecipazione dello Stato, o se lo Stato, esaurito il suo ciclo storico, sia diventato o stia per diventare oggetto di antiquariato, lasciando il posto a più frammentarie e labili forme di organizzazione sociale"[16]. L'onesta risposta è la seguente:

> "Chi scrive continua a ritenere che lo Stato abbia da assolvere e sia in grado di assolvere un suo fondamentale ruolo anche nella società pluralistica che dà connotazione alla nostra epoca. Ruolo sempre meno di autorità e di comando e sempre più di mediazione, di arbitrato, di coordinamento e di guida: di tale diverso ruolo possono esser considerate espressioni emblematiche i sempre più frequenti interventi conciliativi del Governo nei conflitti collettivi di lavoro, i numerosi poteri amministrativi di coordinamento e di

[14] A.M. SANDULLI, *Società pluralistica*, cit., 57.
[15] A.M. SANDULLI, *Verso lo Stato sociale*, cit., 16-17.
[16] A.M. SANDULLI, *Società pluralistica*, cit., 59.

> direzione istituiti a vario livello, l'evoluzione (che non vuol dire diminuzione) della funzione prefettizia verso compiti di coordinamento, l'allentamento dei controlli di merito sugli enti territoriali minori, e, soprattutto, la così detta pianificazione democratica. Ma quello dello Stato rimane e rimarrà pur sempre un ruolo essenziale, dato che senza di esso la comunità rischierebbe di perdere la sua coesione, mentre l'unità continua ad essere un bene irrinunciabile, presente alla coscienza degli uomini consapevoli di ogni estrazione"[17].

Anche qui, non vi è traccia di ideologia statualistica, ma la consapevolezza che il suo esaurimento non si può confondere con la conclusione del "ciclo storico" dello Stato senza riconoscere il sopravvento di "più frammentarie e labili forme di organizzazione sociale", di fatto dominate da partiti e gruppi. Più che l'invasione in quanto tale dello Stato nella sfera dei privati o la mera espansione della mano pubblica in termini quantitativi, l'avvento dello Stato sociale stava propiziando forme organizzative da un lato prive di direzione politica, anche se non per questo meno pregiudicate da ingerenze partitiche, e dall'altro sottratte a un credibile regime di controlli e di garanzie.

Per scongiurare simili tendenze, Sandulli salutava sì con favore il potenziamento delle funzioni di "mediazione, di arbitrato, di coordinamento e di guida" man mano assunte dallo Stato in corrispondenza col lento tramonto dell'ordine gerarchico, ma evidentemente lo riteneva insufficiente allo scopo. Occorreva supportare l'azione e l'organizzazione dei pubblici poteri per il tramite di nuovi canali e congegni di legittimazione popolare. Da cui il suggerimento di riprendere, con gli opportuni aggiornamenti, l'antico istituto dell'azione popolare. Da cui le non meno originali proposte in tema di rapporti fra governo e amministrazione.

5. *Governo e amministrazione*

Le tesi di Sandulli al riguardo muovono da tre punti fermi: che il principio di imparzialità presuppone la preposizione delle pubbliche amministrazioni a compiti non solo di esecuzione ma anche di decisione; che l'estensione raggiunta da tali compiti nell'epoca contemporanea rende impossibile che i ministri ne siano informati adeguatamente, con pregiudizio del buon andamento; che il collegamento istituzionale fra go-

[17] A.M. SANDULLI, *Società pluralistica*, cit., 59.

verno e maggioranza parlamentare comporta il rischio che i problemi amministrativi di pertinenza governativa vengano trattati in correlazione con interessi politici di parte[18].

Da queste premesse desume che la realizzazione dei princìpi costituzionali debba passare, oltre che attraverso il decentramento,

> "attraverso lo svincolo, al centro, dell'amministrazione dal Governo: svincolo da realizzare mediante il trasferimento, o ad organi collegiali – preferibilmente elettivi – rappresentativi, oltre che della stessa Amministrazione, delle classi degli esperti e dei centri degli interessi qualificati, ovvero ad organi burocratici, con a capo funzionari direttamente responsabili e in posizione di sufficiente indipendenza (e non di fiduciarietà, né di subordinazione gerarchica; ma è chiaro che, nel quadro dell'Amministrazione, sufficiente indipendenza, se deve significare sicurezza, non può significare assolutamente inamovibilità), di buona parte delle competenze ministeriali discrezionali, e quanto meno di tutte quelle basate sull'esercizio della discrezionalità tecnica e di una meno intensa discrezionalità amministrativa"[19].

Mi è già capitato di notare come, contrariamente a quanto talvolta si è ritenuto, la tesi dello "svincolo", così prospettata, non si lasci ricondurre a un separatismo radicale, riassumendo piuttosto il senso di un'articolata serie di congegni finalizzati all'imparziale esercizio della funzione amministrativa[20]. Aggiungo che, in tale articolazione, il punto saliente è quello della "estrazione popolare" della burocrazia. Richiamando Salvemini, osserva infatti subito dopo che "in una società non omogenea, l'istanza dell'imparzialità – che è istanza di parità, e perciò di democrazia – ha maggiori prospettive di soddisfazione (soprattutto quando siano garantiti adeguati rimedi successivi) a opera di una burocrazia di estrazione popolare – la quale, così a causa della sua formazione tecnica, come della sua estrazione, è tendenzialmente neutrale –, che ad opera di organi politici che siano espressione della maggioranza del momento"[21].

Il collegamento così instaurato fra imparzialità e democrazia equivaleva a leggere la tradizione degli Spaventa e dei Minghetti alla luce dei

[18] A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione* (1972), in *Scritti giuridici*, I, cit., 274.

[19] A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit., 278.

[20] C. PINELLI, *Art. 97 1° comma, parte II*, in *Art. 97-98. La Pubblica Amministrazione*, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1994, 199 ss., nonché *Il principio di imparzialità nel pensiero di Aldo M. Sandulli*, in *Aldo M. Sandulli*, cit., 257 ss.

[21] A.M. SANDULLI, *Governo e amministrazione*, cit., 279.

problemi posti dal diverso "ciclo storico" dello Stato inaugurato dalla Costituzione, e nello stesso tempo a disegnare la trama di un'articolazione del pubblico potere tanto aderente al tessuto pluralistico della società, quanto in grado di rispondere alle sfide del governo della complessità, non solo sociale, che già si andavano prefigurando.

Il saggio compariva nello stesso anno in cui veniva approvato il decreto sulla istituzione dei ruoli della dirigenza, dove lo svincolo dell'amministrazione dal governo si riduceva a sottrarre al ministro poteri di firma e a poco altro. Nel frattempo, nella cultura politica dominante si affacciava quella idea di partecipazione popolare ad un tempo mitica e confusa che avrebbe poi trovato largo spazio nella legislazione statale e regionale. A parte ogni considerazione sulle due vicende, è significativo che esse abbiano proceduto in parallelo, senza così toccare quei nodi scomodi che le ipotesi di riforma avanzate da Sandulli avrebbero portato a galla.

6. *Una politica costituzionale*

Dai brani riportati, e dai molti altri che si potrebbero riportare, emerge in definitiva un insieme di proposte di politica costituzionale ispirate da una elevata visione della convivenza, e al contempo abbastanza realistiche da potersi combinare e compensare l'una con l'altra. Ma esse si incentravano tutte nel limitare il potere – non solo politico, ma anche dei giudici, e, fuori dai circuiti istituzionali, dei gruppi organizzati – ogni volta che se ne potessero dimostrare gli abusi dal punto di vista dei cittadini. E tutte si scontravano, perciò, con un realismo di tutt'altro genere, in virtù del quale ogni prospettiva di cambiamento può essere accettata a condizione di accrescere le occasioni di potere, senza intaccare gli assetti consolidati. Aldo M. Sandulli ne era perfettamente consapevole, ma non rinunciò al pur solitario tentativo di raddrizzare quel legno storto.

Oggi ci si può render conto che l'interesse generale di cui parlava non era l'ipostasi di una tradizione spenta, ma coglieva in anticipo il fondo della crisi italiana: corrispondeva a concrete istanze di gran parte della società, esse sì corrispondenti a "beni pubblici", istanze già allora sacrificate dalla presa di minoranze corporate, distribuite in diversa misura fra quasi tutte le classi, dotate di plusvalore rappresentativo, insediate nei gangli vitali dei circuiti istituzionali e mediatici. Questa versione malsana del pluralismo non cessa di gravare sulla convivenza. Ne vogliamo parlare, o è troppo tardi?

SAGGI

Stelio Mangiameli

IL SISTEMA EUROPEO: DAL DIRITTO INTERNAZIONALE AL DIRITTO COSTITUZIONALE E RITORNO?

SOMMARIO: 1. L'evoluzione delle Comunità europee dai Trattati istitutivi al Trattato di Maastricht: verso lo *Staatenverbund.* – 2. La costituzionalizzazione dell'Unione europea. – 3. La *Lissabon-Urteil*: un passo indietro nel processo di integrazione europea verso la sovranità nazionale. – 4. La discussione sulla sovranità nazionale in altri Stati. – 5. I limiti del Trattato di Lisbona. – 6. La crisi e il "ritorno" alle categorie del diritto internazionale. – 7. Le proposte della dottrina per ri-catalizzare il processo di integrazione europea. – 8. Il *Blueprint* della Commissione tra sorveglianza macroeconomica e timide aperture verso un'effettiva democratizzazione dell'Unione europea. – 9. Le proposte di riforma dell'Europa: di nuovo l'idea di una Federazione europea democratica. – 10. L'Unione europea tra nuove emergenze e ritardi: la crisi normativa. – 11. La condizione europea, il limite dell'integrazione politica e la sovranità. – 12. Il tema della sovranità in Europa. – 13. Nell'incerto futuro dell'Europa: diritto internazionale o diritto costituzionale?

1. *L'evoluzione delle Comunità europee dai Trattati istitutivi al Trattato di Maastricht: verso lo* Staatenverbund

Sin dal loro apparire le Comunità europee destarono un grande interesse per tutti i giuristi europei e, in particolare, una volta definito il complesso dei Trattati europei, nel 1957, l'esperienza giudica di questi ha interessato la scienza giuridica, dando vita ad una precipua disciplina, comune agli Stati membri, che un tempo si definiva come "Diritto delle Comunità europee" (o, più semplicemente, "Diritto comunitario") e che oggi si chiama "Diritto dell'Unione europea"[1].

A prescindere dai giuristi che devono fare riferimento all'ordina-

[1] V. G. CAGGIANO, *La dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento giuridico comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, 441 ss.

mento europeo, perché questo ha adottato atti che riguardano oggetti della propria disciplina, e che perciò si occupano del diritto europeo, chi sono gli studiosi del Diritto dell'Unione europea?

La domanda pone la questione della sistematica di questo diritto e della sua precipua dommatica. Infatti, i giuristi che si occupano del diritto europeo e lo considerano l'oggetto della propria riflessione e/o attività professionale strutturano gli strumenti di conoscenza di questo.

Sin dall'inizio, un po' dappertutto in Europa e, in particolare, in Italia, sono stati gli studiosi di diritto internazionale pubblico, più versati in questa disciplina giuspubblicistica, a considerarsi gli studiosi vocati alla ricerca nel campo del diritto comunitario e questo *trend* si è manifestato per un lungo periodo[2]. In fin dei conti, le Comunità erano state costituite per opera di trattati internazionali e questi atti costituivano una fonte tipica del diritto internazionale; poco importava che la struttura delle comunità (quanto meno di quella del carbone e dell'acciaio) aveva un carattere amministrativo, secondo il modello del diritto francese.

Il fenomeno comunitario doveva considerarsi comunque privo di sostanza costituzionale, anche per il fallimento della Comunità Europea di Difesa e della Comunità Politica Europea, e sostanzialmente riconducibile a una mera forma di cooperazione economica nell'ambito del diritto internazionale[3].

Anche quando la Corte di Giustizia, alcuni anni dopo la stipula dei Trattati, affermò che la Comunità europea costituiva "un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunziato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli Stati membri, ma pure i loro cittadini"[4], la situazione degli studi e degli studiosi del diritto europeo non cambiò molto. A mo' di esempio, si consideri la giurisprudenza costituzionale italiana; quando la Corte costituzionale italiana pronunciò la sua prima sentenza, n. 14 del 1964, sul diritto comunitario, il giudice costituzionale lo trattò allo stesso modo in cui poteva essere trattato il diritto internazionale, sulla base della teoria duale di

[2] V. R QUADRI, *Articolo 5*, in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi (a cura di), *Commentario CEE*, Milano 1965; G. MORELLI, *Appunti sulla Comunità europea del carbone e dell'acciaio*, in *Riv. dir. internaz.*, 1954, 3 ss.

[3] V. S. BERTOZZI, *La Comunità Europea di Difesa: profili storici, istituzionali e giuridici*, Torino 2003.

[4] Sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, Racc., 3.

ascendenza hegeliana, mantenendo salda la distinzione tra l'ordinamento interno e quello internazionale[5].

A poco valse la circostanza che proprio su quel conflitto, attraverso una diversa via, pochi mesi dopo la Corte di Giustizia pronunciasse quella che può essere considerata una delle sue più celebri decisioni, in cui affermava l'integrazione degli ordinamenti e la prevalenza di quello europeo sul diritto degli Stati membri, asserendo che, "(…) a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato C.E.E. ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri (…) e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare"[6].

In sostanza, nonostante queste dichiarazioni sul carattere ordinamentale del diritto europeo e la stretta concorrenza tra fonti europee e fonti nazionali, le Comunità furono considerate un'organizzazione regionale di diritto internazionale e pertinenti a quest'ambito di studio.

Nello stesso anno il tedesco Walter Hallstein, primo presidente della Commissione europea, affermò che, «più che una convenzione classica di diritto internazionale pubblico, questo trattato di politiche viventi, inteso come base di istituzioni di potere, produttore di diritti e di obbligazioni per ogni cittadino, come pure per le autorità supreme degli Stati, non evochi piuttosto la Costituzione di uno Stato moderno e ci permetta in quanto cittadini di una Repubblica federale di non esitare sulla natura di questa costituzione».

Tuttavia, è ben noto che alcuni anni dopo lo stesso Hallstein vedeva ancora incompiuto questo disegno federale europeo[7] e con Delors le tesi funzionaliste europee avrebbero ripresero il loro sopravvento, almeno sino alla creazione dell'Unione europea con il Trattato di *Maastricht* del 1992, anche se il programma dell'integrazione, compresa quella monetaria, era stato tracciato tra il 1969 e il 1970.

Certamente non sono mancati approfondimenti sulle conseguenze costituzionali del processo di integrazione europea, sia in relazione alle fonti nazionali e sia, nel caso di Stati regionali/federali, con riferimento al riparto delle competenze interne e all'attuazione del diritto europeo;

[5] Su cui sia consentito rinviare al nostro *Integrazione europea e diritto costituzionale*, in *L'esperienza costituzionale europea*, Roma 2008.

[6] Sentenza Sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, Racc., 1129.

[7] V. W. HALLSTEIN, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf 1969, trad. it. *Europa Federazione incompiuta*, Milano 1970.

ma questa attenzione dei costituzionalisti non apriva ancora un diverso modo di considerare il diritto europeo.

Chi ha aperto una prospettiva costituzionale sul diritto europeo è stata la Corte di Giustizia[8]. Questa, infatti, oltre al carattere prettamente ordinamentale dei Trattati, ha assunto all'interno dell'ordinamento europeo la tutela dei diritti fondamentali. In particolare, dopo un primo rifiuto iniziale[9], la Corte[10] ha adoperato le tradizioni costituzionali comuni ricavabili dalle disposizioni costituzionali nazionali per dar vita ai principi generali dell'ordinamento europeo, il cui grado, in quel sistema delle fonti, doveva considerarsi pari a quello delle norme di diritto europeo primario (i Trattati) e, perciò, anche in grado di invalidare le norme di diritto europeo secondario (regolamenti e direttive). Questa nuova fonte del diritto europeo, peraltro, attinge anche ai "Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario"[11].

Eppure, nonostante questi segni evidenti, per un lungo periodo ancora, non venne aperto un discorso fuori dallo strumentario del diritto internazionale per le Comunità europee, per la formulazione di una dommatica europea.

Se le Comunità europee, nonostante queste affermazioni, potevano essere considerate ancora delle organizzazioni internazionali di carattere regionale, costituite come Istituzioni di scopo e sottoposte a una logica funzionalistica, secondo l'enunciazione iniziale di Robert Schuman, ciò non sarebbe stato più possibile con l'adozione dell'Atto unico europeo, nel 1986, e la formazione del "mercato interno".

Com'è noto, per l'instaurazione e il completamento del mercato interno le Istituzioni europee adottarono più di 300 atti di regolazione (regolamenti e direttive), facendo venire meno il convincimento che quello europeo riguardasse interventi in "settori limitati", piuttosto che un intervento normativo di carattere generale al quale doveva seguire una ca-

[8] G.F. MANCINI, *Il contributo della Corte di giustizia allo sviluppo della democrazia nella Comunità*, in *Riv. dir. eur.* 1972, 713 ss.; A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in in *Riv. dir. eur.* 1994, 926 ss. Nonché S.M. CARBONE, *Il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'integrazione europea*, in *www.federalismi.it*.

[9] Sentenza del 4 febbraio 1959, Causa 1/58, *Stork*, Racc., 1959, 43 ss.

[10] A partire dalla sentenza del 12 novembre 1969, Causa 29/69, *Stauder*, Racc., 1969, 420.

[11] Sentenza del 14 maggio 1974, Causa 4/73, *Nold*, Racc., 1974, 491, pt. 13.

pacità europea di fare applicare e rispettare la legislazione adottata. È a partire da questa esigenza che venne coniata, non a caso, l'espressione del "governo multilivello", che più o meno implicitamente comportava una diversa collocazione delle Istituzioni europee nei confronti degli Stati membri e dei loro governi, che trovò una prima formulazione nel sistema di governo europeo[12], già nel 1987, attraverso la "comitologia".

Al di là del dato quantitativo, si era prodotto un effetto qualitativo nell'ordinamento europeo, anche in ragione della circostanza che la competenza europea per la realizzazione del mercato interno era configurata in modo aperto, dal momento che, oltre all'ampliamento delle politiche conferite alla Comunità, il mercato interno costituiva il fondamento comune delle politiche economiche degli Stati membri con quella della Comunità medesima. A tal fine, la Comunità disponeva di nuove competenze di attribuzione, per la disciplina delle politiche, ma anche del potere generale di adozione di *misure necessarie*, onde consentire di intensificare e completare le politiche medesime[13].

In tal senso, la nozione di "mercato interno" avrebbe dovuto essere considerata una classica nozione di diritto costituzionale[14]. Non solo perché il mercato interno, attraverso tutte quelle azioni volte alla sua instaurazione, rappresentava il nucleo intorno al quale ruotava tutto il processo integrativo europeo, ossia l'elemento che spingeva all'unificazione del sistema, sulla base di quanto avvenuto nei modelli federali, quanto soprattutto per la circostanza che l'unificazione della disciplina in tutto il territorio comunitario, anche nei casi in cui la competenza comunitaria non escludeva la competenza nazionale, appariva essere la conseguenza di una norma programmatica cui accedeva una competenza teleologicamente generale.

Quando tutto questo non solo divenne evidente, ma ebbe anche una

[12] V. ancora *L'esperienza costituzionale europea*, cit., *passim*.

[13] Per una ricostruzione relativa ai poteri impliciti e alla clausola di flessibilità, v. A. ANZON, *La delimitazione delle competenze dell'Unione europea*, in *www.rivistaaic.it* nonché R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 Tce come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria,* in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo, vol. II,* Milano 2005; da ultimo S. MANGIAMELI, *Concurrent powers of the European Union and their impact on the powers of Member States*, relazione tenuta al Convegno IACFS 2014, 5-8 Novembre 2014, Città del Capo, Sudafrica, in corso di pubblicazione con l'editore Brill/Martinus Nijhoff, Leiden, Netherlands.

[14] V. S. MANGIAMELI, G. SAPUTELLI, *Instaurazione del mercato interno e attuazione delle libertà fondamentali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), in *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Vol. III, Milano 2008, 22-50.

compiuta sistemazione, nel 1992, con il Trattato di *Maastricht*, che istituiva l'Unione europea e metteva insieme metodo comunitario e metodo intergovernativo, il tema della costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo divenne dominante in Europa, merito anche della definizione di *Staatenverbund*, data al sistema europeo dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di *Maastricht*[15].

2. *La costituzionalizzazione dell'Unione europea*

L'idea della valorizzazione dell'aspetto costituzionale dell'integrazione europea, tra l'altro, si manifesta in modo peculiare nel riconoscimento nei trattati della salvaguardia dei diritti fondamentali, sin lì tutelati solo in via giurisprudenziale dal giudice comunitario, con l'art. 6 (già art. F) del Trattato UE e nel suo percorso all'interno dell'ordinamento europeo, allorquando, nel 2000, si decise di formulare una Carta dei diritti fondamentali dell'UE[16]. Quest'ultima, pur non essendo assunta in un atto giuridico vincolante, aveva un carattere ricognitivo dell'evoluzione in senso costituzionale dell'ordinamento europeo[17].

Del resto, di lì a poco, con la dichiarazione di Laeken (14-15 dicembre 2001) sul futuro dell'Unione, il movimento verso la costituzionalizzazione dell'Europa sarebbe diventato inarrestabile, per via della convocazione della Convenzione che avrebbe dovuto adottare una Costituzione per l'Europa; così, in questo lasso di tempo, una diversa schiera di giuristi si dedicò sistematicamente alla riflessione dell'ordinamento sopranazionale.

Alla domanda sull'utilizzazione di categorie costituzionalistiche, come lo stato di diritto e il principio democratico, riferite alle "comunità internazionali" – di cui si erano occupati, alla metà degli anni '60, alcuni Autori[18] – molti studiosi rispondevano in modo positivo, accostandosi al

[15] *Bundesverfassungsgericht*, 89, 155.

[16] Sull'art. 6 TUE e l'approdo alla Carta dei diritti v. S MANGIAMELI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo* (2007); ID., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* (2002), entrambi ora in *L'esperienza costituzionale europea*, Roma 2008, risp. 325 ss. e 343 ss.

[17] Su cui v. *funditus* L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, Torino 2013.

[18] V. J.H. KAISER, P. BADURA, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, in VVDStRL, Heft 23, de Gruyter, Berlino 1965.

diritto europeo con uno strumentario prettamente derivato dal diritto federale[19] e pubblicando opere, anche dotate di una certa complessità, sulla teoria della Costituzione europea[20]. In questo ambito si intensificava pure il dibattitto sul tema: "trattato" o "costituzione"[21]. In breve tempo nelle diverse e principali lingue europee uscirono manuali di "Diritto costituzionale europeo", "*Europäisches Verfassungsrecht*", "*European Constitutional Law*"[22].

L'aspetto più sorprendente di questa vicenda era che la costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo si presentava come un fenomeno tutt'altro che lineare. Infatti, senza volere negare l'importanza dell'evoluzione del sistema europeo con importanti elementi di federalismo e un'integrazione fondata sul diritto, in realtà permanevano una serie di elementi che lasciavano aperta e indeterminata la possibilità di affermare una immagine costituzionale e federale dell'Unione europea. Basti pensare, in proposito, alla mancata comunitarizzazione della politica economica, rimasta nelle mani degli Stati membri, cui era demandato anche il coordinamento; all'indebolimento della disciplina del mercato interno, con le possibilità di notifica delle deroghe da parte degli Stati che votavano contro le misure di armonizzazione dettate per il riavvicinamento della legislazione; e all'introduzione di meccanismi di integrazione tutt'altro che perspicui, come il metodo aperto di coordinamento, le regole di *soft-law*, ecc.

In questo contesto anche il Libro bianco sulla *Governance* europea[23], coevo alla Dichiarazione di Laeken, era un modo per distanziare – se non per avversare – la costituzionalizzazione del sistema europeo. Il processo di costituzionalizzazione, in un modo o nell'altro, avrebbe rafforzato la sovranità europea a discapito di quella degli Stati membri, richiesto un sistema di *government* europeo e una maggiore integrazione attraverso il diritto. Con la *governance*, che è un'espressione opposta a "governo", in-

[19] A. VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirclichkeit und Idee einer neuen Harrschaftsform*, Baden-Baden 1999.

[20] A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001; G. NICOLAYSEN, *Europarecht I. Die Europäische Integrationsverfassung*, 2. Aufl., Baden Baden 2002.

[21] V., in proposito, il confronto tra Dieter Grimm e Jürgen Habermas, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaio, J. Luther, Torino 1996.

[22] A mo' di esempio si veda A. von BOGDANDY, J. BAST (a cura di), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Springer 2009, nonché R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, Cambridge 2012.

[23] COM [2001] 428 def./2.

vece, il diritto europeo non è più stato un buon mezzo di integrazione e al suo posto sono subentrate forme di autoregolazione e co-regolazione.

Nonostante le dichiarazioni sulla carenza di contatto dei cittadini con l'Unione, le Istituzioni europee si allontanavano ancora di più, verso la determinazione di obiettivi più a lungo termine e il coordinamento delle politiche, per lasciare maggiore spazio alla sovranità nazionale. I c.d. principi della *governance* sono semplici parole, come apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia, coerenza, che di per sé – e messi assieme – non esprimono una formazione costituzionale.

Accanto a questa visione della *governance*, sulla Convenzione svolse un peso considerevole un obiettivo diverso dalla costituzionalizzazione, quello dell'allargamento dell'Unione. Mettere insieme processo costituzionale e allargamento, infatti, significò il perseguimento di obiettivi profondamente contrastanti. La costituzionalizzazione presupponeva il raggiungimento di una consolidata omogeneità e un certo grado di unificazione giuridica e richiedeva una decisione politica in grado di fondare consapevolmente un'unità più compiuta, nei poteri e nelle competenze, a livello europeo. L'allargamento, per contro, si rivolgeva a Paesi che avevano da poco riacquistato la loro autonomia e che non gradivano perderla nuovamente sia pure a favore di un soggetto come l'Unione europea, caratterizzato da un certo grado di democraticità. Per questi Paesi l'ingresso nell'Unione avrebbe significato essenzialmente il godimento dei diritti e dei vantaggi derivanti dalle libertà economiche connesse al mercato interno, seminando peraltro non poche inquietudini nelle popolazioni degli Stati che costituivano l'Unione, come la delocalizzazione delle imprese e l'arrivo di manodopera a basso costo. Una visione economicista del processo di integrazione, perciò, finì col prevalere a discapito di una impostazione politica[24].

Il prodotto della Convenzione, e cioè il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, risentiva di questa contraddizione e, se per un verso si preoccupava di introdurre alcuni visibili elementi costituzionali come i simboli, i valori e l'identità europea, per l'altro, manteneva fermo l'impianto dei precedenti Trattati, in genere con gli stessi limiti, se non con ulteriori limiti. In ogni caso, non poteva considerarsi un atto costituzionale nel vero senso del termine, quanto meno per le dimensioni; la qualcosa ha formato oggetto di ampia discussione da parte di tutti gli stu-

[24] Sulla tematica, v. G. GUZZETTA, F. BINDI (a cura di), *Lo stato dell'Unione. L'Europa d'inizio millennio fra allargamento e costituzionalizzazione*, Torino 2009.

diosi interessati, giuristi della diversa specie e politologi, sia per mostrare un certo progresso dell'idea di Costituzione europea[25], e sia soprattutto per segnalarne l'insuccesso[26].

L'insuccesso sopraggiunse con il *referendum* francese e olandese, non appena il Trattato di Roma fu sottoposto all'attenzione degli elettori di due Stati fondatori della Comunità. Eppure, il fallimento del processo di ratifica del Trattato Costituzionale e la pausa di riflessione che seguì ebbero un effetto opposto rispetto a quello che avrebbe potuto pensarsi. Infatti, l'intensità della riflessione sulla struttura federale e sulla costituzionalizzazione dell'Europa non solo non diminuì, ma anzi si incrementò ulteriormente in quegli anni[27], sia pure argomentando sulla base di un "contratto sociale europeo", fondato su una *Verfassungsverbund*[28], o di una "costituzione materiale"[29].

Si creò così una certa divaricazione tra la lettura del sistema europeo compiuta dalla scienza del diritto costituzionale, protesa a mettere in evidenza con particolare intensità i tratti costituzionali di questo, e la realtà istituzionale europea che non progrediva dal punto di vista costituzionale. Infatti, non solo non si giunse alla ratifica del Trattato di Roma, ma il quadro istituzionale europeo risultò aggravato per via dei problemi insorti dopo l'allargamento, che contrapponevano, all'ipotesi di una Unione europea che avrebbe condizionato la scena politica mondiale, una Unione tesa a stabilizzare se stessa su basi essenzialmente economiche, centrate sull'estensione del mercato interno e sulla progressiva assimilazione dei nuovi Stati membri.

Il Trattato di *Lisbona* modificò molto poco questa divaricazione tra la realtà storica e gli studi della dottrina europea[30]. Certamente era dif-

[25] A. D'Atena, *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in *Dir. Soc.*, 2009, 191 ss.

[26] V. Starace, *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, in *Dir. Un. Eu*. 2006, 9 ss.

[27] C. Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Tübingen 2010.

[28] I. Pernice, F. Mayer, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, a cura di G. Zagrebelsky, Roma-Bari 2003, 43 ss.

[29] V. H.-J. Blanke, S. Mangiameli, *Governing Europe under a Constitution. The Hard Road from the European Treaties to the European Constitutional Treaty*, Berlin-Heidelberg-New York 2006.

[30] V. I. Pernice (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform de EU ohne Verfasung?*, Nomos, Baden Baden 2008; P. Craig, *The Lisbon Treaty*, Oxford 2010; J.C. Piris, *The Lisbon Treaty*, Cambridge 2010; H.-J. Blanke, S. Mangiameli, *European Union after Lisbon*, Heidelberg 2011; A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley, *EU Law after Lisbon*, Oxford 2012.

fusa la consapevolezza che il processo costituzionale era fallito e che per un lungo periodo sarebbe stato prudente non pronunciare più la parola "costituzione" in relazione all'Unione europea. Tuttavia, era altrettanto noto che la "sostanza" del Trattato costituzionale, in un qualche modo, era stata trasfusa nel Trattato di riforma e che elementi di costituzionalizzazione del sistema europeo erano stati aggiunti, come ad esempio l'inclusione della Carta dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto primario[31].

3. *La* Lissabon-Urteil*: un passo indietro nel processo di integrazione europea verso la sovranità nazionale*

L'unica vera desacralizzazione costituzionale fu compiuta dalla Corte costituzionale tedesca con la *Lissabon-Urteil*[32]. Questa decisione perseguiva in modo evidente l'obiettivo di ridurre l'intero processo di integrazione entro il diritto internazionale e le sue categorie dualistiche, che vedono nella legge di esecuzione interna uno strumento di conformazione dell'ordinamento interno agli obblighi internazionali, i quali possono trasferire "singoli diritti di supremazia", ma non toccare la "sovranità dello Stato" espressa nella sua "identità costituzionale"[33].

Sia sufficiente ricordare che in quella sentenza il diritto europeo è stato trattato come il diritto internazionale. L'impostazione presenta delle analogie con la sentenza della Corte costituzionale italiana del 1964. Tuttavia, mentre in quel caso si poteva parlare di "errore primordiale" nella comprensione dell'ordinamento sopranazionale, nel caso della Corte costituzionale tedesca è di tutta evidenza la volontà di "ferire" il

[31] V. i diversi commentari che comparvero subito dopo: fra i molti, A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano 2014; H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Heidelberg 2013; J. SCHWARZE (a cura di), *EU-Kommentar*, Baden-Baden 2012; A. VON ARNAULD, U. HUFELD (a cura di), *Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen*, Baden-Baden 2011; K.H. FISCHER, *Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag*, Bern 2010.

[32] BVerfG, 2 BvE 2/08, 30.6.2009, paragrafi 1-421.

[33] Numerosi sono stati i commenti nella dottrina italiana ed europea. V., fra i molti, S. ALOISIO, *Il futuro dell'integrazione europea dopo il* Lissabon Urteil. *Alcune considerazioni*, in *http://www.ause.it/wp/02-2011.pdf*, nonché A. ANZON, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *www.rivistaaic.it.*

processo d'integrazione, considerandolo come "non irreversibile" e, per di più, interpretando il diritto europeo come non vincolante, "se solo in questo modo si (poteva) rimediare a una violazione dei principi fondamentali della Costituzione".

Di conseguenza, è stato ritenuto possibile un controllo di costituzionalità del diritto europeo, alla luce dei parametri dell'identità tedesca contenuti nell'art. 79, comma 3, della Legge fondamentale (par. 332), e ciò sarebbe stato considerato non in "contraddizione" con "l'obiettivo del favore per il diritto europeo, cioè con la partecipazione, costituzionalmente richiesta, della Repubblica federale di Germania alla realizzazione di un'Europa unita (preambolo, art. 23 comma 1 per. 1 Legge fondamentale)", se "in casi eccezionali, a condizioni particolari e strette, il *Bundesverfassungsgericht* dichiara inapplicabili in Germania norme di diritto dell'Unione europea" (par. 340)[34].

La sentenza fu criticata dalla dottrina tedesca che formulò perfino un appello "*Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Auswege aus dem drohenden Justizkonflikt*". Il documento fu sottoscritto da eminenti studiosi e politici tedeschi (tra i quali: Armin von Bogdandy, Christian

[34] I passi decisivi che mettono in discussione la supremazia del diritto europeo e il principio dell'effetto utile sono tutti argomentati sul principio della sovranità nazionale e costituzionale e sono i seguenti: paragrafo 339 "Der europarechtliche Anwendungsvorrang bleibt auch bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ein völkervertraglich übertragenes, demnach abgeleitetes Institut, das erst mit dem Rechtsanwendungsbefehl durch das Zustimmungsgesetz in Deutschland Rechtswirkung entfaltet. Dass das Institut des Anwendungsvorrangs nicht ausdrücklich in den Verträgen vorgesehen ist, sondern in der Frühphase der europäischen Integration durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs durch Auslegung gewonnen worden ist, ändert diesen Ableitungszusammenhang nicht. Es ist eine Konsequenz der fortbestehenden Souveränität der Mitgliedstaaten, dass jedenfalls dann, wenn es ersichtlich am konstitutiven Rechtsanwendungsbefehl mangelt, die Unanwendbarkeit eines solchen Rechtsaktes für Deutschland vom Bundesverfassungsgericht festgestellt wird. Diese Feststellung muss auch erfolgen, wenn innerhalb oder außerhalb der übertragenen Hoheitsrechte diese mit Wirkung für Deutschland so ausgeübt werden, dass eine Verletzung der durch Art. 79 Abs. 3 GG unverfügbaren und auch durch das europäische Vertragsrecht, namentlich Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon, geachteten Verfassungsidentität die Folge ist"; e paragrafo 340 "Das Grundgesetz erstrebt die Einfügung Deutschlands in die Rechtsgemeinschaft friedlicher und freiheitlicher Staaten. Es verzichtet aber nicht auf die in dem letzten Wort der deutschen Verfassung liegende Souveränität als Recht eines Volkes, über die grundlegenden Fragen der eigenen Identität konstitutiv zu entscheiden. Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht - allerdings unter Inkaufnahme entsprechender Konsequenzen im Staatenverkehr - nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist" (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421)).

Calliess, Christian Koenig, Ingolf Pernice, Christian Tomuschat) e sottolineava l'assenza nella sentenza sul Trattato di *Lisbona* del principio di cooperazione tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia, che aveva caratterizzato la scrittura della sentenza sul Trattato di *Maastricht*[35].

Mentre chiavi costituzionali di lettura del sistema europeo continuarono in modo stentato a essere portate avanti, la Corte di Giustizia faticava a limitare i danni prodotti dalla *Lissabon-Urteil*, con una serie complessa di pronunciamenti, tra il 2009 e il 2010, sul principio del primato del diritto europeo. Se – come sembra – la questione tra le due Corti venne discussa in occasione di una visita dei giudici di Lussemburgo a Karlsruhe, la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca avrebbe espresso un ripensamento solo con la *Mangold-Urteil*[36], nella quale non disapplicò il diritto europeo, come richiedeva il ricorrente, la cui interpretazione era stata disattesa dalla Corte di Giustizia[37], e optò per una c.d. interpretazione *europarechtsfreundlich*[38].

Il vero è che, mentre la Corte costituzionale tedesca proclamava il regresso del diritto europeo al diritto internazionale, tra le prassi istituzionali e la scienza del diritto costituzionale continuava a sussistere un profondo iato. L'ordinamento giuridico prodotto dal Trattato di *Lisbona* continuava a costituire solo una parte dell'intero sistema europeo; altre parti di questo, di certo non di minore importanza, non erano giuridificate secondo una logica unificata, né comportavano una autentica federalizzazione. Inoltre, lo stesso ordinamento in sé presentava delle fragilità, nelle competenze e nelle procedure legislative: le prime scritte senza una strategia che consentisse un pieno controllo delle politiche economiche, anche in relazione alla presenza della moneta unica, e senza l'instaurazione di una fiscalità europea, con un mercato interno indebolito dalla limitazione dei poteri europei e dal riconoscimento del potere di riserva degli Stati membri; le seconde estremamente farraginose, comprese le procedure di controllo della sussidiarietà e della proporzionalità, e sostanzialmente con un ruolo non preminente del Parlamento europeo.

[35] BVerfGE, 89, 155, paragrafo 109: "*Die Mitgliedstaaten haben die Europäische Union gegründet, um einen Teil ihrer Aufgaben gemeinsam wahrzunehmen und insoweit ihre Souveränität gemeinsam auszuüben*".

[36] BVerfG, 2 BvR 2661/06, 6.7.2010, in particolare paragrafi 55-71

[37] Sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold c. Helm*.

[38] Sulla giurisprudenza, qui evocata, della CGUE e sull'intera vicenda con la Corte costituzionale tedesca sia consentito rinviare al nostro *Il disegno istituzionale dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eu.* 2011, 397 ss.

Ora, una scienza del diritto costituzionale europeo, protesa alla costruzione di una dommatica del diritto dell'Unione, avrebbe dovuto evidenziare questa condizione e reclamare una riflessione dei governi degli Stati membri verso la costruzione europea. Infatti, bisognava partire dalla circostanza che i cittadini di due Stati europei avevano bocciato il processo di costituzionalizzazione dell'Europa, per la mancanza di partecipazione e di chiarezza nei processi di formazione delle decisioni giuridiche e politiche, per i conflitti che si celavano dietro questo *deficit* di democrazia e per la scelta fatta a favore dell'allargamento e a discapito dell'approfondimento[39]. Bisognava suggerire di superare i *deficit* della Comunità europea e condurre sino alla sua naturale conclusione il processo di integrazione – al limite – affermando la necessità di una nuova scrittura dei Trattati. Invece, mancarono impulsi importanti che dalla scienza giuridica dessero all'ambito della politica la capacità di correggere e ultimare il disegno europeo, partendo proprio dalla necessità di costituire un sistema politico (unificato a livello) europeo.

4. *La discussione sulla sovranità nazionale in altri Stati*

La questione della sovranità, peraltro, nel recente passato è stata discussa con riferimento al rispetto della sovranità nazionale, in relazione al processo europeo di integrazione. Essa ha avuto un lungo dibattito sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali e dei vincoli costituzionali[40], ma per entrambi questi versanti la Corte di Giustizia, prima ancora della modifica e dell'adeguamento dei Trattati europei, compreso l'inserimento della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nell'ambito del diritto primario, era pervenuta a soluzioni che, anche se non condivise del tutto dalle Corti costituzionali nazionali, riuscivano a

[39] V. in merito C. De Fiores, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona*, in *www.costituzionalismo.it*; nonché S. Mangiameli, *La Costituzione europea* (2007), in *L'esperienza costituzionale europea*, cit., 385 ss.

[40] S. Mangiameli, *Unchangeable core elements of national constitutions and the process of European integration. For a criticism to the theory of the "controlimiti" (counterlimits / Schranken-Schranken),* in *TDS*, 2010, 68-90, V. Onida, *Nuove prospettive per la giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e diritto interno. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, il 20 aprile 2007*, Milano 2008, 47-73 nonché U. Villani, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, ivi. V. il saggio di F. Balaguer, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in *www.rivistaaic.it*, in particolare 19 ss.

integrare i due ordinamenti, quello europeo e quello nazionale, anche sotto il profilo costituzionale[41].

In termini diversi, infatti, la questione della sovranità si è posta nel momento dell'adesione del Regno Unito alla Comunità europea (1972) e poi ancora al momento della ratifica del Trattato di *Maastricht* (1992), atteso che quell'ordinamento, privo – in via di principio – di una Costituzione scritta, si basa sull'identificazione della sovranità nel Parlamento e sulla supremazia del potere legislativo, con il limite che la legge del Parlamento non può porre in essere norme che privino il Parlamento medesimo di esercitare in future occasioni il medesimo potere illimitato e generale, secondo il principio della *lex posterior*, e un divieto di porre in essere leggi che deroghino al divieto precedente[42].

Così, muovendo da questa premessa, la supremazia della legge nazionale e quella del diritto europeo non potevano non entrare in contrasto direttamente, salvo a rimediare affermando che la legge del Parlamento, che adottava il Trattato e le limitazioni normative da questo derivanti, contenessero la condizione implicita che il Parlamento conservasse integro il suo potere di capovolgere la situazione. La Costituzione britannica, in tal senso, rimarrebbe "una costituzione a base consuetudinaria, e si può sostenere con ragionevole affidamento che il potere di annullamento ovvero, nel caso in questione, di unilaterale e legittima secessione dalla Comunità Europea, sussista nel quadro della costituzione del Regno Unito e sia esercitabile attraverso un Atto del Parlamento all'uopo adottato"[43]. Circostanza che si sta realizzando proprio adesso con l'approvazione da parte del Parlamento britannico del *European Union Referendum Act 2015*[44].

[41] V. in particolare sull'integrazione tra l'ordinamento europeo e quello nazionale, con riferimento anche alle fonti costituzionali degli stati membri, Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal*, in *Racc.*, 1978, I-629 ss.; quanto poi all'integrazione nel diritto europeo della salvaguardia dei diritti fondamentali cfr.: Corte di Giustizia, sentenza 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, in Racc. Uff., 1969, 419; sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, in Racc. Uff., 1970, 1125; sentenza 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, in Racc. Uff., 1974, 491; sentenza 13 dicembre 1979, causa 44/79, *Hauer*, in Racc. Uff., 1979, 3727; sentenza 13 luglio 1989, causa C-5/88, *Wachauf*, in Racc. Uff., 1989, 2609.

[42] V. W. WADE, *Sovereignty – Revolution or Evolution?*, in *Law Quarterly Review*, 112, 1996, 568 ss. e 574.

[43] V. N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty, Law, State and Nation in the European Commonwealth.* Oxford 1999; trad. it. *La sovranità in discussione, Diritto, stato e nazione nel "commonwealth" europeo*, Bologna 2003, 181.

[44] La legge contiene le disposizioni per tenere un referendum sul se il Regno Unito

Tuttavia, non solo il Regno Unito con le sue peculiarità costituzionali ha affrontato il tema della sovranità, ma anche altri Stati membri, con costituzione scritta e rigida, come la Spagna, la Francia, ecc. In altre sedi sono state ampiamente esaminate le questioni insorte in quegli ordinamenti con riferimento alle diverse disposizioni costituzionali e ai pronunciamenti dei giudici costituzionali che hanno affermato la necessità di procedere con revisioni costituzionali, prima di deliberare l'esecuzione del Trattato, o con atti di esecuzione adottati con leggi costituzionali e ciò al fine di salvaguardare il principio della sovranità nazionale[45].

Ciò che in questa sede rileva è che le procedure e i termini entro cui si sono mantenuti sinora gli Stati membri e le rispettive Corti costituzionali hanno un carattere di salvaguardia residuale della sovranità nazionale, nel senso che si consente di partecipare al processo europeo di integrazione ben consapevoli dell'incidenza sulla sovranità nazionale (perché altrimenti il ricorso alla modifica costituzionale o al procedimento aggravato?) e, tuttavia, non si riconosce che l'ordinamento europeo sia autonomamente fondato; e, in questo modo, anche se la sovranità nazionale finisce con l'essere condizionata, il tema della sovranità europea è continuamente posposto[46].

5. *I limiti del Trattato di Lisbona*

La mancata comprensione della condizione particolare in cui versava il processo europeo di integrazione da parte della scienza del diritto costituzionale è confermata anche dall'atteggiamento di questa dinanzi al Trattato di Lisbona. Essa, infatti, appariva quasi confortata dalla circostanza che il contenuto del Trattato costituzionale fosse defluito nel testo del trattato di riforma[47].

debba rimanere un membro dell'U.E. (*http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/36/pdfs/ukpga_20150036_en.pdf*).

[45] V. S. MANGIAMELI, *Unchangeable core elements of national constitutions and the process of European integration. For a criticism to the theory of the "controlimiti" (counterlimits / Schranken-Schranken),* in *TDS*, 2010, 68-90

[46] V. S. MANGIAMELI, *Article 2*, in *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, cit., 141.

[47] Secondo le indicazioni del Consiglio dell'Unione europea, 26 giugno 2007, n. 11218/07, Nota del segretariato generale del Consiglio alle delegazioni, avente a oggetto: Mandato della CIG del 2007. V. F.S. MARINI, *Il fallimento della Costituzione per l'Europa e la sopravvivenza del diritto costituzionale europeo*, in *www.federalismi.it*.

Per contro, grazie anche alla continua posposizione della questione della sovranità europea, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le Istituzioni furono abbandonate al loro percorso attuativo del Trattato tra mille contraddizioni.

La scienza del diritto costituzionale, in questo periodo, continuò il suo lavoro di analisi degli argomenti e delle tematiche costituzionali che si potevano ricavare dallo studio dei Trattati, dando per concluso il processo d'integrazione costituzionale nella sua quasi totalità. A tal riguardo si approfondì: la capacità di agire dei poteri politici europei, con la previsione della figura del Presidente del Consiglio europeo; il funzionamento della politica estera, con l'Alto rappresentante; la maggiore trasparenza dell'azione dell'Unione all'interno, grazie a un più chiaro riparto delle competenze tra Unione e Stati membri, assistito dal procedimento di controllo dei principi di sussidiarietà e proporzionalità; la realizzazione della prossimità ai cittadini europei attraverso l'incorporazione della Carta dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto primario e la disciplina più estesa della vita democratica a livello europeo.

Tuttavia, la realtà istituzionale dell'Unione mostrò da subito un diverso orientamento sulla capacità di agire politicamente nelle relazioni esterne, sia sulla trasparenza dell'azione interna e sia sulla prossimità ai cittadini. Infatti, il Presidente del Consiglio europeo non è diventato quella figura di unificazione in grado di impersonare l'Unione stessa e l'Alto rappresentante non ha costituito il punto di riferimento delle cancellerie europee per la politica estera e di sicurezza comune. Complice anche la scelta di personale politico non di primo piano, questi ruoli non hanno consentito di raggiungere l'obiettivo che si prefiggeva la Convenzione, e cioè fare assumere all'Unione un ruolo importante a livello internazionale nel mondo globalizzato.

Quanto alla trasparenza dell'azione interna, il quadro delle competenze europee è risultato profondamente inadeguato, considerando la condizione della moneta comune; all'Unione è mancata l'essenziale possibilità di governo della politica economica e la capacità fiscale. A queste manchevolezze sistematiche, come nel passato, si sono accompagnate limitazioni dettagliate dell'azione europea, contenute nei trattati, insieme alla previsione di poteri di deroga da parte degli Stati membri, che finivano con l'incidere sulla consistenza stessa del mercato interno.

Per ciò che attiene al procedimento legislativo, poi, il Trattato di *Lisbona* non compiva la parlamentarizzazione attesa e la procedura legislativa ordinaria risultava codificata solo in un numero limitato di casi. Inol-

tre, era evidente che il controllo dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, previsti dal protocollo n. 2, avrebbe aggravato il procedimento legislativo e affaticato non solo le Istituzioni europee, ma anche i Parlamenti nazionali, con risultati poco significativi.

Infine, per ciò che attiene alla prossimità delle Istituzioni, il terreno dei diritti, a prescindere dalle riserve espresse da alcuni Stati membri, è certamente quello più sicuro per determinare un sentimento di affezione e di partecipazione e per formare una democrazia sopranazionale; ma anche questa parte dell'ordinamento europeo non ha dato i frutti sperati. La crisi economica, già presente – e ampiamente sottovalutata – al momento dell'entrata in vigore del Trattato di *Lisbona* e il cui impatto nell'applicazione del diritto europeo va ben oltre la questione dei diritti, avrebbe determinato una "naturale" limitazione dei diritti e generato un sentimento di avversione all'euro e al sistema europeo. Nell'elezione del Parlamento europeo del 2014, la linea di divisione non è corsa all'interno di partiti europei, bensì tra partiti europeisti e partiti antieuropeisti.

6. *La crisi e il "ritorno" alle categorie del diritto internazionale*

Del resto, è merito della crisi economica avere ricondotto il confronto tra gli uomini delle Istituzioni e gli studiosi interessati all'Europa su un terreno nuovamente comune, anche se la condivisione delle scelte delle Istituzioni non sempre vi è stata e se l'apporto degli scienziati sociali (economisti, giuristi e politologi) non sempre è stato adeguato.

Con la crisi si assisteva a un regresso del sistema europeo dal diritto costituzionale al diritto internazionale[48]. La reazione alla crisi, infatti, scontava la forte asimmetria dei poteri non risolta dal Trattato di *Lisbona*: da un lato, la moneta unica non assistita da poteri fiscali europei; dall'altro, la politica economica interamente nelle mani degli Stati membri; e, nel mezzo, il patto di stabilità e crescita che avrebbe dovuto assicurare che le politiche di bilancio degli Stati membri avrebbero avuto una convergenza quasi naturale con effetti diretti anche sui loro debiti sovrani.

Qui lo strumentario europeo, previsto dall'art. 126 TFUE, era real-

[48] Con riguardo alla relazione tra Unione europea e crisi, v. G. GUARINO, *L'Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, in *www.costituzionalismo.it*, 3/2011, e G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost*., 1/2012.

mente molto fragile, essendo rappresentato da pareri, raccomandazioni e decisioni rivolte al singolo Stato membro; inoltre, con riferimento specifico agli Stati membri la cui moneta è l'euro, la situazione era ancora più grave, dal momento che dal novero dei poteri azionabili venivano esclusi espressamente quelli legislativi previsti dall'art. 126, para. 14 (v. art. 136 TFUE). Tant'è che fu necessario costruire una base giuridica *ad hoc* per dare fondamento a un meccanismo di stabilità della moneta e prevedere la concessione di assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo medesimo, da sottoporre a una rigorosa condizionalità[49].

È noto come da questa vicenda siano nati due Trattati, quello sul Meccanismo europeo di Stabilità e il *Fiscal Compact*, ed entrambi *a latere* dei Trattati europei, per mezzo dei quali gli stati contraenti facevano ricorso in una qualche misura alle Istituzioni europee (e particolarmente la Commissione e la Corte di Giustizia), ma i cui obblighi internazionali erano per questi esterni all'ordinamento europeo vero e proprio[50].

Occorrerebbe chiedersi il perché si sia optato per questa scelta, anziché puntare ad una ulteriore evoluzione dei Trattati europei, visto che anche questi Trattati incidevano sulla sovranità degli Stati partecipanti. In particolare, si deve sottolineare che, con il *Fiscal Compact,* una parte considerevole della sovranità, quella relativa al bilancio dello Stato, veniva messa in comune, non tanto al fine di recepire la "*regola del pareggio di bilancio*" nei loro ordinamenti giuridici nazionali, tramite disposizioni vincolanti, permanenti e preferibilmente di natura costituzionale, quanto soprattutto con la previsione dell'inserimento di clausole automatiche di correzione e con la previsione di un sistema sanzionatorio azionabile come conseguenza del mancato rispetto delle regole sul disavanzo e sul contenimento del debito, sino a prevedere delle azioni costrittive nei confronti del singolo Stato membro inadempiente.

Occorrerebbe anche chiedersi in cambio di quale comune beneficio o di quale progresso del processo di integrazione gli Stati membri abbiano accettato questo sacrificio della loro sovranità. Non si discuteva della situazione di debito di alcuni Stati, come l'Italia, la quale richiedeva certamente delle misure importanti di contenimento e controllo, e ciò a prescindere dallo stesso *Fiscal Compact*, in quanto il debito non consente

[49] Così l'art. 136, para. 3, TFUE, introdotto con Decisione del Consiglio europeo [2011/199/UE] del 25 marzo 2011.

[50] Su cui sia consentito rinviare al nostro *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere politico – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *www.rivistaaic.it*.

una crescita analoga a quella di altri Paesi. Il punto cruciale era se il *Fiscal Compact* rappresentasse un'evoluzione a livello europeo nel modo di fare la politica economica europea, rispetto alla disciplina in essere nei Trattati europei.

Senza bisogno di richiamare le disposizioni del *Fiscal Compact*[51], è agevole osservare che il quadro di coordinamento delle politiche economiche disegnato dai Trattati non solo non ne era inciso, ma anzi veniva richiamato tale e quale, accentuando i caratteri di una relazione tra Stati membri, piuttosto che una relazione tra questi e le Istituzioni europee che partecipano, appunto, alle condizioni poste dal diritto europeo. In sostanza, perciò, quella parte della sovranità nazionale ceduta, che riguardava l'autonomia del bilancio statale, non ha incrementato i poteri delle Istituzioni europee comuni e non ha rafforzato il governo europeo della politica economica. La sovranità statale, ceduta dagli Stati membri, non è stata trasferita all'entità sopranazionale e il mantenimento delle relazioni in sede di diritto internazionale comportava l'introduzione di meccanismi con cui alcuni Stati ponevano le basi di un controllo su altri Stati, senza rafforzare le Istituzioni e la democrazia europea[52].

Il regresso dal diritto costituzionale al diritto internazionale poteva essere considerato un effetto indotto dalla crisi economica e ricomponibile una volta che questa avesse allentato la stretta. Invece, nel prosieguo dell'esperienza, il Consiglio europeo non ha recuperato la funzione indicata dai Trattati, e cioè di dare gli impulsi necessari allo sviluppo dell'Unione e di definirne gli orientamenti e le priorità politiche generali (art. 15, para. 1, TUE). In questo modo l'Unione europea ha assunto una fisionomia più simile all'Europa dell'ottocento che non a quella dei Padri fondatori, caratterizzata ormai da una diarchia politica dominante e dal ruolo preponderante delle cancellerie, rispetto a quello delle Istituzioni comuni[53].

[51] Per le quali si rinvia ancora a S. MANGIAMELI, *op. ult. cit*.

[52] Su cui ancora S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale*, cit. nonché G. RIVOSECCHI, *Il governo europeo dei conti pubblici tra crisi economico-finanziaria e riflessi sul sistema delle fonti*, in *www.osservatoriosullefonti.it*.

[53] Si richiamino le parole di HENRI DE SAINT-SIMON, *Della riorganizzazione della società europea*, cit.: "Un congresso è ora riunito a Vienna: che farà? Che potrà fare? Questo cercherò di esaminare. Il ristabilire la pace fra le potenze dell'Europa col regolare le pretese di ognuna e conciliare gli interessi di tutte è lo scopo di questo congresso. Si deve sperare che questo scopo sarà raggiunto? Non lo credo ed ecco su quali ragioni io fondo questa congettura. Nessun membro del congresso sarà incaricato di considerare le cose dal punto di vista dell'interesse generale, né alcuno sarà autorizzato a farlo. Ognuno, de-

Anche di fronte alla previsione di meccanismi basati su atti legislativi europei, che davano luogo alle c.d. "nuove forme di sorveglianza europea", istituite nel novembre 2011, per fronteggiare la crisi e assicurare il rispetto del patto di stabilità e crescita, si assiste a un altro cambiamento dell'immagine dell'Unione europea.

In particolare, nel caso degli strumenti di sorveglianza, ben oltre la discussione sull'esistenza di una base giuridica nei Trattati e sul ruolo che attribuivano alla Commissione (che di fatto poteva modificare i progetti di bilancio nazionali e imporre agli Stati membri di attenersi rigorosamente ai principi indicati nel proprio parere), il sistema europeo si è trovato in una evidente contraddizione. Infatti, questi strumenti hanno consentito all'Unione, tramite la Commissione europea, di svolgere una politica di sorveglianza strettissima, imponendo agli Stati membri l'obbligo di fare tagli e di implementare programmi di stabilità finanziaria, ma non hanno permesso di realizzare politiche per la crescita.

Di fronte a questa situazione particolarmente disagiata per i cittadini europei, costretti a subire gli effetti della crisi per un periodo più lungo del previsto, per gli Stati membri e le Istituzioni europee, entrambi afflitti dall'impossibilità di praticare politiche anticicliche, sia pure per ragioni diverse, ma pur sempre riconducibili al tenore dei Trattati europei, si è manifestata un po' ovunque una certa sfiducia verso l'Europa e la moneta comune. Lo stesso processo europeo di integrazione è stato posto in discussione e forze politiche di diverso orientamento hanno trovato il loro coagulo proprio nella contestazione delle Istituzioni comuni e dell'euro, reclamando un ritorno alla sovranità nazionale. È evidente che, di fronte alla situazione di *impasse* in cui si sono posti tanto gli Stati membri, quanto le Istituzioni europee, il ritorno alla sovranità nazionale potesse costituire una via d'uscita, ma non è certamente la migliore. A parte gli alti costi da pagare nel breve periodo, infatti, è alquanto proba-

putato d'un re o d'un popolo, da lui dipendente e ricevendo tutto da lui, diritti, poteri, missione, presenterà il piano di politica particolare della potenza che egli è chiamato a rappresentare e dimostrerà che questo piano conviene agli interessi di tutti. Da ogni parte, l'interesse particolare sarà dato come misura dell'interesse generale. Volere che l'Europa sia in pace ad opera dei trattati e dei congressi è volere che un corpo sociale sussista con le convenzioni e gli accordi: dalle due parti necessita una forza coattiva che unisca la volontà, concerti i movimenti, renda gli interessi comuni e solidi gli impegni. Noi diamo mostra di un superbo disprezzo per i secoli detti del medio evo (…). E tuttavia bastava esaminare ciò che è avvenuto dopo di allora per sentire che l'equilibrio delle potenze è la combinazione più falsa che possa esser fatta, poiché la pace aveva per scopo ed ha prodotto unicamente guerre, e quali guerre!" (Libro I, Capitolo II).

bile che gli Stati nazionali da soli non sarebbero assolutamente competitivi in un'economia globale che non consente politiche protezionistiche.

7. *Le proposte della dottrina per ri-catalizzare il processo di integrazione europea*

Dalla dottrina più accorta sono arrivate due indicazioni importanti: per un verso, è stata avanzata (non era di certo la prima volta) da Jean-Claude Piris[54] l'idea di dare vita a una Europa a due velocità; per l'altro, Jürgen Habermas[55] ha ritenuto in modo consapevole di dovere puntare, per uscire dalla crisi, su una effettiva e compiuta costituzionalizzazione dell'Europa.

Piris, sulla base di dati di fatto, conseguenza del disegno tracciato dal Trattato di *Lisbona*, ha messo in evidenza come le Istituzioni non lavorino affatto bene e non siano efficienti e in grado di realizzare gli obiettivi del Trattato medesimo. Ciò doveva imputarsi al modo in cui è stato strutturato il processo decisionale, alla composizione della Commissione, che la rendeva quasi un organo intergovernativo, e alla debolezza del Parlamento europeo, dovuta alla circostanza che, per via dei limiti imposti alla sua azione, non risolveva i problemi della legittimazione democratica; inoltre, le politiche materiali dell'Unione non riuscivano ad avere il necessario successo e il mercato interno era ben lontano dall'essere stato effettivamente realizzato; infine, l'unione monetaria risultava alquanto fragile per via dei suoi squilibri interni, in quanto la moneta era gestita in modo "federale" dalla Banca Centrale Europea, mentre le politiche fiscali, di bilancio ed economica rimanevano quasi completamente nelle mani degli Stati membri. A ciò dovevano aggiungersi che le altre forme di cooperazione (difesa e materie del precedente "terzo pilastro") o non erano sufficienti, oppure progredivano in modo molto lento.

La conclusione era che il Trattato di *Lisbona* appariva già obsoleto. L'allargamento e la crisi rendevano la situazione ancora più evidente.

Il primo aveva reso completamente disomogenea l'Unione europea: gli interessi e le necessità degli Stati membri sono diventati molto differenti e, per certi aspetti, anche contraddittori, per cui le procedure, pen-

[54] V. J.-Cl. Piris, *The Future of Europe. Towards a Two-Speed EU?*, Cambridge 2012

[55] V. J. Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Berlin 2011; edizione inglese con il titolo *The crisis of the European Union. A Response*, Cambridge 2012.

sate per un novero minore di Stati e caratterizzati da una grande omogeneità, non potevano andare bene per quest'Unione vasta e disomogenea.

Per quanto riguarda la crisi, poi, le insufficienze mostrate dai Trattati non permettevano all'Unione un'azione efficace per affrontarla e mettevano continuamente in evidenza tre questioni problematiche del sistema europeo: gli squilibri dell'area euro, il *gap* politico tra l'Unione e l'opinione pubblica europea e le disfunzionalità del processo di decisione. Di conseguenza – questa l'opinione di Piris – nel prossimo futuro gli Stati membri avrebbero avuto necessità dell'Unione europea, ma questa non sarebbe stata in grado di aiutarli in modo sufficiente.

La via maestra per affrontare e risolvere la questione sarebbe stata di procedere con una revisione dei Trattati europei, che, per essere effettiva, avrebbe dovuto avere un carattere sostanziale.

Tuttavia, poiché l'opzione appariva politicamente irrealistica, Piris intraprende un percorso all'interno del sistema europeo, mettendo in evidenza le molte possibilità di differenziazione che i Trattati europei già offrivano, lì dove consentivano agli Stati membri di chiamarsi fuori e dove, invece, questi potevano usare più frequentemente le disposizioni sulle cooperazioni rafforzate. L'intero sistema europeo avrebbe potuto, in questo modo, tentare di mettersi in equilibrio per cercare di superare la crisi, realizzando un'Unione europea a due velocità.

L'espressione "Europa a due velocità" poteva avere essenzialmente due accezioni: secondo la prima, essa avrebbe rappresentato un gruppo di Stati membri che si atteggerebbe come "nocciolo duro", "avanguardia", o "pionieri" della collaborazione (ad esempio, l'area di *Schengen*), o "centro di gravità" dell'Unione (come nel caso dell'eurozona). Per l'altra accezione, invece, indicherebbe un sistema di funzionamento a "geometria variabile", flessibile e differenziato, caratterizzato dalla cooperazione volontaria degli Stati membri.

Nel pensiero di Piris, l'Unione europea a due velocità poteva essere realizzata in due modi: per un verso, attraverso le disposizioni dei Trattati; ad esempio, per l'eurozona attraverso le misure di cui all'art. 136, para. 1, TFUE, rivolte a rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio e a elaborare, per quanto li riguarda, gli orientamenti di politica economica; per l'altro verso, con la sottoscrizione di un apposito trattato di diritto internazionale, stabilendo anche procedure e organi specifici differenti da quelli previsti per l'Unione dai Trattati europei in vigore. In questo modo, avrebbero trovato soluzione adeguata i problemi dell'unione monetaria, della sicurezza, della difesa, e

delle materie del precedente "terzo pilastro" (diritto civile, diritto penale, cooperazione giudiziaria e di polizia), realizzando, come priorità assoluta, un controllo effettivo di legittimazione democratica sul sistema, attraverso un organo rappresentativo diverso dall'attuale Parlamento europeo.

Dal canto proprio, il filosofo tedesco, coadiuvato da eminenti costituzionalisti (quali Armin von Bogdandy, Claudio Franzius e Christoph Möllers), ha visto il progetto europeo in chiave intrinsecamente costituzionale – il che dal punto di vista storico ha le sue buone ragioni, soprattutto se si ripercorrono le origini e le movenze successive del sistema europeo – e, richiamandosi a Kant[56], ha posto il processo di costituzionalizzazione europea come parte di quello di costituzionalizzazione del diritto internazionale (*the European Union can be understood as an important stage along the route to a politically constituted world society*), la qualcosa storicamente è meno convincente, anche se il fondamento di entrambi queste tendenze riposano sul regime giuridico della pace, dell'uso della forza e dello *ius ad bellum*[57].

Habermas lega la costituzionalizzazione europea a un ripensamento dello Stato moderno, considerando diversamente la sfera interna e quella esterna dello Stato e la conseguente nozione di sovranità come parametro di questo dualismo hegeliano. Inoltre, egli inserisce, come elemento costitutivo di ogni forma di costituzionalizzazione, il principio della produzione democratica del diritto con tutte le conseguenti implicazioni in termini non solo di legittimità, ma anche di legittimazione, perché questo modello della giuridificazione democratica dell'esercizio dell'autorità politica ricomporrebbe anche il rapporto tra diritto e potere, come anche il senso dell'uso della forza, dal momento che la giuridificazione sviluppa non solo una razionalizzazione, ma anche una civilizzazione della forza fin tanto che priva la violenza dello Stato del suo carattere autoritario e trasforma la natura del politico in quanto tale.

Per Habermas, collocato in questo ambito il processo di integrazione europeo, la via verso una fattibilità politica della costituzionalizzazione e di un'Europa democraticamente legittimata non è affatto preclusa e il Trattato di Lisbona rappresenterebbe il completamento della parte più lunga del percorso in tale direzione.

[56] V. I. KANT, *Per la pace perpetua. La pace come destinazione etica e politica della storia dell'umanità*, Roma 2007.

[57] Sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale v. J.A. FROWEIN, *Kostitutionalisierung des Völkerrechts*, in BDGVR 39 (2000), 427 ss.

È bene precisare che nella visione del filosofo tedesco, perché si compia una vera ed efficace costituzionalizzazione dell'Europa non appare necessario che si realizzi un processo di federalizzazione totale, come quello tedesco o americano, con il trasferimento dell'uso (legittimo) della forza dagli Stati membri alla Federazione. Di conseguenza, la costituzionalizzazione può compiersi ben prima, anche se non indipendentemente, dalla federalizzazione. Essa dipenderebbe dalla rimozione del "blocco mentale" per il quale la sovranità popolare dipenderebbe dalla sovranità dello Stato.

Il pensiero procedimentale di Habermas consente di superare – rispetto all'Europa – la teoria classica dello Stato imperniata sulla sovranità di questo; anche il lato esterno della sovranità sarebbe ricondotto al principio kantiano di un'autonomia dello Stato sotto le leggi della libertà (già ripreso da Kelsen[58]). Compiuto questo passo, il sistema europeo diverrebbe comprensibile nei suoi aspetti caratteristici che apparivano contraddittori con la teoria dello Stato, come la prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale e la condivisione del potere costituente tra i cittadini dell'Unione europea e i popoli europei.

Al contempo, risolto il tema della sovranità, con la negazione della sua essenza, la critica habermasiana evidenzia i limiti entro cui la costruzione dell'Unione europea ancora si dibatte, che – con riferimento alla moneta unica – riguardano la mancata unificazione della politica economica, con mezzi adeguati, a livello europeo e – in via generale – toccano le forme in cui il Consiglio europeo agisce, e cioè senza lo strumento del diritto vincolante.

Quanto affermato da Habermas pone al centro della riflessione l'intimo legame esistente tra la costituzionalizzazione e la questione della democrazia europea, ma la tempo stesso mostra la contraddittorietà insita nel pensiero dell'Autore tra la mancata costituzionalizzazione e il modo di agire ed operare delle Istituzioni dell'Unione europea. Infatti, il processo democratico può realizzare le aspettative formulate da Habermas, in termini di legittimazione e giuridificazione dei rapporti, solo a condizione che venga collegato strettamente con il tema della sovranità (popolare) europea che, invece, viene volutamente eclissato.

[58] H. KELSEN, *Il problema della sovranità* (1920), trad. it., Milano 1989; ID., *La pace attraverso il diritto* (1944), trad. it., Torino 1990.

8. *Il* Blueprint *della Commissione tra sorveglianza macroeconomica e timide aperture verso un'effettiva democratizzazione dell'Unione europea*

La proposta definitiva della Commissione, in realtà, è stata resa nota solo alla fine di novembre 2012, con il documento intitolato: *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union. Launching a European Debate* (Commissione europea, *Un piano per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita. Avvio del dibattito europeo*, COM(2012) 777 final/2, 30.11.2012)[59].

Il documento richiamato è veramente importante perché mostra una chiara percezione da parte della Commissione, ma anche delle altre Istituzioni che hanno in questi anni elaborato le risposte alla crisi, che l'Unione europea deve essere riformata per continuare a esistere e deve diventare più democratica e politicamente più significativa degli stessi Stati nazionali che la supportano.

Le modifiche ipotizzate per adeguare i Trattati europei al grado di responsabilità finanziaria ("l'ulteriore condivisione delle prerogative finanziarie presuppone una commisurata integrazione politica") che si richiede alle Istituzioni europee sono consapevolmente ancorate al tema del trasferimento di sovranità dagli Stati membri ("il livello di responsabilità democratica deve rimanere commisurato al grado di trasferimento della sovranità dagli Stati membri all'Unione europea") e all'attribuzione della "responsabilità al livello al quale è adottata la decisone esecutiva interessata, tenendo in debito conto anche il livello su cui incide la decisione". Ciò vuol dire che se una decisione è di responsabilità europea spetta alle Istituzioni, ma, se si riflette sugli Stati membri, essa non può non considerare l'opinione di ciascuno di questi su quella decisione[60].

Ne consegue che, nell'ottica della riforma, innanzi tutto, "il Parlamento europeo ha il ruolo precipuo di garantire la legittimità democratica di tutte le decisioni prese a livello dell'Unione, in particolare dalla Commissione".

Inoltre, ineludibile appare porre le premesse per una politica fiscale (di bilancio) europea finanziata con risorse proprie derivanti da un'im-

[59] Su cui v. la scheda del Servizio studi del Senato reperibile su *https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00940028.pdf*.

[60] Per un esame dettagliato del documento si rinvia al nostro *Crisi economica e distribuzione territoriale, cit.*

posizione europea e la creazione "di una struttura analoga ad un "Tesoro" dell'UEM in seno alla Commissione", al fine di "dare una direzione politica e accrescere la responsabilità democratica", in modo che l'Unione venga posta in condizione di resistere a eventuali shock economici.

Il documento riprende anche la necessità di "favorire l'affermarsi di una vera e propria sfera politica europea", attraverso la formazione di uno statuto dei partiti politici, derivante dall'adozione di un regolamento, l'indicazione, da parte dei partiti, dei candidati alla presidenza della Commissione e la possibilità di "una serie di misure pragmatiche attuabili nell'ambito della normativa elettorale dell'Unione attualmente in vigore"[61].

Infine, esso tenderebbe a superare le asimmetrie del sistema europeo e a formulare un assetto istituzionale europeo più avanzato con capacità economiche sinora inedite. In tal senso, potrebbe esprimere un livello di collaborazione e di solidarietà tra gli Stati membri più integrato e costituirebbe un altro passo – sia pure con notevoli problematiche – verso una più compiuta democrazia "dei cittadini europei" e una parlamentarizzazione del sistema politico europeo.

Tuttavia, il limite dell'intero progetto sarebbe dato dalla tempistica con cui lo si intenderebbe realizzare. Infatti, il *Blueprint* verrebbe articolato su tre scadenze temporali: la prima si fonderebbe sul rafforzamento della politica di sorveglianza in atto (in un arco di 18 mesi); la seconda riguarderebbe la possibilità di creare una vera capacità fiscale autonoma dell'UEM per sostenere l'attuazione delle scelte politiche derivanti dal maggiore coordinamento (in un orizzonte di cinque anni); infine, la terza, più a lungo termine (oltre il 2020 ed entro il 2025), prevedrebbe la realizzazione di "un'adeguata condivisione di sovranità, responsabilità e solidarietà al livello europeo", e la formazione di "un bilancio autonomo della zona euro".

Questa impostazione è stata giustamente criticata da Jürgen Habermas che ha così scritto:

«Lo scopo evidente è quello di posticipare una revisione dei trattati fino alla fine. La Commissione accorda l'espansione della capacità di guida prioritariamente a breve e medio termine nel corso di un corrispondente ampliamento

[61] V. a riguardo C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano 2013, 201 ss.

della base di legittimazione. Così la definitiva democratizzazione è presentata come una promessa come una luce alla fine del tunnel. Democrazia sovranazionale rimane l'obiettivo a lungo termine dichiarata sulla carta. Ma rimandare la democrazia è una mossa piuttosto pericolosa. Se i vincoli economici da parte dei mercati si incontrano felicemente con la flessibilità di una tecnocrazia europea libera di fluttuare, sorge il rischio immediato che il processo di unificazione progressiva che è previsto per la democrazia, ma non dal popolo, si fermerebbe prima che l'obiettivo proclamato di riequilibrio tra i rami esecutivo e parlamentare sia raggiunto. Disaccoppiato dalla legge democraticamente approvata e senza feedback dalle dinamiche pressanti di una sfera pubblica politica mobilizzata e della società civile, alla gestione politica manca l'impulso e la forza di contenere e reindirizzare gli imperativi orientati al profitto del capitale di investimento in canali socialmente compatibili. Come possiamo osservare già oggi, le autorità avrebbero sempre più ceduto al modello neoliberista della politica. Una tecnocrazia senza radici democratiche non avrebbe la motivazione per accordare un peso sufficiente alle esigenze del corpo elettorale per una giusta distribuzione del reddito e della proprietà, per uno status di sicurezza, servizi pubblici e beni collettivi, quando questi sono in conflitto con le esigenze sistemiche per la competitività economica e la crescita»[62].

All'interessante commento si può solo aggiungere che il sistema europeo è già da tempo, anche per i ritardi nella progettazione istituzionale, in una condizione di grande difficoltà che, nelle elezioni del 2014 per il Parlamento europeo, si è riversata in un populismo antieuropeo, con coloriture politiche diverse e che tende ad unire i cittadini europei nelle mentalità euroscettiche che si vanno affermando sempre più in tutti i paesi membri.

Di conseguenza, se si vuole contrastare questa tendenza, le *élites* politiche europee (per intenderci: l'insieme dei Capi di Stato e di governo) dovrebbero compiere subito uno sforzo congiunto e solidale, perché non si può salvare l'euro in modo doloroso e costoso senza dare ai cittadini europei una autentica politica democratica. Il principio "più Europa" non può essere l'antidoto per evitare l'abbandono dell'euro, ma semmai il criterio per la formazione nel più breve tempo possibile di una compiuta democrazia europea[63].

[62] J. HABERMAS, *Democracy, Solidarity and the European Crisis*, Lecture delivered on 26 Aprile 2013 in Leuven.

[63] In tal senso, sia consentito il rinvio al nostro *The European Crisis. Interpretations and answers*, Milano 2012.

9. *Le proposte di riforma dell'Europa: di nuovo l'idea di una Federazione europea democratica*

In tal senso, muovendo dalla necessità di un riordino pressoché immediato del sistema europeo, si sono avute delle prese di posizione da parte di una serie di studiosi[64] e anche da parte di eminenti personalità politiche europee.

Tra i primi è intervenuto Martin Schulz[65], che ha bilanciato le critiche all'Europa e, in particolare, alla condotta della crisi economica da parte delle Istituzioni europee con gli scenari possibili di una fine dell'Unione europea, dal ritorno del marco, al rialzarsi delle frontiere interne, alla mancanza di autorevolezza degli Stati europei nel consesso internazionale, al ritorno di un nazionalismo esasperato in Europa. Schulz, che scrive un anno prima delle elezioni del 2014, offre una visione tutto sommato ottimistica della vicenda europea nella quale si tratta di affrontare alcune riforme entro la cornice del Trattato di Lisbona, come la fusione della carica di Presidente della Commissione con quella di Presidente del Consiglio Europeo, oppure come il riconoscimento del potere di iniziativa legislativa al Parlamento europeo e la considerazione della Commissione europea alla stregua del governo europeo.

Questa visione predica una sorta di primato della politica europea che dovrebbe essere realizzato a livello culturale, per opera di una coscienza europea da parte dei partiti nazionali, sino a fare diventare questi dei partiti europei, capaci di una azione politica unitaria e riformatrice delle Istituzioni comuni. Al centro egli pone, per un verso, il superamento del deficit democratico e la creazione di una democrazia fondata sulla divisione dei poteri più chiara e, per l'altro, la difesa del modello sociale europeo; così come una politica estera più coordinata, ma estesa alla politica di difesa comune non oltre una certa misura, e una azione di contrasto contro il capitalismo predatore internazionale.

[64] Sul punto si veda la raccolta dei contributi a cura del Parlamento europeo, Directorate General for Internal Policies, Constitutional Affairs, *Challenges of multi-tier governance in the European Union, Effectiveness, efficiency and legitimacy*, Compendium of Notes, 2013; cui *adde* l'indagine conoscitiva svolta dalla House of Lords, European Union Committee, 9th Report of Session 2013-14, *The Role of National Parliaments in the European Union*, Ordered to be printed 11 March 2014 and published 24 March 2014, by the Authority of the House of Lords, London; v. anche il volume con i contributi raccolti dalla Camera dei Lords, *Oral and Written evidence*.

[65] M. SCHULZ, *Der gefesselte Riese: Europas letzte Chance*, Die Spegel-Bestseller 2013, Trad. it. *Il gigante incatenato. Ultima opportunità per l'Europa?*, Roma 2014.

Schulz, politico tedesco con grande e lunga esperienza parlamentare europea, è stato il candidato del partito socialista europeo alla guida della Commissione per il 2014 e, dalle elezioni del nuovo Parlamento europeo, riveste la posizione di Presidente di quella Istituzione. Per quanto si sia sforzato di essere realistico e profondo e si sia servito di una immagine adatta a descrivere la realtà dell'Unione europea, quale quella del "Gigante incatenato", alla fine Schulz sembra mancare di concretezza, soprattutto alla luce delle vicende emerse con le elezioni europee del 2014. Nel caso europeo, infatti, si tratta di individuare il punto dirimente dell'intero sistema, che dà, o può dare, senso al processo di integrazione europeo, e il modo in cui il perseguimento di questo punto possa diventare desiderabile per i governi degli Stati europei.

Un importante intervento, in tale senso, si deve a Giuliano Amato[66], che ha osservato "ci siamo cacciati, noi e l'euro, in un collo di bottiglia"; la domanda è "ne usciamo all'indietro o in avanti?"; la risposta suona così: "il modo di uscire dal collo di bottiglia va trovato dall'altra parte, in avanti". Per Amato la questione riguarda essenzialmente la capacità fiscale dell'Unione europea, non a caso riprende il modello statunitense a parametro e, dopo avere ricordato il caso eccezionale della messa in comune dei debiti di guerra della Confederazione (che gravavano sulle singole colonie), richiama il ruolo del governo federale che non è quello di pagare i debiti degli Stati membri, così come questi non devono farsi carico di quelli della Federazione, bensì di riuscire a svolgere una politica anticiclica, lì dove lo Stato membro è costretto ad adottare misure di austerità; egli rileva: "se quelle misure hanno, come in genere hanno, effetti recessivi, il governo federale interviene con la sua 'capacità fiscale' per contrastarli, finanziando o promuovendo investimenti pubblici e privati e tenendo così viva l'economia". Di qui la considerazione che "proprio a questo possono servire più livelli di governo, quando si ha la fortuna di disporne: se l'uno è impegnato con l'austerità, tocca all'altro bilanciare".

La questione per Amato riguarda il processo di unificazione, "Ex pluribus unum", con il superamento della parte intergovernativa dell'Unione. Proprio pronosticando la necessità di un bilancio (capacità fiscale), però, la sua opzione iniziale è a favore della federalizzazione dell'eurozona, rispetto alla federalizzazione dell'Unione. Attorno alla federalizzazione dell'eurozona, oltre all'insistenza del mercato interno, si

[66] G. Amato, *Un amore difficile*, in G. Amato, E. Galli Della Loggia, *Europa perduta?*, Bologna 2014, 11 ss.

muoverebbero altre dimensioni europee; egli considera, "nella cornice certa del mercato comune, più gruppi integrati, con la formula magari delle cooperazioni rafforzate", e conclude: "il disegno è interessante, perché prefigura un equilibrio, ma le parti che lo compongono, per stare insieme, devono condividere i cardini del quadro istituzionale, e la questione già enunciata, quella della cornice istituzionale unica, riaffiora".

Alcuni, poi, hanno mescolato insieme le posizioni di Piris e quella di Habermas, su cui ci siamo soffermati sopra.

L'idea sarebbe quella di una costituzionalizzazione più intensa di una parte soltanto degli Stati membri che compongono l'Unione europea, attraverso un patto di federalizzazione fondato su una comune democrazia.

In tal senso, la democrazia europea sarebbe il frutto dell'azione dei governi degli Stati membri e da loro ci si aspetterebbe la scelta di fondare in modo federale l'Unione europea, di riformare le Istituzioni, dando vita ad un autentico Parlamento bicamerale con rappresentanza generale e rappresentanza territoriale degli Stati, con un governo comune e con una politica fiscale comune. Anche i debiti sovrani andrebbero posti sotto una sola amministrazione, senza che questo possa significare che si possano lucrare rendite di posizione a discapito dei paesi più virtuosi, ma semplicemente che si trovi il modo di rimediare alle condizioni di debito di determinati paesi, senza impedire o ritardare la crescita comune.

Infine, le politiche più caratterizzanti di una Federazione, come la politica estera di sicurezza e di difesa, cui si deve aggiungere la politica energetica, per le quali l'Unione Europea sinora ha compiuto solo passi limitati, vanno poste sotto l'egida del governo europeo in modo pieno.

Queste posizioni ruotano, perciò, intorno alla formazione di un nucleo fondamentale di Stati, possibilmente quelli della zona euro, che assuma la responsabilità, anche con un Trattato fondato sulla cooperazione rafforzata, secondo le previsioni dell'art. 20 TUE, di dare vita alla *prima formazione federale europea*, mostrando come possibile il *Vorhut-Nachhut-Modell* (modello avanguardia/retroguardia).

In questa prospettiva, appare necessario interrompere subito questa fase languida e incerta dell'integrazione, per la quale alcuni parlano apertamente del pericolo di un fallimento[67] e altri suggeriscono delle reazioni come ultima *chance*[68], anche se è evidente come questo progetto non

[67] J. FISCHER, *Scheitert Europa?*, Köln 2014.
[68] V. GISCARD D'ESTAING, *Europa. La dernière chance de l'Europe*, Paris 2014.

possa incontrare il favore dei 28 Stati che compongono l'Unione; basti pensare alla particolare posizione del Regno Unito. Ma non sarebbe questo l'unico inconveniente.

10. *L'Unione europea tra nuove emergenze e ritardi: la crisi normativa*

Le vicende europee sembrano andare in una direzione diversa da quella pronosticata, per la lentezza che caratterizza il dibattito europeo il quale richiede tempo per approdare a realizzazioni concrete, soprattutto se si accavallano problemi la cui urgenza richiede soluzioni improcrastinabili. Inoltre, lo stesso *Blueprint* della Commissione, che pure si è posto in un orizzonte più lungo (2020-2025) per le riforme istituzionali, soffre la congiuntura che vuole ancora vaste aree dell'Europa in recessione o con una ripresa molto modesta. Tanto è vero che la Banca Centrale Europea ha dovuto dispiegare dal marzo del 2015 misure straordinarie, rispetto a quelle già assunte in precedenza, rivolte anche all'acquisto costante e diretto dei titoli di Stato, così da contenere il debito degli Stati e i tassi di interesse (*Quantitative easing*). Tuttavia, il contenimento della discesa dei prezzi al consumo non si è avuto, almeno non nella misura sperata, e ciò nonostante il calo del costo del greggio e la svalutazione dell'euro sul dollaro, che avrebbero dovuto sostenere la produzione e, soprattutto, l'esportazione dei prodotti europei verso mercati esterni.

Nella sostanza, stenta a manifestarsi in Europa la "fiducia" dei consumatori, con fenomeni alquanto singolari e apparentemente contraddittori, come l'aumento delle sofferenze bancarie e, al contempo, quello del risparmio privato. Anche il piano di interventi straordinari annunciato dal presidente della Commissione europea non ha risollevato di molto il clima economico interno: in primo luogo, per la modestia delle somme messe a disposizione e, in secondo luogo, per la mancanza di una programmazione europea degli interventi.

Si noti che entrambe le misure richiamate, *Quantitative easing* e piano *Juncker*, si configurano come interventi di tipo federale e, in questa fase, sarebbero accompagnati anche dalle risorse del nuovo ciclo di programmazione economica (2014-2020) della politica di coesione, l'unica politica con ricadute economiche e non regolative che ha movenze federali. Eppure anche questa politica, al pari delle misure richiamate, non riesce a incidere sui dati macroeconomici dell'Unione e, in particolare, su

quelli dell'eurozona. Segno evidente che il *versante federale* dell'Unione europea da riempire è molto più grande.

La debolezza fiscale ed economica dell'Europa si è manifestata ancora di più nel caso della crisi del debito sovrano della Grecia, sia nella fase iniziale, allorquando il debito greco, per quanto grande rispetto al Pil nazionale, era di modesta entità, se rapportato al Pil dell'Unione europea, per cui è stato un errore non intervenire subito e in modo radicale, anche prescrivendo misure di condotta per lo Stato membro; e sia nella fase successiva, quando l'appartenenza della Grecia all'eurozona era posta in discussione e gli interventi di "solidarietà" fiscale, per il salvataggio greco, hanno richiesto l'imposizione di misure problematiche dal punto di vista sociale ai cittadini greci[69]. La voce dell'Unione europea è stata molto debole, rispetto a quella di alcuni Capi di Stato o di governo, che mostravano di avere interessi particolari da salvaguardare, e ha mostrato la carenza di un sistema istituzionale capace di discutere e risolvere democraticamente la questione greca[70]. L'Europa è apparsa politicamente non in grado di rispettare le idee dei padri fondatori della Comunità Economica Europea per "un'unione sempre più stretta fra i popoli europei" e al fine di assicurare, mediante un'azione comune, il progresso economico e sociale degli Stati che la costituiscono, eliminando le barriere che la dividono.

Anche il versante esterno, in questi anni recenti, ha mostrato i limiti del disegno istituzionale attuale[71]. Il lungo permanere della politica estera e di sicurezza comune, compresa quella della difesa comune, sotto l'egida del metodo intergovernativo ha decretato che la figura dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, ancorché vicepresidente della Commissione, sia rimasta una figura "sbiadita", a prescindere dalla personalità chiamata a ricoprirla. Prima le primavere arabe e, dopo, la crisi umanitaria hanno mostrato che l'Unione europea non solo non è un soggetto militare autonomo, ma neppure un soggetto diplomatico capace di interventi risolutivi[72].

[69] V. la pagina della Commissione europea dove sono raccolti i documenti dell'assistenza finanziaria alla Grecia *http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/index_en.htm.*

[70] Su cui si rinvia a G. GRASSO, *Il* referendum *greco e la questione democratica nella (ri)costruzione del soggetto politico europeo*, in *www.rivistaaic.it*.

[71] Con riguardo a tale tematica v. anche A. LANG, M. P. MARIANI (a cura di), *La politica estera dell'Unione europea. Inquadramento giuridico e prassi applicativa*, Torino 2014.

[72] V. le conclusioni della riunione del Consiglio europeo del 15 ottobre 2015 (EUCO 26/15).

In tutte queste vicende, comprese quelle più recenti degli attacchi terroristici in Europa e delle operazioni militari in Medioriente, così come già nella crisi Ucraina, l'Europa non ha espresso alcuna capacità diplomatica e le azioni militari degli Stati europei sono stati unilaterali o frutto di negoziazioni cui le Istituzioni europee non hanno partecipato, se non in modo estremamente marginale.

Peraltro, la possibilità di mantenere le fasi programmate dal *Blueprint* della Commissione e l'efficacia delle previsioni sul debito contenute nel *Fiscal compact* sembrano poste in discussione dal comportamento concludente degli Stati membri. A parte gli Stati che senza problemi continuano a non rispettare il patto di stabilità e crescita, come la Francia[73] e la Spagna[74], all'ombra della debole ripresa economica, diversi Stati, tra cui l'Italia[75], sono alla ricerca di flessibilità, per cui l'idea di realizzare – quanto meno per l'eurozona – una politica strutturale di bilancio senza deficit, al momento, sembra svanita del tutto.

Anche se i bilanci statali sono stati riempiti di clausole di salvaguardia, le diverse crisi in corso, umanitaria e militare, sono state assunte a livello europeo come delle cause giustificatrici del mancato rispetto dei vincoli di bilancio e, in questo modo, le spese relative a questi interventi sono state considerate non computabili ai fini del patto di stabilità.

Tutto ciò sta conducendo, peraltro, a un indebolimento visibile della capacità normativa dell'Unione europea, senza tenere conto che – come è stato ricordato all'inizio – proprio il diritto e la formazione di un ordinamento giuridico, cui gli Stati si sottoponevano congiuntamente, è stato lo strumento principale della costruzione europea. Si è sempre detto che in Europa vi era troppo diritto senza legittimazione diretta dei cittadini, e sulla base di questa affermazione, che voleva essere una critica, anziché procedere dal punto di vista del miglioramento della legittimazione democratica dell'integrazione giuridica, si sono implementate procedure di *soft law*[76] per arginare l'ordinamento giuridico europeo; e, nel più recente passato, si è assistito ad un fenomeno singolare, per il quale atti

[73] V. il Country Report sulla Francia del 2015 della Commissione europea, Bruxelles, 26.2.2015 SWD(2015) 29 final.

[74] V. il Country Report sulla Spagna del 2015 della Commissione europea, Bruxelles, 26.2.2015 SWD(2015) 28 final.

[75] V. il Country Report sull'Olanda del 2015 della Commissione europea, Bruxelles, 26.2.2015 SWD(2015) 31 final e CORRIGENDUM del 18.3.2015 SWD(2015) 31 final/2.

[76] V. L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford and Portland Oregon 2004.

non idonei a creare diritto (atti non fonte), dotati, però, di effetto vincolante, sono diventati la base per atti normativi. Ne deriva un sistema non più comprensibile costituzionalmente.

A questo punto sembra necessario domandarsi che cosa sia l'Unione europea, se permane l'assenza di consistenza militare, la labilità della capacità diplomatica, la mancanza di una politica fiscale e si aggiunge la crisi del modello sociale e la messa in discussione della sua potestà normativa.

11. *La condizione europea, il limite dell'integrazione politica e la sovranità*

Lo smarrimento costituzionale dell'Unione europea, sopra richiamato, porta necessariamente a ripensare, anche ricorrendo al punto di vista internazionale, la natura di questa entità; la stessa espressione di "unione" (*Verbund*), utilizzata dai trattati e valorizzata dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza *Maastricht*, appare poco adeguata in un momento in cui gli Stati membri rivendicano un potere di decisione autonomo, alzano muri ai loro confini, cercano di disattendere il diritto comune e mancano di solidarietà reciproca.

L'Europa della crescita ha sviluppato uno spirito europeo che è culminato più che in un modello organizzativo di tipo federale, nella formazione di un'"identità europea" attraverso il processo integrazione. L'Europa della crisi sta consumando l'"identità europea", agevolando le soluzioni nazionalistiche. Anche se i governi europei in maggioranza agiscono ancora in modo responsabile a livello europeo, la ricerca di soluzioni nazionali, sia pure come risposta a domande politiche nazionali, tende a diventare prevalente, in assenza di soluzioni europee efficaci, come sta accadendo con la politica delle migrazioni e le vicende connesse al Trattato di *Schengen*.

In questo contesto l'Unione europea sembra smarrire la propria identità, caratterizzata da comuni valori e principi[77], e appare come un contenitore geopolitico, *un mero contenitore di Stati* senza più una storia comune e senza il senso del percorso compiuto e con sovranità sfrangiate che cercano, nella crisi, la loro ricomposizione.

[77] V. S. MANGIAMELI, *The Union's Homogeneity and Its Common Values in the treaty on European Union*, in *The European Union after Lisbon. Constitutional Basis, economic Order and External Action*, Ed.s H.-J. Blanke, S. Mangiameli, Heidelberg 2011, 21 ss.

D'altra parte, l'Europa, assediata dall'*austerity* e dalle riforme strutturali, sembra non ricordare più che essa è stata pensata – come tante volte nella sua storia – in una visione ideale di unità politica, sia pure attraverso un modello federale, ed è stata costruita per mantenere la pace e realizzare il benessere[78].

Nasce spontaneo, a questo punto, riprendere le fila del ragionamento sui nodi politico-istituzionali prioritari che, di fatto, si pongono nel dibattito politico odierno, perché il superamento dell'attuale stato di cose per una più compiuta Federazione europea democratica non rimanga un mero auspicio o un obiettivo così a lungo termine da non essere mai realizzabile, perché nel frattempo l'Unione e l'euro corrono il rischio concreto di venire meno.

A tal proposito, però sarà bene ritornare al modello ideale del processo d'integrazione europeo, per verificare l'incompiutezza del disegno originario e le debolezze di quello attuale.

Nel saggio *The Economic Conditions of interstate Federalism* (settembre 1939) Friedrich August von Hayek[79] presentava una visione del mondo nella quale la ricerca della pace era coniugata con l'idea federale: "*Unquestionably, the main purpose of interstate federation is to secure peace*". La "nuova" domanda di pace in Europa era posta in relazione agli accadimenti di quel tempo storico e sarebbe stata ripresa – una volta finita la guerra – nel preambolo del Trattato CECA.

Tuttavia, von Hayek non si limitava a una semplice correlazione tra federalismo e pace, già ampiamente nota, a partire dall'impostazione medievale di Althusius[80], ma la ricollegava al processo economico capitalistico e al tema della libertà individuale, rispetto allo Stato; un percorso di ricerca che avrebbe proseguito in altre importanti opere[81].

Il saggio in questione, considerato il manifesto delle Comunità europee, inizia con l'affermazione che "uno dei grandi vantaggi di una Federazione interstatale sarebbe eliminare gli impedimenti per la circolazione di uomini, merci e capitali tra gli Stati e rendere possibile la creazione di

[78] Finalità già individuate a suo tempo da Altiero Spinelli nel *Manifesto di Ventotene*.

[79] Il saggio apparve in *New Commonwealth Quarterly*, V, No.2 (September, 1939), 131-149, e successivamente edito nel volume *Individualism and Economic Order*, Chicago 1948, 255-272.

[80] J. ALTHUSIUS, *La Politica. Elaborata organicamente con metodo, e illustrata con esempi sacri e profani*, a cura di C. Malandrino, Torino 2009.

[81] V. F.A. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, 1960; Id., *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica* (1973/1979), trad. it., Milano 1986.

norme comuni di diritto, un sistema monetario uniforme e un controllo comune delle comunicazioni".

Poche espressioni del pensiero umano hanno trovato un riscontro in atti di portata transnazionale, scritti da *élites* politiche statali; ma il progetto complessivo esposto nel saggio in questione non sarebbe stato seguito sino in fondo, perché anche a quel tempo l'egoismo dell'interesse particolare – come osservava Saint-Simon – prevaleva sull'ansia di unità europea[82].

Von Hayek, da economista rendeva evidente subito le relazioni economiche contenute nel suo pensiero, che si basava sulla creazione di un mercato unico ("*The Union becomes one single market*"), rispetto al quale i prezzi delle merci sarebbero stati al riparo dall'azione del singolo Stato ("*If goods, men, and money can move freely over the interstate frontiers, it becomes clearly impossible to affect the prices of the different products through action by the individual state*"); ma il progetto esposto aveva una valenza politica e costituzionale importante.

La premessa da cui si muoveva è che, "se questo obiettivo [la pace] possa essere raggiunto da un'unione meramente politica non estesa alla sfera economica, molti sarebbero probabilmente contenti di fermarsi alla creazione di un governo comune allo scopo di difesa e alla conduzione di una politica estera comune". "Vi sono, tuttavia, molte buone ragioni – osserva von Hayek – per cui tutti i piani per una Federazione interstatale includano l'unione economica e persino considerarlo come uno dei suoi obiettivi principali, perché non vi è alcun esempio storico di paesi che combinano con successo una politica estera comune e di difesa comune, senza un regime economico comune".

Nel pensiero dell'illustre economista, perciò, un governo federale è costituito dalla politica estera e di difesa, e deve possedere anche un governo federale dell'economia; "sembra abbastanza certo – diceva – che

[82] Coglie il senso del legame tra il pensiero di von Hayek e la costruzione europea, ma con una impostazione critica nei confronti del pensiero neoliberista e addebitando a questa impostazione le conseguenze della crisi europea, W. STREECK, *Gekaufte Zeit. Die vertagte Krise des demokratischen Kapitalismus*, Berlin 2013, trad. it., *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano 2013, 118 ss.; in realtà, la costruzione europea che pure prende le mosse dal pensiero dell'illustre economista, come si dirà subito oltre, per un verso lo disattende e, per l'altro, va oltre, per merito soprattutto delle Commissioni Jacques Delors, che seppero legare la prospettiva economica del mercato interno e della moneta unica alla politica sociale (c.d. "modello sociale europeo"), anche attraverso la previsione di una politica di coesione sociale. Infatti, come Delors usava dire "you don't fall in love with a single market".

l'unione politica tra Stati un tempo sovrani non sarebbe durata a lungo se non accompagnata da un'unione economica". Una conclusione conseguente anche all'esempio statunitense, dove la formazione dell'esercito della Confederazione, nella guerra contro l'Inghilterra, aveva garantito la nascita degli Stati Uniti, tanto quanto la formazione della "banca centrale"[83] e l'applicazione della "commerce clause"[84] avevano assicurato il rafforzamento dell'Unione.

Gli Stati Uniti mostrano con chiarezza che uno Stato, anche se federale, ha bisogno di un mercato e che un mercato si difende con le armi di un esercito e lo si rappresenta nel diritto internazionale con la forza di un governo.

Nel caso europeo, dopo la pace garantita dal Trattato CECA, il tentativo di costruire un'unione politica e militare è fallito ed è residuato solo il processo europeo di integrazione a livello economico.

Si è cioè proceduto all'inverso di come von Hayek aveva ipotizzato, per cui un governo solo economico, con la creazione di un mercato unico e di una moneta comune, non è stato congiunto a un governo in grado di condurre una politica estera e di difesa comune.

Questo nodo politico originario ha attraversato tutto il processo europeo di integrazione e la crisi economica lo ha con vigore posto al centro dell'attenzione dell'opinione pubblica europea, nonostante gli sforzi compiuti dalle diverse Istituzioni e, in particolare dalla BCE, per sostenere la capacità politica dell'Unione europea.

Tutti, studiosi e politici di esperienza europea, convengono, ormai, su questo punto, ma nessuno sembra spiegare come mai sia stato compiuto un simile palese errore, di separare la politica estera e di difesa comune dall'instaurazione di un mercato unico e di una moneta comune. È certamente noto il processo storico che determinò la partenza dell'esperienza europea e sono altresì noti gli sforzi compiuti per democratizzare la costruzione delle Istituzioni europee, a partire, nel 1979, dall'elezione diretta del Parlamento europeo, al fine di dare delle fondamenta più so-

[83] V. Corte Suprema, M'Culloch, v. State of Maryland et al., 17 U.S. 316 (1819).

[84] V. Corte Suprema, Gibbons v. Ogden, 22 U.S. 1 (1824) dove si legge: "Few things were better known, than the immediate causes which led to the adoption of the present Constitution; and he thought nothing clearer, than that the prevailing motive was to regulate commerce; to rescue it from the embarrassing and destructive consequences, resulting from the legislation of so many different States, and to place it under the protection of a uniform law. The great objects were commerce and revenue; and they were objects indissolubly connected".

lide alla legittimazione democratica del diritto europeo[85]. E, per quanto imperfetta sia stata quest'operazione, essa è certamente a buon punto; ragion per cui non si può assistere, senza comprenderne le ragioni profonde della crisi giuridica dell'Unione europea, alla dispersione di quella capacità di regolazione grazie alla quale la Corte di Giustizia ha parlato di una "comunità di diritto"[86].

A questo punto, per evitare il decadimento totale del sistema europeo, non si tratta solo di auspicare il superamento del metodo intergovernativo, a favore di quello comunitario, né di perfezionare il diritto parlamentare europeo, il diritto elettorale del Parlamento europeo e il procedimento legislativo ordinario; bensì di comprendere come congiungere la politica estera e di difesa comune con la politica economica e monetaria e con la capacità fiscale europea e di spiegare cosa osta a queste riforme.

12. *Il tema della sovranità in Europa*

Nel dibattito che studiosi e politici conducono sulla crisi europea c'è qualcosa di celato che non consente di chiarire il "perché" del fallimento costituzionale dell'Unione europea e il "come" di una possibile ripresa del processo europeo di integrazione. Nessun autore affronta il tema della "sovranità" e continua a perpetrare il tabù che si formò con la nascita della Comunità Economica Europea. Infatti, il limite di tutte le ricostruzioni proposte, comprese quelle che auspicano una migliore politica estera comune e una compiuta democrazia europea, sono date da un modello di governo europeo dove manca la sovranità; si auspica una costituzione o una forte democrazia europea, ma si lascia la sovranità a livello statale.

È vero che la Corte di Giustizia nella sua giurisprudenza ha affermato che gli Stati membri, sottoscrivendo i trattati europei e dando vita all'ordinamento europeo, hanno determinato «una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani» (C-6/64, Costa c/ Enel), dal momento che "istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di

[85] V. la buona ricostruzione di P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010.

[86] V. Corte di Giustizia, sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts/Parlamento*, in Racc., 1986; anche parere del 14 dicembre 1991, in Racc., 1991, I-6079, p.to 19.

personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in ispecie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi", traendo così da questa impostazione il *corollario* dell'"impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune" (principio di preminenza del diritto europeo).

Tuttavia, a prescindere dai "controlimiti" opposti dalle Corti costituzionali nazionali e per quanto il giudice europeo tenda a disconoscere, oltre la soglia dell'instaurazione dell'ordinamento sovranazionale, ogni ruolo al diritto internazionale nelle relazioni comunitarie tra Istituzioni e Stati membri (e cittadini), la sua posizione finisce con il sovrapporre trasferimento di competenza e trasferimento di sovranità. Questa impostazione finisce con il disattendere il noto insegnamento per il quale, invece, sussiste una profonda differenza tra "sovranità" e "competenza", compresa la "competenza delle competenze"[87]. In tal senso, la stessa preminenza del diritto europeo, la cui affermazione deriva da una interpretazione sistematica, non sostanzia – dopo la nota vicenda del Trattato costituzionale e la scrittura di quello di *Lisbona*[88] – una clausola di

[87] V. C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), 5. unveränderte Auflage, Berlin 1970, 385 ss.; trad. it., *Dottrina della Costituzione*, Milano 1981, 503 ss.: "La sovranità non è una competenza e nemmeno una competenza della competenza" (505).

[88] Il Trattato costituzionale era pervenuto alla decisione di formulare espressamente il principio di supremazia in una disposizione (art. I–6, Diritto dell'Unione: «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri»). La Nota del Segretariato generale del Consiglio alle delegazioni (v. Consiglio dell'Unione europea, 26 giugno 2007, n. 11218/07, Nota del segretariato generale del Consiglio alle delegazioni, avente ad oggetto: Mandato della CIG del 2007, punti 1 e 3) ha previsto che, «per quanto riguarda il primato del diritto dell'UE, la CIG adotterà una dichiarazione contenente un richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE» (la n. 17: «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza»). Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, del 22 giugno 2007, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): «Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza

supremazia dell'ordinamento europeo, su quello degli Stati membri, ma solo una conseguenza del principio di reciprocità[89]. Altrimenti detto, la preminenza del diritto europeo non determina un vincolo verticale, bensì uno di tipo orizzontale[90].

Com'è noto, il TCEE venne approvato dopo il fallimento dell'unione politica e della difesa comune, con la filosofia che la messa in comune delle economie degli Stati contraenti avrebbe generato comunque pace e libertà tra i popoli europei.

Il programma dell'unità politica non era abbandonato, ma semplicemente rinviato per tempi più maturi. Così, da questa visione prese le mosse anche la politica del processo incrementale di integrazione per la quale, con un certo gradualismo, si è cercato di riprodurre nel sistema europeo le Istituzioni-chiave della moderna democrazia politica (cittadinanza, rappresentanza, processo decisionale, ecc.) e politiche sociali che rispondessero al modo di sentire dei cittadini europei.

Il tema, su quanto sovrane fossero le Istituzioni europee, non venne considerato e trascurandolo si celava che i Trattati europei avessero potuto comunque limitare la sovranità degli Stati membri, i quali continuavano a sentirsi gli unici destinatari del potere che rende un ordinamento uno Stato. La sovranità degli Stati veniva salvaguardata dall'idea, per riprendere una frase di *Hans Peter Ipsen*[91], che essi sono i "Signori dei trattati" (*die Herren der Verträge*) e che l'ordinamento europeo era, dal punto di vista della sovranità statale, un ordinamento derivato e non originario[92].

di questa giurisprudenza consolidata (Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. *La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio del la preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia*» (corsivo ns.).

[89] Di diverso avviso J. ZILLER, *Metodo comunitario e metodo intergovernativo a confronto, nell'intrecciamento fra diritto europeo e diritto nazionale*. in P. Bilancia (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Milano 2006.

[90] V. E. DI SALVATORE, *17. Declaration Concerning Primacy*, in *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, Eds. H.J. Blanke, S. Mangiameli, Heidelberg 2013, 1761 ss.

[91] V. H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tubingen 1972, 101 e 211, il quale sottolinea che «die Mitgliedstaaten haben damit als Subjekte des Völkerrechts und als Vertragsstaaten im Sinne des Völkerrechts gehandelt und sind folglich grundsätzlich den allgemeinen Regeln des Völkerrechts unterstellt».

[92] La Corte costituzionale tedesca ha ripreso questa espressione sia nella sentenza *Maastricht*, sia in quella *Lisbona*, già sopra citate. Nella prima ha rilevato che "la Germania è uno dei 'Signori dei trattati'", che "la validità e l'applicazione del diritto europeo in

Questa impostazione, perciò, giustiziava la pretesa di chi poneva come prioritario, anche rispetto all'economia, la creazione di un governo europeo con la politica estera e la difesa comune e un pieno controllo verso l'interno nei confronti degli Stati membri.

Tuttavia, apparve da subito chiaro, soprattutto nella letteratura che cercava di definire la natura delle Comunità[93], che i Trattati avevano determinato non il trasferimento di determinate competenze da parte degli Stati membri, ma una limitazione effettiva e permanente della loro sovranità, basti pensare allo *ius belli*, e ciò in virtù di un atto politico fondativo delle Istituzioni europee, che gli Stati membri avevano assunto e su cui riposava la stessa forza giuridica dei Trattati. L'atto politico fondativo spiegherebbe, peraltro, le trasformazioni successive che le Istituzioni europee hanno subito e, rispetto ai "campi circoscritti", di cui parlava la Corte di Giustizia nel 1964, l'enorme crescita delle competenze europee a discapito di quelle nazionali[94].

La crescita del sistema organizzativo delle Comunità, l'aumento delle politiche curate normativamente, anche attraverso la clausola dei poteri impliciti, la creazione dell'Unione europea, il rilievo attribuito alle entità regionali e locali interne agli Stati membri e la previsione di una cittadinanza europea, comunque si vogliano interpretare i Trattati e i singoli cambiamenti, presuppongono a monte un potere che trascende il semplice "obbligo" nascente da un accordo di diritto internazionale.

Perché, allora, continuare a tacere la questione della sovranità europea?

Nel caso di fondazione di una Federazione la questione della sovranità è centrale e ineludibile.

Se si ripercorre il dibattito costituzionale statunitense, il tema della sovranità degli Stati membri o della Federazione appare centrale, già a

Germania deriva dall'ordine di esecuzione contenuto nella legge di approvazione che regola l'applicazione del diritto" e che "la Germania mantiene perciò la qualità di uno Stato sovrano derivante dal suo ordinamento e lo status di eguaglianza sovrana con gli altri Stati, nel senso dell'articolo 2 numero 1 della Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945" (BVerfGE, 89, 155, Rn. 112). Nella *Lissabon Urteil* il richiamo alla sovranità è stato fortemente accentuato. Inoltre, il riferimento a questa è servito ad accentuare il carattere meramente derivato del diritto dei trattati europei ("La 'costituzione dell'Europa', cioè il diritto dei trattati internazionali ossia le fonti primarie, restano un ordinamento di base derivato. Essa fonda un'autonomia sovrastatuale di portata certamente ampia nella prassi politica quotidiana, ma pur sempre oggettivamente limitata") (231) (BVerfGE 123, 267).

[93] V., ad es., H. P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972, nonché U. Leanza, *Natura giuridica, organi ed atti delle Comunità europee*, Napoli 1972.

[94] V. il nostro *Integrazione europea e diritto costituzionale*, in *L'esperienza costituzionale europea*, Roma 2008, 11 ss.

partire dalle carte del Federalista, con l'idea della "dual Sovereignty" o della "shared Sovereignty" come effetto della distribuzione della competenza sulla base del principio di enumerazione federale (c.d. federalismo duale)[95].

All'inizio, peraltro, si riteneva che l'essenza del federalismo risiedesse sulla sovranità degli Stati membri che delegavano determinati poteri alla Federazione per i quali si poteva parlare, perciò, di sovranità di quest'ultima, limitatamente ai poteri delegati[96].

Così, per un lungo periodo, nonostante il processo di unificazione sia stato forte sin dall'entrata in vigore della Costituzione federale, negli Stati Uniti si è continuato a pensare che la sovranità federale riposasse su quella degli Stati membri. A tal riguardo sono note le posizioni di John C. Calhoun, il quale sostenne persino il potere degli Stati di "nullificare" la legge federale, quando già il governo centrale veniva chiamato "nazionale" e non più "federale"[97]. La questione divenne rilevante in relazione alle tariffe doganali, che favorivano gli Stati manifatturieri del nord, a discapito di quelli agricoli del sud, ma assunse subito una rilevanza costituzionale generale sul tema della sovranità. Infatti, di fronte al conflitto di interessi tra gli Stati e basandosi sulla differenza tra *a federal or cosolidated government*, si negava "the right of Congress to use the fiscal power, either in imposing taxes, or appropriating money, to promote any objects but those specified in the constitution (…) by superseding the sovereignty of the States, and extending the power of the federal government to all cases whatsoever; and that, the effect of consolidation would be to transform our federal system into a monarchy". Conseguentemente si asseriva che "the several States, which formed that instrument (the constitution), being sovereign and independent, have the unquestionable right to judge of its infraction; and that a nullification, by those sover-

[95] Nel *Federalista* n. 45 Madison scrisse: "The powers delegated to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite. The former will be exercised principally on external objects, as war, peace, negotiation and foreign commerce… The powers reserved to the several States will extend to all the objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties and properties of the people, and the internal order, improvement and prosperity of the State".

[96] V. ancora il *Federalista* nn. 41 e 45.

[97] Per quanto possa sembrare ardita la comparazione questa posizione sulla nullificazione della legge federale, di recente è stata formulata, quasi alla stessa maniera, dalla *Lissabon Urteil*, nel caso del diritto europeo considerato incompatibile con l'ordinamento tedesco (v. *supra* nota 25).

eignties, of all unconstitutional acts, done under color of that instrument, is the rightful remedy"[98].

Com'è noto, questa impostazione non ha avuto grande seguito nella dottrina costituzionale statunitense, soprattutto dopo la guerra civile, che determinò la completa unificazione politica e la supremazia dell'ordinamento federale su quello degli Stati membri. La stessa teoria della "dual Sovereignty" ha finito con l'essere poco più di un'espressione incidentale di qualche *dissent opinion* in alcune sentenze della Corte Suprema, la cui giurisprudenza ha costantemente sviluppato e rafforzato la sovranità e i poteri del governo nazionale[99], secondo una interpretazione anch'essa deducibile dalle carte del Federalista (n. 33)[100].

Dal punto di vista costituzionale così si è consolidato il "principio del federalismo", per il quale il *government of the Nation* "è diviso tra due serie di sovrani: uno nazionale e l'altro statale. Ciascuna serie può operare con pieno dominio entro la sfera ad essa assegnata"[101]. Pur tuttavia, questo approccio è stato tradotto concretamente in un indirizzo interpretativo della costituzione che ha consentito ai poteri federali di largheggiare e considerare integralmente residuali i poteri degli Stati membri, affermando che «il governo nazionale è un governo "limitato" nel senso che può esercitare solo quei poteri garantitigli dalla Costituzione, mentre

[98] J.C. CALHOUN, *A Discourse on the Constitution and Government of the United States* (1851), Gloucester (United Kingdom) 2010, 164-165.

[99] V. Supreme Court, *Gonzales v. Raich*, 545 US 1 (2005); *United States v. Morrison*, 529 US 598 (2000); *United States v. Lopez*, 514 US 549 (1995); *Wickard v. Filburn*, 317 US 111 (1942).

[100] V. Nel Federalist n. 33 Hamilton afferma: "If a number of political societies enter into a larger political society, the laws which the latter may enact, pursuant to the powers intrusted to it by its constitution, must necessarily be supreme over those societies, and the individuals of whom they are composed. It would otherwise be a mere treaty, dependent on the good faith of the parties, and not a goverment, which is only another word for *political power and supremacy*. But it will not follow from this doctrine that acts of the large society which are *not pursuant* to its constitutional powers, but which are invasions of the residuary authorities of the smaller societies, will become the supreme law of the land. These will be merely acts of usurpation, and will deserve to be treated as such. Hence we perceive that the clause which declares the supremacy of the laws of the Union, like the one we have just before considered, only declares a truth, which flows immediately and necessarily from the institution of a federal government. It will not, I presume, have escaped observation, that it *expressly* confines this supremacy to laws made *pursuant to the constitution*; which I mention merely as an instance of caution in the convention; since that limitation would have been to be understood, though it had not been expressed".

[101] V. CHR.N. MAY, A. IDES, *Constitutional Law National Power and Federalism*, New York 2010, 264.

gli Stati, essendo *government of "reserved" powers*, possono esercitare quei poteri che non sono stati garantiti al governo nazionale o altrimenti negati a questo» e in questo contesto lo stesso X emendamento rappresenterebbe un truismo sulla residualità dei poteri degli Stati[102].

In Europa il compromesso su cui si fondava la questione della sovranità europea, dopo il fallimento dell'unione politica e della difesa comune e la nascita della Comunità Economica Europea, era di tacere appunto il problema. La migliore formulazione di questo principio la si deve a *Hans Peter Ipsen*, secondo la quale, chi si attiene agli aspetti positivi del processo di integrazione europea può rinunciare a rispondere alla questione della sovranità, "*denn angesichts der Realität der Vergemeinschaftung ist sie keine Frage mehr*"[103].

Ipsen recuperava un insegnamento importante della dottrina tedesca sul contratto federale, il quale prevedrebbe il c.d. "dualismo di esistenza politica", derivante dall'intreccio di coesione federale e di unità politica, con la sussistenza di una molteplicità di Stati, e cioè di un pluralismo di singole unità politiche, che può mantenersi in vita con un equilibrio che consente alla Federazione e agli Stati membri di continuare ad esistere, in quanto tali[104].

In ragione di ciò si afferma che "è proprio dell'essenza della Federazione il fatto che la questione della sovranità rimanga sempre aperta fra Federazione e Stati membri, finché la Federazione in quanto tale esiste accanto agli Stati membri in quanto tali", atteso che "né la Federazione nei confronti dello Stato membro né lo Stato membro nei confronti della Federazione svolge la parte del sovrano"[105].

La tesi è alquanto suggestiva e rimandava, più che al federalismo della Costituzione di Weimar, a quello della Costituzione guglielmina del 1871, dove i vincoli federali si fondavano su un complesso di principi, tra cui quello monarchico, che potevano assicurare (come storicamente accadde, almeno sino alla prima guerra mondiale) l'unità della Federazione (*rectius*: del *Reich*); mentre con il federalismo della Costituzione di Weimar si realizzò una maggiore unificazione attraverso ben altri strumenti.

[102] V. CHR.N. MAY, A. IDES, *Constitutional Law National Power and Federalism*, cit., 265.

[103] H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, cit., 227 ss., che continua „Darin läge dann der Beitrag der Gemeinschaftsrechtslehre zur Souveränitätskritik" (233).

[104] V. C. SCHMITT, *La dottrina della Costituzione*, cit., 486.

[105] C. SCHMITT, *La dottrina della Costituzione*, cit., 486 e 494. Si badi che l'accezione in *Schmitt* adopera il termine "Federazione" supera lo schema logico della distinzione tra Confederazione di Stati e Stato federale (v. 477).

Basti pensare alle vicende interpretative dei poteri di emergenza previsti dall'art. 48 di questa costituzione[106].

Il trasferimento della tesi schmittiana sull'esperienza delle Comunità, accanto agli Stati membri, ha rappresentato una soluzione del problema sino a quando i risvolti dell'integrazione rimanevano contenuti entro determinati confini e non appare più sufficiente ai giorni nostri nel momento in cui l'Unione europea e la moneta unica, l'euro, sono costrette ad affrontare le turbolenze finanziarie, la crisi dei debiti sovrani degli Stati membri, le migrazioni di grandi masse di popolazione, il fenomeno del terrorismo e le guerre in terre vicine.

La circostanza, perciò, che il tema della sovranità europea sia stato continuamente posposto, preferendo cioè non discuterla *ex professo*, ma procedendo concretamente nel processo europeo di integrazione, ha comportato un crescente logoramento dell'Unione europea e una crescente insoddisfazione da parte dei cittadini europei.

13. *Nell'incerto futuro dell'Europa: diritto internazionale o diritto costituzionale?*

Da questa situazione si giunge, così, a un punto nel quale, per un verso, non è più sufficiente la limitata sovranità normativa, sottoposta al controllo della Corte di Giustizia, e, per l'altro, le Istituzioni europee, in determinati campi (politica estera e di difesa comune, politica fiscale, politica monetaria ed economica, ecc.), non hanno il potere di agire efficacemente e di svolgere un compito positivo di unificazione e salvaguardia degli interessi europei; infine, gli Stati membri, risultando in una qualche misura limitata la loro sfera di autodeterminazione, quando agiscono, anche nei campi non occupati dalle Istituzioni europee, non riescono a conseguire la salvaguardia dei loro interessi nazionali.

In un modo o nell'altro, il problema non riguarda il riparto delle competenze e, di per sé, neppure il modo di operare dell'Unione europea (metodo intergovernativo, metodo comunitario, azione tramite agenzie europee), ma il tema "sotterraneo" della sovranità tra Stati membri e Unione europea.

Tutte le tesi sulla crescita della democrazia europea e sulle geometrie variabili, così come sul rilievo della salvaguardia dei diritti fondamentali,

[106] V. C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Milano 1981.

finiscono con il rimanere alquanto fragili, mentre l'ipotesi di dare vita a un federalismo europeo, anche tra un limitato numero di Stati, dovrebbe portare con sé in modo chiaro il discorso della sovranità.

Infatti, continuare a non porre il tema della sovranità ha ormai come conseguenza visibile che né l'Unione europea, né gli Stati membri riescono a funzionare in modo efficace dal punto di vista istituzionale. Gli esempi sono offerti dalla condizione presente, determinatisi a seguito della crisi economica e, ora, della crisi umanitaria; così, ad esempio, le Istituzioni europee non sono state in grado di realizzare una politica anticiclica, per la mancanza di capacità fiscale, ma anche gli Stati membri, che pure avrebbero potuto attuare una politica fiscale anticiclica, non hanno potuto realizzarla a causa dei vincoli europei che gravavano sui bilanci nazionali. Nel caso della crisi umanitaria, poi, il flusso dei migranti risulta considerevole per ogni singolo Stato membro, così che la soluzione di sospendere il Trattato di Schengen o di elevare mura ai confini finisce con l'essere un esempio dell'impotenza statale; per contro, l'Unione non è in grado di agire, per impotenza militare e fiscale, di fronte ad un fenomeno che sta mandando in frantumi la libera circolazione delle persone.

Negli anni dell'espansione sono stati sufficienti gli strumenti normativi e – se si vuole – il coordinamento tra gli Stati membri e, per quegli anni, il referente istituzionale finiva con l'essere la Corte di Giustizia che vincolava con le sue decisioni le Istituzioni, gli Stati e i cittadini europei. Negli anni della crisi, invece, gli strumenti normativi previsti dai Trattati sono diventati insufficienti, le basi giuridiche discutibili, tanto per la politica di sorveglianza della Commissione e del Consiglio europeo, quanto per le operazioni compiute dalla Banca centrale europea, la quale – nonostante ciò – si è rivelata essere l'Istituzione europea più efficace a fronteggiare, non solo la caduta dell'euro, la moneta unica, ma anche il default dei bilanci nazionali.

Come collocare, allora, la sovranità nel sistema europeo?

Si tratta di sciogliere un nodo il cui groviglio non permette più di produrre esperienze soddisfacenti in Europa e la cui soluzione, perciò, richiede molto coraggio.

L'Unione europea, con molta probabilità, continuerà ancora in questo incerto modo nel prossimo futuro, perché la caduta delle Istituzioni non è mai improvvisa, ma preceduta da una lunga decadenza; ma, crisi dopo crisi, vi sarà sempre una qualche parte dell'ordinamento europeo che diventerà inefficace, o un qualche accadimento al quale l'Unione non sarà in grado di dare risposte adeguate, sino a quando progressivamente

alcuni Stati non avranno più le condizioni per rimanervi dentro o decideranno di uscirne.

Del resto, il Trattato sull'Unione europea, per quanto concluso per una durata illimitata (art. 53), prevede la clausola del recesso degli Stati membri (art. 50), che presto potrebbe essere utilizzata dal Regno Unito.

Proprio questa clausola mostra cosa può diventare l'Europa. Essa prevede, infatti, che "lo Stato membro che decide di recedere notifica tale intenzione al Consiglio europeo" e che, "alla luce degli orientamenti formulati dal Consiglio europeo, l'Unione negozia e conclude con tale Stato *un accordo volto a definire le modalità del recesso, tenendo conto del quadro delle future relazioni con l'Unione*"[107] e "i trattati cessano di essere applicabili allo Stato interessato a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'accordo di recesso o, in mancanza di tale accordo, due anni dopo la notifica di cui [dell'intento di recesso]".

Il recesso, perciò, rende possibile la sostituzione dei Trattati europei con un trattato di diritto internazionale che regola, dall'esterno, le relazioni tra lo Stato recedente e ciò che resta dell'Unione europea.

Non è chi non veda come tutto ciò, con un'estensione più ampia di un singolo Stato, com'è al momento paventato dal Regno Unito, possa condurre a ridurre il carattere ordinamentale dell'Unione europea, verso una collaborazione rivolta essenzialmente agli aspetti economici, e disciplinata dal diritto internazionale.

Gli Stati membri farebbero valere la loro piena sovranità verso l'esterno, nella politica estera e di difesa, ma anche nella politica economica e monetaria, con il rispetto degli obblighi internazionali liberamente contratti.

Peraltro, non vi è alcun argomento per ritenere che le pretese insite in un mercato comune richiedano necessariamente la formulazione di un solo diritto con efficacia diretta e obbligatoria in tutto il territorio europeo e che si imponga, perciò, sulla legge nazionale. Al contrario, il medesimo risultato potrebbe essere realizzato per effetto di una negoziazione internazionale continua tra gli Stati, la stipula di trattati secondo il diritto internazionale e per effetto del principio *pacta servanda sunt*[108].

[107] Sul diritto di recesso v. A. WYROZUMSKA, *Art. 50*, in H.J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU). A Commentary*, New-York 2013, nonché M. PUGLIA, *Art. 50*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano 2014.

[108] Un po' come accade, attualmente, con la Confederazione elvetica, nella quale esistono discipline corrispondenti a quelle europee introdotte grazie alla stipula di trattati

Se si vuole scongiurare questo scenario, integralmente legato al diritto internazionale, occorre superare la condizione di insufficienza da parte degli Stati membri e la loro incapacità di assumere quelle iniziative necessarie al progredire dell'integrazione europea. Si tratterebbe, perciò, di controllare la crescita dell'insofferenza nazionale, per la quale i popoli e i governi degli Stati membri sembrano dimentichi dei benefici apportati dall'Europa, in termini di convivenza pacifica e di benessere, e pronti a decidere la disgregazione della costruzione ordinamentale comune e la fine della moneta unica.

Molti uomini politici europei e la maggior parte degli studiosi di diritto pubblico in Europa – come si è cercato di riferire sopra – hanno dato il loro contributo per progettare percorsi rivolti a dare completezza alla struttura politico-istituzionale dell'Unione europea. Tutti propugnano di dare forza costituzionale al livello sovranazionale.

La questione della sovranità, in questo senso, finisce con essere decisiva. Essa deve essere risolta dall'oscillazione delle relazioni dell'intero sistema europeo, Stati membri e Unione Europea, escludendo ogni residua applicazione del diritto internazionale e ricostruendo le relazioni interne attraverso il diritto costituzionale federale.

Ciò consentirebbe la federalizzazione dell'Unione europea, il rafforzamento del sentimento europeo e della democrazia parlamentare europea, come auspicato da molte parti, anche solo per un numero limitato di Stati membri, collegati tra loro dalla moneta unica. Si tratta di un percorso che deve affrontare il tema della legittimazione dell'Unione europea in modo diverso da quello sin qui seguito, non più ripetibile e basato sulla semplice reciprocità tra Stati membri.

La consapevolezza che la questione della legittimazione richiede una sistemazione originale della sovranità europea (e della sovranità degli Stati membri), perciò, dovrebbe condurre a una decisione politica fondativa che riprenda la via del diritto costituzionale.

L'Unione europea è qualcosa di più e di diverso di un mercato comune; è il seme della pace e della solidarietà tra i popoli europei, piantato dai padri fondatori dopo la fine della guerra, ed è quello che ancora qualche anno fa qualcuno definiva il "sogno europeo"[109].

con l'Unione europea, considerando che la Confederazione non fa nemmeno parte dello Spazio economico europeo (SEE).

[109] V. J. RIFKIN, *The European Dream*, trad it. *Il sogno europeo. Come l'Europa ha creato una nuova visione del futuro che sta lentamente eclissando il sogno americano*, Milano 2004.

SAGGI

Francesco Rimoli

DOVERE COSTITUZIONALE DI FEDELTÀ E INTEGRAZIONE POLITICA ENTRO IL PARADIGMA FUNZIONALE DEI DOVERI PUBBLICI*

SOMMARIO: 1. Posizione del problema – 2. La fedeltà alla costituzione come dovere pubblico – 3. La funzione sistemica del dovere di fedeltà nel processo di integrazione politica – 4. La fiducia come presupposto sistemico-funzionale – 5. La fedeltà alla costituzione come fattore sistemico di integrazione politica – 6. Conclusioni.

1. *Posizione del problema*

Il concetto di fedeltà racchiude, pur nella sua ambigua indeterminatezza semantica, alcune delle più profonde implicazioni della convivenza individuale, nonché di quella sociale e politica; tralasciando per ovvi motivi la prima, questo breve scritto si propone di esaminare se e in quale misura, nel quadro di ordinamenti ispirati a un modello liberaldemocratico e pluralista, esso possa essere assunto come fattore assiologico vincolante per i singoli e per i gruppi nel contesto sociale, politico e giuridico, e quale valenza esso possa assumere sul piano sistemico. In particolare, dovrà essere esaminata la plausibilità dell'obbligo di fedeltà alla costituzione (*rectius*, a una specifica Costituzione e al suo contenuto di valore) che è normalmente imposto ai cittadini, come norma di vertice dell'ordinamento, onde assicurare di questo la piena di effettività.

Benché obiettivo di questo saggio sia quello di esaminare il problema in sede di teoria generale, cioè con prospettiva non circoscritta a un singolo ordinamento, sarà tuttavia utile muovere dal dato positivo a noi più vicino, quell'art. 54, co. 1, della Costituzione italiana del 1948 in cui si statuisce che "tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repub-

* Questo scritto è destinato al *Liber Amicorum* per Piero Alberto Capotosti.

blica e di osservarne la Costituzione e le leggi"[1]. E qui converrà affrontare subito un problema interpretativo derivante dalla peculiarità della Costituzione italiana: ovviamente, il riferimento del dovere di fedeltà alla "Repubblica", utilizzato in tale sede, risente, forse più ancora che di un'approfondita analisi storico-culturale del relativo concetto o del repubblicanesimo inteso come corrente di pensiero politico[2], della temperie storica contingente, che vedeva la scelta repubblicana in opposizione a quella monarchica come il vero cardine (e vincolo) posto all'Assemblea costituente dal referendum del 2 giugno 1946, e che costituì uno dei primi, grandi nodi irrisolti del nuovo assetto politico[3]. Peraltro, la Carta usa il termine medesimo con vario intento (benché prevalentemente nel senso di Stato-ordinamento) in numerose sue altre disposizioni, ovvero senza che sia possibile trarne un significato univoco ed esclusivo[4]. Ma

[1] In effetti, un dovere di fedeltà sancito costituzionalmente è alquanto raro: in Europa, la Costituzione irlandese lo statuisce all'art. 9.4; il *Grundgesetz* menziona la fedeltà (*Treue*) alla Costituzione nell'art. 5, co. 3, allorché afferma che la libertà di insegnamento non dispensa dal relativo dovere. Il *Bundesverfassungsgericht* ha peraltro riconosciuto che i cittadini non sono tenuti a condividere le scelte di valore della Costituzione, giacché "il *Grundgesetz* si fonda sull'aspettativa che i cittadini accettino e realizzino i valori generali della Costituzione, ma non impone la lealtà rispetto a detti valori" (*Das Grundgesetz baut zwar auf der Erwartung auf, dass die Bürger die allgemeinen Werte der Verfassung akzeptieren und verwirklichen, erzwingt die Werteloyalität aber nicht. Die Bürger sind daher auch frei, grundlegende Wertungen der Verfassung in Frage zu stellen, solange sie dadurch Rechtsgüter anderer nicht gefährden. Die plurale Demokratie des Grundgesetzes vertraut auf die Fähigkeit der Gesamtheit der Bürger, sich mit Kritik an der Verfassung auseinander zu setzen und sie dadurch abzuwehren*: così BVerfG, 1 BvQ 13/01, [Rn.24] , 24 marzo 2001, leggibile in *http://www.bverfg.de/e/qk20010324_1bvq001301.html*); sul punto H. Dreier, *Lo Stato costituzionale delle libertà come ordinamento azzardato,* Modena 2013, 40 ss. La Corte costituzionale italiana non ha usato spesso il parametro di cui all'art. 54 Cost. nella sua giurisprudenza: si vedano però le sentenze nn. 100/66, 165/72, 16/73, 188/75, 31/82, 206/99, 531/00, in *www.cortecostituzionale.it*. Sull'art.54 della Costituzione italiana, di recente, A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2013, spec. 28 ss. Un quadro di sintesi sul tema in A.Cerri, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc.giur.*, XIV, Roma 1989, e già in G.M. Lombardi, *Fedeltà,* in *Enc. dir.,* XVII, Milano 1968; più ampiamente, S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli 1986.

[2] Pur certo presente nel dibattito in Assemblea costituente: si vedano, per limitarsi agli studi più recenti, le ricostruzioni di questo svolte da A. Morelli, *op. cit.*, 71 ss.; nonché da E. di Carpegna Brivio, *Il concetto di Repubblica nella Costituzione italiana*, Milano 2015, spec. 27 ss.

[3] Sia permesso qui rinviare a F. Rimoli, *I miti fondativi della Repubblica: la questione insoluta*, in *Fardelli d'Italia. L'unità nazionale tra coesione e conflitti*, a cura di F. Bilancia, F.M. Di Sciullo, A. Gianelli, M.P. Paternò, F. Rimoli, G.M. Salerno, Napoli 2011, 261 ss.

non di questo dobbiamo occuparci, sebbene l'uso del termine possa, in una prospettiva ermeneutica più complessa, costituire in sé la riaffermazione dell'esclusività del limite posto alla revisione costituzionale dall'art. 139 (nonché dall'art. 1), ossia quello della "forma" repubblicana, *rectius* di una repubblica "democratica", già imposta dall'opzione referendaria, senza che cioè possano trarsi compressioni ulteriori alla potestà di revisione derivanti da una più generica (e ampia) "fedeltà alla Costituzione"[5]. Tuttavia, la prospettiva testuale, così cara ai giuristi più tradizionali, rischia qui, ancora una volta, di non essere del tutto soddisfacente. In effetti, senza voler indulgere a un antistorico metodo ermeneutico fondato sulle pur varie declinazioni di una lettura "originalista" della costituzione, che mostra tutti i suoi limiti già nel suo ambiente culturale originario[6], è tuttavia di palese evidenza che la "Repubblica" di cui la Carta italiana parla non è solo una forma genericamente connotata dall'assenza di un monarca, bensì un paradigma che include, in forma strettamente intensiva, una serie rilevante di ulteriori opzioni assiologicamente definite: per citare solo le principali, l'eguaglianza, formale e sostanziale, il lavoro, inteso come fondamento economico (e per certi versi etico) della convivenza sociale e della vita individuale, la democrazia (prevalentemente rappresentativa) intesa come modulo operativo primario per le decisioni politiche. Dunque, la fedeltà a questo tipo di repubblica non

[4] Sul punto A. MORELLI, *op. cit.*, 65 ss.

[5] Impossibile qui affrontare l'immenso e dibattutissimo tema della revisione costituzionale e dei suoi limiti: per un quadro generale dei problemi, rinvio solo alle voci di S.M. CICCONETTI, *Revisione costituzionale*, in *Enc. dir.*, XL, Milano 1989, 145 ss.; A. CERRI, *Revisione costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991; per una ricognizione delle diverse tesi dottrinali sui limiti del potere di revisione, M. PIAZZA, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, Padova 2002; per una nitida sintesi comparativa sui procedimenti di revisione, A.A. CERVATI, *La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA, *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l'innovazione costituzionale in Italia*, Torino 2001, 1 ss.

[6] Una recente ricostruzione delle varianti della lettura "originalista" della costituzione nel panorama dottrinale statunitense in O. CHESSA, *La novità delle origini. Recenti sviluppi del pensiero costituzionale originalista*, in *Lo Stato*, 3/2014, 11 ss. Su altro piano, il quesito sull'individuabilità di un significato letterale (*literal meaning*) distinto da uno proposizionale (*intended meaning*) è da risolversi in senso negativo, essendo anche il primo frutto di un gesto ermeneutico: il che dà limitato valore ai lavori preparatori dell'atto e alla volontà del suo autore originario, invero non effettivamente conoscibile: sul punto F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica. Tomo I: L'oggetto*, Padova 2015, 139 ss., secondo il quale "il significato di un enunciato è sempre un significato (uni- o pluri-) proposizionale" (ivi, 140).

deve intendersi come fedeltà a un regime astrattamente configurato, bensì a un nucleo di fini-valori determinati dalla Costituzione, in cui la forma repubblicana si pone piuttosto come opzione strutturale storicamente definita, ma assiologicamente strumentale. In altri termini, e salvo restando il complesso problema della definizione di limiti impliciti "ulteriori", il limite assoluto posto in via esplicita al potere di revisione dall'art.139 Cost. non si riferisce al mero dato categoriale, ossia a qualsivoglia ordinamento possa essere ascritto alla qualifica di repubblicano, bensì a *quel particolare tipo* di forma repubblicana che è delineato dalla Costituzione italiana del 1948. Ciò detto, la fedeltà imposta dall'art. 54 Cost., che è norma di assoluta primazia da un punto di vista logico-strutturale e sistematico[7], dovrebbe riferirsi, ancor più che alla Repubblica *lato sensu* intesa, alla Costituzione stessa, che quella forma repubblicana concretizza e definisce nei suoi contenuti. L'art.54 impone però per la Costituzione una (più semplice?) "osservanza", pari a quella che dev'essere data, secondo lo stesso, alle leggi. In realtà, i due profili si intersecano in modo necessario e inscindibile, laddove, come detto, Costituzione e Repubblica si percepiscano come due facce della stessa medaglia[8]. Ma qui, anziché semplificarsi, il problema si complica: infatti, il Costituente probabilmente ha voluto separare i due termini proprio avendo intuito le difficoltà che sarebbero nate da una sovrapposizione *tout court* dei due concetti. E tuttavia, la distinzione testuale non pare poter evitare l'*impasse*, a meno di non voler privare di contenuto effettivo la definizione *sostanziale* e *intensiva* di Repubblica presente (almeno)

[7] Sebbene essa ponga sul piano logico qualche problema di autoreferenzialità, poiché presuppone in fondo quella obbligatorietà che intende a sua volta fondare, così involgendosi in una sorta di diallelo.

[8] Sul punto si veda già L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano 1984, 42 ss., per il quale "la fedeltà alla Repubblica in sostanza si identifica con la fedeltà alla Costituzione ed all'ordinamento da essa introdotto, sul quale si regge lo Stato, cessando di essere o generica fedeltà allo Stato *tout court*, o specifica fedeltà alla forma di Stato repubblicana" (il che induce però l'autore a cercare un poco convincente tratto distintivo tra fedeltà alla Carta e sua osservanza, riferendo la prima all'insieme dei valori costituzionali, e la seconda alle singole norme); si veda anche ID., *art. 54,* in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *Artt. 53-54, Rapporti politici*, II, Bologna-Roma 1994, 47 ss.; A. MORELLI, *op. cit.*, 95, ben rileva la "circolarità" della disposizione in esame; una puntuale sintesi delle diverse interpretazioni del dovere di fedeltà è operata da G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, III, Torino, 2005, 511 ss. (ma spec. 519 ss.), nonché da G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania e P. Ridola, t. III, Torino 2006, 1131 ss.

negli articoli 1 e 139 della Carta, configurata in concreto dalle altre disposizioni della stessa (e in particolare dai suoi princìpi fondamentali)[9].

Ma il problema in questione, volendo elevare lo sguardo al di sopra del singolo ordinamento, può porsi in sede di teoria generale come segue: è tollerabile, in una costituzione democratica, ma soprattutto pluralista, l'imposizione a *tutti* i cittadini (ovvero, non solo a chi sia investito di pubbliche funzioni)[10] di una fedeltà intesa non tanto e non solo nei confronti di una mera forma statuale (il che già sarebbe opinabile), ma, di fatto, a un nucleo di contenuti assiologicamente, politicamente e giuridicamente determinati dalla costituzione vigente? Da tale interrogativo derivano poi numerosi altri problemi: basti qui menzionare solo il più noto (sebbene non certo l'unico), quello relativo alla legittimità dell'eventuale imposizione di un giuramento di fedeltà, che qui ci interessa non tanto per le sue comunque problematiche implicazioni sacrali (quelle per cui l'istituto è stato spesso discusso ove viga un principio di laicità dello Stato), ma per lo stesso contenuto e le finalità che persegue[11].

[9] Secondo quanto riaffermato anche dalla nota e discussa sent. n. 1146/88 della Corte costituzionale, allorché afferma l'esistenza di un nucleo di "princìpi supremi" non modificabile dalle stesse leggi di revisione o comunque di rango costituzionale: collega tale nucleo alla tematica dell'art. 54 Cost. e al principio di continuità/identità dell'ordinamento repubblicano G.M. SALERNO, *op. cit.*, 525 ss., per il quale il dovere di fedeltà "implica un rapporto insopprimibile di colleganza che deve sempre sussistere tra ogni cittadino ed i princìpi costituzionali che sono alla base dell'identità repubblicana, così come con le istituzioni pubbliche costituzionalmente fondate che ne costituiscono il necessario strumento di realizzazione" (ivi, 528).

[10] Di questo profilo non sarà qui possibile occuparsi: è ovvio che quello dei pubblici funzionari di adempiere alle proprie funzioni con "disciplina ed onore", prestando giuramento ove previsto dalla legge è in sé un dovere funzionale, ulteriore e peraltro assunto liberamente dal singolo con l'ingresso (per concorso) nel ruolo, ed è addirittura rafforzato, per ovvi motivi, per gli appartenenti alle Forze armate dello Stato (il cui ordinamento deve informarsi, *ex* art. 52 Cost., allo "spirito democratico della Repubblica"): ben rileva G.M. SALERNO, *op. cit.*, 519, che per costoro si configura un triplice dovere – di fedeltà, disciplina e onore – che è "particolarmente qualificato" in relazione al compito di difesa della Patria (e, ovviamente, alla disponibilità in via esclusiva dell'uso della forza).

[11] Non a caso, il dibattito dei costituenti si svolse in gran parte sull'opportunità dell'imposizione di un giuramento di fedeltà ai parlamentari: sostenuta, tra gli altri, da Mortati, una proposta in tal senso fu infine (opportunamente) respinta in Assemblea. Sul punto L. VENTURA, *op. cit.,* 19 ss.; A. MORELLI, *op. cit.*, 76 ss.; G. GALANTE, *op. cit.*, 1132. Naturalmente, il dovere di fedeltà si proietta anche su tutte quelle disposizioni di legge che in vario modo concernono la sicurezza dello Stato, in tempo di pace o di guerra: ma anche qui non pare necessaria una previsione costituzionale espressa per legittimare le relative norme penali, a ciò bastando la legge medesima (per es., l'art. 283 c.p.), nel normale

2. *La fedeltà alla costituzione come dovere pubblico*

In realtà, superando il circoscritto profilo ermeneutico del dato positivo proprio della nostra Carta, il tema del dovere di fedeltà, inteso più generalmente come fedeltà *a una singola costituzione vigente*, si inquadra nel più ampio ambito della problematica dei doveri costituzionali, oggi tornato in auge, e comunque potenzialmente connesso, con maggiore o minore consapevolezza da parte dei diversi autori, alle progressive ma inesorabili involuzioni tecnocratiche (e in prospettiva autoritarie) delle democrazie contemporanee: al di là di un vago afflato "mazziniano" di tale recupero (o approfondimento) del ruolo dei doveri costituzionali nel rapporto di obbligazione politica, sta la dimensione funzionale dei medesimi, che ne connota la valenza sistemica più profonda[12]. Tra i doveri pubblici, quello di fedeltà ai valori costituzionalmente sanciti dovrebbe essere certo collocato in una posizione eminente, implicando una sostanziale espressione di intimo consenso per le opzioni assiologiche fondanti dell'intero assetto politico. In altri termini, esso potrebbe essere inteso come uno degli anelli principali della catena che rende infine possibile, tramite una conseguita effettività, la legittimazione complessiva dell'ordinamento e dell'esercizio della forza su cui questo, e lo Stato che in esso si esprime, si basano.

Retaggio di un vincolo strettamente personale di natura feudale, come dovere del suddito nei confronti del sovrano quale corrispettivo della protezione ricevuta da questo, il dovere di fedeltà, connesso alla cittadinanza e talora corroborato da un atto specifico (giuramento o dichiarazione) all'atto di acquisizione di questa[13], ha natura tuttavia ambigua,

esercizio di un'autotutela dell'ordinamento, e nei limiti delle altre libertà (di coscienza, di manifestazione del pensiero) che costruiscono il catalogo dei diritti fondamentali, che non legittimerebbero comunque la posizione di reati di mera opinione rispetto a ideologie anticostituzionali, cui peraltro la non felice formula dell'art. 54 Cost., co.1, potrebbe fornire qualche argomento.

[12] Sul tema, oltre alle più risalenti trattazioni di G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967; ID., *Doveri pubblici (diritto costituzionale),* in *Enc. dir.*, Aggiornamenti, VI, Milano 2002, si vedano i recenti scritti di L.VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino 2014; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli 2014; sia consentito però anche il rinvio a F. RIMOLI, *Appunti per uno studio sulla dimensione funzionale dei doveri pubblici,* in *www.federalismi.it*, n. 13/2015.

[13] Come nel caso dell'ordinamento statunitense, dove accanto al *Pledge of Allegiance to the Flag* ("*I pledge allegiance to the Flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one Nation under God, indivisible, with liberty and justice for all*"), incluso dal 1942 nel titolo 36 del *U.S.Code*, che ne prescrive minutamente l'uso e

certamente più morale e politica che giuridica. E invero la sua eventuale positivizzazione non sembra mutarne troppo i caratteri, poco o nulla aggiungendo al generale obbligo di obbedienza che tutti, cittadini e non, hanno nei confronti dell'ordinamento giuridico cui si trovano, stabilmente od occasionalmente, sottoposti[14]. In tal senso, si rafforza l'idea che il dovere di fedeltà, ove sia invece prescritto normativamente e inteso come alcunché di giuridicamente vincolante, distinto e più circoscritto rispetto all'obbligo di cui sopra, si connoti piuttosto come richiesta di adesione (anche) interiore alle opzioni di valore della singola costituzione, ossia come imposizione al singolo di un nucleo indefettibile di fini e di princìpi che il cittadino è tenuto a condividere, ben al di là del mero (e non derogabile) rispetto esteriore delle norme cogenti di quell'ordinamento[15]. Ciò vale ancor più se s'intenda il dovere in questione come una

l'esecuzione (si veda il sito *http://uscode.house.gov/*), è imposto un *Naturalization Oath of Allegiance* a coloro che chiedono di acquisire la cittadinanza ("*I hereby declare, on oath, that I absolutely and entirely renounce and abjure all allegiance and fidelity to any foreign prince, potentate, state or sovereignty, of whom or which I have heretofore been a subject or citizen; that I will support and defend the Constitution and laws of the United States of America against all enemies, foreign and domestic; that I will bear true faith and allegiance to the same; that I will bear arms on behalf of the United States when required by the law; that I will perform noncombatant service in the armed forces of the United States when required by the law; that I will perform work of national importance under civilian direction when required by the law; and that I take this obligation freely without any mental reservation or purpose of evasion; so help me God*"): se ne vedano modalità e storia in *https://www.uscis.gov/us-citizenship/naturalization-test/naturalization-oath-allegiance-united-states-america.* La problematica del giuramento è troppo complessa per essere qui anche solo accennata: si veda però l'ampia ricostruzione storica di P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna 1992; per i vari casi di giuramento di fedeltà previsti nell'ordinamento italiano (a partire da quelli di cui agli artt. 91, 93 e 135 Cost.) si vedano PF. GROSSI, *Giuramento (dir.cost.)*, in *Enc. dir.*, vol XIX, Milano 1970, 144 ss.; G.M. LOMBARDI, *Giuramento (Diritto pubblico)*, in *Nss. Dig. it.*, VII, 1961, 965 ss.; G. FERRARI, *Giuramento. I (Diritto pubblico),* in *Enc. giur.* XV, Roma 1989, nonché L. VENTURA, *op. cit.*, 201 ss.

[14] Questa la nota tesi di H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), tr. it., Milano 1984, 240, per il quale "giuridicamente la fedeltà non significa altro che l'obbligo generale di obbedire all'ordinamento giuridico; obbligo che hanno anche gli stranieri e che non è creato dal giuramento di fedeltà"; sul tema, tra molti, G. GALANTE, *La fedeltà nei rapporti di diritto pubblico tra morale, politica e diritto,* in *Fardelli d'Italia*, cit., 193 ss.

[15] Come ben rileva G.M. SALERNO, *op. cit*., 517-518, in relazione all'ordinamento italiano, è opinione comune degli studiosi che la fedeltà di cui parla l'art. 54 Cost. possa essere intesa come vincolo ai soli comportamenti esteriori degli individui, e non consenta dunque "la limitazione alla libertà di coscienza soprattutto nella sfera politica – e quindi delle libertà di formazione e di espressione della volontà politica – degli individui, né

sorta di dovere di attuazione e tutela di una costituzione vigente posto in carico non solo agli organi a ciò deputati, ma a *ogni* cittadino[16]. Detto altrimenti, se la fedeltà concerne un mero comportamento di lealtà, esteriore e oggettivamente apprezzabile, essa si sovrappone e infine si identifica con l'osservanza delle leggi (*in primis* della costituzione come legge di vertice dell'ordinamento), e dunque la relativa previsione, impositiva di un dovere, è ultronea; se invece tale fedeltà implica anche un'adesione interiore, essa è certo concettualmente distinta dalla semplice osservanza delle leggi (e ciò giustifica una disposizione apposita), ma, oltre che impossibile da verificare (e forse anche da realizzare), è e resta in sé alcunché di contrario alla libertà di coscienza e al principio pluralista. Sotto questo aspetto, la citata decisione del *Bundesverfassungsgericht*[17], condivisibile negli intenti, non sembra però poter risolvere una contraddizione che rimane insita nel concetto medesimo di *Treue*: come detto, un concetto di fedeltà *stricto sensu*, inteso come autonomo, presuppone l'adesione interiore all'oggetto della stessa, ovvero una convinzione che sia *spontanea*. Ma una convinzione che sia invece *imposta* (o comunque frutto di un forte indottrinamento ideologico) è una forzatura che il sovrano compie sul suddito, una chiara espressione di *hybris* che assai male si concilia con la dimensione personalista, pluralista e liberale cui le democrazie contemporanee dicono di essere ispirate. Con la consueta chiarezza ideologica, Schmitt rilevava che il giuramento di fedeltà alla costituzione (allora imposto dall'art.176 *WRV*) non significa "un giuramento

tanto meno l'obbligo di intima adesione dei cittadini ad una qualsiasi impostazione ideale d assiologia giustificata dalle disposizioni costituzionali", ovvero infine l'imposizione normativa di una sorta di "religione laica o costituzionale". Ma anche la condivisione generalizzata di una tale interpretazione non elimina la problematicità del riferimento testuale, né scongiura la potenziale pericolosità del concetto per il tratto liberale dell'ordinamento, anche in presenza di norme dell'ordinamento comunitario che, come l'art. 2 TUE, dovrebbero garantire il rispetto di una "società caratterizzata dal pluralismo" e dai valori a esso connessi.

[16] Sul punto, con tesi però variamente interpretata, C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano* (1958), in ID., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, raccolta di saggi a cura di D. Nocilla, Milano 1992, 109 ss., che configura il dovere in esame come imposto al cittadino non solo nel caso di pericolo o incertezza dell'ordinamento, ma anche nel senso che "esso esplica nelle circostanze straordinarie funzione meramente suppletoria ed integratrice dell'obbligo di obbedienza ai precetti (certi) dell'ordinamento" (ivi, 178 nt. 120); ciò che sembra far sì che il cittadino debba infine operare *attivamente* per dare effettività piena all'ordinamento costituzionale (e non solo evitare comportamenti infedeli, come quelli previsti dal codice penale nel libro II, titolo I).

ad ogni singola norma costituzionale; altrettanto poco significa un giuramento in bianco (immorale), che si riferisca al procedimento di modifica e contenga il consenso ad ogni cosa e la soggezione a tutto ciò che debba essere attuato in forza dell'art.76 [*scil.* la norma della Costituzione di Weimar riguardante il procedimento di revisione costituzionale]", perché "non si può giurare un procedimento di modifica". Ma "l'elemento caratteristico e specifico del giuramento consiste nel fatto che il giurante *si lega esistenzialmente con la sua persona*; il giuramento di fedeltà alla costituzione è un siffatto legame con la forma di esistenza politica"[18]. In altri termini, l'aspetto coercitivo dell'ordinamento, fondato secondo la logica giuspositivista tradizionale sull'esteriorità della norma giuridica, trasmoda in quest'ambito, proprio in virtù della natura eminentemente *etica* della fedeltà, in qualcosa d'altro: laddove infatti la *hybris* si manifesti in modo palese, come nella norma penale e nelle sue sanzioni, si porrà certo un problema di scelte politiche che il diritto traduce in norme, ma non si incide sulla coscienza del singolo. Allorché invece quest'ultima sia coinvolta in una richiesta di adesione ai valori costituzionalmente (il che, si badi, non vuol dire *unanimemente*) prescelti, ciò implica un'evidente antinomia concettuale rispetto a quelle costituzioni che della libertà di coscienza individuale, e del pluralismo assiologico e politico, fanno uno dei propri cardini. E l'intrusione nella coscienza dei singoli da parte del potere pone le basi per un'involuzione totalitaria del regime politico, mediata sovente da una fase di tipo (più moderatamente) autoritario (o anche, eventualmente, da un passaggio di tipo solidaristico-comunitario rafforzato da un'esaltazione identitaria)[19]. Non è dunque tentando un'impossibile ricomposizione di antitesi che può essere ammesso un do-

[17] Si veda *supra*, nt. 1.

[18] Così C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (1928), tr. it. Milano 1984, 47 (corsivo mio); ma anche ID., *Legalità e legittimità* (1932), tr. it. in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio, Bologna 1972, 211 ss. L'art.176 della Costituzione di Weimar imponeva il giuramento di fedeltà alla Costituzione (non alla Repubblica) per i pubblici impiegati e per gli appartenenti alle forze armate.

[19] Si comprende dunque che lo stesso giuramento possa essere inteso come "il riconoscimento della violenza come struttura diffusa del gruppo e la sua trasformazione in struttura statutaria delle relazioni comuni"; esso "costituisce la forza del gruppo come totalizzazione" (così P. PRODI, *op. cit.*, 509, facendo riferimento alla concezione di J.P. Sartre). Sul tema del rapporto comunità/identità, tra molti, e con prospettive affatto diverse, F. REMOTTI, *L'ossessione identitaria*, Roma-Bari 2010; A. SEN, *Identità e violenza* (2006), tr. it., Roma-Bari 2006; A. DE BENOIST, *Identità e comunità* (saggi, 2005), tr. it., Napoli 2005, spec. 7 ss.

vere come quello di fedeltà alla costituzione entro un ordinamento di democrazia pluralista[20].

3. *La funzione sistemica del dovere di fedeltà nel processo di integrazione politica*

Ma il profilo teorico non può non essere confrontato con l'analisi del dato di realtà: e da questo punto di vista, osservando il concetto nella sua valenza funzionale, invece, se ne percepisce la potenzialità integrativa: se è plausibile la tesi, altrove sostenuta, per cui i doveri operano, in una prospettiva che mutua e rovescia specularmente la visione luhmanniana dei diritti fondamentali[21], come un'istituzione il cui ruolo sistemico è quello di compensare e contenere le spinte iperindividualistiche dei diritti fondamentali assunti nella loro connotazione liberale (laddove i diritti stessi invece compensano le spinte espansive e prevaricatorie della società sistemicamente intesa e del potere politico-economico che ne è espressione)[22], allora il dovere di fedeltà alla costituzione (potrebbe dirsi, al pari della costituzione stessa come insieme di norme) si pone in modo eminente come luogo dell'armonizzazione fra individuo, società e comunità, in una complessa ma ambiziosa ricerca di un equilibrio tra le diverse dimensioni del politico (e del giuridico). Di qui la rilevanza primaria che disposizioni come quella di cui all'art. 54 della Costituzione italiana assumono, ove siano positivizzate all'interno dell'ordinamento-struttura, inteso sia in senso sistematico che sistemico (ossia, nella sua dimensione logico-formale e in quella funzionale, rispetto al sottosistema giuridico di cui esso è parte eminente e all'intero ambiente). D'altronde, il nesso, teorico e pratico, che lega il dovere in esame con i simboli e i riti politici del singolo regime, e la sua intima connessione con i concetti di Patria, nazione, bandiera o simili è di tutta evidenza, e risponde, in una prospettiva che non contrasta affatto con la concezione di Luhmann, al ruolo ogget-

[20] Non sembra cioè facile sostenere la tesi dell'autonomia del dovere di fedeltà rispetto a quello di osservanza e, al contempo, affermare la rilevanza, per il primo, del solo profilo esteriore dei comportamenti del singolo, come fa G.M. LOMBARDI, *Fedeltà*, cit., 175: giacché proprio ciò comporta infine l'assorbimento della fedeltà nella mera osservanza della costituzione, e contrasta con il tentativo, ivi condotto, di distinguere concretamente i due concetti.

[21] Il riferimento è a N. LUHMANN, *I diritti fondamentali come istituzione* (1965, ed. post. 1999), tr. it., Bari 2002.

[22] È la prospettiva che tento di descrivere in F. RIMOLI, *Appunti,* cit., 17 ss.

tivo di quei vari luoghi di integrazione della *Gemeinsamkeit* che Rudolf Smend ben descrive nella sua *Integrationslehre*[23]. Inoltre – ma è questa una considerazione che concerne processi politici di più lungo respiro – il dovere di fedeltà alla costituzione, riletto nel contesto già ricordato di una rinnovata attenzione al più ampio paradigma dei doveri pubblici inteso come cardine dell'obbligazione politica e della convivenza civile al fianco (o forse prima) di quello dei diritti, ben si attaglia oggi al momento storico contingente. Esso in realtà fornisce, entro uno sfondo che, al di là di ogni esegesi testuale specificamente misurata su una singola costituzione, si avvicina, più e oltre che a un repubblicanesimo inteso come "religione civile"[24] o come *Verfassungspatriotismus*, a un comunitarismo appena dissimulato, strumento di forte impatto ideologico, assai utile per legittimare l'involuzione autoritaria delle democrazie occidentali, e, per quanto ci concerne, di quella italiana. Qui dunque si pone, in tutta la sua schiettezza e drammaticità, l'alternativa: poiché da un lato l'imposizione

[23] R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale* (1928), tr. it., Milano 1988, 75 ss.: dei tre tipi di integrazione di cui l'autore parla (personale, funzionale, materiale), la seconda consiste in "processi il cui senso è una sintesi sociale e che mirano a rendere comune un qualsiasi contenuto spirituale o a rafforzare l'esperienza vissuta della comunanza in esso, con il duplice effetto di intensificare la vita sia della comunità che del singolo" (ivi, 89). Tra queste "funzioni integrative" Smend menziona "elezioni, dibattiti parlamentari, formazioni di gabinetto, referendum popolari", che al di là del loro scopo obiettivo e contingente, soprattutto "integrano, cioè creano di volta in volta, per parte loro, l'individualità politica del popolo nel suo insieme e perciò producono il presupposto del suo attivarsi in modo comprensibile sotto l'aspetto giuridico e materialmente positivo o negativo sotto quello materiale" (ivi, 93-94); l'integrazione materiale dello Stato si genera poi da una totalità di valori condivisi, come "socialità delle esperienze vissute di senso" e come "comunità operativa della cultura": dall'"esperienza vissuta di questa ricchezza di valori" si giunge all'esperienza dello Stato, a "essere integrati in esso". Ma tale ricchezza è così ampia che non è facile per il singolo "abbracciarla con lo sguardo", percepire la "totalità di questa vita": e dunque essa deve essere "in certo qual modo condensata in un momento, rappresentata da esso", come accade con la rappresentazione di contenuti di valore storico-attuale, in simboli politici quali bandiere, stemmi, capi di Stato (specialmente monarchi), cerimonie politiche e feste nazionali" (ivi, 100-102). Ovviamente, la prospettiva funzionale smendiana è alquanto diversa da quella delle più recenti teorie sistemiche funzional-strutturaliste; ma talune affinità possono rinvenirsi, e attagliarsi in certa misura al discorso qui condotto sul concetto di fedeltà alla costituzione, la quale è peraltro in sé, per lo stesso Smend, veicolo di contenuti d'integrazione materiale (ivi, 177 ss.). Sul rapporto tra dottrina dell'integrazione smendiana, sfera pubblica e pluralismo si veda P.RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino 2016, 113 ss. e 130 ss.

[24] In questa prospettiva già G.E. RUSCONI, *Possiamo fare a meno di una religione civile?*, Roma-Bari, 1999; sul repubblicanesimo inteso come terza via tra liberalismo e comunitarismo, tra molti, M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, Roma-Bari, 1999; P. PETTIT, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo* (1997), tr. it., Milano 2000.

del dovere di fedeltà in senso stretto (ovvero, non di mera osservanza esteriore) a una singola costituzione, in sé, è come detto in evidente contrasto con la libertà di coscienza individuale e con la democrazia pluralista *tout court*; dall'altro, il mai risolto problema delle forme e dei limiti dell'autotutela di un ordinamento democratico pluralista (che deve poter preservare se stesso, al pari di ogni altro) rivela uno dei suoi paradossi essenziali, e non può essere ignorato con un aprioristico (e semplicistico) appello a una dimensione assoluta della sfera dei diritti individuali di libertà, oppure a un'imbelle impotenza dinanzi ad aggressioni, ideologiche o materiali, esterne o interne, che pongano in pericolo la sicurezza comune o le regole minimali del gioco democratico. In tal senso, la neutralità dello Stato democratico, laico e pluralista deve intendersi sempre come attiva, ossia inclusiva, aperta e tollerante, eppure capace di una modalità minimale ma rigida di autotutela[25]. Ma forse, nell'attuale fase storica, c'è (purtroppo) qualcosa in più, che lo studioso non può ignorare: come si è accennato, un vincolo costituzionalmente orientato ai doveri più che ai diritti, ovvero al principio di autorità più che a quello di libertà (su cui il costituzionalismo moderno è stato fondato), si può rivelare ora ben funzionale all'evoluzione in senso tecnocratico-oligarchico che, nell'intricata commistione tra potere politico e potere economico, connota di fatto l'intera area occidentale delineando nuove forme di dominio[26]. Se la dinamica della politica è oggi più che mai connessa a quella dell'economia, e in particolare a quella dei mercati finanziari globali, e se questi – com'è nella loro stessa natura, oggi tanto più assecondata dalla tecnologia telematica – operano in modo continuo, estremamente rapido, e con matrici comunicative anonime che rendono di fatto servente ogni struttura politica, nazionale o sovranazionale, è purtroppo evidente che le stesse istituzioni dovranno prima o poi conformarsi in modo tale da poter operare in tempo reale, con decisioni (condizionate e solo apparentemente libere, ma) altrettanto veloci e ben poco idonee a una ponderata riflessione (che sarebbe peraltro in gran parte superflua, data la li-

[25] Su questo tema, amplissimo e impossibile da affrontare anche solo per cenni in questa sede, sia permesso il rinvio a F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino 1999; ID., *Laicità (dir. cost.),* in *Enc. giur.,* Aggiornamenti, VI, Roma 1995.

[26] Tema estremamente complesso e dibattuto: tra molti, C.CROUCH, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo* (2011), tr. it., Roma-Bari 2011; L.FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari 2011; G.AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2013, spec. 40 ss.

mitatezza delle opzioni *realmente* praticabili)[27]. Di qui la necessità di assicurare *comunque* una consistente stabilità agli esecutivi (nazionali e sovranazionali), di semplificare drasticamente le forme di governo e le procedure di decisione rafforzando la *premiership* e limitando le funzioni dei parlamenti con leggi elettorali fortemente distorsive, e di approdare infine a una democrazia puramente formale, fondata su partiti per lo più di tipo personale e capaci di dare supporto alla creazione di un consenso populisticamente perseguito, approssimandosi cioè, *mutatis mutandis,* a quello che Schmitt appellava uno "Stato amministrativo", che "trova il suo principio esistenziale nell'adeguatezza allo scopo, nell'utilità e, in contrasto con lo Stato legislativo, fondato proprio sulla formazione, nella conformità immediatamente concreta delle sue misure, provvedimenti e comandi, alle cose"[28] . In altri termini, e a dispetto delle garanzie poste dallo Stato legislativo nella sua più evoluta forma di Stato costituzionale, si percepisce oggi la tendenza, veicolata dai gruppi egemoni come necessità, a *ridurre gli spazi della democrazia effettiva,* negando di fatto ogni prospettiva discorsiva di tipo habermasiano e concedendo ai cittadini solo alcune illusorie forme di partecipazione (diretta, mediatica o telematica), essenzialmente operanti come strumento ulteriore di omologazione e di pacificazione sociale. Al di là, infatti, delle formule più tranquillizzanti (e talora narcotizzanti) della comunicazione politica corrente, questo pare essere ormai da tempo il processo in atto, ulteriormente rafforzato dall'insicurezza generata dal terrorismo globale, dagli integralismi religiosi, e da una ormai endemica vulnerabilità economica, aggravata, per quanto ci concerne, dalle macroscopiche carenze strutturali e politiche di un processo di integrazione europea sull'orlo di un definitivo fallimento dinanzi alle molte sfide di questo inizio di secolo: fattori tutti che concorrono, oggettivamente, e talora con ben studiate strumentalizzazioni, a legittimare dinanzi all'opinione pubblica le trasformazioni in atto. E dunque, in questo poco confortante quadro, qual è la funzione *sistemica* del dovere di fedeltà alla costituzione?

[27] Su questi temi, tra molti, G.Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali* (tr.it.parz. di *Verfassungsfragmente: gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, 2012), Milano-Torino 2012; M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost*., n. 1/1996, 124 ss.; C. Pinelli, *L'incontrollato potere delle agenzie di* rating, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2/2012; G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli 2012.

[28] C.Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., 217.

4. *La fiducia come presupposto sistemico-funzionale*

Esaminata dunque in una prospettiva di tipo sistemico, la fedeltà recupera forse parte del suo significato originario: se è vero infatti che una sua positivizzazione giuridica nella forma del dovere costituzionalmente sancito è in sé non necessaria, è altrettanto vero che essa non può dirsi irrilevante, giacché rafforza (quanto meno) l'obbligo dei cittadini, ma soprattutto dei pubblici funzionari, a dar forma e concretezza ai valori che fondano la singola costituzione – nonché ai princìpi che strumentalmente essa appresta – *anche* mediante un'interpretazione verso essi orientata (si pensi in primo luogo all'evidente funzione di tale positivizzazione nei confronti dei giudici, e al dovere così a questi *espressamente* imposto di interpretare le disposizioni in modo conforme alla costituzione)[29]. Inoltre, è importante considerare che la fedeltà alla costituzione, osservata su un piano più comprensivo, si connette al più ampio concetto di una *fiducia* intesa infine come fattore sistemico di coesione della convivenza civile e politica. Apparentemente relegata dalla modernità al livello delle relazioni interindividuali, la fiducia, e la sua possibile violazione, perpetrata nelle molte forme del tradimento, sono invece tuttora fattori di basilare importanza funzionale per il sistema sociale, e per i sottosistemi politico, economico, giuridico in esso operanti[30]. Non a caso, su questo tema lo stesso Luhmann si è soffermato[31]: nella complessa pro-

[29] Dovere che peraltro sussisterebbe anche in assenza di una previsione come quella di cui all'art. 54 Cost., derivando direttamente dalla struttura gerarchico-gradualistica dell'ordinamento: sul tema dell'interpretazione conforme, comunque molto dibattuto, si vedano per tutti gli scritti di F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione,* in *www.rivistaaic.it*, n. 2/2014; ID., *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme alla Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 3/2015, 461 ss.; M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale* (2012), ora in ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014, 57 ss.

[30] Si vedano alcune sintetiche ma nitide considerazioni sul tema da G. TURNATURI, *Tradimenti. L'imprevedibilità delle relazioni umane*, III ed., Milano 2006, spec. 116 ss.

[31] N. LUHMANN, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart 2000, tr. it. *La fiducia*, Bologna 2002; peraltro, sotto altra prospettiva, anche C. SCHMITT, *Legalità*, cit., 227-228, rilevava che la fiducia "cieca" e "non problematica" nel legislatore è "il presupposto di qualsiasi costituzione che organizzi lo Stato di diritto nella forma di uno Stato legislativo", e che "tutta l'autorità e la dignità dello Stato dipend[ono] esclusivamente e direttamente, e con immediato significato e rilievo dal punto di vista del diritto positivo, da questa fiducia nella giustizia e nella ragione del legislatore stesso". Ovviamente, le costituzioni rigide e la loro garanzia giurisdizionale mutano, e non poco, questa prospettiva sul piano della forma di governo (sebbene il problema della fiducia non faccia così altro che trasferirsi sui tribunali costituzionali, o sui giudici in un modello diffuso).

spettiva di questo autore, la fiducia (*Vertrauen*) è complessivamente considerata nei diversi tipi di rapporto (personale, sociale, politico) come un fattore di riduzione della complessità sociale, rimanendo però evidente che, nei singoli ambiti, essa assume profili affatto peculiari. Così, se in quello economico-finanziario, la fiducia nel denaro e nei suoi derivati come *medium* sistemico e nella stabilità del loro valore è essenziale per l'equilibrio contingente dell'intero sottosistema (profilo oggi accentuato dall'incontenibile e devastante finanziarizzazione dell'economia globale)[32], e nell'ambito mediatico-informativo essa vale come fiducia nell'attendibilità (verità) dei dati forniti, nell'ambito politico-giuridico, che qui più interessa, essa si lega intimamente al problema dell'autorità, nonché a quello della legittimazione del potere. In questo campo infatti, secondo Luhmann, ci sono tratti specifici che ci riportano alla nostra prospettiva giuridico-istituzionale, e tuttavia lo fanno in forma problematica[33]: la fiducia infatti, nell'ambito politico, è alcunché di ambiguo e difficilmente collocabile, giacché qui manca del tutto la necessaria chiarezza dei meccanismi formativi della stessa[34]. Con l'elezione i cittadini infatti scelgono rappresentanti che dovrebbero poi operare in base all'interesse collettivo; ma infine, una volta eletti, "essi reclamano un potere sovrano di decidere, e di un sovrano non è possibile fidarsi", poiché "chi ha il potere ultimo di prendere delle decisioni stabilisce le regole per pro-

[32] Su cui, tra molti, L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino 2013.

[33] N. LUHMANN, *op. cit.*, 82*:* "mentre nel caso della fiducia nel denaro e in un'autorità che fornisce informazioni abbiamo a che fare con tipiche forme decentralizzate di riduzione della complessità, l'organizzazione del potere politico e amministrativo ha come conseguenza una centralizzazione del processo di riduzione che finisce per sfociare in una serie di decisioni vincolanti. Tanto nei processi di formazione dell'opinione politica, di costruzione del consenso e di articolazione degli interessi con i quali hanno a che fare le burocrazie statali quanto nelle attività sociali burocratiche opera in maniera organizzata, e quindi rafforzata, una selettività che prepara il terreno per decisioni che non devono essere capite in sé, ma che sono fornite del sigillo di una legittimità vincolante. Se è necessario, queste decisioni vengono prese facendo ricorso alla forza. In questo caso quindi lo strumento della comunicazione non è il denaro né la verità, ma il potere"; ma "non è facile dire fino a che punto è necessaria la fiducia in questo processo di semplificazione sostenuto dal potere, e dove vada a collocarsi questo tipo di fiducia".

[34] Poiché in tale contesto "tanto l'impulso in direzione dell'impegno e dell'investimento anticipato da parte di chi si fida quanto l'oggetto in cui viene riposta la fiducia finiscono per sconfinare nell'incertezza", e "la metafora del 'contratto sociale', attraverso il quale gli individui liberi allo stato naturale accettano di fidarsi reciprocamente o di accordare la propria fiducia a una sovranità stabilita, non ha alcuna corrispondenza nella realtà" (ivi, 83).

prio conto". In tal caso, la fiducia può "nella migliore delle ipotesi fare riferimento ai limiti da imporre alla sovranità"[35]. Dunque, la riduzione della complessità deve qui operare tramite numerosi passaggi, in un processo in cui "ogni stadio costituisce un gradino successivo sulla scala della selettività che accoglie nuove informazioni ed esclude altre possibilità"; di qui soltanto può generarsi la fiducia, nel fatto che la decisione va "per piccoli passi", ognuno aperto all'informazione, e che la sovranità in tal modo "non può essere esercitata in un colpo solo, vale a dire in modo arbitrario". Infine, si direbbe che "il sistema sociale abbia imparato che è preferibile accordare la propria fiducia a piccole dosi che, considerate individualmente, non comportano rischi troppo grandi"[36]. Non può quindi pensarsi che tale fiducia si limiti alla legalità e alla correttezza dell'esercizio del potere politico da parte dei rappresentanti. La fiducia politica richiede, per Luhmann, due livelli distinti di generalizzazione: da un lato, le aspettative che il cittadino nutre per sé dalla politica lo spingono a votare in un certo modo, così esprimendo soddisfazione o delusione rispetto a queste; dall'altro, il suo continuare a vivere in un dato Paese dimostra una sua sostanziale fiducia nel suo sistema politico e nel fatto di potervi condurre un'esistenza "dignitosa". Ma se le aspettative del primo tipo sono in genere chiare, pure esse "non coinvolgono il cittadino in profondità, e comunque ogni cittadino è coinvolto in maniera diversa", e l'espressione di delusione può anche non avere grandi conseguenze; la fiducia nel sistema politico, invece, "resta perlopiù incerta, ma d'altra parte implica un impegno e conseguenze che possono essere una questione di vita o di morte". In tale prospettiva, "l'intrecciarsi dei due livelli di fiducia ha come effetto la stabilità dell'ordine complessivo, e rende più complicato il problema della fiducia se rapportato con le nozioni di fiducia personale nei rappresentanti del potere che esistevano nel passato"[37]. Tornando però al nostro specifico discorso, è evidente che il concetto di fedeltà da cui siamo partiti ha piuttosto a che fare con questo secondo tipo di fiducia politica di cui Luhmann parla, che è alcunché di diverso dalla mera osservanza oggettiva della costituzione e delle leggi di un dato ordinamento, in sé generata da coercizione, potenziale o attuale, e comunque prescindente dall'atteggiamento interiore del soggetto sottoposto all'ordinamento giuridico[38]. La fiducia nel (sotto)sistema politico

[35] *Ibidem.*
[36] Ivi, 84.
[37] Ivi, 85.
[38] Ovviamente, è appena il caso di accennare qui alla vastissima problematica relativa

del proprio Paese è qualcosa che trascende un semplice rispetto obbligato e sanzionato delle sue regole giuridiche, e che ha piuttosto a che fare con quell'adesione (più o meno convinta, ma) libera e spontanea che, si è detto, genera e sostiene la fedeltà a un nucleo di valori e a un insieme di princìpi strumentalmente orientati al loro perseguimento che sono normalmente definiti dal suo ordinamento e dalla sua costituzione; fedeltà che, in un contesto liberaldemocratico e pluralista, non può però, né di fatto né di diritto, essere imposta ai singoli, come – e qui c'è già un nesso concettuale rilevante – non può essere imposta la fiducia, a livello personale quanto sociale e politico. E tuttavia tale fiducia spontanea, che genera fedeltà, è necessaria alla funzionalità dell'intero sottosistema giuridico, giacché è un fattore primario della convivenza, forse l'unico in grado di indurre la vera stabilità, nonché un consistente grado di certezza e soprattutto di effettività del diritto posto dal potere politico, producendo infine legittimazione dell'intero ordinamento e consolidando altresì quel tipo di accoppiamento strutturale tra i due sottosistemi (quello giuridico e quello politico) che caratterizza la costituzione stessa nella prospettiva in cui ora stiamo ragionando[39].

5. *La fedeltà alla costituzione come fattore sistemico di integrazione politica*

Da questo punto di vista, dunque, può ricostruirsi, ben al di là di ogni più o meno rilevante considerazione dell'*original intent* del singolo costituente o dell'*original public meaning* del concetto in un determinato contesto, la funzione del dovere costituzionale di fedeltà a una costituzione intesa come nucleo di valori (e di princìpi) assunto a fondamento

a quello che – usando un concetto hartiano – è l'*internal point of view* dell'interprete rispetto alle norme: si veda comunque H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), tr. it., Torino 1991, 68 ss.; in senso critico sulle prospettive di Hart, R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), tr. it., Torino 1997, 22 ss. Una ricostruzione articolata in quattro varianti dei modi di intendere il "punto di vista interno" nelle teorie di Hart e dei suoi epigoni in S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Torino 2013, 21 ss. e 37 ss.; A. MORELLI, *op. cit.*, 155 ss.; sia consentito su questi temi anche il rinvio a F. RIMOLI, *L'interpretazione "morale" della costituzione: brevi considerazioni critiche,* in *www.rivistaaic.it*, n. 3/2015.

[39] Si veda ancora N. LUHMANN, *La costituzione come acquisizione evolutiva* (1990), tr. it. in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino 1996, 83 ss.

del singolo ordinamento-struttura. Esso è certo in sé espressione, in quanto dovere, di una ontologica tendenza del diritto e dell'ordinamento, quale paradigma di autorità, a porre vincoli al comportamento individuale, e come tale resta intrinsecamente in contrasto con la concezione individualistico-liberale della democrazia; ma, se inteso come dovere nel senso non assiologico, bensì di istituzione[40], e fondato sulla fiducia, esso assume una funzione primaria di coesione dell'intero ordinamento-struttura, e quindi, mediatamente, del sottosistema giuridico che (in via primaria, benché non esaustivamente) in esso si estrinseca. Certamente, un dovere siffatto sarà, *in concreto*, difficile da far rispettare, e rimarrà, sul piano dei canoni della democrazia liberale pluralista, di dubbia legittimità, anche perché, come detto, la fedeltà costituzionale si pone in pratica come fedeltà a una *specifica* costituzione, ossia a un nucleo assiologico determinato e tendenzialmente esclusivo, ciò che crea un insuperabile problema ove, entro tale esclusività assiologica, si ponga – e si opponga, nel tipico paradosso dell'ordinamento pluralista – una inclusività programmatica. E tuttavia, nella forma di ricorsività autoriflessiva e di costante *feedback* reciproco che in fondo caratterizza tutto il fenomeno giuridico, tale dovere si riflette in una produzione di effettività che ne costituisce a sua volta il fondamento: in termini più semplici, la fedeltà genera effettività, ma non può che essere basata a sua volta sull'effettività stessa. In questo senso dunque, potrebbe dirsi, una disposizione espressa in tal senso (come quella dell'art. 54, co. 1, Cost. italiana) è superflua, giacché il dovere di fedeltà al nucleo assiologico di fondo di una costituzione è e resta, come *Sollen*, implicito nel medesimo atto di *posizione* e nella vigenza della costituzione stessa, che vincola in quanto norma di vertice dell'ordinamento-struttura, e in ciò si stempera nel più generale obbligo di osservanza[41]. La disposizione in sé finisce dunque, ben oltre le

[40] Secondo la ricostruzione che, sulla scorta di una lettura estensivamente rovesciata della concezione luhmanniana dei diritti fondamentali, ho tentato di elaborare in F. RIMOLI, *Appunti*, cit., 17 ss.

[41] In tal senso è appropriata la considerazione di Kelsen già ricordata, e risultano meno convincenti quelle letture che, concentrandosi sulla formula testuale della Costituzione italiana, sovrappongono al piano della teoria generale il dato del diritto positivo, tentando di individuare comunque un significato del tutto autonomo del concetto di fedeltà (alla Repubblica) rispetto a quello di osservanza (della Costituzione): si vedano in tal senso, seppur con varia modalità argomentativa, G.M. LOMBARDI, *Fedeltà*, cit., 170 ss.; L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, cit., spec. 92 ss.; A. MORELLI, *I paradossi*, cit., spec. 187 ss. Tornando anche noi per un attimo al contesto italiano, è evidente che i singoli ben potrebbero avere – e cercare di affermare – un'altra idea di Repubblica rispetto

sottigliezze esegetiche cui si è fatto cenno, con l'avere per lo più un valore *persuasivo* per i destinatari, giacché l'imposizione espressa di una fedeltà così configurata poco aggiunge all'obbligo di osservanza di *tutte* le disposizioni incluse nell'ordinamento stesso da parte dei singoli a esso soggetti, che deriva dalla sua medesima *positività*; ma il dovere di fedeltà generato dalla fiducia resta come tale sotteso necessariamente all'esistenza e alla sopravvivenza stessa del singolo ordinamento e della singola costituzione. Detto altrimenti, il dovere di fedeltà alla costituzione è così ontologicamente intrinseco alla costituzione stessa, che ogni sua esplicitazione può esserne non già fondamento, ma mera riaffermazione. Infine, potrebbe dirsi che il dovere di fedeltà in esame, strettamente interconnesso con quello di osservanza, è, ovviamente *dal solo punto di vista interno dell'ordinamento-struttura*, il *luogo di intensione* di tutti i doveri pubblici, nonché di vincolo a *tutte* le opzioni assiologiche poste dalla singola costituzione: esso diventa pertanto, oltre che, come detto, fattore di stabilità ed effettività, strumento di *integrazione politica e sociale*, giacché il vincolo di fedeltà a un nucleo valoriale definito impone il rispetto dello stesso (inteso però come osservanza coatta) da parte di tutti coloro che, cittadini o stranieri, vengano a far parte del novero degli individui soggetti all'ordinamento[42]. Ma tale rispetto – e qui sta l'impossibilità di una reale distinzione della fedeltà dalla mera osservanza – non richiede, né potrebbe farlo, l'adesione interiore dell'agente, che può in sé essere resa solo spontaneamente da questi. Sarà dunque compito dei pubblici poteri, e soprattutto degli organi di garanzia (e non già dei rappresentanti politici in quanto tali, che potrebbero ben essere contrari alla costitu-

a quella definita nella Costituzione vigente, magari ancorandosi a un superiore (e presupposto) concetto di fedeltà alla Nazione, intesa come soggetto identitario: il che tuttavia produrrebbe ulteriori e più gravi problemi. Inoltre, a voler seguire questa strada, ciò varrebbe anche per una possibile (e in sé legittima, entro un ordinamento che vuol dirsi pluralista) concezione che rifiuti, per detta Nazione, la stessa forma repubblicana, il cui mutamento è però vietato dall'art. 139 Cost. Insomma, da qualunque parte si cerchi di risolverla, la contraddizione tra obbligo di fedeltà e ordinamento liberaldemocratico resta, e il modo meno problematico di sostenerla sembra essere quello definito nel testo: assorbimento del dovere di fedeltà alla Repubblica nel dovere di fedeltà alla Costituzione (*e* di osservanza della stessa), nonché assunzione della prospettiva sistemico-funzionale del medesimo.

[42] Pur per altra via, connette a una "base minima di integrazione politica" il dovere di fedeltà anche G.M. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 146 ss., che però, scindendo la fedeltà dall'adesione interiore, ritiene che non sia configurabile un obbligo del cittadino di agire attivamente per la difesa dei valori costituzionali, a ciò funzionalizzando le libertà garantite dalla Carta.

zione vigente, e proprio per ciò prescelti dai loro elettori)[43] operare affinché tale adesione in modo spontaneo si produca, con tutte le conseguenze positive che ciò comporta in termini di salvaguardia e garanzia dell'ordinamento costituzionale vigente: infine, potrebbe dirsi, affinché il *dovere* di fedeltà diventi tale in quanto effetto di un *volere* del singolo di essere fedele ai valori costituzionali del proprio Paese. Ovviamente, e ragionando sempre da una prospettiva endoordinamentale, sarà altresì possibile, a ciascuno, agire (nelle forme previste per la revisione ed entro i relativi limiti) per il mutamento della costituzione, in forma espressa o in via interpretativa, laddove l'intima convinzione di questi consista in una sostanziale contrarietà alla costituzione vigente: e qui torna l'inesauribile problema della natura e dei limiti del potere di revisione, che certo non si può trattare in questa sede. E resta – forse soprattutto – la realistica considerazione che, da un punto di vista esterno all'ordinamento, ma comunque interno al complessivo sottosistema giuridico posto in relazione con il suo ambiente (non già, cioè, in una prospettiva sistematica, ma sistemica), le modifiche che il sottosistema stesso induce sull'ordinamento, in forma di evoluzione o di frattura, come *outputs* rispetto alle ri-

[43] Il che renderebbe incongruo dunque ogni giuramento di fedeltà costituzionale per i parlamentari, pure principale oggetto di dibattito in sede di elaborazione della Costituzione italiana, come già detto sopra; più ampiamente, sul tema del giuramento politico si vedano gli scritti citati *supra,* nt. 13. Ovviamente, affatto diversa è la posizione del Presidente della Repubblica, dei componenti del Governo e dei giudici della Corte costituzionale, cui l'obbligo di giuramento è imposto dagli articoli 91, 93 e 135 Cost; la formula di giuramento tuttavia varia per il Capo dello Stato neoeletto ("Giuro di essere fedele alla Repubblica e di osservarne lealmente la Costituzione"), per i componenti del Governo ("Giuro di essere fedele alla Repubblica, di osservarne lealmente la Costituzione e le leggi e di esercitare le mie funzioni nell'interesse esclusivo della Nazione", art. 1, co. 3, l. n. 400 del 1988), e per i giudici costituzionali ("Io, [nome e cognome], giuro sul mio onore di osservare lealmente la Costituzione e le altre leggi dello Stato, esercitando le mie funzioni di giudice della Corte costituzionale nell'interesse supremo della Nazione": si veda anche l'art. 5 della l.n.87 del 1953). Per gli appartenenti alle Forze armate, l'obbligo di giuramento è previsto dall'art. 621 co. 6 del d.lgs. n. 66 del 2010, e la formula, indicata nell'art. 575 del d.P.R. n. 90 del 2010, è la seguente: "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana, di osservarne la Costituzione e le leggi, e di adempiere con disciplina ed onore tutti i doveri del mio stato per la difesa della Patria e la salvaguardia delle libere istituzioni". Più incerta è invece la formula con cui debbono giurare i magistrati, dopo che il d.lgs. n. 212 del 2010 (un "taglialeggi") ha abrogato l'art.4 della legge n. 478 del 1946 con la formula ivi prevista ("Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana ed al suo Capo, di osservare lealmente le leggi dello Stato e di adempiere con coscienza i doveri inerenti al mio ufficio"), senza sostituirla: sul punto S. De Nardi, *Spigolature sul giuramento dei magistrati ordinari*, in *www.movimentoperlagiustizia.it*.

chieste dell'ambiente[44], tendono a superare sul piano della fattualità ogni pretesa conformativa di un dover essere normativamente positivizzato (*anche* al livello della costituzione). In altri termini, il venir meno della fedeltà spontanea da parte dei consociati, ossia di un loro *internal point of view* adesivo ai valori costituzionalmente prescelti, provoca inevitabilmente nel tempo un variabile grado di sovvertimento dell'ordine vigente e spinge a un riassestamento adattivo del sottosistema (tramite *anche* un mutamento parziale o totale del suo ordinamento costituzionale). E ciò, in virtù della detta circolarità del dovere di fedeltà/osservanza, rende le (eventuali) norme destinate alla sua imposizione, al tempo stesso, l'espressione della massima coercitività dell'ordinamento e il luogo della sua massima vulnerabilità, in quanto momento di potenziale (de)legittimazione dell'intero regime politico che nell'ordinamento (o meglio, in *quella* costituzione e in *quell'*ordinamento) si esprime[45]. E dunque, paradossalmente ma non troppo, tale ricostruzione del dovere di fedeltà/osservanza, misurata sul suo contenuto *funzionale* anziché su quello *assiologico,* è forse l'unica che può renderlo tollerabile, in quanto *dovere*, anche nel caso delle costituzioni pluraliste, senza peraltro rendere necessario il ricorso a poco compatibili categorie metagiuridiche (etiche o parareligiose): poiché altrimenti, se basata sui princìpi del relativo modello, la costituzione pluralista, in quanto tale (e qui sta il suo vero – e forse irrisolvibile – paradosso), dovrebbe essere garanzia di libertà dei singoli anzitutto contro se stessa, ovvero contro la potenziale assolutizzazione dei propri valori, e dunque non potrebbe imporre ad altri alcuna fedeltà

[44] Per i concetti di *input* e *output* di un sistema politico, si rinvia al noto studio di D. EASTON, *L'analisi sistemica della politica* (II ed. 1979), tr. it., Casale Monferrato 1984, spec.130 ss.

[45] Lo stesso Schmitt affermava che il giuramento imposto dall'art. 176 *WRV* significava "un giuramento di fedeltà alla costituzione in senso proprio e positivo, cioè un riconoscimento rafforzato con giuramento delle decisioni politiche fondamentali che sono contenute nella costituzione di Weimar e che già di per sé formano una costituzione in senso sostanziale" (C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., 47); per G.M. LOMBARDI, *Fedeltà,* cit., 171, che distingue dovere di fedeltà e dovere di osservanza partendo dall'idea che quest'ultima si collega logicamente a norme giuridiche, mentre la prima si riporta a valori istituzionalmente desumibili dalla costituzione, "oggetto del dovere di fedeltà è dunque il contenuto materiale di una certa Costituzione, assunto come sua ragione legittimatrice, mentre oggetto del dovere di osservanza sono le norme di un dato testo costituzionale, nella loro portata di fonte della validità di quell'ordinamento, oltre a tutte le norme di esso con queste collegate attraverso la dimensione ordinaria della legalità": il che lascia qualche perplessità, poiché gli stessi valori costituzionali non possono che essere mediati da norme (nella costituzione stessa e nelle leggi che le danno attuazione), e basterebbe questo a rendere assai evanescente la distinzione.

nei propri confronti, se non a quei cittadini che – liberamente e volontariamente – assumano pubbliche funzioni[46].

6. *Conclusioni*

Osservato da questo punto di vista, dunque, il dovere di fedeltà sembra poter essere tollerato anche da un ordinamento democratico e pluralista, pur mantenendo certamente in sé un fattore di attrito rispetto alla concezione *stricto sensu* liberale dell'obbligazione politica. Ma qui dobbiamo tornare, conclusivamente, e senza che si possa pretendere di esaurire nell'arco di un breve saggio un tema così arduo, alla prospettiva sistemica più ampia: il paradigma dei doveri si pone oggi, in senso complessivo, come (recuperato) contrappeso di quello dei diritti, entro un processo evolutivo plurisecolare che muove dall'ipostatizzazione autoritaria dell'assolutismo dello Stato di *ancien régime*, al grande passaggio rivoluzionario della fine del secolo XVIII, fino allo Stato liberale ottocentesco, alla sua crisi tradotta nelle esperienze totalitarie, e al suo recupero, nella forma mutata e arricchita dello Stato sociale del secondo dopoguerra[47]. Ma nello Stato liberale, a dispetto di ogni aggettivo, il principio di autorità era ben saldo, e, specialmente nell'area continentale europea,

[46] In questo senso è opinabile la tesi di G.M. LOMBARDI, *Fedeltà,* cit., che riconosce come la fedeltà nel nostro ordinamento non possa essere accolta se non "con le caratteristiche di un dovere a contenuto minimo"(ivi, 171), di cui tenta di tracciare i contenuti tramite una distinzione tra legalità e legittimità che vede la prima come espressione di uno Stato omogeneo, laddove la seconda, ancorata alla costituzione e ai valori in essa inscritti, diventa, entro uno Stato non omogeneo, garanzia avverso le possibili insufficienze della legalità stessa (che, "ridotta a un mito, può addirittura offrire appoggio e giustificazione alle dittature" [ivi, 170]). Resta il fatto che gli stessi valori costituzionali sono frutto di opzioni politiche relative, che la loro assolutizzazione (magari con un'interpretazione *wertorientierte*) comporta rischi non minori di involuzione autoritaria, e che proprio nelle società non omogenee, informate ai canoni del pluralismo, l'imposizione di un dovere di fedeltà a un paradigma assiologico specifico si pone come alcunché di incongruo. In realtà, anche la costituzione, se intesa aprioristicamente come espressione di un'unica volontà generale, diventa in sé un mito; nella storia essa si pone piuttosto, di tempo in tempo, come il volere di una parte vincitrice contro le altre sconfitte (e quella italiana non fu eccezione): e qui il criterio di effettività resta l'unico realisticamente plausibile per una legittimazione dell'intero ordinamento. Una critica alle ricostruzioni di Lombardi anche in L. VENTURA, *op. cit*., 78 ss.; non è qui possibile, infine, affrontare il connesso tema delle prestazioni finalizzate, per esempio, alla difesa della Patria, laddove (e finché) il relativo servizio in armi sia reso obbligatorio, nonché il tema dei relativi limiti all'obiezione di coscienza: qui, per tutti, S. PRISCO, *op. cit., passim*; G. GALANTE, *Fedeltà*, cit., 1153 ss.

si imponeva anche tramite una forte impronta nazionale e un vincolante richiamo a tutti quei valori e quei simboli (nazione, Patria, bandiera) che ne connotavano il sostrato, proprio forse a compensare una rappresentanza politica limitata e una sostanziale diseguaglianza sociale e politica. E al di là dei luoghi comuni, quel tipo di Stato non era affatto omogeneo, essendo basato piuttosto su una forma istituzionalizzata di disparità sociale, un suffragio ristretto e un riconoscimento meramente formale di libertà individuali che erano di fatto esercitabili solo da una parte esigua dei cittadini, per privilegio di censo, nascita o strato sociale. Omogeneo, in quella forma statuale, era dunque tutt'al più l'insieme delle istituzioni, ossia lo Stato-apparato, non certo lo Stato-comunità (per usare del lessico di Mortati), che rispecchiava invece le fratture proprie delle società industriali (o protoindustriali, in molti casi) tipiche del secolo XIX: e questa discrasia si rivelò infine la sua peggior debolezza. In tale contesto, come detto, la composita panoplia dei simboli di integrazione, ivi incluso un pervadente principio di fedeltà fondato sulla retorica dell'amor patrio e sulla lealtà al monarca (nei confronti del quale si giurava), fu uno degli strumenti strategici di compensazione delle potenziali spinte sovversive dell'ordine dello Stato liberale borghese che l'ineguaglianza sociale avrebbe potuto produrre; e ciò fu tanto più vero laddove, come nell'Italia appena nata, al disagio sociale si aggiungeva la potenziale spinta disgregante di una unificazione territoriale imperfetta, prodotta da un faticoso processo di unificazione che fu in realtà un'annessione del resto della penisola allo Stato sabaudo, e che fu sopportato come una violenza da una rilevante parte della popolazione, specialmente nel Meridione[48]. Le insufficienze e le contraddizioni proprie dello Stato liberale esplosero, com'è noto, dopo il primo conflitto mondiale, e furono una delle cause prime delle involuzioni totalitarie; le costituzioni democratiche dell'Europa occidentale del secondo dopoguerra, reagendo alla barbarie dei fascismi e recuperando il tronco del paradigma liberale con la separazione dei poteri e con il nuovo innesto del valore dell'eguaglianza sostanziale e

[47] Sul tema, per un percorso di sintesi, M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna 2004; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano 2006; P. RIDOLA, *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, in ID., *Diritto comparato e costituzionale europeo*, Torino 2010, 1 ss.; F.RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma 2011.

[48] Sul tema, tra molti, M.L. SALVADORI, *L'Italia e i suoi tre Stati. Il cammino di una nazione*, Roma-Bari 2011, spec. 8 ss.; E. GENTILE, *Né Stato né nazione. Italiani senza meta*, Roma-Bari 2010; E. GALLI DELLA LOGGIA, *L'identità italiana*, Bologna 1998.

dei suoi corollari (suffragio universale e diritti sociali anzitutto), aprirono poi al pluralismo in misura maggiore o minore (seppur talora limitandolo in funzione autoprotettiva, come nel *Grundgesetz*)[49], onde scongiurare il sempre possibile ripetersi di quelle esperienze; in tale quadro, la fedeltà costituzionale surroga la fedeltà al monarca e – almeno in parte – quella alla Nazione, la cui eredità resta però ben viva, anche dinanzi all'ambizioso processo di integrazione parafederale europea che nasce dagli anni Cinquanta, e che, anche per l'evidente difficoltà di superare la prospettiva di un malcelato interesse nazionale e le relative pulsioni egemoniche da parte di singoli Stati, sta sostanzialmente fallendo. Dinanzi a un simile quadro evolutivo, che è oggi reso assai più complesso da un'interdipendenza globale più forte che in passato, da un'iperfinanziarizzazione dell'economia che condiziona tutti i processi decisionali della politica, la democrazia aperta, discorsiva, inclusiva, riflessiva deve (purtroppo) cedere il passo, e la semplificazione delle procedure, che altro non è, al di là di ogni propaganda, che riduzione degli spazi democratici, si afferma da più parti come una necessità. In questa prospettiva, in effetti, il paradigma dei doveri, inteso sia in senso retorico-ideologico che in senso funzionale, opera in senso strumentale a questo mutamento, legittimando in modo occulto (e dunque strategicamente efficace) la limitazione della sfera delle libertà individuali e collettive, tentando di generare integrazione e infine omologazione, in ciò sostenuto anche dalle dinamiche proprie di un'insidiosa *political correctness* promossa dai meccanismi mediatici, rete inclusa (se poi tutto ciò porterà addirittura a processi di de-differenziazione sociale è difficile dire ora). Entro l'insieme dei doveri pubblici, come detto, quello di *osservanza* delle leggi (ivi inclusa, anzitutto, la Costituzione) è in sé indispensabile alla stessa dimensione fun-

[49] Distingue il ruolo del principio di fedeltà in base al tipo di democrazia ("libera" o "che si difende") A. CERRI, *Sul principio di fedeltà (a proposito di una recente decisione della Sezione disciplinare del C.S.M.)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 751 ss.: per il solo secondo tipo esso comporterebbe un'adesione ai valori di fondo dell'ordinamento, mentre per il primo si risolverebbe solo in un maggior rigore nell'osservanza delle leggi. Esso peraltro legittimerebbe indirettamente anche un possibile diritto di resistenza, armato o pacifico secondo i casi, facendo eventualmente prevalere, in caso di aggressione al nucleo assiologico fondamentale della costituzione, quest'ultima sulle leggi (si veda sul punto ID., *Fedeltà*, cit. 4). Sulla scelta di rendere quella tedesco-occidentale una "democrazia protetta", G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari 1999, 134 ss.; sull'art. 21 *GG*, M. MORLOK, *Art. 21 – Parteien,* in *Grundgestez Kommentar* (*hrsg. v.* H. Dreier), *Bd*. II, *Art*. 20-82, Tübingen 1998, 248 ss.; D. GRIMM, *Politische Parteien*, in *Handbuch des Verfassungsrechts* (*hrsg.v*. E. Benda-W. Maihofer-H.J. Vogel), I, Berlin 1984, 317 ss.

zionale dell'ordinamento (di qualunque tipo di ordinamento) nel sottosistema giuridico, poiché gli consente l'assolvimento dei compiti essenziali, primo tra tutti quello della stabilizzazione delle aspettative comportamentali e di semplificazione della complessità decisionale. E il dovere di *fedeltà* alla costituzione (*id est*, si ripete, al nucleo assiologico della singola costituzione vigente), ove si voglia proprio tenere distinto dal primo, è certo la sintesi di tutti gli altri che nella stessa costituzione sono inclusi. Esso svolge invero un ruolo sistemico verso una coesione di tipo sostanzialmente comunitario[50], certo utile – particolarmente in un'epoca di grandi sfide poste ai processi integrativi dagli imponenti fenomeni migratori in atto – al consolidamento del regime politico e alla sua effettività, ma potenzialmente *anche* evolvente in senso autoritario, come legittimazione alla limitazione del possibile dissenso[51], e come soluzione (ma solo apparente) alle difficoltà poste dalla sempre crescente complessità sociale, accresciuta anche dal moltiplicarsi delle culture e delle etnie in aree per l'innanzi ben più omogenee, e dalle istanze securitarie che ne emergono. Ove sia inteso come trascendente il doveroso rispetto oggettivo dell'insieme delle leggi vigenti sul piano dei comportamenti esteriori, e sia imposto come un *quid pluris* al pubblico funzionario che è parte dell'apparato amministrativo e giudiziario statale (ossia, non al politico), esso può essere legittimamente inteso come vincolo organicamente e funzionalmente necessario; allorché però sia imposto al semplice cittadino, esso è e resta una limitazione grave e contraddittoria della libertà di coscienza e di autodeterminazione individuale, nonché – potenzialmente – di espressione della propria opinione. Se tuttavia esso sia davvero necessario, nel senso ora detto, al processo di trasformazione in atto nelle società globali, magari per evitare involuzioni peggiori o definitive rinunce a una pur limitata realizzazione degli ideali democratici, sta a ciascuno giudicare.

[50] Frequente è infatti il collegamento del concetto di fedeltà con quello di solidarietà: si veda per esempio G.M. LOMBARDI, *Fedeltà*, cit., 171; A. MORELLI, *op. cit*., 199 ss., esamina l'ipotesi volta a trarre dal dovere di fedeltà addirittura un (non facilmente configurabile) vincolo di responsabilità e solidarietà verso le generazioni future, almeno per ciò che concerne un obbligo di perpetuazione di una concezione democratica e pluralista basata su diritti fondamentali ed eguaglianza sostanziale.

[51] Si adombrano qui gli enormi problemi dell'obiezione di coscienza, e in prospettiva, del diritto di resistenza, alla cui immensa letteratura specifica non è possibile in questa sede far cenno: si vedano, per tutti, S. PRISCO, *op. cit., passim*; G. GALANTE, *Fedeltà*, cit., 1146 ss.; G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano 2000; A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico: per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Milano 2006.

OSSERVATORIO

Valentina Capuozzo

IL RINVIO PREGIUDIZIALE NEL BINOMIO OMOGENEITÀ EUROPEA E IDENTITÀ NAZIONALI: RECENTI TENDENZE NELLA GIURISPRUDENZA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI*

SOMMARIO: 1. Unitarietà costituzionale europea e tutela dei diritti fondamentali: l'"integrazione mediante il diritto". – 2. Rinvio pregiudiziale e integrazione europea. – 2.1. Le recenti evoluzioni giurisprudenziali sul rinvio pregiudiziale: una valorizzazione applicativa. – 3. Integrazione europea e identità nazionale. – 4. Dialogo tra Corti e Costituzione europea.

1. *Unitarietà costituzionale europea e tutela dei diritti fondamentali: l'"integrazione mediante il diritto"*

Quando ci si riferisce al tema dei diritti fondamentali nel contesto europeo e al conseguente sistema della loro tutela "multilivello"[1], occorre necessariamente prendere in considerazione il ruolo svolto dalle Corti europee nella loro definizione. Centrale in tal senso è l'attività svolta dalla Corte di giustizia, dalla cui analisi si coglie la dimensione del percorso, sostanziato in un *iter* interpretativo che conosce diverse tappe.

In assenza di un "parametro di riferimento" che fosse "scolpito con chiarezza in un documento costituzionale"[2], infatti, la Corte di giustizia ha estrapolato (oltre che dalla CEDU) dalle tradizioni costituzionali degli

* Questo lavoro riprende, con modifiche e integrazioni, la relazione presentata al Convegno "*Desafíos del constitucionalismo ante la integración Europea*" in occasione della II edizione del Seminario Italo-Spagnolo di studi costituzionali, Università ICADE, Madrid, 26 novembre 2014.

[1] Sulla tutela "multilivello" si veda I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European costitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review*, n. 36/1999, 285-394; ID., *Multilevel constitutionalism in the European Union*, in *Walter Hallistein-Institut*, paper 4/2002; ID., *Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe*, in *Walter Hallstein-Institut*, paper 7/2004.

[2] G. MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, in *Diritto Processuale Ammnistrativo*, n. 2/2006, 294.

Stati membri i principi idonei alla tutela dei diritti fondamentali, individuandoli attraverso una logica peculiare, non di mera comparazione tra ordinamenti[3], ma di valorizzazione del modello costituzionale interno che meglio rispondesse alle esigenze di tutela poste dal caso concreto[4].

Una volta selezionati i principi armonici con l'ordinamento europeo, poi, la Corte ha proceduto ad una loro rielaborazione, attraverso una tecnica di bilanciamento ispirata a criteri di proporzionalità, informata a quella "mitezza costituzionale"[5] che richiede una tutela del diritto fondamentale tra gli altri e rispetto agli altri e mai esclusiva.

Così rielaborati, o, più specificamente, armonizzati, i principi ritornano agli operatori interni in un contesto di alimentazione reciproca tra ordinamenti che "europeizza" i principi costituzionali nazionali[6].

In questo contesto, in cui "le comunità civili e politiche europee si trovano di fatto ad usare un diritto sempre più comune, che produ(ce)

[3] *Ibidem.*

[4] Sul punto si v. A. BALDASSARRE, *La Carta europea dei diritti*, in S. P. PANUZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo di integrazione Europea*, Milano 2003, 32-33 che sottolinea come l'indagine analitica della Corte proceda, per ogni caso che si prospetta al suo esame, all'individuazione del patrimonio dei diritti dello Stato che meglio si adatta alla sua soluzione. Sul ruolo della giurisprudenza del Giudice dell'Unione nella formazione di tradizioni costituzionali comuni si v., tra gli altri, G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di Giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Annuario 1999 dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*, *La Costituzione europea*, Padova 2000, 313; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1994, 525 e ss.; F. BALAGUER CALLEJÓN, *The Relations Between the EU Court of Justice and the Constitutional Courts of the Member States*, in H.J. BLANKE, S. MANGIAMELI (a cura di), *The European Union after Lisbon. Constitutional Basis, Economic Order and External Action*, Heildeberg 2012, 254.

[5] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 11.

[6] Cfr. A. MANZELLA, *L'unitarietà costituzionale dell'ordinamento europeo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2012, 661 in cui si parla di una "interdipendenza dinamica assicurata dal «dialogo» tra le Corti" e si sottolinea che "«dialogo» e «armonizzazione interpretativa» possono condurre ad una «europeizzazione» di principi costituzionali nazionali".

A titolo esemplificativo può farsi riferimento al noto caso Omega (Corte di giustizia, 14 ottobre 2004, C-36/02), che ha visto il giudice di Lussemburgo impegnato in un delicato bilanciamento tra il principio di libera circolazione delle merci e quello della tutela della dignità umana. In particolare, l'autorità amministrativa di Berlino aveva vietato, per minaccia all'ordine pubblico, lo sfruttamento commerciale di un gioco che consisteva nella "simulazione di omicidi" perché ritenuto lesivo di "un valore fondamentale sancito dalla Costituzione nazionale, ossia la dignità umana"(si veda il p.to 32 della sentenza). Ebbene, la Corte, dopo aver stabilito che quello della tutela della dignità umana è principio generale del diritto europeo, ha ritenuto legittimo il divieto stabilito dal provvedimento nazionale (cfr. la sentenza al p.to 41).

principi sempre più comuni"[7], si pone la problematica del "rapporto tra ordinamento europeo e costituzioni nazionali"[8], che porta in rilievo quell'esigenza di garantire le specifiche identità degli Stati membri.

Questa esigenza di protezione delle peculiarità costituzionali degli Stati membri, codificata dopo Lisbona nell'art. 4 par. 2 TUE, mostra come l'identità nazionale non sia "affatto assorbita dall'appartenenza all'UE"[9] e apre la questione della sua importanza nel processo di "integrazione mediante il diritto".

2. *Rinvio pregiudiziale e integrazione europea*

Nell'analizzare questo processo, pare opportuno soffermarsi sulla rilevanza che ha assunto lo strumento del rinvio pregiudiziale nell'ambito della "europeizzazione" dei principi costituzionali nazionali, peraltro centrale anche nel rapporto tra quest'ultima e la tutela delle specifiche identità di ciascuno Stato membro.

Questo "dialogo da giudice a giudice"[10], disciplinato dall'art. 267 TFUE, rappresenta una chiave decisiva in tal senso, perché offre la possibilità agli organi giurisdizionali nazionali di portare in sede europea le specificità del proprio ordinamento, dando così luogo ad un'"armonizzazione interpretativa" (art. 52, par. 4 CDFUE) dei diritti fondamentali che tenga conto del "rispetto delle identità nazionali" (art. 4, par. 2 TUE).

La logica cooperativa cui è improntato l'istituto fa sì che esso, "punto di giuntura fra ordinamenti"[11], diventi "canale di «esportazione» di principi costituzionali"[12], attraverso il quale portare le identità nazionali in sede europea, così valorizzando le peculiarità proprie di ciascuna tradizione statale nel processo di armonizzazione dei diritti[13].

[7] M. Fioravanti, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in L. Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna 2000, 65.

[8] A. Manzella, *L'unitarietà costituzionale cit.*, 660.

[9] *Ibidem*.

[10] E. Scoditti, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva del giudice comune nazionale*, in *europeanrights.eu*, 18/05/2009, 10.

[11] *Ibidem*.

[12] M. Cartabia, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia: atto primo*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2008, 1317.

[13] In questo senso, si v. anche I. Del Vecchio, *Koinè costituzionale e cittadinanza europea. La lunga strada della tutela dei diritti in Europa*, in *Diritto e società*, n. 2/2015, 432

2.1. Le recenti evoluzioni giurisprudenziali sul rinvio pregiudiziale: una valorizzazione applicativa

L'analisi delle recenti dinamiche giurisprudenziali in tema di rinvio pregiudiziale pare mettere in luce un'esaltazione della funzione svolta dall'istituto.

Particolarmente rilevante in tal senso è l'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla Corte EDU con la sentenza Dhahbi c. Italia dell'8 aprile 2014.

Il caso riguarda un cittadino tunisino[14], il signor Dhahbi, immigrato in Italia con un permesso di soggiorno per lavoro, il quale, in base alla sua situazione familiare e reddituale, riteneva di rientrare nei parametri per ottenere l'assegno previsto dall'art. 65 della legge 448 del 1998, di cui, perciò, domandava il versamento.

Dal momento che la legge in questione richiedeva il requisito della cittadinanza italiana per la corresponsione dell'assegno, il versamento gli era stato negato, motivo per il quale il Dhahbi era ricorso all'autorità giudiziaria facendo riferimento all'"Accordo euro-mediterraneo" tra l'Unione Europea e la Tunisia, ratificato dall'Italia con la l. 35 del 1997, che all'art. 65 prevede, per "i lavoratori di cittadinanza tunisina e i loro conviventi", il godimento, "in materia di previdenza sociale, di un regime caratterizzato dall'assenza di qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza rispetto ai cittadini degli Stati membri nei quali essi sono occupati".

Dopo il rigetto del ricorso da parte del Tribunale di Marsala, il Dhahbi aveva presentato appello, domandando, tra l'altro, la proposi-

e ss., in cui si parla del rinvio pregiudiziale come di uno strumento di "omogeneizzazione" delle tutele in materia di diritti fondamentali, che permette un equilibrato bilanciamento tra europeizzazione e identità nazionale. Cfr., sul punto, R. CONTI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Dalla pratica alla teoria*, in *questionegiustizia.it*, 7 maggio 2013, che sottolinea l'importanza della valutazione espressa dal giudice nazionale in sede di rinvio, che viene a costituire "un anello della catena che condurrà alla soluzione". Del resto, come osservato da M. CARTABIA, *Commento all'art. 4, par. 2 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano 2014, 23 e ss., posto che l'identità di un ordinamento giuridico si basa sui valori fondamentali dello stesso, è inevitabile che l'identità di un ordinamento giuridico composito come quello europeo si fondi sulle specificità di ciascuno Stato membro, che possono essere valorizzate mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale, v. anche M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia* cit., 1317.

[14] All'epoca dei fatti, in quanto successivamente il signor Dhahbi ha acquisito la cittadinanza italiana.

zione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in riferimento alla possibilità di rifiutare l'assegno al lavoratore tunisino pur in presenza dell'art. 65 dell'"Accordo euro-mediterraneo". Anche l'appello non fu accolto sulla base del rilievo che l'art. 65 si riferisce solo alle prestazioni previdenziali, mentre, nel caso di specie, l'assegno richiesto aveva natura assistenziale.

A questo punto, il signor Dhahbi propose ricorso per cassazione, con cui chiese nuovamente la sottoposizione della questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Con sentenza del 15 aprile 2008, però, la Cassazione respinse il ricorso confermando le osservazioni della Corte d'appello di Palermo.

È a questo punto che si apre il capitolo europeo, di cui è protagonista la Corte EDU, adita in riferimento al rifiuto – immotivato – della Cassazione di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia in riferimento all'interpretazione dell'"Accordo euro-mediterraneo", rifiuto ritenuto lesivo dell'art. 6§1 della CEDU.

Nella sentenza dell'8 aprile 2014 la Corte EDU, pur premettendo che la CEDU non prevede la garanzia per il singolo di vedere accolta la sua richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, afferma che l'art. 6§1, che stabilisce il diritto per "ogni persona ... a che la causa sia esaminata ... da un tribunale ... costituito per legge", implica l'obbligo, a carico delle giurisdizioni interne, di motivare le decisioni con cui rifiutano il rinvio pregiudiziale. Ciò alla luce degli scopi perseguiti dall'art. 267 TFUE, di garantire l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione, assicurandone la corretta applicazione in tutte le esperienze giurisdizionali europee.

Nell'articolare le sue valutazioni, la Corte EDU richiama la causa Vergauwen c. Belgio (dec. n. 4832/04, 10 aprile 2012), nella quale aveva costruito il sillogismo giudiziale per cui in virtù dell'art. 6§1 CEDU "i giudici nazionali le cui decisioni non prevedono ricorsi giurisdizionali di diritto interno sono tenuti, quando rifiutano di sottoporre alla CGUE una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione del diritto dell'UE sollevata dinanzi ad essi, a motivare il loro rifiuto rispetto alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia"[15].

Quindi, esaminata la sentenza della Cassazione impugnata e ritenuta la stessa priva di "riferiment(i) alla richiesta di rinvio pregiudiziale formulata dal ricorrente e alle ragioni per le quali è stato considerato che la

[15] Cfr. il p.to 31 della sentenza Dhahbi c. Italia, CEDU 8 aprile 2014.

questione sollevata non meritasse di essere trasmessa alla CGUE", oltre che mancante di richiami "alla giurisprudenza della CGUE"[16], la Corte EDU condanna lo Stato italiano per violazione dell'art. 6§1 CEDU.

L'orientamento espresso nell'*affaire* Dhahbi valorizza la funzione svolta dal rinvio pregiudiziale, incoraggiandone l'applicazione. Quello che emerge, infatti, è un rafforzamento del vincolo a carico delle giurisdizioni interne di ultima istanza a sollevare il rinvio, da considerarsi necessario se conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Inoltre, altro profilo di assoluto interesse è quel dialogo costruttivo che pare instaurarsi tra Corte EDU e Corte di Lussemburgo che vede la prima impegnata nel dare seguito ed effettività alle determinazioni della seconda[17].

Una valorizzazione applicativa del rinvio pregiudiziale pare emergere anche da un rinnovato atteggiamento dei giudici costituzionali interni rispetto all'istituto.

Volgendo lo sguardo a quanto accaduto nel quinquennio 2011-2014, è possibile rilevare come diversi Tribunali e Corti costituzionali, seppure in dissenso con la loro precedente giurisprudenza, si siano decisi ad utilizzare il rinvio pregiudiziale, instaurando un dialogo diretto con il giudice di Lussemburgo[18]. È il caso del *Tribunal constitucional* spagnolo, che lo ha sollevato nel 2011, del *Conseil constitutionnel* francese, nel

[16] Cfr. il p.to 33 della sentenza Dhahbi c. Italia, CEDU 8 aprile 2014.

[17] Rimarchevole in tal senso la recente sentenza della Corte di giustizia (18 luglio 2013, causa C-136/12) resa su istanza di pronuncia pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato n. 1244 del 2012. Il quesito interpretativo riguardava i poteri del giudice nazionale nel sollevare il rinvio e la relativa responsabilità dello Stato nel caso in cui il mancato rinvio pregiudiziale costituisca una manifesta violazione del diritto dell'Unione. In particolare, il problema dinanzi al quale si era trovato il Consiglio di Stato era una mal formulata istanza di rinvio e quindi, dal momento che il diritto processuale amministrativo italiano, fondato sul principio della domanda, impone al giudice di non intervenire sui motivi proposti dalla parte, si chiedeva alla Corte di giustizia il comportamento che il giudice nazionale dovesse tenere in casi del genere, di sovrapposizione tra le regole processuali nazionali e il diritto europeo. Anche dalla risposta resa dalla Corte di giustizia è possibile scorgere una valorizzazione dello strumento del rinvio pregiudiziale, che, dice la Corte, essendo cooperazione tra giudici, prescinde dall'iniziativa di parte e, per questo motivo, le regole processuali interne non possono interferire con esso, trattandosi di uno strumento nelle mani esclusive del giudice. Per una puntuale analisi dell'ordinanza di rinvio si veda M. P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comparato*, 2012, 754-757; oltre che R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista Aic*, n. 3/2014, 16 e 17.

[18] R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali cit.*, 17.

2013, del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, 2014, e della Corte costituzionale italiana, a cui faremo riferimento nell'analizzare il percorso di apertura allo strumento predisposto dall'art. 267 TFUE.

I motivi che avevano indotto i giudici costituzionali a guardare all'istituto come ad un sorta di "tabù"[19] sono rinvenibili nel fatto che, sebbene "strumento di dialogo", è "innegabile che il rinvio pregiudiziale ... contenga in sé anche una sorta di inevitabile gerarchizzazione"[20], dal momento che dà impulso ad una decisione che vincolerà il richiedente[21].

Il timore della Corte costituzionale italiana (cui circoscriviamo la nostra analisi) "di trovarsi soggetta alle decisioni di altro giudice e quindi in una posizione di sotto ordinazione nei riguardi dello stesso"[22], emerge evidentemente se esaminiamo la tortuosità dell'*iter* percorso dalla stessa.

Nella sentenza 206 del 1976 la Corte esprime il suo primo orientamento, identificando il soggetto che deve dialogare con la Corte di giustizia nel giudice ordinario per i motivi che enuncerà nella successiva ordinanza 536 del 1995: nella Corte costituzionale "non è ravvisabile quella «giurisdizione nazionale» alla quale fa riferimento l'art. 177" (ora art. 267 TFUE) "poichè ... non può essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano"[23], consistendo la sua funzione nel controllo costituzionale delle leggi.

Sebbene infatti dalla sentenza 168 del 1991 fosse riscontrabile uno spiraglio, in quanto la Corte non aveva escluso la possibilità di poter essa stessa proporre il rinvio pregiudiziale se giudice di ultima istanza della

[19] L'espressione è di G. Repetto, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c'è mai fine ai nuovi inizi (sull'ordinanza n. 207 del 2013 della Corte costituzionale)*, in *diritticomparati.it*, 28 ottobre 2013, 1.

[20] R. Romboli, *Corte di giustizia e giudici nazionali cit.*, 2.

[21] Cfr. ivi, 2 e 3 "Ciò infatti è nella natura stessa del sistema della pregiudizialità, il quale consiste nel disegnare un sistema in base al quale un soggetto, di fronte ad un dubbio che si pone per dare soluzione ad un caso da risolvere, sospende il suo giudizio e chiede l'intervento di altro soggetto che risolverà il suo dubbio. A meno di non ricostruire il rapporto in termini di mero parere non vincolante, appare chiaro come il richiedente sarà, in misura più o meno stretta, vincolato alla decisione del soggetto a cui si è rivolto e quindi inevitabilmente identificabile come «superiore», specie quando ad esso viene riconosciuta in proposito una competenza di tipo esclusivo." Cfr. in tal senso anche F. Donati, *Corte costituzionale, «controlimiti» e rinvio pregiudiziale ex art. 234 del Trattato CE*, in *Diritto comunitario e diritto interno: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano 2008, 251.

[22] Ivi, 25.

[23] Cfr. ordinanza n. 536 del 1995.

controversia (in caso cioè di conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni o di giudizi di legittimità in via principale), l'esperienza successiva mostra ancora un atteggiamento di chiusura. È il caso, ad esempio, della sentenza 365 del 1997, che vede la Corte costituzionale interpretare direttamente alcune disposizioni del Trattato senza sollevare rinvio (anche se si trattava di un giudizio di legittimità costituzionale in via principale) e senza specificare nella sentenza il motivo del mancato rinvio.

In questo modo la Corte costituzionale si era sottratta al dialogo diretto con la Corte di Lussemburgo, subendo una sorta di "emarginazione" dallo scambio col diritto europeo, a fronte di un sempre maggiore protagonismo dei giudici comuni, che sono via via diventati i veri interlocutori di quel processo di "elaborazione da parte della Corte di giustizia di principi costituzionali" attorno ai quali è venuto edificandosi l'ordinamento europeo[24].

Di fronte a questa situazione, nel 2008, la Corte costituzionale muta il proprio orientamento, ponendo fine a quelle "affermazioni di principio oscillanti e non prive di contraddizioni, accompagnate da un «nulla di fatto» sul piano dell'effettività"[25] e proponendo per la prima volta i propri quesiti pregiudiziali alla Corte di giustizia con l'ordinanza n. 103.

La Corte afferma che, come il giudice comune, è legittimata a sollevare il rinvio davanti alla Corte di giustizia, perché, pur nella peculiare posizione di organo di garanzia costituzionale, in un giudizio in via principale è l'unico giudice chiamato a pronunciarsi "in quanto ... manca un giudice *a quo* ... abilitato ... ad applicare o disapplicare direttamente la norma interna non conforme al diritto comunitario"[26], mentre "il rinvio pregiudiziale ... appare opportuno al fine di evitare il pericolo di contra-

[24] F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2008, 1291. Si v., a proposito del giudice comune quale diretto interlocutore della Corte di giustizia e della conseguente erosione del ruolo centrale delle Corti costituzionali nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, *ad vocem*, in *Enciclopedia del Diritto*, *Annali*, Vol. 4, 2011, 361. Per un'analisi critica dell'atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale nei confronti del rinvio pregiudiziale cfr. P. CARETTI, *Corte e rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e diritto interno: atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano 2008, 143-151; M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 2002, 4477 e ss.; A. CELOTTO, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze fra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"*, in *Giurisprudenza costituzionale,* 2000, 1193 e ss.

[25] M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia cit.*, 1313.

[26] Cfr. il p.to 8.2.8.3 del Considerato in diritto della sentenza n. 102 del 2008.

sti ermeneutici tra la giurisdizione comunitaria e quella costituzionale nazionale che non giova alla certezza e all'uniforme applicazione del diritto comunitario"[27].

Il *revirement* compiuto dalla Corte nel 2008, importante ma ancora prudente[28], viene completato nel 2013, quando, con ordinanza n. 207, la Corte costituzionale solleva rinvio pregiudiziale nell'ambito di un giudizio in via incidentale.

La questione di costituzionalità era stata proposta per un contrasto tra disciplina nazionale e normativa europea – non direttamente applicabile – in materia di contratti di lavoro a tempo determinato senza la previsione di una durata massima. I giudici *a quibus* non reputavano necessario sollevare il rinvio pregiudiziale ritenendo indubbio il contrasto e avevano rimesso la questione alla Corte per presunta violazione dell'art. 117, comma 1 della Costituzione. La Corte, invece, sulla base del rilievo che i giudici in questione avevano solo la facoltà di proporre il rinvio perché giudici non di ultima istanza, ha ritenuto opportuno sottoporre i propri dubbi interpretativi alla Corte di Lussemburgo, così portando a termine quella rivoluzione giurisprudenziale avviata nel 2008[29].

A fronte dei rischi derivanti da un suo "isolamento ... nella tutela dei diritti fondamentali"[30], la Corte costituzionale italiana, quindi, pare aver scelto la via del dialogo con la Corte di giustizia, per ritornare protagonista di quel processo di costruzione di un diritto costituzionale comune, nell'ambito del quale un congruo utilizzo del rinvio pregiudiziale può contribuire all'armonizzazione tra diritto europeo e identità nazionali[31].

[27] Cfr. il p.to 8.2.8.4 del Considerato in diritto della sentenza n. 102 del 2008.

[28] Cfr. M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia cit.*, 1314 e 1315 "La Corte ha compiuto un importante passo avanti nel dialogo con la Corte di giustizia, e tuttavia ha mantenuto un atteggiamento di grande prudenza. ... Questa prudenza non stupisce. A differenza di altri giudici supremi, non è nello stile della nostra Corte costituzionale far evolvere gli orientamenti giurisprudenziali tramite nette cesure e svolte epocali. ... In quest'ottica si spiega perché la Corte costituzionale nell'ord. n. 103 del 2008 abbia voluto ad un tempo innovare e conservare: innovare, facendo uso del rinvio pregiudiziale; conservare, delimitando per il momento la legittimazione della Corte costituzionale ai soli giudizi in via principale, in ordine ai quali i precedenti non avevano speso alcuna posizione chiara."

[29] Cfr. A. ADINOLFI, *Una «rivoluzione silenziosa»: il primo rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana in un procedimento incidentale di legittimità costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto internazionale*, n. 4/2013, 1251.

[30] R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali cit.*, 27.

[31] Si v. sul punto M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali – il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – Incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola – San-*

3. *Integrazione europea e identità nazionale*

La portata "omogeneizzante" del rinvio pregiudiziale, di sintesi nella complessità relazionale di un'Europa "unita nelle diversità", non esurisce l'analisi dell'"integrazione mediante il diritto". Mutando di prospettiva e osservando il fenomeno dal punto di vista dell'identità nazionale ne emergono una serie di criticità che mostrano come sia ancora tortuoso il rapporto con l'omogeneità europea.

Procedendo nell'analisi delle recenti tendenze della giurisprudenza italiana, infatti, è possibile rilevare come esse non evidenziano solo la volontà del giudice costituzionale di ribadire la centralità del ruolo svolto nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, ma rivelano anche un ritorno sulla scena principale della preoccupazione di garantire la dimensione identitaria[32].

Ne è diretta testimonianza la sentenza n. 238/2014, con la quale la Corte costituzionale italiana ha fatto valere per la prima volta come controlimite – sia pure nel contesto più generale del diritto internazionale – un principio costituzionale interno.

Con tale decisione (e con la successiva ordinanza n. 30 del 2015) il Giudice delle leggi ha espressamente affermato che, quando ad essere in gioco è uno dei principi fondamentali dell'ordinamento italiano (l'insopprimibile garanzia della tutela giurisdizionale dei diritti), pur non essendo possibile mettere in discussione l'interpretazione della CIG sulla norma internazionale consuetudinaria (nella specie, la norma sull'immunità degli Stati dalla giurisdizione civile)[33], "il meccanismo di adegua-

tiago de Compostela 16-18 ottobre 2014, in *cortecostituzionale.it*, sezione *Relazioni internazionali*, 19 e 20. L'A. parla ancora una volta del rinvio pregiudiziale come di uno strumento di "partecipazione" che, se utilizzato con il giusto atteggiamento dalle Corti costituzionali degli Stati membri, può renderle "protagoniste attive del laboratorio giurisprudenziale dei diritti fondamentali tutelati a livello europeo".

[32] Sull'attuale tendenza alle "rivendicazioni identitarie nazionali" cfr. P. FARAGUNA, *L'identità nazionale nell'Unione europea come problematica e come soluzione*, ne *il Mulino*, n. 5/2015, 866-875.

[33] Per una puntuale analisi della sentenza si v., tra gli altri, R. DICKMANN, *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto (Nota a Corte cost., sent. N. 238 del 22 ottobre 2014)*, in *federalismi.it*, n. 22/2014; P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia. I contro limiti in azione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2 novembre 2014; S. LIETO, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 novembre 2014; C. PINELLI, *Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles*, in *QIL, Zoom out II (2014)*, 33-41.

mento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali"[34].

Il principio è ormai recepito anche dalla giurisprudenza di legittimità; la Corte di Cassazione lo ha ribadito nella sentenza n. 21964 del 28 ottobre 2015, in cui ha affermato che la consuetudine non può valere ad escludere l'accesso alla giurisdizione di fronte ai giudici italiani in relazione ad azioni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi dei diritti della persona umana, perché si tratta di un valore qualificante il nostro sistema costituzionale, saldamente ancorato alla tutela della dignità umana e dei diritti inviolabili.

Pur non avendo come oggetto una norma del diritto europeo, la sentenza 238 del 2014 appare emblematica perché pone bene in evidenza che quella sui controlimiti è una competenza attuale della Corte (e quindi esperibile concretamente) e non destinata a rimanere confinata ad una sorta di astrazione "iperuranica", sottolineando come la valutazione di compatibilità sia esclusivo appannaggio del Giudice delle leggi.

Per quanto possano suscitare una forte eco, anche tenuto conto del fatto che prima di questa decisione la dottrina dei controlimiti veniva intesa come uno strumento di deterrenza[35], le parole della Corte, a ben guardare, sono volte a rimarcare il ruolo che il giudice costituzionale è chiamato a svolgere in un moderno Stato di diritto, di garanzia dell'ordine costituzionale. Ciò tanto più nel contesto di un'integrazione extranazionale, nel cui ambito il Giudice delle leggi ha "il dovere di vegliare sull'intangibilità del nucleo essenziale della Costituzione non disponibile da parte di alcuna autorità né nazionale, né sovranazionale, né internazionale"[36].

La scelta della Corte di azionare l'arma dei controlimiti non è arrivata senza preavviso. È nell'argomentare la decisione n. 264 del 2012 che la Corte opera il primo riferimento al limite costituzionale, utilizzandolo da argine al diritto CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo[37].

[34] Cfr. la sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana al p.to 3.1 del Considerato in diritto.

[35] Cfr. M. Luciani, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia,* n. 1/2015, 85 che parla di una teoria considerata dai più come "bella da enunciare, ma difficile, se non impossibile, da applicare".

[36] Così il Presidente G. Silvestri al p.to 5 della *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2013*, reperibile su *www.cortecostituzionale.it*, nella Sezione "Documentazione", voce "Relazioni annuali".

[37] Nella pronuncia, resa nell'ambito della vicenda delle "pensioni svizzere", dopo aver sottolineato che è il Giudice delle leggi l'unico "tenuto a valutare come ed in quale

Fin d'allora il messaggio appariva chiaro: fermo il ruolo che ciascun organo istituzionale svolge nel processo di integrazione transnazionale, la Corte costituzionale conserva la sua funzione di garante supremo dell'equibrio ordinamentale interno. E la garanzia riguarda, innanzitutto, l'identità statale.

Non è privo di significato il fatto che la Corte abbia azionato i controlimiti nei confronti di una norma internazionale e non dell'Unione. Il legame indissolubile tra la giustizia costituzionale e la Costituzione[38], infatti, rende il processo di integrazione sovranazionale soggetto al controllo del giudice costituzionale sulla base dei parametri dell'ordinamento costituzionale nazionale[39]. Ma il fatto che la Corte non abbia ancora tradotto in pratica le sue competenze nei confronti dell'Unione indica l'apertura al dialogo collaborativo con le istituzioni europee[40]; dialogo che in tanto sarà costruttivo, in quanto rispettoso delle specificità costituzionali interne, attraverso un'omogeneizzazione che le esalti, cogliendo e armonizzando le affinità costituzionali delle diverse realtà di cui l'Europa si compone.

L'esigenza di tutela dell'identità emerge in maniera evidente anche dalla recente ordinanza del 18 settembre 2015 con la quale la seconda Sezione penale della Corte d'appello di Milano ha sollecitato la Corte costituzionale ad applicare la dottrina dei controlimiti in riferimento all'esecuzione di una sentenza resa dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale.

La questione pregiudiziale era nata nell'ambito di un procedimento penale in materia di "frodi carosello", sostanziantesi in operazioni frau-

misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano" (cfr. il p.to 4.1 del Diritto), la Corte non si è adeguata alla normativa CEDU in materia, ritenendo legittima la legislazione nazionale. Questo perché, come chiarisce il Presidente G. Silvestri nella *Relazione cit.* (v. p.to 6), "la Corte costituzionale italiana, per effetto della sua collocazione nell'ordinamento, deve sempre effettuare il necessario bilanciamento tra il diritto di volta in volta preso in considerazione *singulatim* dalla Corte europea ed il complesso dei diritti tutelati dalla Carta costituzionale nazionale (…)". Sulla sentenza n. 264/2012 si v., tra gli altri, F.M. PALOMBINO, *«Limiti» e «contro-limiti» nei rapporti tra Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e diritto interno*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Tesauro*, Napoli 2014, 565 e ss.; G. SCACCIA, *«Rottamare» la teoria dei controlimiti?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2013, 145.

[38] Involucro dei principi supremi e dei diritti fondamentali dell'ordinamento.

[39] Si v., in tal senso, F. BALAGUER CALLEJÓN, *The Relations Between the EU Court of Justice and the Constitutional Courts cit.*, 256 e 257.

[40] Di cui è evidente testimonianza l'analizzato *revirement* della giurisprudenza costituzionale nell'utilizzo del rinvio pregiudiziale.

dolente che, mediante un sistema che sfruttava le agevolazioni normative previste nel caso di cessioni tra i Paesi dell'Unione Europea, evadevano il versamento dell'imposta sul valore aggiunto (IVA). In particolare, si contestava agli imputati di avere conseguito un ingiusto profitto, creando anche distorsioni nell'ambito della libera concorrenza fra le imprese del proprio settore, perché, non pagando l'IVA, riuscivano a collocare la propria merce sul mercato a prezzi inferiori rispetto alla media.

Il Tribunale di Cuneo, dinanzi al quale pendeva il procedimento descritto, aveva sollevato rinvio pregiudiziale perché riteneva che il combinato disposto tra gli artt. 160, ultimo comma, c.p. e 161, secondo comma, c.p., prevedendo un termine di prescrizione complessivo troppo breve, finiva spesso per mandare esenti da pena gli evasori, nella sostanza creando una nuova possibilità di esenzione dall'IVA non prevista dal diritto dell'Unione.

La Corte di Lussemburgo si pronuncia sul punto l'8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco[41] e dice, in riferimento all'art. 325, paragrafo 1 e 2 TFUE, che gli Stati membri devono lottare "con misure dissuasive ed effettive" contro le attività illecite lesive degli interessi dell'Unione[42], interessi tra i quali va ricompresa la corretta applicazione delle aliquote IVA, dal momento che le entrate da essa provenienti contribuiscono a finanziare il bilancio europeo.

Perciò la normativa del codice penale italiano in materia di prescrizione, finendo con l'impedire la comminazione effettiva e dissuasiva di sanzioni, contrasterebbe con gli interessi finanziari dell'Unione ex art. 325 TFUE, cui il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia disapplicando, in virtù del primato del diritto europeo, le disposizioni statali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro gli obblighi impostigli[43].

La decisione della Corte di giustizia ha suscitato reazioni contrastanti in giurisprudenza: da un lato, infatti, si è avuta una sua prima esecuzione

[41] Sulla sentenza Taricco (Corte di giustizia UE, 8 settembre 2015, causa C-105/14) si v. F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *penalecontemporaneo.it,* 14 settembre 2015; G. CIVELLO, *La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Archivio penale*, n. 3/2015; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *penalecontemporaneo.it*.

[42] Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco al § 37.

[43] Ivi, § 49.

da parte della Terza Sezione penale della Corte di Cassazione, che ha proceduto a disapplicare la normativa sui termini assoluti di prescrizione in un processo per frode fiscale[44]; dall'altro, invece, la Corte d'appello di Milano, per la prima volta nella storia della giurisprudenza italiana, invita la Corte costituzionale ad azionare l'arma dei controlimiti[45].

Lo fa sollevando questione di legittimità costituzionale sull'art. 2 della legge n. 130 del 2008 (con cui viene data esecuzione nell'ordinamento italiano al TFUE come modificato dal Trattato di Lisbona) nella parte in cui impone al giudice nazionale di applicare l'art. 325 paragrafi 1 e 2 TFUE come interpretato nella sentenza Taricco, disapplicando la normativa ex artt. 160, ultimo comma, c.p. e 161, secondo comma, c.p. "anche se dalla disapplicazione discendano effetti sfavorevoli per l'imputato, per il prolungamento del termine di prescrizione"[46].

Il controlimite che si sollecita ad azionare è quello del principio di legalità in materia penale, art. 25, comma 2, Cost. Disapplicare la normativa ex artt. 160 ultimo comma e 161 comma 2 c.p., infatti, implica "l'applicazione di un diverso e più sfavorevole regime prescrizionale"[47] rispetto a quello previsto dalla legge al momento della commissione del fatto.

In realtà, il problema sollevato dalla Corte d'appello milanese era stato oggetto di analisi da parte della Corte di giustizia che, nel motivare la sentenza Taricco, aveva concluso che il principio di legalità non fosse in alcun modo leso in virtù del rilievo che la materia della prescrizione del reato attiene alle sue concrete condizioni di procedibilità e per questo non è coperta dalla garanzia della legalità penale, come sancita dall'art. 49 della CDFUE ed interpretata dalla giurisprudenza della Corte EDU sulla corrispondente previsione dell'art. 7 CEDU[48].

[44] Cass., III Sez. Pen., sentenza n. 2210 del 20 gennaio 2016, sulla quale si v. il commento di F. VIGANÒ, *La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA*, in *penalecontemporaneo.it*, 22 gennaio 2016. La stessa si è però successivamente orientata a sollecitare l'applicazione dei controlimiti (Cass., sez. III Pen., 30 marzo 2016).

[45] Sull'ordinanza 18 settembre 2015 della Corte d'appello di Milano, II Sez. Penale si v. l'analisi di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in *penalecontemporaneo.it*, 21 settembre 2015.

[46] Cfr. l'ordinanza della Corte d'appello di Milano del 18 settembre 2015 (n. 6421/14 R.G.A.) al p.to 1 del Ritenuto in diritto.

[47] Ivi, p.to 6.

[48] Cfr. Corte di giustizia UE, sentenza 8 settembre 2015, causa C-104/14, Taricco §§ 56 e 57.

Il nodo principale della questione, centrale nelle argomentazioni addotte dalla Corte d'appello, risiede nella qualificazione delle norme sulla prescrizione. Secondo i giudici milanesi, a differenza di quanto ha ritenuto la Corte di giustizia, si tratta di "norme di diritto sostanziale, parte integrante della legge penale" perciò "soggette al principio di legalità e a tutti i corollari di cui all'art. 25 comma 2 Cost." che, per questo motivo, non permettono "di incidere *in peius* non solo sulla fattispecie incriminatrice e sulla pena, ma anche sugli aspetti inerenti alla punibilità"[49].

In effetti, le argomentazioni della Corte d'appello di Milano sono suffragate da una corposa giurisprudenza costituzionale dalla quale si evince chiaramente che il Giudice delle leggi ha ritenuto la riserva di legge contenuta nell'art. 25, comma 2, Cost. riferita non solo alla fattispecie incriminatrice e alla pena, ma anche agli aspetti relativi alla punibilità come la prescrizione[50].

Emblematica in tal senso è la sentenza n. 324 del 2008, che la Corte d'appello cita a sostegno della propria tesi, in cui la Corte costituzionale fa riferimento alla sua costante giurisprudenza, secondo la quale il principio di legalità ex art. 25, comma 2, Cost., non solo esclude l'introduzione di nuove fattispecie criminose o l'estensione di quelle esistenti a casi non previsti, ma rende altresì inammissibile incidere su aspetti inerenti alla punibilità, fra i quali rientra la disciplina della prescrizione e dei suoi atti interruttivi o sospensivi[51].

Sulla base di questi argomenti, quindi, i giudici milanesi non ritengono possibile procedere a disapplicare la normativa interna e sollecitano il Giudice delle leggi ad azionare la sua competenza in materia di controlimiti.

Le argomentazioni addotte dalla Corte d'appello di Milano sono in controtendenza rispetto a quel dialogo collaborativo di cui abbiamo parlato. Il fatto che un giudice nazionale abbia messo in rilievo delle divergenze così profonde tra la giurisprudenza europea e quella nazionale, nella specie sul modo di considerare l'istituto della prescrizione, invita a riflettere, tanto più se si considera che la vivacità giurisprudenziale de-

[49] Cfr. l'ordinanza della Corte d'appello di Milano del 18 settembre 2015 (n. 6421/14 R.G.A.) al p.to 6 del Ritenuto in diritto.

[50] *Ibidem*. Cfr. anche Corte costituzionale sent. n. 394/2006, peraltro citata nella stessa ordinanza di rimessione, al p.to 6.1 del Considerato in diritto, in cui si fa richiamo ad altre pronunce del Giudice delle leggi: sentenze nn. 161/2004, 49/2002, 508/2000 e ordinanze nn. 187/2005, 580/2000, 392/1988, 132/1995.

[51] Così Corte costituzionale, sentenza n. 324/2008, p.to 5 del Considerato in diritto.

scritta è la reazione ad una sentenza resa dalla Corte di Lusseburgo in sede di rinvio pregiudiziale.

In questo caso, lo strumento predisposto dall'art. 267 TFUE non ha avuto quella portata armonizzante che gli è propria, mostrando la forza dell'identità nazionale, la cui presenza, se non gioca un ruolo di primo piano nel processo di integrazione circolare descritto, tende a riemergere in maniera prepotente. Tanto è vero che la vicenda, ancora aperta, attende la decisione della Corte costituzionale, cui, con ogni probabilità spetterà l'ultima parola. E questa volta il Giudice delle leggi dovrà tarare l'arma dei controlimiti ponderando l'opportunità di usarla in relazione ad una disposizione del diritto dell'Unione.

A prescindere da quello che deciderà la Corte, il caso analizzato è un segnale importante, da interpretare non in contraddizione ma a corredo delle manifestazioni di apertura al dialogo esaminate nella prima parte di queste considerazioni, come sintomo di un fenomeno più ampio che fa presagire come il rinvio pregiudiziale, sebbene strumento dalla portata "omogeneizzante", la cui valorizzazione applicativa produce esiti pregevoli nel processo di integrazione europea, non sia da solo sufficiente.

Se da un lato, infatti, sia i crimini nazisti commessi durante la seconda guerra mondiale, sia la disciplina dell'IVA sono casi del tutto particolari[52], dall'altro, sarebbe miope ricondurre meramente alla peculiarità del caso di specie la vivacità della giurisprudenza recente. Quello che emerge, invero, è che quel sistema giurisprudenziale cosiddetto multilivello, divenuto progressivamente "più veloce della politica nel dislocarsi sul piano internazionale"[53], incomincia a far intravvedere i propri limiti[54].

[52] Sulla regolamentazione dell'IVA, peraltro, sussiste un forte contrasto tra Unione Europea e Italia in relazione alla disciplina delle aliquote da applicare alle prestazioni di assistenza e sicurezza sociale rese dalle cooperative sociali e dai loro consorzi, perché la normativa statale che prevede un'imponibile del 4 per cento (l'art. 41-bis, Tab. A, parte II, all. al D.P.R. 633/1972, come interpretata dall'art. 1, comma 331, primo e secondo periodo della l. 296/2006) contrasta con la Direttiva 2006/112/CE che consente di mantenere le aliquote IVA inferiori al 5 per cento per le sole operazioni che al primo gennaio 1991 già godevano di questo beneficio (l'art. 41-bis, invece, è stato previsto per la prima volta dall'art. 7 delle legge 8 novembre 1991). Sul punto, ben due volte la Commissione UE ha avviato dei Casi EU Pilot; il primo, 3328/12/TAXU, poi archiviato nel luglio 2013 per un adeguamento della disciplina nazionale alla Direttiva suddetta e il secondo, il 6164/14/TAXU, ancora pendente per una successiva modifica della normativa statale in senso contrario al diritto dell'Unione.

[53] M. FIORAVANTI, *Costituzione e politica: bilancio di fine secolo,* in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna 2000, 64.

[54] Cfr. in tal senso P. FARAGUNA, *L'identità nazionale nell'Unione europea cit.*, in part. 869.

4. *Dialogo tra Corti e Costituzione europea*

Quanto osservato dalle dinamiche giurisprudenziali esaminate ci pone dinanzi a due dati che appaiono contrastanti: da un lato, l'attitudine creativa del dialogo tra Corti[55] che, di fatto, ha costruito le norme di garanzia dei diritti fondamentali al livello dell'ordinamento europeo[56], e, dall'altro, la sua inadeguatezza funzionale, accompagnata da un diffuso sentimento identitario.

A parte le vicende giurisprudenziali italiane esaminate, infatti, la retorica dell'identità pare essere un fenomeno piuttosto diffuso[57]. Basti pensare, da ultimo, al referendum che il prossimo 23 giugno vedrà i cittadini della Gran Bretagna scrivere una pagina determinante della loro storia e alle decisioni con cui il 18 e 19 febbraio u. s. il Consiglio Europeo ha risposto alle istanze del premier brittanico Cameron[58], dalle quali emerge con chiarezza la ricerca di un punto di equilibrio in un percorso di integrazione ancora *in fieri*.

Questa situazione contraddittoria, dunque, ci spinge ad interrogarci sui motivi che stanno alla base di questa asimmetria. Con riguardo alla giurisprudenza italiana esaminata, più che legittimo è il domandarsi come mai, subito dopo aver aperto al dialogo con la Corte di Lussemburgo nel 2013, ora si paventi la tendenza ad invertire la rotta[59], sulla

[55] Cfr. R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, *Quaderno n. 21*, Seminario 2010, Torino 2012, 141 che, in riferimento al rinvio pregiudiziale, parla di una sua trasformazione "da strumento di interpretazione a strumento di produzione del diritto".

[56] Si v., sul punto, l'analisi di S. STAIANO, *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali e nelle prospettive dell'Unione Europea*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principî e diritti fondamentali*, Napoli 2002, 813 e ss.

[57] Cfr. E. CLOOTS, *National identity in EU Law*, Oxford 2015, 1: "*National identity rhetoric currently permeates the political debate in many European countries. So, Latvian Prime Minister Valdis Dombrovskis called upon Latvian citizens to 'express one's faithfulness to Latvian national identity and constitutional values' by voting against the recognition of Russian as a second official language in a 2012 referendum. (…) The French government, for its part, organized a comprehensive survey of what constitutes French national identity in 2009 and 2010. And statistical evidence shows that an important reason for the Irish 'no' to the Lisbon Treaty in 2008 was the desire to protect Irish identity*".

[58] Su cui v. G.M. SALERNO, *Le decisioni del Consiglio europeo di febbraio: l'Unione europea ad una svolta*, in *federalismi.it*, n. 4/2016.

[59] Una tendenza a controbilanciare l'apertura, invero, è possibile coglierla anche dalle parole del Presidente G. Silvestri nella *Relazione cit.*, di cui si v. i p.ti 5 e 5.1, da cui emerge l'intenzione di equilibrare la necessità dell'integrazione con quella della protezione dei principi e diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, nucleo dell'identità costituzionale italiana.

quale il Giudice delle leggi si esprimerà, chiarendo la direzione in cui ci accingiamo a procedere.

La necessità di garanzia della dimensione identitaria statale, invero, emerge anche dal contesto normativo europeo. La qualificazione, fin dal Trattato di Maastricht, della sussidiarietà come principio cardine dell'Unione, così come l'art. 4(2) TUE di cui abbiamo parlato, ne sono manifestazioni evidenti; ma quello che determina le disfunzioni è, forse, la scelta di affidare le fila dell'integrazione esclusivamente alla giurisdizione[60].

Il ruolo istituzionale sempre più ampio ed influente svolto dalla giurisdizione nell'ambito della tutela dei diritti, che trova fondamento nelle "potenzialità razionalizzanti del giudizio e del suo consolidarsi nella giurisprudenza"[61], evidenzia una "centralità del momento interpretativo"[62] che tradisce "un eccesso di fiducia nel diritto"[63].

Sebbene più agile e rassicurante rispetto alla immanente debolezza della decisione politica, infatti, non va trascurata la circostanza che la logica giurisprudenziale è improntata alla risoluzione del caso concreto, cioè alla composizione di un conflitto mediante un "bilanciamento fra beni giuridici meritevoli di protezione per come evidenziati nel singolo caso"[64]; funzione che mal si attaglia alla definizione astratta e generale di principi sui quali deve reggersi il funzionamento di un sistema ordinamentale.

Riferirsi al fenomeno dei diritti fondamentali vuol dire "tenere distinti due momenti": quello della "determinazione ed individuazione degli stessi" e quello della loro "tutela"[65], che, evidentemente, si trovano tra loro in un rapporto cronologico, nel senso che il primo è antecedente rispetto al secondo.

Il percorso storico che prende avvio dagli ordinamenti premoderni, in cui il diritto «comune» era a formazione giurisprudenziale e dottrina-

[60] Si v., in questo senso, P. FARAGUNA, *L'identità nazionale nell'Unione europea cit.*, 868.

[61] G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma – Bari 2012, 19 in cui l'Autore ascrive la progressiva espansione del ruolo della giurisdizione alle sue caratteristiche, che la rendono adeguata alle esigenze di "agilità" e "flessibilità" poste dalla sfida della globalizzazione.

[62] Ivi, 15.

[63] Così P. FARAGUNA, *L'identità nazionale nell'Unione europea cit.*, 870.

[64] Così S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in *federalismi.it*, n. 13/2014, 13.

[65] R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale cit.*, 131.

ria sulla base del principio giusnaturalistico in virtù del quale la validità della norma dipendeva dall'intrinseca razionalità del contenuto, passa per il positivismo dello stato legislativo di diritto, che riconosceva nella forma legislativa l'unico criterio di identificazione del diritto valido, e arriva allo stato costituzionale, in cui le leggi, non più soggette a mere norme formali, ma obbligate al rispetto di principi sanciti nelle Carte costituzionali, vivono attraverso l'interpretazione e l'applicazione del giudice[66].

L'osservazione dell'attuale momento storico, però, rivela che l'equilibrio che dovrebbe vedere gli organi politicamente rappresentativi e quelli giurisprudenziali cooperare, i primi, nel definire i diritti fondamentali e, i secondi, nel controllarne la tutela, risulta alterato[67].

La sentenza del 26 novembre 2014, con la quale la Corte di giustizia ha risposto al secondo rinvio pregiudiziale operato dalla Corte costituzionale italiana nel 2013, è diretta testimonianza di quanto si va affemando. In essa la Corte di Lussemburgo ha chiarito il contrasto con la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo indeterminato 18 marzo 1999 allegato alla direttiva 1999/70/CE, della disciplina nazionale che consente, in attesa dell'espletamento di procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo nelle scuole, di ricoprire i posti provvisoriamente vacanti attraverso contratti a tempo determinato rinnovabili senza che vengano indicati tempi certi per l'espletamento delle procedure concorsuali.

La "questione precari", come viene comunemente indicata in gergo giornalistico, ha assunto una forza dirompente sul piano mediatico e si sono manifestati orientamenti distanti, anche su base ideologica, affidando alla giurisdizione il compito di arbitrarli[68].

[66] Sul percorso storico sinteticamente descritto si v. l'analisi sui "paradigmi di validità delle norme giuridiche" di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, *2. Teoria della democrazia*, Bari 2007, 29 e ss.

[67] Cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012; ID., *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Politica del diritto*, n. 3/1998; G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997; L. VIOLANTE, *Magistrati*, Torino 2009.

[68] Sul punto si v. S. STAIANO, *Politica e giurisdizione. Piccola cronaca di fatti notevoli*, in *federalismi.it*, n. 11/2013 in cui l'Autore, analizzando alcune vicende nazionali dalle quali emerge il ruolo "pervasivo" della giurisdizione, parla di un "populismo costituzionale" che si sostanzia nel binomio "potere assoluto della giurisdizione – coscienza sociale"; ancora, si v., per una visione più completa del fenomeno, ID., *L'accesso alla Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità della legge elettorale*, in *Nomos. Le attualità*

Ma la decisione della Corte di giustizia non va oltre il riconoscimento teorico del diritto, evidenziando tutti i limiti di un sistema che pretende di risolvere i problemi giuridici soltanto attraverso la giurisdizione[69]. Consegnare alla giurisdizione il governo dei diritti[70], infatti, tende ad obliterare il punto più importante, quello relativo, cioè, alla loro concreta attuazione[71], che compete alla sfera politica, investita democraticamente di tale potere e, per questo motivo, responsabile nei confronti dei cittadini[72].

Anche le recenti dinamiche giurisprudenziali che così strenuamente difendono l'identità nazionale sono il segnale che il diritto, da solo, non basta[73], sebbene il lavorío giurisprudenziale in ambito europeo abbia avuto il merito di creare un sostrato comune di valori, omogeneizzando le specificità interne. Rinvio pregiudiziale e controlimiti, che nella visione armonica prospettata dal costituzionalismo multilivello rappresentano strumenti di composizione degli eventuali contrasti, mostrano tutta la complessità dei rapporti tra i diversi livelli di legalità di cui l'Europa si compone[74].

I considerevoli risultati ottenuti in sede di rinvio pregiudiziale e dialogo tra Corti, infatti, andrebbero considerati come un preludio nell'ambito dell'auspicato completamento dell'unificazione europea che, se è vera la massima hobbesiana secondo la quale "non è utile proclamare diritti se non c'è chi è in grado di difenderli", va compiuta attraverso un recupero della dimensione politica della tutela.

Innanzitutto, ciò che appare necessario è che la discussione sull'Europa superi logiche settoriali per approdare, finalmente, "ad un approccio pienamente di diritto costituzionale"[75]. Questo approccio potrebbe

nel diritto, n. 1/2013 e ID., *Costituzionalisti e popolo*, in *federalismi.it*, n. 25/2013. Analoghe le argomentazioni alla base dell'intervento dell'Autore alla presentazione del libro "Il dovere di avere doveri" di L. Violante, svoltasi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II il 25 maggio 2015.

[69] Cfr. N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil: Sovereignity Now*, in *European Law Journal*, n. 3/1995.

[70] Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Rivista AIC*, 17 luglio 2006, 4.

[71] Ivi, p.to 5; L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino 2014, in part. 75-79.

[72] Cfr. L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri cit.*, 19. V. anche M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico cit.*, 5; S. STAIANO, *I diritti fondamentali nelle giurisprudenze costituzionali cit.*, 822 e 823.

[73] V. in questo senso P. FARAGUNA, *L'identità nazionale nell'Unione europea cit.*, 870.

[74] Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico cit.*, p.to 5.

[75] B. CARAVITA, *Il federalizing process europeo*, in *federalismi.it*, n. 17/2014, 2.

essere tentato con la creazione di un apposito organismo politico, formato attraverso l'elezione indiretta dei suoi membri da parte del Parlamento europeo (così da conferirgli una legittimazione democratica) che proceda ad un'analisi volta a determinare a che punto siamo nel processo di integrazione, da un lato, inglobando i pregevoli rsultati del dialogo tra Corti, e, dall'altro, indagando ed enucleando i problemi identitari di una realtà politica a 28 Stati membri[76].

Un'analisi in tal senso, infatti, potrebbe costituire il punto di partenza per recuperare l'orientamento in un panorama sempre più composito[77]. Certo, i rischi potrebbero essere molteplici; a parte il fattore tempo, che potrebbe forse essere attenuato ponendo delle scadenze che contingentino questa ambiziosa attività, la maggiore preoccupazione sarebbe sul versante identitario: bisognerebbe evitare che la discussione diventi sede di riemersione in senso negativo di rivendicazioni identitarie.

Però, considerando la «spia identitaria» messa in luce, un passo avanti in tal senso potrebbe rappresentare la prima mossa per una ride-

[76] L. FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Bologna 2013, 173 parla di "tempi maturi" per "l'istituzione di un'Assemblea costituente europea, la quale comporterebbe il superamento della logica internazionalistica dei trattati e la sua sostituzione con una logica costituzionale. Secondo l'A., infatti, "solo un'Assemblea costituente rappresentativa di tutti gli europei verrebbe oggi ad assicurare una legittimazione democratica e costituzionale dell'Unione, ridisegnandone i lineamenti istituzionali secondo il modello degli Stati federali: con l'attribuzione di funzioni legislative all'attuale Parlamento europeo eletto su liste elettorali europee; con l'istituzione di un governo federale ad esso vincolato da un rapporto di fiducia o comunque eletto anch'esso su basi europee; con la creazione di istituzioni europee indipendenti di garanzia dei diritti e dei beni fondamentali, legate alle corrispondenti istituzioni di garanzia di livello statale o regionale dal rapporto di sussidiarietà oggi previsto dall'art. 5, secondo comma, del Trattato della Comunità". Sulla necessità del compimento di un processo costituente si v. anche S. STAIANO, *The crisis of State sovereignity and social rights*, in *The age of Human Rights Journal*, n. 2/2014, 25 e ss.; M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello stato costituzionale di diritto cit.*, 371 e 372; F. BALAGUER CALLEJÓN, *The Relations Between the EU Court of Justice and the Constitutional Courts cit.*, 253. Si v., poi, sulla necessità del recupero della dimensione politica della tutela dei diritti, L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri cit.*, 23-26 che paventa il rischio, se si perseverasse in quella che chiama "Giuristocrazia", di una "spoliticizzazione della democrazia" e del suo "affidamento a corporazioni tecnocratiche con grandi poteri sulla vita dei cittadini e delle pubbliche istituzioni, ma prive di responsabilità nei confronti tanto dei primi quanto delle altre".

[77] Sulla necessità di recuperare un orientamento nella composita realtà dell'Unione odierna si v. ancora B. CARAVITA, *Il federalizing process cit.*, 3 che parla di "evitare o comunque circoscrivere e storicizzare quella sensazione dell'essere tutti «senza bussola»" citando U. BECK, *Europa tedesca. La nuova geografia del potere*, Roma-Bari 2013.

finizione di valori e competenze delle istituzioni europee che approdi ad un'"integrazione differenziata"[78] in cui le disomogeneità diventino un punto di forza nella creazione di "aree di elevata e sicura protezione dei diritti individuali"[79] e che resituisca vigore al legame che unisce nello Stato costituzionale potere e diritti, costituendo la premessa per una consapevole "manifestazione di volontà imperativa"[80] che fondi i diritti in un atto costituente di legittimazione del potere politico.

[78] Sull'integrazione differenziata, nell'ambito della vasta letteratura giuridica sul tema, si v., per quanto qui di interesse, M. CONDINANZI, *L'Unione europea tra integrazione e differenziazione*, in *federalismi.it*, n. 5/2015.

[79] Ivi, 34.

[80] M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico cit.*, 3.

OSSERVATORIO

Mario Iannella

CONDIZIONALITÀ E DIRITTI SOCIALI: SPUNTI DAL CASO PORTOGHESE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le misure di condizionalità nel piano di assistenza e le posizioni quanto a vincolatività giuridica. – 3. La tutela dei diritti sociali nella giurisprudenza del TC Portogallo. – 4 L'applicazione del principio di uguaglianza. – 5. Problematiche e considerazioni relative alla giurisprudenza della Corte costituzionale portoghese. – 6. Un approccio differente: la possibilità di applicare la Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Il presente contributo vuole provare ad offrire una lettura dei rapporti tra condizionalità, diritto Ue e Costituzioni nazionali, avendo riguardo agli effetti in termini di tutela dei diritti sociali che possano derivare da queste interazioni. L'analisi si incentra sull'approfondimento della vicenda portoghese, in ragione della rilevanza peculiare che ha assunto la giurisprudenza del *Tribunal Constitucional* (TC) di questo Paese, nel contesto delle interazioni delle politiche di bilancio nazionali con Fmi, Bce ed organi di governo dell'Ue.

La tesi che si cercherà di argomentare parte dal presupposto che sussistano differenti possibilità di interpretazione dei *memorandum* e più in generale delle indicazioni presenti nel *Programma di Assistenza Finanziaria* sottoscritto dal Portogallo. Tali diverse interpretazioni attengono sia alla natura di diritto Ue, che all'efficacia vincolante – su un piano giuridico – degli stessi e richiedono un'approfondita analisi dei diversi *memorandum*, con riguardo alle procedure ed ai soggetti sottoscrittori. Si cercherà di sostenere come tali diverse soluzioni abbiano conseguenze di rilievo sulle possibilità di tutela dei diritti sociali a livello nazionale. In particolare, la giurisprudenza portoghese sulle leggi di bilancio e le ri-

forme del sistema economico-finanziario, analizzate per i profili di compatibilità con i diritti sociali che permeano la Costituzione di questo Paese, offrono l'opportunità di inquadrare le difficoltà ed i limiti che una tutela nazionale riscontra sul piano dell'implementazione di questi. Da ultimo si tenterà di offrire alcuni spunti per una differente prospettiva di tutela che possa tener conto e meglio sviluppare i diversi interessi coinvolti nel pernicioso bilanciamento tra esigenze economiche collettive e diritti pretensivi dei singoli.

Il punto di partenza di questa disamina deve quindi necessariamente essere un'analisi delle modalità di accesso agli aiuti finanziari degli Stati in crisi e dei rapporti di questi con la *governance* dell'Ue. Anzitutto, la dinamica degli aiuti offerti agli stati in difficoltà è da cogliersi nella sua evoluzione. Un primo sistema di aiuti è stato, infatti, contraddistinto da approcci bilaterali e dalla partecipazione del Fmi. Solo in una fase successiva a questi strumenti si è aggiunto un sistema di tipo assistenziale che ponesse al centro gli organi dell'Unione, secondo le diverse modalità desumibili dai procedimenti per l'erogazione di aiuti dell'Efsm (*European Financial Stability Mechansim*), Efsf (*European Financial Stability Facility*) ed Esm (*European Stability Mechanism*)[1].

Pare opportuno inoltre sottolineare come le difficoltà economico finanziarie dei paesi che hanno avuto accesso a questo sistema di aiuto abbiano fisiologicamente determinato anche l'interessamento delle procedure europee presenti nel Patto di Stabilità e Crescita, anche come modificato dagli interventi del c.d. *Six Pack* – con particolare riguardo al procedimento per la correzione dei disavanzi eccessivi –[2].

Il caso portoghese risulta di peculiare utilità, presentando al con-

[1] Per una ricostruzione complessiva degli strumenti adoperati per prestare assistenza ai paesi membri durante la fase più acuta della crisi, si v. M. RUFFERT, *The European Debt Crisi and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011.

[2] In riferimento a questi cambiamenti la letteratura è invero assai diffusa, preme sottolineare come alcuni tra i più recenti studi tendano a sottolineare come l'instaurazione di simili meccanismi possa essere considerata come il segnale del passaggio ad un sistema EMU di condivisione del rischio, in tale direzione si veda ad esempio la ricostruzione in E. CHITI, P. GUSTAVO TEXEIRA, *The constitutional implications of the European responses to the financial and public debt crisis,* in *Common Market Law Rev*., vol. 50, 2013, 683-708; S. BARTOLE (*International Constitutionalism and conditionality. The experience of the Venice Commission,* in *Rivista AIC*, n. 472014) sottolinea come, in un contesto di portata ancor più generale, possa individuarsi una generale tendenza alla creazione di strumenti di "condizionalità" come elemento comune nello sviluppo del costituzionalismo, ad opera di due formanti, i giudici e le indicazioni di corpi "tecnici" nelle organizzazioni sovranazionali.

tempo un articolato sistema di indicazioni sottoscritte o pervenute tramite diverse delle modalità di aiuto, una Costituzione contraddistinta da un cospicuo elenco di garanzie dei diritti sociali[3] e modalità di accesso al sindacato di costituzionalità[4] che hanno consentito lo sviluppo di una cospicua casistica sulle tematiche d'interesse di questa analisi. Si sottolinea, anzitutto, come possano essere individuati essenzialmente tre approcci interpretativi: a) un inquadramento che nega la natura vincolante dei *memorandum* e della legislazione di assistenza estranea al *framework* Ue; b) un orientamento che assegna efficacia vincolante agli impegni assunti in questi contesti, senza soffermarsi particolarmente sulla configurabilità quale diritto Ue – e sulle eventuali garanzie connesse –; c) alcune sollecitazioni volte a considerare l'intera normativa come diritto UE.

Nel presente elaborato si cercherà di analizzare, dato conto del primo indirizzo, gli effetti che dalla scelta operata circa questo inquadramento conseguono – sul piano delle tutele dei diritti sociali – dall'adesione del TC portoghese al secondo di questi orientamenti.

2. *Le misure di condizionalità nel piano di assistenza e le posizioni quanto a vincolatività giuridica*

Per inquadrare correttamente gli elementi di condizionalità, pare opportuno spendere alcune notazioni sullo sviluppo della crisi portoghese e sulle vicende politico istituzionali che hanno condotto all'assetto determinante le pronunce del TC[5]. L'inizio delle difficoltà economiche del Portogallo si connette all'annuncio, nel 2009, della crisi finanziaria della Grecia, dovuta allo sforamento del tetto del disavanzo deficit/Pil e, soprattutto, alla riconduzione a realtà dell'ammontare dello stesso[6].

[3] Si vedano in particolare gli artt. 53-72 della Cost. port.

[4] Artt. 277-283 Cost. port.

[5] La crisi complessiva del sistema Ue e le conseguenti modifiche del sistema di governance economica – cui sono destinati solo alcuni cenni in questo elaborato per definire le modalità di predisposizione dei diversi strumenti di assistenza – sono state diffusamente affrontate in dottrina si v. ad esempio G, MARTINICO, *Eu Crisis and Constitutional Mutations: A Review Article*, in *Revista de estudios políticos*, 165, 2014, 247-280; F. FABBRINI, *The fiscal compact, the "Golden Rule", and the paradox of European Federalism*, Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series N. 13/2013; M. ADAM, F. FABBRINI, P. LAROUCHE, *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford 2014; M. DAWSON, F. DE WITTE, *Constitutional Balance in the EU after the Euro-Crisis,* in *The Modern Law Rev.*, 2013, 817-844.

[6] In effetti, a fronte di una precedente comunicazione di un disavanzo pari al 5% del

L'Irlanda è il successivo Paese a necessitare di aiuti economici, avendo il governo deciso di intervenire consistentemente nelle difficoltà finanziarie del sistema bancario. Il sistema portoghese, fortemente esposto per l'ammontare dell'indebitamento esterno e contraddistinto da un periodo di lunga stagnazione economica, non riesce a reggere alla crisi di sistema, specie in ragione della forte crescita della spesa pubblica registratasi negli anni antecedenti[7].

Il succedersi delle crisi economico-finanziarie spiega le differenti modalità di prestazione dell'assistenza cui si accennava[8].

In un primo momento, infatti, alla Grecia è prestato aiuto tramite un sistema di prestiti bilaterali con stati membri dell'UEM e tramite richiesta d'intervento del FMI, sulla base di una "carta d'intenti" e di due *memorandum* sottoscritti con la mediazione della Commissione Europea[9].

Solo con l'emergere delle crisi irlandesi si procede alla creazione di strumenti di assistenza "istituzionalizzati", prima con caratteristiche di temporaneità – Efsm ed Efsf – e successivamente permanenti – Esm –. In tale contesto, il Portogallo – peraltro alle prese con una crisi di governo – sottoscrive un accordo con rappresentanti del Fondo monetario internazionale, la Commissione europea e la Banca centrale, per l'erogazione nel corso del triennio 2011-14 di 78 miliardi di euro. Il "*Programa de Asistência Económica e Financeira*" (PAEF) prevede la sottoscrizione di alcuni *memorandum* che delineano gli elementi di condizionalità per l'erogazione degli aiuti. Tenuto conto della composizione plurale dei soggetti che forniscono risorse, questi possono anzitutto dividersi tra quelli sottoscritti dal governo portoghese con il Fondo monetario internazionale (*Technical Memorandum of Understanding* e il *Memorandum of Eco-*

Pil, veniva comunicato che, per via della "contabilità creativa" fino ad allora tenuta dallo stato greco, l'effettivo deficit era individuabile in una cifra prossima al 13%, si v. Decisione Consiglio (UE) n. 2010/182.

[7] Si v. ad esempio V. BENTO, *Euro forte, euro fraco – duas culturas, uma moeda: um convívio (im)possível?*, in *Bnomics*, 2013, 129-141.

[8] Si segnala come alcuni autori abbiano, invece, provato a ricostruire una doppia "versione" delle misure di condizionalità, distinguendo tra quelle inquadrabili come *hard law* – pervenute ai paesi all'esito di un piano di assistenza finanziario – e quelle derivanti dai processi cooperativi europei, ascrivibili a forme di *soft law,* si v. G. BRONZINI, *Le misure di austerity e la giurisprudenza "multilivello". Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna?,* in *Questione Giustizia*, 3/2015, 85-86.

[9] In effetti, la decisione di concedere assistenza finanziaria al paese in difficoltà avviene nel contesto dell'Eurogruppo, in cui i prestatori concordano di concedere questi prestiti solo alle condizioni delineate complessivamente nei memorandum con la Commissione.

nomic and Financial Policies) e con la Commissione (*Memorandum of Understanding on Specific Economic and Financial Policies*)[10].

In realtà la provenienza dei fondi è equamente ripartita tra il Fmi, l'Efsm e l'Efsf, con la peculiarità per cui l'erogazione dei fondi da quest'ultimo risulta condizionata alle clausole stipulate nel *memorandum* con la Commissione nell'ambito del procedimento Efsm[11].

Secondo parte della dottrina, un'analisi del valore giuridico dei *memorandum* richiederebbe, quindi, una distinta valutazione dei *memorandum* con il Fmi, di quelli all'interno dell'Efsm e del ruolo che svolgono questi ultimi nell'ambito dell'erogazione dei contributi dell'Efsf: tale approccio è stato, in particolare, adottato per arrivare a negare la natura giuridicamente vincolante delle misure di condizionalità[12].

In effetti la configurazione dei *memorandum* con il Fmi come trattati internazionali[13] incontra alcune difficoltà: difetta nelle parti la volontà di stipulare un accordo e, inoltre, gli stessi documenti del fondo invitano ad evitare linguaggi aventi connotazione contrattuale[14].

D'altronde, l'obbligazione alla restituzione del prestito non discenderebbe dagli impegni assunti nell'ambito di questa procedura da parte dello Stato nazionale, ma dall'accordo costitutivo del fondo, mentre la decisione della direzione esecutiva del Fmi si configurerebbe come una promessa unilaterale. Il valore dei *memorandum* in questo contesto non assume una funzione giuridica, ma costituisce una garanzia di tipo politico alla restituzione del prestito: tale ricostruzione risulta vieppiù confermata dall'assenza di ogni tipo di responsabilità internazionale in caso di mancato rispetto del *memorandum*, avendo invece come conseguenza il mero rischio di interruzione dell'appoggio finanziario[15].

[10] Quest'ultimo nell'ambito del procedimento previsto per l'erogazione degli aiuti EFSM, in particolare con riferimento all'art. 3 del Reg. (UE) n. 407/2010.

[11] Per la natura ambigua di tale procedimento si v. Comunicato Ecofin n. 1023/11, in cui si parla dello stanziamento ad opera dell'Unione di 56 miliardi, pur non avendo tale organo il potere di disporre l'erogazione nell'ambito della procedura Efsf.

[12] Si v. in particolare F. Pereira Coutinho, *A natureza jurìdica dos memorandos da "Troika"*, in *Themis*, 2013, 147-179.

[13] In cui si raggiungerebbe un accordo tramite lo scambio di due atti unilaterali, la "carta d'intenti" proposta dallo Stato richiedente e la decisione della direzione esecutiva del Fmi di erogazione degli aiuti, in tal senso si v. E. Correia Baptista, *Natureza juridica dos memorandos com o FMI e a Uniao Europeia*, in R*evista da Ordem dos Advogados,* 71, 2, 2011, 483.

[14] *IMF Guidelines on Conditionality*, n. 9/2002.

[15] F. Pereira Coutinho, *A natureza jurìdica dos memorandos da "Troika"*, cit., 159 - 161. L'A. rende questa posizione con una metafora caricaturale, in cui il memorandum

Anche in riferimento al *memorandum* sottoscritto con la Commissione nell'ambito del procedimento Efsm – e dei relativi aggiornamenti – possono individuarsi delle problematiche in ordine alla sua qualificazione giuridica. In particolare – pur a fronte di un dettagliato procedimento previsto dal regolamento (UE) n. 407/2010 e da altre norme di diritto europeo –[16] difetterebbero, ad avviso dell'interpretazione che si sta esponendo, alcune garanzie formali per configurare questo documento come un atto non tipizzato di diritto Ue: anzitutto, la mancata pubblicazione nella gazzetta ufficiale dell'Unione europea e l'assenza di una versione ufficiale nella lingua del Paese contraente, specie tenendo conto che il *memorandum* pubblicato dalla Commissione difetta anche della firma dei contraenti e dell'indicazione della data di entrata in vigore[17].

In riferimento all'Efsf, si ricorda che la decisione di concedere fondi per 26 miliardi di euro è connessa al rispetto – da parte dello Stato portoghese – delle condizioni previste nel *memorandum* stipulato il medesimo giorno tra la Commissione, il governo portoghese e la Banca del Portogallo nell'ambito della procedura Efsm[18].

Le problematiche sorgono riguardo alla conformità di impegni vincolanti – assunti a livello internazionale ed incidenti anche sull'efficacia di norme di diritto europeo – nell'ambito di una struttura a carattere privatistico e con il consenso del solo governo, tenendo conto della divisione di competenze e delle procedure previste dalla Costituzione portoghese per la sottoscrizione di accordi internazionali. In particolare, il riferimento alla competenza residuale amministrativa del governo ex art. 182 della Costituzione portoghese – utilizzato da questo come base giuridica per asseverare la legittimità dei provvedimenti – non risulterebbe sufficiente, tenendo conto che i rilevanti obblighi internazionali assunti dal governo portoghese avrebbero imposto il procedimento di ratifica previsto per gli accordi internazionali[19].

diviene una lettera a "babbo natale" (Fmi), con cui si promette un miglior comportamento nell'anno venturo, nella speranza di conseguire nuovamente il regalo natalizio. Purtuttavia, fuor di metafora, nulla impedirebbe di discostarsi dagli impegni assunti, nella consapevolezza che potrebbe difettare il conseguimento del "premio".

[16] Art. 3 reg. n. 407/2010.

[17] F. Pereira Coutinho, *A natureza jurìdica dos memorandos da "Troika"*, cit., 166-167. Questo A., peraltro, sottolinea come questi elementi di criticità, qualora l'atto fosse ritenuto di diritto europeo, porrebbero dei problemi di compatibilità con l'art. 1 TUE (nei termini dell'assenza di trasparenza) ed art. 6 par. 3 TUE (per i profili relativi alla mancata tutela della diversità linguistica dell'Unione).

[18] Comunicato Ecofin, n. 10231/2011.

[19] F. Pereira Coutinho, *A natureza jurìdica dos memorandos da "Troika"*, cit., 174-175.

Peraltro – secondo questa tesi – anche nel caso del *memorandum* rilevante nell'ambito dei procedimenti Efsm ed Efsf, nessun tipo di responsabilità aggiuntiva deriverebbe dal mancato rispetto delle clausole ivi previste, essendo configurato il ricorso alla Corte di giustizia o alle giurisdizioni ordinarie del Lussemburgo solo con riferimento alle obbligazioni di finanziamento contratte rispettivamente dal *mechanism* e dalla *facility.*

Dalla ricostruzione – brevemente riassunta – si fa conseguire che avendo valore di garanzia di tipo politico, per un versante non avrebbe particolare utilità discutere della conformità a Costituzione dei *memorandum* e, per altro verso, questi non potrebbero costituire strumento di legittimazione giuridica delle politiche economiche, come sostenuto dal governo portoghese[20].

Per delineare appieno il contesto nel quale il TC portoghese si trova ad agire, risulta opportuno menzionare e tratteggiare anche la posizione espressa dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Sindacato dos Bancários do Norte ed altri c. BPN – Banco Portugues de Negocios SA* (C-128/12), che tuttavia, non pare essere un arresto definitivo sulla valutazione come diritto europeo delle misure di condizionalità. A maggior ragione è necessario delinearne, in estrema sintesi, i tratti salienti: le disposizioni interessate riguardano le leggi di bilancio per il 2011 del Portogallo[21], ed in particolare la disposizione dell'art. 19 che dispone una riduzione degli stipendi dei dipendenti pubblici superiori ad una soglia minima e contestualmente considera come tali i lavoratori di imprese pubbliche a capitale esclusivamente o maggioritariamente pubblico, oltre a prevedere una clausola di prevalenza di questo disposto sugli strumenti di regolamentazione e contrattazione collettiva – antecedenti e seguenti la legge –[22].

Le norme erano contestate con riferimento al principio di uguaglianza e non discriminazione – per il profilo attinente ad una riduzione dello stipendio dei soli dipendenti pubblici – ed alla dignità dei lavoratori, come tutelata dall'art. 31 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Ue, nel senso che impedirebbe una riduzione degli stessi in generale ed in subordine in quanto tale riduzione non costituisca la sola misura possibile[23].

[20] F. Pereira Coutinho, *A natureza jurìdica dos memorandos da "Troika"*, cit., 179.

[21] Lei n. 55-A/2010 e Lei do Orçamento de Estado para 2011, del 31 dicembre 2010.

[22] Lei n. 55-A/2010, art. 19, c. 1, 9 l. t) e 11.

[23] C-128/12, *Sindacato dos Bancários do Norte ed altri c. BPN – Banco Portugues de Negocios SA,* par. 7.

La Corte di Giustizia dispone con ordinanza motivata ritenendosi carente di giurisdizione. In particolare, richiamando l'art. 51 della Carta, ritiene che non sia possibile sindacare la legge finanziaria portoghese perché la decisione di rinvio "*ne contient aucun élément concret permettant de considérer que ladite loi vise à mettre en œuvre le droit de l'Union*"[24].

Per quanto di rilievo ai fini della presente indagine – con le conseguenze che si tenteranno di delineare nel prosieguo – pare opportuno sottolineare come, pur in presenza di un diniego di giurisdizione in riferimento a norme che il governo portoghese riteneva di adottare per rispettare gli impegni assunti nel PAEF, manca un arresto univoco sulla qualificazione giuridica dei piani di assistenza finanziaria e delle relative misure di condizionalità. Né si ritiene che la Corte avrebbe potuto diversamente disporre, tenendo conto delle carenze, quanto ad individuazione puntuale del *memorandum* ed in generale delle disposizioni giuridicamente rilevanti, che presentava la decisione di rinvio[25].

Definito il contesto dottrinario e suggeriti alcuni spunti derivanti dalla posizione del diritto comunitario, possono ora meglio comprendersi quali siano gli spazi di manovra in cui ha operato il TC portoghese nel definire la propria posizione con riguardo al Paef. Rileva, in particolare, la posizione espressa nell'ambito dell'*Acórdão* n. 353/2012.

La questione è, invero, risolta assai sbrigativamente: si sottolinea la doppia natura dei *memorandum*, ma si ritiene che siano accomunati dall'essere vincolanti per lo Stato portoghese, in quanto fondati su strumenti di diritto internazionale e di diritto dell'Unione europea – i trattati istitutivi –.[26]

Il TC richiama quindi rapidamente la norma dell'art. 8, c. 2 della Costituzione portoghese – norma di riconoscimento del diritto sovranazionale tramite un adattamento automatico che risulta applicabile alle norme ufficialmente pubblicate[27] – ed individua quindi le basi normative dei *memorandum* nell'articolo V, sezione 3 dell'accordo istitutivo del Fondo monetario internazionale e nell'articolo 122, c. 3 del Tfue.

[24] C-128/12, *Sindacato dos Bancários do Norte,* cit., par. 12.

[25] Sulla sentenza della Corte di giustizia si v. C. BARNARD, *The Charter, the Court – and the Crisis*, in *Legal Studies Research Paper Series*, n. 18/2013.

[26] Acórdão 353/2012, par. 2.2-2.3.

[27] "*The rules set out in duly ratified or passed international agreements shall come into force in Portuguese internal law once they have been officially published, and shall remain so for as long as they are internationally binding on the Portuguese state.*", come da traduzione disponibile presso il sito del parlamento portoghese.

La vincolatività dei *memorandum* discenderebbe quindi dall'applicazione dell'art. 8, c. 3 della Costituzione portoghese – pur non esplicitamente richiamato in sentenza –, che prevede la diretta efficacia delle norme poste dai competenti organi delle organizzazioni internazionali cui partecipa il Portogallo[28].

Per l'utilità dei rilievi che si andranno a muovere nel prosieguo della trattazione, pare opportuno sottolineare come il TC non si spinga oltre queste scarne indicazioni: non compie alcuna analisi del procedimento di formazione dei *memorandum*, della collocazione degli stessi nell'ambito delle tre distinte modalità di appoggio finanziario e del collegamento con gli accordi istitutivi, tanto dei meccanismi creati quanto dei *memorandum*. Eppure, proprio la norma della Costituzione portoghese, su cui si fonda il giudizio di vincolatività, sembrerebbe deporre nella direzione di imporre un'analisi di questo tipo, condizionando la diretta efficacia delle norme poste dai competenti organi delle organizzazioni internazionali alla previsione nei trattati (o accordi) istitutivi di una clausola che preveda tali effetti. La posizione del TC, invece, seppur lasci intravedere un'interpretazione del *memorandum* tra il governo portoghese e la Commissione quale diritto Ue, ha come primario obiettivo l'affermazione della vincolatività dei PAEF nel suo complesso e con indifferenza riguardo ai contenuti ed ai sottoscrittori.

3. *La tutela dei diritti sociali nella giurisprudenza del TC Portogallo*

La tesi interpretativa accolta riguardo i memorandum anche all'interno di sindacati di costituzionalità che coinvolgono formalmente solo strumenti di diritto interno e la conformità a Costituzione degli stessi rileva in ragione del contenuto del MoU e dei suoi adattamenti.

Tra le misure cui si è impegnato il governo portoghese con la Commissione fin dalla prima versione di questo *memorandum*, si segnalano: la riduzione delle spese per l'educazione, una serie di misure dettagliate per il controllo della spesa sanitaria, la revisione delle pensioni secondo un criterio progressivo – con un obiettivo minimo di risparmio – e la ri-

[28] *"Rules issued by the competent bodies of international organisations to which Portugal belongs shall come directly into force in Portuguese internal law, on condition that this is laid down in the respective constituent treaties"*, come da traduzione disponibile presso il sito del parlamento portoghese.

duzione degli altri trasferimenti sociali – a partire dal secondo aggiornamento –[29].

Le indicazioni presenti nel *memorandum* sono contraddistinte da indicazioni puntuali delle "cifre" da ottenere dai singoli settori, indicando in alcuni casi le direttrici di intervento – tramite specifica delle soglie minime – e nel caso delle spese sanitarie e della riduzione delle pensioni, fornendo un'indicazione assai puntuale degli interventi[30].

Nell'aggiornamento del giugno 2013, si riscontra anche l'effetto della giurisprudenza della Corte portoghese: è introdotto un nuovo titolo dedicato alle "*Legal safeguards*" per evitare nuove censure di costituzionalità. Lo stato portoghese si impegna, nell'ordine, a rispettare i principi di eguaglianza intergenerazionale e tra settori, a giustificare le riforme alla luce del "sovraordinato" *European Fiscal Compact* ed a preferire leggi a carattere generale, in linea con la natura strutturale delle riforme adottate[31].

Tuttavia occorre considerare come le norme del *Fiscal Compact* richiamate risultino temporaneamente applicabili solo ad una parte dei giudizi di costituzionalità sulle misure di austerità, per ragioni temporali. Rileva, inoltre, il problematico adeguamento dell'ordinamento portoghese all'obbligo di "costituzionalizzazione" della legge di bilancio. Infatti, non potendosi raggiungere la maggioranza dei due terzi richiesta per le riforme costituzionali,[32] l'introduzione di questa norma è avvenuta tramite un emendamento alla legge quadro di bilancio[33].

Tale sistema genera problematiche circa il rispetto dell'obbligo contratto con il TSCG, considerando che il vincolo può essere modificato a maggioranza semplice; mentre riguardo la "sindacabilità", tenuto conto della possibilità di utilizzare le leggi quadro quale parametro di costituzionalità delle leggi ordinarie non dovrebbero sussistere particolari perplessità[34].

[29] Per una compiuta analisi del MoU e dei relativi aggiornamenti si v. M. NOGUEIRA DE BRITO, *Putting Social Rights in Brackets? The Portuguese Experience with Welfare Challenges in Times of Crisis,* in C. KILPATRICK, B. DE WITTE, *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges,* in EUI Working Paper, 5/2014, 68-72.

[30] Si v. ad esempio il punto 3.52 del MoU dell'11 maggio 2011 e 1.9 del MoU del 9 dicembre 2011.

[31] Memorandum of Economic and Financial Policies del 12 giugno 2013, 9.

[32] Come dispone l'art. 286 della Costituzione Portoghese.

[33] Lei n. 37/2013.

[34] In tal senso si v. C. FASONE, *Constitutional Courts Facing the Euro Crisis. Italy, Portugal and Spain in a Comparative Perspective*, EUI Working Paper MWP, 25, 2014, 14.

Le sentenze con cui il TC ha affrontato le problematiche costituzionali derivanti dalle riforme introdotte nell'ambito del PAEF ripercorrono alcune delle principali riforme adottate dal governo portoghese e le leggi di bilancio dal 2011[35]. La scelta di analisi è di focalizzare l'attenzione sulle sentenze che hanno interessato il periodo applicativo del piano di assistenza. L'analisi delle sentenze dal 2015, in cui le esigenze di ordine sovranazionale sono andate scemando, non risulta esiziale ai fini della tesi che si intende sostenere, sia per le tematiche affrontate dal TC, sia per le tecniche argomentative. Ciò è particolarmente chiaro dalla lettura dell'*Acórdão* 194/2015. In questa sentenza il TC era chiamato a pronunciarsi su una norma introdotta con la Legge di Bilancio per il 2011, che pone un divieto generale di adozione di ogni atto che possa generare un aumento dei pagamenti connessi alla durata del servizio in imprese anche solo parzialmente controllate dallo Stato. La sentenza è illustrativa perché appare evidente l'interesse della Corte ad evitare ogni messa in discussione dei "faticosi" precedenti: i richiami alle posizioni assunti negli *Acórdãos* 396/2011 e 187/2013 sono molteplici ed ampi stralci dai precedenti compongono la motivazione della sentenza.

Gli interventi legislativi censurati dinanzi alla corte sono riconducibili essenzialmente a cinque direttrici: i) una revisione in diverse direzioni del trattamento riservato ai dipendenti pubblici; ii) modifiche consistenti al sistema pensionistico; iii) l'istituzione del contributo di solidarietà e relative modifiche; iv) la revisione del sistema di sussidi di indennità e disoccupazione[36]; v) l'introduzione di nuovi tributi e la modifica dei preesistenti[37].

Nel dettaglio, quanto al contributo di solidarietà, il TC ha considerato conforme a Costituzione il temporaneo CES[38], mentre ha accolto, su

[35] Il sindacato del TC sulle norme di bilancio, trova appiglio negli articoli 105-107 della Costituzione che prevedono, rispettivamente, criteri sostanziali di composizione, criteri redazionali e meccanismi di controllo ed approvazione, si v. G. VAGLI, *Tribunale costituzionale portoghese. Breve commento alla sentenza 5 aprile 2013, n. 187, che ha dichiarato l'incostituzionalità di varie disposizioni della legge di bilancio 2012*, in *DPCE online* 2/2013, *www.dpce.it/online*. Inoltre, la Costituzione portoghese si segnala per un elenco particolarmente lungo di diritti sociali, tutelati agli articoli dal 63 al 72, assai spesso invocati nei giudizi sulle misure di austerità in analisi.

[36] Su questo punto il TC si è espresso nella direzione di sancire l'incostituzionalità della riforma nell'Acórdão n. 187/2013.

[37] In particolare le sentenze che si occupano della tassazione sul reddito, per gli aspetti della creazione di una nuova imposta (IRS) e dei rapporti con il prelievo sulla rendita da capitale sono gli Acórdãos n. 187/2013 e 399/2010.

[38] Acórdãos n. 187/2013 e 572/2014.

base temporale, alcune censure mosse verso il CS – che ha sostituito il primo a partire dal 2015 –[39], avente carattere permanente. Gli interventi sul sistema pensionistico oggetto di censura hanno riguardato modifiche del calcolo delle pensioni di reversibilità[40] e di quelle tramite *Caixa Geral de Aposentações* (CGA)[41]. La Corte si è espressa nella direzione di non ritenere conforme a Costituzione la sospensione del pagamento della 13ª e 14ª mensilità per dipendenti pubblici e pensionati[42].

La giurisprudenza è apparsa maggiormente oscillante per le misure comportanti tagli netti ai dipendenti retribuiti con fondi pubblici: ritenuti incostituzionali – ma con effetti della pronuncia non retroattivi – nell' *Acórdão* n. 413/2014, conformi a Costituzione per l'anno 2015 ed in violazione della stessa per il 2016-18 nell'*Acórdão* n. 574/2014 – pronuncia invero problematica su cui si tornerà nel prosieguo della trattazione –.

La Corte si è invece espressa in maniera positiva circa la conformità a Costituzione di altri interventi che hanno modificato il trattamento dei dipendenti pubblici: l'aumento delle ore lavorative[43], modifiche al calcolo di pagamento degli straordinari[44], un avvicinamento delle condizioni di licenziamento a quelle previste nei contratti privati – seppur con censure quanto agli effetti retroattivi – [45] ed in riferimento ad alcuni servizi socio-sanitari erogati ai dipendenti pubblici[46].

Per la tesi che si vuole sostenere risulta opportuno, piuttosto che ripercorrere cronologicamente la giurisprudenza del *Tribunal* – analisi peraltro assai sviluppata in dottrina[47] – tentare di individuare alcune tendenze generali di queste sentenze.

[39] Acórdão n. 575/2014.

[40] Acórdão n. 413/2014.

[41] Si trattava di una modifica del calcolo delle ore per la definizione dell'ammontare della pensione erogata con questo sistema a capitalizzazione pubblico, si v. Acórdão n. 862/2013.

[42] Acórdãos nn. 353/2012 e 187/2013.

[43] Acórdão n. 794/2013.

[44] Acórdão n. 187/2013.

[45] Acórdão n. 474/2013, si segnala peraltro come questa pronuncia, non avendo immediate conseguenze finanziarie per la natura stessa della materia si sottrae in gran parte alle notazioni che si svilupperanno nel prosieguo.

[46] Acórdão n. 572/2014. Si segnala come l'ADSE costituisse un istituto integrativo dell'ordinario sistema sanitario portoghese le cui riforme, pur essendo al centro dei contenuti del memorandum, sono rimaste estranee alle questioni di costituzionalità sollevate dinanzi al TC.

[47] Si v. ad esempio R. Orrù, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese,* in *DPCE*, 2/2014, 1015-1035; M. Nogueira de Brito, *Putting Social Rights in Brackets?*, cit., 71-76; F. Fabbrini, *The Euro-Crisis and the Courts: Ju-*

Il primo tentativo di sistematizzazione di questa giurisprudenza è connesso ad un piano processuale. Infatti i giudizi sono resi nell'ambito di due distinti procedimenti: la questione preliminare ex art. 278 Cost. Port. e la revisione astratta ex art. 282 Cost. Port.

Nel primo caso il Presidente della Repubblica – in alcune ipotesi il Primo ministro o un quinto dei membri del parlamento – può chiedere alla Corte di pronunciarsi, sospendendo la promulgazione. La pronuncia avviene, quindi, in una fase in cui le norme non sono ancora entrate in vigore e dunque non hanno ancora operato alcuna alterazione dello *status* e dei diritti dei cittadini. Inoltre, l'art. 279 della Cost. Port. prevede la possibilità per il Parlamento di approvare la legge sottoposta a revisione *ex ante,* con modifiche che accolgano i rilievi della Corte Costituzionale o – con una maggioranza qualificata – nello stesso testo sottoposto al giudizio del TC[48].

La revisione costituzionale "astratta" può invece essere richiesta da un maggior numero di soggetti[49], ma pone maggiori difficoltà applicative. Difatti, le norme caducate risultano già entrate in vigore ed avendo a che fare con diritti dei cittadini e obiettivi di bilancio si pone sia un problema degli effetti quanto ai primi, sia la necessità di una maggiore attenzione quanto ad effetti causati sui conti pubblici dell'aumento delle spese o della diminuzione delle entrate derivanti dalle pronunce[50].

dicial Review and the Political Process in Comparative Perspective, in *Berkeley Journal of International Law*, 2014, 50-54.

[48] Pari a due terzi dei presenti che rappresentino la maggioranza assoluta dell'Assemblea, Art. 279 c. 2 Cost. Port.

[49] Art. 281 c. 2 Cost. Port. "*2. The following may ask the Constitutional Court for a declaration of unconstitutionality or illegality with generally binding force: a) The President of the Republic; b) The President of the Assembly of the Republic; d) The Ombudsman; e) The Attorney General; f) One tenth of the Members of the Assembly of the Republic; g) In the event that the request for a declaration of unconstitutionality is based on the breach of the rights of autonomous regions, or the request for a declaration of illegality is based on the breach of their statutes, Representatives of the Republic, Legislative Assemblies of the autonomous regions, presidents of the Legislative Assemblies of the autonomous regions, presidents of Regional Governments, or one tenth of the members of the respective Legislative Assembly."* come da traduzione disponibile presso il sito del parlamento portoghese.

[50] C. FASONE, *Constitutional Courts Facing the Euro Crisis,* cit., 10-13, sottolinea la rilevanza delle modalità di accesso per l'interpretazione del diverso interventismo delle corti italiane, spagnole e portoghesi circa le misure di "austerità" adottate. In particolare, la possibilità per il TC del Portogallo di esprimersi tramite la questione preliminare ex art. 278 Cost. Port. e la possibilità di restringere gli effetti della declaratoria tramite l'applicazione della clausola di cui all'art. 282 c. 4 Cost. Port. consentono a questa corte di elidere le perniciose questioni derivanti dalle implicazioni finanziarie derivanti dalla ca-

L'analisi delle sentenze portoghesi sulle misure di adeguamento al PAEF consente di confermare queste difficoltà. Delle questioni di rilievo affrontate in questo settore, si nota un sostanziale equilibrio tra quelle sollevate nell'ambito di un giudizio *ex ante* (*Acórdãos* n. 474/2013, 862/2013, 574/2014 e 575/2014) e in un giudizio di revisione astratta (*Acórdãos* n. 399/2010, 353/2012, 187/2013, 794/2013, 572/2014, 413/2014), con un significativo incremento delle questioni preliminari sollevate negli ultimi anni.

Più che il dato numerico, pare interessante sottolineare come le preoccupazioni derivanti dagli effetti della declaratoria sembrerebbero contribuire alla formazione del giudicato. Infatti, in tutte le questioni sottoposte al vaglio del TC nell'ambito di un controllo di costituzionalità *ex ante,* la Corte ha ravvisato profili di incostituzionalità delle leggi impugnate – o di alcune norme di esse –, fornendo spesso anche delle indicazioni al legislatore assai puntuali sui profili che necessiterebbero di integrazione per superare il vaglio di costituzionalità[51].

Mentre nelle sentenze in cui la Corte si è pronunciata su leggi già in vigore, la soluzione più comune è quella di ritenere conformi a Costituzione le norme impugnate o quantomeno di applicare il disposto di cui all'art. 282, c. 4 Cost. Port., il quale, tramite la modulazione nel tempo degli effetti della declaratoria di incostituzionalità, consente di salvaguardare il rispetto degli impegni assunti nel PAEF e non compromettere le finanze pubbliche.

A questa tendenza fanno eccezione le sentenze n. 187/2013 e 413/2014, peraltro con alcune plausibili motivazioni. Nella prima, infatti, il Tribunale dichiara l'incostituzionalità soltanto di norme su cui si era pronunciato l'anno antecedente, con la decisione n. 353/2012 – sospendendo l'efficacia retroattiva della pronuncia -. Si trovava quindi nelle condizioni di dover smentire un proprio recente precedente o di perdere credibilità istituzionale tramite una nuova applicazione dell'art. 282, c. 4[52].

ducazione retroattive di norme con rilevante impatto sui bilanci nazionali. Tale aspetto differenzia quindi la corte portoghese dalle omologhe italiane e spagnole, per cui l'esigenza di dover tener conto degli effetti sulla sostenibilità dei conti pubblici nei giudizi in queste materie costituisce una delle principali spiegazioni dell'approccio molto cauto al sindacato delle leggi di bilancio e di stabilità.

[51] Si v. ad esempio Acórdão 575/2014, in riferimento alla mancata creazione di un sistema pensionistico efficiente, come strumento per legittimare il contributo di solidarietà attualmente richiesto.

[52] La sentenza ha in effetti causato rilevanti conseguenze in termini di rapporti inter-

L'*Acórdão* n. 413/2014 deve invece essere collocato nella prospettiva dell'esaurimento del PAEF nel medesimo anno della pronuncia. E, infatti, le norme sono state censurate principalmente sul piano della stabilizzazione di misure che, fino a quando temporanee e giustificate dalla situazione economica e dai *memorandum*, erano state ritenute conformi a Costituzione. Tuttavia, anche in questa pronuncia si palesano le difficoltà in un giudizio *a posteriori* di salvaguardare la tenuta dei conti pubblici: in riferimento a quella delle tre norme censurate di maggiore rilevanza finanziaria, afferente una riduzione degli stipendi pubblici, la corte sospende gli effetti retroattivi della sentenza[53].

Pare evidente che questa correlazione non vada oltremodo valutata, tenendo conto che il rapporto tra tipo di giudizio ed esiti dello stesso rileva anche in senso opposto: ovvero che, intuitivamente, la questione prioritaria è sollevata nelle ipotesi in cui più palese è l'incostituzionalità delle norme introdotte[54].

Tuttavia, il tipo di giudizio, pur non costituendo la motivazione della valutazione di costituzionalità, può modificare profondamento il bilanciamento cui vengono sottoposte queste misure, assegnando un valore preminente alla salvaguarda di conti pubblici su cui un'eventuale declaratoria di incostituzionalità finirebbe per incidere direttamente – laddove nel giudizio preliminare il legislatore può sempre adottare misure tali da ottenere il conseguimento degli obiettivi finanziari nel rispetto delle indicazioni della Corte –.

Tale difficoltà è particolarmente evidente nell'*Acórdão* n. 572/2014. In questa sentenza il TC ritiene che il contributo straordinario di solidarietà (CES) imposto ai pensionati risulti essere in violazione del principio di proporzionalità, in ragione della reiterazione e dell'eccessiva onerosità della misura. Afferma, conseguentemente, che non si tratta di un mezzo adeguato per conseguire gli obiettivi di bilancio e che la durata del PAEF

nazionali – si rammenti l'introduzione del titolo dedicato alle "*legal safeguards*" nel successivo memorandum – ed altresì alcune difficoltà politiche connesse al nuovo bilancio, come sottolinea anche T. Abbiate, *Portogallo: la giurisprudenza del Tribunale costituzionale al tempo della crisi. Una nuova in materia di legge di bilancio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 3.

[53] Il TC consegue, peraltro, l'obiettivo di consentire il rispetto dei saldi del PAEF per il 2014, rimettendo gli effetti della sentenza ad un momento in cui gli impegni internazionali avranno, ad avviso della maggioranza della Corte, minore rilevanza.

[54] Specie se si tiene conto che, viste le limitazioni di tale potere in capo alle minoranze assembleari, questo appartiene principalmente al Presidente e non assume quindi un carattere fortemente "oppositivo", ad esempio proprio del sistema francese.

avrebbe dovuto indurre il legislatore a cercare di individuare dei mezzi alternativi di reperimento dei fondi, specie tenendo conto della particolare pervasività di queste misure. Tuttavia, il legislatore non ha provveduto diversamente, né sarebbe possibile per la Corte individuare queste differenti modalità di finanziamento. Di fronte al diritto leso si pone quindi un'esigenza di salvaguardia dell'interesse pubblico alla tenuta dei conti di tale importanza ed urgenza da modificare il bilanciamento e condurre ad un giudizio di proporzionalità del contributo.

Detto dell'aspetto processuale, un'altra chiave d'analisi è costituita dai parametri utilizzati dal TC per sindacare le norme.

La Corte nega, anzitutto, che possano trovare diretta tutela quali valori costituzionali una serie di principi invocati dai remittenti. È questo il caso del principio di irriducibilità dei salari dei dipendenti pubblici – ritenuto parametro non costituzionale –[55], Acórdãos n. 187/2013 e 794/2013 del diritto a godere di benefici di sicurezza sociale supplementari – ritenuto privo di tutela a livello costituzionale e nella disponibilità del legislatore –[56] e di un ancor più generico diritto alla preservazione delle "conquiste" sociali acquisite – ritenuto inesistente *ex se* ma da ricondursi alla tutela del principio di irretroattività e buona fede –[57].

La tendenza complessiva della giurisprudenza del TC va nella direzione di fornire interpretazioni restrittive dei diritti sociali invocati dinanzi ad essa. Il diritto alla pensione viene così definito come tutelabile solo tenendo conto della struttura del sistema pensionistico e senza che comprenda al suo interno una garanzia quanto ad un certo ammontare[58].

Le censure mosse al sistema di tassazione con riferimento alle esigenze di unitarietà e progressività dei tributi ed all'eguaglianza nella distribuzione dei costi connessi alle esigenze finanziarie non vengono accolte[59].

Il TC accorda diretta tutela soltanto a due dei diritti sociali invocati dinanzi ad esso: la sicurezza del lavoro e la sicurezza sociale ed assistenziale. Nel primo caso, invero, la corte riconosce come questo diritto vada bilanciato con eventuali esigenze finanziarie contrapposte, e finisce per

[55] Acordaos n. 187/2013 e 794/2013.

[56] Acórdãos n. 413/2014 e 572/2014.

[57] Acórdão n. 862/2013.

[58] Così la corte per giustificare il contributo di solidarietà imposto ai pensionati che finisce fatalmente per diminuire l'ammontare percepito mensilmente in Acórdão n. 575/2014.

[59] Acórdão n. 187/2013.

accordare tutela esclusivamente perché il legislatore non ha fornito indicazioni sufficienti a dimostrare l'idoneità della misura ad implementare queste esigenze[60].

Il diritto a forme di sicurezza sociale ed assistenziale è invece tutelato limitatamente all'obbligo per il legislatore di garantire livelli minimi di tutela: la riduzione dei sussidi di disoccupazione e malattia, che viene censurata, svuoterebbe del tutto il nucleo essenziale del diritto[61].

Nella sua giurisprudenza la Corte utilizza, essenzialmente, due principi generali per censurare le norme impugnate dinanzi ad essa: l'eguaglianza (formale ex art. 13 Cost. port. e come eguaglianza-proporzionalità ex artt. 2 e 13 Cost. port.) e la tutela dell'affidamento dei cittadini (*principio da proteçao da confiança*, art. 2 Cost. port.). In particolare, la corte fa confluire verso quest'ultimo alcune delle invocazioni di diritti sociali, cui non offre autonoma tutela. Tuttavia, sottolinea come non sia tutelata una generica norma di irretroattività in ambito sociale – che invero finirebbe per contrastare con l'autonomia legislativa[62] – ma solo le ipotesi in cui il legislatore ha fatto sorgere nei soggetti un'aspettativa concreta e puntuale al prosieguo della situazione di fatto, peraltro con valutazioni che tendono ad escludere una modalità di formazione di questa basata su mere presunzioni[63].

Una volta individuato il nucleo della tutela offerta dal *principio da proteçao da confiança*, la corte opera un'ulteriore valutazione: questo diritto deve essere bilanciato con le esigenze economico-finanziarie. La tutela dell'affidamento finisce così per essere considerata soccombente[64] o per confluire nella valutazione di conformità al principio di eguaglianza-proporzionalità. Infine, nel valutare circa la conformità a quest'ultimo principio, la Corte si pone essenzialmente il problema – ad eccezione delle ipotesi in cui ravvisa una violazione dei livelli minimi di sussistenza

[60] Acórdão n. 474/2014.

[61] Acórdão n. 413/2014.

[62] Si v. ad esempio Acórdão n. 862/2013.

[63] Si v. ad esempio Acórdãos n. 187/13,413/2014 e 474/2014, in particolare nel primo la corte chiarisce (par. 32) come debba trattarsi di una misura arbitraria o eccessivamente onerosa, da rinvenirsi alla presenza di due presupposti; "*a) a afetacao de expectativas, em sentido desfavoravel, sera inadmissivel, quando constitua uma mutacao da ordem juridica com que, razoavelmente, os destinatarios das normas dela constantes nao possam contar; e ainda b) quando nao for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes*".

[64] Acórdãos n. 399/2010 e 413/2014, in riferimento alla riduzione del supplemento per le pensioni erogate a capitalizzazione.

dei diritti[65] – dell'idoneità del sistema creato al raggiungimento dell'obiettivo di sostenibilità del sistema economico e della conformità agli impegni sovranazionali assunti[66].

La corte compie in definitiva un percorso di riduzione e selezione dei diritti sociali invocati, creando un sistema di progressivi richiami a principi sempre più generali in cui si finisce per offrire tutela principalmente nelle ipotesi in cui il legislatore non sia stato efficace nell'assicurare – e dimostrare – il successo economico-finanziario e la sostenibilità delle proprie riforme.

4. *L'applicazione del principio di eguaglianza*

Per definire tale percorso risulta opportuno tratteggiare brevemente le modalità di applicazione del principio di eguaglianza ad opera del TC portoghese, in generale e con riguardo all'applicazione di tale test ai giudizi presi in esame.

Rileva, in particolare, un doppio piano di valutazione per sancire la compatibilità delle norme a tale principio: una valutazione di eguaglianza formale (definita quale *proibição do arbítrio*), cui segue una valutazione alla luce del criterio di eguaglianza-proporzionalità (*proibição de tratamento desigual na ausência de uma justificação substancial e objetiva*)[67].

Il giudizio della Corte si fonda quindi su due distinte valutazioni: una prima, attinente la razionalità del fondamento invocato dal legislatore per operare una distinzione tra gruppi di cittadini, cui segue – nei giudizi in cui risulta coinvolto un diritto fondamentale – una valutazione circa le misure adottate, avendo riguardo all'entità delle stesse[68].

In particolare, tale ultimo elemento è volto a consentire soltanto quelle misure di differenziazione che siano giustificate per ragioni obiettive, sulla base dell'applicazione di un test di proporzionalità, modulato in maniera similare a quello condotto dalla Corte Tedesca, con un giudizio articolato quindi in tre fasi valutative: delle finalità perseguite dal le-

[65] Acórdãos n. 187/2013 e 413/2014, in riferimento alla revisione dei sussidi di disoccupazione e malattia.

[66] Questo è il ragionamento che la corte compie soprattutto negli Acórdãos n. 794/2013, 862/2013 e 572/2014 .

[67] Si v. la decl. del giudice P. Machete, Ac. 574/2014, par. 4.

[68] G. Coelho, P. Caro De Sousa, "*La morte di mille tagli". Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013,* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 3/2013, 531-532.

gislatore con le norme impugnate, della necessarietà ed adeguatezza delle diseguaglianze generate da tali misure al raggiungimento delle stesse ed, infine, circa l'esistenza di un equilibrio tra la lesione del diritto e l'interesse perseguito[69].

Quando la Corte è stata chiamata in causa per applicare tale test alle misure adottate dal legislatore nel contesto del Paef sono emerse alcune problematicità che hanno condotto ad un notevole disaccordo nel collegio quanto a presupposti e risultati dello stesso. Il risultato di tale divaricazione di posizioni, unite alla particolare problematicità dell'applicazione del test alle materie sottoposte al vaglio del TC, ha condotto ad un'applicazione ondivaga del principio di eguaglianza[70].

Tali difficoltà paiono particolarmente evidenti nell'*Acórdão* n. 187/2013: il giudizio sull'incostituzionalità della sospensione del pagamento della 13ª e 14ª mensilità per violazione del principio di eguaglianza è infatti assunto a strettissima maggioranza – 7 voti a 6 – ed altrettanto può dirsi del giudizio sulla riduzione dello straordinario – 8 a favore della decisione –, peraltro con composizioni assai diverse della maggioranza nel TC[71].

La problematicità di questa decisione è peraltro confermata dalla presenza di una dichiarazione di voto collettiva di minoranza, che raccoglie le posizioni contrarie di cinque giudici in riferimento ai primi tre capi della sentenza – l. a), b) e c) – ed in generale dal numero elevato di dichiarazioni di voto e dai relativi contenuti. Applicando le due fasi della valutazione poc'anzi delineate, la maggioranza della Corte risolve il primo profilo (*proibição do arbítrio*) tenendo conto degli effetti immediati sui conti dello Stato portoghese della riduzione della spesa in stipendi per i dipendenti pubblici, mentre la misura viene ritenuta incostituzionale con riguardo al secondo (*proibição de tratamento desigual na ausência de uma justificação substancial e objetiva*).

[69] Si v. B. Pieroth, B. Schlink, T. Kingreen, R. Poscher, *Grundrechte – Staatsrecht II*, 29. Aufl., Heidelberg 2013, Rn. 470 e ss., 113 e ss.

[70] In maniera similare concludono G. Coelho, P. Caro De Sousa, "*La morte di mille tagli*", cit., 527-540.

[71] In particolare, i giudici M.J. Antunes, M.J. Rangel de Mesquita, M.L. Amaral e V. Gomes hanno votato a favore della l. e) della decisione che raccoglie i punti in cui la corte non ha ravvisato profili di incostituzionalità, mentre M. de F. Mata-Mouros, C. Sarmiento e Castro e F. Vaz Ventura hanno votato a favore della l. a) in riferimento alla sospensione delle mensilità aggiuntive per i dipendenti pubblici ed hanno espresso voto contrario quanto alla decisione assunta alla l. e). In effetti solo quattro dei tredici giudici – C.F. Cadilha, A.M. Guerra Martins, J.C. Mariano e F. de Sousa Ribeiro – hanno approvato tutti i punti della decisione.

In particolare, la Corte ritiene che la ripetizione per il terzo anno consecutivo delle misure privi di validità l'argomentazione per cui tali interventi sul settore pubblico siano giustificati dalla maggiore efficacia in termini di bilancio degli stessi, essendo certo che esistano altri mezzi per ottenere simili risultati – che peraltro non vengono indicati dal TC –[72].

Nella ricostruzione della maggioranza, l'insieme degli interventi che hanno penalizzato i lavoratori pubblici hanno finito per creare un sacrificio più intenso in capo a questi che non può essere giustificato dalla situazione economica dello stato portoghese – da affrontare con politiche economiche generali – e comporta quindi una valutazione di incostituzionalità della misura in esame[73].

Tuttavia, nella medesima sentenza, affrontando la questione relativa alla riduzione del corrispettivo per gli straordinari, la Corte ritiene non configurabile una violazione del principio di eguaglianza: la notevole differenza tra i settori pubblici e privati – tenendo ad esempio in considerazione l'orario medio di lavoro – configura un complessivo vantaggio per i primi e rende quindi razionale un intervento ricadente solo su questi[74].

La difficoltà di questa posizione è confermata dalle opinioni dissenzienti allegate alla sentenza: ed in particolare dalla posizione del giudice Mata-Mouros e dalla dichiarazione collettiva dei giudici Machete, Antunes, Barbosa, Amaral e Gomes: nella prima si sottolinea come un'applicazione coerente del principio di uguaglianza come delineato nel giudizio sulle 13ª e 14ª dei dipendenti pubblici avrebbe importato la caducazione anche di altre norme invece salvate nella l. e) del giudizio. Nella dichiarazione di voto collettiva, invece, viene aspramente criticato il test di proporzionalità condotto dalla maggioranza in riferimento alla prima questione, ritenuto configurante, per un verso, un'invasione delle competenze del legislatore – nella misura in cui finisce per impedire al legislatore di stabilire differenziazioni tra persone, pur motivate – e, per altro verso, fondandosi su assunti non dimostrati: il ragionamento condotto in questa dichiarazione assegna una maggiore rilevanza alle esigenze di equilibrio finanziario ed è invero non dissimile dal percorso argomentativo condotto nel medesimo *Acórdão* riguardo la riduzione del corrispettivo per gli straordinari.

In particolare, l'applicazione che il TC compie del principio di eguaglianza difetta di una compiuta analisi del profilo della "comparabilità"

[72] Ac. 187/13 par. 41.
[73] Ac. 187/13 par. 43.
[74] Ac. 187/13 par. 52.

delle posizioni dei soggetti coinvolti nel giudizio: P. Machete sottolinea efficacemente, nella sua dichiarazione di voto, come le posizioni dei dipendenti pubblici e privati, non possono essere considerate come comparabili se si tiene conto che del tutto diversi sono gli oneri ricadenti sui rispettivi datori di lavoro, avendo l'amministrazione pubblica obiettivi e responsabilità del tutto differenti rispetto ad un privato, che comportano, conseguentemente, una diversa dinamica e *ratio* di decisioni quanto alle spese, anche di personale. Le carenze sottolineate nel percorso motivazionale finiscono per comportare un sindacato della corte contraddistinto da una marcata incoerenza, proprio per l'assenza di una compiuta delineazione del *tertium comparationis* nel giudizio circa l'eguaglianza e delle oscillazioni che ne costituiscono il risultato[75].

In particolare, allargando lo spettro alle posizioni individuali espresse nel corso dei giudizi in esame, emerge con forza come sia possibile rinvenire – al contrario – posizioni coerenti quanto a singoli giudici in ordine all'interpretazione delle principali problematiche, cui corrispondono cambiamenti di orientamento delle Corte che coincidono con differenti composizioni della maggioranza. Si nota così come in tutte le occasioni in cui la Corte ha dovuto affrontare una possibile conflittualità con il principio di eguaglianza-proporzionalità – in particolare negli *Acórdãos* n. 353/2012, 413/2014, 572/2014 e 574/2014 – i gruppi di giudici che avevano similmente votato in riferimento ai punti del taglio della 13ª e 14ª dei dipendenti pubblici e dello straordinario per gli stessi nell'Ac. 187/13, tendano a votare in maniera concorde, con una maggiore o minore estensione della valenza del principio invocato a seconda del formarsi della maggioranza intorno all'uno o all'altro di questi raggruppamenti. Tale dinamica è particolarmente evidente nell'*Acórdão* n. 574/2014: la Corte applica il test di eguaglianza proporzionale precedentemente delineato in riferimento alle misure afferenti le riduzioni degli stipendi dei soggetti pagati con fondi pubblici, utilizzando quale *tertium comparationis* la posizione dei dipendenti privati. Tuttavia, gli interventi sono ritenuti rispettosi del principio invocato in riferimento all'anno 2015 – sulla base degli immediati effetti finanziari di siffatte misure – ed in violazione del medesimo con riguardo agli anni 2016-18. La sentenza

[75] Per una diffusa analisi dell'applicazione del principio di uguaglianza nell'Ac. 187/13, si v. P. Caro De Sousa, "*La morte di mille tagli*". *Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 3/2013, 527-540.

finisce quindi per incontrare l'opposizione per un verso dei giudici che hanno dissentito dall'applicazione del test di eguaglianza-proporzionalità per sindacare le posizioni di dipendenti pubblici e privati in tutte le occasioni in cui la maggioranza della Corte ha deciso di utilizzare tale approccio: in particolare, nella dichiarazione di voto di P. Machete si rinviene un richiamo alle posizioni palesate e ripetute nel corso di tutta questa giurisprudenza, quanto alla problematica della mancata comparabilità di siffatte posizioni. Per altro verso, quanto alla decisione di costituzionalità, incontra l'opinione dissenziente di quei giudici che si sono opposti alla considerazione che l'efficacia finanziaria possa limitare l'espandersi applicativo del principio di eguaglianza[76].

In particolare, l'opinione di M.L. Amaral, riconnettendosi alle posizioni espresse da questo giudice nelle occasioni in cui la Corte ha affrontato questioni similari, conferma quale sia la principale ricaduta dell'impostazione assunta a maggioranza: l'incertezza applicativa, per assenza di parametri nella formulazione della motivazione in riferimento all'applicazione del principio di uguaglianza-proporzionalità. Tale incertezza, per un verso, pare problematica in un'ottica di tutela dei diritti dei cittadini e dell'estensione degli stessi, mentre, per altro verso, pare risolversi – nell'applicazione che ne fa la maggioranza della Corte – in un test di efficacia di queste misure: con il risultato che, in assenza di una compiuta disamina degli effetti macroeconomici delle misure assunte – specie *pro futuro* –, la valutazione di conformità al principio per idoneità del mezzo prescelto al raggiungimento dello scopo risulta fondata su assunti indimostrabili e consentono di definire un giudizio dalle tonalità "politiche"[77].

5. *Le principali problematiche della giurisprudenza della Corte costituzionale portoghese*

La ricostruzione effettuata consente di proporre alcune considerazioni circa la giurisprudenza del TC portoghese. L'idea che traspare è quella di un tentativo della Corte di inserirsi nelle maglie delineate dalle scelte governative, dal dettato costituzionale, dagli accordi sovranazio-

[76] Si v. in particolare la dichiarazione di voto di F. Vaz Ventura, Ac. 574/2014.

[77] Ritengono che le carenze del test di uguaglianza proporzionalità e la centralità dell'efficacia nella valutazione finiscano per configurare un giudizio "arbitrario". P. Caro De Sousa, "*La morte di mille tagli*", cit., 538-540.

nali e dalle esigenze economiche, sfruttando gli spazi ed i margini di manovra che residuano. Questo avviene, anzitutto, sul piano dei parametri utilizzati dal TC. La scelta complessiva – che si è cercato di evidenziare poc'anzi – è quella di evitare di tutelare in maniera diretta i diritti sociali invocati, ricorrendo piuttosto all'applicazione di principi generali. Tale decisione consente, anzitutto, di evitare un confronto diretto tra le norme dei *memorandum* e i diritti costituzionali portoghesi e, conseguentemente, di addivenire ad una declaratoria che sia il frutto di un bilanciamento con le esigenze economiche connesse allo specifico caso in esame[78].

In particolare, la Corte – nei passaggi in cui viene analizzata le legittimazione delle varie misure sulla base degli impegni assunti in sede sovranazionale – evita di questionare del rapporto tra questi ed il diritto invocato e sottolinea, invece, come il *memorandum* invocato non si spinga fino al punto di vincolare il legislatore ad adottare un certo determinato assetto, diseguale tra – ad esempio – pensioni percepite a capitalizzazione ed a ripartizione, od uno specifico sistema non sostenibile nel lungo termine – ad esempio quello creato con riferimento alla CGA –.

È quindi nelle modalità di attuazione degli impegni sovranazionali che il TC cerca di ricavare uno spazio di tutela dei diritti sociali. La scelta, peraltro, è confermata dai rilievi sul piano processuale: lo strumento della revisione *ex ante,* connesso alla possibilità di introdurre modifiche per il legislatore successivamente alla decisione è ideale per questo tipo di intervento[79].

[78] A conclusioni similari, ovvero dell'interpretazione dell'uso dei principi come soluzione di compromesso, giungono C. FASONE, *Constitutional Courts Facing the Euro Crisis,* cit., 30 e T. ABBIATE, *Le Corti costituzionali dinanzi alla crisi finanziaria: una soluzione di compromesso del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 146. Sottolinea la decisione di ricorrere a principi nell'ottica di un tentativo di evitare il confronto aperto con il diritto europeo anche M.L PIRES, *Private versus Public or State versus Europe? A Portuguese Constitutional Tale*, in *Mich J. Int'l Law Emerging Scholarship Project*, 2013, 101-102.

[79] L'Acórdão n. 187/2013, che si pone come l'unica vera eccezione a quest'interpretazione può essere spiegato come un segnale di credibilità che la Corte doveva lanciare al legislatore nazionale che aveva evitato di seguire le indicazioni provenienti dell'Ac. 353/2012 ed aveva approvato nuovamente norme su cui la Corte aveva avuto occasione di pronunciarsi in senso sfavorevole – sospendendo l'efficacia della sentenza -. Peraltro, proprio le conseguenze economiche ed internazionali connesse a questa sentenza che si sono precedentemente sottolineate, costituiscono una conferma particolarmente pregnante del ristretto spazio di manovra di cui dispone il giudice costituzionale che si sta cercando di sottolineare.

Consente, infatti, di evitare le conseguenze economico-finanziarie e di conformità agli obblighi sovranazionali – che costituiscono invece un parametro assai importante nei giudizi di bilanciamento *ex post* – e di imporre al legislatore un impianto di riforma che sia maggiormente in linea con i parametri costituzionali.

La tutela dei diritti sociali della giurisprudenza è quindi limitata ad una serie di indicazioni rivolte al legislatore nazionale affinché modifichi le riforme adottate nella direzione di garantire interventi con caratteristiche di maggiore eguaglianza, proporzionalità e sostenibilità.

Tentando di delineare le ragioni di questa limitazione dell'intervento della corte, paiono immediate le difficoltà che derivano dalla materia dei diritti sociali nel contesto del piano di assistenza.

Le costituzioni e le giurisprudenze su di esse formate – ed ovviamente quella portoghese non fa eccezione – ne forniscono un'ampia elencazione e specificazione. Lo fanno, tuttavia, sul presupposto che queste indicazioni siano vincolanti per il soggetto che ha il potere di implementare detti diritti. La Costituzione e gli interpreti si muovono quindi nell'ottica di poter vincolare il legislatore all'assunzione ed alla modulazione dei costi connessi, per loro stessa natura, alla creazione di un sistema di diritti sociali[80].

Ed è probabilmente in questo che si coglie l'imbarazzo del Tribunale portoghese: in una situazione in cui il finanziamento della macchina statale portoghese avviene tramite organismi sovranazionali, non ha più il potere – sostanziale – di vincolare il soggetto che dispone delle risorse finanziarie a garantire un certo assetto dei diritti sociali. Se si considera come sul piano della Costituzione, di cui il tribunale dovrebbe essere garante ed interprete, nulla traspaia di questo spostamento di poteri[81], si può definire una possibile chiave di comprensione interpretazione data dal TC ai *memorandum* e delle difficoltà applicative che ne derivano.

La Corte Costituzionale portoghese ben avrebbe potuto tentare di dipanare le problematiche connesse alla validità dei *memorandum* come

[80] Sul punto, si segnala la riconduzione al rapporto tra Costituzione formale e Costituzione sostanziale di queste dinamiche, operata da R. ORRÙ, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali,* cit. 1031-1035.

[81] Nella medesima direzione, delineando in tono provocatorio, la presenza di un "Dirty Little Secret" nelle Costituzioni quanto a questi aspetti, si v. J.E.M. MACHADO, *The sovereign Debt Crisis and the Constitution's Negative Outlook: A Portuguese Preliminary Assessment,* in X. CONTIADES, *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Farnham 2013, 227-231.

accordi internazionali in riferimento alle norme sulle ratifiche dei trattati presenti nella costituzione portoghese[82], o compiere un'analisi puntuale del Paef e dei singoli *memorandum* che dipanasse le criticità individuate dalla dottrina. Invece si limita ad un rapido asseveramento della vincolatività di questi accordi, peraltro non differenziando nemmeno in riferimento ai soggetti sottoscrittori, e finendo per considerare su uno stesso piano di coercitività giuridica i *memorandum* sottoscritti con il FMI e quelli sottoscritti nell'ambito della procedura EFSM.

Una parziale spiegazione di quest'impostazione pare trovarsi nelle considerazioni appena svolte. La Corte decide di assecondare il dettato costituzionale, evitando quell'operazione di disvelamento che ad esempio – pur avendo poteri assai differenti – compie il Consiglio di Stato greco, affermando in maniera esplicita la necessità di adattare la protezione dei diritti sociali alla nuova realtà economico-finanziaria derivante dal processo di integrazione europea e dalle misure di assistenza finanziaria[83].

Per legittimare, quindi, i risultati dei bilanciamenti con gli impegni sovranazionali che emergono nella propria giurisprudenza, il TC portoghese ha necessità di affermare la vincolatività giuridica dei *memorandum* e di non operare distinzioni tra gli stessi.

Detto in maniera più esplicita, l'impressione che se ne ricava è che la vincolatività economica venga trasformata dalla Corte Costituzionale portoghese in vincolatività giuridica. Una volta effettuata quest'operazione, il rischio maggiormente concreto è quello di doversi confrontare con il protrarsi degli obblighi giuridici, la fine delle esigenze economiche e la necessità di non contraddire apertamente i propri precedenti: questa la situazione che la Corte affronta, ad esempio, nell'*Acórdão* n. 574/2014. In questa sentenza la corte si trova finalmente "liberata" dalle maglie del Paef – essendo un giudizio preventivo sulla legge di bilancio per il 2015 – e coglie l'occasione per ripristinare l'ampiezza di tutele offerte ai diritti dei cittadini.

[82] Per un'analisi approfondita dei problemi di conformità alle indicazioni circa i procedimenti di ratifica previsti dalla Costituzione portoghese si rinvia a G. VAGLI, *Portogallo. Profili costituzionalistici dell'accordo tra Portogallo e FMI/UE*, in *Dpce-online*, 4/2011, 3-7.

[83] Si vedano ad esempio le decisioni del Consiglio di Stato greco n. 668/2012 e 1685/2013, su profili di comparazione tra le posizioni delle corti (pur nella sostanziale differenza di poteri), si rinvia a X. CONTIADES, I.A. TASSOPULOS, *The impact of the Financial crisis on the Greek Consitution,* in X. CONTIADES, *Constitutions in the Global Financial Crisis*, Farnham 2013, 198-208.

Eppure lascia irrisolti alcuni nodi. Anzitutto, come precedentemente sottolineato, si riscontra un'applicazione del principio di eguaglianza-proporzionalità di difficile conformità con i precedenti della corte, che legittima – sulla base degli immediati effetti finanziari di questa tipologia d'intervento – una misura gravante sui soli dipendenti retribuiti con fondi pubblici. In secondo luogo, la reiterata sottolineatura dell'"eccezionalità" e della "temporaneità", che aveva giustificato la precedente giurisprudenza e che legittima il cambio di valutazione della presente. Ad avviso della Corte, una volta cessata la situazione emergenziale, il legislatore dovrebbe trovare altre giustificazioni delle riforme adottate affinché queste possano superare il test di proporzionalità derivante dall'applicazione dell'art. 13 della Cost. port. – laddove si configuri la lesione di alcuni dei diritti invocati –. Né la sottoposizione del Portogallo alla procedura per disavanzo eccessivo, consentirebbe, tramite il richiamo alle indicazioni provenienti nell'ambito di tale procedura, di aggirare quest'esigenza. Infatti, ad avviso della Corte si tratta, per un verso, di indicazioni provenienti da decisioni del Consiglio europeo di vincolatività giuridica non univoca che, peraltro, non si spingono fino al punto di dare indicazioni puntuali; ad ogni modo, il TC conclude riconoscendo l'esistenza di un'identità costituzionale tutelata ex art. 4.2 del TUE tale da legittimare eventuali discostamenti. Con l'effetto di considerare le medesime norme costituzionali per il 2014 – sulla base del Paef – e per il 2015 – sulla base della procedura per deficit eccessivo – ed incostituzionali per il 2016-18, vista la fine delle ragioni emergenziali.

Una simile giurisprudenza[84] si espone a due criticità. Anzitutto, un'interpretazione dell'art. 4.2 TUE che, nella misura in cui configura una delineazione del contenuto dell'identità nazionale che l'Ue dovrebbe tutelare formatasi sulla base di una valutazione unilaterale del giudice costituzionale portoghese, pare di dubbia conformità alle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea[85]. In secondo luogo palesa la trasposizione di vincolatività economica in vincolatività

[84] Peraltro, pur con riferimento a diversa riforma legislativa, la corte compie analoga riflessione sulle fonti sovranazionali nell'Acórdão n. 187/2013.

[85] In particolare questa interpretazione si potrebbe porre in conflitto con il principio di primazia come declinato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia a partire dalla *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70) e confermata in C-314/85 *Fotofrost,* secondo cui "*the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that state or the principles of a national constitutional structure*" .

giuridica che si menzionava: in effetti, la nozione di eccezionalità e temporaneità proposta non tiene conto che nel contenuto dei *memorandum* risultano presenti riforme a carattere permanente, con effetti che – evidentemente – si protraggono oltre la fine del Paef. Eppure la Corte evita, nelle ultime menzionate pronunce del 2014, di affrontare appieno questa problematica, finendo per lasciare insoluto il problema di accordi che paiono finire per diventare a vincolatività giuridica temporanea: impegnano lo stato portoghese solo fino al momento in cui questo accede ai piani di appoggio finanziario.

Peraltro, le medesime obiezioni sono rilevate anche nella dichiarazione di voto di P. Machete che – richiamando la posizione espressa nell'Ac. n. 413/2014 – critica la posizione della maggioranza principalmente su due versanti: in primo luogo sottolineando come la fine del Paef non possa comportare un ritorno alla situazione antecedente in ragione delle modifiche legislative e degli impegni *pro futuro* assunti; e, in secondo luogo, che la fine del programma di assistenza non faccia venir meno la rilevanza dell'interesse pubblico al consolidamento del bilancio, che permane sia come risultato degli impegni assunti in sede sovranazionale, sia quale obiettivo perseguibile dalle politiche nazionali[86].

La ricostruzione ci consente di trarre alcune notazioni conclusive circa la giurisprudenza portoghese sulle misure anti-crisi.

La Corte Costituzionale accetta per un verso una "sospensione" nella tutela dei diritti sociali e cerca, per contrappunto, di muoversi all'interno dei vincoli economici, costituzionali e sovranazionali per tentare di limitare l'erosione delle conquiste sociali, tramite pronunce rivolte al legislatore che gli impongano una maggiore considerazione degli effetti in termini di sostenibilità e di eguaglianza delle riforme adottate.

Proprio nell'ottica di riacquisire il pieno controllo della propria Costituzione, il TC accetta un'interpretazione che assegna vincolatività giuridica ai *memorandum*, senza tuttavia tentare di interrogarsi sulla configurabilità di tutele in ambito europeo per i diritti eventualmente lesi dalle relative leggi di attuazione, né sindacando la composizione e formazione di questi accordi.

Il risultato di queste posizioni è quello di delineare una giurisprudenza non particolarmente efficace – né rigidamente coerente – nel ga-

[86] Sulla base di tali valutazioni, P. Machete contesta quindi la teoria dell'eccezionalità degli interventi che legittimerebbero la lesione dei diritti sociali adottata dalla maggioranza della Corte, Acórdão n. 574/2014, dec. P. Machete.

rantire i diritti sociali dei cittadini e che finisce per comportare delle pronunce di dubbia compatibilità anche sul piano delle fonti, quantomeno in riferimento al diritto sovranazionale. Pare, quindi, possibile concludere che dalla giurisprudenza portoghese sia possibile trarre conferma della sussistenza di ragioni di carattere generale – precedentemente sottolineate – per cui la difesa dei diritti sociali che può essere offerta da un giudice risulti strettamente connessa alla possibilità per questo di fornire indicazioni vincolanti al soggetto che dispone della leva finanziaria per sopportarne i costi e che – conseguentemente – la tutela dei diritti sociali offerta su base nazionale non possa che depotenziarsi in presenza di misure di appoggio finanziario condizionato, quale quelle erogate nell'ambito del Paef[87].

6. *Un approccio differente: la possibilità di applicare la Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea*

L'analisi della giurisprudenza portoghese consente di avvalorare l'ipotesi che sussistano notevoli difficoltà per i giudici nazionali di offrire, all'interno delle operazioni di assistenza finanziaria, tutela ai diritti sociali dei cittadini. In quest'ultima sezione si cercherà, quindi, di ripercorrere sinteticamente alcune suggestioni – avanzate in dottrina[88] – configuranti un'interpretazione alternativa dei piani di assistenza: in particolare, previo inquadramento delle procedure di salvataggio come diritto UE, risul-

[87] In dottrina sono state avanzate anche delle ricostruzioni che, partendo dall'analisi della medesima casistica del presente elaborato, giungono a ritenere che la posizione della Corte risulti problematica proprio per le visioni confliggenti ed i cambi di maggioranza registrati nel corso di questa casistica. In tale ottica, il problema sarebbe generato dal meritorio tentativo di applicare un sistema di principi derivanti dal diritto costituzionale portoghese che presenterebbe in sé profili di ambiguità, sia quanto ai bilanciamenti sia quanto a margini di concretabilità, tenendo conto del processo di integrazione e delle esigenze economiche. Nelle ricostruzioni di tali autori, il mezzo di soluzione primario dei conflitti andrebbe rinvenuto in una modifica del dettato costituzionale, si v. M. CANOTILHO, T. VIOLANTE, R. LANCEIRO, *Austerity measures under judicial-scrutiny: the Portuguese constitutional case-law*, in *European Constitutional Law Review*, 11/2015, 155-183. L'analisi, senz'altro apprezzabile in un'ottica di risoluzione "interna" delle problematiche pare, tuttavia, non cogliere appieno le dinamiche sovranazionali che si è tentato di evidenziare in questo scritto.

[88] In ordine all'inquadramento quale diritto europeo delle procedure di *bailout*, si rimanda principalmente a C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, 10, 2014, 393-421.

terebbe possibile applicare alle procedure di *bailouts* le garanzie offerte dalla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

I dubbi circa la valutazione quale diritto europeo delle operazioni di assistenza economica sono stati avanzati in dottrina e, parzialmente, confermati dal Report predisposto dalla Commissione per gli affari economici e monetari del Parlamento Europeo[89].

In particolare le criticità afferiscono a due versanti: essendo basati su accordi internazionali, i *bailouts* esulerebbero dall'ambito applicativo delineato dall'art. 51 della Carta dei diritti Fondamentali dell'UE e, d'altronde, i *memorandum* – su cui è concentrata l'attenzione – non avrebbero valore vincolante[90].

La prima di queste argomentazioni può essere contraddetta dalla netta prevalenza che ricopre nell'ambito delle procedure di assistenza finanziaria la componente UE (rappresentata nel caso portoghese dall'EFSM) specie in riferimento alla definizione delle misure di condizionalità contenute nei *memorandum*[91]. Questa ricostruzione trova riscontro nelle modifiche introdotte con il Reg. n. 472/2013, che prevede che ogni stato membro che richieda o stia ricevendo assistenza finanziaria debba preliminarmente ottenere l'approvazione da parte del Consiglio europeo del proprio programma di aggiustamento macroeconomico; la Commissione assume il compito di garantire che i *memorandum* di cui è firmataria siano conformi a detto programma, mentre i cambiamenti di questo devono essere decisi dal Consiglio su proposta della Commissione[92].

[89] *Report on the enquiry on the role and operations of the Troika (ECB, Commission and IMF) with regard to the euro area programme countries,* EP Committee on Economic and Monetary Affairs, 28 Febbraio 2014. Il Report, trovando conferma anche in un articolato questionario rivolto al Fmi, alla Commissione ed alla BCE, conclude nel senso di escludere l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali, sulla base della considerazione che le misure non sono basate su normative di diritto europeo (par. 80).

[90] Per le posizioni contrarie all'inquadramento quale diritto UE dei piani di assistenza finanziaria si v. R. CISOTTA, D. GALLO, *The Portuguese Constitutional Court Case Law*, cit., 85 e K. TUORI, K.TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis,* Cambridge 2014, 237.

[91] Si v. C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge,* cit., 400-402, in cui l'A. sottolinea come pur suddividendo i *bailouts* in quelli a totale prevalenza di fondi con provenienza UE, mista e con fondi erogati esclusivamente nell'ambito di piani di assistenza intergovernativi, si possano comunque individuare dei margini per considerare il piano di assistenza come diritto UE. In particolare, nell'ultimo dei casi – quello maggiormente problematico – andrebbe valorizzato il ruolo ricoperto dalla procedura per deficit eccessivo ex art. 126 TFUE e le decisioni del Consiglio assunte all'interno della stessa.

[92] Art. 7 Reg. (UE) n. 472/2013. La norma, ai sensi dell'art. 16 si applica anche ai paesi che abbiano procedimenti di assistenza pendenti.

Infine, con particolare riguardo alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione, andrebbe adeguatamente valorizzato il ruolo svolto dalle istituzioni europee anche all'interno delle procedure più marcatamente intergovernative – ed in particolare della Commissione – tenendo conto che l'art. 51 della stessa incontra minori resistenze applicative laddove si tratti di atti delle istituzioni dell'Unione[93].

Definite le possibilità di inquadrare le procedure di assistenza finanziaria quale diritto europeo, residua la problematica dell'inquadramento della vincolatività giuridica delle singole pattuizioni presenti all'interno dei Piani di assistenza finanziaria[94].

La natura contrattualistica[95] di per sé non risulta sufficiente a negare la vincolatività giuridica delle misure, tenendo conto della stretta similarità con la procedura per l'erogazione dei fondi strutturali, anch'essi non inclusi nell'elencazione degli atti dell'Unione ex art. 288 TFUE e della possibilità di inquadrare le misure di condizionalità come "accordi di diritto pubblico" in cui il compimento delle riforme è condizione per ricevere i prestiti[96].

Nel contesto appena delineato dei piani di assistenza, la rilevanza della vincolatività giuridica dei *memorandum* può essere adeguatamente ponderata, tenendo conto che nell'ambito dell'assistenza garantita all'interno del contesto UE (EFSM) alcune misure di condizionalità risultano similarmente individuate in questi e nelle Decisioni del Consiglio – anche in forma esecutiva –[97].

Residuano le ipotesi in cui le misure di condizionalità non siano interamente contenute nella fonte UE, ovvero siano esclusivamente dettate dai MoU. In tali ipotesi, le possibilità di sottoporre le misure al giudizio della Corte di Giustizia può configurarsi considerando i *memorandum*

[93] Si v. S. PEERS, *Towards a New Form of EU Law? The Use of EU Institutions outside the EU Legal Framework*, in *European Constitutional Law Review*, 9, 2013, 37.

[94] In particolare, le criticità sono riconducibili a tre: a) si tratterebbe di accordi a caratterizzazione contrattualistica; b) in gran parte risultano fondati su *memorandum* per tradizione internazionalistica ritenuti non legalmente vincolanti; c) lascerebbero troppi margini di discrezionalità al legislatore nazionale per poter essere sindacabili.

[95] Si v. K.A. ARMSTRONG, *Differentiated Economic Governance and the Reshaping of Dominium Law*, in M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROUCHE (a cura di), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford 2014, 65-84.

[96] C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge*, cit., 408.

[97] È questo ad esempio, il caso del Portogallo, in cui il contenuto del *memorandum* sottoscritto in ambito EFSM in riferimento alla riforma della contrattualizzazione dei dipendenti pubblici risulta conforme alla Decisione esecutiva del Consiglio del Maggio 2011 (2011/344/EU).

come atti atipici di diritto europeo e quindi legalmente vincolanti[98], ovvero sottoposti comunque al sindacato di questa in quanto aventi *legal effects*[99].

Tratteggiati i possibili elementi che consentirebbero di ritenere che tanto i piani di assistenza in generale, quanto le singole misure di condizionalità presenti nei diversi strumenti possano essere inquadrati quale diritto UE o comunque sottoposti al sindacato della CJEU – anche in riferimento allo *scope of application* della Carta dei Diritti Fondamentali - , residuano da chiarire i margini di sindacabilità delle norme nazionali adottate in questo contesto.

In particolare, la maggiore o minore discrezionalità lasciata al legislatore nazionale non pare in grado di influire sull'applicabilità della Carta, se si tiene conto della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia che l'ha estesa alla legislazione nazionale che cada nello "*scope of the EU law*", specificando come questo implichi che non sia necessario che queste misure siano state adottate per la trasposizione diretta di diritto UE[100].

Le sintetiche considerazioni svolte consentono quindi di affermare che potrebbero sussistere i margini per configurare la possibilità per le corti nazionali di proporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia avente ad oggetto la compatibilità delle misure nazionali adottate all'interno dei piani di assistenza finanziari con gli obblighi derivanti dalla Carta dei Diritti fondamentali ed in generale dalla "Costituzione sociale" UE. Tale possibilità appare di particolare rilievo se si tiene in considerazione come siano già state rilevate situazioni conflittuali tra questi elementi: ad esempio la protezione che la legislazione nazionale deve offrire ai giovani lavoratori ai sensi dell'art. 3 della Direttiva 94/33/CE – in combinato con la disposizione di cui all'articolo 32 par. 2 della Carta – ed il contratto di apprendistato predisposto dalla legislazione greca nel 2010, ovvero i principi di non discriminazione, il diritto a forme di contrattazione collettiva e la protezione delle dignità dei lavoratori (artt. 21, 28 e

[98] Seguendo la linea interpretativa della Corte di Giustizia dell'UE che ha considerato legalmente vincolanti diversi di questi atti atipici di diritto UE: comunicazioni della Commissione (C-325/91; C-57/95), conclusioni del Consiglio (C-27/04), Codici di Condotta (C-303/90).

[99] Il sindacato della Corte al riguardo è stato affermato a partire da C-22/70, *Commission v. Council*: *"An action for annulment must therefore be available in the case of all measures adopted by the institutions, whatever their nature or form, which are intended to have legal effects*".così come le successive modifiche (ad es. 2012/224/EU).

[100] Si v. C-617/10, *Fransson.*

31 della EUCFR) con il taglio degli stipendi operato dal governo portoghese[101].

7. *Conclusioni*

La ricostruzione della giurisprudenza portoghese sulle misure anti crisi pare offrire notevoli spunti di carattere generale. La conclusione cui si può giungere dalla disamina di queste sentenze è che il massimo che la giurisdizione nazionale può offrire in termini di tutela dei diritti sociali è costituito da forme di garanzia parziali, determinate dal contesto in cui le questioni di costituzionalità sono sollevate, sia da un punto di vista processuale che da un punto di vista di ricadute economiche. Ancor più se si considera come questo risultato di tutela "minima"[102] è ottenuto all'interno del perimetro della Costituzione portoghese che offre un catalogo assai ampio di diritti sociali e, contestualmente, modalità di accesso alla Corte costituzionale particolarmente efficaci nel consentire il sindacato su norme di bilancio o introducenti riforme macroeconomiche. In altri sistemi, ed è soprattutto il caso della Grecia, tali elementi sono, invece, carenti ed hanno causato ancora maggiori difficoltà di offrire minime tutele ai diritti dei cittadini in sede giurisdizionale[103].

A fronte di questi limiti, la soluzione prospettata, l'utilizzare la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea per garantire – anche all'interno dei piani di assistenza finanziaria – il rispetto dei diritti sociali propri dello status di cittadino europeo, pare offrire alcuni indubbi vantaggi: anzitutto di uniformità, nel doppio significato di garantire un trattamento "minimo" similare a tutti i cittadini dei paesi sottoposti ad assi-

[101] Erano queste le questione sollevate in C-128/12, *Sindacato dos Bancários do Norte,* cit., laddove la CJEU si è ritenuta carente di giurisdizione. Tale precedente, come sovra accennato, non appare particolarmente foriero di conseguenze se si tiene conto che il giudice remittente non aveva individuato le specifiche norme di condizionalità (nel memorandum e nella decisione del Consiglio) di cui la riforma nazionale costituiva attuazione e che avrebbero consentito – secondo la tesi riportata – di poter rientrare nell'ambito di applicabilità della EUCFR, sul punto si v. C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge,* cit., pp. 418-420 e C. BARNARD, *The Charter, the Court – and the Crisis,* cit., 9-12.

[102] Della difesa di una Costituzione "minimalizzata" parla in particolare R. ORRÙ, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali,* cit., 1028-1030.

[103] Si v. X. CONTIADES, I.A. TASSOPULOS, *The impact of the Financial crisis on the Greek Consitution,* cit. pp. 206-218, in cui gli A. sottolineano particolarmente la connessione tra aspetti economici, giuridici e conseguenze politico-istituzionali del sistema.

stenza e di evitare complesse dinamiche tra *tax takers* e *tax givers* – con questi ultimi che possono arrivare a contribuire finanziariamente alla garanzia di diritti (ad es. salario minimo) di cui essi stessi non beneficiano –[104].

Il secondo vantaggio attiene ad un piano di effettività delle tutele che un simile approccio può offrire. Il potere di valutare la conformità degli atti di condizionalità – come detto, anzitutto decisioni del Consiglio – alla Carta dei Diritti Fondamentali – ed in generale alla "Costituzione sociale dell'UE" – in capo alla Corte di Giustizia, finisce per ricostruire quell'unitarietà di piano tra diritti sociali, soggetto finanziatore e corte, la cui assenza costituisce uno degli ostacoli principali alle possibilità di tutela offerta all'interno del perimetro nazionale[105].

[104] In effetti, diversi autori hanno individuato nella creazione di diversi piani di disuguaglianza una delle principali criticità del riformato assetto costituzionale dell'UE derivante dalla crisi, sul punto si v. ad esempio A.J. MENÉNDEZ, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, in *European Law Journal*, 2, 2014, 127-141.

[105] Si segnala, peraltro, come tale interpretazione – per quanto problematica – risulta particolarmente meritoria qualora inquadrata nel contesto di un'Unione Europea profondamente modificata nei suoi assetti costituzionali dalle riforme della *governance* economica, con connessi problemi di spostamento a livello europeo di poteri e di nuove forme di disuguaglianza cui sovra si menzionava, si v. A.J. MENÉNDEZ, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, in *European Law Journal*, Vol. 20, n. 2, 2014.

ATTUALITÀ

Economia, etica e società[*]

Roberto Schiattarella

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Valori ed economia – 3. Rapporto tra fatti e teoria – 4. Il funzionamento del sistema economico – 5. I confini dell'economia

1. Premessa. – La lezione che conclude la mia esperienza di insegnamento a Camerino non può che riassumere le scelte che hanno caratterizzato la mia attività di studioso e di docente. Scelte che in nessun modo posso considerare il punto di partenza del mio percorso di riflessione anche se, in fondo, sono scelte che erano tutte in qualche modo implicite nell'approccio alle questioni economiche del mio maestro, Federico Caffè. Sono dunque qualcosa che ho riscoperto col tempo, o forse delle quali sono diventato consapevole un po' alla volta e che, con il trascorrere degli anni, ho cercato di trasformare in strumenti di analisi.

Nello scrivere queste pagine mi sono ricordato che il mio primo scritto, probabilmente ispirato alla lettura di Gramsci, ragionava sul fatto che il programma scientifico seguito da ciascuno studioso può essere considerato come una sorta di scoperta di se stessi. Un po' come quando attraverso gli studi universitari si prende maggiore coscienza di cosa si è e cosa si vuole diventare.

Dico subito che le scelte che ho fatto sono state tutt'altro che condivise all'interno della comunità scientifica. La cultura economica, negli anni della mia attività di docente, si è mossa in direzioni del tutto differenti da quelle da me seguite, facendomi diventare un economista, per così dire, di "nicchia". Un destino che ho affrontato con una certa serenità, in primo luogo perché lo stesso Caffè, al quale tutti erano pronti a tributare onori formali, nei fatti è stato sempre un pensatore solitario, che aveva difficoltà a rompere i conformismi che ingombrano la riflessione di ogni epoca. E, in secondo luogo perché insegnare in

[*] Il presente contributo riproduce i contenuti della *Lectio magistralis* tenuta il 2 dicembre 2015 presso l'Università degli Studi di Camerino.

una facoltà di Giurisprudenza di una piccola ma prestigiosa Università come Camerino mi ha permesso di coltivare questa mia diversità, di nutrirla con esperienze che provenivano da discipline diverse, e con il dialogo, a volte serrato, con i docenti che ho avuto la fortuna di incontrare.

Di queste diversità parlerò nella lezione che sto per fare. Una diversità nell'approccio ai problemi dell'economia, ma certo non estranea alla cultura del nostro tempo, e che si è costruita col tempo intorno a quattro scelte. Quella relativa al ruolo da attribuire ai giudizi di valore nella riflessione scientifica; al rapporto tra teoria e fatti; al modo di leggere il funzionamento dei sistemi economici; e, infine, quella (o quelle) relativa ai confini dell'economia.

2. Valori ed economia. – La scelta sul ruolo da attribuire ai valori nel processo scientifico è probabilmente quella che ha avuto le maggiori implicazioni sul modo in cui ho affrontato le questioni economiche. Questo spiega perché mi ci soffermerò più a lungo. Non è un caso che all'interno dei miei corsi ho dato da sempre grande spazio al tema; nei primi anni sottolineandone il ruolo in tutte le circostanze in cui mi è parso necessario renderlo esplicito; negli ultimi anni scrivendo delle dispense il cui successo tra gli studenti è stato dovuto non tanto alla loro chiarezza quanto al fatto che non contenevano formule o grafici.

Per la gran parte degli economisti la questione dei valori è di facile soluzione. I valori sono semplicemente qualcosa che deve essere considerata esterna all'analisi economica. È vero che una parte della riflessione si è occupata di questi temi – l'economia del benessere – ma, come ha sottolineato Sen, si è trattato di una linea di ricerca rimasta esterna al nucleo teorico e che non ha mai avuto la capacità di incidere sul corpo centrale della riflessione economica.

Il punto di partenza di ogni buon manuale di economia è la definizione di Robbins secondo il quale l'economia è la scienza che studia i comportamenti umani come relazione tra fini e mezzi scarsi utilizzabili in modi alternativi. Partiremo anche noi da lì, anche perché è una definizione che rende chiaro immediatamente il fatto che l'economia concentra la sua attenzione sulla scelta dei mezzi e che i fini devono essere considerati una premessa che tuttavia deve restare al di fuori del campo di riflessione dell'economia.

Il problema sta nel fatto che se è vero che gli economisti si riconoscono nella quasi totalità in questa definizione, i filosofi, con altrettanta compattezza si muovono su logiche sostanzialmente differenti. E non da poco tempo; almeno a partire dagli anni venti del secolo scorso. Secondo la gran parte degli studiosi che si occupano di metodo scientifico, la distinzione tra fatti (che possono essere sottoposti a verifica) e valori (che non possono essere verificati) non tiene. Non esiste una chiara linea di demarcazione che separa i fatti dai valori.

È significativo, a questo proposito, che, a partire dagli anni '80, l'utilitarismo delle preferenze che costituiva il retroterra in termini di fini degli economi-

sti a' la Robbins, è stato da una certa misura sostituito da posizioni che danno per scontata la non separabilità di fatti e valori, ma ripropongono le conclusioni di quell'approccio sostenendo la non universalità di questi ultimi, e riaffermando quindi l'impossibilità di far diventare i valori obiettivi condivisi per le politiche di intervento.

Keynes è stato il primo economista che si è appropriato della svolta che si era avuta nel dibattito filosofico di quegli anni, sia pure per gradi; prima attraverso Moore che gli ha permesso di allontanarsi dalla tradizione utilitarista e poi, dopo la prima guerra mondiale, seguendo la traiettoria di tutto il gruppo di Bloomsbury che era giunto a considerare il fine ultimo della politica di intervento in economia la costruzione di una "buona vita" all'interno di una "buona società". Keynes non sarebbe stato mai Keynes senza Bloomsbury.

Alla questione dei valori si può guardare da un altro punto di vista. Da un lato c'è chi è convinto che esistano leggi economiche sostanzialmente assimilabili a quelle naturali; secondo altri invece le leggi che vengono individuate, soprattutto nelle scienze sociali, non sono altro che costruzioni delle quali si serve lo studioso per riuscire a comprendere la realtà, o meglio pezzi della realtà che ha di fronte con lo scopo di sviluppare politiche d'intervento. Questo secondo approccio è stato chiamato normativo proprio per la centralità che assume l'azione.

Il primo approccio, nel momento in cui esclude dalla riflessione i valori, è coerente con una visione dell'economia a' la Robbins. Nell'approccio normativo i valori costituiscono invece la premessa necessaria per ogni percorso scientifico. Una parte essenziale dello stesso.

La mia prima scelta è stata quella di collocarmi all'interno dell'approccio normativo; una scelta peraltro fatta, sia pure implicitamente, anche da Caffè. Una scelta che rende possibile la coesistenza di più visioni dell'economia, che dipendono dalla scelta di diversi valori di partenza degli studiosi. Questo vuol dire che ogni intervento di politica economica può – deve – essere giudicato su due piani. Quello tecnico e quello dei valori di partenza. Non a caso nelle mie lezioni ho spesso sottolineato come alcuni interventi di politica economica non dovessero essere valutati da un punto di vista tecnico, quanto dalla scelta di valori che li avevano motivati.

Un esempio tipico è quello delle politiche sull'occupazione. Nella visione oggi prevalente l'occupazione è legata al livello del salario. La disoccupazione presente nel sistema si spiega con la mancata accettazione della retribuzione offerta. I disoccupati sono dunque i soli responsabili del loro stato. Il Job Act è una misura che ha un senso solo all'interno di questa chiave di lettura. In un approccio normativo il rilievo costituzionale dato all'occupazione può diventare il valore di partenza che dunque deve essere tutelato; nei casi in cui il mercato non riesce a garantire livelli adeguati di occupazione, lo stato deve intervenire attraverso politiche della domanda.

Come si vede esistono sicuramente diversità di lettura tecnica ma queste sembrano essere espressione in primo luogo di valori di partenza legati a loro volta alla tutela di interessi specifici.

3. Rapporto tra fatti e teoria. – Il modo di impostare l'analisi delle questioni economiche condiziona in primo luogo il come si guarda ai fatti. Chi crede al carattere naturale delle leggi economiche dedica scarsa attenzione a ciò che accade. E questo perché i fatti possono nascondere più che far capire; costituiscono l'apparenza dietro la quale si nasconde la sostanza delle leggi. I fatti non possono negare la teoria, possono solo confermarla. Non possono suggerire gli interventi di politica economica. Questa dovrà invece trarre ispirazione dalle conclusioni che si possono ricavare a livello teorico.

Le mie riflessioni sono andate in un'altra direzione. Se non esistono leggi naturali, tutto ciò che può aiutare a comprendere come si debba intervenire nella realtà economica, lo possiamo e lo dobbiamo apprendere dai fatti. Fatti, va detto subito, che vanno intesi in primo luogo in senso ampio, comprendendo oltre agli esiti dei comportamenti individuali o di gruppi, quelli legati alle istituzioni ed alle interazioni tra le istituzioni non solo economiche. E, soprattutto, che vanno letti con un approccio, quello degli storici, capace di tener conto della complessità delle dimensioni che vanno analizzate; un approccio che non dimentichi mai che i fatti in sé non esistono ma contengono sempre il punto di vista dell'osservatore.

La distanza che esiste tra i due modi di guardare al rapporto tra fatti e teoria è resa evidente da una polemica nata dalle considerazioni critiche fatte da alcuni economisti all'atteggiamento di Keynes sulla politica economica e che è ricordata nella biografia di Skidelsky. A Keynes veniva rimproverata la facilità con cui cambiava le linee di politica di intervento. Keynes non ha bisogno di critici, ironizzavano, perché si critica da solo. Keynes risponde semplicemente: la sua politica di intervento cambia ogni volta che cambiano le condizioni di contesto, i fatti. In questo modo Keynes sottolinea che la chiave interpretativa con cui guardare ai fatti non può essere in nessun modo data per sempre, almeno nella sua interezza. Al contrario deve essere costantemente modificata e rivista proprio per l'interazione che deve esserci tra fatti che cambiano e chiavi interpretative.

Le mie lezioni sono state costruite pensando a questa interazione tra teoria e fatti. Ho sempre cercato di verificare con voi la validità delle teorie mettendole alla prova di ciò che accadeva nel sistema economico. Mostrando come a volte le teorie aiutano a comprendere i fatti e altre volte no. I fatti costituiscono una parte essenziale di ogni chiave di lettura. Sono ancora oggi grato a quello che è stato un mio secondo maestro e cioè Giorgio Fuà, per avermi insegnato con quanta attenzione si deve guardare alle informazioni statistiche, quanto sia più

produttiva sul piano scientifico una buona analisi dei dati piuttosto che teorizzazioni che a volte sono fini a se stesse.

Forse, nelle riletture keynesiane ci si è tutti un pò dimenticati di questa lezione. Certo, spesso il richiamo alle strutture logiche keynesiane viene da tutti noi utilizzato in polemica con l'attuale cultura, quasi a sottolineare che esistono altre logiche possibili per la politica di intervento. Resta il dubbio che in questo modo si appiattisca il significato del contributo di Keynes. Lo si cristallizza. Si fa esattamente il contrario di quanto suggerito dal suo metodo. Un limite che dipende anche dal fatto che non tutti hanno la capacità di Keynes di cogliere gli elementi essenziali dei problemi economici che si devono affrontare. E dunque che non sia facile riuscire a riproporre la filosofia del suo approccio.

Quello che è certo è che solo guardando alla realtà come si pone oggi, con tutti i problemi indotti dalla globalizzazione, dalla crisi degli USA, dalle tensioni create dal rafforzamento del ruolo della finanza, che possono nascere le nuove linee di politica d'intervento.

4. Il funzionamento del sistema economico. – In che misura siamo in grado di capire e interpretare il funzionamento di un sistema economico, e quanto questa comprensione ci permette di prevedere quanto può accadere? Anche queste sono questioni che pongono ogni economista di fronte ad una scelta. Secondo una linea di riflessione la realtà economica evolve in maniera sostanzialmente prevedibile da parte dei soggetti che possono conoscere gli effetti delle proprie azioni. Per una seconda, viceversa, la realtà economica si caratterizza per l'esistenza di condizioni di incertezza. La prima posizione trae la sua forza dalla convinzione che le leggi economiche siano assimilabili a quelle naturali, ma anche da altre ipotesi come quella della perfetta razionalità dei soggetti e di conoscenze complete, compresa quella degli effetti delle azioni individuali.

Dietro la seconda posizione c'è ovviamente l'idea che il mondo sia solo parzialmente prevedibile. Il fatto che non si possa parlare di leggi economiche come leggi naturali non vuol dire evidentemente che lo studioso non possa individuare regolarità di tipo statistico che possono essere ugualmente definite leggi, ma nel senso di leggi stocastiche.

Si esce dal mondo "naturale" e si entra in quello regolato da leggi probabilistiche. Un mondo segnato da una caratteristica di fondo: una complessità non riducibile, o meglio non troppo riducibile. Si entra nel mondo nel quale era stato coinvolto il giovane Keynes, che non a caso scrive Il trattato sulle probabilità indicando così chiaramente il suo retroterra metodologico. Secondo questo approccio gli eventi non sono mai né certi né impossibili. Sono solo altamente probabili o altrettanto altamente improbabili. Ogni evento può accadere con una certa probabilità. Una successione di eventi non può essere mai legata ad una logica di necessità. Ma può essere rilevata una successione di eventi legati tra loro

da un'alta probabilità. E dunque chiavi di lettura possono essere costruite. Ma non bisogna dimenticare che la complessità del mondo fa si che esistano sempre residui più o meno consistenti. Le previsioni possono essere errate dunque ma è proprio per questa ragione che si può apprendere dall'esperienza e la scienza continua a progredire. La realtà socioeconomica è troppo complessa perché sia possibile sperare di individuare schemi di analisi capaci di spiegare interamente i processi di cambiamento. Ed è troppo complessa perché si possa evitare di confrontare gli schemi di lettura di cui ci si avvale con la realtà; e perché la loro validità non sia circoscritta, almeno parzialmente, nel tempo e nello spazio. In un mondo di eventi solo probabili, ed in cui, secondo alcuni, la probabilità è valutata in termini soggettivi, è del tutto scontato che il tratto caratterizzante non possa essere che l'incertezza.

Ed è altrettanto scontato che la politica economica abbia un doppio ruolo; da un lato quello di gestire l'incertezza – ed i problemi conseguenti di instabilità – e, dall'altro quello di indirizzare, con la propria azione, la società a muoversi verso obiettivi ispirati ai valori presi a riferimento.

5. I confini dell'economia. – I confini di ogni scienza non possono che essere difficili da individuare. Ma il rapporto tra l'economia e le altre scienze sociali dipende molto, ancora una volta dai punti di partenza. Se si parte dalla definizione di Robbins, la conclusione a cui si può arrivare – e che, in effetti, è condivisa da molti economisti – è che l'economia sia l'unica scienza sociale e che il metodo dell'economia possa, o meglio, debba essere fatto proprio dalle altre scienze sociali.

Se si sceglie come punto di partenza l'accettazione della complessità – ed è questo il mio caso – i confini, pur rimanendo incerti, perdono gran parte del loro significato, nel senso almeno che lo studioso può attraversarli in tutti e due i sensi. Ho già detto del metodo storico come sostanzialmente l'unico capace di mettere l'economista in condizioni di misurarsi con i problemi di lettura dei cambiamenti intercorsi nell'ambiente economico. I possibili attraversamenti dei confini tra l'economia e le altre scienze sociali che possono aiutarci a comprendere quanto accade sono moltissimi. Mi soffermerò perciò solo su due, proprio come ho fatto, in questi anni, all'interno dei corsi. La prima contaminazione, di grandissima importanza, è quella che va dalla politica, dalla grande politica soprattutto, all'economia. Ho parlato del ruolo delle istituzioni nel funzionamento dei sistemi economici, cioè del ruolo delle regole. Alcune di queste regole svolgono un ruolo cruciale nel delineare il modo di funzionare di un determinato sistema economico. Come nel caso delle regole di Bretton Woods, che hanno letteralmente costruito un certo modo di essere dello sviluppo. Come nel caso delle attuali regole adottate all'inizio degli anni ottanta e che oggi, sorprendentemente, vengono considerate indiscutibili, giuste, quasi naturali. Insomma si

tende a non metterle in discussione senza rendersi conto che quanto succede è legato in primo luogo a queste regole. Ho detto sorprendentemente perché se si guarda alle regole non è difficile capire lo scopo per cui nascono. Quale mondo e quali rapporti sociali,all'interno dei paesi vogliono disegnare. Regole che, come è ovvio, fa il paese dominante e che in sostanza ci raccontano il progetto di governo del mondo occidentale di quel paese. Insomma senza avere una chiara visione del ruolo della politica è difficile parlare di economia. E ciò indipendentemente dal fatto che le regole funzionino o meno.

L'altro aspetto sul quale mi sono soffermato, per la verità meno all'interno dei corsi, e più attraverso scritti ed articoli, è quello degli effetti sulla società di ciò che accade nel mondo dell'economia. Le scelte economiche interagiscono costantemente con i comportamenti sociali e con quelli politici e portano a cambiamenti non sempre immediatamente identificabili. La centralità assunta dalla dimensione economica e quella delle istituzioni internazionali del mercato nel nuovo modello di sviluppo sta cambiando profondamente le dinamiche interne ai paesi. Si è ridotto lo spazio effettivo di scelta nelle politiche economiche dei singoli paesi, ma soprattutto sta cambiando il rapporto tra la politica stessa lo stato e la società. Si tratta di cambiamenti che dovrebbero attirare l'attenzione di tutti e che, in questa fase, sembrano coinvolgere solo giuristi particolarmente attenti.

Non sembra suscitare nessuna reazione, ad esempio, il fatto che sono almeno due decenni che la politica che è eletta dai cittadini di un paese, sviluppa poi (nel senso che è costretta a sviluppare) il proprio disegno di politica di intervento in funzione delle indicazioni delle istituzioni internazionali cioè in funzione degli interessi dei mercati. Quasi che non ci si renda conto del fatto che meno la politica trova la sua interfaccia nella società, più è in qualche modo costretta a rendersi autonoma da essa; a cambiare il contesto istituzionale all'interno del quale opera. Meno può dare alla società, più deve rafforzare la sua capacità di narrazione. Il tutto in un processo cumulativo che trasforma la politica generando un fenomeno di selezione avversa nelle classi dirigenti politiche, ma non solo.

In un processo in cui ciò che cambia all'interno della società alla fine sono i valori condivisi. Non può non colpire il fatto che è ormai universalmente accettato ciò che non è assolutamente ovvio e cioè che l'economia non sia uno strumento della società per raggiungere i suoi obiettivi, ma è qualcosa che ci indica non solo i mezzi ma anche gli obiettivi da raggiungere ed ai quali dobbiamo piegare i valori intorno ai quali abbiamo costruito la nostra convivenza. In un processo in cui i valori sembrano scomparire dietro ad una nube di tecnicismi dettati da istituzioni impersonali ed internazionali. Ma con questo torniamo al punto di partenza e torniamo cioè a parlare del rapporto tra valori ed economia.

RECENSIONI

SOTTO IL VESTITO NIENTE (O QUASI): E NON PUÒ CHE ESSERE COSÌ

Recensione a P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale* Milano 2015

Fabio Ferrari

1. Anzitutto il metodo. – Non si può certo lamentare la mancanza di opere della dottrina sui principi supremi.

Ciò che però rende questo lavoro, a conoscenza di chi scrive, una sorta di *unicum* è l'approccio al tema: vi è senz'altro una ricostruzione teorica della complessità dell'argomento[1], ma l'A. sceglie di indagare il tutto perlopiù empiricamente, guardando al modo con il quale i "confini supremi" risultano concretamente trattati dagli attori istituzionali, *in primis* dagli organi di garanzia.

Per dirla *ipse dixit*, attraverso cioè un po' di «realismo»[2].

È sufficiente questa impostazione a giustificare – e gratificare – la lettura: i principi supremi, siano essi *intra* o *extra moenia*[3], vengono messi a nudo; la loro consueta e possente armatura teorica, con la quale si è soliti collocarli su una sorta di vertice intangibile dell'ordinamento costituzionale, non è apertamente smentita, ma nemmeno presupposta a priori, preferendosi un'analisi puntuale dei rapporti che i diversi principi intrattengono tanto tra di loro, quanto con le fonti di rango inferiore; si coltiva così un dubbio importante: ciò che in teoria, nella quasi unanimità della letteratura, si riconosce come apice dello *Stufenbau*, in pratica tende a non comportarsi sempre di conseguenza o, quantomeno, a sfumare i tratti di una tale pretesa assolutistica. A questo proposito ha ragione l'A. a cogliere i sintomi del problema nello stesso «ossimoro» del *nomen iuris* («principi *eppure* supremi»)[4], ricordando come, pur nella varietà di ricostruzioni sull'ontologia del principio, esso risulti al più descritto come oggetto suscettibile di bilanciamento: secondo concetto, dunque, idoneo ad essere compresso e temperato, con il rischio che in taluni casi limite, nel confronto con il proprio antagonista, sia svilito quasi al punto da negarne la (supposta) essenza[5].

Si potrebbero spendere molte

parole sulla sostenibilità astratta di una tale ricostruzione[6], ma in questa sede appare più sensato prendere prima atto degli innumerevoli esempi portati dall'A.: soprattutto attraverso l'osservatorio privilegiato della giurisprudenza costituzionale, egli propone al lettore un ampio ventaglio di rilevanti casi; tra gli altri, le grevi contrazioni subite dal diritto alla tutela giurisdizionale, dalla libertà personale e dal principio di eguaglianza nelle diverse vicende del loro bilanciamento inducono senz'altro a riflettere[7]: si tratta di tre architravi dello Stato di diritto, tre "pesi massimi" della cui natura suprema pare difficile dubitare; eppure, in una Costituzione nata dall'eterogeneità delle istanze[8], pluralista (verrebbe da dire *mite*) per definizione[9], il bilanciamento sembra rappresentare la quintessenza della risoluzione dei conflitti, ivi compresi quelli supremi[10].

È la stessa Corte costituzionale, guardando per esempio al diritto alla tutela giurisdizionale, a spiegare come esso possa essere compresso «(...) da un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente *preminente* su un principio, quale quello dell'art. 24 Cost., annoverato tra i "principi supremi" dell'ordinamento»[11]. *Mutatis mutandis*, ciò sembra accadere anche con gli altri principi supremi di volta in volta trattati dai giudici della Consulta, stemperando così almeno in parte l'assunto di James Bryce, secondo il quale la deformazione delle norme costituzionali apparterrebbe (solo) alle costituzioni flessibili, essendo le rigide ben meno disposte a trattamenti simili[12].

Tutto ciò posto, si potrebbero porre almeno due obiezioni.

La prima: constatato ed ammesso il pesante bilanciamento subito dal singolo principio supremo nei diversi casi, non si può però affermare che ne sia investito anche il suo nucleo essenziale, il quale risulta comunque preservato da ogni possibile violazione (come accaduto nelle due note pronunce del 1982 e del 2014[13]).

La seconda: le pronunce prese ad esempio dall'A., molto spesso, riguardano *hard cases*, vicende cioè di una complessità di massimo grado, le quali a cagione del particolare momento storico, degli interessi che chiamano in causa, dei fatti che le riguardano sconsigliano di essere trattate alla stregua di veri e propri generali paradigmi valutativi.

Innanzi alla prima obiezione pare opportuno segnalare la difficoltà di una descrizione puntuale del cosiddetto e presunto nucleo duro: a dire il vero è la stessa Corte costituzionale ad affermare, almeno in teoria, la necessità che anche nel più squilibrato dei bilanciamenti si preservi il *quid* inderogabile del principio (supremo) palesemente sacrificato; la tutela giurisdizionale può fornire un valido esempio, posta la perentorietà con la quale la

Consulta ribadisce l'inalienabile diritto ad avere «per tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio»[14]. Precetto senz'altro rassicurante, in teoria; nella pratica, non sempre: quanto e cosa rimanga di un «giudice e un giudizio» in un procedimento penale nel quale si impedisce alle parti private di accedere al contenuto delle intercettazioni telefoniche intercorse tra uno degli imputati e il Presidente della Repubblica... è domanda che se svolta porterebbe, forse, a conclusioni costituzionalmente poco accettabili, a maggior ragione considerando l'assenza di una *esplicita* norma legislativa o costituzionale che disponga la distruzione del materiale intercettato, oltreché l'assoluta imprevedibilità *ex ante* del prestigioso interlocutore telefonico[15]. Ancora, quanto e cosa rimanga di un «giudice e un giudizio» ad una parte processuale alla quale si impedisce di fruire delle prescritte conseguenze di una sentenza di illegittimità costituzionale – modulando con un certo grado di arbitrarietà gli effetti temporali della medesima pronuncia[16] – è parimenti quesito la cui risposta appare forse poco incline a salvaguardare qualunque supposto nucleo duro.

Il tentativo di rispondere alla prima obiezione introduce immediatamente la seconda: gli esempi trattati sarebbero, almeno in gran parte, casi limite, veri e propri *hard cases*; difficile dunque trarre precetti e conclusioni generali da essi. Il rilievo potrebbe anche essere in astratto opportuno; rimane però da chiedersi se una trattazione sui principi supremi – ed egualmente la loro concreta comparsa nella giurisprudenza costituzionale – possa prescindere dall'analisi di casi estremi o, se al contrario, non sia proprio quello il contesto necessario nel quale prenderli in esame: nella fisiologia della vita di un ordinamento i confini ultimi rimangono nascosti, o quantomeno sottotraccia, senza alcun bisogno di sottoporli allo stress da bilanciamento; i conflitti "normali" devono cioè risolversi nella canonicità dell'ottemperanza tra fonte ordinaria e fonte di (mero) rango costituzionale. Al contrario, se il giudice delle leggi ritiene di dover scomodare l'"ultima fortezza"[17], è molto probabile trovarsi all'interno di un caso limite, patologico, ove ad essere messo in discussione non è soltanto il primato – per dirla con Carl Schmitt[18] – delle leggi costituzionali, bensì della vera e propria costituzione. Non si può dunque prescindere, in un'analisi empirica dell'argomento in oggetto, dallo studio degli *hard cases*, né si può pensare che il responso di questi debba essere derubricato all'episodicità occasionale, poiché proprio quando il nucleo fondamentale della costituzione è veramente sotto attacco la teoria dei principi supremi può essere valutata in concreto: è nei momenti di massima esposizio-

ne che un ordinamento tende (e prova) a proteggersi, schierando tutti gli strumenti idonei a custodire ciò che ha di più caro; ed è in questi casi che le sue difese vanno lette, valutate e comprese nel loro reale operare.

Una conferma di questo sembra venire dall'attenzione con la quale l'A. sottolinea il diverso uso operato dalla giurisprudenza costituzionale nei confronti dei principi in esame: talvolta essi sono utilizzati come (semplice) «ornamento motivazionale»[19], non apparendo in queste occasioni del tutto rilevanti per la risoluzione effettiva della questione sollevata dal giudice *a quo*: quest'ultima, difatti, non necessita di un confronto con i confini ultimi dell'ordinamento, il cui richiamo da parte del giudice delle leggi è posto quasi *a contorno* di una decisione comunque assumibile con un ordinario parametro costituzionale; altre volte, al contrario, il loro ruolo rivela una veste assolutamente centrale nella soluzione della questione di costituzionalità, sia qualora la pistola carica sia minacciosamente posta sul tavolo senza sparare[20], sia nel caso in cui il proiettile parta davvero, come nelle due pronunce del 1982 e del 2014; in questi frangenti la serietà della minaccia è reale (o, quantomeno, come tale è percepita dalla Consulta), arrivando concretamente a lambire i confini dell'ordinamento: qui i principi supremi tendono (in parte) a smascherarsi, dovendosi attivare tutto l'armamentario di cui la Costituzione dispone per proteggere il bene più prezioso. Questo obiettivo può essere raggiunto esplicitamente, seppur ad oggi due sole volte, con una sentenza di accoglimento che dichiara l'illegittimità della norma oggetto (di rango costituzionale) per violazione dei principi supremi; oppure, come accaduto, la circostanza di trovarsi innanzi ad un conflitto "ultimo" può essere effettivamente riconosciuta dalla Corte, magari in modo velato, preferendo però il giudice delle leggi risolvere la questione con toni più irenici, così evitando di spendere l'ultima (veramente l'ultima) carta a disposizione[21].

Ciò, peraltro, induce al lettore un'ulteriore riflessione: i casi nei quali i principi supremi sono stati utilizzati non come mero ornamento, ma in qualità di vero e proprio parametro costituzionale, hanno sempre riguardato conflitti *extra moenia*.

È forse un caso? Probabilmente no[22].

Il punto è centrale: l'A. ricorda come con la nota sentenza 1146/1988 la Corte costituzionale operò una sorta di «saldatura» concettuale tra limiti alla revisione costituzionale (*intra moenia*) e controlimiti (*extra moenia*)[23], senza successive smentite: i primi, tradizionalmente, concepiti come argine al potere interno di revisione

costituzionale; i secondi, prendendo a prestito la fortunata espressione coniata da Paolo Barile[24], quali barriere da erigere innanzi a norme *ultra vires* di ordinamenti esterni che rivendicano rango costituzionale. Ciò non impedisce però al libro di sviluppare l'indagine apertamente sui due filoni di ricerca, entrambi fondamentali ma distinti, pur se complementari: appunto, i limiti interni alla revisione costituzionale e i controlimiti esterni.

Ancora un volta, guardando al metodo[25] la scelta va condivisa: sebbene queste due entità debbano essere ricomprese nell'insieme unitario dei principi supremi, non si può negare il preminente rilievo assunto dai conflitti intercorsi (e intercorrenti) con altri ordinamenti ai fini della definizione della categoria in esame: l'«*assedio* al rango costituzionale»[26] portato dai rapporti con le alterità dello Stato – la Chiesa cattolica, l'ordinamento internazionale consuetudinario, l'Unione (l'ex Comunità) Europea – ha indotto la Corte a distillare un contenuto intangibile della Costituzione (o, secondo altra prospettiva, ad allargare di molto le maglie interpretative *ex* art. 139 Cost.), così da evitare che per via difforme rispetto alla strada maestra dell'art. 138 Cost. «si incid[esse] su aspetti essenziali dell'ordinamento»[27].

Il contributo, passato e presente, offerto dai conflitti *extra moenia* nella definizione della fisionomia dei controlimiti rappresenta dunque un aspetto importante da ricordare, a maggior ragione in questo momento storico; difatti, da un lato si succedono gli sforzi con cui parte della dottrina tenta di ispessire i profili ecumenici del dialogo tra le Corti (fino addirittura a concepire una possibile "comunitarizzazione" dei controlimiti[28]); dall'altro è necessario prendere atto di importanti pronunce giurisdizionali le quali – almeno nella lettura di chi scrive – rimarcano con una certa chiarezza tanto i tratti differenziali ancor'oggi esistenti tra ordinamenti, quanto la comprensibile attenzione con cui ciascun giudice protegge la propria "legge fondamentale"[29].

Seguendo quest'ultima prospettiva (certamente meno ottimistica rispetto a quelle finemente sposata dall'A. sul tema)[30], vi è da chiedersi cosa – se non gli stessi controlimiti – possa preservare i confini tra ordinamenti e, in ultima analisi, la stessa rigidità della Costituzione: essa deve essere custodita non solo innanzi a (contro le) leggi ordinarie tipiche, bensì anche innanzi a (contro le) leggi ordinarie *atipiche* di recezione di norme esterne[31]; posto che in quest'ultimo caso la protezione dell'art. 138 Cost. è spesso inutilizzabile (la specialità della fonte atipica di rango costituzionale preclude l'intervento del "semplice" potere di revisione), la superiorità della Costituzione rispetto alle (pur atipiche) fonti inferiori non

può che essere affidata all'insieme dei controlimiti.

Da ultimo: la maggiore severità con la quale sono stati sanzionati i conflitti supremi *extra moenia* (rispetto a quelli *intra moenia*) induce l'A. a sospettare che la Corte, dato l'impatto di tali decisioni, preferisca assumerle contro un interlocutore lontano, impossibilitato cioè a reagire e a metterne in discussione la *legittimità* direttamente dall'interno delle mura domestiche[32]: è un'osservazione acuta, idonea ad introdurre il tema (il nodo) delle modalità con cui la Corte preserva la propria credibilità quando utilizza i principi supremi: sarà in piccola parte ripresa nelle righe conclusive di questo scritto.

2. Sotto il vestito niente (o quasi)... – L'analisi empirica dei principi supremi potrebbe stimolare un certo numero – e soprattutto un certo tipo – di aspettative: difatti, sottratti dall'olimpo delle astrazioni e ricondotti nel duro e crudo lavoro quotidiano del bilanciamento della Corte si potrebbe attendere, e forse auspicare, una loro fisionomia certo meno paradisiaca, ma almeno più chiara e netta: al tal punto "umana" da consentirne, finalmente, una descrizione priva della nota opacità, innanzi alla quale le consuete ricostruzione dottrinali sono sovente costrette ad arrendersi.

Non è così.

Lo ripete a gran voce l'A., chiarendo che pur (anzi, verrebbe da dire, *proprio*) sforzandosi di leggere i principi supremi in stretto rapporto al diritto positivo, essi rimangono sfuggenti, vacui, indeterminati e, soprattutto, difficilmente *pre*-determinabili nel loro concreto operare[33]. Questo esito, nella riflessione proposta nelle pagine conclusive del libro, dipende da diversi fattori: si è già detto della loro ontologia – *principio* – e delle conseguenze che ne derivano; si sottolinea poi la loro pluralità – *principi* – la quale «sottintende il paradosso di una tentazione vagamente assolutistica evocata dall'aggettivo supremo che deve convivere con la natura sempre bilanciabile propria dei principi»[34]. Non si tratta inoltre di un problema di *drafting* normativo: nemmeno una Costituzione – come il *Grundgesetz* – in cui i limiti alla revisione costituzionale sono prescritti con dettaglio ben superiore alla Carta repubblicana riesce infatti a prevenire una loro ampia, estensiva ed in parte *extra* testuale interpretazione ad opera di dottrina e giurisprudenza costituzionale[35]. Vi è poi il rilievo della natura del giudice chiamato ad applicarli, il cui *nomen* svela un sostantivo (Corte) sinonimo di giudice del *singolo* «caso di specie» e un aggettivo (costituzionale) a cui è facile correlare quella tipica mitezza poco disposta a «bilanciamenti definitivi»[36]; si ricorda, inoltre, che il prezzo pagato

per comporre le istanze pluralistiche di un testo costituzionale è il basso grado di definizione dei principi di quest'ultimo: i costituenti riescono cioè ad accordarsi sul contenuto di una norma a patto che essa sia sufficientemente astratta, così da stemperare il conflitto da cui sorge[37]; solo alzando reciprocamente lo sguardo dal *fronte* è possibile trovare un punto d'incontro che accolga le pretese di tutti: al contrario, tentare d'imporre con novizia di dettaglio i propri interessi fondamentali non può che alimentare le contrapposizioni, impedendo l'accordo[38]. Se tutto questo è vero, la Corte costituzionale è (deve essere) priva del punto esclamativo finale: posto che i conflitti stemperati in Assemblea costituente sono fisiologicamente destinati a riproporsi, essa non può assumersi la responsabilità dell'ultima parola, pretendendo di prescrivere nitidamente e una volta per tutte la gerarchia – e la fisionomia – dei vari principi; secondo l'A., alla Corte è invece richiesto di preservare questo delicato equilibrio fondato sul pluralismo, consentendo così alle infinite istanze della Costituzione di tutti[39] di confrontarsi e bilanciarsi, dando risposte giurisdizionali sempre nuove, ma mai definitive in termini gerarchici[40].

Vi è così modo di ipotizzare entro quali coordinate debba svolgersi il difficile rapporto tra legislatore (di revisione) e Corte costituzionale[41]: in piena ottemperanza al costituzionalismo quale dottrina della limitazione del potere, il primo sa che propositi eversivi contrari ai principi supremi sono sanzionabili dalla Corte; la seconda, fiera del potere di opporsi agli atti (in senso lato) *ultra vires* della politica, è però consapevole di non poter contare su un catalogo definitivo e predeterminato di limiti, dovendosi rassegnare ad un continuo bilanciamento e alla valutazione *rebus sic stantibus* della tenuta dei confini ultimi.

Dunque, ad entrambi gli attori si riconosce "solo" il diritto alla «penultima parola», posto che la pretesa all'ultima sarebbe incompatibile con uno Stato costituzionale di diritto[42].

3. Segue: ...e non può che essere così. Una domanda, un'obiezione. – L'assai pregevole lavoro dell'A. si è dunque posto l'obiettivo di approcciare empiricamente i principi supremi, attraverso gli strumenti del diritto positivo (ma partendo, come necessario, da basi teoriche di significativa consistenza). Si è cercato di sintetizzare in queste pagine l'analisi e le importanti conclusioni alle quali è giunto: come segnala Sergio Bartole[43] esse meritano ampiamente di essere portate all'attenzione della comunità scientifica: riguardano le dinamiche tra poteri costituzionali, i percorsi sinusoidali della tutela dei

(e tra i) diritti, la teoria costituzionale. Il "niente" celato dal vestito non è dunque, in alcun modo, un giudizio sulla qualità di questo volume. Anzi e tutto al contrario: la ricerca ha il grande merito di mostrare come anche un approccio concreto, materiale...empirico al tema non consente risposte definitive circa la natura e la forma dei principi supremi. Quale che sia il giudizio sugli esiti sostenuti dall'A., aver sottoposto i confini dell'ordinamento a «un po' di realismo», con un linguaggio peraltro chiaro e spesso piacevole, dà un contributo importante alla comprensione del tema in oggetto, complesso come pochi altri e dannatamente di confine[44].

Se perfino innanzi ad un lavoro con questo taglio metodologico la risposta netta alla domanda "cosa e quali sono i principi supremi?" rimane inevasa, forse ad essere equivoca è la domanda: non ha senso, cioè, cercare di definire la fisionomia dei confini ultimi con il taglio del diamante (*rectius*: con il principio di non contraddizione), poiché è la loro natura, anche concretamente indagata, a non consentirlo.

Trovare poco o nulla di concreto sotto al vestito non appare dunque sintomo di un vizio di questa o di quella analisi o delle relative conclusioni: è in realtà un esito fisiologico dell'oggetto della ricerca.

Questo lavoro aiuta a comprenderlo. E non è merito da poco.

Due ultime riflessioni.

La prima (con una domanda): gli esiti a cui giunge l'A. sono strettamente – pur se non esclusivamente – legati alla natura plurale e conflittuale delle costituzioni del secondo dopo guerra. Il *presupposto* necessario a *garantire* un tale *assetto* è la *rigidità costituzionale*, senza la quale ogni custodia del pluralismo risulta fallace[45]. Sorge dunque un interrogativo: posto che anche la rigidità è un principio supremo, le fisiologiche contrazione a cui tutti i principi sono esposti valgono anche per essa? Se si, a quale prezzo per la tenuta della teoria esposta?

La seconda (con un'obiezione): l'impossibilità di afferrare e descrivere dettagliatamente i principi supremi, si è detto, risulta perfettamente coerente con la loro natura. Dopo tutto, «Ciò che è davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve sempre essere presupposto»[46]. Questa massima, il cui sfondo teologico appare difficilmente smentibile[47], svela però un annoso problema che qui è possibile solo accennare: la vaghezza di cui si caricano i confini ultimi interroga l'interprete sul potere delle Corti di applicarli e sui presupposti di legittimità di un tale operare. Si è visto come l'A. risolve il problema: il giudice della legge, con il legislatore di revisione, ha solo la penultima parola; può sanzionare norme costituzionali inottemperanti ai principi supremi, ma per applicarli deve accettare la va-

ghezza, l'elasticità, la mobilità del loro elenco, sottoponendoli di continuo alla misura del bilanciamento.

Questa soluzione non è del tutto condivisibile: pare a chi scrive che la Corte costituzionale abbia utilizzato – ed utilizzi – la vaghezza dei principi non come una sorta di limite al proprio operare, bensì come mezzo per affermare esattamente l'ultima parola. È molto complesso immaginare i giudici vincolati e limitati da un *non* testo, da prescrizione vaghe, elastiche e, per quel poco che è possibile, descrivibili proprio attraverso l'analisi delle stesse pronunce giurisprudenziali[48].

Storicamente, la vacuità del testo giuridico limita i destinatari, non certo i soggetti che ne sono, in tutto o in parte, i depositari[49]. Peraltro, se nemmeno il dettaglio sul punto del *Grundgesetz* riesce a confinare l'interpretazione del *Bundesverfassungsgericht*, è difficile credere che la vaghezza del 139 Cost. possa circoscrivere la Corte costituzionale.

Nonostante la ricostruzione (affascinante e per certi aspetti auspicabile) proposta in tema di equilibrio tra legislatore di revisione e Corte quali titolari solo della penultima parola, la sensazione è che il rischio del regresso all'infinito, perfettamente descritto da Santi Romano[50] e accennato dallo stesso A.[51], sia evitabile non da due organi in *tandem*, bensì da uno solo: la Corte costituzionale, appunto, la quale non solo può sanzionare il potere di revisione e in generale le norme di rango costituzionale, ma soprattutto può permettersi di farlo con degli attrezzi – i principi supremi – che essa domina con una sostanziale esclusività[52]. Come afferma lo stesso A., per quanto il legislatore di revisione si sforzi (ammesso che lo intenda fare) di ricomporre il *puzzle* dei confini disegnati dalla Corte, cercando di rimanervi all'interno, la Consulta può modulare il "nucleo duro" dei principi supremi, addirittura crearne di nuovi, come successo d'un tratto con l'esplicitazione del principio di laicità[53]. Certo, un giudice privo dei mezzi tecnici per dare esecuzione alle proprie sentenze paga senz'altro pegno in ordine alla certezza del (suo) diritto: ma il contraltare della Corte, più che nell'assenza di un elenco scritto di principi che appare semmai idoneo a stimolarne il potere, si manifesta nella capacità di essere credibile, godendo di una diffusa e condivisa legittimità da parte degli altri organi costituzionali e della comunità[54].

Come avviene in generale per un'attività giurisdizionale priva del rimedio dell'impugnazione, ma a maggior ragione innanzi a "parametri" così labili quali i principi supremi, la Corte può vantare un'importante margine di manovra, al limite un segmento di discrezionalità[55], che deve saper dosare con la dovuta prudenza, proprio al fine di continuare a godere della credibilità

necessaria a legittimare le proprie pronunce. Ciò apre, come inevitabile, a rischi importanti, primo tra tutti quello di decisioni nelle quali si manifestano tratti forse arbitrari e irragionevoli, come nella già citata sentenza 1/2013, ove la fondamentale tutela giurisdizionale è stata fortemente compressa non solo davanti alle supposte prerogative di un soggetto della forma di governo (e non di un altro diritto), bensì addirittura innanzi ad una, soltanto una delle possibili (e peraltro assai discutibile) interpretazioni del ruolo presidenziale, elevata per l'occasione a vera e propria dottrina prescrittiva della figura del Capo dello Stato[56].

Esistono strumenti per limitare un tale discrezionalità? È una domanda la cui risposta va ben oltre le possibilità di questo scritto (e di chi lo scrive).

Dopo tutto quanto si è detto, sembra però difficile negare la logica del terzo escluso, la quale in questo caso somiglia tristemente ad uno scacco matto: o i principi supremi rimangono tali, mantenendo almeno in parte una cifra di aleatorietà e consentendo così alla Corte di dosarli con una certa arbitrarietà ma (è da sperare) con non meno saggezza; o al contrario essi debbono essere definiti e prescritti compiutamente, ma i rischi di questa seconda opzione sembrano evidenti in tutta la loro drammaticità: se così fosse, cesserebbero di essere supremi, diventando, molto semplicemente, definibili attraverso il principio di non contraddizione.

Una volta noti e perfettamente descritti, sarebbero fatalmente anche aggirabili[57].

Il sistema ne guadagnerebbe in razionalità euclidea, ma il costo sarebbe ben alto: l'ultima fortezza andrebbe definitivamente distrutta.

NOTE

[1] L'indicazione del numero di pagina priva dell'opera sottintende il riferimento al volume qui oggetto di recensione. Per la ricostruzione teorica proposta dall'A. 27 ss.

[2] 63 ss. e, più in generale sulla scelta metodologica, 24-26.

[3] La distinzione tra controlimiti "esterni" e limiti alla revisione costituzionale "interni", almeno dal punto di vista descrittivo, ricorre lungo tutto il percorso intrapreso dall'A., pur con le precisazioni che seguiranno.

[4] 151 ss., corsivo originale.

[5] Sul livello di compressione esercitabile sui principi a cagione del bilanciamento R. BIN, *Diritti e fraintendimenti: il nodo della rappresentanza*, in Aa.Vv., *Studi in onore di G. Berti*, Napoli 2005, 353-358.

[6] Si vedano per esempio le riflessioni di M. PEDRAZZA GORLERO, *Alla ricerca della 'forma condizionante'. Introduzione ai rapporti fra Corti costituzionali nazionali e Corti Europee dopo il Trattato di Lisbona*, in Id., (cur.), *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli 2010, 1-24, ove l'A. individua una gerarchia tra principi supremi, descrivendo la rigidità costituzionale e

l'art. 11 Cost. come i "superprincipi" regolatori dell'ordinamento costituzionale; una posizione difforme è ivi proposta da A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazione, nella prospettiva di un'Europa unita*, 35, ove l'A. sostiene l'impossibilità di prescrivere un ordine gerarchico tra principi supremi tendenzialmente confliggenti: essi andranno bilanciati di volta in volta seconda una prospettiva non «*in vitro*», bensì «*in vivo*».

[7] Per esempio 101-110, 158.

[8] Sul punto R. BIN, *Che cos'è la costituzione*, in *Quad. Cost.* 2007, soprattutto 19-25.

[9] Secondo la nota immagine offerta da G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino 1992, 9: «Carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto sostanziale) e del loro confronto leale (per quanto riguarda l'aspetto procedurale»).

[10] Abbondantemente cfr. § 2.

[11] Sent. 329 del 1992, 5 c.i.d., corsivo aggiunto. Come ricorda l'A. (157), il passaggio è specularmente ripreso nella recente e ben nota sent. 238 del 2014.

[12] Le costituzioni flessibili «(...) possono essere allungate o piegate come per fronteggiare le emergenze, senza che venga spezzata la loro struttura; ed una volta che l'emergenza sia stata superata, tornano alla forma originaria, come un albero i cui rami estremi siano stati spostati da un lato per lasciar passare un veicolo. Proprio perché la loro forma non è fissata in maniera rigida, un cambiamento temporaneo non è avvertito come se fosse un cambiamento serio», così J. BRYCE, *Costituzioni flessibili e rigide* (*Flexible and Rigid Constitutions*, 1901) trad. it. R. Niro, Milano 1998, 25.

[13] Sent. 18/1982 e 238/2014.

[14] Tra le altre, sent. 232/1989, 4 c.i.d. Per il richiamo del passaggio nel testo 83, 109-110.

[15] Per una condivisibile critica alla sentenza A. PACE, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *www.giurcost.org* 2013, soprattutto 5-10.

Contra, S. CECCANTI, *Una prima lettura rapida in 7 punti della sentenza 1/2013: il Quirinale ha ragione perché se il Presidente fosse intercettabile sarebbe in gioco l'equilibrio tra i poteri e la sua funzione di garantire prestazioni di unità*, in *www.forumcostituzionale.it* 2013, 1 ss.

[16] Ci si riferisce alla sent. 10/2015. Sugli aspetti problematici di questa pronuncia, ampiamente commentata e criticata, si vedano R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi* e M. D'AMICO, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio a quo) della legge dichiarata incostituzionale*, entrambi in *www.forumcostituzionale.it*. 2015.

[17] L'immagine, pur se usata in un contesto parzialmente diverso, risale R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1992.

[18] C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, (*Verfassungslehre*, 1928), trad. it. A. Caracciolo, Milano 1984, 43.

[19] R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano 1992, 34; per il richiamo nel testo 26 e 92.

[20] Secondo la nota espressione di G. MARTINICO, *L'integrazione silente*, Napoli 2008, 198. Nel testo, per esempio, 82.

[21] Sono di estremo interesse, in questo senso, le prime pronunce "concordatarie" della Corte (precedenti al "colpo di fucile" del 1982): la Corte non dichiarò mai l'illegittimità costituzionale delle norme contenute nella legge di esecuzione dei Patti del 1929, ma iniziò a riconoscere il "tono" costituzionale dei conflitti, muovendo i primi passi nella ricostruzione della propria dottrina sui principi supremi (75-78).

[22] Come in una certa misura ricorda anche Sergio Bartole nell'*incipit* della prefazione a questo libro, 9: «Sotto molti aspetti il volume che Pietro Faraguna ha consegnato all'editore per la pubblicazione è il caratteristico prodotto di una temperie costituzionale che vede gli ordinamenti costituzionali nazionali esposti ad influenze sovranazionali di vario livello. Il tema dei principi supremi spinge l'attenzione dell'osservatore al di là dei termini del nostro ordinamento, per attingere, da un lato, *in primis* agli ordinamenti sovranazionali di cui l'Italia è parte (Unione Europea e C.E.D.U.), ma senza trascurare, dall'altro lato, i magmatici processi della formazione del diritto transnazionale».

[23] Per esempio 111-113.

[24] Si tratta del noto saggio di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.* 1973, 2406 ss. Peraltro, come ricorda l'A. (23), l'espressione originale di Barile fu «controlimitazioni».

[25] «Al di là del punto di merito – e cioè se limiti e controlimiti consistano degli stessi principi –

il punto di metodo pare essere cruciale, perché non è affatto scontata la sovrapposizione di concetti sorti in contesti diversi, per fronteggiare rischi, minacce ed evoluzioni del tutto differenti», 61.

A questo proposito sembra utile ricordare un passaggio di una nota riflessione sulla sent. 1146/1988: in M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la 'sdrammatizzazione del diritto costituzionale'*, in *Le Reg.* 1990, 784-785, si sottolineò la «forzatura» compiuta dalla Corte, posto che con quella pronuncia essa estese *de plano* alle fonti interne di rango costituzionale un parametro – quello dei principi supremi – nato per limitare giurisdizionalmente fonti provenienti da ordinamenti esterni.

[26] Come mi è sembrato opportuno chiamarlo nella mia tesi di dottorato, ora in fase conclusiva.

[27] La citazione è di S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della costituzione repubblicana*, Bologna 2004, 355.

Il tema è poi perfettamente colto da L. ELIA, *I principi supremi presi sul serio*, in G. Giacobbe (cur.), *Scritti in onore di V. Sgroi*, Milano 2008, 833: «I principi supremi dell'ordinamento costituzionale hanno ormai una storia piuttosto lunga nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana. Si risale agli anni settanta per la ricerca di un criterio distintivo all'interno della rigidità della Costituzione: rigidità relativizzata in ordine a molteplici regole contenute nella Carta per rinvii (in senso atecnico) alle norme dei Patti lateranensi prima, e agli atti normati della Comunità e dell'Unione europea poi. C'era bisogno di un argine che, a un certo punto, fermasse questo processo di "cedevolezza" progressiva, salvando un nucleo indefettibile di principi distinti dalla regole, esposta alle deroghe determinate da quei rinvii».

[28] Sul punto, per tutti, A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* 2014, 3 (n. 11).

[29] Clamoroso in questo senso il parere negativo della Corte di Giustizia sull'adesione alla CEDU, 2-2013, in particolare §§ 188, 191, 192, 194; dello stesso giudice, il noto *affaire* Melloni, c. 107-13, in particolare § 60. Si veda poi l'impostazione del rinvio pregiudiziale da parte del *Bundesverfassungsgericht* alla Corte di giustizia (BvE 2728/13, nota successiva), nonché la sentenza 264/2012 della Corte costituzionale, pur nell'ambito delle relazione con la Corte EDU.

[30] L'idea di una "comunitarizzazione" dei controlimiti sembra trovare adesione, almeno come auspicio *pro futuro*, nella riflessione di Faraguna, il quale giudica l'apertura al rinvio pregiudiziale da parte delle Corti nazionali storicamente più restie al dialogo comunitario come una possibile «camera di decompressione» di potenziali conflitti tra livello nazionale ed europeo; peraltro, ciò non gli impedisce di cogliere il tono tutt'altro che accomodante con il quale il *Bundesverfassungsgericht* ha operato il suo primo rinvio pregiudiziale: «Da una parte è infatti vero che la vicenda fornisce nuovi strumenti per realizzare una dialettica costituzionale efficiente, ma dall'altra i termini dell'ingaggio cui il giudice costituzionale tedesco ha posto la questione suonano pesantemente minacciosi e tutt'altro che collaborativi. Si legge infatti nell'impostazione del rinvio pregiudiziale del giudice tedesco, che il controllo di compatibilità con l'identità costituzionale tedesca è tutt'altra cosa rispetto all'obbligo dell'UE di rispettare le identità nazionali degli Stati membri di cui all'art. 4.2 TUE, apertamente rifiutando ogni dialogo intorno alla tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale». Per il primo inciso 179, per il secondo 178, più in generale sul punto 171-179.

[31] Su quest'ultimo aspetto ho sviluppato una parte della mia tesi di dottorato.

[32] 193-194.

[33] 180-188.

[34] 186.

[35] Lo osserva l'A: «L'*excursus* nell'esperienza costituzionale tedesca vale a dimostrare che l'incertezza interpretativa attorno ai principi supremi dell'ordinamento esiste anche laddove il diritto positivo dispone limiti espressi articolati e precisamente dettagliati. Gli affanni della dottrina italiana ad indagare la portata dei principi supremi dell'ordinamento non sarebbero perciò presumibilmente placati se al posto del vigente art. 139 Cost. vi fosse un più articolato elenco di principi e diritti sottratti a revisione, simile a quello di cui all'art. 79.3 GG. Sembra potersi registrare, rispetto a limiti e controlimiti, una sorta di "indipendenza logica del concetto dalla disposizione"», 53. Per l'analisi 45-52.

[36] 185-186

[37] 180-188.

[38] Come ebbero ad affermare i redattori della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del

1948: «Noi siamo d'accordo su questi diritti, ma a condizione che non ci si domandi il perché. Col perché comincerebbe la disputa»: l'episodio è riportato in F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato,* Milano 1984, 73.

[39] Il riferimento, come ovvio, è alla monografia di S. BARTOLE, *La costituzione è di tutti*, Bologna 2012, per quanto qui interessa in particolare 142-150.

[40] «La Corte mostra, dunque, la natura dei principi supremi: esistono, ma non sono individuabili una volta per tutte. La caratteristica prima e necessaria della Costituzione italiana è l'essere disposta e intesa come una Costituzione per principi. Principi che interagiscono tra loro in infiniti assetti, dando vita a infiniti scenari di bilanciamenti, e per i quali non è dato alcun equilibrio predeterminabile e immutabile. E perciò, ragionando rigorosamente, non possono darsi principi "non negoziabili" e sovra-ordinati all'interno di una gerarchia costituzionale, salvo non si intenda perseguire finalità tecnicamente eversive», 188.

[41] L'A. dedica altresì un intero capitolo al Presidente della Repubblica, cercando di carpire dalla prassi quale suo ruolo sia ipotizzabile nella tutela dei principi supremi. Si sviluppa, implicitamente e almeno in parte, un autorevole invito della dottrina (L. ELIA, *I principi*, cit., 833 ss.), la quale sul punto si espresse in modo netto, sostenendo che innanzi a fonti legislative contrastanti con i principi supremi il Presidente della Repubblica dovrebbe avere gli strumenti giuridici per impedire la promulgazione, anche nel caso limite di una ri-approvazione del testo da parte del Parlamento dopo un primo rinvio presidenziale. Per questo risultato, sempre seguendo quella riflessione, sarebbe necessario introdurre una esplicita modifica costituzionale che consenta al Presidente della Repubblica il rifiuto all'approvazione e la possibilità di rimettere *ex se* la "questione" alla Corte costituzionale; in alternativa, più semplicemente ma meno efficacemente, il Presidente dovrebbe sollevare un conflitto di attribuzioni contro il Parlamento.

L'analisi della prassi rileva però, secondo l'A., l'impossibilità di trarre dal Capo dello Stato la garanzia di preservazione dei principi supremi: difatti, proprio la prospettiva del rinvio delle leggi (in epoca "maggioritaria") mostra come esso sia avvenuto non solo non frequentemente, ma perlopiù avendo quasi sempre come "parametro" le norme costituzionali sui poteri, non sui diritti. La distinzione dei ruoli e delle funzioni tra Presidente e Corte appare troppo rilevante per consentire un parallelo in questo senso, a maggior ragione in un tema assai delicato come quello in esame. Inoltre, non è certo di aiuto la nota enigmaticità che avvolge la comprensione delle funzioni presidenziali. In generale 115-149; nello specifico 138-147.

[42] 189-194.

[43] Dalla prefazione, 10.

[44] Sulla problematicità del concetto di *limite* in tema di limiti alla revisione costituzionale e potere costituente F. FERRARI, *Potere costituente e limiti (logici) alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano: considerazioni introduttive*, in *Giur. Cost.* 2014, 4902-4905.

[45] «La Costituzione serve *perché* è contraddittoria nelle sue affermazioni di principio; ed è *rigida* perché ogni componente politica che l'ha sottoscritta ha scelto quali interessi includervi al fine di sottrarli alla decisione della maggioranza politica, cui spetta *pro tempore* di amministrare i conflitti interni alla società», così R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi (cur.), *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, Napoli 2009, 44, corsivi originali.

[46] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto*, cit., 3. Prima ancora, come ovvio, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, (*Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934), trad. It. M. G. Losano, Torino 1966, 217-219.

[47] Con esplicito richiamo ad un passaggio dell'*Esodo* (seppur nel contesto del "dialogo" tra Corti), R. BIN, *Relazione finale*, in A. Ciancio (cur.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma 2014, 508. Più in generale su questi temi è ovvio il riferimento a C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità* (*Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, 1922), trad. It. P. Schiera, in ID., *Le categorie del politico*, Bologna 1972, 61 ss.

[48] Sulla natura marcatamente giurisprudenziale dei principi supremi lo stesso A., 185.

[49] Gli esempi sono innumerevoli, a partire dal conflitto sulle XII tavole nell'antichità romana, passando per i *libri feudorum* nel medioevo fino alle ragioni che di recente – storicamente parlando

– hanno portato all'aumento della fonte pattizia convenzionale in luogo delle consuetudini nel diritto internazionale. Anche a questi aspetti sto dedicando una parte della mia tesi di dottorato.

In generale vale l'assunto di Weber: «gli interessati alla codificazione sono naturalmente quegli strati che hanno in passato maggiormente sofferto della mancanza di norme univocamente stabilite e universalmente accessibili, e quindi adatte al controllo dell'amministrazione della giustizia», M. WEBER, *Economia e società. Sociologia del diritto*, III, (*Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922), trad. It. G. Giordano, Torino 2000, 163.

[50] «Se assoluto non sarà il re, sarà onnipotente il Parlamento, ma un organo incoercibile non può evitarsi: perché nella subordinazione dei vari organi non può procedersi all'infinito ed uno non subordinato agli altri deve pur sempre rimanere»: S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti alla funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, 121.

[51] «Per chiudere il cerchio dello Stato costituzionale di diritto, i principi supremi esistono, ma non possono essere preventivamente determinati», 193.

[52] Anche per questo motivo, fondamentale risulta l'«esame critico» esercitato (o almeno esercitabile) dalla dottrina: R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva "quantistica"*, Milano 2013, 98-99.

[53] Sent. 203/1989, a proposito della quale l'A. scrive: «Nel 1989 [la Corte] "scopre" tra le pieghe degli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, e lo trova già vestito dei caratteri di principio supremo dell'ordinamento. Il principio di laicità dello Stato sorto improvvisamente, non si spegne come un fuoco di paglia, e anzi resta presente nella giurisprudenza successiva, e compare in numerose altre pronunce», 88-89.

[54] Su questo R. BIN, *L'ultima*, cit., 163-167 e ID., *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi (cur.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Torino 1993, 13 ss.

[55] Perfettamente colto dall'A. (99), ma in termini perlopiù problematici: trattando della serie di "lodi" che ha costretto la Corte a inserirsi nel cosiddetto "conflitto" tra politica e magistratura, scrive: «Queste vicende sono piuttosto eloquenti quanto alla prudenza che la Corte costituzionale usa intorno ai principi supremi. Prudenza che suggerisce alla Corte di non mirare il fucile dei principi supremi dritto verso il legislatore, bensì di evocarli tangenzialmente, correndo anche il rischio di lasciare nel terreno di quell'ambiguità lo spazio per ulteriori incursioni di un legislatore determinato a perseguire i suoi interessi nel quadro di un sempre più aspro conflitto tra politica e magistratura».

[56] Sull'atipicità – e l'opinabilità di quel bilanciamento – le riflessioni dell'A., 148.

Chi scrive ha provato a criticare questo e molti altri passaggi di quella sentenza in F. FERRARI, *Ma non era una Repubblica? Sul ruolo costituzionale del Presidente della Repubblica dopo Corte cost. 1/2013*, in *www.federalismi.it* 2013, 19 ss.

[57] Detto altrimenti (e brutalmente): "se li conosci li eviti".

In modo ben più approfondito e raffinato, con innumerevoli implicazioni di teorie e pratica costituzionale, M. FOLEY, *The politics of the British constitution*, London and New York 1999, 10: «(...) *the habitual willingness to defer indefinitely consideration of deep constitutional anomalies, for the sake of preserving the constitution from the severe conflict that would arise from attempts to remove them, represents the core of a constitutional culture. When constitutional abeyances become the subject of heightened interest and subsequent conflict, they are not merely accompanied by an intense constitutional crisis, they are themselves the essence of tha crisis. Such a crisis marks an interruption in the continuity of implicit truce and, as a result, throws everything into further flux and reveals the disarray abeyances had previously prevented*».

ABSTRACT

Cesare Pinelli, *Diritto e politica costituzionale nel pensiero di Aldo M. Sandulli*

Il saggio si sofferma sul rapporto fra diritto costituzionale e politica costituzionale nel pensiero di Aldo M. Sandulli. A tale scopo, vengono esaminati i saggi di Sandulli dai quali tale rapporto emerge con maggiore chiarezza. Si prendono pertanto in considerazione i temi delle zone franche del controllo di costituzionalità, delle leggi di attuazione costituzionale, del pluralismo, e del rapporto fra governo e amministrazione.

Law and Constitutional Politics in Aldo M. Sandulli's Thought

The Author seeks to explore the relationship between constitutional law and constitutional policy as emerging in Aldo M. Sandulli's thinking. Sandulli's most significant essays are thus examined at this respect. Particular attention is driven to the issues concerning the areas where Italian constitutional law inhibits constitutional control, the legislation aimed at enforcing constitutional provisions, pluralism, and the government-administration relationship.

Stelio Mangiameli, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*

Il contributo analizza le caratteristiche e l'evoluzione del sistema europeo attraverso l'utilizzo delle categorie del diritto internazionale e del diritto costituzionale. In proposito, sono esaminati il ruolo della scienza giuridica europea e l'esistenza di una dommatica del diritto dell'Unione, per verificare il loro apporto alla politica e alle Istituzioni europee nella costruzione del processo di integrazione e nella risoluzione delle principali problematiche che si sono presentate nel corso degli anni. La prospettiva prescelta consente una riflessione più ampia sui punti critici dell'ordinamento europeo, sulle principali cause che hanno determinato una situazione di *impasse* e sugli effetti prodottisi nel processo di integrazione europea. Attraverso un esame delle principali vicende, interne ed esterne, che hanno riguardato l'ordinamento europeo, infatti, emergono le ragioni che hanno portato a un ritorno alla sovranità nazionale e a un regresso del processo di integrazione europea dal diritto costituzionale al diritto internazionale. Da questo punto di vista vengono considerate anche le tesi che

propongono di dare forza costituzionale al livello europeo, attraverso un percorso di unificazione e di federalizzazione. Si comprende, dunque, quanto sia decisiva la questione della sovranità europea per recuperare il processo di integrazione europeo.

The European System: from International Law to Constitutional Law, and back?

The article analyzes the characteristics and the evolution of the European system through categories of international and constitutional law. The role of European legal science and the existence of a European law dogmatic are thus examined, in order to verify their contribution to politics and to European Institutions in the construction of the integration process and in the resolution of the major issues that emerged all over the years. This perspective allows a broader reflection on the critical points of the European system, on the main causes that led to a situation of *impasse* and on the effects that occurred in the European integration process. Through an examination of the main internal and external events related to the European system, the article focuses on the reasons that have led to a return to national sovereignty and to a step backwards in the process of European integration, from constitutional law to international law. From this point of view, the arguments that want to give constitutional force to the European level through a process of unification and federalization are also considered. It emerges, therefore, how fundamental the issue of European sovereignty is in retrieving the process of European integration.

Francesco Rimoli, *Dovere costituzionale di fedeltà e integrazione politica entro il paradigma funzionale dei doveri pubblici*

Il saggio esamina il concetto di fedeltà alla costituzione come dovere pubblico, e ne evidenzia la funzione sistemica fondamentale nei processi di integrazione sociale e politica.

Constitutional Loyalty and Political Integration within the Functional Pattern of Public Duties

This essay aims to examine the concept of constitutional loyalty as a public duty, showing its fundamental systemic role in the process of social and political integration.

Valentina Capuozzo, *Il rinvio pregiudiziale nel binomio omogeneità europea e identità nazionali: recenti tendenze nella giurisprudenza e tutela dei diritti fondamentali*

La prospettiva di analisi che si propone parte dall'esame del ruolo svolto

dalle Corti giurisdizionali europee nella definizione e nella tutela dei diritti fondamentali in Europa per interrogarsi sul rapporto dell'ordinamento europeo con le Costituzioni nazionali. In particolare, ci si sofferma sul ruolo "omogeneizzante" dello strumento del rinvio pregiudiziale, istituto di cui pare potersi cogliere una valorizzazione applicativa che, però, si scontra con quella tendenza identitaria che emerge dalla più recente giurisprudenza in materia di controlimiti. Si coglie, così, l'occasione per riflettere su un dato che apparentemente potrebbe risultare contradditorio. Questa asimmetria, infatti, mette in luce l'esigenza di un recupero della dimensione politica della tutela dei diritti fondamentali, materia in cui i considerevoli risultati ottenuti in sede di rinvio pregiudiziale e dialogo tra Corti andrebbero considerati un preludio nell'ambito dell'auspicato completamento del processo di unificazione europea.

The Preliminary Ruling of the Court of Justice between European Constitutional Homogeneity and National Identities: Recent Tendencies in the Case Law and Protection of Fundamental Rights

The analysis proposed starts from the study of the role played by the European Courts in the definition and protection of fundamental rights in Europe to examine the question of the relationship of the European legal system and national Constitutions. More specifically, it concentrates about the "homogenizing" role of the preliminary ruling of the Court of Justice. Its development application clashes with the strong protection of the national identities that emerges from the recent case law on counterlimits. So, it takes the opportunity to analyze an evidence that could appear contradictory. As matter of fact, this asymmetry highlights the need for the recovery of a political dimension in the protection of fundamental rights. In this field, indeed, the considerable achievements obtained by the preliminary ruling of the Court of Justice and the dialogue between Courts should be considered as a prelude of the expected completion of the European unification process.

Mario Iannella, *Condizionalità e diritti sociali: spunti dal caso portoghese*

L'articolo si propone di analizzare la giurisprudenza portoghese avente ad oggetto la tutela dei diritti sociali nelle misure adottate per fronteggiare la crisi economico-finanziaria del paese. Il prisma in cui si colloca l'analisi è quello di verificare l'influenza che ha svolto la sussistenza di riferimenti sovranazionali nell'interpretazione data dalla Corte Costituzionale portoghese. Il proposito complessivo dell'analisi è sindacare la possibilità di offrire una tutela interna dei diritti sociali in presenza di interventi di assistenza economica sovra nazionale e delle richieste a questi annesse.

L'analisi si compone, quindi, di una prima fase di ricostruzione della provenienza e della natura giuridica delle misure di condizionalità. In questa fase ver-

ranno individuate le alternative teoriche possibili e la scelta operata dalla giurisprudenza del TC Portogallo di considerare vincolanti tali impegni, senza ritenerli parte del diritto UE. Il secondo momento della disamina verte invece sugli effetti in termini di tutele dei diritti sociali delle posizioni assunte che la Corte Costituzionale portoghese tende, conseguentemente, a risolvere su un piano asseritamente "interno". Il quadro complessivo della giurisprudenza ripercorre sia le ragioni procedurali, sia le ragioni sostanziali che hanno condotto ad una giurisprudenza ondivaga. L'ambiguità è particolarmente evidente se si considerano le posizioni di minoranza nei giudizi che hanno coinvolto l'applicazione del principio di uguaglianza.

In particolare in riferimento a quest'ultimo emergono le maggiori incongruenze applicative. La conclusione cui si perviene è che il TC Portogallo operi nei margini di fattibilità che riesce a ricavare nelle maglie del dettato costituzionale, dovendo constatare l'impossibilità di dare comandi vincolanti al soggetto che, sostanzialmente, dispone del potere economico. Laddove lo Stato si affidi a sostegni esterni per perseguire le proprie politiche, la corte nazionale vede conseguentemente restringersi i propri margini di manovra. Esplorato questo limite, si propone anche un approccio differente, che cerchi di ricostruire un piano di parità tra corti e legislatore, considerando la materia quale diritto europeo.

Conditionality and Social Rights in the EMU: Remarks on the Portuguese Case

The article analyses the Portuguese Constitutional Court case law concerning austerity measures adopted by that country. The focus is to verify how far supranational indications influenced the interpretative approach taken by the Court. The overall purpose is to offer an opinion regarding the ability of national courts to guarantee social rights in a situation where their country relies upon social assistance plans and conditional measures connected to them.

The first part of the article offers a reconstruction of the juridical value of these instruments. It is shown that there are several admissible interpretations for these measures. However, the Portuguese Constitutional Court decided to consider them as binding, without, on the other hand, considering them as a EU norm. The outcome regarding upon the case law analysed is that the Court was forced to solve all the matters on an – at least declared – "internal" ground. The analysis shows that, following this path, several reasons of procedural and substantial nature can be found that make the case law inconsistent. This is particularly clear in the sentencing, which pertains to the equality-proportionality principle. The incoherent approach was noted in those cases also by the judges themselves in their dissenting opinions.

The case law analysis confirms the thesis that it is necessary, to enforce social rights, that both the Court and legislature with economic power operate on the same grounds. In the Portuguese case, the Government relied upon supra na-

tional funds. The Court was thus forced to offer only a partial guarantee where, for procedural and substantial reasons, this could be made without compromising the overall economy of the State. Finally the article proposes to initiate a reflection starting from a different point of view that tries to level the playing field in a EU context.

Roberto Schiattarella, *Economia, etica e società*

Nell'approccio prevalente all'economia i valori devono essere considerati esterni alla scienza economica, l'analisi dei fatti é sviluppata sostanzialmente con lo scopo di confermare ciò che la teoria economica suggerisce, l'incertezza viene esclusa dalla riflessione attraverso un insieme di ipotesi "ad hoc", il metodo economico deve costituire il modello di riferimento per le altre scienze sociali. Nel saggio si suggerisce un altro modo di leggere i processi economici. Un modo per il quale i valori vanno considerati come la premessa di ogni percorso scientifico, in cui le politiche di intervento possono essere criticate anche sulla base dei valori che le ispirano; in cui i "fatti" – intesi in senso lato a la Polanyi – vanno considerati come strumento di verifica e rielaborazione della teoria; in cui si parte dalla consapevolezza che la realtà economica non può mai essere governata pienamente sia perché troppo complessa sia per la presenza di ampie aree di incertezza; un modo per il quale é l'economia che deve aprirsi ai contributi che arrivano dalle altre scienze sociali e, in primo luogo, deve far proprio il metodo della storia.

Economics, Ethics and Society

The dominant approach in economics is characterised by the following features: "judgment values" are treated as elements falling outside its disciplinary boundaries; "facts" are analysed and interpreted with the main aim of validating what economic theory dictates; the presence of uncertainty is ruled out through the setting up of ad-hoc (and largely axiomatic) hypotheses; the methodological framework used in economics is seen as a reference point also for the other scientific disciplines. This contribution proposes a different approach in which: "judgment values" should be considered as the premise of any scientific project and trajectory; economic policies can be evaluated and criticized also (and on substantial grounds) on the basis of their (implicit or explicit) underlying values; "facts" – conceived in a Polanyian sense – should be seen and used as tools in order to verify, and modify or further elaborate, the starting theoretical hypotheses; complexity and uncertainty are key features of economic reality, implying that the latter cannot in any case be fully governed. Finally, this contribution suggests that the economic discipline requires to be permeated and contaminated by other social sciences.

Notizie sugli Autori

Cesare Pinelli, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, "Sapienza" Università di Roma

Stelio Mangiameli, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Teramo

Francesco Rimoli, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Teramo

Valentina Capuozzo, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, "Diritto dell'economia e tutela delle situazioni soggettive", Università di Napoli Federico II

Mario Iannella, Perfezionando in "Persona e tutele giuridiche", Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Roberto Schiattarella, già Professore ordinario di Politica economica, Università degli Studi di Camerino

Fabio Ferrari, Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale italiano ed europeo, Università degli Studi di Verona

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista "Diritto e Società" – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.
La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.
I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.
I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.
Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.
In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Mangiameli, Rimoli, Capuozzo, Iannella.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl
80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459
info@editorialescientifica.com
www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile
Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti
All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.
Abbonamento 2016: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

Registrazione
Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di aprile 2016
da *La Buona Stampa* – Napoli