

Rivista AIC

Trimestrale di diritto costituzionale

Anno 2026/Fascicolo II • Supplemento

L'Unione europea a confronto
con la Costituzione della
Repubblica italiana

Contributi di R. Balduzzi, C. Buzzacchi, G. De Minico, N. Lupo, S. Mangiameli, C. Pinelli, G. Pitruzzella, D. Tega.

AIC

L'Associazione Italiana dei Costituzionalisti è iscritta al Registro degli Operatori della Comunicazione a far data dal 09.10.2013 con n. 23897.

Codice ISSN 2039-8298 (Online). La Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti è inoltre registrata presso il Tribunale di Roma - n.339 del 05.08.2010.

Rivista trimestrale inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche

Direttore Responsabile della Rivista AIC: Prof. Renato Balduzzi - Direttori della Rivista AIC: Prof. Andrea Pertici (coord.), Prof.ssa Benedetta Liberali, Prof.ssa Lucia Scaffardi, Prof.ssa Giusi Sorrenti

Comitato di Redazione: Rachele Bizzari, Elia Cremona, Nicola D'Anza, Giuseppe Donato, Cristina Equizi, Alessia Fonzi, Paolo Gambatesa, Dario Martire, Giacomo Menegatto, Arianna Pitino, Valentina Pupo, Chiara Sagone, Davide Servetti, Nicola Strangis, Matteo Trapani, Ludovica Tripodi

Indice del fascicolo

Renato	Balduzzi	INTRODUZIONE	1
Giovanni	Pitruzzella	IL PROBLEMA DELLA DEMOCRAZIA IN EUROPA	6
Stelio	Mangiameli	LA FUNZIONE DI GOVERNO NELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA E LA SUA LEGITTIMAZIONE	22
Cesare	Pinelli	LA FUNZIONE DI GARANZIA NELL'UNIONE EUROPEA	93
Nicola	Lupo	LA COSTRUZIONE DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E LA LEGITTIMAZIONE POLITICA	106
Diletta	Tega	LA RELAZIONE TRA LE FONTI DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E LE FONTI DEL DIRITTO INTERNO	147
Giovanna	De Minico	UNIONE EUROPEA, MERCATO, TECNICA	181
Camilla	Buzzacchi	LA DIMENSIONE SOCIALE DELL'UNIONE EUROPEA	220



Autore: Renato Balduzzi*

Introduzione

Sommario: 1. *Integration through Law* e *integration by Law*: non è proprio la stessa cosa. – 2. Il diritto costituzionale come antitesi al caos.

1. *Integration through Law* e *integration by Law*: non è proprio la stessa cosa.

Ogni confronto è biunivoco, certo. E anche il nostro lo sarà.

L'aver anteposto, nel titolo del Convegno, l'Unione europea alla Costituzione, può spiegarsi mediante due motivazioni principali: in primo luogo, la crucialità della condizione attuale dell'Unione europea e del suo consolidamento; in secondo luogo, la necessità e l'opportunità che, in tale percorso di consolidamento, l'Unione si raccordi con le Costituzioni nazionali e, tra queste, specificamente con quella italiana.

I motori di quel consolidamento sono stati, nel tempo, principalmente la Commissione, sotto il profilo politico (ancorché essa abbia sempre cercato di rappresentare il proprio ruolo e le proprie attività come “tecnici” e di autorappresentarsi come tale) e, sotto il profilo tecnico-giuridico, la Corte di giustizia. Quando i due motori hanno funzionato e tuttora funzionano in modo ricordato (oggi potremmo dire “ibrido”): l'effetto è stato un deciso rafforzamento del processo di integrazione europea. Se e in quale misura ciò abbia coinciso con un corrispondente avanzamento del percorso democratico europeo e quali contraccolpi vi siano stati sul piano dell'accettazione media della pervasività europea, è oggetto di studio da parte di molte discipline scientifiche, non soltanto nell'area giuridica.

* Presidente dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti.

Per parte nostra, la naturale focalizzazione attorno alla giurisprudenza della Corte di giustizia da tempo ne ha messo in luce (una delle relazioni di sintesi del nostro Convegno è stata affidata, non a caso, a Federico Sorrentino)¹ l'ambivalenza di ruolo e la problematica assimilazione, anche a seguito dell'incorporazione della Carta di Nizza nel sistema dei trattati, a una corte costituzionale. Il passaggio dell'Unione da una Comunità di diritto (*Rechtsgemeinschaft*) a quella che sempre più frequentemente viene definita, anche autorevolmente (Lenaerts)², come un'Unione di valori imperniata sull'art. 2 TUE (inteso come fonte di principi superiori dotati di efficacia giuridica, di cui lo Stato di diritto costituisce il nucleo essenziale, che si impongono sulle stesse identità nazionali), che le decisioni gemelle del 2022 sulla condizionalità di bilancio hanno appalesato e di cui attendiamo la conferma in prossime e peraltro imminenti decisioni³, non va tuttavia considerato come davvero compiuto soltanto perché incontra il consenso di una maggioritaria parte dei giuristi, nutre le relazioni tra le diverse Corti (il cosiddetto “dialogo”) e ci conforta rispetto ai ripetuti attacchi al costituzionalismo e allo Stato di diritto.

Tutto ciò è sufficiente? I più autorevoli costruttori dell'Europa da sempre sono stati propensi a rispondere negativamente: non è sufficiente. Diceva Jacques Delors che non ci si innamora di un *Grand Marché*⁴, ancorché egli ne sia stato uno dei più lucidi architetti.

Proprio dal confronto con le costituzioni nazionali e in particolare con quella italiana potrebbe allora derivare l'invito a rimeditare quella che resta la formula più condivisa per connotare il percorso sin qui fatto: l'*Integration through Law*⁵. Una direzione potrebbe essere quella di sostituirla con una più limitata *Integration by Law*, che dunque mantenga la funzione strumentale del diritto e delle regole, ma non corra il rischio di ridurre ad esse lo spazio della discussione politica e di quella culturale e scientifica⁶. Potremmo dire che, accanto al dialogo tra le Corti (che sarebbe più agevole ove la tecnica e il linguaggio delle relative pronunce riuscissero ad omogeneizzarsi un po' di più: tra lo stile argomentativo di Lussemburgo e quello, ad esempio, di Karlsruhe le distanze restano eccessive e sicuramente non favoriscono un tale dialogo) e ai triloghi di Bruxelles, non privi di problematicità, dovrebbe aggiungersi in modo sistematico una sorte di “quadrilogo”, che veda la partecipazione dei parlamenti nazionali e, attraverso di essi o favorite da essi, delle loro opinioni

¹ F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, II, Milano, Giuffrè, 1973.

² K. LENAERTS, *On Checks and Balances: The Rule of Law within the EU*, in *Columbia Journal of European Law*, Special issue, 2023, 61, ma è un'idea già presente in K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *EU Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

³ Infatti, si v. Commissione c. Ungheria (C-769/22).

⁴ J. DELORS, intervento al Parlamento europeo, 17 gennaio 1989.

⁵ Per tutti, v. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, Berlin-New York, de Gruyter, 1985-1988.

⁶ Successivamente al Convegno di Torino, Massimo Luciani (*Il mondo vuoto. L'ordine sociale nel crepuscolo del soggetto*, Roma-Bari, Laterza, 2026, pos. 2370), ha sottolineato tale rischio, in cui incorrono alcuni teorici dell'Unione europea allorché dimenticano che la comunità di diritto non è da solo sufficiente a creare il vincolo comunitario. Concordo sul punto, a condizione – come ho avuto modo di sottolineare nella mia *Introduzione* al Seminario dell'AIC sul metodo nel diritto costituzionale (in corso di pubblicazione su *questa Rivista*) – che non si reputi la politica l'antitesi del diritto, o viceversa.

pubbliche. Tra le altre cose, un siffatto percorso partecipativo potrebbe essere di grande utilità ai parlamenti stessi, alle prese da tempo con una crescente irrilevanza, reale e percepita.

Sotto il profilo politico, il nodo consiste nello stabilimento di legami e di connessioni tra l'interpretazione dei valori unionali propugnata dalle giurisprudenze sovranazionale e nazionali e le sensibilità via via prevalenti all'interno della società europea. Piuttosto che un problema di invasione di campo da parte delle giurisdizioni e segnatamente della giurisprudenza di Lussemburgo (quindi un problema di ordine istituzionale, all'interno della più generale tensione tra organi di indirizzo politico e organi di garanzia), sembra esservi un problema di insufficiente condivisione di quei valori e della loro lettura prevalente, dunque un problema di ordine *lato sensu* politico.

Sotto il profilo culturale, il punto cruciale sembra essere quello di andare oltre al mero relativismo, secondo cui, in presenza di disaccordi di fondo, ci si dovrebbe limitare a constatare il disaccordo, tutte le opinioni essendo sullo stesso piano e avendo eguale titolo a essere validate e, per contro, di adottare un approccio realmente pluralista, capace cioè di trovare la soluzione meno lontana dai comuni valori (plurali, ma comuni⁷) in cui una collettività si riconosce o di provare a praticare accordi parzialmente teorizzati (*à la* Sunstein). Cammino tutt'altro che facile, come hanno ancora recentemente dimostrato le conferenze di Justine Lacroix al Collège de France⁸, ma probabilmente non eludibile.

La differenza tra *Integration through Law* e *Integration by Law* è sottile, ma non meramente terminologica. Come declinarla nelle diverse facce del confronto tra Unione e Costituzione repubblicana, di cui le nostre tre sessioni di lavoro costituiscono un'ipotesi, se non esaustiva, certamente significativa, sarà uno dei compiti delle nostre due giornate. E, sul punto, le mie parole introdottrici non possono, e non devono, andare oltre.

2. Il diritto costituzionale come antitesi al caos.

Una seconda domanda mi pare preliminare al nostro convenire. Può il diritto, possono i giuristi, e i costituzionalisti in particolare, contrastare il caos, che il ritorno in campo, o l'aumentato numero, di persone, idee e comportamenti ispirati dal principio che la forza debba prevalere sul diritto, sta riportando drammaticamente nella nostra mente e nei nostri cuori?

La risposta, sotto il profilo teorico, non è difficile: da sempre, il diritto ha anche e soprattutto questa funzione ordinante.

Non so se lo stato attuale dell'Unione possa essere considerato nel margine del caos (mi riferisco idealmente all'ultima Lettera AIC del precedente triennio)⁹, ma una cosa dovrebbe essere ribadita, e sarà interessante verificare su di essa il termometro del nostro Convegno: il diritto in

⁷ Sottolineo da tempo i termini di questa distinzione: ad es., R. BALDUZZI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un esempio di constitutional drafting?*, in *Quaderni regionali*, 2003, 381 ss., spec. 410-411.

⁸ J. LACROIX, *Les valeurs de l'Europe, un enjeu démocratique*, Paris, Collège de France éditions, 2024.

⁹ S. STAIANO, *Nel "margine del caos". Trasformazioni e conservazione dell'ordinamento costituzionale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Lettere AIC 2021-2024*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 481 ss.

generale, e quello costituzionale in ispecie, o è il regolatore del caos, ciò che può permettere di restare ai margini del medesimo, trasformando la realtà senza distruggerne il senso e il nucleo di senso, oppure perde molto della propria pregnanza¹⁰. Possiamo discutere se il diritto costituzionale sia l'antitesi del caos, oppure lo strumento principale per gestirlo o semplicemente per dialogare con esso (rispettivamente: Hobbes e Kelsen, Schmitt e Luhmann, Habermas)¹¹, ma rimane un denominatore comune al nostro lavoro scientifico, e questo è proprio la sua capacità ordinante. Anche per chi predilige le contrapposizioni forti, tale capacità resta il confine tra ciò che è diritto e la decisione arbitraria.

Ma il profilo teorico deve fare i conti con il principio di realtà.

Quando la forza annienta la regola (intesa sia come *lex*, sia come *ius*), quando il più forte comanda sui più deboli, quando (il riferimento evidentemente è al dialogo tra Callicle e Socrate nel *Gorgia*¹², e alla recezione sino a noi di questo testo platonico) i pesci grossi catturano e mangiano quelli piccoli senza che ciò comporti reazioni apprezzabili, ogni ragionamento parrebbe vano. Se tuttavia, con Socrate, teniamo alta l'idea di un quadro comune, di una regola che valga tanto per gli altri quanto per sé stessi proprio perché regola di moderazione e di temperanza (qualcuno, tra noi, direbbe di mitezza), allora il quadro potrebbe cambiare¹³. Non si nega il fatto, la forza, ma si afferma un altro fatto, un fatto sociale/normativo, il diritto appunto, e si chiede alla politica, cioè all'attività più alta e nobile propria del genere umano, uno sguardo diverso: le si chiede di governare senza umiliare e mortificare, di decidere senza imporre *a priori*, di con-vincere senza dominare. La storia dell'integrazione comunitaria ci dimostra che tutto ciò è stato, almeno in qualche momento, possibile. Il presente ce ne mostra la fragilità, del futuro poco possiamo dire. Ma il passato non è inutile, non va mai dimenticato o peggio cancellato: va, invece, ricordato per coglierne l'incompiuto, ciò che è rimasto non vissuto e che esige di ritrovare la sua possibilità. È l'occasione perduta, mancata, del passato che può aprirlo a nuove possibilità e immaginare un futuro alternativo al proprio tempo. Proprio per questo abbiamo voluto questo convegno, con questo titolo.

Secondo George Steiner e quella sua certa idea di Europa¹⁴, essere europei significa cercare di negoziare sul piano morale, intellettuale ed esistenziale gli ideali, le pretese e le *praxeis* contrastanti della città di Socrate e di quella di Isaia. Se in questa fortunata sintesi non stupisce l'assenza del riferimento cristico (e d'altra parte, per Steiner come per molti israeliti, o meglio "ebrei della dia-

¹⁰ Che «per salvarsi è necessario arginare la minaccia del divenire, cioè controllarla, sottoporla a una legge e dunque dominarla», è un *acquis* del (gius)razionalismo occidentale (si v. E. SEVERINO, *Legge e caso*, Adelphi, Milano, 1980, 15; in qualche modo, la norma è istanza di ordine nel fluire disordinato della vita).

¹¹ Per tutti, sul punto, L. BUFFONI, *Il metodo del diritto costituzionale. La natura e l'artificio*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2024, 27 ss.

¹² PLATONE, *Gorgia*, 482c-486d.

¹³ Certo, quella di Socrate è essenzialmente dottrina non pluralista, ma connotata da un'assolutezza morale e politica (G. VOLPE, *Antico, moderno e post-moderno nel giudizio incidentale sulle leggi*, in AA.VV., *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno AIC, Padova, Cedam, 2004, 153 ss.): la sua "mitezza" sta proprio nella (assoluta, verrebbe da dire) reciprocità.

¹⁴ G. STEINER, *Una certa idea di Europa*, Milano, Garzanti, 2017, 55 ss.

spora”, come egli si definiva, il cristianesimo è un’invenzione paolina)¹⁵, colpisce la circostanza che un tale approccio ignori o marginalizzi Roma e l’invenzione del diritto, come consapevole strumento di ordinamento del caos¹⁶.

Il caos si presenta oggi sotto molteplici forme, anche suadenti (pur se non necessariamente persuadenti).

Pensiamo all’intelligenza artificiale.

Regolare l’IA per un’Unione di valori non sarebbe poca cosa: il personalismo digitale aspetta, nel mondo, un padre e una madre, e non possiamo pensare che i produttori di beni e servizi vogliano davvero essere eteroregolati: per non farci catturare prima ancora di regolare, occorre prenderne consapevolezza.

D’altra parte, soltanto *demoi* consapevoli possono anche decidere che valga la pena di unirsi ancora di più, nella direzione tendenziale verso un unico *demos* ancorché pluralisticamente inteso. Analogamente, per quanto riguarda la dimensione sociale: il modello del *Next Generation EU*, favorevolmente accolto sotto l’emergenza pandemica, attende idee e suggerimenti per essere replicato anche al di fuori dell’emergenza sanitaria, e dare o ridare spessore all’aggettivo, che altrimenti rischia di non essere percepito o di esserlo come mero orpello (secondo un certo ordoliberalismo), nell’icastica formula dell’economia sociale di mercato altamente competitiva.

Andando verso la conclusione, non credo sfugga ad alcuno che il nostro convenire è anche l’occasione, oggi più che mai, per testare la permanenza di significato di alcune delle categorie scientifiche fondanti. Pensiamo al tema della cosiddetta sovranità europea: se il nostro approccio si incentra sulla necessità, che l’obiettivo di contrastare il caos rende sempre più impellente, di mettere vino nuovo in otri nuovi, forse dovremmo rivisitare le nostre categorie *requies* e proporre nuove parole per denotare l’attuale sfuggente situazione.

Basterebbero questi cenni per rafforzare il postulato che, al fine di contrastare il caos, c’è bisogno di più diritto costituzionale. Forse l’affermazione che dica, parafrasando un noto *dictum* di Thomas Mann, che dove ci sono i costituzionalisti, e in specie i costituzionalisti italiani, lì c’è l’Unione europea, potrebbe suonare eccessiva o enfatica, ma resta il fatto che la nostra storia ci consegna una responsabilità grande (e potremmo aggiungere nel discorso anche i colleghi che studiano specificamente il diritto dell’Unione europea, con i quali avevamo ipotizzato di svolgere in comune una sessione del nostro odierno Convegno). Il Paese che non ha avuto bisogno di un *Europa-artikel* può essere il Paese da cui provengono ricostruzioni condivise e, perché no, proposte di consolidamento innovativo della struttura istituzionale e politica dell’Unione stessa.

¹⁵ *Ibidem*, 58.

¹⁶ Sul diritto come forma inventata dai Romani, capace di una completa formalizzazione della vita, si vedano le pagine di A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in occidente*, Torino, Einaudi, 2017, pos. 199 ss., 857 ss.



Autore: Giovanni Pitruzzella*

Il problema della democrazia in Europa

Sommario: 1. Integrazione europea e mutamento costituzionale. - 2. Il sistema giuridico europeo come sistema proto-federale e il problema della legittimazione democratica. - 3. L'Unione come "macchina giuridica". - 4. Le cause dell'accentuarsi del problema della legittimazione democratica dell'Unione. - 5. La Costituzionalizzazione dell'Unione. - 6. I limiti dell'integrazione attraverso il diritto. - 7. Il rafforzamento del Parlamento europeo e la debolezza della sfera pubblica europea. - 8. Unione europea, efficacia del potere e democrazie nazionali. - 9. Il "dialogo" tra Corti costituzionali e Corte di giustizia e il "costituzionalismo collaborativo".

1. Integrazione europea e mutamento costituzionale.

L'integrazione europea è stata una delle più potenti spinte al mutamento costituzionale in Italia. Di regola, le riflessioni sulle trasformazioni costituzionali fanno riferimento a un fattore esterno all'ordinamento che le promuove. A titolo di esempio, può prendersi il libro recente di Morelli e Ruggeri, *La costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza (profili metodico-teorici)*, dove si legge: "la Costituzione è un documento in continua *trasformazione*, non soltanto per effetto delle modifiche formali apportate al suo *testo*, ma anche, e soprattutto, per l'idoneità, da essa ampiamente dimostrata, ad essere sottoposta ad interpretazioni estensive ed evolutive, che possono trovare espressione nelle continue interazioni con i sempre diversi *contesti* nei quali gli enunciati costituzionali devono essere attuati e applicati"¹.

* Giudice della Corte costituzionale.

¹ A. MORELLI, A. RUGGERI, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza (profili metodico-teorici)*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, 11.

Il principio di integrazione, invece, è un elemento interno al sistema costituzionale, fondato sull'art. 11 e poi anche sull'art. 117, 1 comma Cost, che hanno dato copertura costituzionale all'interdipendenza tra l'ordinamento dell'Unione e quello italiano, aprendo il secondo alle influenze trasformatrici, anche a livello costituzionale, provenienti da un altro sistema giuridico e inserendo, al tempo stesso, il diritto costituzionale italiano in quelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri che dovrebbero, a loro volta, influenzare la dinamica giuridica e istituzionale dell'Unione.

In questa sede, vorrei soffermare l'attenzione su come l'integrazione europea ha interagito con il principio democratico consacrato dalla nostra Costituzione fin dal suo primo articolo e che costituisce una componente rilevante delle suddette tradizioni.

2. Il sistema giuridico europeo come sistema proto-federale e il problema della legittimazione democratica.

Il punto di partenza è rappresentato dal processo di costituzionalizzazione della Comunità economica europea. Com'è noto, il processo inizia già nella fase fondativa del diritto comunitario, con le "storiche" sentenze *Vaan Gend en Loos* del 1963 e *Costa c. Enel* del 1964. La prima ha introdotto il principio dell'effetto diretto del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri, la seconda il principio del primato del diritto comunitario (la *primauté*). La conseguenza di tali sentenze è stata che il diritto comunitario – per usare un'espressione della Costituzione americana – è divenuto *Law of the Land* (effetto diretto) ed anche la *Higher Law* (il primato). La struttura istituzionale della Comunità certamente non era di tipo federale, ma la struttura giuridica è presto diventata quanto meno proto-federale.

I due principi, che non erano previsti dai Trattati ma erano destinati a consolidarsi e a diventare l'architrave della costruzione comunitaria, praticamente sono vissuti grazie al meccanismo del rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale alla Corte di giustizia (ora disciplinato dall'art. 267 TFUE). In virtù della competenza della Corte ad assicurare l'uniforme interpretazione del diritto comunitario quest'ultima, su domanda dei giudici nazionali, ha potuto statuire se il diritto sovranazionale osta all'applicazione di una legge nazionale, mentre il giudice comune ha assunto il compito di disapplicare la legge, nel caso di un conflitto con il diritto comunitario dotato di effetti diretti.

Nel suo celebre scritto *The Transformation of Europe*, J.H. Weiler si interrogava come mai gli Stati membri e le loro Corti avessero accettato una simile linea giurisprudenziale, che permetteva di mettere da parte una legge approvata secondo le procedure democratiche nazionali². Senza l'accettazione diffusa di questa dottrina costituzionale e la sua messa in pratica attraverso il rinvio pregiudiziale, probabilmente i due principi non avrebbero potuto concretamente operare e la trasformazione costituzionale della Comunità non ci sarebbe stata. La risposta, quanto ai giudici, sta nella circostanza che essi accrescevano notevolmente il loro ruolo, poiché assumevano di fatto la funzione di *judicial review* della legislazione nazionale, con il potere di non applicare la legge nazionale,

² J. WEILER, *The Transformation of Europe* (1991), ripubblicato in M.P. MADURO, M. WIND (edited by), *The Transformation of Europe Twenty-Five Years On*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, 1 ss.

ed erano stimolati ad esercitarla dai privati interessati a far valere le posizioni di vantaggio che essi traevano dal diritto comunitario (in tal modo si è introdotto un *private enforcement* di tale diritto molto più efficace del complicato *public enforcement* previsto dai trattati nel caso di inadempimento da parte di uno Stato membro dei suoi obblighi comunitari).

Quanto agli Stati membri essi potevano essere indotti a ritenere che in buona sostanza si trattava di assicurare l'applicazione del diritto che essi stessi avevano concorso a formare e avevano voluto. Da una parte, per quanto riguarda i Trattati, operava il principio del *conferral* (o di attribuzione), previsto dal Trattato di Roma e sempre confermato nelle successive revisioni: gli Stati trasferiscono alla Comunità prima e successivamente all'Unione solamente determinate competenze e pertanto le istituzioni europee dovrebbero fare solamente ciò che gli Stati hanno voluto espressamente devolvere alle stesse.

Per quanto riguarda il diritto prodotto dalle istituzioni europee (il diritto derivato), invece, la struttura istituzionale comunitaria nel periodo fondativo, oltre ad essere circoscritta solamente a sei Stati, accoglieva il principio dell'unanimità nel processo decisionale del Consiglio, destinato ad essere sostituito, al termine del periodo transitorio, dalla regola della maggioranza qualificata. Ma questo passaggio fu bloccato, prima con la politica francese della "sedia vuota" e poi con il "compromesso di Lussemburgo" che di fatto attribuiva, nella pratica del Consiglio successiva al 1965, a ciascuno Stato membro un potere di veto sulla legislazione proposta per tutelare un interesse statale molto importante.

Come osservava Weiler, in questo modo si era creato un equilibrio. Da una parte si dava vita ad un forte processo di integrazione costituzionale, che andava ben oltre la lettera del Trattato e legava l'ordine giuridico della Comunità con quello degli Stati membri in una relazione simile a quella federale. Dall'altra parte, però, ancora una volta deviando dalle previsioni del Trattato, si trasformava il processo decisionale in uno di tipo confederale che dipendeva dalla volontà concorde degli Stati membri.

Questo equilibrio, però, è ben presto cambiato: la caratterizzazione federale del processo giuridico di integrazione si è accentuata, mentre, il processo istituzionale di decisione gradualmente ha accettato la regola di maggioranza, sia pure qualificata per quanto riguarda il Consiglio e con l'esclusione di alcuni campi.

In particolare, già nel primo periodo dell'esperienza comunitaria, la giurisprudenza della Corte effettuava tre passaggi significativi. Il primo è che di fatto la Corte di giustizia ha assunto – senza mai dirlo espressamente – la *Kompetenz-Kompetenz*, perché quando deve stabilire se il diritto nazionale, come interpretato dal giudice nazionale, è in conflitto con il diritto dell'Unione, come da lei interpretato, deve stabilire l'ambito di applicazione di questo diritto. Quindi, in altri termini, la Corte di giustizia, attraverso la sua interpretazione, stabilisce se un dato oggetto o una determinata relazione rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario o se rileva solamente per il diritto nazionale. E poiché alla Corte compete l'interpretazione uniforme del diritto comunitario da valere in tutti gli Stati membri, a lei spetta l'ultima parola sulla sua estensione. Il secondo, strettamente legato al primo, è consistito nell'uso di una tecnica interpretativa dei Trattati europei ben diversa da quella normalmente impiegata con riferimento ai Trattati internazionali. Per questi ultimi, di regola, si fa riferimento alla volontà dei loro autori, gli Stati; invece, la Corte di giustizia ha

adottato un metodo interpretativo funzionalista, che, come avviene per l'interpretazione delle Costituzioni, valorizza l'obiettivo delle disposizioni e il contesto sistematico, pervenendo a interpretazioni estensive dei Trattati. Infine, la Corte ha elaborato alcune dottrine che comportano un sensibile ampliamento dell'ambito di applicazione del Trattato, come è avvenuto con la dottrina degli *implied powers* e con la tecnica dell'"assorbimento".

Tale spinta espansiva di fatto ha ridimensionato il principio del *conferral*. Secondo una tendenza che permane fino ad oggi, per via di interpretazione, l'ambito di applicazione del Trattato si è allargato in modo consistente e con esso l'operatività del principio di preminenza, che peraltro si è imposto anche alle Costituzioni degli Stati membri (come, in particolare, è stato chiaramente affermato dalla sentenza del 1970 *Internationale Handelsgesellschaft*, Causa C-11/70).

3. L'Unione come "macchina giuridica".

In questo modo il diritto comunitario, che prevale sulle leggi democraticamente approvate dai parlamenti nazionali, in tanti casi non può essere ricondotto alla effettiva volontà degli Stati di rinunciare alle loro competenze a favore del livello sovranazionale.

Queste sono le origini del problema della legittimazione di un diritto alla cui formazione i popoli degli Stati membri non hanno effettivamente concorso attraverso i loro rappresentanti o i loro governi, ma che prevale, in caso di conflitto, su quello approvato dai rispettivi parlamenti.

Il problema è stato a lungo eluso ponendo l'accento sul carattere giuridico dell'integrazione e sulla legittimazione che derivava dalla mitica neutralità e dal carattere quasi sacerdotale che connotano le Corti supreme, nonché dal *rule of law* che comporta la sottoposizione al diritto di tutti gli Stati membri, collocati in una posizione di parità. La Comunità, infatti, è stata definita, fin dal periodo fondativo, come una "comunità di diritto".

La Corte di giustizia, da parte sua, ha insistito sul carattere autonomo dell'ordinamento comunitario ed è arrivata a qualificare il Trattato – a partire dalla sentenza *Les Vertes* del 1986 (Causa 294/83) – come la "Carta costituzionale dell'ordinamento comunitario". Da allora, l'uso dell'espressione "costituzione" si è consolidato nella giurisprudenza e nella dottrina. L'autorevole attuale presidente della Corte di giustizia, Koen Lenaerts, è il coautore di un libro molto influente negli ambienti europei, che si intitola *EU Constitutional Law*³. Com'è noto, in dottrina è ancora controverso se l'Unione abbia una vera e propria costituzione, ma il punto centrale è che la Corte di giustizia si comporta "come se" l'Unione avesse una costituzione, di cui essa è l'interprete privilegiato, e si auto-percepisce come una vera e propria Corte costituzionale. In questo modo l'assimilazione dell'integrazione giuridica al modello federale è divenuta ancora più marcata.

Attraverso questa costruzione costituzionale ispirata al modello federale, la Corte di giustizia ha potuto operare come vero e proprio motore dell'integrazione. In una prima fase la sua giurisprudenza ha permesso di superare i blocchi che hanno caratterizzato il meccanismo istituzionale di decisione. La giurisprudenza della Corte ha assicurato l'"integrazione negativa", cioè l'integrazione

³ K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *EU Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

attraverso l'applicazione giudiziale diretta delle libertà economiche previste dal Trattato e dei limiti ai poteri degli Stati membri che ne discendono. Quando l'"integrazione positiva", che doveva realizzarsi attraverso il processo decisionale istituzionalizzato dai Trattati, e cioè mediante l'approvazione di regolamenti e direttive, si è inceppata ha supplito l'"integrazione negativa".

Sotto questo profilo, è emblematica la sentenza *Cassis de Dijon* del 1979, che ha rimediato all'inerzia del Consiglio nel promuovere la realizzazione del mercato comune, introducendo il principio del "mutuo riconoscimento delle legislazioni".

In breve, interpretando quella disposizione che ora è l'art. 34 TFUE – che vieta le restrizioni quantitative alle importazioni e alle esportazioni, nonché le "misure di effetto equivalente" – ha dato a quest'ultima espressione un ampio significato, affermando che le regole che riguardano la produzione e la circolazione nel mercato non possono costituire un ostacolo al commercio tra Stati membri, salvo che soddisfano delle condizioni obbligatorie giustificate da un pubblico interesse. Pertanto, leggi che creano tali ostacoli nello "stato ospitante" devono essere disapplicate e il bene legittimamente prodotto e commerciato sulla base della legge dello "stato di origine" può avere libero accesso nel mercato del primo.

Per effetto di tale giurisprudenza, lo "Stato ospitante" e i suoi cittadini sono sottoposti alla legislazione di un altro Stato, quello di origine, alla cui formazione non hanno partecipato in alcun modo. Pertanto, l'applicazione diretta del trattato, interpretato funzionalmente dalla Corte di giustizia, produce una tensione con il principio democratico.

A temperare questa conclusione vi stanno due circostanze. La prima è che le norme del Trattato di cui la giurisprudenza ha fatto applicazione diretta riguardavano essenzialmente le quattro libertà di circolazione, avevano un obiettivo ben determinato stabilito chiaramente dal trattato

– la realizzazione del mercato comune – ed erano contemplate da disposizioni che ne delineavano il contenuto essenziale e indicavano espressamente i limiti che ne derivavano per il potere legislativo degli Stati membri. Il testo, perciò, circoscriveva la discrezionalità giudiziale nell'interpretazione. La seconda è che attraverso la progressiva eliminazione delle barriere al commercio tra gli Stati membri e quindi attraverso l'integrazione economica, l'Europa ha conosciuto – nel periodo che i francesi definiscono "*les trente glorieuses*" – un notevole aumento della crescita economica e del benessere dei suoi popoli. Perciò, nonostante le tensioni con il principio democratico, il diritto comunitario poteva trovare una legittimazione nei risultati positivi che conseguiva (la legittimazione basata sull'*out-put*).

4. Le cause dell'accentuarsi del problema della legittimazione democratica dell'Unione.

Gli svolgimenti successivi hanno modificato ancora i termini del problema della legittimazione democratica del diritto dell'Unione. In particolare, l'attenzione va posta su due processi: le modifiche dei trattati, che hanno portato ad un allargamento delle competenze attribuite alla Comunità e poi all'Unione, nonché all'espansione degli spazi di applicazione della regola della maggioranza qualificata nelle decisioni del Consiglio; la notevole estensione del diritto costituzionale dell'Unione

che limita e si impone sia sul potere legislativo delle istituzioni europee che su quello degli Stati membri.

Nel succedersi dei trattati, c'è stato un progressivo ampliamento delle competenze dell'Unione. E' sufficiente una rapida lettura del TUE per cogliere come tali competenze ormai investono gli aspetti più rilevanti della vita economica e sociale.

Com'è noto, l'Unione ha una ridotta capacità fiscale, cioè di raccogliere risorse attraverso entrate proprie, ha un potere di spesa limitato, visto che le risorse del suo bilancio sono di poco superiori all'uno per cento del PIL dei 27 Stati membri, ha una burocrazia professionale assai ridotta (l'esecutivo comunitario, la commissione, tra i funzionari di ruolo e quelli a tempo determinato, si avvale di circa 32.000 persone), si serve degli apparati amministrativi degli Stati membri per l'implementazione delle sue decisioni. Il suo ruolo, perciò, è quello del regolatore. *Integration through Law* è la formula che meglio sintetizza l'azione dell'Unione, perché il diritto è al tempo stesso lo strumento e l'oggetto dell'integrazione⁴. Ma l'integrazione attraverso il diritto cambia quando l'integrazione è passata dal mercato comune ad altri campi.

La disciplina del trattato concernente il mercato comune indica dei precisi obiettivi funzionali e consente limitate eccezioni al perseguimento degli stessi. Già nel Trattato, dunque, è effettuato un primo bilanciamento; inoltre, le libertà economiche hanno richiesto prevalentemente una deregolamentazione diretta al superamento delle barriere al commercio tra gli Stati. Perciò, l'attuazione di queste previsioni poteva essere soddisfatta attraverso l'"integrazione negativa".

Se passiamo, invece, a considerare le disposizioni del trattato che riguardano l'Area di libertà, sicurezza e giustizia, è facile accorgersi delle differenze. Infatti, le basi legali concernenti il suddetto ambito attribuiscono all'Unione le competenze per il perseguimento di obiettivi assai generici che richiedono necessariamente l'adozione di una regolazione, lasciando però ampi spazi di libertà al legislatore comunitario circa le scelte da fare.

Inoltre, dopo il Trattato di Lisbona, il procedimento legislativo ordinario prevede che la regola decisionale del Consiglio è la maggioranza qualificata. Da qui l'acuirsi del problema dell'accettazione della decisione da parte degli Stati e dei loro cittadini che, non avendo preso parte alla maggioranza, non hanno condiviso tali decisioni, che comunque si applicano nei loro ordinamenti.

Come risolvere questo problema? Una strategia è consistita nella depoliticizzazione dell'azione dell'Unione. Tale strategia ha fatto capo prevalentemente alla Commissione. Nel processo legislativo, com'è noto, la Commissione ha, con poche eccezioni, il monopolio dell'iniziativa e nella sua azione secondo il trattato, persegue l'interesse generale della Comunità (art. 17 TUE). Proprio il riferimento all'interesse generale permette alla Commissione di ergersi al di sopra del conflitto tra Stati, interessi particolari, ideologie. La regolazione pertanto viene elaborata dalla Commissione, che tende a tematizzare le questioni affrontate come se fossero di natura essenzialmente tecnica, senza dare risalto ai conflitti che vi sono sottesi. Anche se i trattati danno ampi margini di azione alle istituzioni comunitarie, molte questioni poi vengono affrontate come se fossero di natura prevalentemente giuridica, in cui assume una particolare rilevanza l'interpretazione del trattato e la sua coerente attuazione.

⁴ M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. WEILER, *Integration through Law*, de Gruyter, Berlin, 1986.

Il ruolo di grande regolatore dell'Unione ha una sua proiezione internazionale in quello che Anu Bradford ha chiamato il *Brussel effect*⁵. Un elemento essenziale del modello europeo di regolamentazione è stato costituito dall'idea secondo cui la capacità regolatoria dell'Unione e la dimensione del suo mercato le permettono di fissare gli standard regolatori per il resto del mondo. Le imprese globali per poter operare nel grande mercato europeo finiscono per conformarsi agli standard europei e, a causa del costo di seguire differenti standard nelle diverse giurisdizioni, le regole europee finirebbero per avere una portata globale.

5. La Costituzionalizzazione dell'Unione.

Nello stesso tempo è continuata la spinta della Corte di giustizia alla costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'Unione, che si è realizzata soprattutto attraverso tre passaggi: l'interpretazione estensiva della Carta dei diritti fondamentali; la valorizzazione della cittadinanza europea, intesa come status fondamentale da cui derivano significative conseguenze giuridiche; il riconoscimento ai valori indicati dall'art. 2 TUE di efficacia giuridica, che consente alla corte di estendere l'ambito e la portata del diritto costituzionale dell'Unione.

L'elemento che unifica gli svolgimenti iniziali della giurisprudenza costituzionale della Corte di giustizia e questi ultimi, consiste in quella che Dieter Grimm ha chiamato *l'over-constitutionalization*⁶. I trattati (oggi il TUE e il TFUE) sono configurati come la costituzione dell'Unione; i trattati sono composti da molte centinaia di articoli; pertanto, essi hanno un'estensione di gran lunga superiore a quella delle Costituzioni nazionali e disciplinano materie e oggetti che negli ordinamenti statali sono lasciati alla discrezionalità del legislatore. Ma quanto più si estende lo spazio del diritto costituzionale europeo, tanto più si restringe quello della politica democratica, sia a livello europeo che nazionale. L'eccesso di costituzionalizzazione ha come conseguenza la depoliticizzazione, perché non lascia spazio al conflitto tra diverse visioni dell'interesse generale, al confronto tra scelte politiche alternative e non consente neppure quella correzione delle politiche pubbliche che è una delle caratteristiche della democrazia. Le scelte da fare sono ridotte a scelte tecnico-giuridiche a rime obbligate perché pregiudicate dalla disciplina costituzionale.

L'*over-constitutionalization* è cresciuto come conseguenza della Carta dei diritti fondamentali, che dopo Lisbona ha avuto attribuita la stessa efficacia giuridica dei trattati. La giurisprudenza di Lussemburgo ha ampliato la sfera di applicazione della Carta. In primo luogo, la Corte ha interpretato la Carta seguendo il suo metodo funzionalista, che valorizza lo scopo della disposizione, il contesto sistematico e le dinamiche di cambiamento presenti nella società. Tale metodo ha portato ad un'interpretazione flessibile del "fattore di connessione" previsto dall'art. 51 CDFUE (secondo cui la Carta si applica agli Stati solo se essi "attuano il diritto dell'Unione"), con la conseguenza di estendere l'ambito di applicazione della Carta. Il punto di svolta c'è stato già con la sentenza *Akerberg Fransson* del 2013 (Causa C-617/10); da allora la Corte ha fatto ampio uso della flessibilità del "fat-

⁵ A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

⁶ D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 97 ss.

tore di connessione” (per esempio, nelle sentenze *Torubarov* del 2019 (Causa C-556/17), *Egenberger* del 2018 (Causa C-414/16)).

In secondo luogo, la Corte ha riconosciuto l'efficacia diretta di alcune disposizioni della Carta e, con riguardo ad alcune di esse, persino l'effetto diretto orizzontale (sentenza *Egenberger*, già citata, sentenza del 2016 *Cresco Investigation*, Causa C.-193/17; sentenza del 2018, *IR c. JQ*, sentenza del 2018 *Max Plank*, Causa C-84-16). La Carta è altresì utilizzata per dare un'interpretazione estensiva del diritto derivato, ricavando così diritti che non risultano dalla lettera delle disposizioni (per esempio, sentenza del 2019, CCOO, Causa C-55/18).

La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 2 TUE ha preso avvio con la “storica” sentenza del 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (Causa C-64/16). Essa ha ritenuto di “primaria importanza” preservare l'indipendenza degli organi giurisdizionali al fine di assicurare il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione. Questo principio è ricavato dall'art. 19 TUE e dall'art. 47 CDFUE letti congiuntamente al valore dello Stato di diritto (o *rule of law*), consacrato dall'art. 2 TUE. La Corte, per la prima volta, ha affermato che l'Unione si fonda su alcuni valori comuni agli Stati membri, che sono stabiliti dall'art. 2 TUE e che sono dotati di efficacia giuridica. Tra questi valori vi è quello dello Stato di diritto che si specifica nel principio dell'indipendenza dei giudici.

L'art. 2 TUE, com'è noto, stabilisce che l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti alle minoranze. Si tratta dei valori comuni agli Stati membri di una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne.

La citata sentenza del 2018 costituisce quello che, nelle parole di Bruce Ackerman, è un *constitutional moment*, ossia una modificazione costituzionale senza bisogno di un emendamento formale. Con essa è iniziata la terza fase del processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Da allora si è sviluppata una copiosa giurisprudenza che ha utilizzato l'art. 2 TUE, ha tutelato il valore dello Stato di diritto e ha fatto applicazione del principio dell'indipendenza degli organi giurisdizionali (riferendosi, oltre che agli artt. 2 e 19 TUE all'art. 47 CDFUE).

In particolare, nelle sentenze gemelle del 2022 *Ungheria contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea* (Causa C-156/21) e *Polonia contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea* (Causa C-157/21) – i cosiddetti *Conditionality Judgments* – la Corte ha ritenute infondate le azioni di annullamento avviate dall'Ungheria e dalla Polonia contro il regolamento 2020/2022 che ha introdotto un meccanismo di “condizionalità orizzontale” in campo finanziario a tutela dello Stato di diritto. In tali decisioni la Corte ha detto con chiarezza che “l'art. 2 TUE non è semplicemente una dichiarazione di linee guida politiche o di intenzioni, ma contiene i valori che ... sono una parte integrante dell'identità dell'Ue come ordine giuridico comune, valori che hanno una concreta espressione in principi, comprese delle obbligazioni vincolanti per gli Stati”.

Se una misura nazionale pregiudica l'indipendenza degli organi giurisdizionali l'architettura costituzionale dell'Ue è minacciata. Infatti, senza indipendenza non ci può essere un'effettiva protezione giudiziaria dei diritti attribuiti dall'Unione; senza indipendenza un tribunale nazionale non può impegnarsi in un dialogo, basato esclusivamente sul diritto, con la Corte di giustizia; senza

indipendenza viene meno la fiducia reciproca tra le Corti mettendo a repentaglio l'Area di libertà, sicurezza e giustizia (sentenza del 2020, *VQ c. Land Hessen*, Causa C-272/19).

Questi sviluppi sono sintetizzati efficacemente dal Presidente della Corte di giustizia, secondo cui l'Unione è “in primo luogo e soprattutto” una “Unione di valori”⁷. Essi danno corpo all'identità costituzionale dell'Unione, che la Corte di giustizia si impegna a preservare anche nei confronti degli Stati membri.

Quando interpreta l'art. 2 TUE, la Corte, facendo leva sul dato testuale, parla il linguaggio dei valori. I valori sono tiranni, come sosteneva Carl Schmitt; essi hanno una pretesa assolutistica che preclude il bilanciamento⁸. Ciò spiega perché è vietato agli Stati membri, dopo che essi hanno ricevuto applicazione, di ridurre la portata applicativa; a tale proposito, la Corte parla di divieto della “regressione dei valori” (nella sentenza del 2021 *Republika*, Causa C-896/19).

La pretesa assolutistica dei valori sprigiona una logica espansiva, che permette alla Corte di giustizia di specificare i valori in principi più dettagliati. Per esempio, il valore dello Stato di diritto o *rule of law*, letto insieme ad altre disposizioni dei Trattati (art. 19 TUE) e della Carta (art. 47), si specifica nel principio dell'indipendenza dei giudici e questo principio permette di valutare la compatibilità con il diritto dell'Unione di discipline nazionali molto dettagliate che riguardano l'ordinamento giudiziario.

In realtà, la Corte di giustizia ha seguito questa via con riferimento alle leggi di alcuni Stati, quali la Polonia e l'Ungheria, in cui si ravvisavano deficit sistemici nella tutela dell'indipendenza dei giudici e con l'obiettivo di affermare come senza Stato di diritto, inteso nell'ampia accezione da lei formulata, non ci può essere né una ben funzionante integrazione europea né una democrazia vitale (tra le tante, oltre a quelle già citate, vedi *L.M.* del 2018 (Causa C-216/18; *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, del 2021, Causa C-79/19).

La tutela dello Stato di diritto da parte della Corte di giustizia è senz'altro indispensabile per il buon funzionamento dell'integrazione europea e delle democrazie nazionali. La giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 2 TUE ha definito una parte fondamentale dello spazio costituzionale europeo.

Tuttavia, non si può sottovalutare che l'art. 2 TUE impiega vocaboli ad altissimo livello di astrattezza - “democrazia”, “eguaglianza”, “diritti umani”, “solidarietà” - che possono specificarsi in principi e regole costituzionali dai significati molto diversi e che, nella loro applicazione concreta, possono avere una notevole capacità espansiva, circoscrivendo sia l'area delle scelte delle istituzioni democratiche europee e soprattutto nazionali, sia gli spazi lasciati al diritto costituzionale degli Stati membri.

6. I limiti dell'integrazione attraverso il diritto.

⁷ K. LENAERTS, *On checks and balances: the Rule of Law within the EU*, in *Columbia Journal of European Law*, Special issue, 2023, 1 ss.

⁸ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, tr. it., Milano, 2008, 46 ss.

Il risultato finale dei due processi descritti è che l'Unione tende a rappresentarsi e ad essere percepita come una macchina giuridica, che vive di norme, interpretazioni, sentenze. L'Unione parla il linguaggio del diritto non quello della politica. Tutto ciò può andare ancora bene in tempi ordinari, ma espone l'Unione a forti rischi in presenza di crisi o delle sfide esistenziali che la Grande trasformazione che si sviluppa in questo secolo pone ai suoi Stati membri.

Il linguaggio del diritto può affascinare qualche migliaio di specialisti ma lascia indifferenti i popoli europei. Il diritto dell'Unione, piuttosto, viene visto da loro porzioni significative come il risultato di scelte incomprensibili fatte nelle stanze di palazzo Berlaymont, senza che sia stato realmente possibile esprimere quella che nel linguaggio di Hirschman si chiama *voice*. Una macchina giuridica, inoltre, segue la sua logica interna e poiché le sue decisioni si configurano come giuridicamente necessarie, manca della flessibilità indispensabile per correggerle. Se le decisioni delle istituzioni europee in determinati settori in cui c'è una forte conflittualità tra le forze politiche in alcune società nazionali – come l'immigrazione o il rapporto con la tradizione e la religione – sono rappresentate come le uniche possibili perché giuridicamente necessarie, chi è fortemente contrario ad esse potrà ritenere che l'unico modo per non subire per sempre una disciplina in contrasto radicale con i propri convincimenti, sia uscire dall'Unione o quanto meno indebolire notevolmente l'integrazione.

Quanto detto concorre a spiegare i segnali contrari all'integrazione che provengono dagli elettorati di Paesi diversi, che premiano alcuni partiti di destra fortemente euroscettici. In Francia si è rafforzato il *Rassemblement national* di Marine Le Pen, che già oggi conta il più gran numero di deputati all'Assemblea nazionale e potrebbe vincere le prossime elezioni presidenziali; Roberto Fico è nuovamente a capo del governo slovacco, la Polonia ha eletto nel 2025 alla presidenza della repubblica il candidato della destra conservatrice Karol Nawronki, in Italia la Lega di Matteo Salvini fa parte della coalizione di governo. Del resto, i governi europei ai quali i partiti nazionalisti partecipano (Ungheria, almeno fino a poco tempo fa, e poi Italia, Finlandia, Croazia, Belgio, Slovacchia, Paesi Bassi), o ne hanno il sostegno (Svezia) sono numerosi. Mentre in Germania l'estrema destra di *Alternative für Deutschland* con la sua leader Alice Weidel, dopo avere avuto una notevole crescita nelle elezioni del Bundestag del 2025, ha confermato il suo trend positivo nelle elezioni comunali in Nordreno-Westfalia del 14 settembre dello stesso anno, ottenendo circa il 16 per cento dei suffragi, prendendo molti dei voti dei lavoratori tedeschi che prima andavano ai socialdemocratici (SPD), anche se i cristiano democratici (CDU) si sono confermati il primo partito con il 34 per cento dei voti. Nella Repubblica Ceca le elezioni parlamentari del settembre 2025 hanno visto la vittoria del partito Azione dei cittadini insoddisfatti del leader di destra euroscettico Andrej Babiš.

Nel Parlamento europeo, pure dopo le elezioni del 2024, è stata confermata una maggioranza pro-Europa, con i democristiani del Partito popolare europeo (PPE), i socialdemocratici (S&D) e i liberali di *Renew*. Tuttavia, se importanti settori degli elettorati dei Paesi europei si sentono tagliati fuori dalle decisioni che si prendono a Bruxelles e vedono l'Unione – per usare un'espressione di Marine Le Pen – come “un impero che si impone e opprime”, le forze antieuropee si rafforzeranno e l'Unione potrà perdere il sostegno di non poche democrazie nazionali.

7. Il rafforzamento del Parlamento europeo e la debolezza della sfera pubblica europea.

Che cosa possiamo fare? Il problema della legittimazione democratica dell'Unione non può essere eluso.

Per affrontarlo, la principale strategia istituzionale che è stata messa in campo consiste nell'irrobustimento del ruolo del Parlamento europeo. Il trattato di Lisbona lo ha configurato come legislatore necessario, insieme al Consiglio, nella procedura legislativa ordinaria e le sue deliberazioni sono prese a maggioranza. Il modello di legittimazione adottato dalle costituzioni degli Stati membri viene esteso alla struttura dell'Unione europea. Coerentemente con tale visione, c'è chi propone di superare l'asimmetria tra la struttura giuridica quasi federale e la struttura istituzionale, rendendo pure quest'ultima federale: gli Stati Uniti d'Europa.

I risultati pratici, però, non sono stati all'altezza delle aspettative. Come attestano gli esiti elettorali che ho richiamato, l'irrobustimento del ruolo del Parlamento non ha aumentato significativamente la legittimazione dell'Europa unita. Né sembra realistico parlare di Stati Uniti d'Europa. Non solo per le difficoltà di procedere ad una revisione così importate dei trattati, che richiederebbe l'unanimità degli Stati membri. Ma perché non ci sono i presupposti.

In primo luogo, per la mancanza di un *demos* europeo. La tesi del *no demos* è spesso ricondotta, nel suo esponente più autorevole, al Tribunale costituzionale tedesco, con la nota sentenza Maastricht, la quale ha sostenuto che la legittimazione democratica richiede una certa omogeneità del popolo, che viene intesa innanzi tutto in termini socio-culturali, come è attestato dal riferimento alla mancanza di una lingua comune con cui i cittadini possano comunicare tra loro e con le istituzioni europee. Questa linea di pensiero è certamente influenzata dalle riflessioni di due costituzionalisti, che sono stati autorevoli giudici costituzionali: Böckenförde e Grimm. Il primo include tra i presupposti della democrazia quello di una "relativa omogeneità all'interno della società". La democrazia per poter sussistere presuppone "un certo grado di concezioni fondamentali comuni a tutti i cittadini circa le modalità e l'ordinamento del loro convivere". L'omogeneità è una situazione "psico-sociale" nella quale, le pur presenti conflittualità politiche, economiche, sociali e culturali appaiono connesse in una comune coscienza collettiva. Il Parlamento europeo non può rappresentare chi ancora non c'è, il popolo europeo, né rispecchiare ciò che ancora non esiste, e cioè una sfera pubblica europea. A sua volta Grimm osserva che la democrazia richiede che in seno alla società si sia formato un senso di appartenenza comune, tale da permettere l'accettazione delle decisioni della maggioranza e gli sforzi di solidarietà, e l'esistenza di una capacità di comunicare discorsivamente i suoi obiettivi e problemi.

Rispondendo a Grimm, Habermas sostiene che può esistere un contesto politico di solidarietà tra cittadini, che pur estranei gli uni agli altri (anche perché appartenenti a differenti *demos*), dovrebbero sostenersi a vicenda, ma aggiunge che si tratta di un contesto comunicativo ricco in prerequisiti. Esso richiede una sfera pubblica europea, che consenta ai cittadini di prendere contemporaneamente posizioni sugli stessi temi. L'Europa democratica presuppone, cioè, una sfera pubblica integrata a livello europeo, animata da una società civile europea e da un sistema partitico adeguato all'arena europea. Tutto ciò, a ben vedere, esprime una potenzialità, un possibile sviluppo, ma è

lontano dalla realtà attuale.⁹ Perciò, anche chi come Von Bogdandy, ha criticato la tesi del *no-demos* impiegata per escludere la praticabilità di una democrazia europea, deve concludere che piuttosto di un popolo europeo, può configurarsi una società europea, menzionata dall'art. 2 TUE, in cui confluiscano gli Stati membri, le istituzioni dell'Unione e tutti i cittadini. Riconoscendo così l'interdipendenza tra l'Unione e gli Stati membri e il ruolo insostituibile di questi ultimi e della politica democratica nazionale¹⁰.

Il fatto è che la politica democratica si radica soprattutto nelle comunità nazionali, i partiti restano essenzialmente nazionali e le famiglie politiche europee sono ancora troppo deboli. Quando in Italia gli elettori hanno votato per eleggere, nel 2024, il Parlamento europeo hanno pensato a Meloni, Schlein, Conte, Taiani, Salvini e così via, non certo ad Ursula von der Leyen o Roberta Metsola.

8. Unione europea, efficacia del potere e democrazie nazionali.

Per risolvere il problema del deficit di legittimazione dell'Unione, anche la ricetta dei sovranisti – che vorrebbero superare l'asimmetria tra struttura giuridica e struttura istituzionale dell'Unione attraverso il modello confederale e quindi sbarazzandosi dei principi del primato e degli effetti diretti e valorizzando l'autonomia dello Stato – si scontra con la realtà. Il mondo è ritornato ad essere una giungla e per sopravvivere sarà difficile fare a meno di “più Europa”.

Ci sono compiti per i quali gli Stati sono troppo piccoli. Per affrontare le sfide esistenziali che abbiamo di fronte, in un mondo dove tornano prepotentemente la geopolitica e la geoeconomia, c'è una questione di “scala”. I singoli Stati europei sono condannati all'irrelevanza di fronte a giganti geopolitici come gli USA, la Cina, la Russia e le emergenti potenze come l'India. Anche per rimediare al *gap* di competitività con gli USA, promuovere l'affermazione di grandi imprese tecnologiche, sviluppare l'intelligenza artificiale, negoziare le forniture di energia, c'è bisogno di una massa critica che certamente non ha né il singolo Stato, né l'economia nazionale.

Senza un surplus di integrazione, non c'è né sovranità né democrazia. Se la sovranità esprime l'indipendenza della comunità statale, allora di fronte alla dimensione dei problemi, la sovranità statale rischia di diventare un vuoto simulacro, che nasconde la dipendenza da altri potenti attori internazionali, Stati e grandi *corporations*. La democrazia, a sua volta, richiede che le autorità pubbliche forniscano risposte efficaci ai problemi collettivi, che oggi si riassumono in un forte bisogno di sicurezza (difesa in un mondo in cui ritorna la guerra, garanzia degli approvvigionamenti di materie prime e di energie, autonomia strategica in luogo della dipendenza tecnologica, tutela contro l'uso dell'economia e della tecnologia per finalità di coercizione da parte delle grandi potenze, minacce ibride, rilancio della competitività per evitare il declino economico e la perdita del benessere, ecc.). Hobbes sta prendendosi la sua rivincita su Kant. L'integrazione serve alla “democrazia in uscita”. Una democrazia dell'impotenza, invece, sarebbe destinata a implodere.

⁹ Per un'efficace sintesi del dibattito richiamato nel testo v. G. GOTTI, *La democrazia e i partiti nell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2025, 52 ss.

¹⁰ A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Suhrkamp, Berlin, 2022, 4 ss.

Tuttavia, anche l'Unione ha bisogno delle democrazie nazionali. La democrazia rappresentativa è arrivata a Bruxelles con il Parlamento europeo, eletto direttamente da tutti i popoli degli Stati membri. Ma ancora manca un *demos* europeo, mentre la vita democratica e la lotta politica che la anima restano, per ora, prevalentemente incentrati nelle comunità statali nazionali, che più in profondità conformano l'identità politica dei cittadini. La legittimazione democratica del potere trasferito a livello europeo richiede, pertanto, una connessione con la democrazia degli Stati membri.

Per questa ragione, le istituzioni intergovernative, come il Consiglio europeo e il Consiglio, hanno assunto un ruolo importante nelle ultime crisi (dalla crisi dei debiti sovrani alla guerra di aggressione russa in Ucraina) e ancora lo avranno nell'affrontare le sfide esistenziali della nostra epoca. Per la stessa ragione, occorrerà sviluppare tutte le tecniche istituzionali che rafforzano la suddetta connessione democratica. A partire dalla creazione di quelli che Nicola Lupo chiama procedimenti euro-nazionali¹¹, come i procedimenti introdotti per la formazione e la gestione dei Piani nazionali di ripresa e resilienza, per arrivare alla messa a regime di quello che Andrea Manzella e lo stesso Lupo hanno definito il sistema parlamentare euro-nazionale¹². Parimenti occorre dare effettiva attuazione al controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, che dovrebbe essere fatto osservare dai Parlamenti nazionali, secondo quanto già disciplinato dai trattati europei ma poco valorizzato nella prassi.

Al tempo stesso, in quei campi in cui sarà difficile aumentare il livello di integrazione senza cadere nella paralisi decisionale, andranno sviluppate le cooperazioni rafforzate limitate a quegli Stati (almeno nove) che hanno davvero interesse e volontà di procedere insieme (l'Europa "a cerchi concentrici"). Quando poi si parla di difesa europea, sarà inevitabile coinvolgere il Regno Unito, e ciò si potrà fare ricorrendo ad un trattato di cooperazione al di fuori del quadro legale dell'Unione, ma con esso raccordato.

Infine, se l'Unione ha bisogno di appoggiarsi sulle democrazie nazionali, sarà necessario garantire una loro sfera di autonomia in quei settori in cui non vi sono esigenze funzionali che spingono verso l'integrazione ovvero in quelli che definiscono il nucleo dell'identità politico- costituzionale di un Paese. Si tratta, cioè, di prestare fede al motto "uniti nella diversità". Insomma, "più Europa" in certi campi, ma anche "meno Europa" in altri. Tutto ciò in linea con le previsioni del TUE che, insieme alla costituzionalizzazione dei valori che definiscono l'identità dell'Unione (art. 2), tutela l'identità politica e costituzionale degli Stati membri (art. 4 TUE). L'esigenza di assicurare uno spazio adeguato alla politica democratica e alla dimensione costituzionale degli Stati membri, dovrebbe suggerire che i giudici di Lussemburgo assicurino loro un adeguato margine di apprezzamento, circoscrivendo il fenomeno dell'*over-constitutionalization*.

In conclusione, l'Unione europea e gli Stati membri sono tra loro strettamente interdipendenti. I secondi hanno bisogno di trasferire potere alle istituzioni comunitarie per non precipitare nella democrazia dell'impotenza, la prima deve appoggiarsi sugli Stati per irrobustire la sua legittimazione democratica.

¹¹ N. LUPO, *Caratteristiche (e presupposti) del nuovo "metodo di governo" delineato da Next Generation EU*, in *Diritto e Società*, 2025, 30.

¹² A. MANZELLA, N. LUPO, *Il Parlamento europeo*, Luiss University Press, Roma, 2024, 13 ss.

9. Il “dialogo” tra Corti costituzionali e Corte di giustizia e il “costituzionalismo collaborativo”.

L'integrazione europea tocca un altro aspetto sensibile delle nostre democrazie, e cioè il funzionamento della giustizia costituzionale. Di fronte al modello accentrato di costituzionalità previsto dalla Costituzione italiana, sotto la spinta della giurisprudenza di Lussemburgo si è introdotto un sistema diffuso di controllo della legittimità comunitaria della legge affidato a ciascun giudice comune, che attraverso il rinvio pregiudiziale interloquisce direttamente con la Corte di giustizia.

La sentenza *Granital* del 1984 ha, in sostanza, legittimato costituzionalmente questo sistema. Ma al tempo stesso ha tagliato fuori la Corte costituzionale dal controllo di legittimità comunitaria, affidata al giudice comune grazie alla coppia rinvio pregiudiziale – disapplicazione. La giurisprudenza recente, che affonda le sue radici nella sentenza n. 269 del 2017 ed è stata sistematizzata dalla sentenza n. 181 del 2024, pur lasciando intatta la libertà del giudice ordinario di effettuare un rinvio pregiudiziale e/o disapplicare la legge, ha reinserito la Corte costituzionale nel controllo di compatibilità comunitaria della legge e avviato, tramite l'uso più frequente del rinvio pregiudiziale, un dialogo con la Corte di giustizia.

Una conseguenza dell'uso dell'art. 117, 1 comma, insieme all'art. 11 Cost., come parametri, è l'incremento dei casi in cui all'attenzione della Corte è portata la violazione del diritto dell'Unione e insieme alla violazione del diritto costituzionale. Poiché sono cresciute le questioni – sempre munite di “tono costituzionale” - in cui la Corte costituzionale valuta la compatibilità di una legge con il diritto dell'Unione, aumentano i rinvii pregiudiziali in Corte di giustizia. Senza la giurisprudenza recente sarebbe più difficile trovare l'occasione per interloquire con la Corte di giustizia. La Corte costituzionale utilizza il rinvio pregiudiziale anche per introdurre il suo punto di vista nel processo davanti la Corte di giustizia.

Perché è importante la collaborazione tra la Corte di giustizia e le Corti Costituzionali, che si realizza attraverso il rinvio pregiudiziale?

Le due Corti non viaggiano in due orbite distinte, ma sono interdipendenti perché sono interdipendenti i sistemi giuridici di cui sono espressione. Due circostanze sono fondamentali:

1) l'*overlapping* tra diritto dell'Unione materialmente costituzionale e diritto costituzionale nazionale è sempre più frequente; 2) l'aumento delle sentenze della Corte di giustizia che riguardano questioni in relazione alle quali nelle democrazie nazionali esistono forti conflitti morali e politici, che pongono altrettanto forti problemi all'accettazione sociale e quindi alla legittimazione delle decisioni che li riguardano.

In questi casi, le Corti costituzionali normalmente operano un bilanciamento tra diritti o tra principi diversi, tutti di rango costituzionale ma che sono tra loro in conflitto, trovando un equilibrio che, di regola, è quello che meglio risponde all'esigenza di tenere unite società ad elevato pluralismo. Non si tratta, perciò, semplicemente di verificare una legge alla stregua di un parametro costituzionale e di interpretare la Costituzione, ma di operare un bilanciamento che permetta di tutelare i diritti e, al tempo stesso, mantenere l'unità del sistema costituzionale, contrastando le

spinte disgregatrici. Tutto ciò è particolarmente importante in società che, per svariate ragioni, oggi tendono alla polarizzazione.

Le Corti costituzionali sono le meglio piazzate per effettuare tale compito e hanno la legittimazione che deriva loro dall'essere garanti e interpreti privilegiati delle Costituzioni nazionali. Costituzioni che – a differenza dei Trattati – sono espressione del potere costituente del popolo sovrano e, di regola, hanno un alto livello di accettazione sociale – certamente questo è vero nell'esperienza italiana –, concorrendo a definire l'identità politica dello stesso popolo.

Quando la Corte costituzionale nel suo rinvio pregiudiziale prospetta, con spirito collaborativo e lasciando l'ultima parola sull'interpretazione del diritto dell'Unione alla Corte di giustizia, una determinata soluzione lo fa per cercare di armonizzare – sempre che sia possibile – l'interpretazione del diritto dell'Unione con il bilanciamento di diritti e/o di principi da essa effettuato. L'obiettivo è quello di assicurare il primato del diritto dell'Unione – ritenuto un caposaldo irrinunciabile dell'integrazione europea – ed insieme, ove possibile, garantire gli equilibri costituzionali nazionali necessari per preservare l'unità dell'ordinamento giuridico nazionale e la coesione sociale.

La Corte di giustizia dovrebbe avere interesse a questo tipo di collaborazione, per due ragioni. La prima è che ne risulta rafforzato – grazie all'efficacia erga omnes delle sentenze della Corte costituzionale successive alla sentenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale – il principio del primato. Senza che questo minimamente pregiudichi i rapporti diretti della Corte di giustizia con i giudici comuni, che restano sempre liberi, in qualsiasi momento, di disapplicare la legge o, se la Corte costituzionale non lo ha fatto, di proporre un rinvio pregiudiziale. La seconda è che ne risulta irrobustita la sua legittimazione e quindi l'accettazione diffusa presso i cittadini europei e le istituzioni nazionali della sua giurisprudenza.

La partecipazione, naturalmente nel rispetto dei ruoli, della Corte costituzionale al processo di interpretazione del diritto dell'Unione, infatti, permette di trasferire sulla Corte di giustizia una parte delle risorse di legittimazione di cui la prima dispone. L'impatto sarà più forte se la collaborazione si estenderà a più Corti costituzionali, rendendo viva l'immagine della Comunità europea delle Corti.

Il fatto è che l'Unione non galleggia nel vuoto, come non galleggia nel vuoto nessuna costituzione, neppure quella dell'Unione. Ogni Costituzione ha bisogno di un punto di appoggio, come evidenziato dalle diverse teorie della Costituzione in senso materiale. L'Ordinamento dell'Unione e la sua Costituzione hanno bisogno del consenso della “società europea” (cui si riferisce l'art. 2 TUE) e insieme del sostegno delle democrazie nazionali, di cui una componente essenziale è la giustizia costituzionale. In un sistema che vede sempre più integrati ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione, le Corti espressione dei due ordinamenti hanno un obiettivo comune, pur nell'ambito di competenze che restano distinte: assicurare la piena ed efficace attuazione del principio del primato e, al contempo, mantenere l'appoggio all'Unione degli ordinamenti nazionali, rafforzare la legittimazione del diritto europeo e assicurare la coesione delle società nazionali. Attraverso la collaborazione tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali si può valorizzare la nozione di “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”. Il risultato potrà essere la costruzione di uno spazio costituzionale europeo, comune all'Unione e agli Stati membri, che non sia il prodotto di un processo *top-down* – con tutti i limiti di legittimazione che, in sistemi integrati, ne

possono derivare – ma di un processo circolare, fondato sul rispetto reciproco, il riconoscimento dei differenti ruoli, la disponibilità all’ascolto e all’apprendimento.

Invece della contrapposizione tra le Corti, la prospettiva è quella dell’integrazione tra sistemi giuridici e tra Corti che collaborano tra loro. Una prospettiva che può trarre ispirazione da quella teoria costituzionale che prende il nome di *Collaborative Constitutionalism*¹³.

¹³ A. KAVANAGH, *The Collaborative Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2024, 4 ss.



Autore: Stelio Mangiameli*

La funzione di governo nell'ordinamento dell'Unione europea e la sua legittimazione

¹Guai agli spensierati di Sion
e a quelli che si considerano sicuri
sulla montagna di Samaria!
³Voi credete di ritardare il giorno fatale
e invece affrettate il regno della violenza.
⁴Distesi su letti d'avorio e sdraiati sui loro divani
mangiano gli agnelli del gregge
e i vitelli cresciuti nella stalla.
⁵Canterellano al suono dell'arpa,
come Davide improvvisano su strumenti musicali;
⁶bevono il vino in larghe coppe
e si ungono con gli unguenti più raffinati,
ma della rovina di Giuseppe non si preoccupano.
⁷Perciò ora andranno in esilio in testa ai deportati
e cesserà l'orgia dei dissoluti.
Dal Libro di Amos, 6, 1, 3-7

* Professore emerito di Diritto costituzionale – Università degli Studi di Teramo.

Sommario: 1. La funzione di governo e la sua legittimazione in generale. – 2. In che senso l'Unione europea è una comunità politica? – 2.1. Il punto di partenza: *un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale*. – 2.2. La tutela dei diritti fondamentali. – 2.3. L'equilibrio istituzionale europeo e la “comunità di diritto”. – 2.4. La competenza a “fini generali” dell'Unione europea. – 2.5. La società dei cittadini europei. – 3. Il problema del governo e della legittimazione nell'ordine europeo. – 3.1. L'Europa federale e la democrazia europea. 3.1.1. Le insufficienze delle disposizioni dei Trattati a delineare una democrazia compiuta. – 3.2. L'Europa intergovernativa e i suoi effetti sulla democrazia europea. – 4. Le principali crisi europee e il processo di integrazione: la crisi economico-finanziaria. – 5. La crisi umanitaria, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e il diritto di asilo europeo. – 5.1. *Segue:* lo sviluppo della crisi umanitaria, la posizione degli Stati membri e dell'Unione europea. – 6. La pandemia Covid-19, la crisi delle economie europee e le misure per contrastarla. – 7. La crisi energetica e la guerra russo-ucraina. – 7.1. *Segue:* la politica estera e di sicurezza comune. – 7.2. *Segue:* la politica di sicurezza e di difesa comune. – 8. La rappresentanza esterna dell'UE e il ruolo internazionale degli Stati membri. – 9. Chi guida l'Unione? Cosa ci hanno insegnato le crisi? – 10. Il Consiglio europeo tra supremazia europea e legittimazione nazionale. – 11. I limiti dell'Europa comunitaria e la necessità di politiche autenticamente europee. – 12. Piani strategici europei e riforma del governo europeo. – 13. Il governo europeo tra riforma dei Trattati e cooperazione rafforzata.

1. La funzione di governo e la sua legittimazione in generale.

La prima questione da affrontare è di ordine definitorio: *che cosa dobbiamo intendere per funzione di governo dell'ordinamento dell'Unione europea*.

Inoltre, è bene ricordare che la storia dei Trattati europei, a partire dal 1950, ha visto non solo cambiamenti istituzionali notevoli, ma anche un insieme di adattamenti prodotti dalle Istituzioni a seguito delle diverse congiunture economiche, sociali e politiche. Basti considerare, in proposito, soprattutto ciò che hanno comportato, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la crisi economico-finanziaria, la crisi umanitaria, il Covid-19, la crisi energetica e, *last not least*, la guerra alle porte dell'Europa tra la Russia e l'Ucraina. Le crisi, infatti, sono il migliore banco di prova per valutare i sistemi istituzionali, comprendere il loro funzionamento e spiegarne i processi di legittimazione.

Pertanto, per definire la “funzione di governo” nel sistema istituzionale dell'Unione europea, appare necessaria una definizione di questa in senso *oggettivo*, con una validità teorica tale da rendere possibile la valutazione delle disposizioni dei Trattati europei, per collocare e qualificare correttamente la nozione in discorso nell'ambito delle procedure europee, e considerare, conseguentemente, i flussi di legittimazione della funzione medesima¹.

Ora, il concetto di “funzione di governo” in senso oggettivo rimanda direttamente a un compito che non si lascia facilmente definire all'interno della teoria della divisione dei tre poteri dello Stato moderno. Questa non è un quarto potere e neppure un potere che si confonde con il legislativo, l'esecutivo o il giudiziario.

Sappiamo abbastanza sufficientemente come, negli ordinamenti interni degli Stati, anche per effetto di Costituzioni particolarmente articolate e alla ricerca del perfetto equilibrio tra i poteri, la funzione di governo possa essere esercitata, oltre che dal governo in senso soggettivo e dall'apparato amministrativo che a questo si collega, anche da parte del Parlamento, soprattutto nei sistemi di tipo parlamentare, o da parte dei giudici, il c.d. “governo dei giudici”, che, in tal senso, è più di una frase ad effetto, caratterizzando quegli ordinamenti in cui la decisione giudiziale concretizza il diritto (cioè la *common law*², anche se i sistemi di *civil law* hanno subito una evoluzione tale da somigliare sempre più ai primi, proprio in questo punto)³.

Quanto, poi, alla presenza di altri organi costituzionali, come nel caso italiano, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale, dotati di poteri propri e qualificati come organi costituzionali, non è da escludere che la funzione di governo possa essere esercitata pure da questi, sia pure in ambiti particolari e con forme peculiari, sì da potere parlare per questi – quanto meno – di “una

¹ Sulla nozione di “funzione di governo in senso oggettivo” v. C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), ristampa, Milano, 2000.

² Nei sistemi di *common law*, le leggi del Parlamento (*Statute Law*) hanno sempre un carattere di legge eccezionale, in quanto derogano alla prima, e in ragione di ciò le leggi parlamentari non sono suscettibili di interpretazione analogica e neppure estensiva.

³ Per una ampia disamina dello Stato legislativo parlamentare, dello Stato giurisdizionale, dello Stato governativo e dello Stato amministrativo v. C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), in *Le categorie del politico*, trad. it, Bologna, 1972, 211 ss., il quale osserva: “In verità, nella realtà storica, si presentano continuamente commistioni e combinazioni, poiché ad ogni sistema politico appartengono tanto la legislazione che la giurisdizione, che il governo e l'amministrazione” (213-214).

funzione di governo costituzionale”, nel senso di una funzione legata all’“indirizzo politico costituzionale” e non di maggioranza, volto alla salvaguardia dei limiti costituzionali e alla concretizzazione dei principi della Carta⁴.

Si potrebbe dire, in definitiva, che la “funzione di governo” sia quasi un accessorio che potrebbe caratterizzare gli atti di tutti gli organi supremi con poteri specifici (legislativo, esecutivo, giudiziario) e ciò potrebbe valere tanto per lo Stato quanto per quella costruzione peculiare che è l’Unione europea; ma in questo modo non si otterrebbe una qualificazione di questa funzione.

Il governo e la funzione di questo presuppongono una comunità indipendente e politicamente determinata, sia questa quella statale, sia quella federale, sia quella, *sui generis*, europea (per la quale la definizione federale sarebbe ancora oggi non esatta); in questo contesto la funzione di governo è quella che assicura, al di là della divisione dei poteri, l’unità politica di una comunità, senza la quale la comunità medesima si disperderebbe⁵.

Occorre tenere conto, poi, che l’unità politica non è un dato naturale, bensì è prodotta dal passaggio da una molteplicità di volontà individuali a un’unica volontà, che è in grado di trascenderle, ha un carattere spirituale e si pone come volontà della comunità cui le istituzioni (statali, federali, europee) sono chiamate a dare concretezza. In tal senso, non è mancato chi abbia considerato insita nella funzione di governo la capacità di considerazione unitaria dell’interesse generale di una comunità nei momenti fondamentali della sua vita⁶, o chi abbia affermato che tale funzione sia addirittura creativa di tale unità e sia autonoma determinazione del suo modo d’essere⁷.

L’unità di una comunità esprime la personalità di questa e ne fa un soggetto di diritto, implica la scelta di fini comuni (dell’indirizzo politico) ed è diretta alla coordinazione di ogni attività per il perseguimento di questi fini, ed è quest’aspetto che possiamo considerare il *proprium* della funzione di governo in senso oggettivo: scelta dei fini, coordinamento, realizzazione dell’unità⁸. La funzione di governo si estrinseca allora nella capacità di direzione politica attraverso atti che la realizzano immediatamente, in quanto lo scopo degli atti di governo non è quello di mettere in moto meccanismi di armonizzazione formale tra i poteri pubblici in caso di dissenso o conflitti, bensì di imprimere all’attività di questi un particolare orientamento politico, di attuare la decisione che risolve i conflitti tra gli organi con un atto determinato e necessitato dal sistema dei fini della comunità⁹.

⁴ Sull’indirizzo politico costituzionale, distinto da quello di maggioranza, v. P. BARILE, *I poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 308 ss.; T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, 134-171.

⁵ In tal senso, la funzione di governo esprime la capacità di sintesi unitaria della formazione politica (v. C. MORTATI, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit.).

⁶ O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1902, 343.

⁷ SANTI ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1928, 290.

⁸ V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939.

⁹ In tal senso, la dottrina maggioritaria: G. SILVESTRI, *Funzione di governo e funzione di indirizzo politico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1984; M. LUCIANI, *La funzione di indirizzo politico: lineamenti costituzionali*, in *Rassegna parlamentare*, 1989; A. RUGGERI, *Forma di governo e ruolo del Governo nella Costituzione italiana*, Torino, 1996; F. MODUGNO, *Funzione legislativa e funzione di governo*, in *Scritti giuridici*, Napoli, 2000; S. STAIANO, *Il Governo come organo costituzionale: funzioni e responsabilità*, in *Diritto pubblico*, 2005; A. MORRONE, *Governo e funzione di governo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010.

L'accoglimento di queste premesse comporta che la determinazione dei fini generali, attorno cui si determina l'unità e l'identità di una comunità, precede – almeno concettualmente – il frazionamento dell'attività pubblica nei diversi poteri e di questi nei diversi organi; ed è qui che la funzione di governo, nell'ambito della pluralità e complessità dell'organizzazione della comunità, appalesa la sua necessaria presenza.

E poiché la condizione della comunità non è statica, bensì è dotata di una forte dinamicità, in quanto – proprio perché realtà spirituale – ogni comunità si muove di continuo nella realtà verso nuovi scopi ed è animata da propositi che evolvono di continuo; la comunità è continuamente attiva, definisce programmi di azione e sceglie di continuo la sua destinazione e richiede l'esercizio costante della *funzione di direzione*¹⁰.

In questo modo, la funzione di governo, intesa appunto come capacità di direzione è necessaria alla comunità all'interno e all'esterno: nel primo senso, per ricomporre di continuo la sua unità, rispetto alle varie componenti sociali, portando a sintesi senza contraddizioni le molteplici esigenze e i diversi punti di vista (in una parola il pluralismo); e, all'esterno, definendo la sua identità, rispetto agli altri soggetti, in modo da potere opporre i caratteri che la costituiscono e i fini che la animano nelle relazioni con questi.

La “funzione di governo” intesa in senso oggettivo, pertanto, non si confonde con le attività istituzionali dei poteri pubblici, anche se la determinazione dei caratteri, dei fini e dei programmi della comunità defluiscono nell'attività pubblica degli organi titolari delle tre funzioni (legislativa, esecutiva e giudiziaria), per cui gli atti di questi acquistano il loro significato proprio solo in collegamento con i caratteri, i fini e i programmi della comunità e si armonizzano con questi¹¹.

Qui, nell'ambito della pluralità e complessità dell'organizzazione delle comunità, la funzione di governo appalesa la sua necessaria presenza, in quanto la ripartizione dell'attività pubblica nei diversi poteri costituzionali ne richiede l'intervento continuo. Ne consegue che l'assoluta parità dei poteri supremi (o costituzionali) e il principio di indipendenza di questi debbano essere mitigati affinché siano mantenute l'unità e la direzione della comunità. L'organo che in una determinata situazione assume questo compito esercita nel concreto la funzione di governo e riveste una posizione preminente¹².

¹⁰ Il tema della direzione dello Stato (*Staatsleitung* o *Staatsführung*) quale elemento che contraddistingueva la Costituzione di Weimar, rispetto all'esperienza bismarckiana, è stato trattato da C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it., Milano, 1981, 448 ss.; v. anche R. SCHMIDT, *Die Funktion der Staatsleitung im modernen Verfassungsstaat*, 1970; H.-P. SCHNEIDER – W. ZEH (Hrsg.), *Parlamentarisches Regierungssystem. Beiträge zur Analyse der Staatsleitung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1980; U. K. PREUB, „Staatsleitung und Demokratie“, in *Der Staat*, 1981, S. 161-183; M. MORLOK, „Staatsleitung und Gesetzgebung“, in *Archiv des öffentlichen Rechts (AoR)*, Bd. 106 (1981), S. 193 ff.; M. SACHS, „Staatsleitung durch Regierung und Parlament“, in *JuristenZeitung (JZ)* 1992, S. 481 ff.; Chr. MÖLLERS, *Staat als Argument. Staatlichkeit, Legitimität und Staatsleitung im juristischen Diskurs*, 2000; A. VOBKUHLE, *Die Staatsleitung im kooperativen Verfassungsstaat*, in J. Isensee – P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HSr)*, Bd. II, 3. Aufl., 2004, S. 218-265; M. JESTAEDT, „Zur Funktion der Staatsleitung im demokratischen Verfassungsstaat“, in: *Der Staat* 2004, S. 161-185.

¹¹ Tutto ciò si ricollega a quello che C. SCHMITT (*Dottrina della Costituzione*, cit. 15 ss.) definiva “l'elemento politico della Costituzione” in contrapposto alle semplici leggi costituzionali; in particolare, la componente politica della costituzione consisterebbe in quelle decisioni fondamentali riguardanti l'unità politica e, specificamente, nelle decisioni fondamentali riguardanti l'unità e l'identità dello Stato, e cioè nelle decisioni costitutive riguardanti l'esistenza politica e la forma dello Stato.

¹² La supremazia della funzione di governo attribuisce all'organo che la svolge una superiorità rispetto agli altri organi costituzionali e l'ineguaglianza tra i poteri che la funzione così determina fa parte dell'ordinamento costituito e non

In tal senso, perciò, il compito della funzione di governo è l'intervento diretto, volto a disciplinare l'attività degli organi costituzionali, anche se l'intensità dell'intervento ha forme diverse, dipendendo dall'importanza dei diversi organi per la realizzazione dei fini generali politici della comunità¹³.

In definitiva, si può affermare che la funzione di governo è necessaria in ogni comunità politica e questa funzione esige un organo che ne sia titolare, anche se – secondo la Costituzione – a seconda dei casi più organi possono assumerne il ruolo effettivo; ed è per questa ragione che la questione di quale sia l'organo titolare della funzione di governo non può porsi in modo astratto, ma deve essere risolta sul terreno storico-positivo. Così anche nel caso di quella specifica comunità che è l'Unione europea.

2. In che senso l'Unione europea è una “comunità politica”?

Chiarita la nozione di funzione di governo, resta da porsi la questione se l'Unione europea sia una “comunità politica”.

Sono note le vicende che portarono all'istituzione delle Comunità europee (1950/57) alla successiva creazione dell'Unione europea (1992/93), al tentativo di costituzionalizzazione del sistema europeo (2004), alla successione dell'Unione rispetto alla Comunità europea (2007/09). Che cos'è allora l'Unione europea?

Non si tratta di qualificare l'Unione come federazione o confederazione, anche se elementi dell'una forma e dell'altra possono rintracciarsi nelle diverse disposizioni dei Trattati europei, bensì di qualificarla come “comunità politica”¹⁴.

dello stato d'eccezione, anche se l'organo preminente può essere chiamato, in base alla Costituzione, ad intervenire nelle situazioni di crisi. La supremazia dell'organo, inoltre, non ha un carattere puramente formale e neppure si svolge in forme di tipo procedurale, bensì implicare la capacità di esprimere e far valere, in modo diretto, gli interessi generali e permanenti della comunità. Ciò nonostante, la preminenza dell'organo non lede l'autonomia degli altri organi costituzionali, non agisce imponendosi direttamente con un determinato contenuto e non si sostituisce nella sfera di competenza di questi, ma opera in genere come condizione iniziale dell'attività degli altri organi, sia come condizione finale. Infine, deve ritenersi che la prevalenza dell'organo non sia meramente politica, ma anche giuridica. Tuttavia, detta superiorità è da ammettersi solo nei limiti richiesti dai bisogni dell'esplicamento della funzione di governo. Inoltre, il potere di un tale organo deve ritenersi esistente solo in virtù della Costituzione e nei limiti da questa fissati, e cioè i poteri della funzione di governo sono comprensivi esclusivamente delle attribuzioni espressamente conferite e non può ammettersi per questi alcuna *plenitudo potestatis*.

¹³ Così, ad esempio, l'intervento è minimo o del tutto assente nei confronti degli apparati giurisdizionali, in quanto questi non dovrebbero avere alcuna incidenza rispetto all'indirizzo politico, essendo il loro un compito di tipo conservativo, e cioè il ripristino della legalità.

¹⁴ Sulla forma giuridica dell'Unione europea, che è un problema conseguente all'affermazione che questa è una comunità politica, sono state avanzate diverse prospettazioni costituzionali: una è quella della Corte costituzionale tedesca, per la quale l'Unione sarebbe una *Staatenverbund* (*Maastricht-Urteil*, BVerfGE 89, 155 (1993)) su cui v. M. HERDEGEN, *Der Staatenverbund – ein Beitrag zur Verfassung Europas*, JZ 1994, 421-431; A. VON BOGDANDY, *Der europäische Staatenverbund*, Baden-Baden 1999; U. EVERLING, *Vom Staatenverbund zur Europäischen Union – Kontinuität oder Bruch?*, in *EuR* 2001, 1-17; M. NETTESHEIM, *Integration und Demokratie – Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Staatenverbundes*, in *VVDStRL*, 62, 2003, 7-58; A. VOBKUHLE, *Der europäische Staatenverbund – ein staatsrechtliches Unikat*, in *AöR* 129, 2004, 167-190; R. SMITS, *The European Union as a Staatenverbund?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 31, 2004, 99-110; alla luce delle precisazioni contenute nel *Lissabon-Urteil* (BVerfGE 123, 267 (2009)), v. C. D. CLASSEN, *Der Begriff des Staatenverbundes im Lissabon-Urteil des BVerfG*, *EuR* 2010, 3-18; CHR. CALLIESS, *Verfassungsrechtliche Aspekte des Staaten-*

2.1. *Il punto di partenza: un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale.*

È stata la Corte di Giustizia, che sin dal primo momento ha considerato l'ordine europeo ben oltre il diritto internazionale, definendone i caratteri costituzionali. Già nella pronuncia *Van Gend en Loos* (C – 22/62) il giudice europeo sottolinea che “lo scopo del Trattato (...), cioè l'instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti” e “ciò (sarebbe) confermato dal preambolo del Trattato il quale, oltre a menzionare i Governi, fa richiamo ai popoli e, più concretamente ancora, dalla instaurazione di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli Stati membri sia dei loro cittadini”; inoltre, sempre secondo il giudice europeo “va poi rilevato che i cittadini degli Stati membri della Comunità collaborano, attraverso il Parlamento Europeo e il Comitato economico e sociale, alle attività della Comunità stessa”; infine, “la funzione attribuita alla Corte di Giustizia dall'articolo 177, funzione il cui scopo è di garantire l'uniforme interpretazione del Trattato da parte dei giudici nazionali, costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da poter esser fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici”.

Di qui, “*in considerazione di tutte queste circostanze si deve concludere – scrive la Corte di Giustizia – che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini*”¹⁵.

La questione ha avuto un seguito nella successiva giurisprudenza; con la sentenza *Costa c. Enel*¹⁶, infatti, “*la Corte rileva 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 all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Infatti, istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimen-*

verbundes, in J. Isensee – P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg 2013; J. T. THEILEN, *Staatenverbund und europäische Integration. Eine Untersuchung zur Rolle des Begriffs in der Rechtsprechung des BVerfG*, Tübingen 2016. Un'altra visione costituzionale dell'Unione europea è quella di alcuni autori (U. Beck, Zilosky) che hanno avanzato l'idea imperiale. Su ciò v. U. BECK ED E. GRANDE, *L'Europa cosmopolita* (2004), trad. it., Roma, 2006; J. ZIELONKA, *Europe as Empire. The nature of the Enlarged European Union*, OUP, 2006; entrambi ripresi da J.M. COLOMER, *Empires versus States*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, June 2017; anche il nostro *L'Europa tra riforma dei trattati e competitività internazionale*, in *Diritti fondamentali.it*, 1/2025, 158-188.

¹⁵ Corte di Giustizia, 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Racc.*, 1963, IX-7 ss., nel cui ambito si afferma anche: “Pertanto il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie”.

¹⁶ Corte di Giustizia, 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, in *Racc.*, 1964, X-1135 ss.

to 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". In questo modo, peraltro, si è affermato il principio del primato del diritto europeo, in quanto "la preminenza del diritto comunitario – secondo la Corte – trova(va) conferma nell'art. 189, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri" e "questa disposizione, che non è accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari"¹⁷. Di conseguenza, per il giudice europeo, "dal complesso dei menzionati elementi discende(va) che, scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità, e ciò perché "il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia".

Un nuovo punto dirimente veniva posto, infine, con una nuova pronuncia della Corte di Giustizia di qualche anno più tardi (*Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*) con la quale questa traeva le conseguenze ultime del principio della diretta applicabilità del diritto europeo, affermando "che il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la tutela delle situazioni giuridiche soggettive sorte per effetto delle norme dell'ordinamento giuridico comunitario, senza dover chiedere o attendere l'effettiva rimozione, ad opera degli organi nazionali all'uopo competenti, delle eventuali misure nazionali che ostino alla diretta e immediata applicazione delle norme comunitarie"¹⁸.

2.2. La tutela dei diritti fondamentali.

¹⁷ Sul primato del diritto europeo, bisogna ricordare che 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 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 della 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.); v. E. DI SALVATORE, *The supremacy of European Law in the Treaty Establishing a Constitution for Europe and the Constitutions of the Member States*, in H. J. BLANKE - S. MANGIAMELI, *Governing Europe Under a Constitution*, Heidelberg, 2005; Id., *Declaration Concerning Primacy*, in H. J. BLANKE - S. MANGIAMELI (eds), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2013, 1761 ss.

¹⁸ Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, causa 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, in Racc., 1978, I-629 ss.

Parallelamente all'affermazione del sistema europeo come ordinamento giuridico sovrano (sia pure in campi limitati) con una soggettività internazionale, si è affermato un altro filone giurisprudenziale grazie al quale, oltre alle libertà e ai diritti garantiti dal Trattato a favore dei cittadini degli Stati membri, nell'applicazione del diritto europeo veniva riconosciuta una tutela diretta dei diritti fondamentali¹⁹.

Infatti, a partire dalla sentenza *Stauder* (1969)²⁰, il giudice europeo dichiara che “la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza” e – come sarà ripreso e meglio specificato nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft* (1970)²¹ – che “la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità”²².

Con la sentenza *Nold* (1974)²³, peraltro, da una parte la Corte effettua un ulteriore passaggio nel processo di riconoscimento dei diritti fondamentali, affermando che “i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza”, e, dall'altra, amplia lo spettro dei diritti che può prendere in considerazione asserendo, oltre all'importanza delle tradizioni costituzionali comuni, anche la rilevanza dei “trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito”²⁴, e quest'ultimo elemento ha trovato un ulteriore ed esplicito riconoscimento nella senten-

¹⁹ La competenza delle Comunità in ordine alla tutela dei diritti fondamentali si afferma progressivamente per opera della giurisprudenza della Corte di Giustizia, non già quale specifica attribuzione delegata dagli Stati membri, ma in quanto collegata funzionalmente all'integrazione economica, ossia alle quattro libertà economiche di circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi. Non deve sorprendere pertanto, che la stessa Corte, impegnata all'inizio nel compito di affermare la supremazia del diritto comunitario su quello statale, abbia negato rilevanza ai diritti fondamentali tutelati dalle Costituzioni degli Stati membri, v. sentenza 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Stork*, in Racc., 1959, 43; l'Alta Autorità, come risulta dall'art. 8 del Trattato, è tenuta ad applicare solo il diritto della Comunità, mentre è incompetente ad applicare i singoli diritti nazionali. Anche la Corte, a norma dell'art. 31 del Trattato, deve semplicemente garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione, ma non è di regola tenuta a pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali. Ne consegue che anche la censura relativa al fatto che l'Alta Autorità con la sua decisione avrebbe violato principi fondamentali della Costituzione tedesca (in particolare gli artt. 2 e 12) non può essere presa in considerazione dalla Corte), nonché sentenza 15 luglio 1960, cause riunite 36, 37, 38 e 40/59, Società di vendita del carbone della Ruhr, in Racc., 1960, 829 (la Corte cui è demandato di sindacare la legittimità delle decisioni emanate dall'Alta Autorità, e quindi quelle nella specie adottate ai sensi dell'art. 65 del Trattato, non è chiamata a garantire l'osservanza delle norme di diritto interno, sia pure costituzionali, vigenti nell'uno o nell'altro degli Stati membri; nel sindacare la legittimità di una decisione dell'Alta Autorità essa non può pertanto interpretare né applicare l'art. 14 della legge fondamentale germanica. D'altronde il diritto comunitario, quale risulta dal Trattato CECA, non contiene alcun principio generale, esplicito od implicito, che garantisca il mantenimento delle situazioni acquisite).

²⁰ Sentenza 12 novembre 1969, *Causa 29/69*, in Racc., 1969, 420.

²¹ Sentenza 17 dicembre 1970, *Causa 11/70*, in Racc., 1970, 1125.

²² Sulle tradizioni costituzionali comuni v. S. MANGIAMELI, *The Constitutional Traditions common to the Member States in European Law, As a tool for Comparison among Member legal Orders in the Construction of European Fundamental Rights*, in *Italian Papers on Federalism*, Rivista on-line dell'Issirfa-Cnr, 2016, n. 3.

²³ Sentenza 14 maggio 1974, *Causa 4/73*, in Racc., 1974, 491.

²⁴ V. punto 13: «Come questa Corte ha già avuto occasione di affermare, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza. La Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati. I Trattati internazionali

za *Rutili* (1975), nella quale, con riferimento alla clausola di “ordine pubblico”, quale limite della libertà di circolazione dei lavoratori, si adottano a parametro le disposizioni della CEDU²⁵, che – d’ora innanzi – saranno una costante della giurisprudenza europea ai fini della tutela dei diritti fondamentali²⁶.

Trascuriamo al momento la successiva vicenda dei diritti fondamentali, che va dal trattato di Maastricht e giunge a quello di Lisbona, peraltro sempre nel segno di rafforzarne la tutela, per comprendere se sia possibile qualificare l’ordinamento europeo come una “comunità politica”²⁷.

2.3. L’equilibrio istituzionale europeo e la “comunità di diritto”.

A tal riguardo, la Corte di Giustizia, oltre all’affermazione dell’esistenza di un ordinamento giuridico sovrano e alla tutela dei diritti fondamentali, ha da sempre considerato rilevante un terzo elemento, e cioè: il rispetto del riparto delle funzioni tra le Istituzioni europee, operato dalle disposizioni dei Trattati, che determina l’equilibrio istituzionale europeo.

La prima decisione, anche in questo caso, è risalente e riguardava la delegazione delle funzioni istituzionali ad organismi esterni, che deve avvenire in modo rigoroso alle condizioni previste dai Trattati²⁸. Successivamente, la Corte si è pronunciata con riferimento alla distinzione tra funzioni interne e funzioni esterne, involgenti i compiti relativi alla negoziazione e alla stipula di accordi internazionali da parte delle Istituzioni europee, fissando il principio dell’equilibrio istituzionale europeo²⁹.

Questo principio ha trovato la sua più compiuta enunciazione nella pronuncia della Corte di Giustizia che legittimava il Parlamento europeo a proporre il ricorso per annullamento ex art. 173 TCEE, per la salvaguardia delle proprie prerogative, nonostante i trattati non prevedessero espressamente tale ipotesi³⁰.

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».

²⁵ Sentenza 28 ottobre 1975, *causa 36/75*, in *Racc.*, 1975, 1219.

²⁶ V. l’attuale formulazione dell’art. 6, para. 3, TUE: “I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali.”

²⁷ Per una disamina della vicenda dei diritti fondamentali nell’ordinamento europeo sia consentito rinviare al nostro *La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento europeo e le funzioni nazionali*, in *I diritti costituzionali dallo Stato ai processi di integrazione*, Torino, 2020, 109 ss.

²⁸ Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 1958, *causa 9/56*, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA c. Alta Autorità della CEEA*, in *Racc.*, 1958, 16 ss.

²⁹ Corte di Giustizia, sentenza 31 marzo 1971, *causa 22/70*, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, 1971, 263 ss.

³⁰ Osserva la Corte, infatti, che “*queste prerogative costituiscono uno degli elementi dell’equilibrio istituzionale voluto dai trattati. Questi hanno infatti instaurato un sistema di ripartizione delle competenze fra le varie istituzioni della Comunità secondo il quale ciascuna svolge una propria specifica funzione nella struttura istituzionale della Comunità e nella realizzazione dei compiti affidatili*”; e continua affermando che “*il rispetto dell’equilibrio istituzionale comporta che ogni istituzione eserciti le proprie competenze nel rispetto di quelle delle altre istituzioni*”, per concludere che “*esso impone altresì che possa essere sanzionata qualsiasi eventuale violazione di detta regola*” (Corte di Giustizia, sentenza 22 maggio 1990, *causa 70/88*, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.*, 1990, I-2041).

Sostanzialmente è sulla base di questa visione che la Corte di Giustizia è giunta a definire il sistema europeo come una “Comunità di diritto”³¹, in cui tutte le funzioni delle Istituzioni europee, comprese quelle del Parlamento europeo, che hanno un effetto sui terzi, sono giustiziabili. Osservava, infatti, la Corte come “*a questo proposito si deve anzitutto sottolineare che la Comunità economica europea è una comunità di diritto (eine Rechtsgemeinschaft, nella versione tedesca, e a Community based on the rule of law, in quella inglese) nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal trattato*”³².

Questo principio che definisce l'ordinamento europeo come uno “Stato di diritto” è stato ribadito in occasione del parere sul Trattato SEE, rispetto al quale “il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la *carta costituzionale* di una *comunità di diritto*”; e la ragione di ciò risiederebbe nella circostanza, appunto, che, “come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, *in settori sempre più ampi*, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, causa 26/62, Racc. pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi”³³.

La Corte di Giustizia, infatti, muovendo dalla distinzione tra un Trattato che definisce *solo diritti ed obblighi fra le parti contraenti e che non prevede alcun trasferimento di poteri sovrani in favore degli organi intergovernativi da esso istituiti* (quello sullo SEE) e il Trattato CEE che trasferisce sovranità, *in settori sempre più ampi* (e non più *in campi circoscritti* – come la stessa Corte scriveva in precedenza), delinea una Costituzione, attraverso le disposizioni dei Trattati europei, sul conio dello Stato di diritto.

Tuttavia, questo sforzo del giudice europeo che ha un rilievo considerevole e che è anche conseguenza delle prassi politiche seguite dagli Stati membri fino al Trattato di Maastricht, non può indurci a concludere che il sistema europeo, già nel 1991, nato come un'organizzazione internazionale regionale, costituisse una “comunità politica” in senso proprio. Ed infatti, mancano almeno due elementi importanti perché un gruppo umano organizzato possa definirsi una comunità

³¹ Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, in Racc., 1986, 1365. Si tratta di una giurisprudenza che ha avuto ampio seguito, si vedano le pronunce: sentenza del 2 maggio 1990, *Parlamento c. Consiglio*, C-70/88, cit.; sentenza 18 giugno 1996, *Parlamento c. Consiglio* C-303/94; sentenza 28 maggio 1998, *Commissione c. Consiglio*, C-22/96; sentenza 5 ottobre 2000, *Germania c. Commissione e Consiglio*, C-376/98; sentenza 18 marzo 2014, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, C-427/12; sentenza 16 luglio 2015, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, C-88/14.

³² E prosegue: “In particolare, con gli artt. 173 e 184, da un lato, e con l'art. 177, dall'altro, il trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni” (p.to 23).

³³ Corte di giustizia, *Parere* 14 dicembre 1991, in Racc., 1991, I-6079, p.to 21 (conforme la versione inglese [In contrast, the EEC Treaty, albeit concluded in the form of an international agreement, none the less constitutes *the constitutional charter of a Community based on the rule of law*.] e quella tedesca [Dagegen stellt der EWG-Vertrag, obwohl er in der Form einer völkerrechtlichen Übereinkunft geschlossen wurde, nichtsdestoweniger *die Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft* dar.]). La Corte di Giustizia (sentenza del 16 giugno 2022, C-156-157/21, Ungheria - Polonia / Parlamento europeo – Consiglio europeo) ha poi utilizzato il principio dello Stato di diritto anche come principio posto a protezione degli interessi finanziari dell'Unione.

politica e, nel caso specifico, affinché da una comunità di Stati si possa passare a una comunità politica.

Il primo è dato dalla capacità del gruppo di definire e perseguire liberamente i propri fini generali; il secondo è rappresentato dall'elemento personale, cioè dalla plurisoggettività individuale.

2.4. La competenza a “fini generali” dell'Unione europea.

La vicenda dei poteri europei non può dirsi di certo definita; anzi, sia che si auspichi una riforma dei Trattati europei, sia che si operi sul terreno dell'interpretazione delle competenze come definite negli attuali Trattati, appare indubbio che la valutazione dei poteri europei sfugga ormai all'idea tramandata dall'esperienza iniziale di un'organizzazione di Stati che hanno trasferito solo poche competenze a livello europeo. La stessa Corte di giustizia – come abbiamo rilevato – era passata dalla rinuncia da parte degli stati membri, “*in campi circoscritti*” o “*in settori limitati, ai loro poteri sovrani*” (Van Gend en Loos), alla rinuncia *in settori sempre più ampi* (Parere sul Trattato SEE), espressione quest'ultima che rispecchia la crescita dei poteri europei, ma non necessariamente trasforma l'insieme delle competenze europee nella c.d. “competenza a fini generali”, la quale esprimerebbe una sostanza politica affatto diversa dalla semplice possibilità di adottare atti di carattere legislativo nell'ambito di determinate materie poche o molte che siano³⁴.

La competenza a fini generali presuppone che l'ente titolare sia esponente della comunità sottostante e si esprime nella libera determinazione dei fini da perseguire, sul versante interno e su quello esterno, nell'intento di servire e salvaguardare la comunità medesima.

Ora, è ben noto che l'ordinamento europeo nasce con un conferimento di poteri basato sul “principio di attribuzione” (art. 5 TUE), e in particolare si tratterebbe di poteri definiti in via funzionale, rispetto ad obiettivi (fini o scopi) che devono essere perseguiti dalle istituzioni comuni, per realizzare un'integrazione economica di tipo funzionale³⁵, con la clausola che “qualsiasi com-

³⁴ È bene precisare che una problematica simile si pone negli Stati federali. Infatti questi, nati con competenze enumerate in Costituzione, frutto della devoluzione degli Stati membri che formalmente conservavano la competenza generale, hanno sviluppato una competenza generale a ridosso delle disposizioni costituzionali facendo riferimento a poteri ben precisi (come la *commerce clause*, o la *welfare clause* della Costituzione statunitense) o a disposizioni ampliative dei poteri (come la *necessary and proper clause*). Fenomeni analoghi si sono manifestati anche nel federalismo europeo di tradizione germanica con la *Bedürfnissklausel*, o la *Erforderlichkeitsklausel* (Germania), o ancora la *stillschweigende konkurrierende Kompetenz* (Svizzera), che, alla fine, hanno dato luogo ad una *Kompetenzvermutung zugunsten des Bundes*. In fondo si tratta di un fenomeno che si è manifestato anche in Italia dopo la revisione del 2001 del Titolo V, con la quale si è seguito un modello di riparto delle competenze di tipo federale, a partire dalla *chiamata in sussidiarietà*, al *criterio di prevalenza*, all'uso di determinate materie statali (come la *tutela della concorrenza*, l'*ordinamento civile*, l'*ambiente*), e persino concorrenti (come il *coordinamento della finanza pubblica*). Su queste problematiche, comprese le esperienze federali, sia consentito rinviare al nostro *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Italian Papers on Federalism*, Rivista giuridica on-line – Issirfa – Cnr, n. 1/2020, 1-74. Per la vicenda dei poteri europei e per ulteriori analogie con i sistemi federali v. S. MANGIAMELI, *Artt. 2-7*, in *The Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary*, Volume I: Preamble to Article 89, Springer, Berlin - Heidelberg - New York, 2020; ID., *Concurrent powers of the European Union and their impact on the powers of Member States*, in N. Steytler (Ed.) *Concurrent Powers in Federal Systems; Meaning, Making, and Managing*, Brill NV, Leiden, Netherlands, 2017; ID., *La competenza europea, il suo esercizio e l'impatto sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *L'Ordinamento europeo*, II., *L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006.

³⁵ V. per tutti H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, 182 ss., in part. 196 ss.

petenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri" (art. 5 TUE), e ciò lascerebbe presupporre che proprio la c.d. "competenza a fini generali" sia rimasta a questi ultimi³⁶.

Tuttavia, è innegabile che, nel tempo, i poteri europei, con meccanismi ben collaudati, nei contenuti e nelle tecniche, sono cresciuti: si pensi, ad esempio, al modo in cui è avvenuta l'instaurazione del mercato, prima, "comune" e, poi, "interno", e cioè, in un primo tempo, con delle direttive di riavvicinamento delle legislazioni e, in un secondo momento, con l'adozione di regolamenti che comportavano la sostituzione completa del diritto nazionale con il diritto europeo³⁷.

Inoltre, si consideri che la competenza europea non ha carattere materiale, ma teleologico, essendo volta all'instaurazione di politiche pubbliche comuni, per cui la sua estensione e capacità di penetrazione non possono essere predeterminate in premessa, come nel caso di una competenza oggettiva o per materia, bensì si precisano con gli atti medesimi di esercizio e variano al variare di questi.

Infine, si tenga conto che l'ordinamento europeo è stato dotato dagli Stati membri, sin dal primo momento, di "poteri impliciti", atti a permettere alle Istituzioni europee "azioni necessarie per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti" (art. 308 [ex art. 235] TCE [ora art. 352 TFUE]).

Da ultimo, si valuti quali siano gli effetti svolti sul conferimento di poteri alle Istituzioni europee, a seguito dell'introduzione del principio di sussidiarietà (e di proporzionalità), che consente all'Unione, al di là delle sue competenze esclusive e per tutti quei poteri concorrenti previsti dai Trattati³⁸, di "intervien(ire) soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione" (art. 5 TUE). Di conseguenza, tenendo conto della dinamica dei poteri europei, possiamo dire che la crescita delle competenze europee, per quantità e qualità, disegna una comunità non più di scopo, ma tendenzialmente a fini generali.

Ad esempio, nel caso della pandemia da Covid-19 (2020), più che in quello precedente del contrasto alla crisi economico-finanziaria (2010), nel quale le Istituzioni europee (e gli Stati membri) hanno avuto più di una incertezza, non è parso dubbio che occorresse una poderosa azione europea, in ambiti nei quali, come la sanità e la salute umana, o l'industria, o ancora la protezione civile, le basi giuridiche europee non sono certamente ricche, anzi – a rigore – si sarebbe potuto solo intraprendere "azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri" (art. 6 TFUE), o tutt'al più si sarebbero potuto assumere "misure per assicurare il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri" o "per assicurare il coordinamento delle politiche sociali degli Stati membri" (art. 5 TFUE).

³⁶ Come del resto anche gli Stati federali.

³⁷ V. S. MANGIAMELI – G. Saputelli, *Instaurazione del mercato interno e attuazione delle libertà fondamentali*, in S. Mangiameli (a cura di), *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 2008.

³⁸ V. S. MANGIAMELI, *Concurrent powers of the European Union and their impact on the powers of Member States*, cit.

Eppure, ciò non ha impedito di affrontare la crisi pandemica con una pluralità di strumenti anche inediti come gli Eurobonds, per il *SURE* e per il *Next Generation EU*, e un uso dei fondi strutturali in deroga alla regolamentazione tipica, oltre ad azioni concrete europee quali l'acquisto europeo dei vaccini³⁹.

Sebbene in alcuni ambiti come la politica estera e di sicurezza comune, compresa la difesa comune, sussista un regime intergovernativo, disciplinato dalle disposizioni degli articoli 21-46 TUE, con qualche apertura a forme di cooperazione rafforzata e un ruolo marginale del Parlamento europeo⁴⁰, non si deve escludere che l'azione europea possa trovare vie per concretizzarsi fattivamente per la formazione di una industria militare europea e per forme di dispiegamento militare, pur nell'attesa di dare vita a forze armate europee.⁴¹

2.5. La società dei cittadini europei.

Una “comunità politica” è costituita da una plurisoggettività di individui. Certamente, all'interno di una comunità politica hanno rilievo le formazioni sociali di tipo corporativo o territoriale, tra cui – nel caso dell'Unione europea, quale comunità politica *composta* – anche gli Stati; ma il riferimento agli individui che vivono in questa organizzazione deve essere prioritario, nel senso appunto che sono questi, nelle diverse forme che la storia ha forgiato, l'elemento indefettibile di una comunità, frutto di un vincolo politico tra gli individui medesimi, in forza del quale questi si sentono parte del tutto e agiscono ai diversi livelli (locale, regionale, statale ed europeo) della comunità politica.

Ora, da questo punto di vista, il sistema europeo, per quanto il suo diritto abbia avuto sempre un'efficacia diretta – si applicava sin dal primo momento ai cittadini degli Stati membri, nonché agli Stati stessi – è sembrato carente di questa plurisoggettività politica. In tal senso, la giurisprudenza europea rispecchiava pienamente il tenore dei Trattati del tempo che facevano riferimento “ai popoli degli Stati membri”.

Questa situazione, però, si è modificata nel tempo e il processo di integrazione è andato avanti segnando nuove tappe e, in particolare, a partire dal Trattato di *Maastricht*, ha fondato all'interno dell'ordinamento europeo le relazioni giuridiche intersoggettive non più sul principio di “reciprocità” tra gli Stati membri, secondo una logica di derivazione internazionalistica, bensì sull'istituzione di una “cittadinanza comune”, quella europea per l'appunto, che “si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce”.

È ben vero che ancora nella formulazione del 1992 del TUE e del TCE sono dominanti le espressioni “i popoli europei”, o “i popoli dell'Europa”, o ancora “gli Stati membri e i loro popoli”, le quali nel contesto in cui sono adoperate non hanno, peraltro, il medesimo significato; ma,

³⁹ Per un'analisi accurata di tutti gli strumenti adottati nel corso della crisi pandemica v. S. MANGIAMELI, *Covid-19 and European Union – The answer to the health crisis as a way for resuming the process of European integration*, in *Italian Papers on Federalism*, Rivista giuridica on-line – Issirfa – Cnr, n. 1/2021, 17-48.

⁴⁰ V. S. MANGIAMELI, *Il ruolo del Parlamento europeo nella PESC, alla luce delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona*, in *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, a cura di C. Decaro e N. Lupo, LUISS University Press, Roma, 2009.

⁴¹ Sul punto v. oltre nel testo.

nel momento in cui il Trattato di *Maastricht* istituì la cittadinanza europea lo *status* giuridico dei cittadini degli Stati membri è cambiato sensibilmente, anche se molti dei diritti in cui questa si sostanzia erano già vigenti nell'ordinamento⁴². In tal senso, la cittadinanza europea è servita, in primo luogo, a rafforzare l'identità dell'Europa⁴³, svolgendo una funzione analoga al “retaggio culturale comune”, menzionato all'art. 167 TFUE, o alle “eredità comuni” (quelle culturali, religiose e umanistiche), cui si riferisce il preambolo TUE⁴⁴.

Ma, in secondo luogo, quando con il trattato di Lisbona la cittadinanza europea resta attribuita secondo la precedente disciplina e rappresenta un elemento consolidato dell'integrazione ormai raggiunta⁴⁵, si deve notare che nel corpo dei Trattati trova ampio riscontro l'espressione “i cittadini europei”, a testimonianza di una soggettività che prima questi non avevano e che li pone – sia pure con una serie di condizioni che derivano dai limiti che segnano l'integrazione – al centro del disegno istituzionale dell'Unione europea e che l'“Europa dei cittadini” è ormai una realtà consolidatasi nel tempo⁴⁶. Nel Trattato di Lisbona questa centralità dei cittadini europei sembra coniugarsi molto bene con la seconda parte dell'art. 2 TUE, che per la prima volta disegna i contorni di una società europea, come “*società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*”⁴⁷ e non sembra azzardato affermare come questa espressione sia complementare al concetto di “Europa dei cittadini”, in quanto rappresenta il contesto unitario nel quale i cittadini dell'Europa si collocano⁴⁸. In tal senso, possiamo affermare che la “società dei cittadini europei” nel sistema dei Trattati non è assunta come un'espressione di significato sociologico o etnografico e culturale, ma come soggetto attivo del processo di integrazione⁴⁹.

⁴² In forza del quale in Europa si è realizzato il passaggio dal *Marktbürger* (H. P. IPSEN, G. NICOLAYSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, in *NJW*, 1964, 339 ss.; sulla *Rechtsstellung* del *Marktbürger*, v. ancora H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, cit., 715 ss.) all'*Unionsbürger* (Sul significato politico del concetto di cittadinanza dell'Unione v. ad es. C. TOMUSCHAT, *Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft*, in J. Drexler, K. F. Kreuzer, D. H. Scheuing, U. Sieber, *Europäische Demokratie*, Baden – Baden, Nomos, 1999, 73 ss.).

⁴³ V. M. HILF, J. PH. TERHECHTE, *Präambel. Vertrag über die Europäische Union*, in Grabitz-Hilf-Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München, Beck, 2010, El 41, para. 36.

⁴⁴ V. S. MANGIAMELI, *Preamble*, in H.J. Blanke - S. Mangiameli (eds), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Heidelberg, Springer, 2013, 3 ss.

⁴⁵ J. SHAW, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, in *The Evolution of EU Law*, 2nd ed., Eds. P. Graig G. De Búrca, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 575-609.

⁴⁶ V. M. ZULEEG, *Präambel*, in *Kommentar zum EU/EG-Vertrag*, H. v. Groeben-J. Thiesing-C.D. Ehlermann (Hrsg.), 5. Aufl., Baden-Baden, Nomos, vol. I, 1999, 46-56; S. MANGIAMELI, *L'identità dell'Europa: laicità e libertà religiosa*, in *Diritto e religione tra passato e futuro*, a cura di A.C. Amato Mangiameli e M.R. De Simone, Roma, Aracne, 2010, pp. 327-348; E. GRABITZ, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, Köln, 1970; S. MAGIERA, *Die Europäische Gemeinschaft auf dem Wege zu einem Europa der Bürger*, in *DÖV*, 1987, 221 ss.; R. GRAWERT, *Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft*, in *Der Staat* 23, 1984, 179 ss.; F. CUOCOLO, *La cittadinanza europea (prospettive costituzionali)*, in *Pol. dir.*, 1991, 659 ss.; U. EVERLING, *Die Stellung des Bürgers in der Europäischen Gemeinschaft*, in *ZfRV*, 1992, 241 ss.; A. RANDELZHOFFER, *Marktbürgerschaft – Union – Unionsbürgerschaft – Staatsbürgerschaft*, in FS Grabitz, München 1995, 581 ss.

⁴⁷ V. M. CAVINO, *I valori di una società europea pluralista*, in *L'ordinamento europeo*, I. I principi dell'Unione, cit., 567 ss.

⁴⁸ Sul punto v. H. WALKENHORST, *Europäischer Integrationsprozeß und europäische Identität*, Baden-Baden, 1999, 160 ss.

⁴⁹ Un segno peculiare di questo ruolo che può essere descritto come unione di popoli e non più di Stati traspare anche dal Preambolo della Carta dei diritti dell'Unione europea (“*I popoli d'Europa, nel creare tra loro un'unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni*”), dove il riferimento ai popoli d'Europa sta a si-

In ogni caso, si deve constatare che questa visione ha già cominciato a farsi strada nell'ambito della giurisdizione europea⁵⁰ ed è presa in considerazione anche da quella dottrina che, sottolineandone il portato innovativo (*groundbreaking*) del concetto, ne apprezza il carattere unitario nello specifico contesto europeo, contenendo l'insieme sociale, comprese le istituzioni dell'Unione e degli Stati membri, nonché il carattere comunitario dell'espressione⁵¹.

La società dei cittadini europei esprime, perciò, “una scelta politica ratificata da tutti gli Stati membri” e “non una fantasia accademica”⁵² e questa scelta non determina un'entità astratta, ma una comunità che dà rilievo peculiare a tutti i singoli cittadini, alle loro associazioni e formazioni sociali e alle organizzazioni istituzionali che i cittadini europei si sono dati a livello nazionale ed europeo⁵³.

Così configurata, la “società dei cittadini europei” appare essere l'anima dell'identità dell'Europa, un soggetto che svolge una funzione attiva nel processo di integrazione e, perciò, un soggetto al quale non può non riconoscersi un carattere costituzionale nella formazione dell'identità europea. E l'identità europea, in tal senso, sarebbe una realtà dinamica vivificata dall'azione della società dei cittadini europei e il Trattato di Lisbona rende così palese il tentativo, da tempo pronosticato, di potenziare l'“identità politica” quale portato di una comunione europea che si è sviluppata a partire da un modello di cittadinanza in senso moderno. I “cittadini dell'Europa”, in conclusione non sono un espediente per risolvere il problema del *deficit* di legittimazione all'interno della Comunità degli Stati, ma la formalizzazione a livello europeo del principio (della sovranità) popolare che nel sistema istituzionale dell'Unione (come in quello di ogni Federazione) si accompagna al principio di rappresentanza degli Stati medesimi (“Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini” – art. 10.2, seconda frase, TUE)⁵⁴.

gnificare che questi sono i soggetti che agiscono direttamente nel processo di integrazione e i loro rispettivi governi rappresentano solo un tramite.

⁵⁰ V. CdGUE, C- 574/ 12, *Centro Hospitalar de Setúbal c. SUCH*, Conclusioni dell'A.G. Mengozzi, p.to 40: “A tale riguardo non posso, infatti, esimermi dall'osservare, da un lato, che la solidarietà è espressamente riconosciuta nell'articolo 2 TUE come uno dei valori che caratterizzano il modello di società europeo e che, pertanto, enti che perseguono tale valore contribuiscono attivamente alla costruzione di una società europea in linea con lo spirito dei Trattati”.

⁵¹ V. A. V. BOGDANDY, *The Emergence of European Society through Public Law. A Hegelian and Anti-Schmittian Approach*, Oxford, 2024, 3: “Article 2 refers to European society — and not to the societies of the Member States — because it uses the singular ‘society’. It does not allude to the global (or world) society because it refers to the EU Member States and to democratic values. The reference to values also underscores that Article 2 does not conceive of society in opposition to the concept of community: the German dichotomy between society and community, which goes back to Ferdinand Tönnies, is irrelevant when it comes to Article 2 TEU”.

⁵² A. V. BOGDANDY, *On the Meaning and Promise of European Society*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), Research Paper No. 2024 – 30, 3 (“The European constitutional navigation of the noughties succeeded to stipulate that European integration had ushered European society (Article 2 TEU). Speaking in terms of European society is a political choice, ratified by all Member States, not an academic fantasy”).

⁵³ Sul punto più ampie considerazioni in S. MANGIAMELI, *Verità e certezza nell'esperienza costituzionale*, in *Dir. Soc.* 2024, 607-670.

⁵⁴ V. S. MANGIAMELI, *The institutional Design of the European Union after Lisbon*, in *The EU after Lisbon*, Eds. H.J. Blanke, S. Mangiameli, Heidelberg. Springer, 2012, 93-128.

3. Il problema del governo e della legittimazione nell'ordine europeo.

L'indagine sulla funzione di governo dell'Unione europea, in definitiva, parte dalla premessa che si è di fronte a una comunità politica composita che richiede una valutazione articolata del suo sistema di governo e delle forme di legittimazione.

Dai Trattati europei attualmente in vigore emerge un processo di integrazione per buona parte compiuto attraverso la costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo e il superamento del funzionalismo internazionalista⁵⁵, con una legittimazione, proveniente dai cittadini europei e dagli Stati membri, che abilita le funzioni di governo codificate nelle disposizioni dei Trattati, ma che non esaurisce del tutto – soprattutto alla luce delle esperienze più recenti – la funzione di governo nel suo insieme.

In tal senso, nelle disposizioni dei Trattati appaiono due differenti modelli di funzionamento e di governo del sistema europeo: un'Europa federale, che opera con il metodo comunitario e coinvolge il Parlamento europeo in una logica di unificazione, anche attraverso la decisione a maggioranza, e un'Europa intergovernativa, basata ancora sulla rappresentanza degli Stati membri nel sistema istituzionale europeo, che si determina sulla base del principio del consenso⁵⁶. A queste due forme di governo bisogna aggiungere un terzo tipo di rappresentanza e conduzione dell'Europa esterna ai Trattati, ma derivata pur sempre dalle prassi politiche che questi hanno reso possibili, e nella quale sono presenti, oltre ai segni dell'integrazione europea, anche elementi di diritto internazionale che possono avere un peso determinante.

3.1. L'Europa federale e la democrazia europea.

Il disegno istituzionale di conio federale o comunitario è quello incentrato sul principio democratico, collegato al procedimento legislativo e vincolato nella produzione legislativa al rispetto dei diritti fondamentali, come definiti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella versione del 2007, sulla base dell'art. 6 TUE⁵⁷.

La norma chiave del modello federale è l'articolo 10 TUE, composto da enunciazioni sorprendenti per essere inserite in una fonte che formalmente è un trattato internazionale⁵⁸.

“1. Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa”.

⁵⁵ V. H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, cit., 980 ss.

⁵⁶ V. A. VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden 1999, 63.

⁵⁷ V. S. MANGIAMELI, *La democrazia rappresentativa nell'UE e l'opinione pubblica europea. Problemi e prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, n. 2/2022 – 24 luglio 2022, 293-346.

⁵⁸ V. A. VON BOGDANDY, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9–12 EU Treaty for International Organizations*, in *The European Journal of International Law*, 2013, Vol. 23 no. 2, 315-334; KOEN LENAERTS, *The principle of democracy in the case law of the European Court of Justice*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2013, Vol. 62, No. 2, 271-315; J. M. PORRAS RAMIREZ, *Article 10*, in H.J. Blanke, S. Mangiameli, *The Treaty of European Union – A Commentary*, cit., 417 ss.; G. BONVICINI (Ed.), *Democracy in the EU and the role of the European Parliament*, Rome, Istituto Affari Internazionali, 2009; M. KAUFMANN, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, Baden-Baden, Nomos, 1997; cui *adde* S. MANGIAMELI, *Il ruolo del Parlamento Europeo e il principio della democrazia rappresentativa*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, 2009, 491-512.

“2. I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo”.

“Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini”.

“3. Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini”.

“4. I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione”.

Per quanto possa apparire arduo crederlo, questo non è il linguaggio di un Trattato, bensì di una Costituzione: democrazia rappresentativa, cittadini e rappresentanza, Stati membri e rappresentanza, responsabilità democratica, partiti politici e volontà dei cittadini dell'Unione.

E ancora, se consideriamo l'ipotesi di iniziativa da parte dei “cittadini dell'Unione” (“in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri”) “d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati” (art. 11, para. 4, TUE) e le altre prerogative della cittadinanza europea⁵⁹, ne viene fuori un quadro di regolazione dei rapporti tra cittadini e Unione non dissimile da quello che la maggior parte delle Costituzioni democratiche, di stampo federale, prevedono per i rapporti tra cittadino, Stato e Federazione⁶⁰.

Ma non è tutto. Il Trattato va ben oltre: da un lato, definisce chiaramente i suoi cittadini: “È cittadino dell'Unione – afferma l'articolo 9, seconda frase, TUE – chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro” e aggiunge subito dopo che “La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce”⁶¹. Dall'altro, anche la posizione degli Stati membri è delimitata sulla base del rispetto del principio d'uguaglianza di questi “davanti ai trattati”, cioè davanti all'ordinamento giuridico dell'Unione europea, e della “loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali” e il rispetto si estende alle “funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di

⁵⁹ V. gli articoli 20, 21, 22, 23 e 24 TFUE;

⁶⁰ Particolarmente significativi i contributi contenuti in J. ELSTER AND R. SLAGSTAD (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

⁶¹ Sulla cittadinanza europea v. anzitutto E. GRABITZ, *Europäisches Bürgerrecht zwischen Marktbürgerschaft und Staatsbürgerschaft*, Köln 1970, ove si critica la nozione di *Marktbürgerschaft* conosciuta dal Trattato di Roma, in quanto legandosi essa agli obiettivi di natura economica della Comunità, non avrebbe potuto accordare un reale diritto di cittadinanza europea ai cittadini degli Stati membri; critico sul punto H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, cit., 187 s., nt. 10; S. MAGIERA, *Die Europäische Gemeinschaft auf dem Wege zu e inem Europa der Bürger*, in DÖV, 1987, 221 ss.; R. GRAWERT, *Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft*, in *Der Staat* 23, 1984, 179 ss.; F. CUOCOLO, *La cittadinanza europea (prospettive costituzionali)*, in *Pol. dir.*, 1991, 659 ss. U. EVERLING, *Die Stellung des Bürgers in der Europäischen Gemeinschaft*, in *ZfRV*, 1992, 241 ss.; M. PIERANGELINI, *La cittadinanza europea. Un nuovo status per il soggetto comunitario*, in *Affari sociali intern.*, 1993, 181 ss.; V. LIPPOLIS, *La cittadinanza europea*, Bologna 1994; A. RANDELZHOFFER, *Marktbürgerschaft – Union – Unionsbürgerschaft – Staatsbürgerschaft*, in *FS Grabitz*, München, 1995, 581 ss.; S. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 869 ss.; M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. giur., Aggiorn.*, Roma, 1996; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, 1997; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998, 49 ss.; S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *Quad. cost.*, 2000, 41 ss.; T. SCHILLING, *Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschaftlichen allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts*, in *EuGRZ*, 2000, 17.

salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale"; e, per quest'ultima si specifica che "resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro" (art. 4 TUE)⁶².

A ciò si aggiunge che i Trattati compiono uno sforzo considerevole nel configurare in termini parlamentari la forma di governo europea con riferimento ai rapporti tra Commissione e Parlamento europeo, nonostante la Commissione non possa considerarsi alla stregua di un governo statale⁶³. In tal senso, per un verso, "il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone al Parlamento europeo un candidato alla carica di presidente della Commissione", "tenuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate" (art. 17, para. 7, TUE), e, per l'altro, "la Commissione è responsabile collettivamente dinanzi al Parlamento europeo"; inoltre, "il Parlamento europeo può votare una mozione di censura della Commissione" e, "se tale mozione è adottata, i membri della Commissione si dimettono collettivamente dalle loro funzioni e l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza si dimette dalle funzioni che esercita in seno alla Commissione" (art. 17, para. 8, TUE). Peraltro, adesso alla base dell'individuazione del candidato Presidente della Commissione, da parte del Consiglio europeo sta l'indicazione (a partire dalle elezioni europee del 2014) da parte dei Partiti europei dei loro rispettivi candidati alla Presidenza della Commissione europea, per cui la struttura parlamentare della forma di governo europea avrebbe acquisito un forte connotato politico, in linea con la responsabilità davanti al Parlamento europeo.

Il quadro agiografico, che contiene tutti gli elementi di un sistema rappresentativo e parlamentare, potrebbe dirsi rafforzato proprio dall'art. 14, para. 1, TUE, che dispone: "Il Parlamento europeo esercita, congiuntamente al Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio. Eser-

⁶² V. M. HILF, *Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten*, in A. Randelzhofer (Ed.), *Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz*, München, Beck, 1995, 157–170; A. BLECKMANN, *Die Wahrung der "nationalen Identität" im Unions-Vertrag*, in *Juristen Zeitung*, 1997, 52(6), 265–269; A. VON BOGDANDY, *Europäische und nationale Identität*, in *Integration durch Verfassungsrecht*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin: De Gruyter, 2003, 62, 156–193; P. KIRCHHOF, *Die Identität der Verfassung*, in J. Isensee & P. Kirchhof (Eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., Vol. II, Heidelberg, Müller, 2004, 261–316; I. PERNICE, *Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2011, 136(2), 185–221; F. BALAGUER CALLEJÓN, *La Subsidiariedad en la Unión Europea*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, N° 31, 2019; S. MANGIAMELI, *The European Union and the Identity of Member States*, in *L'Europe en formation*, Nice, Cife, hiver 2013; S. PLATON, *Le respect de l'identité nationale des États Membres: frein ou recomposition de la gouvernance*, in *Revue de l'Union européenne*, 2012, 556, 150–158; F.M.L. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, 6(3), 36–49; B. DE WITTE, *The rhetorical use of European and national identity in the political and legal discourse of the European Union*, in T. Cottier & R. Liechti-McKee (Eds.), *Die Schweiz und Europa*, Zürich, vdf Hochschulverlag, 2010, 51ss.; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag, Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2010, 70(4), 701–734; K. DINGEMANN, *Zwischen Integrationsverantwortung und Identitätskontrolle: Das "Lissabon"-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2009, 12(4), 491–528; E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri*, Torino, 2008; S. VON ZANTHIER, *Berücksichtigung der nationalen Verfassungsidentität als gemeinschaftsrechtliche Pflicht – exemplarisch beleuchtet am Beispiel des Staatskirchenrechts*, in W. Kluth (Ed.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2007, 85–96; CH. WALTER, *Europäische und nationale Identität in der Wechselwirkung. Überlegungen zur Integration durch Verfassungsrecht am Beispiel des Staatskirchenrechts*, in W. Kluth (Ed.), *Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht*, cit., 65–83; C. MAGNANI, *Il principio dell'identità nazionale nell'ordinamento Europeo*, in S. Mangiameli (Ed.), *L'ordinamento europeo 1. I principi dell'Unione*, Milano, 2006, 481–506.

⁶³ V. S. MANGIAMELI, *The Institutional Design of the European Union after Lisbon*, in *The European Union after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action*, Springer, Berlin - Heidelberg - New York, 2011, 93–128.

cita funzioni di controllo politico e consultive alle condizioni stabilite dai trattati. Elegge il presidente della Commissione”⁶⁴.

Per di più, questo modello potrebbe dirsi completato dalle disposizioni del Trattato da cui ricaviamo la tensione per la formazione di uno “spazio pubblico europeo”, nel quale “Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell’Unione”; inoltre, “mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile”. A ciò si devono aggiungere, peraltro, le procedure di consultazione delle parti interessate da parte della Commissione europea, “al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell’Unione” (art. 11, para. 3, TUE)⁶⁵.

3.1.1. Le insufficienze delle disposizioni dei Trattati a delineare una democrazia compiuta.

Questo disegno istituzionale è nato – quale eredità del Trattato Costituzionale – come reazione ad uno degli argomenti più forti e ricorrenti contro la legittimazione dell’ordinamento giuridico europeo: quello del “*deficit democratico*”⁶⁶. Il diritto europeo – si è osservato soprattutto all’inizio – non avrebbe una matrice democratica, come quello statale, che sarebbe il prodotto di Parlamenti dotati del potere legislativo e responsabili davanti ai cittadini; e ciò determinerebbe una carenza di legittimazione di questo diritto frutto dell’accordo dei governi statali per sfuggire proprio al controllo democratico⁶⁷.

Di qui, la celebre teoria dei “controlimiti” formulata dalla Corte costituzionale italiana e da quella tedesca⁶⁸, nonostante l’imponente opera compiuta dalla Corte di Giustizia di affermare la costituzionalizzazione dell’ordinamento europeo, con la sua giurisprudenza volta a sostenere la prevalenza del diritto europeo sugli ordinamenti statali e sulle disposizioni delle loro costituzioni

⁶⁴ V. S. MANGIAMELI, *Il ruolo del Parlamento europeo e il principio della democrazia rappresentativa*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Jovene, Napoli 2008.

⁶⁵ Sul punto v. già le indicazioni di S. NICCOLAI, *Il Metodo aperto di coordinamento e la Costituzione europea del genere*, in P. Bilancia (a cura di) *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell’arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur a confronto*, *Atti del convegno di Milano, 14-15 dicembre 2005*, Milano, 2006, pp. 209-268.

⁶⁶ Sul punto v. M. KAUFMANN, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, Baden-Baden, Nomos 1997; sul punto anche P. NORRIS, *Representation and the democratic deficit*, in *European Journal of Political Research*, 1997, 32, 273-282; G. MAJONE, *Europe’s “Democratic Deficit”: The Question of Standards*, in *European Law Journal*, 1998, Vol. 4, No. 1, pp. 5-28; A. MORAVCSIK, *In Defence of the “Democratic Deficit”: Reassessing the Legitimacy of the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, Vol. 40, No. 4, pp. 603-34; nonché criticamente A. FOLLESDAL, A. S. HIX, *Why there is a democratic deficit in the EU? A response to Majone and Moravcsik*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006, 44(3), 533-562.

⁶⁷ Si ricordano le perplessità espresse in merito al principio democratico dal *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza *Maastricht* del 12 ottobre 1993, in BVerfGE 89, (155). Come è poi noto il Tribunale costituzionale federale tedesco nella decisione sul trattato di Lisbona (BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6. 2009, paragrafi 1-421) ha ritenuto che nel sistema europeo rimanga una profonda lesione del principio democratico e del sistema di rappresentanza interna proprio per il criterio adottato dal trattato in ordine alla composizione del Parlamento europeo (par. 280).

⁶⁸ V. S. MANGIAMELI, *Unchangeable core elements of national constitutions and the process of European integration. For a criticism to the theory of the “controlimiti” (counter-limits / Schranken-Schranken)*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2010, 68-90.

e l'efficacia di questo direttamente e contemporaneamente all'interno degli ordinamenti statali (c.d. effetto utile)⁶⁹.

Che il rafforzamento democratico dell'ordinamento europeo, a partire dall'elezione diretta del Parlamento europeo nel 1979, sia stato un fenomeno imponente è indiscutibile e tale da rendere ormai la questione del *deficit* democratico dell'Unione un vero e proprio mito⁷⁰; pur tuttavia, altrettanto indubbio è che il principio democratico europeo soffre ancora sul piano concreto di grandi limiti e, a renderlo fragile, concorrono diversi fattori politici, istituzionali e culturali, per cui il tema della democrazia europea si pone – sia pure in termini diversi dal passato – ancora come una questione aperta.

Cominciamo con le critiche all'Istituzione “Parlamento europeo”. Da alcune parti si osserva che la rappresentanza in seno al Parlamento europeo non sarebbe quella di un vero Parlamento in senso moderno, per almeno due ragioni: in primo luogo manca una legge elettorale europea e scritta esclusivamente dal Parlamento europeo e ciò minerebbe l'indipendenza che dovrebbe caratterizzare l'Istituzione rappresentativa; in secondo luogo, un Parlamento che non ha un pieno potere di iniziativa legislativa somiglia più a un parlamento dell'*Ancien Régime* piuttosto che a un parlamento moderno⁷¹.

Anche per entrambi questi aspetti sono noti gli sforzi fatti per consolidare l'istituto parlamentare, come l'adozione di decisioni e regolamenti per limitare la discrezionalità degli Stati membri nella formulazione delle rispettive leggi elettorali e giungere così ad “una procedura uniforme in tutti gli Stati membri o secondo principi comuni a tutti gli Stati membri” (art. 223 TFUE); così come, nei diversi passaggi dovuti alla stratificazione dei Trattati, si è giunti sino alla previsione che la maggioranza dei membri del Parlamento europeo “può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati” (art. 225 TFUE)⁷². Ma che si tratta di rimedi che non superano del tutto le critiche costituzionali risulta evidente dalle stesse disposizioni dei trattati; tant'è che la Commissione potrebbe non presentare alcuna proposta, comunicando semplicemente le sue motivazioni al Parlamento europeo.

Ancora più radicale è poi la critica sul modo di distribuire i seggi del Parlamento europeo. Com'è noto, la regola prevista è quella della *proporzionalità degressiva*, che è un meccanismo grazie al quale si ottiene una sovrarappresentazione delle entità statuali più piccole a discapito di quelle più grandi⁷³. Sulla proporzionalità degressiva sono stati versati fiumi d'inchiostro per dire che inficia

⁶⁹ V. M. E. MENDEZ-PINEDO, *The principle of effectiveness of EU law: a difficult concept in legal scholarship*, in *Juridical Tribune* 2021, 11, 1, 5-29; ed anche V. SKOURIS, *Effet Utile Versus Legal Certainty: The Case-law of the Court of Justice on the Direct Effect of Directives*, in *European Business Law Review*, 2006, 17, 2, 241-255.

⁷⁰ Come ha affermato A. MORAVCSIK, *The Myth of the European Democratic Deficit*, in *Raisons politiques*, Issue 2, 2003, 10, 2, 87-105, nonché in *Intereconomics: Journal of European Public Policy* (November-December 2008), 331-340.

⁷¹ V. S. MANGIAMELI, *Il ruolo del Parlamento europeo e il principio della democrazia rappresentativa*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, Jovene, Napoli 2008; ID., *Article 14, The European Parliament*, in H.J. Blanke, S. Mangiameli (Eds), *The Treaty of European Union – A Commentary*, Springer, Berlin - Heidelberg - New York, 2013, 587-614.

⁷² V. S. MANGIAMELI, *Intergovernmental Relations in the European Union*, in A. Farazmand (Ed.) *Global Encyclopedia of Public Administration and Public Policy*, Springer, Heidelberg, 2018, 6911 ss.

⁷³ V. Articolo 14, para. 2, TUE – “Il Parlamento europeo è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione. Il loro numero non può essere superiore a settecentocinquanta, più il presidente. La rappresentanza dei cittadini è ga-

la stessa rappresentatività e che la degressività, se si giustifica in genere per le seconde camere espressione degli Stati membri, non avrebbe alcun fondamento sulla camera che intenderebbe esprimere la rappresentanza generale, come appunto il Parlamento europeo; la cosa non è affatto vera, dandosi camere di rappresentanza generale composte, quasi sempre per via delle condizioni territoriali, con una proporzionalità degressiva.

Ma il vero nodo del Parlamento europeo non è tanto la degressività, che ha la sua causa di giustificazione nella solidarietà tra gli Stati membri, quanto invece il concetto stesso di “*rappresentanza generale*”, che non ha un sicuro fondamento nei Trattati.

È vero che questi affermano che i cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo e che questo è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione, ma che cosa rappresentino i membri del Parlamento europeo non è detto con chiarezza, anzi, non è detto affatto. Attenzione, dal 1979 ad oggi il Parlamento è stato condotto progressivamente verso l'acquisizione di una rappresentanza generale degli interessi dell'Unione europea in quanto tale e dei suoi cittadini; ma questi sforzi hanno subito una continua contestazione, soprattutto da parte di forze politiche euroscettiche o apertamente antieuropeiste, che ha giocato contro la democrazia europea.

Non è questa la sede per addentrarci nella tematica della *rappresentanza politica*, diamo per presupposto che essa sia un’“istituzione collettiva” relativa al rapporto tra rappresentanti e rappresentati, allo stesso tempo, *unitario* (in quanto riguarda tutti i rappresentanti e tutti i rappresentati) e *singolare* (in quanto riguarda ogni rappresentante e tutti i rappresentati)⁷⁴.

In ogni rappresentanza politica nazionale si riflettono delle fratture dovute ai meccanismi elettorali prescelti, sia per il modo in cui elettoralmente è “tagliato” il territorio, sia per il meccanismo di calcolo per l'assegnazione dei seggi. Basti pensare alla sempre imperfetta segmentazione di circoscrizioni e collegi elettorali, ai significati opposti di meccanismi elettorali maggioritari e proporzionali, alla presenza di clausole di sbarramento, formali e virtuali, nel secondo caso dovute ai diversi sistemi di calcolo matematico per l'attribuzione dei seggi, ecc.

Tuttavia, nel caso delle elezioni nazionali, nessuno ritiene che ciò possa inficiare la *rappresentanza generale* come “istituzione collettiva”, sia pure nella sua acquisizione convenzionale, che anzi questa viene mitizzata dalla storia della democrazia popolare con particolari enunciati costituzionali, per i quali il singolo deputato è “rappresentante di tutto il popolo” (“*Vertreter des ganzen Volkes*”, art. 38, para. 1, GG) o “rappresenta la Nazione” nella sua interezza (art. 67 Cost. it.), affermando queste statuizioni una rappresentanza che si caratterizza per la “responsività” del rappresentante e fondamento di tutte le prerogative parlamentari (il non rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati, il divieto del mandato imperativo, le immunità penali e lo stesso diritto all'indennità).

Nel caso, invece, delle elezioni europee esiste una parte della dottrina, soprattutto tedesca, che considera sufficiente l'argomento della degressività per fare riemergere una rappresentanza seg-

rantita in modo degressivamente proporzionale, con una soglia minima di sei membri per Stato membro. A nessuno Stato membro sono assegnati più di novantasei seggi.”

⁷⁴ V. sul punto G. LOMBARDI, *Rappresentanza politica e rappresentanza sindacale*, in *Quaderni costituzionali*, 1981, n. 2, 323 ss.; ID., *La rappresentanza politica: profili storici e teorici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1983, 1 ss.

mentata per Nazioni, per vanificare gli enunciati dei Trattati sulla rappresentanza dei cittadini dell'Unione, considerandola ancora come la vecchia rappresentanza dei popoli degli Stati membri; insomma, ancora una volta per demolire, anziché per rafforzare la democrazia europea⁷⁵.

3.2. L'Europa intergovernativa e i suoi effetti sulla democrazia europea.

I trattati, a dispetto delle insufficienze strutturali dell'istituzione parlamentare europea, che si sono ricordate, esprimono il principio che “il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa”. Questa affermazione è il frutto del processo democratico europeo, che ha segnato un'evoluzione delle istituzioni e delle procedure, compreso il procedimento legislativo, e ha dato spessore politico al processo di integrazione europea.

Tuttavia, non si può tacere che le maggiori limitazioni per una piena e consapevole democrazia europea derivano dallo stesso disegno istituzionale europeo che distingue tra la *rappresentanza democratica* dei cittadini europei – che siede nel Parlamento europeo, la quale “esercita, congiuntamente al Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio” e in via diretta le “funzioni di controllo politico” – e il *Consiglio europeo* – che “non esercita funzioni legislative”, ma “dà all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali”, dando così luogo ad un dualismo contraddittorio. Infatti, la *scissione* tra la *determinazione* della *politica generale* e il *controllo politico* non è priva di conseguenze (e non in positivo), in quanto depotenzia la democrazia europea, non consentendo la coagulazione del potere legislativo con la formazione dell'indirizzo politico, e già questo è sufficiente – in base alle premesse esposte sopra – a darci un quadro della funzione di governo dell'ordine europeo alquanto problematico e sicuramente non particolarmente forte.

Il Consiglio europeo, com'è noto, è un'innovazione che si deve al Trattato di *Maastricht* del 1992, anche se le *Conferenze intergovernative* (CIG), composte “dai capi di Stato o di governo degli Stati membri”, sono state una costante del processo di integrazione europea. Non vi poteva essere altro modo per dare vita al processo di integrazione che adoperare gli strumenti tipici della comunità internazionale, in cui la diplomazia si incrocia con la formazione dei trattati che vanno negoziati, stipulati ed eseguiti negli ordinamenti degli Stati contraenti.

Si deve a questa fase storica il conio, per opera di *Hans Peter Ipsen*⁷⁶, dell'espressione “*gli Stati sono i signori dei Trattati*” (*Die Herren der Verträge*), la quale in prosieguo di tempo è stata interpreta-

⁷⁵ Questi argomenti sono stati ampiamente sfruttati dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza sul Trattato di Lisbona sopra richiamata (BVerfG, 2 BVE 2/08 vom 30.6. 2009, paragraphs 1-421), dove si legge che “The reference to the Union's citizens in Article 14.2 TEU Lisbon is said to emphasise their position as the subject of legitimisation of the European Union without constituting a European people” (143); “The concept of *Verbund* covers a close long-term association of states which remain sovereign, an association which exercises public authority on the basis of a treaty, whose fundamental order, however, is subject to the disposal of the Member States alone and in which the peoples of their Member States, i.e. the citizens of the states, remain the subjects of democratic legitimisation” (229).

⁷⁶ V. H. P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 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”.

ta, fuori dal contesto storico d'origine, come la possibilità per gli Stati di agire a piacimento e fare e disfare l'Europa come meglio credono⁷⁷. Un significato, questo, privo di fondamento nel pensiero di chi ha formulato l'espressione e in contrasto tanto con il significato originario del processo d'integrazione, derivante da "un destino oramai condiviso" dagli Stati europei, quanto con l'evoluzione di questa integrazione, come di "una unione sempre più stretta fra i popoli europei"⁷⁸.

Dobbiamo, altresì, considerare che le Conferenze intergovernative e la necessaria concorrenza della volontà degli Stati secondo forme tipiche del diritto internazionale, prima del 1992, erano i soli mezzi per fare avanzare il processo d'integrazione. È noto che storicamente la *cassetta degli attrezzi del federalismo* si è formata grazie al diritto internazionale e, via via, si è arricchita degli strumenti del diritto costituzionale, e che il federalismo sovranazionale continua a muoversi tra questi due ambiti⁷⁹.

Una volta istituite le entità sovranazionali, però, queste hanno assunto le caratteristiche dell'*ordinamento comune* che – come è stato spiegato sopra – risulta distinto tanto dall'ordine internazionale quanto da quello interno degli Stati membri.

La circostanza che le successive tappe dell'integrazione abbiano richiesto la comparsa intermittente delle Conferenze intergovernative e la formalizzazione di nuovi accordi, peraltro, non sottraeva autonomia al processo europeo che, per riuscire a inverarsi e a evolversi, disponeva solo ed esclusivamente delle proprie risorse istituzionali e della capacità di dare vita al proprio diritto e le risultanze delle CIG rimanevano rigorosamente fuori dall'ordinamento europeo. La realizzazione degli accordi esterni tra gli Stati membri, infatti, si è sempre tradotta nelle forme giuridiche dell'ordinamento comune, attraverso le fonti europee e la legislazione europea; e le Istituzioni europee sono state sempre le sole forze attive e sono state in grado, proprio perché agivano in totale autonomia, di sopravanzare e determinare direttamente *la crescita politica dell'ordinamento comune*. Per intenderci, in molte occasioni, è stato lo sviluppo e l'attività delle Istituzioni comunitarie a determinare il contenuto delle CIG e ciò è apparso evidente soprattutto con le tre Commissioni De-

⁷⁷ Per un'interpretazione dell'espressione di Ipsen in senso assolutistico dobbiamo ringraziare soprattutto la Corte costituzionale tedesca e la sentenza sul Trattato di Lisbona, cit., v. para. 150 ("The Member States are said to remain the 'masters of the Treaties' and are said not to have granted the European Union *Kompetenz-Kompetenz*"), para. 231 ("The empowerment to exercise supranational competences comes, however, from the Member States of such an institution. They therefore permanently remain the masters of the 'Treaties'"), para. 235 ("What corresponds to the non-transferable identity of the constitution (Article 79.3 of the Basic Law), which is not amenable to integration in this respect, is the obligation under European law to respect the constituent power of the Member States as the masters of the Treaties. Within the boundaries of its competences, the Federal Constitutional Court is to review, if necessary, whether these principles are adhered to"), para. 271 ("On the European level, the Council is not a second chamber as it would be in a federal state but the representative body of masters of the Treaties"), para. 298 ("The Member States remain the masters of the Treaties") e para. 334 ("From the continuing sovereignty of the people which is anchored in the Member States and from the circumstance that the states remain the masters of the Treaties, it follows - at any rate until the formal foundation of a European federal state and the change of the subject of democratic legitimisation which must be explicitly performed with it - that the member states may not be deprived of the right to review adherence to the integration programme").

⁷⁸ Sono espressioni riprese dai Preamboli dei Trattati europei, che valgono come impegno di carattere politico, (v. S. MANGIAMELI, *Preamble*, in *The Treaty of European Union – A Commentary*, Springer, Berlin - Heidelberg - New York, 2013, 1-41).

⁷⁹ A. VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus*, cit., 63.

lors, alle quali si deve il riordino delle politiche europee, la cittadinanza europea, la codificazione delle fonti di disciplina dei diritti fondamentali e, soprattutto, la creazione della moneta unica⁸⁰.

Ciò non toglie, ovviamente, che gli Stati membri e, specificamente, i Governi di questi siano rimasti attivi nelle dinamiche istituzionali europee. Non a caso, una delle Istituzioni originarie del disegno istituzionale europeo era pur sempre il Consiglio nel quale sedevano i Ministri dei Governi degli Stati membri; ma, poiché la struttura determina la funzione, *la posizione dei governi come Istituzione legislativa* della Comunità era profondamente diversa da quella degli stessi governi come portatori di interessi nazionali in seno ad una Conferenza intergovernativa. Nel primo caso, come per ogni legislatore, bisognava raggiungere una sintesi per definire legislativamente l'interesse comune (l'interesse generale europeo); nel secondo caso, invece, prevaleva e prevale il diritto di veto – tipico meccanismo internazionalistico – con il quale si fa valere il proprio interesse nazionale⁸¹.

Di conseguenza, nel momento in cui il Consiglio europeo (cioè, la Conferenza intergovernativa) è stato previsto nel diritto dei Trattati, di fatto nel disegno istituzionale dell'Unione europea si è inserito *un forte elemento intergovernativo* che da subito ha condizionato il processo di integrazione, che sin lì si era svolto avendo come unico riferimento l'interesse politico comune⁸².

Il Consiglio europeo cominciò a questionare lo stesso *Trattato di Maastricht* che era appena entrato in vigore. Si possono richiamare le CIG del tempo, che ebbero ad oggetto un'accesa discussione sulla cittadinanza (CIG di Birmingham 16 ottobre 1992) e sul principio di sussidiarietà (CIG di Edimburgo 11-12 dicembre 1992), pretendendo di precisare i limiti, tanto per la prima,

⁸⁰ V., in primo luogo, J. DELORS, *Mémoires*, Paris, 2003. Sulla Commissione Delors esiste una vasta letteratura: C. GRANT, *Delors: Inside the House That Jacques Built*, London, 1994; H. DRAKE, *Political Leadership and European Integration: The Case of Jacques Delors*, in *West European Politics*, 1995, 140-160; ID., *Jacques Delors: Perspectives on a European Leader*, London – New York, 2000; G. ROSS, *Jacques Delors and European Integration*, Cambridge, 1995; ID., J. JENSON, *Reconsidering Jacques Delors' Leadership of the European Union*, in *Journal of European Integration*, 2017, 113-127; K. ENDO, *The Presidency of the European Commission under Jacques Delors: The Politics of Shared Leadership*, London, 1999; P. NICOLAS, *La Commission européenne sous la présidence de Jacques Delors*, in *Revue de l'Union européenne*, 2019, 23-31; M. MANGENOT, F. LARAT, (a cura di), *Les paradoxes d'un homme d'État européen. Jacques Delors*, Paris, 2025.

⁸¹ Va considerato che il modo di deliberare tipico del Consiglio europeo è quello dell'unanimità che è tipico di una istituzione intergovernativa; per contro il Consiglio (dell'Unione europea) prevalentemente delibera a maggioranza qualificata (art. 294 TFUE). Ciò spiega ulteriormente come la posizione dei governi in seno alla due Istituzioni sia profondamente diversa.

⁸² V., in proposito, E. DE MARCO, *Metodi intergovernativi, metodi "comunitari" e multilevel governance nell'ambito dell'Unione europea*; J. ZILLER, *Metodo comunitario e metodo intergovernativo a confronto, nell'intrecciamento fra diritto europeo e diritto nazionale*; F. G. PIZZETTI, *Metodi intergovernativi, metodi "comunitari" e multilevel governance per il governo degli ordinamenti sopranazionali: profili problematici ed aspetti evolutivi*, tutti e tre in P. Bilancia (a cura di) *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, Milano, 2006, rispettivamente, 173 ss., 187 ss., 269 ss.; più in generale, v. P. DE SCHOUTHEETE, *The European Council*, London, 1987; ID., H. WALLACE, *The European Council*, in *The Institutions of the European Union*, Eds. J. Peterson e M. Shackleton, Oxford, 2nd ed., 2006, 41-67; S. BULMER – W. WESSELS, *The European Council: Decision-Making in European Politics*, London, 1987; W. WESSELS, *Der Europäische Rat: Entwicklung, Institutionalisierung und politisches System*, Bonn, 1996; N. P. LUDLOW, *The European Council and the EU's International Relations*, in *Journal of European Integration History*, vol. 12, n. 1, 2006, 11-24; TH. CHRISTIANSEN – E. KIRCHNER (Eds.), *The European Union after the Lisbon Treaty: Institutions, Dynamics and Challenges*, Basingstoke, 2011; F. FORET – Y. RITTELMAYER (Eds.), *The European Council and European Governance: The Commanding Heights of the EU*, London – New York, Routledge, 2013; D. DINAN, *Europe Recast: A History of European Union*, 2^a ed., Basingstoke, 2014; H. VAN ROMPUY, HERMAN, *Europe in the Storm: Promise and Prejudice*, Leuven, 2014; U. PUETTER, *The European Council and the Council: New Intergovernmentalism and Institutional Change*, Oxford, 2014; CHR. J. BICKERTON – D. HODSON – U. PUETTER (Eds.), *The New Intergovernmentalism: States and Supranational Actors in the Post-Maastricht Era*, Oxford, 2015; S. FABBRINI, *Europe's Future: Decoupling and Reforming*, Cambridge, 2019.

quanto per il secondo, e lo stesso *Trattato di Amsterdam* del 1997/99 non aumentò più di tanto l'integrazione a livello europeo ed ebbe un contenuto alquanto contraddittorio: da un lato, formalizzò limiti all'azione europea, rivedendo il protocollo sul principio di sussidiarietà e introducendo un nuovo protocollo sui parlamenti nazionali, cui affidava il controllo sull'applicazione del principio di sussidiarietà; dall'altro, integrò *aquis* di Schengen nei Trattati e diede luogo alla creazione di uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

La presenza del Consiglio europeo, peraltro, ha creato nel tempo una *subordinazione* delle altre Istituzioni verso di questo; così, anziché assistere alla crescita della democrazia europea incentrata sul Parlamento europeo, sul rapporto di fiducia con la Commissione europea e sull'elezione del Presidente di questa da parte del Parlamento europeo, abbiamo assistito alla progressiva sotto-missione del legislatore europeo all'assise intergovernativa, sino al punto che l'attività legislativa si svolge solo se non sussiste un veto da parte del Consiglio europeo, oppure si svolge secondo le indicazioni di questo.

A tal riguardo, occorre poi ricordare che la stessa Commissione europea opera diversamente quando interviene nell'ambito dell'Europa comunitaria o in quello dell'Europa intergovernativa. Nel primo caso il ruolo è molto incisivo, spettando ad essa il compito di mettere in moto le procedure e di salvaguardare il rispetto dei Trattati; di fatto, il suo compito è di orientare l'azione del Consiglio dell'Unione europea e del Parlamento europeo, anche avvalendosi della possibilità di promuovere degli *accordi interistituzionali* (art. 295 TFUE)⁸³. Diversamente, nel secondo caso, per quanto spetti ad essa predisporre atti che formano la base delle decisioni del Consiglio europeo, deve tenere maggiormente conto dell'andamento del dibattito politico e delle conclusioni raggiunte dai Capi di Stato e di governo degli Stati membri; di fatto, in una posizione più servente che non di direzione del processo d'integrazione, essendo gli Stati membri a dominare le valutazioni sulle decisioni europee di tipo politico⁸⁴.

La vicenda della riforma del MES è un esempio alquanto paradossale di questo conflitto tra Europa intergovernativa ed Europa democratica⁸⁵. Qui non resta che considerare che non è più il

⁸³ V. S. MANGIAMELI, *Intergovernmental Relations in the European Union*, cit., 6912.

⁸⁴ Il ruolo delle decisioni del Consiglio europeo.

⁸⁵ Come è noto, sia il *Piano della Commissione* sia la *Relazione dei Cinque Presidenti* prevedevano di sottoporre il MES, attraverso l'incorporazione nei Trattati, al controllo del Parlamento europeo e la modifica del trattato avrebbe dovuto comportare anche il rafforzamento della responsabilità democratica della BCE nella sua veste di autorità di vigilanza sulle banche. Il disegno prevedeva di realizzare una politica fiscale (di bilancio) europea finanziata con risorse proprie derivanti da un'imposizione europea ("un potere impositivo mirato e autonomo") 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 venisse posta in condizione di resistere a eventuali futuri shock economici. Essa avrebbe altresì avuto la capacità di emettere obbligazioni da cui avrebbero potuto derivare risorse a seguito della "possibilità di emettere debito sovrano proprio dell'UE". A questi fini venne formulata la proposta di trasferire le funzioni economico-finanziarie del MES in capo al "Tesoro europeo" e a trasformare il MES nel "Fondo Monetario Europeo", dopo la sua integrazione nel quadro giuridico dell'Unione. Quando tutto questo sembrava acquisito e la Commissione europea aveva già predisposto una proposta di regolamento (COM(2017)827) che avrebbe risolto la questione dell'incorporazione del MES nel quadro istituzionale europeo, per farne un solido organismo di gestione delle crisi nell'ambito dell'Unione europea, in piena sinergia con le altre Istituzioni, l'Europa intergovernativa, nonostante l'opposizione dell'Italia, bloccò il procedimento legislativo e statui la permanenza del MES fuori dall'ordinamento europeo come Istituzione intergovernativa. Infatti, a seguito delle discussioni tenutesi nelle riunioni dell'Eurogruppo (in particolare dicembre 2018 e giugno 2019), e dei vertici euro del 14 dicembre 2018 e del 21 giugno 2019, sono stati ridefiniti i termini generali della riforma del trattato MES, mantenendo la struttura precedente.

Trattato a guidare il processo d'integrazione e questo processo non assume più forme giuridico-istituzionali come in passato, bensì l'integrazione si svolge verso forme di fatto che hanno sbilanciato anche la posizione di eguaglianza degli Stati membri. Infatti, i meccanismi intergovernativi richiedono una cessione di sovranità da parte degli Stati partecipanti, così come i meccanismi comunitari che si definiscono all'interno dell'ordinamento giuridico dell'UE. La differenza tra i due discende dalla circostanza che i meccanismi comunitari accrescono la capacità politica delle Istituzioni comuni e la sovranità europea, a vantaggio di tutti gli Stati membri che sono e restano in posizione di eguaglianza; mentre i meccanismi intergovernativi disperdono la sovranità conferita dagli Stati membri, in quanto tendenzialmente la prevalenza politica nella decisione comune può essere espressa da alcuni Stati e a discapito di altri, alterando il principio di parità tra gli Stati membri ⁸⁶.

Ciò spiega anche come mai, con i successivi allargamenti, la presenza del Consiglio europeo è stata determinante per escludere il rafforzamento dell'integrazione, approfondendo meccanismi istituzionali di tipo federale. Di fatto, l'Europa intergovernativa ha segnato l'arresto dell'integrazione sovranazionale di tipo federale e lo sviluppo della democrazia europea, impedendo soprattutto il formarsi di una *leadership* politica europea.

Anzi, poiché questa avrebbe dovuto essere chiaramente assunta dal Presidente della Commissione europea, indicato dai partiti politici e votato dal Parlamento, si è istituita una posizione che avrebbe dovuto dare luogo ad una rappresentazione unitaria del Consiglio europeo, la figura del suo Presidente, che è servita essenzialmente a ridurre la legittimazione politica del *Presidente della Commissione*, l'unico organo in cui legittimazione politica e legittimazione democratica si fondono.

Il conflitto tra Europa comunitaria ed Europa intergovernativa, che ha segnato (negativamente) ogni successiva crisi europea sino ad oggi, fa comprendere che è nei momenti di crisi che i meccanismi istituzionali – e questo vale massimamente per la funzione di governo di una comunità politica – rivelano i loro punti di forza o i loro limiti.

4. Le principali crisi europee e il processo di integrazione: la crisi economico-finanziaria.

Come è noto, il primo banco di prova delle due Europe (quella comunitaria e quella intergovernativa) è stata la crisi economico-finanziaria, durante la quale mancò la capacità di effettuare una politica anticiclica, sia per la consistenza delle competenze, sia per i limiti che segnavano il bilancio dell'Unione e la dimensione delle risorse proprie; nonostante si tentasse di dare una risposta efficace anche in termini di solidarietà già nel maggio del 2010, attraverso l'istituzione dell'European Financial Stability Facility. Questo fondo rappresentava una risposta attraverso

La vicenda non finisce qui. Infatti, il nuovo Trattato MES avrebbe dovuto includere l'affidamento a questa entità tipicamente intergovernativa del fondo unico di risoluzione (single Resolution fund), atto a completare l'Unione bancaria europea; ciò significherebbe che un intero processo europeo di integrazione, come quello bancario, compiuto in forme comunitarie, avrebbe avuto una chiusura di carattere intergovernativo.

⁸⁶ Per una esplicitazione di questi profili v. S. MANGIAMELI, *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration*, in *The consequences of the Crisis on European Integration and on the Member States. The European Governance between Lisbon and Fiscal Compact*, Springer, Heidelberg, 2017, 189-216).

l'art. 122, comma 2, TFUE, il che implicava che lo strumento finanziario avrebbe operato su iniziativa del Consiglio, previa proposta della Commissione, per concedere, a determinate condizioni, un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro che l'avrebbe richiesta e, inoltre, il presidente del Consiglio avrebbe informato il Parlamento europeo in merito alla decisione presa. Per di più, questo strumento sarebbe stato accompagnato, per opera della Commissione europea, anche da un altro fondo per ulteriori 60 miliardi di euro, con fondi raccolti attraverso un'altra struttura, l'European Financial Stabilisation Mechanism, usando il bilancio comunitario come garanzia.

Tuttavia, la tendenza ad affrontare la crisi in termini istituzionali venne fermata dall'Europa intergovernativa e si deve proprio all'intervento del Consiglio europeo di dicembre del 2010 se l'intervento finanziario delle Istituzioni europee di contrasto alla crisi economico-finanziaria viene messo fuori gioco e, al suo posto, si fa intervenire una struttura integralmente intergovernativa, quale il *Meccanismo europeo di stabilità*⁸⁷. Si esce così dalla collaborazione interistituzionale, dalla responsabilità della Commissione europea e dal controllo del Parlamento europeo, cioè dall'intero circuito democratico, e si riduce il sostegno finanziario a una questione intergovernativa.

La crisi richiedeva attività concrete per determinare la ripresa economica. Attività che le Istituzioni europee non avevano la capacità di attivare per la paralisi in cui l'Europa intergovernativa aveva posto loro; così, gli Stati membri, dopo una lunga negoziazione, giunsero alla stipula dei trattati MES e *Fiscal Compact* tra febbraio e marzo del 2012.

D'altra parte, la semplice regolazione dei bilanci statali attraverso il *Patto di Stabilità e Crescita* e la *sorveglianza macroeconomica* di fatto impedivano anche agli Stati membri di effettuare politiche pubbliche anticicliche. L'Europa obbligava in via regolativa gli Stati membri a stabilizzare i bilanci, ma per ogni euro stabilizzato si determinava la perdita di due euro di PIL⁸⁸.

Furono le iniziative della Banca Centrale Europea, che operò come un'autentica Istituzione federale, a scongiurare la crisi del sistema europeo e dell'euro, con il "*quantitative easing*" e la presa di posizione del Presidente della BCE del tempo, Mario Draghi ("All'interno del nostro mandato, la BCE è pronta a fare tutto quanto è necessario per preservare l'euro. E credetemi, sarà abbastanza"). Nonostante le critiche avanzate, sulla base giuridica adeguata, per le operazioni compiute dalla BCE, grazie alla posizione maturata nel Consiglio direttivo della BCE del 2 agosto 2012, si è potuto procedere all'attivazione del programma *Outright Monetary Transactions* (OMT)⁸⁹.

Solo nel Consiglio europeo di giugno del 2012, i capi di Stato e di governo apparirono finalmente disponibili a un progetto comune di integrazione. Per la prima volta, dopo lungo tempo, si affermò il principio che *per affrontare la crisi occorresse più Europa e non meno Europa*. Così, emergeva

⁸⁷ Il percorso è ampiamente noto e muove dalla decisione con cui si aggiunge un paragrafo all'art. 136 TFUE, per costituire una base giuridica alternativa a quella dell'art. 122 e per uscire dal diritto dei Trattati europei.

⁸⁸ V. S. MANGIAMELI, *Sorveglianza macroeconomica e crisi dell'integrazione politica*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Special Issue – Quo Vadis Europa?, 2015

⁸⁹ Si tratta di operazioni che consistono nell'acquisto diretto da parte della BCE di titoli di Stato a breve termine emessi da paesi in difficoltà macroeconomica grave e conclamata (requisito di condizionalità). La situazione di difficoltà economica grave e conclamata è identificata dal fatto che il paese abbia avviato un programma di aiuto finanziario o un programma precauzionale con il Meccanismo Europeo di Stabilità o con la Struttura Europea per la Stabilità Finanziaria. La data di avvio, la durata e la fine delle OMT sono decise dal Consiglio direttivo della BCE in totale autonomia e in accordo con il suo mandato istituzionale.

l'idea di un'Europa fondata su quattro elementi fondamentali: un'unione fiscale, un'unione finanziaria, un'unione economica e un'unione politica. La Commissione europea lanciò subito dopo il *Piano (Blueprint) per un'Unione economica e monetaria autentica e approfondita* nel novembre del 2012 che sviluppava il nuovo procedere del processo d'integrazione e su cui concordarono tutte le Istituzioni europee⁹⁰, ipotizzando, a breve e a medio termine, il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria e, in particolare, dell'unione bancaria e dei mercati finanziari, e successivamente si sarebbe dovuto assistere ad una serie di azioni politiche, culminante in una revisione dei Trattati medesimi per il rafforzamento dell'integrazione politica.

Infatti, in una (terza) fase più a lungo termine (oltre 5 anni) il *blueprint* prevedeva la realizzazione di “un'adeguata condivisione di sovranità, responsabilità e solidarietà al livello europeo”, sulla cui base avrebbe dovuto “essere possibile creare un bilancio autonomo della zona euro”. Ciò, peraltro, avrebbe consentito “l'emissione comune di debito pubblico”, che avrebbe migliorato “il funzionamento dei mercati e l'attuazione della politica monetaria”⁹¹.

Infine, in una visione che dovrebbe essere realtà già da tempo, il piano aveva previsto che “l'ulteriore e progressiva integrazione della zona euro verso un'Unione bancaria, fiscale ed economica a tutti gli effetti” avrebbe richiesto “misure parallele finalizzate a un'Unione politica con una maggiore legittimità e responsabilità democratiche” e che “i progressi compiuti in termini di integrazione” avrebbero dovuto inoltre riflettersi all'esterno, in particolare attraverso misure finalizzate a una rappresentanza economica esterna unica della zona euro”⁹². La qualcosa avrebbe significato una crescita della sovranità europea comprensiva della politica estera comune, giacché mercato interno e moneta richiedono non solo una politica economica comune, ma soprattutto una sovranità sovranazionale forte e condivisa⁹³.

Inoltre, ineludibile appariva porre le premesse per una politica fiscale (di bilancio) europea finanziata con risorse proprie derivanti da un'imposizione europea e la creazione “di una struttura analoga ad un ‘Tesoro’ in seno alla Commissione”, al fine di “dare una direzione politica e accrescere la responsabilità democratica”, in modo che l'Unione venisse posta in condizione di resistere a eventuali crisi economiche, di assicurare “all'UEM la capacità fiscale per sostenere gli Stati membri colpiti da shock” e di tenere al sicuro l'euro.

Infine, con riferimento ai processi di legittimazione, si affermava che il modo di procedere delle Istituzioni, soprattutto nel coordinamento delle politiche economiche non poteva essere dato

⁹⁰ V. European Commission, *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union Launching a European Debate*, Brussels, 30.11.2012, COM(2012) 777 final.

⁹¹ 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 decisione 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. Per un esame dettagliato del documento si rinvia al nostro *Crisi economica e distribuzione territoriale*, cit.

⁹² European Commission, *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union*, cit., 14.

⁹³ Sul punto S. MANGIAMELI, *The Constitutional Sovereignty of Member States and European Constraints: The Difficult Path to Political Integration*, cit., 189 ss.

dal metodo intergovernativo, ma da quello comunitario: non a caso si poneva in discussione proprio il MES, sottolineando che “non è chiaro dove si situi la responsabilità nei confronti del Parlamento di un livello intergovernativo europeo che cerca di influenzare le politiche economiche dei singoli Stati membri della zona euro”.

In particolare, nell'ottica della riforma, innanzitutto, “il Parlamento europeo (avrebbe) dovuto avere il ruolo precipuo di garantire la legittimità democratica di tutte le decisioni prese a livello dell'Unione, in particolare dalla Commissione” e “un ulteriore strumento per rafforzare la legittimità dell'UE sarebbe (stato) anche l'estensione delle competenze della Corte di giustizia, sopprimendo l'articolo 126, paragrafo 10, del TFUE, e ammettendo così procedure di infrazione per gli Stati membri”⁹⁴.

Il documento riprendeva, da ultimo, 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”⁹⁵; esso tendeva altresì a superare le asimmetrie del sistema europeo e a formulare un assetto istituzionale europeo più avanzato con capacità economiche sinora inedite. In tal senso, avrebbe potuto esprimere un livello di collaborazione e di solidarietà tra gli Stati membri più integrato e costituire un altro passo – sia pure con notevoli problematiche – verso una più compiuta democrazia “dei cittadini europei” e una parlamentarizzazione del sistema politico europeo.

La versione originale del *Blueprint* della Commissione fu rielaborata alla luce della *Relazione dei Quattro Presidenti*⁹⁶ e successivamente nella *Relazione dei Cinque Presidenti*⁹⁷. La relazione è stata pubblicata il 12 giugno 2015 e presentata al Consiglio europeo di giugno 2015, ma la discussione su questo venne posposta alla riunione del Consiglio europeo di dicembre 2015 e ogni volta le riforme politiche dei Trattati venivano sempre più allontanate, sino a quando sopraggiunse la pandemia da Covid-19⁹⁸.

Tuttavia, mentre le riforme politiche dell'Unione venivano procrastinate, il processo di integrazione europea subì un forte rallentamento, se non addirittura un tentativo regressivo. Infatti,

⁹⁴ L'art. 126 TFUE disciplina le procedure europee per i disavanzi eccessivi degli Stati membri. Il paragrafo 10. (“I diritti di esperire le azioni di cui agli articoli 258 e 259 non possono essere esercitati nel quadro dei paragrafi da 1 a 9 del presente articolo”) prevede che non sia possibile esperire in queste procedure l'azione della Commissione, “quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati”, che può giungere, quando uno Stato non si conformi al parere emesso da questa, sino ad “adire la Corte di giustizia dell'Unione europea” (art. 258 TFUE); così come l'azione di “ciascuno degli Stati membri (di) adire la Corte di giustizia dell'Unione europea quando reputi che un altro Stato membro ha mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati” (art. 259). La rimozione di questi limiti avrebbe reso le procedure per i disavanzi eccessivi pienamente giustiziabili da parte della Corte di Giustizia.

⁹⁵ V. a riguardo C. BERGONZINI, *Parlamento e decisioni di bilancio*, Milano, 2013, 201 ss.

⁹⁶ V. “Relazione dei quattro presidenti”, del 5 dicembre 2012, *Verso un'autentica Unione economica e monetaria*, è stata elaborata – su richiesta del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2012 – dal Presidente del Consiglio europeo, in stretta collaborazione con i Presidenti della Commissione, dell'Eurogruppo e della Banca centrale europea, escludendo il Presidente del PE.

⁹⁷ V. Report by: Jean-Claude Juncker, in close cooperation with Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi and Martin Schulz, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*.

⁹⁸ V. oltre.

in occasione delle celebrazioni del 60° dei Trattati di Roma (1° marzo 2017), la Commissione preparò un documento dal quale traspare la completa perdita di prospettiva che affliggeva il sistema europeo. Il suo “Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025”⁹⁹, infatti, tendeva a dare un'immagine delle prospettive europee molto problematica, con la presentazione di ben cinque scenari diversi, alcuni dei quali davano l'impressione che il processo di integrazione potesse essere limitato o, addirittura, ridotto¹⁰⁰.

Aleggiava così l'idea di un'Europa come semplice “contenitore di governi” che cercava di fare somigliare l'Unione a una zona di libero scambio governata da Stati pienamente sovrani e in continuo debito di competenze rispetto all'azione del legislatore europeo¹⁰¹.

Sicuramente l'Unione era impreparata alla crisi economica e veniva da una fase politica, successiva all'adozione del Trattato di Maastricht, contrassegnata da nodi irrisolti, come quello della politica economica, rimasta nelle mani degli Stati membri, della fiscalità europea, caratterizzata da un bilancio modesto, e pretese di maggiore integrazione come la moneta unica, la Costituzione europea e lo stesso allargamento¹⁰².

Il risultato di tutte queste contraddizioni è il Trattato di Lisbona, scritto sul fallimento della Convenzione di Laeken e del Trattato Costituzionale, con l'idea di rinunciare alla costituzionalizzazione dell'Europa, di favorirne l'allargamento, ma senza un vero approfondimento, e ammettendo, perfino nella disciplina del mercato interno, delle significative deroghe¹⁰³.

Il pensiero di restituire poteri agli Stati, o di arginare le competenze europee, guidava la stesura del Trattato di Lisbona nell'emendare i Trattati europei, ma l'ipotesi di una crisi economica globale non era stata nemmeno lontanamente pensata. Così, quando questa esplose e il Trattato di Lisbona entrò in vigore, si mostrò da subito che non solo gli Stati erano incapaci di fronteggiare la crisi economica da soli, ma che neppure insieme attraverso le Istituzioni europee sapevano cosa fare di fronte alla crisi economica, e ciò per gli indubbi limiti delle disposizioni del trattato¹⁰⁴.

I Trattati europei si sono rivelati privi di basi giuridiche adeguate a consentire all'Unione di intraprendere azioni anticicliche, ma in grado di impedire a sua volta agli Stati membri, soprattutto a quelli più interessati, di praticare politiche anticicliche; così la paralisi reciproca ha determinato

⁹⁹ European Commission COM (2017)2025 of 1 March 2017.

¹⁰⁰ I cinque scenari, tuttavia, a parte quello che reca l'intestazione “Doing much more together”, indicano percorsi che modificano l'idea del processo di integrazione, almeno nei termini sinora sempre indicata dalla parte prevalente degli Studiosi delle Istituzioni europee. Infatti, a partire dal mantenimento dello status quo (“Carrying on”), passando agli altri scenari: “Nothing but the single market”, “Those who want more do more” e “Doing less more efficiently”, sembra che si oscilli tra una condizione di disagio come quella determinata dall'austerità, ad una in cui la dimensione politica del processo europeo venga meno e in forza del quale l'ordinamento europeo sembra aprirsi a forme di asimmetria maggiori di quelle già in atto esistenti, con la conseguenza dell'aumento dei divari tra i cittadini europei e i diversi territori.

¹⁰¹ Questo è propriamente uno dei cinque scenari prospettati dal “Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025”.

¹⁰² V. S. MANGIAMELI, *Sovranità costituzionale degli Stati membri e vincoli europei. Il difficile percorso per l'integrazione politica*, in *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell'integrazione economica e politica europea sull'ordinamento nazionale*, a cura di A. Iacoviello, Milano 2016, 321 ss.

¹⁰³ V. S. MANGIAMELI, *Concurrent powers of the European Union and their impact on the powers of Member States*, in N. Steytler (Ed.) *Concurrent Powers in Federal Systems; Meaning, Making, and Managing*, Brill NV, Leiden, Netherlands, 2017.

¹⁰⁴ V. S. MANGIAMELI, *Il sistema europeo dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Dir. Soc.*, 2016, 11 ss.

scelte istituzionali discutibili che vanno sotto il nome della politica dell'*austerità* e sono basate essenzialmente sui controlli sui bilanci statali¹⁰⁵.

5. *Segue: la crisi umanitaria, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e il diritto di asilo europeo.*

La crisi umanitaria è arrivata sull'onda della crisi economico-finanziaria, ma non poteva certo dirsi del tutto inaspettata.

Già a partire dagli anni '90, in una fase in cui era superata la condizione storica dei due blocchi contrapposti, l'evoluzione del fenomeno migratorio era stato scandito da vari, epocali, eventi di rilievo internazionale, come la caduta del Muro di Berlino e l'unificazione delle due Germanie; le guerre del Golfo, a seguito dell'attacco alle "torri gemelle", e nella penisola balcanica, dopo la dissoluzione della Jugoslavia, e ancora la guerra in Afghanistan, le primavere arabe e le crisi in medio-oriente: "tutto questo ha reso evidente a tutti gli Stati europei, nell'ambito del processo di integrazione comunitaria, la necessità di affrontare tale tema non più in modo isolato e autonomo ma attraverso nuove formule di cooperazione, collaborazione, integrazione"¹⁰⁶.

Nel trattato di Roma del 1957 non veniva fatto ovviamente alcun riferimento alle politiche di immigrazione, le quali erano, dunque, lasciate assolutamente ai singoli Stati membri, e l'origine del lento, graduale trasferimento della materia migratoria in capo alla Comunità europea e alle sue istituzioni avviene alla luce degli accadimenti storici richiamati. Ciò, in quanto "l'Unione europea e i suoi Stati membri hanno preso atto del fatto che una materia come quella migratoria non poteva continuare a essere gestita in modo indipendente dai singoli Stati, ma andava affrontata in maniera innovativa, coordinata e sinergica proprio in ragione degli evidenti limiti dell'approccio individuale o, al più tardi, intergovernativo. Il metodo 'comunitario' è apparso, quindi, più idoneo per affrontare un tema tanto globale quanto legato a una serie di dinamiche prettamente nazionali di carattere economico, sociale e culturale"¹⁰⁷.

Questo suggerimento è stato seguito solo in parte nella revisione dei Trattati europei e si arriva così ad una politica di asilo inclusa – sotto forma di "questione di interesse comune tra gli Stati membri" – nell'ambito degli obiettivi dell'Unione, e insieme *all'immigrazione* si sono previste, la *prevenzione della criminalità* e la *lotta contro quest'ultima* (art. 3, para. 2 TUE) come parte dello *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*¹⁰⁸.

L'idea che animava le disposizioni dei Trattati era collegata, ancora una volta, all'eliminazione delle barriere interne, al fine di rendere effettiva la libertà di circolazione, per cui nella misura in cui venivano rimossi i controlli di frontiera interna tra gli Stati membri – il che era accaduto già,

¹⁰⁵ S. MANGIAMELI, *Sorveglianza macroeconomica e crisi dell'integrazione politica*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Special Issue – Quo Vadis Europa?, 2015

¹⁰⁶ M. SABATINO, *L'Unione europea e il fenomeno dell'immigrazione: scenario attuale e prospettive*, cit., 43.

¹⁰⁷ M. SABATINO, *L'Unione europea e il fenomeno dell'immigrazione: scenario attuale e prospettive*, cit., 43.

¹⁰⁸ V. F. CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2012, in particolare p. 133 ss.

anche se in modo progressivo, con l'accordo di *Schengen* a partire dal 1985 – diventavano rilevanti i controlli esterni, in quanto confini dell'Unione europea¹⁰⁹.

In quest'ottica, perciò, l'art. 67, para. 2, TFUE, poneva le basi per “una politica comune in materia di asilo, immigrazione e controllo delle frontiere esterne, fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi”. E invero, la politica di asilo, per un verso, sarebbe stata sottoposta ai principi di disciplina dello *spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, per i quali la politica delle frontiere europee sarebbe stata caratterizzata dall'assenza di qualsiasi controllo sulle persone, a prescindere dalla nazionalità, all'atto dell'attraversamento delle frontiere interne, dal controllo delle persone e dalla sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne (art. 77 TFUE); e, per l'altro, nei suoi vari aspetti (protezione sussidiaria, accoglienza e protezione temporanea), la politica di asilo verso “qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale”, era stata affidata addirittura a un atto legislativo ordinario che adottasse “le *mesures* relative a un sistema europeo comune di asilo”, con l'intento di assicurare la protezione internazionale e di “garantire il rispetto del principio di non respingimento”. Si sarebbe determinato così un cambiamento di regime di questo diritto, dal metodo intergovernativo precedente a quello comunitario (art. 78, para. 1 e 2, TFUE)¹¹⁰.

In questo contesto, inoltre, sarebbe pure rientrata nei poteri legislativi europei (ma con procedura speciale in cui il Parlamento è semplicemente consultato) anche la situazione in cui “uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi”, per adottare misure temporanee a beneficio dello Stato membro o degli Stati membri interessati (art. 78.3 TFUE).

Infine, la politica comune dell'immigrazione sarebbe stata “intesa ad assicurare, in ogni fase, la gestione efficace dei flussi migratori, l'equo trattamento dei cittadini dei paesi terzi regolarmente soggiornanti negli Stati membri e la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale e della tratta degli esseri umani”; e, per questi ambiti della politica i poteri legislativi dell'Unione sarebbero tornati ad essere quelli ordinari, con il pieno coinvolgimento del Parlamento europeo (art. 79.2. TFUE)¹¹¹.

Da ultimo, si aggiunga che all'Unione europea è stata riconosciuta la possibilità di concludere con i paesi terzi accordi ai fini della riammissione, nei paesi di origine o di provenienza, di cittadini di paesi terzi che non soddisfano, o non soddisfano più, le condizioni per l'ingresso, la presenza o il soggiorno nel territorio di uno degli Stati membri (art. 79.3 TFUE). Una competenza, que-

¹⁰⁹ M.-L. BASILIEN-GAINCHE, *Les frontières européennes*, in *Revue de L'Union Européenne*, 2017, 335 ss.

¹¹⁰ È bene precisare che il cambio di metodo si deve al Trattato di Amsterdam del 1997/9, con il quale una parte rilevante del terzo pilastro venne comunitarizzata ed esattamente quella parte relativa all'asilo e all'immigrazione, che andò a comporre il Titolo IV del Trattato sulla Comunità europea e, successivamente, il Titolo V del TFUE.

¹¹¹ Le misure legislative, a norma dell'art. 79.2. TFUE, avrebbero riguardato quattro campi materiali: le condizioni di ingresso e soggiorno e le norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e di titoli di soggiorno di lunga durata, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare; la definizione dei diritti dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti in uno Stato membro, comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri; l'immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare; la lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori.

sta, che, una volta esercitata, avrebbe privato gli Stati membri di ogni autonomo potere di negoziazione nella materia oggetto di accordo.

Per contro, le misure volte a *incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri* al fine di *favorire l'integrazione dei cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti* nel loro territorio, adottate con procedura legislativa ordinaria, non avrebbero potuto comportare una “qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri” (art. 79.4 TFUE); così come permane un diritto degli Stati membri quello di determinare il volume di ingresso nel loro territorio dei cittadini di paesi terzi, allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo (art. 79.5 TFUE).

Ribadito resta, però, il principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, che dovrebbe valere anche sul piano finanziario. Questo comporterebbe che gli atti legislativi, inerenti alle politiche dell'asilo e dell'immigrazione, contengano sempre misure appropriate per l'applicazione del principio di solidarietà (art. 80 TFUE).

5.1. Lo sviluppo della crisi umanitaria, la posizione degli Stati membri e dell'Unione europea.

Il quadro di riferimento europeo sino al 2014 può avere avuto una certa credibilità, ma già in quell'anno il fenomeno delle migrazioni si era alquanto complicato, essendo il numero delle prime domande di asilo raddoppiato rispetto al 2010 (raggiungendo la soglia di circa 600.000 richieste). Di lì a poco, poi, la situazione sarebbe totalmente cambiata con l'implosione del sistema europeo; infatti, la regolazione europea, che era tarata su una soglia di meno di 300.000 prime domande di asilo all'anno, nel 2015 ha dovuto fronteggiare un numero di prime domande salito a 1.321.600.

Con i fenomeni migratori successivi (dovuti alle primavere arabe, alla nascita dello Stato islamico, alla guerra in Siria, ecc.), sono emerse con chiarezza le difficoltà da parte dell'Unione europea nel sostenimento di una simile emergenza umanitaria e, in conseguenza, alcuni Stati membri sono stati lasciati soli ad affrontare la situazione in questione; in particolare Italia e Grecia, nel tempo, hanno affrontato in maniera sempre più crescente le ondate di immigrazione dai Paesi africani o dal Medioriente, che si verificano ancora oggi, massimamente, via mare.

Soprattutto per quanto riguarda l'accoglienza e il contrasto all'immigrazione clandestina – e in particolar modo i connaturati rischi per le vite umane coinvolte – gli Stati di frontiera, da una situazione di partenza in cui questi operavano del tutto da soli, sono stati successivamente (e temporaneamente) sussidiati dall'Unione, salvo poi, in una terza fase, essere nuovamente “abbandonati”, per tornare a gestire singolarmente tali emergenze, e il ruolo dell'Unione è diventato nuovamente recessivo¹¹².

¹¹² Cfr. P. MORI, *Le politiche relative all'asilo e all'immigrazione tra garanzie giurisdizionali e ragioni della politica*, in *Dir. Un. Eur.*, 2016, 103 ss. Per il caso italiano, ID., *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, 127 ss.

Vi sono stati almeno tre problemi di carattere generale: il primo è di ordine finanziario con riferimento alle risorse di cui disporrebbe l'Unione per questa politica¹¹³, il secondo problema concerne la partecipazione degli Stati membri nella crisi umanitaria, sostanzialmente rimessa a contributi di carattere volontario, e il terzo riguarda la condizione del diritto europeo, nel senso che non appare più sufficiente una armonizzazione dei diritti nazionali e neppure un *Sistema Comune Europeo di Asilo* con una azione di mero sostegno da parte delle Istituzioni. Infatti, l'evoluzione successiva della crisi umanitaria ha mostrato i limiti della politica comune in materia di asilo e immigrazione, e l'insufficienza del diritto dell'Unione europea è apparsa in modo chiaro.

Il punto centrale resta quello della decisione iniziale della creazione di uno *spazio di libertà sicurezza e giustizia* e, in particolare, della necessità di assicurare il permanere di controlli alle frontiere esterne e il venire meno dei controlli alle frontiere interne, come fondamento della libertà di circolazione dei cittadini europei *e di quanti legalmente si trovano sul territorio dell'Unione europea*.

Su questo terreno peraltro l'Unione europea ha messo in discussione i suoi valori, che dovrebbero essere comuni con quelli su cui si fondano anche gli Stati membri e che sono indicati dall'art. 2 TUE, quali appunto il rispetto della dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, disattendendoli al suo interno e nella sua azione esterna.

La prima disposizione che non ha trovato applicazione è il *principio di solidarietà* tra gli Stati membri (artt. 67 e 89 TFUE), e questo ha comportato che la maggior parte degli Stati membri è rimasta estranea alle attività messe in campo dagli Stati membri di frontiera e le Istituzioni europee non sono state in grado di colmare l'assenza di solidarietà mostratasi in questa occasione¹¹⁴. Anzi, vi sono state forti tensioni tra gli Stati membri sul *ricolloccamento* e la *ripartizione* dei richiedenti asilo: alcuni Paesi (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca) hanno rifiutato le quote stabilite dal Consiglio nel 2015, e furono deferiti alla Corte di giustizia.¹¹⁵

Le diverse missioni italiane ed europee nel Mediterraneo ne sono un esempio: da *Mare Nostrum*, iniziata in seguito ad un naufragio particolarmente rilevante dell'ottobre 2013, alle due missioni di matrice europea, quali *Hermes*¹¹⁶ e *Aeneas* nel mar Jonio, per vigilare sulle coste pugliesi e calabresi, alle dall'Operazione *Triton* (originariamente Frontex Plus), condotta nel novembre del 2014 da *Frontex*¹¹⁷, che successivamente avrebbe dato vita all'Agenzia europea della guardia co-

¹¹³ Nonostante la Commissione europea aumentasse i fondi per il *Meccanismo di protezione civile* e l'ECHO (*European Civil Protection and Humanitarian Aid Operations*) e gli Stati membri, insieme all'UE, rafforzassero il *Trust Fund for Africa*, istituito a La Valletta nel 2015 per finanziare progetti di sviluppo e controllo delle frontiere.

¹¹⁴ Cfr. C. DI STASIO, *La Crisi del "Sistema Europeo Comune di Asilo" (SECA) fra inefficienze del sistema Dublin e vacuità del principio di solidarietà*, in *Dir. Un. Eur.*, 202017, 209 ss.; D. ESPAGNO-ABADIE, *La solidarité, une valeur de l'Union européenne*, in *Revue de L'Union Européenne*, 2017, 602 ss.

¹¹⁵ L'attuazione del *meccanismo temporaneo di ricolloccamento* (2015-2017) fu molto faticosa. Questo prevedeva il trasferimento di 160.000 richiedenti asilo dall'Italia e dalla Grecia verso altri Stati membri, ma – come ricordato – diversi Stati membri rifiutarono di rispettare la clausola di solidarietà. Nel settembre 2017, la Corte di giustizia dell'UE respinse i ricorsi di Slovacchia e Ungheria contro le decisioni di ricolloccamento (cause C-643/15 e C-647/15).

¹¹⁶ Lo scopo di questa missione era di contrastare l'immigrazione irregolare da Tunisia, Libia e Algeria verso le coste italiane.

¹¹⁷ V. Commissione europea, COM(2015) 240 final, 13.5.2015 – *Agenda europea sulla migrazione*, che riguarda il c.d. Quadro strategico: ricolloccamenti, hotspot, rafforzamento Frontex, cooperazione esterna; Consiglio europeo, Conclusioni 25-26.6.2015 e 15.10.2015, Impegni politici su hotspot, Frontex, solidarietà.

stiera e di frontiera per il coordinamento del pattugliamento delle frontiere esterne, aeree, marittime e terrestri degli Stati dell'UE e curato l'attuazione degli accordi con i Paesi confinanti con l'Unione europea. In tutte queste missioni, infatti, si sono manifestate insufficienze finanziarie¹¹⁸, mancata adesione di molti Stati membri¹¹⁹ e aumento della mortalità dei migranti, come osservato da *Amnesty International* nel report *Vite alla deriva* del 2014¹²⁰.

Nel frattempo, si era elevato di molto il pericolo del terrorismo con l'ondata migratoria proveniente dai Paesi arabi; l'Italia, in particolare, fu costretta a prendere iniziative autonome con l'istituzione di una nuova missione: *Mare Sicuro*, operativa dal giugno del 2015, che si affianca all'iniziativa europea (il programma di *Frontex*) palesemente inadeguata, per cercare di contenere e controllare il fenomeno migratorio. Infatti, la missione in questione prevedeva lo schieramento di “un dispositivo aeronavale con il compito di svolgere, in applicazione della legislazione nazionale e degli accordi internazionali vigenti, attività di presenza, sorveglianza e sicurezza marittima nel Mediterraneo centrale, a seguito dell'aggravarsi della minaccia terroristica, che ha reso necessario un potenziamento del dispositivo aeronavale dispiegato nel Mediterraneo centrale, al fine di tutelare i molteplici interessi nazionali, oggi esposti a crescenti rischi determinati dalla presenza di entità estremiste, e assicurare coerenti livelli di sicurezza marittima”¹²¹.

Quanto agli accordi con Paesi terzi, che hanno comportato un certo sacrificio dei valori europei, si è assistito al sovrapporsi di azioni europee e di azioni statali: nel primo senso si ricordi l'accordo intercorrente tra Unione europea e Turchia¹²², siglato nel marzo 2016 sull'onda lunga degli imponenti flussi migratori che hanno interessato l'Europa, soprattutto in conseguenza del progredire della guerra in Siria¹²³. Nel secondo verso, invece, si può richiamare l'accordo con la

¹¹⁸ Si pensi che l'operazione *Mare Nostrum* costò all'Italia 9.500.000,00 di euro al mese per 12 mesi; e per le missioni europee le risorse furono di molto inferiori al costo sopportato dall'Italia: per *Triton* i fondi europei non furono superiori ai 2.500.000,00 di euro per mese. Inoltre, le navi facenti capo alla missione *Triton* non effettuano ricerca o salvataggi ad oltre 30 miglia dalla costa: il mandato della missione era infatti quello di controllare le frontiere, venendo a mancare l'esigenza di «garantire la salvaguardia della vita in mare» come era previsto per la missione italiana. Per ulteriori ragguagli v. il nostro *L'Unione europea e la crisi umanitaria*, cit.

¹¹⁹ Essendo la contribuzione per la politica dell'immigrazione su base volontaria, secondo i dettami del principio di solidarietà, solo 15 su 28 Stati aderirono, ossia: Islanda, Finlandia, Norvegia, Svezia, Germania, Paesi Bassi, Francia, Spagna, Portogallo, Italia, Austria, Svizzera, Romania, Polonia, Lituania e Malta.

¹²⁰ Amnesty International, *Vite alla deriva. Rifugiati e migranti a rischio nel mediterraneo centrale*, reperibile su <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/eur050072014it.pdf>.

¹²¹ Ministero della Difesa, *Operazione Mare sicuro* (<http://www.marina.difesa.it/cosa-facciamo/operazioni-in-corso/Pagine/MareSicuro.aspx>).

¹²² V. sul punto il contributo di P. SEEGER, *The EU-Turkey March 2016 Agreement As a Model: New Refugee Regimes and Practices in the Arab Mediterranean and the Case of Libya*, in *Global Turkey in Europe*, December 2016, Working paper 16, che considera l'esperienza turca un modello anche per il caso libico.

¹²³ Come è noto nel corso del 2016 le prime domande di asilo sono state 1.204.280 distribuiti sui 28 Paesi, ma in realtà circa 750.000 ancora in Germania per effetto dell'accoglienza dei profughi siriani. Questo flusso passava dalla Turchia alle isole greche e da qui, lungo i Balcani, sino in Germania. I dati dei primi 4 mesi del 2017 indicano un numero di prime domande, dovute al conflitto siriano, di circa 210.000, che su base annua dovrebbe portare a circa 600.000 prime domande e vede le richieste verso la Germania fortemente ridimensionate ed equilibrate rispetto a quelle degli altri Stati membri. Sull'accordo tra Unione europea e Turchia, v. F. CHERUBINI, *The “EU-Turkey Statement” of 18 March 2016: A (Umpteenth?) Celebration of Migration Outsourcing*, in *Europe of Migrations: Policies, Legal Issues and Experiences*, a cura di S. Baldin, M. Zago, EUT, Trieste, 2017, 33 ss.; F. MAT, *L'implementazione dell'accordo UE-Turchia. Gli effetti sull'accoglienza*, in *Osservatorio Balcani e Caucaso, Occasional paper*, Marzo 2017; G. FERNÁNDEZ ARRIBAS, *The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching up a Major Problem*, in *European Papers*, Vol. 1, 2016, No 3, 1097-1104.

Libia, che è sfociato in un memorandum¹²⁴, volto al fine “di arginare i flussi di migranti illegali e affrontare le conseguenze da essi derivanti”, nel quale, anche qui, risulta evidente lo squilibrio tra l'esigenza di tutela della vita umana, cui l'ordinamento italiano si informa, e quella di evitare nuovi sbarchi sulle coste italiane¹²⁵.

La crisi umanitaria ha mostrato che le soluzioni approntate hanno disarticolato il quadro normativo delineato dai Trattati; e invero, questo avrebbe potuto funzionare bene solo se le domande e gli ingressi dei richiedenti avessero avuto una distribuzione proporzionata tra gli Stati membri e se fossero state rispettate accuratamente anche le condizioni per le diverse forme di richiesta della protezione internazionale.

Ed invece, il sistema disegnato dal diritto europeo, con il Regolamento (UE) N. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 (c.d. Dublino III) non è stato in condizione di funzionare, perché il flusso delle migrazioni non ha avuto una distribuzione proporzionale tra gli Stati membri, ha presentato quantitativi superiori ad ogni previsione, e, per di più, le forme delle richieste di protezione internazionale sono state tali da impedire la solidarietà tra gli Stati membri¹²⁶. I Paesi del gruppo c.d. di *Visegrád* (Polonia, Ungheria, Repubblica Ceca, Slovacchia) hanno praticato un'opposizione sistematica al ricollocamento obbligatorio e alcuni furono deferiti alla Corte di giustizia¹²⁷; altri (Germania, Francia e altri Paesi dell'Europa occidentale) diedero un sostegno limitato alle ricollocazioni, con impegni minori rispetto alle necessità.

Vi è stata una sproporzione degli oneri tra i Paesi di frontiera (Italia, Grecia, Malta, Spagna), chiamati a sopportare gran parte della gestione dovuta alla pressione migratoria, senza meccanismi permanenti ed efficaci di solidarietà e l'assenza di un vero sistema di ripartizione, per cui i ricollocamenti (2015–2017) furono misure temporanee e scarsamente attuate¹²⁸.

Inoltre, gli Stati membri, che non hanno risentito dei flussi, per proteggersi, hanno sospeso gli accordi di Schengen, ripristinato i controlli interni e di fatto mantenuto una linea che li esenta dalla politica comune di asilo; e sempre nella stessa ottica si sono poste barriere fisiche (i muri) lungo

¹²⁴ Il cui testo è reperibile online: www.repubblica.it/esteri/2017/02/02/news/migranti_accordo_italia-libia_ecco_cosa_contiene_in_memorandum-157464439/.

¹²⁵ Questo accordo è stato molto criticato per le violazioni dei diritti umani nei centri di detenzione e lo stesso dicasi per il sostegno alla Guardia costiera libica, per una politica di ritorno forzato dei migranti nei centri di detenzione.

¹²⁶ Si fa riferimento a quanto previsto dall'art. 13 del Regolamento (UE) N. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 (c.d. Dublino III) che ha stabilito i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione) e che riguarda l'ingresso e/o il soggiorno, il quale afferma che “Quando è accertato, sulla base degli elementi di prova e delle circostanze indiziarie ..., che il richiedente ha varcato illegalmente, per via terrestre, marittima o aerea, in provenienza da un paese terzo, la frontiera di uno Stato membro, lo Stato membro in questione è competente per l'esame della domanda di protezione internazionale”, tenendo conto che “Detta responsabilità cessa 12 mesi dopo la data di attraversamento clandestino della frontiera”. V. anche Corte di Giustizia dell'UE sentenza, 26 luglio 2017, C-490/16, *A.S.* e C-646/16, *Jafari*, sull'interpretazione della nozione di ingresso “irregolare” ai fini del Regolamento di Dublino; nonché sentenze C-63/15, *Ghezelbash*; C-155/15, *Karim*, sul diritto del richiedente a contestare lo Stato designato in applicazione del Regolamento Dublino.

¹²⁷ V. Corte di Giustizia dell'UE, 6 settembre 2017, C-643/15 e C-647/15, *Slovacchia e Ungheria contro Consiglio*, in cui la Corte conferma la validità delle decisioni di ricollocamento del 2015.

¹²⁸ V. Consiglio dell'UE, Decisione (UE) 2015/1523, 14.9.2015, Ricollocamento temporaneo di 40.000 richiedenti da Italia e Grecia; Decisione (UE) 2015/1601, 22.9.2015, Ricollocamento temporaneo di ulteriori 120.000 richiedenti.

i confini tra alcuni Stati europei, di cui almeno uno di frontiera (è il caso, ad esempio, di Mentone e Calais, delle frontiere serbo-ungheresi, o di quello tra Slovenia e Croazia)¹²⁹.

Infine, la Corte di giustizia (cause *NS*, C-411/10 e *M.E.*, C-493/10) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, 2011) hanno censurato i trasferimenti verso Paesi incapaci di garantire standard minimi di accoglienza (es. Grecia).

Ovviamente, la discussione sulla riforma del Regolamento di Dublino non si è mai risolta, e la proposta della Commissione (2016) di un "Dublino IV" con meccanismo correttivo obbligatorio non è mai stata approvata per le divisioni interne tra gli Stati membri¹³⁰.

È stato il calo della pressione umanitaria, dovuto essenzialmente alla maggiore rigidità delle politiche migratorie da parte degli Stati membri più esposti, e il silenzio sulle violazioni dei diritti umani a portare, in una qualche misura, la situazione sotto controllo, ma la crisi umanitaria e l'idea di frontiera in Europa restano ancora una questione aperta.

6. *Segue: la pandemia Covid-19, la crisi delle economie europee e le misure per contrastarla.*

Dalla crisi economico-finanziaria in poi, in sostanza, sono mancate le spinte favorevoli all'integrazione e i governi degli Stati membri hanno preferito accentuare il peso dell'Europa intergovernativa, e persino le politiche in parte comunitarizzate, come quella delle immigrazioni, hanno segnato il passo; e contro ha giocato anche il panico causato dall'emergere di forze politiche antieuropee entrate nel Parlamento europeo alle elezioni del 2014 e poi ancora in quelle del 2019. Si sono così sviluppate nell'ordine europeo diverse (ulteriori) *fratture* che hanno attraversato gli Stati membri: i Paesi PIIGS (Portogallo, Italia, Irlanda, Grecia, Spagna), i Paesi frugali (Olanda, Austria, Svezia, Danimarca, Finlandia), le Repubbliche Baltiche (Estonia, Lettonia, Lituania) e, *last, not least*, le democrazie illiberali (Ungheria, Polonia).

In questo frangente le Istituzioni europee sono rimaste intrappolate nella rete dell'*austerità*, con una regolazione pressoché sconosciuta a qualsivoglia Stato federale. Non solo il Patto di Stabilità e Crescita, ma il recupero della normativa del *fiscal compact* all'interno del diritto europeo, con l'intero armamentario della sorveglianza macroeconomica, per controllare i debiti sovrani o i surplus economici, hanno finito con l'impegnare la Commissione, il Consiglio e il Parlamento, ponendoli al servizio dell'Europa intergovernativa e subordinandoli alle finalità di questa, senza più pensare alle sorti del mercato unico, alle relazioni internazionali, alla collocazione dell'Unione e dell'euro nel panorama mondiale, ai diritti fondamentali, alla democrazia europea, ecc.¹³¹

¹²⁹ La necessità di erigere muri e ripristinare i controlli interni è derivata pur sempre dall'articolo 13 del Regolamento 604/2013, per il quale le parole 'attraversamento clandestino' "non sarebbero applicabili a una situazione in cui, a seguito di un afflusso di massa di persone in Stati membri di frontiera, questi ultimi hanno consentito a cittadini di Paesi terzi di entrare e di transitare nel proprio territorio per raggiungere altri Stati membri".

¹³⁰ V. Commissione europea, COM(2016) 197 final, 6.4.2016 – *Riforma del sistema europeo comune di asilo*.

¹³¹ V. S. MANGIAMELI, *Sorveglianza macroeconomica e crisi dell'integrazione politica*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, Special Issue – Quo Vadis Europa?, 2015.

Ora, *questa situazione di impasse è stata – momentaneamente – giustiziata dalla pandemia di Covid-19*. Infatti, il virus ha mostrato i limiti con cui è stato condotto l'approfondimento dell'UEM e le debolezze della mancata revisione dei Trattati con riferimento alla legittimazione democratica, alla centralità del Parlamento europeo nel sistema di governo europeo; così come l'insufficienza dei meccanismi intergovernativi nel contesto della politica economica e monetaria, rispetto alla necessità di rafforzare le politiche europee, a cominciare da quella sanitaria, per la quale il Trattato sul funzionamento prevede un ambito di intervento molto ridotto, che ha nuociuto nel contrasto alla pandemia¹³².

Tuttavia, non è senza significato che la *reazione* alla crisi economico-sociale causata dalla pandemia sia stata *profondamente diversa* da quella precedente contro la crisi economico-finanziaria. Molti commentatori hanno attribuito questa differenza al carattere simmetrico della pandemia rispetto alla crisi del 2010, ma non è solo questo. La pandemia ha reso evidente che dalla risposta alla crisi, per le Istituzioni europee e per gli Stati membri, sarebbe dipesa *la questione internazionale* della collocazione geopolitica dell'UE. Infatti, al di là dei problemi connessi all'origine del virus, sicuramente la pandemia è esplosa nel momento in cui gli Stati Uniti, con la prima amministrazione Trump, stavano ridimensionando il loro interventismo all'estero: dalla Siria all'Afghanistan, ecc.; la Russia pativa ancora le sanzioni e la Cina mostrava un forte protagonismo a livello internazionale. Ebbene, ove fosse mancata una risposta unitaria, il virus avrebbe esposto gli Stati europei a percorrere vie diverse e a infrangere quel poco che restava della politica europea, con esiti negativi per tutti.

Di qui la risposta unitaria degli Stati membri e delle Istituzioni europee. Le misure adottate sono note e possono distinguersi in due differenti gruppi: da un lato si sono collocati i provvedimenti che agiscono sulla legislazione europea che regola il governo dell'economica, come l'azionamento della *clausola di salvaguardia* e la sospensione del PSC¹³³, l'uso a fini di contrasto alla pandemia dei *fondi strutturali*¹³⁴ e la deroga alle regole sugli *aiuti di Stato*¹³⁵; dall'altro, invece, hanno

¹³² All'Unione europea l'art. 6 TFUE, in materia di "tutela e miglioramento della salute umana", riconosce "la competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri"; e l'art. 168 TFUE circonda questa competenza con particolari vincoli e, in particolare, esclude la possibilità che in questo ambito possa esservi "qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri" (para. 5), essendo ammissibili nella "sanità pubblica" solo delle raccomandazioni adottate dal Consiglio, su proposta della Commissione.

¹³³ V. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, *Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak*, of 13.3.2020, COM(2020) 112 final, 11; e ancora la Comunicazione della Commissione al Consiglio sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del Patto di stabilità e crescita, del 20 marzo 2020, COM(2020) 123 final. È bene avvertire che la clausola di salvaguardia generale non sospende le procedure del patto di stabilità e crescita; semplicemente consente alla Commissione e al Consiglio di adottare le necessarie misure di coordinamento delle politiche nel quadro del patto, discostandosi dagli obblighi di bilancio che normalmente si applicherebbero (S. HAUPTMEIER, N. LEINER-KILLINGER, *Reflections on the Stability and Growth Pact's Preventive Arm in Light of the COVID-19 Crisis*, in *Intereconomics* 2020, 5, 296-300).

¹³⁴ L'Eurogruppo, accogliendo con favore la proposta della Commissione per una "Corona Response Investment Initiative", conviene sulla necessità di attuare quanto prima le necessarie modifiche legislative dei regolamenti di disciplina dei fondi strutturali; ed in effetti nei giorni successivi vengono adottati due regolamenti: il Regolamento (UE) 2020/460 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 marzo 2020, (che modifica i regolamenti (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013 e (UE) n. 508/2014 per quanto riguarda misure specifiche volte a mobilitare gli investimenti nei sistemi sanitari degli Stati membri e in altri settori delle loro economie in risposta all'epidemia di CO-

trovato posto la formazione di strumenti specifici di livello europeo, definiti come le tre reti di salvaguardia, per i lavoratori, le imprese e gli Stati, e cioè il SURE¹³⁶ (*Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*) che opera come un ammortizzatore sociale¹³⁷, il *Pan-European Guarantee Fund* (EGF) presso la BEI¹³⁸, soprattutto a favore delle piccole e medie imprese, e la linea di credito MES per le spese sanitarie pubbliche (*ESM Pandemic Crisis Support*)¹³⁹.

VID-19 (Iniziativa di investimento in risposta al coronavirus)) e il Regolamento (UE) 2020/558 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2020 (che modifica i regolamenti (UE) n. 1301/2013 e (UE) n. 1303/2013 per quanto riguarda misure specifiche volte a fornire flessibilità eccezionale nell'impiego dei fondi strutturali e di investimento europei in risposta all'epidemia di COVID-19), con i quali il legislatore dell'Unione modificava i quadri normativi pertinenti, per consentire agli Stati membri di mobilitare tutte le risorse non utilizzate dei Fondi strutturali e d'investimento europei, in modo da poter far fronte alle eccezionali conseguenze della pandemia di COVID-19, con una maggiore flessibilità nell'attuazione dei programmi e una procedura semplificata che non richieda una decisione della Commissione per le modifiche dei programmi operativi (Regolamento 2020/460). Inoltre, al fine di alleviare l'onere che i bilanci pubblici devono sostenere per rispondere alla crisi sanitaria pubblica, gli Stati membri possono chiedere che, nel periodo contabile 2020-2021, ai programmi della politica di coesione sia applicato un tasso di cofinanziamento del 100 %, a carico del bilancio dell'Unione, conformemente agli stanziamenti di bilancio e subordinatamente ai fondi disponibili (Regolamento 2020/558).

¹³⁵ Pochi giorni dopo la Comunicazione del 13 marzo 2020 (COM(2020) 112), la Commissione avrebbe adottato un'altra Comunicazione on *Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak*, 19 March 2020, C(2020) 1863 final.

¹³⁶ Il "Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency" (SURE) rappresenta una delle tre reti di sicurezza (quella per i lavoratori) e consente un'assistenza finanziaria dell'Unione, inizialmente fino a 100 miliardi di EUR sotto forma di prestiti dell'Unione agli Stati membri interessati (V. la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale europea, alla Banca europea per gli investimenti e all'Eurogruppo, *Coordinated economic response to the COVID-19 Outbreak*, of 13.3.2020, COM(2020) 112 final; v. inoltre Commissione europea, *Proposal for a Council Regulation on the establishment of a European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency (SURE) following the COVID-19 outbreak*, 2.4.2020, COM(2020) 139 final; nonché il Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020, istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito della pandemia di Covid-19).

¹³⁷ V. K. CROONENBORGH, *The European instrument for temporary support to mitigate unemployment risks in an emergency SURE*, in *EU Law Live*, 2020, May 30, 1.

¹³⁸ Anche il EGF fa parte del pacchetto globale di misure approvato dal Consiglio europeo il 23 aprile 2020 e costituisce una rete di sicurezza a favore delle imprese e, in particolare, delle PMI (v. le Conclusioni del Presidente del Consiglio europeo dopo la videoconferenza dei membri del Consiglio europeo, 23 aprile 2020, *Dichiarazioni e osservazioni*, 251/20, 23/04/2020). Su iniziativa dell'Eurogruppo (in formato inclusivo del 7-9 aprile 2020, 17 aprile 2020, ecfin.cef.cpe(2020)2329436, *Report by the Eurogroup, in inclusive format, on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, 5/6, point 15) è stato istituito un fondo di garanzia paneuropeo di 25 miliardi di EUR, che potrebbe sostenere 200 miliardi di EUR in finanziamenti per le imprese con un focus sulle PMI, in tutta l'UE, tramite banche di promozione nazionali.

¹³⁹ Per quanto riguarda il MES, si è ritenuto possibile basare il sostegno alla crisi pandemica sulla linea di credito precauzionale ECCL (*enhanced conditions credit line*) già esistente, adattandola a questa sfida specifica. L'unico requisito per accedere alla linea di credito sarebbe stato l'impegno degli Stati membri dell'area dell'euro a utilizzare questa linea di credito per il finanziamento interno dei costi diretti e indiretti relativi all'assistenza sanitaria, alla cura e alla prevenzione dovuti alla crisi Covid-19. L'ammontare complessivo del credito che verrebbe concesso sarebbe pari al 2% del PIL del rispettivo Stato membro, prendendo la fine del 2019 come parametro di riferimento. La linea di credito dovrebbe risultare disponibile fino alla fine della crisi Covid-19 (Lettera conclusiva del Presidente dell'Eurogruppo ai membri dell'Eurogruppo in formato inclusivo, sull'Eurogruppo in formato inclusivo del 7-9 aprile 2020, 17 aprile 2020, ecfin.cef.cpe(2020)2329436, *Report by the Eurogroup, in inclusive format, on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*, 5/6).

A fianco di questi due tipi di intervento si sono situati poi, da un lato, il nuovo *Quantitative Easing* della BCE¹⁴⁰ e, dall'altro, il *Recovery Fund* Next Generation EU¹⁴¹ con il rafforzamento del Bilancio europeo (QFP 2021-2027) che viene considerato lo strumento principale per l'azione di *recovery* dell'Unione.¹⁴²

Non è necessario in questa sede esaminare partitamente le singole misure e gli strumenti messi in campo per il contrasto alla pandemia di Covid-19. Qui rileva considerare che molti dei pregiudizi che avevano condizionato la ripresa dell'Unione europea dopo la crisi economico-finanziaria, come l'emissione di titoli europei e la formazione di debito comune, sono stati – come d'incanto – superati¹⁴³, e ciò ha fatto pronunciare al ministro francese *Bruno Le Maire* la frase: “l'Europa deve dimostrare che ha imparato la lezione di ciò che non ha saputo fare dieci anni fa”; e in questo spirito – appena finita la pandemia – è stata lanciata anche la “Conferenza sul futuro dell'Europa” (2021/22)¹⁴⁴, la cui attività ha cercato di coinvolgere, oltre alle Istituzioni, anche i cittadini europei¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Il 13 marzo 2020 la BCE annuncia la ripresa del *Quantitative easing* che viene subito potenziato dai 130 miliardi iniziali ai 750 miliardi nella seduta tra il 18 e 19 marzo con un programma *Outright monetary transactions* (Omt), denominato “*Pandemic emergency purchase programme*” (Pepp) (v. il Comunicato stampa del 18 marzo 2020 della BCE che ha annunciato il PEPP).

¹⁴¹ La proposta del Fondo di recupero, la cui idea ha ricevuto nel tempo ripetuti consensi, dal Consiglio europeo (23 aprile 2020) e dall'Eurogruppo (7-9 aprile e 14 maggio 2020), è stata presentata dalla Commissione con la Comunicazione del 27 maggio 2020, dal titolo significativo: “Il momento dell'Europa: ripara e preparati per la prossima generazione” (La Commissione avrebbe dovuto presentare alcune proposte al riguardo e lo ha fatto con la Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Europe's moment: Repair and Prepare for the Next Generation*, 27 maggio 2020, COM(2020) 456 final). Il Consiglio europeo, nella riunione straordinaria del luglio 2020, ha approvato la comunicazione della Commissione, che autorizza la Commissione a prendere in prestito fondi, a nome dell'Unione europea, sui mercati dei capitali e a trasferire i proventi ai programmi dell'Unione in conformità con *Next Generation EU* (Consiglio europeo straordinario del 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020 – Conclusioni, 21 luglio 2020, EUCO 10/20, p.to A3). Questo piano, in definitiva, non sarebbe da considerare solo come un piano economico, ma come un progetto con un significato politico molto importante, poiché si impegnerebbe anche per una ripresa basata sui valori dell'UE e sui diritti fondamentali, compresi i diritti sociali, e per garantire una presenza più forte dell'Europa nel mondo. In particolare, si prevede che *Next Generation EU* sarà un nuovo strumento di recupero da 750 miliardi di euro, integrato in un bilancio dell'UE a lungo termine più potente e moderno, anche perché i fondi raccolti dovrebbero essere rimborsati attraverso i futuri bilanci dell'UE, non prima del 2028 e non dopo il 2058. I fondi presi in prestito possono essere utilizzati per prestiti fino a 360 miliardi di euro e spese fino a 390 miliardi di euro e gli importi dovuti dall'Unione in un dato anno per il rimborso del capitale non superano il 7,5% dell'importo massimo di 390 miliardi di euro per le spese (Consiglio europeo straordinario del 17, 18, 19, 20 e 21 luglio 2020 – Conclusioni, 21 luglio 2020, EUCO 10/20, p.to A8). Gli impegni giuridici di un programma completato dall'NGEU saranno effettuati entro il 31 dicembre 2023 e i relativi pagamenti saranno effettuati entro il 31 dicembre 2026. Per ulteriori ragguagli v. S. MANGIAMELI, *Covid-19 and European Union – The answer to the health crisis as a way for resuming the process of European integration*, in *Italian Papers on Federalism*, Rivista giuridica on-line – Issirfa – Cnr, n. 1/2021, 17 ss.;

¹⁴² Quando nel luglio del 2020, dopo la decisione del Consiglio europeo, si aprì la discussione sul *Recovery fund*, questo fu sin da subito collegato al bilancio dell'UE, nel senso che il fondo sarebbe stato gestito attraverso il bilancio, con il metodo comunitario e con la partecipazione del Parlamento europeo e in connessione con la realizzazione della transizione verde, di quella digitale e delle sei priorità disegnate dalla Commissione, secondo la strategia (2021-2030). L'ammontare del bilancio, comprensivo del NGEU, avrebbe raggiunto la somma di 1.850 miliardi di euro. Si v. il *Multiannual Financial Framework 2021-2027 And Next Generation Eu (Commitments, in 2018 prices)*, allegato al Comunicato stampa, *Multiannual financial framework for 2021-2027 adopted*, 969/20, 17/12/2020.

¹⁴³ Per un approfondimento v. il nostro *Covid-19 and European Union – The answer to the health crisis as a way for resuming the process of European integration*, cit.

¹⁴⁴ Proposta inizialmente dal Presidente francese Emmanuel Macron, con una lettera (*Pour une Renaissance européenne*, 4 mars 2019) inviata a tutti i cittadini d'Europa, la Conferenza sul futuro dell'Europa è stata prevista nel programma

Gli esiti di questa, espressi nel rapporto del febbraio 2022¹⁴⁶, hanno indicato un indirizzo di forte coesione, diverso da quello prevalentemente paventato dai governi, e una domanda di “più Europa”. Dal canto suo, il Parlamento europeo, con la risoluzione del 22 novembre 2023, ha espresso i propri Progetti intesi a modificare i trattati, ma la proposta di revisione di questi è stata procrastinata a causa del conflitto russo-ucraino e della crisi energetica che questa ha rovesciato sugli Stati membri dell'Unione europea.

7. *Segue: la crisi energetica, la guerra russo-ucraina e la politica estera e di sicurezza comune.*

Il primo effetto del conflitto russo-ucraino, apertosi il 20 febbraio del 2022, anche se esterno all'Unione europea, fu mettere in discussione uno dei pilastri portanti della costruzione europea, mantenuta persino negli anni della guerra fredda, e cioè la *pax europea*. La prima conseguenza per gli Stati membri dell'Unione europea è stata la crisi energetica.¹⁴⁷

Venuto meno il dialogo con la Russia, che aveva fatto sperare in un'attrazione di questa verso l'Europa, la guerra segnò la fine di un'ipotesi di collaborazione e, almeno al momento, determinò l'allontanamento della Russia e del suo mondo dalle relazioni europee.

presentato al Parlamento europeo da Ursula von der Leyen, Candidata alla Presidenza della Commissione europea, *A Union that strives for more. My agenda for Europe*, Political Guidelines for the next European Commission 2019-2024, 4. Successivamente, la Commissione si predispose per formalizzare l'impegno (Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Shaping the Conference on the future of Europe*, 22.1.2020, COM(2020) 27 final), ma a causa della pandemia l'insediamento, inizialmente previsto per il 9 maggio 2020, è stato rinviato. Tuttavia, le tre Istituzioni: PE, Commissione e Consiglio dell'UE (European Parliament, Resolution on the European Parliament's position on the Conference on the Future of Europe, 18 Giugno 2020, P9TA(2020)0153; European Commission, Communication “Europe’ moment: repair and prepare for the next generation”, 27 Maggio 2020, COM(2020)456 final, 15; Council of the EU, 24 June 2020, Doc. 9102/20, para 2.) e alcuni Stati membri: Germania e Francia (French-German Initiative for the European Recovery from the Coronavirus Crisis, 18 May 2020) hanno rilanciato già nel corso del 2020 l'impegno per la Conferenza. Nella Dichiarazione si afferma che “la Conferenza è un’iniziativa comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione europea, che agiscono in qualità di partner paritari insieme agli Stati membri dell'Unione europea. In quanto firmatari della presente dichiarazione comune, ci impegniamo a collaborare durante tutta la conferenza e a destinare le risorse necessarie a tale iniziativa”.

¹⁴⁵ Nella primavera del 2021 i Presidenti delle tre Istituzioni europee (PE, Commissione europea e Consiglio dell'UE) hanno sottoscritto una “Dichiarazione Comune sulla Conferenza sul Futuro dell'Europa”, che reca il titolo “Dialogo con i cittadini per la democrazia — Costruire un'Europa più resiliente” (Per la Dichiarazione congiunta del 10 marzo 2021 è stata pubblicata nella GU dell'UE 18.03.2021 (2021/C 91 I/01), e si può consultare al seguente indirizzo: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32021C0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32021C0318(01)), e hanno così posto sotto l'egida delle tre Istituzioni la Conferenza, di cui hanno assunto la *Presidenza congiunta* (art.1 Regolamento interno della Conferenza sul futuro dell'Europa)

¹⁴⁶ Il report è stato curato dall'advisor Kantar Public (*The future is in your hands. Make your voice heard. Multilingual Digital Platform of the Conference on the Future of Europe*, Report February 2022) e non impegna direttamente la Conferenza, ma certamente non può essere molto lontano dalle discussioni in seno alla Conferenza e tra i cittadini europei. Questi hanno dato già diverse indicazioni sui diversi argomenti considerati: cambiamento climatico e ambiente; salute; una più forte economia, giustizia sociale e lavoro; l'Unione europea nel mondo; valori e diritti, rule of law (Stato di diritto), sicurezza; trasformazione digitale; democrazia europea; migrazioni; istruzione, cultura, giovani e sport.

¹⁴⁷ V. T. A. BÖRZEL, *European Integration and the War in Ukraine: Just Another Crisis?*, in *Journal of Common Market Studies* 2023, 14 ss.

La Commissione europea lanciò nel maggio 2022 il programma *REPowerEU*, con un piano che avrebbe tre obiettivi principali: *risparmio energetico*, *diversificazione delle forniture* e *accelerazione delle energie rinnovabili*¹⁴⁸. Questo programma, che passò dopo il rifiuto di istituire un fondo per l'energia ex art. 122, para. 1, TFUE, ha segnato la risposta ufficiale dell'UE al rischio geopolitico rappresentato dall'eccessiva dipendenza energetica dalla Russia, con una *Road Map* che avrebbe dovuto comportare la dismissione del gas russo alla fine del 2025 e la chiusura completa nel 2027 di ogni fornitura del petrolio e del combustibile nucleare russo; per contro, gli Stati membri avrebbero dovuto presentare *piani nazionali* entro il 1° marzo 2026, contenenti misure e tempi per ridurre importazioni russe¹⁴⁹.

L'interruzione degli approvvigionamenti di gas e petrolio dalla Russia ha creato grandi difficoltà, perché il rialzo dei prezzi energetici ha comportato una riduzione della crescita del PIL e per molti Stati europei anche il passaggio a una condizione di recessione.

L'intera vicenda energetica è stata affrontata a livello intergovernativo, nonostante nei Trattati l'energia sia una materia di competenza concorrente (art. 4 TFUE), considerata essenziale ai fini del funzionamento del mercato interno e dell'esigenza di preservare e migliorare l'ambiente; inoltre, la politica dell'Unione nel settore dell'energia sarebbe intesa in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, per garantire il funzionamento del mercato dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, per il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, e per l'interconnessione delle reti energetiche (art. 194 TFUE).

Si comincia nella seduta straordinaria del 24 febbraio del 2022, in cui il Consiglio europeo invitava la Commissione a presentare misure di emergenza per affrontare la situazione del mercato dell'energia; il 28 febbraio è la volta del Consiglio dell'UE con la riunione dei ministri dell'Energia. Nel Consiglio europeo dell'11 e 12 marzo 2022, nel corso di una riunione informale, si affrontava il problema della sicurezza degli approvvigionamenti energetici alla luce della situazione in Ucraina e dell'obiettivo della neutralità climatica per il 2050 e si invitò la Commissione a presentare, entro la fine di marzo 2022, un piano per garantire la sicurezza dell'approvvigionamento e prezzi dell'energia accessibili. Il 23 marzo la Commissione presentava la proposta di regolamento (COM(2022) 135 final) concernente misure volte a garantire la sicurezza e l'approvvigionamento del gas¹⁵⁰. Nel Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2022 si prendevano in considerazione misure per attenuare l'impatto sui prezzi dell'energia e garantire l'approvvigionamento energetico.

Dopo la sospensione da parte di *Gazprom* delle forniture di gas ad alcuni Stati membri dell'UE, si sono tenute diverse riunioni del Consiglio (2 e 11 maggio) per definire un accordo con il Parlamento europeo che viene raggiunto il 19 maggio su una proposta relativa allo stoccaggio del gas.

¹⁴⁸ Consultabile all'indirizzo https://commission.europa.eu/topics/energy/repowerEU_it.

¹⁴⁹ Al momento è in discussione una proposta per anticipare di un anno (2026, anziché 2027) la fine delle forniture petrolifere da parte della Russia.

¹⁵⁰ La proposta della Commissione era volta a modificare due regolamenti vigenti, il regolamento (UE) 2017/1938 concernente misure volte a garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di gas e il regolamento (CE) n. 715/2009 relativo alle condizioni di accesso alle reti di trasporto del gas naturale.

Successivamente ad ogni riunione del Consiglio europeo (straordinaria o ordinaria) di maggio e giugno 2022, le proposte discusse riguardavano la riduzione progressiva dell'importazione di petrolio dalla Russia. Successivamente era approvato il Regolamento del Parlamento e del Consiglio sullo stoccaggio del gas¹⁵¹; il 5 agosto 2022 il Consiglio, avvalendosi della disposizione dell'art. 122, para. 1, TFUE,¹⁵² adottava un Regolamento sulla riduzione della domanda di gas del 15%¹⁵³ e a fine settembre un altro Regolamento relativo a un intervento di emergenza per far fronte al rincaro dei prezzi dell'energia¹⁵⁴. Così si andava avanti sino alla fine del 2022, quando il 14 dicembre i negoziatori del Consiglio e del Parlamento europeo raggiunsero un accordo provvisorio sulla proposta *REPowerEU* della Commissione¹⁵⁵.

Anche nell'anno successivo la gestione della politica energetica non cambia e il suo carattere intergovernativo viene solo di tanto in tanto intercalato da qualche regolamento del Consiglio per prorogare quelli già adottati e, in un caso, da un regolamento del Parlamento e del Consiglio solo per modificare atti legislativi europei pregressi¹⁵⁶. Nei due anni seguenti la situazione resta immutata, e si deve registrare il fatto che non vi è stato alcun intervento significativo nella politica energetica da parte del Parlamento europeo¹⁵⁷ e neppure una qualche proposta sull'energia di una politica comune europea, anche a titolo sussidiario, nonostante la rilevanza strategica che questa potrebbe avere sugli Stati membri.

7.1. *Segue: la politica estera e di sicurezza comune.*

La guerra ha mostrato non solo i limiti delle disposizioni dei Trattati sul settore energetico, ma anche quelli delle politiche intergovernative derivanti dal mero coordinamento degli Stati membri¹⁵⁸.

¹⁵¹ Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) 2017/1938 e (CE) n. 715/2009 per quanto riguarda lo stoccaggio del gas, 24 giugno 2022, PE-CONS 24/22.

¹⁵² Art. 122, para. 1, TFUE: "Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, *in particolare nel settore dell'energia*".

¹⁵³ REGOLAMENTO DEL CONSIGLIO relativo a misure coordinate di riduzione della domanda di gas (11568/22).

¹⁵⁴ REGOLAMENTO DEL CONSIGLIO relativo a un intervento di emergenza per far fronte al rincaro dei prezzi dell'energia 30 settembre 2022, 12999/22.

¹⁵⁵ Che mira a rafforzare l'autonomia strategica dell'Unione diversificando l'approvvigionamento energetico e potenziando l'indipendenza e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione.

¹⁵⁶ V. REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL amending Regulations (EU) 2019/943 and (EU) 2019/942 as well as Directives (EU) 2018/2001 and (EU) 2019/944 to improve the Union's electricity market design, 19 December 2023, 16964/23.

¹⁵⁷ Nel frattempo che si riduce la dipendenza dalla Russia, sotto l'egida della sicurezza energetica e della diversificazione, l'UE si è impegnata in accordi pluriennali per il gas liquefatto americano e l'Italia, in particolare, ha sottoscritto accordi con gli USA per garantire flussi regolari di LNG (*Liquefied Natural Gas*). Inoltre, l'UE, nonostante le obiezioni di Austria, Spagna e Danimarca, ha confermato che gas e nucleare possono essere considerati investimenti "verdi" (sotto certe condizioni).

¹⁵⁸ V. G. BOSSE, *The EU's Response to the Russian Invasion of Ukraine: Invoking Norms and Values in Times of Fundamental Rupture* in *Journal of Common Market Studies* 2024, 1222-1238.

Inoltre, la guerra, anche per la durata che sta avendo, ha avuto la capacità di catalizzare l'attenzione delle Istituzioni e dei governi degli Stati membri, ponendo al centro del dibattito la *Politica Estera e di Sicurezza Comune* (PESC).

Le confrontazioni di carattere geopolitico, caratterizzanti questa fase storica, sembrano imporre all'Europa un'impostazione unitaria della politica estera e della difesa comune e non in modo occasionale, ma strutturale; in collaborazione con la Nato, ma autonoma e, per quanto possibile, autosufficiente, soprattutto alla luce delle prese di posizione dell'amministrazione statunitense¹⁵⁹.

In questi anni di guerra l'Unione europea ha provato a convergere con misure comuni in campo energetico, accelerando le previsioni di indipendenza dalle fonti energetiche russe, e a realizzare – anche se modeste – spese militari comuni per il sostegno all'Ucraina¹⁶⁰, oltre ad agire in modo coordinato con le sanzioni nei confronti della Russia di Putin¹⁶¹; ha anche attivato una politica umanitaria verso i profughi ucraini, con l'aiuto del meccanismo di protezione temporanea¹⁶².

Tutto ciò, però, non costituisce ancora una politica estera e di difesa europea. Perché ciò si possa compiere, occorre trasformare la struttura della PESC e, per realizzare tale trasformazione, è necessario passare da una politica fondata sull'interesse comune degli Stati membri a una politica basata sull'interesse generale dell'Unione europea.

In tal senso, è appena il caso di sottolineare che l'"interesse comune" degli Stati membri e l'"interesse generale" dell'UE non sono comparabili¹⁶³, come dimostra anche l'adozione della "bussola strategica" nella politica di difesa comune¹⁶⁴.

¹⁵⁹ V. D. GENINI, *How the war in Ukraine has transformed the EU's Common Foreign and Security Policy*, in *Yearbook of European Law*, 2025, 1–43; J.-H. MORGENSTERN-POMORSKI, *Reaching for the threshold? Assessing institutional maturity in EU foreign policy*, in *European Security* 2024, 517–536.

¹⁶⁰ V. M. G. AMADIO VICERÉ, *EU Foreign Policy Integration at Times of War: From Short-Term Responses to Long-Term Solutions*, in *LAI Commentaries* 22/63 - December 2022; N. HELWIG, *EU Strategic Autonomy after the Russian Invasion of Ukraine: Europe's Capacity to Act in Times of War*, in *Journal of Common Market Studies* 2023, 57–67; L. SIMÓN, *European strategic autonomy and defence after Ukraine*, ARI 74/2022, 28 November 2022; E. MICHAELS & M. SUS, *(Not) Coming of age? Unpacking the European Union's quest for strategic autonomy in security and defence*, in *European Security* 2024, 383–405.

¹⁶¹ L'UE ha già varato 18 pacchetti di sanzioni nei confronti della Russia ed è stato preparato anche il 19° pacchetto. La base giuridica è data dall'art. 29 TUE, in base al quale il Consiglio "adotta decisioni che definiscono la posizione dell'Unione su una questione particolare di natura geografica o tematica", quando le misure restrittive prevedono l'interruzione o la riduzione, totale o parziale, delle relazioni economiche e finanziarie con uno o più paesi terzi, oppure nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali, la base giuridica è l'art. 215 TFUE e le misure si attuano con una decisione del Consiglio e il Parlamento europeo è informato.

¹⁶² V. Conclusioni del Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2022, Bruxelles, 25 marzo 2022 (OR. en) EUCO 1/22 CO EUR 1 CONCL 1.

¹⁶³ Gli esempi di oggetti che sostanziano già l'"interesse generale" dell'Unione sono molteplici. Solo per citarne alcuni, si pensi all'unione doganale, alla politica commerciale, alla regolamentazione della concorrenza, alla politica monetaria. Molti altri ve ne dovrebbero rientrare adesso, insieme alla politica estera e di sicurezza comune, perché si possa stabilizzare l'assetto europeo di fronte a *shock* come la crisi economica, la pandemia, le migrazioni, i problemi dell'energia e del cambiamento climatico e le guerre.

¹⁶⁴ V. Consiglio dell'Unione europea, risultati dei lavori, *Una bussola strategica per la sicurezza e la difesa – Per un'Unione europea che protegge i suoi cittadini, i suoi valori e i suoi interessi e contribuisce alla pace e alla sicurezza internazionali*, Bruxelles, 21 marzo 2022 (OR. en) 7371/22, in cui la difesa comune resta una questione di "interesse comune", con le decisioni prese ancora all'unanimità. Bisogna, tuttavia, considerare che con questo atto si identificano quattro priorità (*Act – Secure – Invest – Partner*) per l'UE nel campo della PESC/PESD: migliorare la capacità d'azione, anticipare le minacce, investire in modo massiccio sulla difesa, consolidando le filiere industriali strategiche europee, rafforzare la collaborazione con organizzazioni internazionali e partner che condividono la stessa visione strategica (v. A. RUFFO, *La difesa europea (PSDC) e la Costituzione italiana alla prova della Bussola Strategica 2022*, in *federalismi.it*, 2024). La bussola strategica è

L'Europa dei Capi di Stato e di Governo, invero, ha fatto fallire i punti salienti del processo d'integrazione, a partire dalla Comunità europea di difesa, nel 1954, rispetto alla quale la ripresa di una *politica estera comune* e di una *politica di difesa e sicurezza comune* è ancora molto primitiva e insufficiente rispetto alle sfide contemporanee, del terrorismo, delle migrazioni, delle emergenze di ogni genere comprese quelle pandemiche e, soprattutto, rispetto alla confrontazione geopolitica che sta caratterizzando sempre più le fratture della globalizzazione¹⁶⁵.

Appare indubbio che l'inserimento del *Consiglio europeo* nel disegno istituzionale europeo servi soprattutto a costruire il secondo pilastro della politica estera e di sicurezza comune (PESC), affidata interamente a metodi intergovernativi e di qui la permanente debolezza dell'integrazione in questo ambito.

Anche con l'istituzione dell'*Alto rappresentante per la politica estera e di sicurezza comune*, con il Trattato di Amsterdam, la situazione non è cambiata affatto. Infatti, non si può parlare di questo come di un Ministro degli esteri dell'Unione europea, neppure dopo che il Trattato di Lisbona ha previsto che l'Alto rappresentante “guida la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione” (art. 18, para. 2, TUE) e che lo stesso “è uno dei vicepresidenti della Commissione” (art. 18, para. 4, TUE) e presiede il Consiglio “Affari esteri” (art. 27, para. 1, TUE). Infatti, nel primo caso l'Alto rappresentante agisce in qualità di “mandatario del Consiglio” e come sappiamo bene, una nozione – quella di mandatario – ben diversa da quella di rappresentante; nel secondo caso, poi, la vicepresidenza della Commissione costituisce un'altra ipoteca sull'autonomia della Commissione europea, in quanto assorbe le “responsabilità che incombono a tale istituzione nel settore delle relazioni esterne”, ed infine, la presidenza del Consiglio “Affari esteri” è funzionale al potere di proposta per l'elaborazione della politica estera e di sicurezza comune¹⁶⁶ e al compito di assicurare l'attuazione delle decisioni adottate dal Consiglio europeo e dal Consiglio (art. 27, para. 1, TFUE), per il quale questo si avvale di un “servizio europeo per l'azione esterna” (art. 27, para. 3, TFUE)¹⁶⁷.

Peraltro, non va dimenticato che per l'Alto rappresentante, per quanto questo sia soggetto, insieme al Presidente della Commissione e agli altri membri di questa, “ad un voto di approvazione del Parlamento europeo”, il Consiglio europeo può porre fine al suo mandato mediante la mede-

stata considerata il passo più importante verso una *difesa europea più autonoma*, pur in sinergia con la NATO, con il superamento dell'approccio “reazionario” (rispondere alle crisi caso per caso) verso una *strategia proattiva* della difesa. Ha contribuito a legittimare l'uso di *European Funds* (EPF, EDF) per forniture militari e a normalizzare il dibattito sulla dimensione *hard power* dell'UE, secondo le dichiarazioni della Presidente della Commissione europea al Forum di Davos del 2020 (“L'Europa ha anche bisogno di capacità militari credibili”).

¹⁶⁵ Va ricordato che l'art. 1 del Trattato CED disponeva “Par le présent Traité les Hautes Parties Contractantes instituent entre Elles une *Communauté Européenne de Défense*, de caractère supranational, comportant des institutions communes, des Forces armées communes et un budget commun.” E il successivo art. 38 gettava le basi di una Europa politica, federale o confederale e democratica.

¹⁶⁶ Infatti, “il Consiglio delibera su proposta dell'alto rappresentante, previa consultazione del Parlamento europeo e previa approvazione della Commissione” (art. 27, para. 3, TFUE).

¹⁶⁷ “Il servizio lavora in collaborazione con i servizi diplomatici degli Stati membri ed è composto da funzionari dei servizi competenti del segretariato generale del Consiglio e della Commissione e da personale distaccato dai servizi diplomatici nazionali. L'organizzazione e il funzionamento del servizio europeo per l'azione esterna sono fissati da una decisione del Consiglio” (art. 27, para. 3, TFUE).

sima procedura di nomina, e cioè con una deliberazione a maggioranza qualificata e con l'accordo del Presidente della Commissione.

Il Trattato sull'Unione europea, al Titolo V, invero, affida l'azione esterna, e in particolare quella attinente alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione, al Consiglio europeo, in quanto spetta a questo individuare “gli interessi e obiettivi strategici dell'Unione sulla base dei principi e degli obiettivi enunciati” dal Trattato, fissare gli *orientamenti generali* e prendere le *decisioni*, che definiscano *azioni* da intraprendere e *posizioni* da assumere (art. 25 TUE)¹⁶⁸; e da queste decisioni risultano esclusi tanto la Commissione, quanto il Parlamento europeo¹⁶⁹, giacché il Consiglio europeo decide sulla base delle raccomandazioni del Consiglio (art. 22 TUE).

Il Trattato, inoltre, pur delineando una competenza ampia per la “materia” *della politica estera e di sicurezza comune*, in quanto riguarderebbe “tutti i settori della politica estera e tutte le questioni relative alla sicurezza dell'Unione, compresa la definizione progressiva di una politica di difesa comune che può condurre a una difesa comune”, fa somigliare questa competenza ad una forma di semplice coordinamento tra gli Stati membri¹⁷⁰, al fine di rafforzare la loro cooperazione sistematica per la conduzione delle loro politiche (art. 25 TUE). Anche i mezzi di attuazione, nonostante il Trattato dica che “la politica estera e di sicurezza comune è attuata dall'alto rappresentante e dagli Stati membri, ricorrendo ai mezzi nazionali e a quelli dell'Unione” (art. 26 TUE), in realtà non possono che essere nazionali e qui già il trattato finisce con l'imputare all'Unione azio-

¹⁶⁸ E, in questo ambito, il Consiglio europeo si rapporta con un Comitato politico e di sicurezza chiamato a “controllare la situazione internazionale nei settori che rientrano nella politica estera e di sicurezza comune” e a contribuire “a definire le politiche formulando pareri per il Consiglio, a richiesta di questo, dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza o di propria iniziativa”, nonché a controllare “l'attuazione delle politiche concordate, fatte salve le competenze dell'alto rappresentante”. Il Comitato ha anche, sotto la responsabilità del Consiglio e dell'alto Rappresentante, il controllo politico e la direzione strategica delle operazioni di gestione delle crisi previste all'articolo 43 (art. 38 TUE).

¹⁶⁹ Sul ruolo del Parlamento europeo nella PESC, si rinvia al nostro *Il ruolo del Parlamento europeo nella PESC, alla luce delle innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona*, in *Il “dialogo” tra parlamenti: obiettivi e risultati*, a cura di C. Decaro e N. Lupo, LUISS University Press, Roma, 2009; v. comunque l'art. 36 TUE che prevede: “L'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza consulta regolarmente il Parlamento europeo sui principali aspetti e sulle scelte fondamentali della politica estera e di sicurezza comune e della politica di sicurezza e di difesa comune e lo informa dell'evoluzione di tali politiche. Egli provvede affinché le opinioni del Parlamento europeo siano debitamente prese in considerazione. // Il Parlamento europeo può rivolgere interrogazioni o formulare raccomandazioni al Consiglio e all'alto rappresentante. Esso procede due volte all'anno ad un dibattito sui progressi compiuti nell'attuazione della politica estera e di sicurezza comune, compresa la politica di sicurezza e di difesa comune”.

¹⁷⁰ Secondo l'art. 24, para. 1, comma 2, TUE, “La politica estera e di sicurezza comune è soggetta a norme e procedure specifiche. Essa è definita e attuata dal Consiglio europeo e dal Consiglio che deliberano all'unanimità, salvo nei casi in cui i trattati dispongano diversamente. È esclusa l'adozione di atti legislativi. La politica estera e di sicurezza comune è messa in atto dall'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e dagli Stati membri in conformità dei trattati” (v. anche l'art. 30 TUE). Sempre la stessa disposizione specifica che “Il ruolo specifico del Parlamento europeo e della Commissione in questo settore è definito dai trattati” e quello della Corte di giustizia dell'Unione europea è assai limitato, riguardando esclusivamente il controllo del rispetto dell'articolo 40 TUE, che afferma una sorta di limite reciproco tra i poteri inerenti la PESC e il sistema delle competenze disciplinato dagli articoli 3-6 TFUE; inoltre, il giudice europeo ha una funzione di “controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2 del trattato sull'Unione europea” (art. 275, comma 2, TFUE); v. anche l'art. 29 TUE (Il Consiglio adotta decisioni che definiscono la posizione dell'Unione su una questione particolare di natura geografica o tematica. Gli Stati membri provvedono affinché le loro politiche nazionali siano conformi alle posizioni dell'Unione.).

ni che sono esclusivamente degli Stati membri, come anche l'art. 28 TUE finisce con l'ammettere con riferimento alle decisioni del Consiglio sulle *azioni operative*.

Va sottolineato, in proposito, che l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza non agisce come Vicepresidente della Commissione, bensì come coordinatore del Consiglio europeo nell'ambito del Consiglio "Affari esteri" (che riunisce i ministri degli Esteri degli Stati membri) e la sua funzione è quella di assicurare "l'attuazione delle decisioni adottate dal Consiglio europeo e dal Consiglio" (art. 27 TUE).

Inoltre, le decisioni del Consiglio europeo e del Consiglio sono prese all'unanimità¹⁷¹, anche se il secondo in casi determinati può decidere a maggioranza¹⁷², ma *mai* nel caso di "decisioni che hanno implicazioni nel settore militare o della difesa"¹⁷³.

La vera rappresentanza della politica estera e di sicurezza comune, invero, è mantenuta – possiamo dire – strettamente nelle mani degli Stati membri, che sono chiamati a consultarsi reciprocamente "in merito a qualsiasi questione di politica estera e di sicurezza di interesse generale per definire un approccio comune"; ad assicurare, "mediante la convergenza delle loro azioni, che l'Unione possa affermare i suoi interessi e i suoi valori sulla scena internazionale" e a essere "solidali tra loro". Solo di fronte a un'effettiva convergenza il Consiglio europeo o il Consiglio può definire un "approccio comune" e, conseguentemente, per il tramite dell'Alto rappresentante, può "coordinare le loro attività nell'ambito del Consiglio" (art. 32).

7.2. *Segue: la politica di sicurezza e di difesa comune.*

Nel caso della "politica di sicurezza e di difesa comune"¹⁷⁴, in ogni caso, sono gli Stati membri, per espressa previsione del Trattato, che forniscono le capacità di azione e in ogni caso il Trattato sull'Unione europea non norma una politica di difesa comune, ma semplicemente auspica "la graduale definizione di una politica di difesa comune dell'Unione", in quanto una "difesa

¹⁷¹ Si faccia attenzione che, "In caso di astensione dal voto, ciascun membro del Consiglio può motivare la propria astensione con una dichiarazione formale a norma del presente comma. In tal caso esso non è obbligato ad applicare la decisione, ma accetta che essa impegni l'Unione", e, "In uno spirito di mutua solidarietà, lo Stato membro interessato si astiene da azioni che possano contrastare o impedire l'azione dell'Unione basata su tale decisione, e gli altri Stati membri rispettano la sua posizione". Tuttavia, "qualora i membri del Consiglio che motivano in tal modo l'astensione rappresentino almeno un terzo degli Stati membri che totalizzano almeno un terzo della popolazione dell'Unione, la decisione non è adottata" (art. 31, para. 1, comma 2, TUE).

¹⁷² Art. 31, para. 2, TUE.

¹⁷³ Art. 31, para. 4 TUE

¹⁷⁴ Art. 42, para. 1, TUE, che prevede missioni all'esterno dell'Unione, "per garantire il mantenimento della pace, la prevenzione dei conflitti e il rafforzamento della sicurezza internazionale, conformemente ai principi della Carta delle Nazioni Unite" e l'art. 43, para. 1, TUE specifica che "le missioni di cui all'articolo 42, paragrafo 1, nelle quali l'Unione può ricorrere a mezzi civili e militari, comprendono le azioni congiunte in materia di disarmo, le missioni umanitarie e di soccorso, le missioni di consulenza e assistenza in materia militare, le missioni di prevenzione dei conflitti e di mantenimento della pace e le missioni di unità di combattimento per la gestione delle crisi, comprese le missioni tese al ristabilimento della pace e le operazioni di stabilizzazione al termine dei conflitti"; e, in una evenienza del genere "il Consiglio può affidare la realizzazione di una missione a un gruppo di Stati membri che lo desiderano e dispongono delle capacità necessarie per tale missione. Tali Stati membri, in associazione con l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, si accordano sulla gestione della missione" (art. 44 TUE).

comune” verrebbe condotta, in futuro, “quando il Consiglio europeo, deliberando all’unanimità, avrà così deciso”; e, “in questo caso, il Consiglio europeo raccomand(erebbe) agli Stati membri di adottare una decisione in tal senso conformemente alle rispettive norme costituzionali” (art. 42, para. 2, TUE).

Insomma, per quel che riguarda la politica di sicurezza e di difesa comune (PSDC), in questa materia non vi sono istituzioni comuni, forze armate comuni e neppure un bilancio comune¹⁷⁵.

Pertanto, sono gli Stati membri che “mettono a disposizione dell’Unione, per l’attuazione della politica di sicurezza e di difesa comune, capacità civili e militari per contribuire al conseguimento degli obiettivi definiti dal Consiglio” (art. 42, para. 3, TUE), ma non vi è più alcun reale coordinamento a livello di sede intergovernativa, bensì un’azione propria di ciascun Stato membro, che può rapportarsi, per la difesa, all’Unione europea, alla NATO, oppure alla propria eventuale neutralità.

Anche l’Agenzia europea per la difesa, che è stata istituita dal Consiglio dell’Unione europea con un’azione comune (2004/551/PESC, del 12 luglio 2004), successivamente aggiornata (Azione comune del Consiglio 2008/299/PESC del 7 aprile 2008)¹⁷⁶ e che si dovrebbe preoccupare di un’industria militare europea, è ancora oggi del tutto irrilevante politicamente, tecnicamente e finanziariamente¹⁷⁷. Ed invero, poche e non particolarmente significative sono state le operazioni avviate sotto l’egida delle disposizioni del Trattato¹⁷⁸. Infine, la cooperazione strutturata, ai sensi

¹⁷⁵ È vero che la Commissione europea ha predisposto un piano europeo chiamato *Rearm EU / Readiness 2030* di circa 800 miliardi di euro. Il piano è stato presentato agli Stati membri (4 marzo 2025) e approvato dal Parlamento europeo (12 marzo 2025), dove è stato presentato insieme al “Libro bianco sulla difesa europea”. Però, in realtà, si tratta di misure volte a favorire gli investimenti nazionali in materia di difesa per quasi 650 miliardi di euro in quattro anni attraverso l’attivazione della clausola di salvaguardia nazionale del patto di stabilità e crescita e per i restanti 150 miliardi di euro attraverso uno strumento di prestito (Security Action for Europe (SAFE)).

¹⁷⁶ Il concetto di “azione comune” appartiene al linguaggio dei Trattati prima del Trattato di Lisbona e indicava la possibilità dell’UE, e dei suoi Stati membri, era data di perseguire gli obiettivi indicati dai Trattati e dagli orientamenti strategici espressi dal Consiglio europeo, ove tali obiettivi fossero stati più facilmente conseguibili con una cooperazione sovranazionale che attraverso l’azione dei singoli paesi. Le azioni comuni venivano adottate tramite una decisione unanime del Consiglio dell’Unione europea basata sugli orientamenti generali del Consiglio europeo o, in alcuni casi specifici, su iniziativa di un qualsiasi Stato membro o della Commissione.

Il Trattato di Lisbona ha semplificato la denominazione degli atti dell’UE relativi alla politica estera; è stata superata la distinzione tra posizioni e azioni comuni; e, inoltre, queste sono rinominate, indistintamente, decisioni del Consiglio. Come le precedenti azioni, anche le decisioni PESC/PSDC sono prese all’unanimità degli Stati membri sulla base degli orientamenti generali e delle linee strategiche definite dal Consiglio europeo. Alla figura dell’Alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza è assegnato un potere di iniziativa che si affianca a quello degli Stati membri. Infine, il Trattato di Lisbona ha introdotto la possibilità di una cosiddetta “astensione costruttiva” da parte di quegli Stati non interessati alla decisione, ma al contempo neppure contrari a essa. In questo caso, è permesso che il paese possa astenersi non applicando la decisione, ma accettando che si impegni l’UE. Tuttavia, tale condizione non si dà qualora i membri del Consiglio che ricorrono all’astensione costruttiva siano almeno un terzo degli Stati membri, che a loro volta totalizzano almeno un terzo della popolazione dell’Unione.

¹⁷⁷ Il bilancio dell’Agenzia (EDA), per il 2024, è pari a 47 milioni di euro. I fondi di cui dispone l’Agenzia (EDA) sono infatti modesti e spesso in collaborazione con altri strumenti europei o, addirittura, beneficia indirettamente di fondi europei per la difesa; ad esempio, così è nel caso dell’*European Defence Fund* (EDF): questo è uno dei principali strumenti finanziari dell’UE per sostenere la ricerca a sviluppo difensivo, e lo sviluppo di capacità collaborative tra Stati membri, il cui budget per il periodo 2021-2027 è quasi 8 miliardi di euro. Anche nel caso del Fondo *SAFE* (*Security Action for Europe*) l’importo complessivo sarebbe fino a €150 miliardi, siamo di fronte a prestiti che l’UE può mettere a disposizione per i Paesi membri che ne fanno richiesta, fino al 2030.

¹⁷⁸ Si tratta di meno di una decina di operazioni: EUFOR Althea (dal 2004, Bosnia-Erzegovina) missione militare di stabilizzazione, ancora attiva; EU NAVFOR Atalanta (dal 2008, Oceano Indiano) lotta alla pirateria al largo della

dell'art. 46¹⁷⁹, stipulata nel 2017 tra 25 Stati membri (decisione del Consiglio (PESC) 2017/2315 - PESCO), di fatto, ha ancora un carattere troppo limitato¹⁸⁰.

In definitiva, l'intera costruzione della PSDC si colloca fuori da un qualsivoglia regime a cui possano partecipare significativamente il Parlamento europeo e la stessa Commissione europea, la quale in questa area ha compiti limitati e serventi rispetto al Consiglio europeo e al Consiglio dell'UE. Gli atti adottati nel caso della guerra russo-ucraina mostrano chiaramente questa tendenza: nelle conclusioni del Consiglio europeo delle riunioni del 24 febbraio 2022, del 10-11 marzo 2022 (Versailles) e del 23-24 giugno 2022 (Bruxelles) sono state prese decisioni su sanzioni, difesa, status di candidato per l'Ucraina e la Moldova; con la decisione del Consiglio dell'UE (PESC), 2022/338 del 28 febbraio 2022, sono state adottate misure restrittive contro la Russia e il c.d. pacchetto SWIFT, con il quale l'Unione europea ha escluso le banche russe dal sistema SWIFT, per ostacolare il finanziamento del conflitto russo-ucraino; la bussola strategica (*Strategic Compass for Security and Defence*), come già accennato, è stata adottata dal Consiglio il 21 marzo 2022; e con decisione del Consiglio (PESC) 2022/1968 del 17 ottobre 2022 è istituita la *EU Military Assistance Mission in support of Ukraine* (EUMAM Ukraine).

Per contro, la Commissione ha sinora proposto l'adozione di un Regolamento, del Parlamento europeo e del Consiglio (*Ukraine Facility* – proposta legislativa COM(2023) 338 final, 20 giugno 2023), per istituire un meccanismo di assistenza finanziaria pluriennale; e il Parlamento europeo, a parte qualche *Question Time* dedicata alla guerra in Ucraina¹⁸¹, ha fornito, per il tramite del *European Parliamentary Research Service* (EPRS), solo pregevoli documenti illustrativi sul contributo europeo¹⁸².

La guerra russo-ucraina ci invita a riflettere – alla luce della lunghezza che sta assumendo e dei tanti sconfinamenti dei droni russi in territorio dell'Unione europea e dei suoi Stati membri – anche sulla c.d. clausola di “solidarietà” scritta nell'art. 42, para. 7, TUE, per la quale “qualora uno

Somalia; EUTM Mali (dal 2013) missione di addestramento delle forze armate maliane; EUTM Somalia (dal 2010) formazione militare; EUTM RCA (dal 2016) addestramento delle forze della Repubblica Centrafricana; EU-NAVFOR MED – Operazione Sophia (2015-2020, Mediterraneo) contrasto al traffico di migranti e controllo dell'embargo ONU sulle armi verso la Libia; EUNAVFOR MED – Operazione IRINI (dal 2020) missione navale per applicare l'embargo ONU sulle armi in Libia; EUMAM Ukraine (dal 2022) missione di assistenza militare per addestrare i soldati ucraini sul territorio dell'UE.

¹⁷⁹ V. l'art. 42, para. 6, TUE, che prevede: “gli Stati membri che rispondono a criteri più elevati in termini di capacità militari e che hanno sottoscritto impegni più vincolanti in materia ai fini delle missioni più impegnative instaurano una cooperazione strutturata permanente nell'ambito dell'Unione”, “detta cooperazione è disciplinata dall'articolo 46”; v. anche il Protocollo n. 10 (Sulla cooperazione strutturata permanente istituita dall'articolo 42 del trattato sull'unione europea).

¹⁸⁰ Si tenga conto che la partecipazione alla cooperazione strutturata ha un carattere volontario, un processo decisionale interamente nelle mani dei singoli Stati membri, che tengono conto del carattere specifico delle loro politiche di sicurezza e di difesa. Inoltre, gli obiettivi europei sono alquanto generici, come rafforzare le capacità dell'Unione europea nell'ambito della sicurezza internazionale; contribuire a proteggere cittadini e cittadine dell'Unione europea; ottimizzare l'efficacia della spesa per la difesa. Infine, i progetti degli Stati membri si limitano a potenziare l'addestramento e le esercitazioni militari e a rafforzare congiuntamente le proprie capacità, anche nel ciberspazio.

¹⁸¹ EPRS, PE 733.514 – June 2022. Sul ruolo del Parlamento europeo nella reazione europea alla guerra russo-ucraina v. A. DIRRI, *The Eu's Reaction to the Russian invasion of Ukraine: legal Challenges and the Role of the European Parliament*, in *Nomos*, 3/2024.

¹⁸² EPRS, *Russia's war on Ukraine: Background*, EPRS, January 2024; EPRS, *Ukraine's future in the EU*, PE 772.895, June 2025; EPRS, *EU sanctions against Russia 2025: State of play, perspectives and challenges*, PE 767.243 – February 2025; EPRS, *State of Play: EU support to Ukraine*, PE 775.834 – June 2025.

Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso, in conformità dell'articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite", che va letto con le dovute cautele. Infatti, questa disposizione, che peraltro nel prosieguo fa salva l'eventuale *neutralità* di alcuni Stati membri, in quanto la clausola "non pregiudic(herebbe) il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri", avrebbe pressoché lo stesso tenore dell'art. 5 del Trattato Nord Atlantico¹⁸³, ma sicuramente in una forma più attenuata, senza contare che lo stesso art. 5 richiamato, nonostante esprima la clausola di solidarietà nell'ambito di un'alleanza militare attiva, non implica, di per sé, per le parti contraenti una partecipazione diretta e immediata al conflitto, in caso di "un attacco armato contro una o più di esse in Europa o nell'America settentrionale", bensì prevede solo un "obbligo di assistenza" alla parte o alle parti "attaccate intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti, l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata".

Di conseguenza, sia nel caso dell'art. 5 Trattato NA, sia in quello dell'art. 42, para. 7, TUE, pur aprendosi le porte all'applicazione dell'art. 51 (diritto di legittima difesa) della Carta ONU, gli Stati membri, diversi da quelli attaccati direttamente, possono rimanere – se lo vogliono – esterni al conflitto armato diretto, senza per questo venire meno agli obblighi previsti dai rispettivi trattati.

8. La rappresentanza esterna dell'UE e il ruolo internazionale degli Stati membri.

Com'è stato già osservato, nell'azione esterna dell'Unione esistono diverse legittimazioni a rappresentare questa nella comunità internazionale per la realizzazione dei propri fini, come definiti dall'art. 3, para. 5, TUE¹⁸⁴. Infatti, con il Trattato di Lisbona la rappresentanza esterna diventa più complessa, in quanto risulta affidata, con ambiti genericamente definiti, al Presidente del Consiglio europeo (art. 15, para. 5 e 6, TUE), all'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza (art. 18 e art. 27, para. 2, TUE) e alla Commissione europea (art. 17, par. 1 TUE).

¹⁸³ L'art. 5 del Trattato Nord Atlantico, siglato a Washinton D.C. il 4 aprile 1949, dispone che "Le parti convengono che un attacco armato contro una o più di esse in Europa o nell'America settentrionale sarà considerato come un attacco diretto contro tutte le parti, e di conseguenza convengono che se un tale attacco si producesse, ciascuna di esse, nell'esercizio del diritto di legittima difesa, individuale o collettiva, riconosciuto dall'art. 51 dello Statuto delle Nazioni Unite, assisterà la parte o le parti così attaccate intraprendendo immediatamente, individualmente e di concerto con le altre parti, l'azione che giudicherà necessaria, ivi compreso l'uso della forza armata, per ristabilire e mantenere la sicurezza nella regione dell'Atlantico settentrionale. Ogni attacco armato di questo genere e tutte le misure prese in conseguenza di esso saranno immediatamente portate a conoscenza del Consiglio di Sicurezza. Queste misure termineranno allorché il Consiglio di Sicurezza avrà preso le misure necessarie per ristabilire e mantenere la pace e la sicurezza internazionali".

¹⁸⁴ Secondo questa disposizione, "Nelle relazioni con il resto del mondo l'Unione afferma e promuove i suoi valori e interessi, contribuendo alla protezione dei suoi cittadini. Contribuisce alla pace, alla sicurezza, allo sviluppo sostenibile della Terra, alla solidarietà e al rispetto reciproco tra i popoli, al commercio libero ed equo, all'eliminazione della povertà e alla tutela dei diritti umani, in particolare dei diritti del minore, e alla rigorosa osservanza e allo sviluppo del diritto internazionale, in particolare al rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite".

Il primo assicura la rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune, “fatte salve le attribuzioni dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza”; quest'ultimo guida la politica estera e di sicurezza comune dell'Unione (e la politica di sicurezza e di difesa comune), contribuisce con le sue proposte all'elaborazione di dette politiche e le attua in qualità di *mandatario* del Consiglio; la Commissione (e, prima di tutto, il suo Presidente) assicura la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai trattati.

Il modello di rappresentanza esterna, perciò, sembrerebbe imperniato su due figure monocratiche e un'Istituzione: il Presidente del Consiglio europeo, l'Alto Rappresentante e la Commissione.

Il primo dura in carica due anni e mezzo ed è rieleggibile una sola volta, non è titolare di un mandato nazionale e, pur non essendo il vertice del Consiglio, appare destinato – per via delle competenze attribuite dalla norma (art. 15, par. 6, TUE) – a diventare il garante dell'azione di questo e delle prerogative degli Stati membri nei confronti del sistema europeo, nonché il rappresentante del Consiglio verso l'esterno.

Sia ben chiaro che, affinché il Presidente del Consiglio possa svolgere nel proprio mandato una significativa rappresentanza esterna, occorre che si tratti di una personalità europea di spessor e caratura pari ai componenti più autorevoli del Consiglio europeo. Di conseguenza, se gli Stati membri, nello scegliere il Presidente del Consiglio europeo, non seguono questa logica, finiscono coll'indebolire l'unità della rappresentanza europea e col mantenere di fatto la frammentazione istituzionale (e politica) che spesso caratterizza le posizioni dell'Unione europea.

L'Alto Rappresentante conserva formalmente il complesso dei poteri che ha maturato ad Amsterdam, anche se, per un verso, si trova a doversi confrontare con la nuova figura del Presidente del Consiglio europeo e, dall'altro, come Vicepresidente della Commissione, rimane assoggettato, secondo modalità ancora non sempre definite, “alle procedure che regolano il funzionamento della Commissione”; anche in questo caso, poi, se la scelta ricade su di una personalità politicamente poco rilevante a livello europeo, l'esercizio di una rappresentanza effettiva potrebbe concretamente affievolirsi¹⁸⁵.

Per l'Alto Rappresentante la posizione istituzionale importante che gli consente di sostenere il suo ruolo di rappresentanza esterna deriva dalla presidenza del Consiglio “Affari esteri” (art. 18.3 TUE). In quella sede, infatti, la sua (esclusiva) presidenza del Consiglio gli permette di formulare la politica estera dell'Unione definita dal Consiglio europeo e condivisa dai rappresentanti dei go-

¹⁸⁵ Per un verso, l'art. 15, par. 6, comma 2, TUE, limita il ruolo del Presidente del Consiglio europeo nella sua funzione di “rappresentanza esterna dell'Unione per le materie relative alla politica estera e di sicurezza comune”, rispetto alle “attribuzioni dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza”, nel senso cioè quest'ultime prevalgono; per l'altro, l'art. 18, par. 4 TUE, oltre a prevedere che l'Alto Rappresentante sia uno dei Vicepresidenti della Commissione, attribuisce a questo un ruolo peculiare in seno alla Commissione medesima. Infatti, all'Alto Rappresentante spetterebbe vigilare “sulla coerenza dell'azione esterna dell'Unione” e, in seno alla Commissione, avrebbe l'incarico “delle responsabilità che incombono a tale istituzione nel settore delle relazioni esterne e del coordinamento degli altri aspetti dell'azione esterna dell'Unione”.

verni degli Stati membri e può imporsi anche nelle relazioni con le altre Istituzioni in caso di conflitto¹⁸⁶.

Per ciò che concerne la funzione di rappresentanza esterna della Commissione, essa non risultava in precedenza esplicitamente attribuita, ma nessuno ha mai dubitato che questa spettasse alla Commissione, dal momento che il riconoscimento di detta funzione derivava dalla posizione attribuita alla Commissione nel disegno istituzionale della precedente Comunità, e cioè a questa era riconosciuta la posizione di Alta autorità di un'organizzazione internazionale, che agisce appunto in rappresentanza della medesima. Questa funzione, perciò, pur non essendo espressamente prevista, si presupponeva, come risultava anche dall'art. 300 TCE, il quale prevedeva la competenza della Commissione, dietro autorizzazione del Consiglio, nella negoziazione degli accordi "tra la Comunità e uno o più Stati ovvero un'organizzazione internazionale"¹⁸⁷.

L'assetto istituzionale del Trattato di Lisbona ha reso necessaria una prescrizione espressa sulla capacità di rappresentanza esterna della Commissione¹⁸⁸, anche perché la natura giuridica della Commissione europea resta problematica, dal momento che non si configura come un'Istituzione paragonabile pienamente al governo di uno Stato federale, pur in presenza di un rapporto di fiducia con il Parlamento.

È evidente che una rappresentanza dell'UE così frammentata è un indice di debolezza dell'Unione nella scena internazionale e la questione è stata ampiamente notata, e da tempo¹⁸⁹, aprendo la discussione sulle figure monocratiche delle Istituzioni europee.

A prescindere da questi problemi, però, le recenti vicende dei dazi americani e della guerra russo-ucraina hanno offerto un quadro ancora più problematico della rappresentanza esterna dell'Unione europea, la quale ovviamente offusca anche le responsabilità inerenti alle decisioni assunte e, soprattutto, non rende evidenti le possibili evoluzioni che le vicende belliche richiedono.

Invero, già da tempo si registra il fenomeno che alcuni capi di Stato o di governo degli Stati membri, nello svolgimento della loro azione nella Comunità internazionale, assumono di fatto (se non per intero, almeno in parte) anche la rappresentanza europea.

Quando abbiamo visto il colloquio tra la Cancelliera Merkel, o il Presidente Macron, e il Presidente Putin (maggio 2018) o il Presidente Trump (nell'aprile del 2018, precedente mandato), o ancora abbiamo assistito agli incontri tra Draghi e Biden (maggio 2022) o alla telefonata tra Draghi e Xi Jinping (settembre 2021), o da ultimo all'incontro alla Casa bianca tra Donald Trump e alcuni leader europei (compreso il premier britannico Starmer¹⁹⁰) e il Presidente Zelensky, insieme al Segretario Generale della Nato, Mark Rutte e alla presenza della Presidente della Commissione europea, Ursula von der Leyen (agosto 2025), l'opinione pubblica europea ha percepito ormai che in quei colloqui e in quegli incontri era pur sempre l'Europa a confrontarsi con la Russia, gli Stati

¹⁸⁶ Non va peraltro dimenticato che l'Alto rappresentante si avvale di un servizio europeo per l'azione esterna (art. 27, par. 3 TUE).

¹⁸⁷ Sul punto *Art. 300*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, (a cura di) A. Tizzano - A. Caliguri, Milano, 2004, p. 1336-1337.

¹⁸⁸ Art. 17, para. 1, TUE – La Commissione "assicura la rappresentanza esterna dell'Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli altri casi previsti dai trattati"

¹⁸⁹ V. S. MANGIAMELI, *The institutional Design of the European Union after Lisbon*, in *The EU after Lisbon*, cit., 100 s.

¹⁹⁰ Durante l'incontro svoltosi alla Casa Bianca, il 18 agosto 2025, erano presenti i Leader europei di Francia, Germania, Italia e Finlandia (Emmanuel Macron, Friedrich Merz, Giorgia Meloni, Alexander Stubb).

Uniti, o la Cina e non più la Germania, la Francia o l'Italia, e possiamo affermare che, attraverso questi incontri, i Leader europei hanno dato luogo ad una rappresentanza europea ibrida, comandando concretamente e momentaneamente i vuoti dei Trattati europei sulla rappresentanza.

In questo caso, peraltro, vi è stato qualcosa di diverso rispetto alla “coalizione dei volenterosi” (*coalition of the willing*), formatasi il 2 marzo 2025, dove pure vi è stata la presenza dell'Unione europea, rappresentata anche qui da Ursula von der Leyen. Infatti, la costituzione di una “coalizione dei volenterosi” implica – secondo il concetto introdotto nei primi anni Settanta da Lincoln P. Bloomfield¹⁹¹ – una formula propria del diritto internazionale, che vede impegnati i Paesi maggiormente interessati, per dare vita ad una forza multilaterale sotto la diretta responsabilità e la guida di un membro dell'Onu¹⁹².

Nell'incontro del 18 agosto, invece, per l'opinione pubblica europea, e non solo, il significato è stato più definito: al tavolo della Casa Bianca era presente l'Europa, rappresentata da una compresenza di Stati membri e Unione europea, con l'aggiunta del Regno Unito e della Nato.

Per l'opinione pubblica europea le politiche estere nazionali e la politica estera dell'UE sono state rappresentate entrambe in quell'incontro, come se tendenzialmente ormai coincidessero, e le politiche degli Stati membri hanno rafforzato l'azione esterna dell'Unione, così come questa ha corroborato la politica dei primi, pur rimanendo nell'insieme alquanto deboli per i limiti militari che caratterizzano Stati membri ed Unione europea¹⁹³.

Anche la presenza del Regno Unito è stata vista come una sorta di riavvicinamento all'Europa dopo la vicenda Brexit¹⁹⁴ e quella della Nato, che vede impegnati (almeno in parte) gli stessi attori, è proprio un'espressione dell'incerta collocazione della *politica di sicurezza e di difesa comune*, come si evince dall'art. 42, para. 2, comma 2, TFUE¹⁹⁵.

Certamente, si è vista l'immagine internazionale dell'Unione europea, impersonata dalla Presidente della Commissione europea, e non dal Presidente del Consiglio europeo o dall'Alto Rappresentante. E questa presenza non è stata meno importante di quella degli Stati membri. La loro compresenza, agli occhi dei cittadini europei, ha dato comunque l'idea che l'Europa – nel suo insieme – debba porsi il problema delle confrontazioni con gli imperi: la Russia, gli Stati Uniti e la Cina.

Queste impressioni dell'opinione pubblica europea sono state sbagliate?

¹⁹¹ “*Coalition of the willing is world's best weapon*”, in *Baltimore Sun*, April 21, 2002. Retrieved November 5, 2024., il quale considerava che “La novità è il concetto di ‘coalizione’ come versione flessibile del vecchio multilateralismo”, spiegava la formula con la costruzione di un'alleanza con uno Stato responsabile (una superpotenza, in genere gli Stati Uniti) “alleati di supporto e un ombrello ONU legittimante”, per concludere: “Questo tipo di improvvisazione non è menzionato nella Carta delle Nazioni Unite. Ma se la Costituzione degli Stati Uniti è uno strumento vivo che si adatta alla realtà in continua evoluzione, lo è anche la Carta delle Nazioni Unite”.

¹⁹² V. A. RODILES (Ed.), *Coalitions of the Willing and International Law. The Interplay between Formality and Informality*, Cambridge, 2018.

¹⁹³ V. S. MANGIAMELI, *L'Europa tra riforma dei trattati e competitività internazionale*, in *Diritti fondamentali.it*, 1/2025, 158-188.

¹⁹⁴ B. MARTILL, *Return to Europe? Institutional choice, outsider status, and Britain's response to the Ukraine War*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 2024, 1-23;

¹⁹⁵ “La politica dell'Unione a norma della presente sezione non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri, rispetta gli obblighi di alcuni Stati membri, i quali ritengono che la loro difesa comune si realizzi tramite l'Organizzazione del trattato del Nordatlantico (NATO), nell'ambito del trattato dell'Atlantico del Nord, ed è compatibile con la politica di sicurezza e di difesa comune adottata in tale contesto”.

Sembra doversi rispondere che l'opinione pubblica europea sia nel giusto, non solo perché visivamente i leader degli Stati membri appaiono rappresentati, oltre che da quella nazionale, dalla bandiera europea, ma soprattutto perché l'Unione europea stessa è stata presente. Gli oggetti dei colloqui sono stati, di volta in volta, non solo i dazi imposti alle merci per i rispettivi mercati e, nel caso europeo, per l'intero mercato interno, oppure accordi internazionali che riguardano direttamente l'Unione europea, ma anche i temi della guerra e della difesa, così come il modo di procedere nelle relazioni internazionali da parte degli Stati membri e dell'Unione europea. Certamente i leader europei possono negoziare anche accordi nazionali come è accaduto nel caso dei vaccini contro la Covid-19, ma questo non esclude che *la carica rappresentativa* di ogni leader o grande leader europeo *per l'intera Unione europea* sia diventata un fatto visivo.

9. Chi guida l'Unione? Cosa ci hanno insegnato le crisi?

Anni fa, nel 2008, a un convegno nell'Università di Erfurt, in Germania, presentai una relazione sul disegno istituzionale europeo alla luce del Trattato di Lisbona (non ancora entrato in vigore)¹⁹⁶ e concludevo il mio contributo ponendo la domanda: *Who heads The Union?*¹⁹⁷ Ebbene, la domanda è ancora oggi la stessa: chi guida l'Unione?

Il Trattato di Lisbona non era ancora entrato in vigore e l'Europa era in mezzo al guado, sia dal punto di vista della sua identità, per via del fallimento del Trattato costituzionale, sia da quello del suo funzionamento, essendo state stressate tutte le fonti e le competenze del diritto europeo.

Com'è noto, la risposta alla domanda "chi guida l'UE" ha sempre avuto a fondamento non solo il potere di decisione dell'indirizzo politico nella determinazione delle politiche, ma anche il potere (costituzionale) sul funzionamento del sistema sovranazionale, capace di assicurarne l'unità politica dell'Unione, di conformare l'esercizio dei poteri europei e di esercitare la direzione degli apparati; tutto ciò ci direbbe chi propriamente esercita la funzione di governo.

In tal senso, il Trattato di Lisbona è stato il frutto di un compromesso tra il ripensamento della costituzionalizzazione e la costituzionalizzazione stessa, nel senso che, da un lato, furono imposti dei condizionamenti nella stesura degli emendamenti ai Trattati europei; dall'altro, però, le innovazioni dovute al Trattato del 2004, mai entrato in vigore, avrebbero dovuto essere integrate, con la revisione, nel nuovo Trattato¹⁹⁸, il quale alla fine ha avuto un contenuto alquanto compromissorio, in cui i limiti imposti alla revisione e i propositi innovativi dei principi e delle politiche eu-

¹⁹⁶ La versione italiana del testo è stata pubblicata sulla rivista *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, 377-406; quella in inglese è stata inserita nel volume H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI (Eds.), *The European Union after Lisbon. Constitutional basis, economic order and external action*, Springer, Berlin - Heidelberg - New York, 2012, 93-128.

¹⁹⁷ S. MANGIAMELI, *The institutional Design of the European Union after Lisbon*, in *The EU after Lisbon*, cit., 124 ss.

¹⁹⁸ Bisogna richiamare l'atto: 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*, per spiegare la scrittura del Trattato di Lisbona. La lettura di questo documento è fondamentale per comprendere le contraddizioni insite nel Trattato di Lisbona: si affermava che i Trattati *non avrebbero avuto carattere costituzionale*, ma al contempo che *le innovazioni risultanti dalla CIG del 2004* (cioè il Trattato Costituzionale) *sarebbero state integrate nel TUE e nel trattato sul funzionamento dell'Unione come specificato nel presente mandato*.

ropee si sono mischiati insieme, per cui il risultato finale rimaneva aperto, di fatto, alle prassi che successivamente le Istituzioni avrebbero seguito.

Il Trattato di Lisbona, perciò, mostra quanto limitata fosse stata la visione dei Capi di Stato e di Governo in quel momento, completamente inconsci rispetto al compito storico che avevano davanti, e in quale misura l'Unione europea fosse non solo impreparata ad affrontare le crisi che, di lì a poco, si sarebbero abbattute sull'Europa, ma persino debole rispetto ad una condizione interna ed esterna che già manifestava i segni di una difficile congiuntura economica.

Da questo punto di vista, inoltre, la combinazione tra sistema comunitario, sistema intergovernativo e azione diretta degli Stati membri ha dato alle disposizioni del Trattato di Lisbona una direzione contraria all'integrazione, almeno sino alla vicenda pandemica, determinando fratture interne all'Unione, con schieramenti contrapposti tra gli Stati membri: nella crisi economica abbiamo avuto i Paesi frugali, in contrapposto ai PIIGS (Portogallo, Irlanda, Italia, Grecia, Spagna); in quella umanitaria addirittura i blocchi sono stati tre: i Paesi di Visegrad, contro i Paesi di prima accoglienza (Italia, Grecia e Spagna), e i Paesi che comunque non sono stati solidali (Francia, Austria, Germania).

È vero che le due crisi (quella economica e quella umanitaria) erano fortemente asimmetriche e, per di più, hanno avuto risposte istituzionali assai diverse, anche perché ciascuna di queste ha toccato ambiti normati nei Trattati in modo diversificato e con assetti istituzionali differenti, ma sempre nel senso di non ricorrere alle istituzioni comuni e a politiche di integrazione; inoltre, ogni risposta delle Istituzioni e degli Stati membri ha risentito del momento in cui la crisi si è manifestata ed è dipesa dal sentire dell'opinione pubblica europea; ma in ciascuna crisi è mancata una visione europea, un indirizzo che consentisse di produrre maggiore integrazione e una crescita del ruolo europeo “nelle relazioni con il resto del mondo”.

Anzi, il mercato interno e lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, nonché l'affermazione di un solo confine esterno sono stati fatti a pezzi per posizioni nazionalistiche. Gli Stati membri e i loro governi, infatti, sono stati presi dalla preoccupazione di salvaguardare i loro interessi nazionali, senza una visione comune e, anziché spiegare all'opinione pubblica il valore e le conquiste dell'Europa, hanno permesso la crescita di forze fortemente antieuropee, cui si devono anche il risultato del referendum britannico del 23 giugno 2016 e la successiva Brexit.

Per regolare la politica economica, durante la crisi economica, gli Stati membri hanno ritenuto necessario “uscire” dai Trattati europei, con il Fiscal Compact e il MES, accentuando assetti intergovernativi che hanno alterato l'eguaglianza degli Stati membri¹⁹⁹, mentre l'euro è stato salvato proprio dal carattere federale della Banca Centrale europea e non dal Patto di Stabilità e Crescita e neppure dalla disciplina sui disavanzi eccessivi, o dalla politica di sostegni monetari, come nel caso della Grecia, sottoposti a gravose condizionalità, semmai questi strumenti hanno causato un

¹⁹⁹ Nelle relazioni comunitarie gli Stati membri mantengono la loro eguaglianza (art. 4.1. TUE), anche nel caso di applicazione di sanzioni o di procedure di infrazione, in quanto le obbligazioni dei singoli Stati membri hanno come controparte le Istituzioni europee, invece nelle relazioni intergovernative gli Stati membri perdono la posizione di eguaglianza perché alcuni sono obbligati nei confronti di altri, in ragione del sostegno economico ricevuto, e gli Stati membri che prestano la “solidarietà” possono fare valere delle pretese nei riguardi dei Paesi debitori (è nota la vicenda degli aeroporti civili della Grecia: sino a quando non furono venduti ad una società tedesca, il Ministro delle finanze tedesco del tempo, Wolfgang Schäuble, non diede il consenso al prestito alla Grecia).

prolungarsi della crisi economica ed effetti ancora più pesanti con l'*austerità*, generando nell'opinione pubblica europea un clima contrario all'integrazione.

Un clima che si è accentuato con la crisi umanitaria, per la quale non è bastata chiaramente l'armonizzazione dei diritti nazionali per governare, in condizioni eccezionali, l'asilo e l'immigrazione. Infatti, questi strumenti, se non sono seguiti a breve da una completa legislazione europea, che imponga obblighi agli Stati membri per mantenere una politica equilibrata, generano forti disparità tra i sistemi nazionali e non è possibile instaurare un sistema di responsabilità condivisa.

Nell'uno come nell'altro caso è mancata proprio la funzione di governo, e questo ha permesso il dilagare da subito dei meccanismi intergovernativi e dei comportamenti dei singoli Stati membri contrari all'Europa. Il libro bianco sul futuro dell'Europa del marzo del 2017 (per i 60 anni dei Trattati) è stato lo specchio di questa Europa senza governo.

È vero che nel caso della pandemia, nonostante la debolezza della base giuridica sulla salute nei Trattati (art. 6 TFUE), la reazione fu diversa rispetto alla crisi economica, ma si trattava in questo caso di una crisi simmetrica con pericoli geopolitici che richiedevano una risposta unitaria dell'Unione europea e degli Stati membri. In ogni caso, la pandemia è stata affrontata, oltre che con un *Quantitative easing* della BCE, con strumenti di regolazione e fondi europei ex art. 122 (SURE e NGEU), basati sullo "spirito di solidarietà tra Stati membri", inseriti nel bilancio dell'Unione e finanziati dal mercato e da risorse proprie dell'UE; e gli atti legislativi europei sono stati adottati con il procedimento legislativo ordinario che prevede il pieno coinvolgimento del Parlamento. Peraltro, l'unico strumento rimasto inattivo fu il c.d. "MES sanitario" (*ESM Pandemic Crisis Support*), proprio per il suo carattere intergovernativo, che provocava diffidenza tra gli Stati membri, soprattutto per via delle condizionalità, seppure attenuate, cui sarebbero stati sottoposti i prestiti.

La pandemia manifestò una certa capacità di governo dell'Unione europea attraverso il concorso di Stati membri e Istituzioni europee in una collaborazione interna al sistema comunitario con un certo protagonismo di Commissione e Parlamento europeo, che consentì il rafforzamento del bilancio dell'UE, l'aumento delle risorse proprie, l'emissione di *eurobonds* e la formazione di debito comune.

Nel caso della crisi energetica si avanzò l'idea di ripetere l'esperienza del contrasto alla pandemia, ma mancò il sostegno degli Stati membri e la Commissione si limitò a promuovere un piano strategico, il *RePowerEU*, fatto di risparmio energetico, diversificazione delle forniture e accelerazione dello sviluppo delle energie rinnovabili, ma senza risorse aggiuntive di alcun genere e il piano fu computato a valere sul Dispositivo di ripresa e resilienza e sulle politiche del Green Deal. È evidente che nel rifiuto di istituire uno specifico fondo energetico, nonostante la specifica previsione dell'art. 122 TFUE per "l'approvvigionamento ... nel settore dell'energia", era insita una sottostima del peso della crisi energetica; e alla fine, sebbene l'energia sia una materia di competenza concorrente (art. 4 TFUE), si rinunciò all'elaborazione di una politica comune; qui, perciò,

l'Europa intergovernativa degli Stati membri ha prevalso su quella comunitaria. Tuttavia, la questione energetica è ancora in piedi anche per via delle vicende belliche ai confini europei.²⁰⁰

Un insegnamento che deriva da tutte e quattro le crisi considerate è che, in tempi di crisi, è necessario intervenire con la fiscalità europea, altrimenti le crisi si prolungano e i danni che causano sono di molto superiori ai vantaggi che possono offrire le sole regolazioni al fine di fronteggiare le congiunture negative. Altrimenti detto, nel caso di una crisi occorrono risorse finanziarie e azioni concrete per contrastare e superare le condizioni negative.

Ora, la fiscalità europea è veramente molto esigua. Il bilancio europeo è modesto, le risorse proprie dell'UE sono davvero molto limitate e l'Europa non dispone di un potere impositivo. Ciò ha comportato che nel caso della crisi economico-finanziaria l'Europa non ha potuto promuovere alcuna politica anticiclica e ha obbligato gli Stati membri a rimanere fermi entro determinati parametri²⁰¹.

Anche nel caso della crisi umanitaria la debolezza del bilancio europeo fu palese e anche in questo caso la risposta fu affidata al comportamento volontario degli Stati membri e all'armonizzazione dei diritti nazionali.

Durante la pandemia, aiuti di Stato, uso dei fondi strutturali e debito pubblico (purché sostenibile) furono gli strumenti offerti agli Stati membri, mentre l'Unione accendeva gli eurobonds per finanziare più fondi: 100 miliardi di euro per il SURE e 809 miliardi di euro per il NGEU.

Nel caso della crisi energetica, l'Unione ha previsto solo 5,3 miliardi di euro nel Quadro finanziario pluriennale (QFP) e ha riassegnato altri limitati fondi per promuovere l'energia pulita e ridurre la dipendenza dai combustibili fossili russi, ma non è specificato un bilancio complessivo per il piano REPowerEU.

Le fratture della globalizzazione e la guerra, peraltro, hanno elevato la necessità di grandi investimenti europei di tipo strategico, non possibili ai singoli Stati membri²⁰². Infatti, dal conflitto armato alle porte dell'Europa, congiuntamente con il nuovo corso statunitense dell'amministrazione Trump, abbiamo compreso che esistono dei divari profondi tra l'Europa e le altre parti del mondo (Stati Uniti, Cina, Russia, India, ecc.); divari che riguardano essenzialmente la tecnologia e l'innovazione, l'energia, con l'affrancamento dai prodotti fossili, le materie pri-

²⁰⁰ Per la competitività del sistema europeo nel settore dell'energia l'Europa deve fare molto di più e non bastano certamente politiche nazionali. Intanto, i prezzi del gas naturale nell'UE sono ancora quasi quattro volte superiori a quelli degli Stati Uniti. Inoltre, i prezzi dell'energia industriale sono in media più del doppio. Infine, appare complesso ridurre questo divario (si tenga conto che l'Europa è già il maggiore acquirente mondiale di GNL statunitense e si è impegnata ad acquistare fino a 750 miliardi di dollari in prodotti energetici statunitensi), e ciò potrebbe bloccare la transizione verso un'economia ad alta tecnologia.

²⁰¹ In quella occasione la Presidenza Obama negli Stati Uniti mise in campo già nel febbraio del 2009 un consistente piano di rilancio fiscale (*The American Recovery and Investment Act* - ARRA), con misure di stimolo per un ammontare di 787 miliardi di dollari (corrispondente a circa il 4% del PIL degli USA) su due anni (2009-2010); v. M. BERTOLDI, *Risposta alla crisi e riforme: la politica economica di Barack Obama*, in *Stato e mercato*, 2011, n. 91, 95 ss.

²⁰² Prima che si ponesse il problema del riarmo europeo a fini di difesa, la BCE e la Commissione avevano calcolato l'ammontare degli investimenti necessari alla competitività e all'innovazione in 800 mld. di euro ogni anno, per il periodo 2025-2031, pari al 4,4-4,7% del PIL dell'UE nel 2023. Se si aggiungono i costi della difesa, l'ammontare sale a 1.200 mld. di euro, per anno; e la quota pubblica sarebbe quasi raddoppiata, dal 24% al 43%, con un aumento di 510 miliardi di euro all'anno (O. BOUABDALLAH, E. DORRUCCI, L. HOENDERVANGERS, AND C. NERLICH, *Time to be strategic: how public money could power Europe's green, digital and defence transitions*, The ECB Blog, 25 July 2025).

me per le quali oggi l'Europa è fortemente dipendente e la difesa anche per proteggere la sicurezza economia.

In queste condizioni, non si tratta più di recuperare terreno o competitività, ma di continuare ad esistere come Europa e come Stati membri, e cioè di mantenere la sovranità del “vecchio continente”, di difendere effettivamente i “valori” dell'Unione, che *sono comuni agli Stati membri*, e di proteggere i cittadini europei.

Se l'Europa non è più in grado di garantire l'indipendenza, i principi della sua tradizione, l'innovazione e la sicurezza, “avrà perso la sua ragione d'essere”; e l'unico modo per assicurarsi che ciò non accada è che “l'Europa cambi radicalmente”²⁰³. Questo cambiamento pone molteplici questioni, ma il culmine è dato dalla necessità per l'Europa di darsi un vero governo, con tutto ciò che questo potrebbe comportare²⁰⁴. In tal senso, le crisi mostrano che entrambi i due sistemi di decisione caratterizzanti il sistema istituzionale europeo sono problematici: il primo, il sistema intergovernativo, per via della supremazia degli Stati membri, anzi dei loro governi e del ruolo concreto assunto dal Consiglio europeo nel funzionamento del sistema sovranazionale; il secondo, quello comunitario basato sul potere regolatorio dell'Unione, espresso dalle relazioni intergovernative di Commissione, Consiglio e Parlamento europeo, che non appare in grado di fare progredire l'integrazione europea, nei momenti più cruciali.

10. Il Consiglio europeo tra supremazia europea e legittimazione nazionale.

Consideriamo innanzitutto il profilo intergovernativo. È indubbio che il potere (costituzionale) sul funzionamento del sistema sovranazionale è scivolato, nell'esperienza concreta, dalle mani delle Istituzioni a quelle degli “Stati membri”, anzi dei loro governi. Conseguentemente, nel prevalere della sede intergovernativa, cioè del Consiglio europeo, viene facilmente meno l'interesse comune dell'Europa, in termini di determinazione di fini generali e di direzione politica; del resto, nelle relazioni intergovernative gli Stati membri negoziano i loro interessi e non sono spinti a promuovere gli interessi europei, anche perché nel Consiglio europeo prevale la legittimazione nazionale dei capi di Stato e di governo e non un'autentica legittimazione europea²⁰⁵.

Dalla ricostruzione del disegno istituzionale, però, risultava evidente come le modifiche che erano state via via apportate ai Trattati nel corso del tempo, nell'intento di dare legittimazione e rappresentatività all'ordinamento europeo, e al fine di fare evolvere l'idea europea, avevano progressivamente delimitato il ruolo degli Stati membri, confinandolo in precise Istituzioni e secondo procedure determinate e che la funzione della sede intergovernativa avrebbe dovuto essere inter-

²⁰³ Le espressioni virgolettate sono di M. DRAGHI, *Rapporto sulla competitività europea*, in cui si affronta in modo chiaro la condizione europea attuale (https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en)

²⁰⁴ V. S. MANGIAMELI, *L'Europa tra riforma dei Trattati e competitività internazionale*, in *Diritti fondamentali.it*, 1/2025, 158-188

²⁰⁵ V. Art. 10, para. 2, comma 2, TUE «Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini».

mittente²⁰⁶ e limitata, oltre alla modifica dei Trattati (art. 48 TUE), alle nomine delle cariche istituzionali (Presidente della Commissione, Alto Rappresentante, Presidente del Consiglio europeo medesimo, Presidente e membri del Consiglio esecutivo della BCE²⁰⁷), e a dare “gli impulsi necessari” allo sviluppo dell’Unione e a definire “gli orientamenti e le priorità politiche generali” di questa (art. 15 TUE).

Invece, il Consiglio europeo ha assunto un ruolo permanente, grazie alle “riunioni straordinarie”, ormai sempre più frequenti.

Inoltre, preme sulle istituzioni che potrebbero esprimere l’interesse generale dell’Unione, per il modo di relazionarsi, per il carattere permanente della loro azione e per la responsabilità che portano, e cioè il Parlamento europeo e la Commissione europea: il primo, dove sono rappresentanti i cittadini europei, dotato di legittimazione diretta attraverso il voto popolare²⁰⁸, e la seconda investita da una legittimazione democratica attraverso il voto di approvazione del Parlamento europeo, davanti al quale i membri della Commissione sono responsabili collettivamente²⁰⁹.

Un esempio può chiarire la concreta evoluzione del sistema istituzionale e riguarda il peso del Consiglio europeo sul bilancio dell’Unione. Com’è noto, il bilancio è una procedura affidata all’unanimità del Consiglio, previa consultazione del Parlamento europeo (art. 311, comma 3, TFUE), e deve essere conforme al Quadro finanziario pluriennale (QFP), fissato, a sua volta, con regolamento deliberato “all’unanimità (del Consiglio) previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono” (art. 312, para. 2, TFUE). Nella procedura di approvazione del bilancio annuale (art. 314 TFUE), vi è un ruolo importante della Commissione (“La Commissione sottopone una proposta contenente il progetto di bilancio al Parlamento europeo e al Consiglio ...”; “La Commissione può modificare il progetto di bilancio nel corso della procedura ...”), ma non compare mai il Consiglio europeo. Tuttavia, questa Istituzione ha svolto un ruolo decisivo nella definizione di questioni fondamentali riguardanti il bilancio dell’Unione. Infatti, al di là delle disposizioni del Trattato, è il Consiglio europeo che ha esercitato il “potere di cassa” (*power of the purse*) a intervalli regolari, raggiungendo accordi altamente controversi sull’entità delle entrate dell’UE e sulle categorie di spesa per quello che oggi è noto come “quadro finanziario pluriennale”²¹⁰.

Di fatto, perciò, il Consiglio europeo è andato al di là degli articoli dei Trattati, interferendo nelle procedure e nelle politiche europee e non solo perché questa Istituzione ha ripetutamente agito come decisore ultimo e come massima istanza politica di appello per questioni controverse, ma soprattutto in quanto ha sviluppato un’agenda di tipo governativo, che copre, in vario modo,

²⁰⁶ V. art. 15, para. 3, TUE «Il Consiglio europeo si riunisce due volte a semestre su convocazione del presidente». Dunque solo quattro volte in un anno.

²⁰⁷ Fa eccezione il Presidente del Parlamento europeo.

²⁰⁸ Art. 10, para. 2, TUE (“I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell’Unione, nel Parlamento europeo”).

²⁰⁹ Art. 17, para. 7 e 8 («Il presidente, l’alto rappresentante dell’Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e gli altri membri della Commissione sono soggetti, collettivamente, ad un voto di approvazione del Parlamento europeo» e «La Commissione è responsabile collettivamente dinanzi al Parlamento europeo»).

²¹⁰ S. BARTSCH, W. WESSEL, *The European Council: Tasks and Decision making*, Track Dossier, 2021, 5, che propongono, per il Consiglio europeo, il c.d. TEDO-Scheme (Tasks, Election / composition membership, internal Decision-making and internal Organisation.)

la gamma delle politiche europee²¹¹. Ha così incluso nell'ambito dei suoi lavori anche le politiche tradizionali della Comunità europea, come il mercato interno e la Politica agricola comune (PAC), nonché questioni più recenti come le politiche ambientali, climatiche e migratorie. Ovviamente, poi, nel caso dell'"azione esterna", il Consiglio europeo è posto al centro dell'architettura istituzionale (art. 21 TUE) e, come abbiamo già notato, al suo volere ("quando il Consiglio europeo ... avrà così deciso") è rimessa la stessa esistenza di una politica di difesa comune (art. 42 TUE).

Nell'assumere questa posizione istituzionale, il Consiglio europeo esprime una supremazia rispetto alle altre Istituzioni europee, compreso il Parlamento europeo, la cui legittimazione diretta subisce una considerevole compressione, ma non possiede capacità di governo effettivo. Infatti, il modo di agire del Consiglio europeo appare insoddisfacente per due ragioni: la prima è che, oltre all'incapacità di elaborare un interesse comune dell'Europa, questo agisce normalmente e prevalentemente per consenso, cioè all'unanimità, il che significa che ogni membro del Consiglio europeo ha un potere di veto (come nelle assise internazionali). In questo modo, l'attività del Consiglio europeo, quando non comporta l'accantonamento di una questione controversa, è palesemente lenta, lunga e defatigante, mentre sempre più sono necessarie decisioni da assumere in modo rapido, in breve tempo, e in grado di unificare la posizione europea.

La seconda ragione di insoddisfazione – come abbiamo già osservato – è che all'interno di questo gli Stati membri tendono più a dividersi e a raggrupparsi per interessi propri, piuttosto che a convergere verso gli interessi comuni europei, il che nuoce molto concretamente alla posizione dell'Unione europea rispetto ai suoi competitor internazionali, in grado di definire immediatamente i loro interessi generali.

Il Consiglio europeo e gli Stati membri, inoltre, non sono in grado di assicurare il funzionamento del sistema sovranazionale. Questo compito, infatti, con tutte le sue imperfezioni, è generalmente svolto dalla Commissione grazie anche alla fiducia legata a un processo di legittimazione e al ruolo politico rappresentativo che svolgono il Parlamento europeo e i partiti politici che operano nel suo seno²¹².

Il Consiglio europeo e gli Stati membri, infine, non esprimono il principio europeo di unità e non sono garanti del mantenimento dell'unità europea; così, spesso, nei momenti di crisi prolungano questa condizione che nuoce all'Unione europea e soprattutto ai suoi cittadini. Basti ricordare quanto accaduto con la crisi umanitaria e lo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (art. 68 TFUE), quando non è stata trovata alcuna soluzione europea alla crisi e la mancanza di un accordo ha portato al risorgere delle frontiere interne, in contrasto con le disposizioni dei Trattati.

Da ultimo, non può tacersi che proprio nel momento più impegnativo dell'azione esterna, quello della guerra russo-ucraina, il Consiglio europeo sembra essere venuto meno, proprio per i limiti insiti nel suo *modus operandi*, alla sua funzione di indirizzo. Infatti, i 18 pacchetti di sanzioni sono stati il frutto di una procedura imperniata sul Consiglio che ha visto partecipi la Commis-

²¹¹ V. S. BARTSCH, W. WESSEL, *The European Council: Tasks and Decision making*, cit., ove si afferma che "In vari modi, sebbene con impatto variabile, i capi di Stato e di governo hanno definito l'agenda e le priorità dell'UE, plasmato dottrine e formulato linee guida per la maggior parte delle politiche pubbliche e inoltre monitorato e moderato i processi di attuazione in molti settori".

²¹² V. S. MANGIAMELI, *Il disegno istituzionale*, cit., 405.

sione e, in una qualche misura, il Parlamento europeo, che è stato solo informato²¹³; e, quando si è trattato di far partecipare l'Europa nella scena politica internazionale, l'unica rappresentanza significativa è stata quella della Presidente della Commissione europea, insieme ai leader di alcuni Stati membri.

11. I limiti dell'Europa comunitaria e la necessità di politiche autenticamente europee.

Anche il circuito basato su Commissione, Consiglio e Parlamento europeo, imperniato sul metodo comunitario e fondamentale per lo svolgimento dell'attività legislativa, non appare più in grado di fare progredire l'integrazione europea.

La guida dell'Europa attraverso la regolazione è stata il motore che dal 1957 ad oggi ha consentito di assicurare il successo dell'idea sovranazionale. Con il metodo incrementale, passo dopo passo, sono stati costruiti il mercato e la moneta unica, sono state progettate e implementate le politiche europee, sono stati garantiti le libertà dei trattati e i diritti fondamentali.

Il metodo comunitario ha creato sicuramente convergenza e, poi, anche unificazione, ma è legato inevitabilmente ad un periodo storico in cui non si presentavano le sfide attuali e, per dare luogo all'integrazione e alla coesione interna, era appropriato, perché consentiva agli Stati membri di affrontare l'integrazione secondo il proprio ritmo.

Adesso, non è più possibile muoversi con lo stesso passo, sia per la velocità dei cambiamenti tecnologici, sia per la cambiata condizione geopolitica – con la crisi del multilateralismo e l'emergere prepotente degli imperi – in cui l'Europa di oggi è chiamata a corrispondere agli interessi dei suoi cittadini. Di qui, la necessità, per la sopravvivenza dell'Europa, di fare ciò che non è stato fatto prima e di superare i limiti derivanti dal modello europeo, tanto intergovernativo, basato sul voto all'unanimità e sul diritto di veto di ogni partecipante, quanto comunitario.

Con riferimento a questo secondo, e senza ovviamente rinunciare a tutte le forme di coordinamento praticate tra Unione europea e Stati membri, vi sarebbero almeno tre ambiti in cui sono necessarie riforme più profonde: il processo decisionale, l'ordine delle competenze e il finanziamento delle politiche. E la *ratio* di queste riforme dovrebbe necessariamente essere quella di un'Europa che in alcuni ambiti cruciali – come è stato detto – deve iniziare ad agire meno come una *confederazione* e più come una *federazione*, per stare alla pari con gli Stati Uniti e la Cina su tutti i terreni, compreso quello militare²¹⁴.

In tal senso, il procedimento decisionale attuale, al di là dei tempi certamente non brevi, produce una legislazione europea che appare difficile da comprendere e da applicare; per di più, si occupa frequentemente di campi che avrebbe dovuto lasciare alla legislazione nazionale, secondo il principio di sussidiarietà. Per entrambi questi aspetti la regolazione europea si è tradotta spesso in un ostacolo agli investimenti. Di qui, la necessità di una forte semplificazione legislativa e un

²¹³ Le sanzioni infatti ricadono sotto l'egida dell'art. 215 TFUE – Misure restrittive, sia pure in ambito PESC (v. art. 29 TUE).

²¹⁴ M. DRAGHI, *One year after the Draghi report: what has been achieved, what has changed*, Keynote Speech, https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report/one-year-after_en.

ripensamento del criterio di intervento legislativo europeo per guidare gli investimenti e governare i campi emergenti, dove bisogna intervenire rapidamente: le tecnologie e l'intelligenza artificiale, l'energia e la decarbonizzazione, l'industria e la difesa, lo spazio e il nucleare, ecc. Settori questi che peraltro si integrano a vicenda e si ibridano sul terreno della sicurezza interna ed esterna, tanto analogica quanto digitale.

La competenza europea, a tal riguardo, dovrebbe essere basata sui vantaggi delle economie di scala e sulla riduzione degli effetti provocati da esternalità prodotte dalle politiche; di qui la necessità di delegare all'Unione le materie che possono essere efficacemente governate a livello europeo e non più statale ²¹⁵.

Da questo punto di vista, le competenze europee, quelle in atto previste dai Trattati europei, dovrebbero essere esercitate dall'Unione, nei settori considerati, usando gli strumenti di governo delle politiche che già ci sono, ma senza gli impedimenti del circuito intergovernativo. Ciò, da un lato, potrebbe consentire un più efficace coordinamento tra le politiche europee e quelle nazionali e, dall'altro, darebbe all'Unione un potere di direzione delle strategie industriali che sono realizzate attraverso multi-politiche, che combinano politiche fiscali per incentivare la produzione interna, politiche commerciali per penalizzare i comportamenti anticoncorrenziali all'estero e politiche economiche estere per garantire le catene di approvvigionamento.

In tal senso, sarebbe necessario “un rinnovato partenariato europeo tra gli Stati membri”, che consenta all'Europa di andare avanti e di “agire come Unione in un modo mai visto prima”²¹⁶, ad esempio, effettuando investimenti diretti e acquisti collettivi (come nel caso dei vaccini al tempo della pandemia) e realizzando a livello europeo la pianificazione e l'esecuzione di progetti transfrontalieri, come ad esempio le reti.

La regolazione – come facilmente si comprende – mantiene il suo importante ruolo nell'ordinamento europeo, ma non è più sufficiente allo sviluppo dell'integrazione. Ciò che bisognerebbe aggiungere adesso sono politiche di rango europeo, realizzate dalle Istituzioni sotto la loro diretta responsabilità.

Questo aspetto va ricollegato alla capacità fiscale dell'UE che – com'è noto – è una delle debolezze strutturali del sistema europeo. Le finanze europee sono modeste, le entrate proprie sono

²¹⁵ Si tratta di un criterio ormai consolidato in tutti i sistemi composti e deriva dall'analisi economica del diritto. V. G. TULLOCK, *La scelta federale. Argomenti e proposte per una nuova organizzazione dello Stato*, Milano, 1996, 72. Tullock aveva già espresso questo punto di vista in *Social Cost and Government Action*, in *American Economic Review*, 1969, 189 ss.; e svilupperà ulteriormente le sue concezioni nel volume *Private Wants, Public Means: An Economic Analysis of the Desirable Scope of Government* (1970), University Press of America, New York 1987. Quanto alle esternalità, queste possono essere ricondotte all'equilibrio, qualora si riceva una compensazione (in caso negativo) pari al costo sopportato, o si paghi un prezzo (in caso positivo) corrispondente al beneficio ricevuto ed è per questo che hanno bisogno di una giurisdizione centrale; v., in proposito, il celebre saggio di R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law and Economic*, 1960, 1-44.

Nel suo recente *Speech* cit., Mario Draghi considera essenziale rivedere anche la politica di concorrenza, atteso che l'economia di scala riduce direttamente la concorrenza; Egli osserva: “Nel settore della difesa e dello spazio, e nelle tecnologie a duplice uso che li sostengono, le dinamiche di mercato sono molto diverse da quelle dei mercati di consumo. Qui, il consolidamento non rappresenta necessariamente una minaccia per i consumatori. Può essere un modo per ridurre la duplicazione di R&S, abbassare i costi, accelerare l'innovazione e concentrare i budget per gli appalti” e ciò dovrebbe scongiurare che “l'Europa rimanga divisa tra molteplici campioni nazionali e basi industriali sovrapposte”.

²¹⁶ M. DRAGHI, *Rapporto sulla competitività europea*, cit.

estremamente limitate e dipendono dalla decisione del Consiglio europeo e, di fatto, il bilancio dell'Unione non avrebbe capacità fiscale, essendo massimamente impegnato dalla Politica Agricola Comune e dalla Politica di coesione economica, sociale e territoriale.

Questa situazione ha sinora implicato che la realizzazione delle politiche, anche di quelle strategiche e di livello europeo, fosse affidata agli Stati membri con due conseguenze negative e concorrenti: la prima è che vi è stata una frammentazione dei programmi di spesa; la seconda riguarda la competitività dell'industria europea che continua a essere limitata alle dimensioni degli Stati membri. Ogni Stato membro spende con il proprio bilancio e finanzia solo attori nazionali, anche attraverso gli aiuti di Stato usati come forma di protezionismo; così, replicando questo schema per tutti gli Stati membri, si sprecono risorse e l'industria europea non riesce a essere alla pari con concorrenti come Cina, Stati Uniti, India, Russia, ecc.

Anche per questa via si trae, dunque, la conclusione che sforzi nazionali, più o meno coordinati, non sono adatti a politiche pubbliche che hanno economie di scala e non possono costituire una risposta adeguata a un mercato mondiale distorto da attori dominanti (big-Tech, big-Pharma, industria degli armamenti, industria dello spazio, ecc.) che hanno un elevato volume d'affari, capacità di innovazione tecnologica e una estesa rete produttiva e distributiva.

L'Europa, perciò, dovrebbe costruire industrie europee competitive a livello globale e – senza dispiacere le pretese degli Stati membri – adottare modelli concentrati, combinando investimenti pubblici e privati per favorire l'innovazione e i progetti industriali su larga scala.

Tutto ciò richiede ingenti capitali a livello europeo e, in effetti, i calcoli effettuati dalla BCE e dalla Commissione europea hanno indicato circa 800 miliardi di euro all'anno, fino al 2030, per la competitività europea e almeno altri 400 miliardi di euro all'anno, per lo stesso periodo, per ottimizzare la difesa europea.

Allora, la domanda è come reperire queste somme e come spenderle.

Sul primo aspetto la risposta condivisa sembra essere quella del debito comune, piuttosto che dotare l'Unione europea di autentica capacità fiscale attraverso il potere impositivo; e, in effetti, l'esperienza del *Next Generation EU* ha mostrato che l'Europa ha un forte credito sui mercati finanziari e che può canalizzare efficacemente il risparmio privato; ma si tratterebbe di realizzare una volta e mezza il NGEU ogni anno per almeno cinque anni e tutto questo non può avvenire senza migliorare al contempo le entrate proprie dell'Unione.

12. Piani strategici europei e riforma del governo europeo.

Più complesso è il discorso su come spenderle. Infatti, la realizzazione di piani strategici europei, con l'applicazione delle tecnologie e dell'intelligenza artificiale, che riguardano la produzione dell'energia e la decarbonizzazione, lo sviluppo dell'industria e della difesa, il posizionamento nello spazio, richiedono tutti regolamentazione e risorse finanziarie, ma anche capacità di governo all'interno e una rappresentanza all'esterno unificata, accompagnata cioè da una politica estera e di difesa in grado di garantire la sicurezza e di far sorgere una deterrenza europea autonoma e in-

dependente, anche perché “I principali rivali dell'Europa, in quanto singoli Paesi, possono applicare queste strategie”²¹⁷.

È evidente, da quanto sin qui esposto, che questo governo in Europa ancora non c'è; la stessa rappresentanza dell'Unione è frammentata in figure diverse (il Presidente del Consiglio europeo, il Presidente della Commissione, l'Alto Rappresentante e gli stessi Stati membri) e la funzione di governo, intesa in senso oggettivo, è svolta dalle Istituzioni europee in una forma che benevolmente possiamo definire debole, sia nella parte intergovernativa che in quella comunitaria, e sta portando l'Unione per lentezza e inazione ad una condizione sospesa. Infatti, se le sedi intergovernative, che decidono all'unanimità e con deliberazioni per consenso, quando non si inceppano, richiedono comunque tempi non compatibili con l'attuale congiuntura e se il circuito del metodo comunitario, Commissione – Parlamento – Consiglio, non responsabilizza nessuna Istituzione alla garanzia del mantenimento dell'unità, vuol dire che non c'è ancora in nessuna delle tre Istituzioni considerate la capacità di assicurare il coordinamento di tutti i poteri europei per il perseguimento dei fini generali dell'Unione in modo unitario. La Commissione ha solo un potere di iniziativa; il Parlamento non ha un vero potere di direzione politica così come il Consiglio. Così, alla fine, entrambe le sedi, intergovernativa e comunitaria, sono sprovviste della potestà di conformazione del funzionamento delle Istituzioni e degli Stati membri e non hanno neppure la capacità politica di porre nel nulla gli atti degli altri poteri che contraddicono le finalità politiche europee.

In sostanza, nell'Unione europea l'essenza della funzione di governo, che consiste nella capacità di direzione politica (*rectius*: di governo), è estremamente debole, come l'immagine che proietta l'Unione a livello internazionale²¹⁸, in quanto non c'è alcuna istituzione che possa porsi in una posizione di vera supremazia e sia in grado di adottare atti volti a realizzare l'unità europea direttamente. Lo scopo degli atti di governo, infatti, non è di mettere in moto meccanismi di armonizzazione tra Stati membri e poteri europei, come nel caso delle procedure più o meno formali del Consiglio europeo, o in quello delle mediazioni delle proposte compiute dalla Commissione, ma di imprimere all'attività delle istituzioni europee e degli Stati membri un particolare orientamento politico e di attuare la decisione che risolve i dissensi tra le parti con un preciso accordo necessitato dal sistema dei fini generali europei.

La situazione europea, peraltro, è particolarmente contraddittoria in questo momento. Ci si aspetta che qualcosa cambi in modo significativo nel patto tra gli Stati membri, ma allo stesso tempo l'Unione europea e gli Stati membri sembrano frenati a un punto tale da mettere in discussione la sopravvivenza stessa dell'Europa. C'è la consapevolezza che sarebbero necessarie decisioni epocali, ma nel concreto la politica europea non fa nulla e il tempo che passa aggrava la situazione.

²¹⁷ M. DRAGHI, *Rapporto sulla competitività europea*, cit.

²¹⁸ La tematica involge l'idea che l'Unione europea come “polity” sia un “impero” (idea espressa da U. BECK ED E. GRANDE, *L'Europa cosmopolita* (2004), trad. it., Roma, Carrocci, 2006; adde J. ZIELONKA, *Europe as Empire. The nature of the Enlarged European Union*, OUP, 2006; entrambi ripresi da J.M. COLOMER, *Empires versus States*, in *Oxford Research Encyclopedia of Politics*, June 2017), sulla quale si è innescata la precisazione che però si tratta di un “impero debole” (S. MANGIAMELI, *L'Europa tra riforma dei trattati e competitività internazionale*, in *Diritti fondamentali.it*, 1/2025, 158-188).

La durata della guerra russo-ucraina è per l'Europa il segno più evidente di questa condizione. Di fronte alla guerra si parla tanto di difesa comune, sia nelle assise europee sia nel dibattito politico all'interno degli Stati membri, ma concretamente la decisione sulla "difesa comune", prevista dall'art. 42, para. 2, TUE, è ben lungi dall'essere assunta²¹⁹.

Il *Trattato di Lisbona*, adottato diciotto anni fa, era stato scritto dopo il fallimento di quella stagione sulla quale si riponevano molte speranze – giacché si voleva realizzare l'integrazione politica attraverso l'integrazione costituzionale²²⁰ – con l'intento di porre dei limiti all'espansione delle competenze europee e rimodellare l'architettura istituzionale in modo più consono alla partecipazione delle istituzioni degli Stati membri.

Sostanzialmente una visione che considerava l'Unione europea una presenza sovrabbondante, da riequilibrare con un ritorno degli Stati membri, ai quali il Trattato intendeva conferire maggiori strumenti di interferenza sulla vita dell'Unione, e mai visione fu più errata di questa, atteso che il Trattato di *Lisbona* entrava in vigore nel momento in cui l'Europa e, in particolare, l'area euro, era percorsa dalla crisi, e cioè quando sarebbe stato necessario un livello di integrazione europea maggiore, in grado di dotare di forza politica il processo di decisione sopranazionale, anche per supportare la moneta unica²²¹.

Lo "stallo" dell'Europa, di fatto, cominciò in quel momento per la mancanza di strumenti giuridici adeguati e l'assenza di una capacità di governo. Nel dibattito pubblico europeo questa condizione fu subito acclarata in modo unanime e quando la Commissione europea propose il suo *Blueprint*²²² e le Istituzioni mostrarono una chiara percezione che le risposte alla GCF dovevano necessariamente passare per una profonda riforma dell'Unione, perché questa potesse continuare a esistere; e ciò valeva sia per l'unione economica e monetaria, il mercato interno e l'unione bancaria e dei mercati finanziari, che avrebbero avuto bisogno di una legittimazione democratica²²³, sia per l'assetto di governo e per le politiche costituzionalmente più significative come quella estera e di difesa comune e lo spazio e di libertà, sicurezza e giustizia, sì da diventare politicamente più significativa degli stessi Stati nazionali che la supportano.

²¹⁹ Art. 42, para. 2, TUE, "La politica di sicurezza e di difesa comune comprende la graduale definizione di una politica di difesa comune dell'Unione. Questa condurrà a una difesa comune quando il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità, avrà così deciso. In questo caso, il Consiglio europeo raccomanda agli Stati membri di adottare una decisione in tal senso conformemente alle rispettive norme costituzionali."

²²⁰ Basti considerare l'esperienza americana e la sottoscrizione della Costituzione del 1787, nella quale l'integrazione politica fu sanzionata da quella costituzionale; ma questo non è stato il caso del Trattato Costituzionale del 2004. Sul dibattito in Italia v. A. D'ATENA, *Una costituzione senza costituzione per l'Europa*, in *Dir. Soc.*, 2009, 191 ss., e, in modo critico, V. STARACE, *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, in *Dir. Un. Eu.*, 2006, 9 ss.; nonché S. MANGIAMELI, *La Costituzione europea*, in F. D'Agostino (a cura di), *L'Europa e il suo diritto, oggi*, atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I., Pavia, 7-9 dicembre 2007, Milano, 2010, 35-54, relazione presentata a Pavia il 7 dicembre 2007, al 57° Convegno nazionale dell'Unione dei giuristi cattolici italiani.

²²¹ Su cui v. H.-J. BLANKE, S. MANGIAMELI, *European Union after Lisbon*, Springer, Heidelberg, 2011.

²²² European Commission, *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union. Launching a European Debate*, COM(2012) 777 final/2, 30.11.2012.

²²³ In particolare, il *Piano* aveva previsto che "l'ulteriore e progressiva integrazione della zona euro verso un'Unione bancaria, fiscale ed economica a tutti gli effetti" avrebbe richiesto "misure parallele finalizzate a un'Unione politica con una maggiore legittimità e responsabilità democratiche" e che "i progressi compiuti in termini di integrazione" avrebbero dovuto inoltre "riflettersi all'esterno, in particolare attraverso misure finalizzate a una rappresentanza economica esterna unica della zona euro". V. European Commission, *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union*, cit., 14.

In particolare, il *Piano* aveva previsto che “l’ulteriore e progressiva integrazione della zona euro verso un’Unione bancaria, fiscale ed economica a tutti gli effetti” avrebbe richiesto “misure parallele finalizzate a un’Unione politica con una maggiore legittimità e responsabilità democratiche” e che “i progressi compiuti in termini di integrazione” avrebbero dovuto inoltre “riflettersi all’esterno, in particolare attraverso misure finalizzate a una rappresentanza economica esterna unica della zona euro”²²⁴.

Le modifiche ipotizzate per adeguare i Trattati europei al grado di responsabilità finanziaria (“l’ulteriore condivisione delle prerogative finanziarie presuppone una commisurata integrazione politica”) erano state 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 decisione esecutiva interessata, tenendo in debito conto anche il livello su cui incide la decisione”²²⁵.

Nell’ottica della riforma dei Trattati, prefigurata dal Piano, innanzi tutto, si sosteneva che “il Parlamento europeo (avrebbe avuto) il ruolo precipuo di garantire la legittimità democratica di tutte le decisioni prese a livello dell’Unione, in particolare dalla Commissione”; e inoltre, con riferimento ai processi di legittimazione, si affermava che il modo di procedere delle Istituzioni, soprattutto nel coordinamento delle politiche economiche non avrebbe potuto essere dato dal metodo intergovernativo, ma da quello comunitario, non a caso si poneva in discussione il MES con l’argomento che “non è chiaro dove si situi la responsabilità nei confronti del Parlamento di un livello intergovernativo europeo che cerca di influenzare le politiche economiche dei singoli Stati membri della zona euro”²²⁶.

Non è un caso che il Presidente della BCE del tempo, Mario Draghi, nel corso dell’audizione presso la Commissione ECON del Parlamento europeo del 22/23 settembre 2014, sottolineava come la stessa “*Unione monetaria richiedeva una guida politica* in grado di prendere le pertinenti decisioni fiscali, economiche e finanziarie per l’area dell’euro nel suo insieme, in modo rapido e trasparente e con piena legittimità democratica”, per cui sarebbe stato necessario, a suo avviso, “passare dal coordinamento attuale ad una vera e propria *condivisione della sovranità* in materia economica e di bilancio”²²⁷.

²²⁴ European Commission, *A blueprint for a deep and genuine economic and monetary union*, cit., 14.

²²⁵ Ciò voleva dire che se una decisione fosse stata di responsabilità europea sarebbe spettato alle Istituzioni, ma, se si fosse riflessa sugli Stati membri, essa non avrebbe potuto non considerare, secondo un principio di leale collaborazione, l’opinione di ciascuno di questi su quella decisione.

²²⁶ Altrimenti detto, il ruolo politico, oggi svolto dal Consiglio europeo, dovrebbe essere attribuito al Parlamento; con la conseguenza che l’elaborazione e l’approvazione degli “indirizzi di massima per le politiche economiche degli Stati membri e dell’Unione” dovrebbe essere di competenza del Consiglio e del Parlamento europeo e, al posto delle conclusioni del Consiglio europeo, dovrebbe procedersi con un atto legislativo europeo, affidando, poi, alla Commissione, con una apposita base giuridica da inserire nei Trattati, l’esecuzione e la sorveglianza, con l’obbligo da parte di questa di presentare le proprie valutazioni al Parlamento europeo.

²²⁷ V. *Dialogo monetario con Mario Draghi, Presidente della Banca centrale europea*, ECON/8/00521.

Inoltre, quando il *Blueprint* viene di fatto rieditato, prima nella relazione dei quattro presidenti²²⁸ e successivamente in quella dei cinque presidenti, nel giugno 2015, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*²²⁹, i profili istituzionali considerati, rivolti alla parlamentarizzazione della forma di governo europea, restarono fermi e prevedevano come data di realizzazione a partire dal 2025. Ora che il 2025 è arrivato, va ricordato che è ancora in piedi l'impegno a realizzare la IV parte della proposta della Commissione, con tutte le riforme proposte, assunto da tutte le Istituzioni europee (e dagli Stati membri) davanti all'opinione pubblica europea.

13. Il governo europeo tra riforma dei Trattati e cooperazione rafforzata.

Anche solo il pensiero di rimandare ancora i cambiamenti necessari del sistema europeo o di temporeggiare, ritardando di fare ciò che deve essere fatto, si rischia di lasciare illanguidire l'Europa e di minacciarne la stessa sopravvivenza.

La storia ci mostra che, quando la congiuntura è favorevole, l'interdipendenza tra gli Stati membri è fonte di maggiore prosperità, mentre nei periodi più difficili – come nel caso di crisi come quelle sopportate dall'Europa dal 2009 ad oggi – la soluzione non risiede nell'indebolimento delle istituzioni comuni e neppure nel perseguire soluzioni singolari. Nei momenti di crisi solo una maggior condivisione dei rischi, accompagnata da una responsabilità condivisa, consente di trasformare i momenti di crisi in un'opportunità di resilienza e ripresa che ripaghi tutti.

Adeguate l'azione europea a questo tempo storico è perciò l'unica possibilità reale che i governanti degli Stati membri hanno davanti, se, tengono alla loro indipendenza e al benessere dei cittadini.

Il tema che torna sul terreno del dibattito è l'unione politica tra gli Stati membri dell'UE e, in particolare, dell'eurozona; altrimenti detto, il tema è la distribuzione del potere politico di decisione tra le Istituzioni e gli Stati membri e tra le istituzioni medesime: in una parola, è la questione del governo europeo in una struttura istituzionale europea federale e democratica. Questo significa che i cittadini europei (o almeno i più coscienti tra questi) attendono che le Istituzioni e i governi degli Stati membri producano questa decisione politica²³⁰.

²²⁸ La "Relazione dei quattro presidenti" (del 5 dicembre 2012), *Verso un'autentica Unione economica e monetaria*, è stata elaborata - su richiesta del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2012 - dal Presidente del Consiglio europeo, in stretta collaborazione con i Presidenti della Commissione, dell'Eurogruppo e della Banca centrale europea.

²²⁹ C.d. dei "cinque Presidenti" perché alla redazione del documento veniva associato anche il Presidente del Parlamento europeo; Report by: Jean-Claude Juncker, in close cooperation with Donald Tusk, Jeroen Dijsselbloem, Mario Draghi and Martin Schulz, *Completing Europe's Economic and Monetary Union*. Il rapporto è stato pubblicato il 12 giugno 2015 e presentato al Consiglio europeo di giugno 2015, ma la discussione su di esso venne rinviata alla riunione del Consiglio europeo di dicembre 2015.

²³⁰ V. Il presidente Mario Draghi, nel discorso di martedì 16 aprile 2024 alla Conferenza dedicata all'Europa sociale di La Hulpe, Belgio, (<https://rivista.eurojus.it/wp-content/uploads/pdf/Intervento-di-Mario-Draghi-alla-High-1-2.pdf>) ha lasciato intendere chiaramente questa necessità di un cambiamento radicale quando, partendo dalla premessa politica che «il mondo è cambiato; le vecchie regole sono ignorate, se non violate; si sono moltiplicati i casi di concorrenza sleale tra paesi», traendone la conclusione che «Il nostro processo decisionale e i nostri metodi di finanziamento sono stati concepiti per il "mondo di ieri" – ossia pre-Covid, pre-Ucraina, pre-scoppio della crisi in Medio

Il punto è: attraverso quali percorsi si può realizzare la formazione di un autentico governo europeo federale e democratico?

Anche questa domanda è da tempo stata posta nel dibattito pubblico europeo e vengono indicate due diverse vie per rispondere: la prima, che sarebbe la via maestra, è *la riforma dei Trattati europei* che dovrebbe agire su più versanti: riordino delle competenze, riforma del procedimento legislativo, ruolo governativo della Commissione, unificazione del potere di rappresentanza dell'Unione (in capo al Presidente della Commissione europea), realizzazione di una politica estera e di sicurezza comune, effettiva costruzione di un autonomo potere militare di difesa, ecc.

La cornice giuridico-istituzionale sarebbe pur sempre quella posta dai Trattati e, in particolare, dalle regole per la loro revisione da parte degli Stati membri. Appare indubbio, infatti, che tutte le innovazioni del diritto europeo sono dipese sempre e dipendono ancora dalla volontà degli Stati membri che possono emendare i trattati e i progetti di modifica di questi possono essere intesi “ad accrescere o a ridurre le competenze attribuite all'Unione” (art. 48 TUE).

Tuttavia, questo percorso potrebbe essere lungo e non portare ad alcun risultato, perché, nonostante gli Stati membri versino nella stessa condizione, il loro sentire appare essere diverso o addirittura opposto come di recente accade all'Ungheria e alla Slovacchia, e, poiché le modifiche dei Trattati “entrano in vigore dopo essere state ratificate da tutti gli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali” (art. 48 TUE), qualsiasi proposta di revisione potrebbe finire nel nulla, come già è accaduto nel caso del “Trattato istitutivo della Comunità europea della difesa” (1952/1954), o in quello del “Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa” (2004).

In ragione di ciò, già da tempo, per uscire dall'impasse – ed è questa la seconda via – si è pensato, come già in passato più volte è accaduto nella storia europea, a una “cooperazione rafforzata”²³¹, secondo le previsioni dell'art. 20 TUE, e dagli articoli 326-334 TFUE²³²; e, per l'ambito mi-

Oriente, prima del ritorno della rivalità tra le grandi potenze. *Abbiamo bisogno di un'Unione europea che sia adatta al mondo di oggi e di domani. Ecco perché quel che proporrò nella relazione che la Presidente della Commissione mi ha chiesto di preparare è un cambiamento radicale: perché è di questo che c'è bisogno.*

²³¹ La cooperazione rafforzata deve essere autorizzata dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo (art. 329, para. 1, TFUE). Inoltre, il Consiglio e la Commissione assicurano la coerenza delle azioni intraprese nel quadro di una cooperazione rafforzata e la coerenza di dette azioni con le politiche dell'Unione, e cooperano a tale scopo (art. 334 TFUE). Quando è in corso, la partecipazione è aperta a tutti gli Stati membri che abbiano tale intenzione previa notifica al Consiglio e alla Commissione, che conferma la partecipazione dello Stato membro richiedente, entro un termine di quattro mesi dalla data di ricezione della notifica (art. 331, para. 1, TFUE). Infine, gli Stati che partecipano a una cooperazione rafforzata vedono sotto forme diverse la presenza delle istituzioni dell'Unione (Commissione, Alto Rappresentante, Consiglio, Parlamento europeo).

²³² Le cooperazioni rafforzate sono intese a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione. Sono aperte in qualsiasi momento a tutti gli Stati membri ai sensi dell'articolo 328 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 20, para. 2, TUE). Gli atti adottati nel quadro di una cooperazione rafforzata vincolano solo gli Stati membri partecipanti. Non sono considerati un acquis che deve essere accettato dagli Stati candidati all'adesione all'Unione (art. 20, para. 4, TUE). L'ambito di applicazione di queste esclude le competenze esclusive dell'Unione (unione doganale, politica commerciale comune, regole della concorrenza necessarie al mercato interno, politica monetaria per l'eurozona) e le politiche che richiedono unanimità per cambiare i Trattati stessi (Cioè le *politiche “costitutive” o “strutturali” dell'Unione*, che richiedono unanimità e ratifica di tutti gli Stati membri per essere cambiate, come la Politica monetaria e unione economica; il sistema delle risorse proprie e il bilancio UE; le disposizioni sulla cittadinanza dell'Unione; l'adesione o il recesso di Stati membri; la revisione dei Trattati e dell'assetto istituzionale; ed anche la politica estera e di sicurezza comune, per la quale, però, è possibile – come detto – una cooperazione strutturata (PESCO), v. anche art. 329, para. 2, TFUE). Infine, i li-

litare, varrebbe anche la possibilità di una “cooperazione strutturata” più profonda, in base all'art. 42, para. 6, TUE e al Protocollo n. 10²³³. Ed è bene precisare che la cooperazione rafforzata è uno strumento “generale” che consente ad almeno 9 Stati membri di andare avanti insieme in un determinato settore, anche senza la partecipazione di tutti gli altri ²³⁴.

Proprio con riferimento all'implementazione dei piani strategici europei, asserendo che “l'Europa potrebbe già fare molto di più”, si è richiamato il ricorso a “coalizioni di persone volenterose, utilizzando meccanismi come la cooperazione rafforzata” e “senza modifiche ai trattati”, per concentrare i progetti e mettere in comune le risorse ²³⁵.

Questa posizione è certamente apprezzabile; tuttavia, sono proprio i piani strategici europei che sembrano richiedere e avere bisogno di qualcosa di più: una potestà di governo più chiara e coerente, rispetto a quella che può offrire una semplice cooperazione rafforzata, e lo stesso può ripetersi per il rafforzamento della sicurezza dell'Unione in tutte le forme possibili e necessarie, per una politica estera e di sicurezza comune più integrata, con cui l'Unione europea possa esprimersi in modo univoco e con una sola voce e abbia anche una capacità militare autonoma che possa sostenere la sua difesa e la sua immagine internazionale.

Per questo motivo l'idea di una cooperazione tra alcuni Stati membri va considerata da un punto di vista diverso. È evidente che ogni forma di accordo solo tra una parte degli Stati membri crea nell'Unione un'asimmetria²³⁶ e l'asimmetria europea sembra essere una costante della costruzione europea, come osservò *Jacques Delors*, quando coniò l'espressione *Europa a geometria variabile*²³⁷. Questa idea, dibattuta per anni a livello politico europeo, era intesa a risolvere alcune questioni istituzionali. Il concetto è che più cresce il numero degli Stati membri dell'Unione, più complesso diventa il consenso unanime nelle varie questioni, proprio perché non tutti gli Stati membri vogliono avanzare allo stesso modo nell'integrazione ²³⁸.

In questo caso si tratterebbe, allora, non di avviare una semplice cooperazione rafforzata settoriale, bensì di mettere insieme un nucleo fondamentale di Stati, dotati di forti *leadership*, responsabili verso il destino dell'Europa, e in grado di assumere la decisione politica, con un *Trattato fondato sulla “cooperazione rafforzata”*, che vada oltre le previsioni dell'art. 20 TUE, per dare vita alla *prima formazione federale europea*, mostrando come possibile un modello definito “avanguardia / retroguardia” (*Vorhut-Nachhut-Modell* ²³⁹), che consenta in prospettiva a tutti gli Stati membri dell'UE di aderire.

miti delle cooperazioni rafforzate sono contenuti e definiti. Infatti, non possono recare pregiudizio né al mercato interno né alla coesione economica, sociale e territoriale. Non possono costituire un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra gli Stati membri, né possono provocare distorsioni di concorrenza tra questi ultimi (art. 326 TFUE).

²³³ V. sopra, paragrafo 7.2.

²³⁴ I Trattati medesimi già suggeriscono la possibilità, per gli Stati membri, di muoversi in modo asimmetrico dando luogo ad accordi di cooperazione nell'ambito giudiziario penale e in quello di polizia.

²³⁵ M. DRAGHI, *One year after the Draghi report: what has been achieved, what has changed*, cit.

²³⁶ V. S. MANGIAMELI, *L'Europa tra riforma dei trattati e competitività internazionale*, cit.

²³⁷ Nel maggio del 1980 in un convegno organizzato a Roma dalla rivista *Mondoperaio*.

²³⁸ In proposito, i riferimenti sono certamente risalenti, già al tempo della crisi economico-finanziaria, v. S. MANGIAMELI, *Il sistema europeo: dal diritto internazionale al diritto costituzionale e ritorno?*, in *Diritto e Società*, 1, 2016, 11-58, in part. 38 ss.

²³⁹ Così, J. FISCHER, *Scheitert Europa?*, Köln 2014.

In questo ambito l'ipotesi di una o più istituzioni che esercitino la funzione di governo potrebbe trovare una soluzione positiva.



Autore: Cesare Pinelli*

La funzione di garanzia nell'Unione europea

Sommario: 1. Termini di un confronto sulla funzione di garanzia. – 2. L'affermazione dell'accezione formale dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione. – 3. Sviluppi del diritto primario. – 4. L'art. 2 TUE nelle prime interpretazioni della Corte. – 5. La giurisprudenza sull'indipendenza del potere giudiziario: cenni ricostruttivi. – 6. Il Regolamento sulla condizionalità e le pronunce del 2022. – 7. L'alternativa.

1. Termini di un confronto sulla funzione di garanzia.

Un confronto del diritto dell'Unione con quello nazionale dal lato delle garanzie deve partire dalla premessa che l'adesione di uno Stato membro all'Unione comporta l'obbligo dei suoi giudici di applicare il diritto dell'Unione sul suo territorio a pena di privarlo di ogni efficacia. La conseguente affermazione che i giudici nazionali sono anche giudici dell'ordinamento giuridico comunitario, poi dell'Unione europea¹, modella i termini del confronto, che con riguardo all'applicazione del diritto non può riferirsi a ordinamenti separati ma ne presuppone la reciproca composizione, le cui modalità sono largamente nelle mani delle Corti costituzionali e della Corte di giustizia dell'Unione. Il confronto va comunque fatto risalire ai principi che le ispirano e le governano nei rispettivi ordinamenti: fino a che punto possono differenziarsi, riferendosi a un diritto da applicarsi uniformemente sull'intero territorio dell'Unione?

* Professore Ordinario di Diritto pubblico e costituzionale presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

¹ Come affermato dalla Corte di giustizia a partire da *Simmenthal*, 106/77, EU: C: 1978: 49, punti 16 e 2.

La domanda è stata sempre complicata dalla caratteristica dichiarata, e talora perfino vantata, incompletezza dell'ordinamento dell'Unione *rebus sic stantibus*, a fronte della tradizionale autorappresentazione di quelli nazionali come completi. Col paradosso che, per quanto incorporata come si è detto nello stesso atto di adesione ai trattati europei, la pretesa di dover applicare il diritto UE sul territorio nazionale riguarda un ordinamento aperto a una pluralità di sviluppi tali da ripercuotersi inevitabilmente sulla stessa configurazione della funzione di garanzia. Si pensi solo alla consueta alternativa tra un definitivo sbocco in una strutturazione federale e una altrettanto definitiva accentuazione dei tratti intergovernativi dell'attuale assetto istituzionale. Alternativa non importa quanto fondata, ma certo assai resistente nel tempo, e sufficiente a mostrarne le conseguenze sull'assestamento della funzione di garanzia in un senso o in un altro, con un tendenziale assorbimento dei principi che ne governano l'esercizio a livello federale o viceversa.

Eppure il confronto sul tema merita oggi un ripensamento, di cui mi propongo di indicare termini e prime implicazioni. Il sistema giuridico dell'Unione va infatti attenuando i propri tratti eterogenei rispetto a quelli nazionali con l'adeguamento ai principi dello Stato di diritto, e tuttavia nello stesso tempo si sta rivelando inadeguato a fronteggiare le sfide lanciate a tali principi da alcuni Stati membri, complessivamente definita *rule of law crisis*. Siamo così passati semplicemente da un paradosso a un altro, quasi con uno scambio di posizioni? Restando in superficie, potremmo dire di sì. Ma basta andare un poco al di sotto per cogliere conflitti, come quello fra corti e istituzioni politiche (parlamenti e ancor più governi), che attraversando ambedue i poli del confronto inducono a prospettare una nuova versione.

2. L'affermazione dell'accezione formale dello Stato di diritto nell'ordinamento dell'Unione.

Risale al caso *Granaria* l'affermazione della Corte di giustizia della Comunità europea che in base al Trattato CE, “se il rispetto del principio della legittimità comunitaria comporta, per gli amministratori, il diritto di contestare in sede giurisdizionale la validità dei regolamenti, lo stesso principio implica pure, per tutti i soggetti di diritto comunitario, l'obbligo di riconoscere la piena efficacia dei regolamenti finché il giudice competente non ne abbia dichiarato l'invalidità” (13 febbraio 1979, C. 101/78, *Granaria BV c. Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*, § 5.) Poco più tardi, in *Les Verts*, la Corte avrebbe aggiunto che “la Comunità economica europea è una Comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte né le sue istituzioni sono sottratti al controllo di conformità dei loro atti alla Carta costituzionale di base costituita dal Trattato. In particolare, con gli artt. 173 e 184, da un lato, e con l'art. 177, dall'altro, il trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di Giustizia il controllo di legittimità degli atti delle istituzioni.” (23 aprile 1986, C. 249/1983, *Parti ecologiste Les Verts c. Parlamento europeo*, § 23.).

Nella giurisprudenza comunitaria del secolo scorso, il principio dello Stato di diritto si affermò dunque in senso formale, o quale principio di conformità degli atti pubblici alla legge o al Trattato, fonte che nel diritto comunitario la Corte di giustizia equiparava a una costituzione. E veniva

fatto consistere nella certezza del diritto e nella conformità alla legge del procedimento di formazione degli atti².

Più di recente la Corte accoglierà invece un'accezione sostanziale del principio, la quale è propria dello Stato costituzionale a partire dalla considerazione che la forma rigida di costituzione non si esaurisce nella pura addizione di un grado al sistema gerarchico delle fonti, riflettendo un profondo mutamento della funzione stessa di costituzione³, nonché dal passaggio dal modello del giudice-funzionario a quello dell'autorità giudiziaria chiamata a interpretare la legge secondo costituzione⁴.

Ma non se ne può parlare tacendo di quanto stava nel frattempo avvenendo o era già avvenuto nella sfera del diritto primario, dall'art. 6 del Trattato di Amsterdam alla Carta dei diritti fondamentali fino al Trattato di Lisbona, ed anche del diritto secondario, come nel caso delle specificazioni delle componenti del principio dello Stato di diritto contenute nel Regolamento sulla condizionalità del 2020. Il che vuol dire, per integrare la traccia del discorso che stiamo componendo, che le consistenti trasformazioni cui è andata soggetta la funzione di garanzia nell'Unione europea da Amsterdam in poi risultano da combinazioni di deliberazioni delle istituzioni politiche con indirizzi delle corti, indipendentemente dalle ragioni che possono aver suggerito certe scelte alle une o alle altre.

3. Sviluppi del diritto primario.

Basterà accennare ad alcuni passaggi. Secondo un'accreditata lettura, la scelta del Consiglio europeo di Copenhagen del 1993 di subordinare l'ingresso nell'Unione di numerosi Paesi dell'Europa orientale (oltre a Malta e a Cipro) al rispetto dei diritti dell'uomo e delle procedure democratiche, così fornendo basi testuali alle politiche condizionali avviate dopo la caduta del muro di Berlino, avrebbe reso impossibile all'Unione di eludere il rispetto di quegli stessi principi al proprio interno⁵.

Cominciava così il processo di 'politicizzazione' dei principi dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali nell'Unione, che fino ad allora era rimasto appannaggio della giurisprudenza della Corte di giustizia col richiamo alle "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati membri.

² Cfr. M. SUNNQVIST, «EU's legal history in the making». *Substantive Rule of Law in the Deep Culture of European Law*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2023, n. 45, 19.

³ Come ricorda proprio ai fini che qui interessano E. GIANFRANCESCO, *Il principio dello Stato di diritto e l'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, Giuffrè, 2006, 264.

⁴ Fra gli altri, di recente, P. TULEJA, *The Evolution of the Systemic Position of Courts and the Standards of Their Independence*, in H. SUCHOCKA (ed.), *Elements and Dynamics of the European Legal Standard*, Gdansk University Press, Gdansk, 2025, 238 ss.

⁵ W. SADURSKY, *Charter and Enlargement*, in *European Law Journal*, 2002, 344, e M. NOVAK, *Human Right 'Conditionality' in Relation to Entry to, and Full Participation in, the EU*, in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, 1999, 689-690, hanno interpretato così le scelte contenute nell'art. 6 TUE nella versione di Amsterdam.

L'art. 6, par. 1, stabiliva che "l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri", con una formulazione che ritroveremo nel Trattato di Lisbona. I principi così enunciati fungono inoltre da standard che gli Stati membri debbono rispettare per non incorrere nella procedura volta a riscontrarne il "rischio evidente di violazione grave" ai sensi del successivo art. 7, procedura che, ove si concluda con la constatazione "di una violazione grave e persistente da parte di uno o più principi di cui all'articolo 6", può condurre il Consiglio a "sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione del presente trattato, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio". Di converso, l'art. 49 prevedeva che qualsiasi Stato europeo "che rispetti i principi sanciti dall'art. 6 (1)" può domandare di diventare membro dell'Unione.

Si operava così una saldatura fra requisiti di adesione all'Unione e requisiti di permanenza nell'Unione, il cui riscontro veniva in ambedue i casi affidato agli Stati membri, direttamente o per il tramite del Consiglio.

Un secondo passaggio riguarda la Carta dei diritti. Era stato da tempo notato l'impiego di "due pesi e due misure" nella giurisprudenza sui diritti fondamentali. Una Corte tanto sollecita nella tutela dei cittadini verso gli Stati membri, quanto mai disposta ad annullare un atto del Consiglio per violazione dei diritti, "dimostra di essere totalmente incapace di garantire gli interessi costituzionali dei singoli a che la Comunità non violi i suoi limiti costituzionali"⁶.

Anche in questo contesto va letto il fatto che la Carta dei diritti incidesse per la prima volta in quei processi di individuazione e di applicazione-tutela dei diritti fondamentali che fino ad allora erano stati pilotati dalla Corte tramite la *inventio* delle tradizioni costituzionali comuni, introducendo un vincolo testuale comunque più ingombrante e riequilibrando per quella via il rapporto tra politica e giurisdizione. In particolare, con lo stabilire che le sue disposizioni "si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" (art. 51, par. 1), la Carta da un lato prefigurava un ambito di applicazione più ristretto di quello su cui la giurisprudenza comunitaria ha esercitato il proprio sindacato sugli atti degli Stati membri⁷, e dall'altro impegnava la Corte a colpire atti delle istituzioni e degli organi dell'Unione che violino i diritti fondamentali.

Non a caso, proprio nelle occasioni in cui ha dimostrato di non essere necessariamente costretta a favorire gli interessi economici sottesi al Trattato a scapito dei diritti fondamentali⁸, la Corte si guardò anche solo dal menzionare la Carta. Né la sua giurisprudenza successiva può

⁶ J. H. H. WEILER, *L'Unione e gli Stati membri: competenze e sovranità*, in A.I.C., *Annuario 1999, La costituzione europea. Atti del XIV Convegno Annuale. Perugia, 7-8-9 ottobre 1999*, Padova, Cedam, 2000, 8, e G. F. MANCINI, *La Corte di giustizia, La Corte Suprema degli Stati Uniti e la Corte di giustizia europea* (1995), in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2004, 93.

⁷ Esteso ad atti estranei alle competenze dell'Unione a partire da Corte di giustizia, 7 gennaio 2004, C – 117/2001, *K.B.*, e 26 aprile 2006, *Richards*.

⁸ Come ancora ipotizzato da B. De WITTE, *The Past and the Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in P. ALSTON, M. BUSTELO, J. HEENAN (eds.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999, 859 ss.

smettere la reticenza di allora, in una fase caratterizzata da una latente ma chiara dialettica con le istituzioni politiche dell'Unione.

4. L'art. 2 TUE nelle prime interpretazioni della Corte.

Che l'enucleazione della nozione di Stato di diritto, così come delle altre riconducibili all'esercizio della funzione di garanzia nell'ordinamento dell'Unione, sia stata opera di una pur complessa interazione delle istituzioni politiche con la Corte di giustizia, trova conferma con riguardo alla fase aperta dall'approvazione del Trattato di Lisbona.

Per quanto qui interessa, quel Trattato prosegue con alcune importanti riformulazioni l'opera avviata dal Trattato di Amsterdam. Rispetto a quanto vi veniva stabilito all'art. 6, l'art. 2 TUE parla infatti di "valori" anziché di "principi", ne allunga la lista e la inserisce nel quadro della "società europea": «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società in cui prevalgono il pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e l'uguaglianza tra donne e uomini».

Rimane altresì la saldatura fra requisiti di adesione e requisiti di permanenza nell'Unione (artt. 7 e 49 TUE). Anche se le procedure di riscontro di violazione dei valori comuni da parte degli Stati membri sono più complesse, rimane pure la scelta di rimettere il giudizio circa tali violazioni ad organi politici: il Consiglio in caso di "rischio evidente di una grave violazione" e il Consiglio europeo in caso di "esistenza di una violazione grave e persistente". La remissione agli altri Stati di tale giudizio, escludendo il potere giurisdizionale, si spiega con una ragione di ordine strutturale.

Con l'attribuzione ai giudici di un tale potere, l'Unione avrebbe infatti compiuto l'ultimo passo nella sua trasformazione in Stato. Da un punto di vista giuridico-costituzionale, le violazioni dei valori comuni immaginate dal Trattato corrispondono a degli illeciti costituzionali non lontani da quelli di cui parla l'art. 21 della Legge Fondamentale tedesca quando affida al Tribunale Costituzionale il potere di sciogliere i partiti incostituzionali in quanto "mirino ad attentare all'ordinamento fondamentale libero e democratico o a sovvertirlo o a mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica Federale di Germania". Affidare alla Corte di Giustizia il giudizio sulla grave e persistente violazione dei "valori comuni" significava introdurre nell'organizzazione dell'Unione una attribuzione tipica di uno Stato. La soluzione accolta dall'art. 7 TUE somiglia invece a quella prevista dall'art. 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa nel caso in cui uno Stato membro contravvenga ai suoi principi, tanto per i soggetti chiamati a giudicare la violazione (gli

⁹ Che peraltro secondo J. WOUTERS, *Revisiting Art. 2 TEU: A True Union of Values?*, *European Papers*, Vol 5, 2020, 260, non avrebbe sostanzialmente modificato portata e posizione dei principi.

Stati membri riuniti nel Comitato dei Ministri) quanto per il tipo di sanzione irrogabile (la sospensione del voto in Consiglio).

Si confermano così le acquisizioni della Corte del Lussemburgo. Nel parere 2/13 del 18 dicembre 2014, rivisitando la sentenza *Van Gend & Loos*, essa ha affermato che “l’Unione [è] dotata di un ordinamento giuridico di nuovo genere, avente una sua specifica natura, un quadro costituzionale e principi fondativi che sono suoi propri, una struttura istituzionale particolarmente elaborata, nonché un insieme completo di norme giuridiche che ne garantiscono il funzionamento”. Queste caratteristiche essenziali del diritto dell’Unione “hanno dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l’Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri”. Si tratta di una rete, prosegue la Corte, che “poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l’Unione si fonda, così come precisato all’articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l’esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell’Unione che li attua”.

Nel Parere 1/17 del 30 aprile 2019, la Corte ha poi affermato che “l’Unione ha un proprio quadro costituzionale” e che “[r]ientrano in tale quadro i valori fondatori enunciati nell’articolo 2 TUE”, nonché i principi generali del diritto dell’Unione, le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (di seguito la “Carta”), in particolare le disposizioni dei trattati, le regole sull’attribuzione e la ripartizione delle competenze, le norme per il funzionamento delle istituzioni dell’Unione e il sistema giurisdizionale della stessa, così come le norme fondamentali in settori specifici, strutturate per contribuire al completamento del processo di integrazione di cui all’articolo 1, secondo paragrafo, TUE.

Il vincolo posto in capo agli Stati membri dal richiamo ai “valori comuni” è stato nondimeno ridimensionato sotto il profilo del loro contenuto. Lo stesso richiamo a una nozione considerata troppo generica, come quella di valori, soprattutto alla luce della assenza di esplicite connessioni con “obiettivi” dell’azione dell’Unione in un ordinamento retto dal principio di attribuzione, basterebbe a screditarne la pretesa vincolatività¹⁰.

Alcune obiezioni a tale posizione possono muoversi subito proprio alla luce di un confronto minimo con l’affermazione dei principi costituzionali nell’esperienza repubblicana. Anzitutto l’accusa di vaghezza rivolta a “valori comuni” quali, fra gli altri, libertà, democrazia, o eguaglianza, dovrebbe investire allo stesso modo i principi costituzionali corrispondenti a quei valori, e la vaghezza nella loro formulazione può essere una risorsa per una costituzione che miri a durare nel tempo, come fanno proprio gli interpreti della costituzione, almeno fino a quando non diventa un pretesto per mascherare l’arbitrio.

Inoltre, in quella “mutua interdipendenza” di “principi, di norme e di rapporti giuridici” che “vincolano, in modo reciproco, l’Unione e i suoi Stati membri”, di cui ragiona la Corte di giusti-

¹⁰ Per questa posizione, v. fra gli altri C. MÖLLERS & L. SCHNEIDER, *Demokratisierung in der Europäischen Union*, 2018, 125.

zia, non può non rientrare la connessione dell'art. 2 TUE con la Carta dei diritti fondamentali incorporata al Trattato stesso, nel cui Preambolo è scritto "Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; l'Unione si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto. Essa pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia".

Il principio di indivisibilità non prefigura solo la reciproca interdipendenza fra le classi dei diritti fondamentali in vista dell'affermazione della persona, secondo una scelta che può ben dirsi sia stata anticipata dalla Costituzione italiana¹¹, ma richiede altresì una Unione fondata "sui principi di democrazia e dello stato di diritto". Da tutti i punti di vista, esso indirizza l'interprete in modo da privilegiare l'accezione sostanziale su quella formale dei "valori comuni" a cominciare dallo Stato di diritto. Solo un'accezione formale dello stesso, non anche una sostanziale, può infatti prescindere dal rispetto dei diritti fondamentali e della democrazia, così come da effettive garanzie di indipendenza del potere giudiziario. E d'altra parte una democrazia ridotta all'esercizio del diritto di voto in tanto può ritenersi esaurita in una dimensione meramente formale, in quanto in essa non siano effettive le garanzie, giurisdizionali e non, di esercizio dei diritti fondamentali che consentono all'elettore di esprimersi consapevolmente e liberamente al momento del voto.

Il principio di indivisibilità dei principi e dei "valori comuni" conduce dunque l'interprete dell'art. 2 TUE a sciogliere a favore dell'accezione sostanziale la grande dicotomia fra *rule of law* o Stato di diritto in senso formale/sostanziale. E allo stesso esito sono comunque giunte per vie alla fine convergenti la Corte di giustizia e il diritto secondario dell'Unione.

5. La giurisprudenza sull'indipendenza del potere giudiziario: cenni ricostruttivi.

In *Associação Sindical dos Juízes Portugueses contra Tribunal de Contas*, deciso il 27 febbraio 2018, la Grande Sezione della Corte di giustizia, dopo aver ribadito che "L'Unione è un'Unione di diritto in cui i singoli hanno il diritto di contestare in sede giurisdizionale la legittimità di qualsiasi decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'Unione" (§ 31), aggiunge che "L'articolo 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato all'articolo 2 TUE, affida l'onere di garantire il controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico dell'Unione non soltanto alla Corte, ma anche agli organi giurisdizionali nazionali" (§ 32). Il carattere trasversale, comune cioè all'Unione e agli Stati membri, rivestito dal principio di indipendenza del potere giudiziario viene dunque affermato in base all'obbligo di "assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione" (§ 42.). L'indipendenza è infatti "essenziale per il buon funzionamento del sistema di cooperazione giudiziaria costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'articolo 267 TFUE", il qua-

¹¹ Si può vedere C. PINELLI, *L'indivisibilità dei diritti fondamentali*, in *L'essenza della democrazia. I diritti umani e il ruolo dell'avvocatura*, a cura del Consiglio Nazionale Forense, Roma, Carocci, 2010, 153 ss.

le “può essere attivato unicamente da un organo, incaricato di applicare il diritto dell'Unione, che soddisfi, segnatamente, tale criterio di indipendenza” (§ 43.). Lo conferma l'articolo 47, secondo comma, della Carta, che menziona l'accesso a un giudice «indipendente» tra i requisiti connessi al diritto fondamentale ad un ricorso effettivo (§ 41).

Dalla sentenza sui giudici portoghesi è scaturita una giurisprudenza nella quale ricorre costantemente la congiunta violazione degli artt. 19 e 2 TUE¹².

Uno sviluppo ulteriore di questo indirizzo è rinvenibile in *Repubblika contro Prim Ministru*, deciso il 20 aprile 2021, dove la Corte desume dall'art. 49 TUE, che disciplina l'accesso a una Unione la quale “riunisce Stati che hanno liberamente e volontariamente aderito ai valori comuni attualmente previsti dall'articolo 2 TUE, che rispettano tali valori e che si impegnano a promuoverli” (§ 61)), che “il rispetto da parte di uno Stato membro dei valori sanciti dall'articolo 2 TUE costituisce una condizione per il godimento di tutti i diritti derivanti dall'applicazione dei trattati a tale Stato membro. Uno Stato membro non può quindi modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto, valore che si concretizza, in particolare, nell'articolo 19 TUE [v., in tal senso, sentenza del 2 marzo 2021, A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso), C-824/18, EU:C:2021:153, punto 108]. Gli Stati membri sono quindi tenuti a provvedere affinché sia evitata qualsiasi regressione, riguardo a detto valore, della loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia, astenendosi dall'adottare qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici [v., per analogia, sentenza del 17 dicembre 2020, Openbaar Ministerie (Indipendenza dell'autorità giudiziaria emittente), C-354/20 PPU e C-412/20 PPU, EU:C:2020:1033, punto 40]” (§§ 62 e 63).

Il principio di non regressione della tutela del valore dello Stato di diritto si concretizza dunque nell'obbligo in capo agli Stati membri di evitare di adottare “qualsiasi misura che possa pregiudicare l'indipendenza dei giudici” nella “loro legislazione in materia di organizzazione della giustizia”, senza le esplicite delimitazioni ai “settori disciplinati dal diritto dell'Unione” che comparivano in *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*. Il “valore aggiunto” di *Repubblika*, che spiega questo passaggio, consisterebbe nell'aver agganciato l'art. 2 all'art. 49 anziché esclusivamente all'art. 19, dal momento che le condizioni di accesso all'Unione si connettono direttamente ai “valori comuni”: il principio di non regressione diventa così “l'ultimo promettente capitolo nella costruzione in corso di un rinnovato sistema costituzionale dell'Unione basato su valori”¹³.

L'impressione di una marcia inarrestabile della Corte verso l'accoglimento dell'accezione sostanziale del principio dello Stato di diritto, se mai qualcuno l'avesse coltivata, va però immediatamente dissipata. Proprio l'affermazione del principio di non regressione appare invero ben più problematica una volta che la si sia opportunamente contestualizzata. Ci si riferisce alla scarsa reazione dell'Unione alla violazione dei “valori comuni”, e in particolare del principio dello Stato di diritto attraverso la manomissione delle garanzie di indipendenza del potere giudiziario, portata

¹² Cfr. M. S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *Federalismi*, n. 19/2020, 14 ss.

¹³ L. PECH and D. KOCHENOV, *Respect for the Rule of Law in the Case Law of the European Court of Justice: A Casebook Overview of Key Judgements since the Portuguese Judges Case*, Sieps, 2021, 216.

avanti consapevolmente da alcuni Stati membri, come l'Ungheria dal 2011 in poi e la Polonia in due legislature (2015-2023).

All'epoca del giudizio sui giudici portoghesi (2018), la mancata attivazione delle procedure indicate dall'art. 7 TUE nei confronti di tali Stati membri, spiegabile per ragioni di ordine politico, era già divenuta un problema molto delicato. Tanto da far considerare la pronuncia come una presa di posizione della Corte volta a tutelare il rispetto dello Stato di diritto tramite strumenti giurisdizionali già operanti, quali il rinvio pregiudiziale e il ricorso per infrazione¹⁴. In questo contesto la richiesta di “evitare qualsiasi regressione” dell'indipendenza del potere giudiziario prospettata in *Repubblika* equivaleva a minacciare interventi della Corte molto più di quanto essa aveva fatto nella sentenza sui giudici portoghesi. Il caso riguardava Malta, ma chiunque poteva facilmente comprendere che i destinatari più importanti fossero a Budapest e a Varsavia. Non si poteva più escludere, a quel punto, il rischio di una contrapposizione diretta del potere giudiziario europeo con i governi di alcuni Stati membri. Senonché proprio l'evoluzione della *rule of law crisis* ebbe un andamento diverso.

6. Il Regolamento sulla condizionalità e le pronunce del 2022.

Da quando ci si accorse del paradosso per cui proprio i Paesi che più si erano avvantaggiati delle politiche di coesione (Ungheria, Polonia) avevano più frequentemente di altri violato le regole sul rispetto dei principi dello Stato di diritto senza venirne in alcun modo sanzionati, cominciò a circolare fra gli studiosi e poi fra i governi degli altri Stati membri la convinzione che una *rule of law conditionality*, ossia l'introduzione di una regola che subordinasse l'erogazione dei fondi di coesione al rispetto dei principi dello Stato di diritto, fosse l'ultima chance per l'Unione di assicurare il rispetto dei suoi valori fondamentali negli Stati membri più riluttanti¹⁵.

Su questa premessa, il 16 dicembre 2020 veniva approvato il Regolamento 2020/2092, “relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione”, che nel proporsi di assicurare il rispetto dei principi dello Stato di diritto da parte degli Stati membri tramite lo strumento indicato, provvedeva a definire le categorie di fattispecie relative allo Stato di diritto da parte delle istituzioni politiche europee, pur ricavandole dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dalla *rule of law checklist* approvata nel 2016 dalla Commissione di Venezia.

In particolare, all'art. 2, lett. a), il Regolamento così recita:

“«Stato di diritto»: il valore dell'Unione sancito nell'articolo 2 TUE. In esso rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale

¹⁴ V. ad es. M. PARODI, *Il controllo della Corte di giustizia sul rispetto del principio dello Stato di diritto da parte degli Stati membri: alcune riflessioni in margine alla sentenza Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, in *European Papers*, Vol. 3, 2018, No. 2, 991.

¹⁵ G. HALMAI, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2019, 11, 187.

zionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non-discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge. Lo Stato di diritto è da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell'Unione sanciti nell'articolo 2 TUE;”

Inoltre, all'art. 3, intitolato “Violazioni dei principi dello Stato di diritto”, il Regolamento così recita: “Ai fini del presente regolamento, possono essere indicativi di violazioni dei principi dello Stato di diritto: a) le minacce all'indipendenza della magistratura; b) l'omessa prevenzione, rettifica o sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche, incluse le autorità di contrasto, la mancata assegnazione di risorse finanziarie e umane a scapito del loro corretto funzionamento o il fatto di non garantire l'assenza di conflitti di interesse; c) 1. la limitazione della disponibilità e dell'efficacia dei mezzi di ricorso, per esempio attraverso norme procedurali restrittive e la mancata esecuzione delle sentenze o la limitazione dell'efficacia delle indagini, delle azioni penali o delle sanzioni per violazioni del diritto.”

Così, la crisi della *rule of law* avrebbe avuto come “positivo effetto collaterale” di rendere molto più difficile ai governanti di pretendere di fondare lo Stato di diritto solo su qualche versione di certezza del diritto, e di superare definitivamente la prospettiva dello stesso Stato di diritto come espediente retorico¹⁶. Né di tutto ciò può prescindere la valutazione delle sentenze della Corte di giustizia sul punto.

Nei loro ricorsi nei confronti del Regolamento davanti alla Corte di giustizia (nn. 156/2021 e 157/2021), i governi della Polonia e dell'Ungheria hanno incentrato le censure per un verso sulla violazione del principio di attribuzione, e per l'altro sulla elusione delle regole disposte dai trattati nelle ipotesi di trasgressioni dei valori comuni da parte degli Stati membri, e in particolare dell'art. 7 TEU, con l'argomento che “una violazione dei principi dello Stato di diritto può essere constatata solo dal Consiglio europeo, a norma dell'articolo 7, paragrafo 2, TUE. Solo tale istituzione potrebbe, in virtù della sua composizione, garantire il controllo del rispetto del valore dello Stato di diritto, il quale avrebbe carattere discrezionale e potrebbe dipendere da considerazioni politiche. In particolare, la memoria del Governo ungherese si richiama a un parere del 27 maggio 2014 del servizio giuridico del Consiglio, secondo cui l'articolo 7 TUE stabilisce volutamente un quadro di supervisione preciso, che si compone di varie fasi, un'elevata soglia ipotetica per avviare le procedure, maggioranze rafforzate in seno al Consiglio e al Consiglio europeo nonché un insieme di garanzie procedurali per lo Stato membro interessato, compresa la possibilità di un sindacato giurisdizionale limitato da parte della Corte, e nello stesso tempo tale articolo non prevede una base giuridica per sviluppare o modificare tale procedura. Tale posizione sarebbe stata ribadita nel parere n. 13593/18, il quale indica, inoltre, che il diritto derivato non può modificare o integrare detta procedura, né avere come conseguenza che quest'ultima sia privata del suo effetto utile. Pertanto, stante l'identità dell'obiettivo, dei principi e delle misure applicabili, il meccani-

¹⁶ M. SUNNQVIST, «EU's legal history in the making», cit., 29.

smo istituito dal regolamento impugnato costituirebbe un'elusione manifesta e deliberata della procedura prevista all'articolo 7 TUE¹⁷.

La replica della Corte è da questo punto di vista priva di ambiguità: "l'articolo 2 TUE non costituisce una mera enunciazione di orientamenti o di intenzioni di natura politica, ma contiene valori che, come esposto al punto 145 della presente sentenza, fanno parte dell'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune, valori che sono concretizzati in principi che comportano obblighi giuridicamente vincolanti per gli Stati membri." (CJUE, n. 157/2021, § 264.). Altrettanto incisivamente, la Corte aveva affermato che "I valori contenuti nell'articolo 2 TUE sono stati identificati e sono condivisi dagli Stati membri. Essi definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune. Pertanto, l'Unione deve essere in grado, nei limiti delle sue attribuzioni previste dai trattati, di difendere detti valori." (CJUE, n. 157/2021, § 145).

Le sentenze della Corte di giustizia hanno formato oggetto di un'ampia serie di commenti, molti dei quali si sono soffermati sulla attitudine decisa con cui la Corte ha difeso la portata giuridica e non solo politica dell'enunciazione dei valori comuni. Per quanto qui interessa, vale la pena di soffermarsi sulla critica di eccessivo attivismo rivolta alla Corte quale espressione di una più ampia tendenza alla *Juristocracy* e alla invasione della sfera riservata alla discrezionalità politica da parte delle corti¹⁸. La Corte interpreterebbe l'essenza dell'Unione in termini di politica identitaria, che sarebbero tanto semplicistici quanto politicamente problematici, risultando impossibile ridurre a pochi valori universali una organizzazione composta di quasi trenta Stati, ognuno dei quali con una propria storia, cultura ed economia¹⁹. Questa interpretazione "non minimalista" dei valori comuni rivelerebbe un intento politico libertario-egualitario, orientato al mercato e globalista, che andrebbe oltre il testo dell'art. 2 TUE e contrasterebbe con l'ethos di una giurisprudenza costituzionale volta a preservare l'apertura di spazi politici anche quando contrastanti con le proprie opinioni²⁰.

La critica ora riportata si risolve in una serie di asserzioni astratte, prive di riferimenti ai termini del caso con cui la Corte doveva confrontarsi. In particolare, non vi si rinviene nulla del complesso itinerario che ha portato tanto la Corte quanto le istituzioni politiche europee a forgiare una nozione di Stato di diritto adatta a fronteggiare le sfide cui l'Unione sta andando incontro, e che trova una sua specificazione nel Regolamento sulla condizionalità del 2020 prima ancora che nelle sentenze che lo hanno interpretato.

¹⁷ Corte giust., sent. 16 febbraio 2022, causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2022:98, §§ 105-106.

¹⁸ M. NETTESHEIM, *EU Rule of Law or Rule of Lawyers? The Court of Justice of the EU and Article 2 TEU*, in M. G. RODOMONTE and L. DURST (eds.), *Judicial Review, Fundamental Rights and Rule of Law: The Construction of the European Constitutional Identity*, Routledge Giappichelli, 2024, 134.

¹⁹ M. NETTESHEIM, *EU Rule of Law*, cit., 140.

²⁰ M. NETTESHEIM, *EU Rule of Law*, cit., 146-147.

Rimane pertanto indimostrato nella specie l'assunto di una invadenza della Corte di giustizia nel terreno riservato alle istituzioni politiche²¹. E si ha nello stesso tempo conferma che i rapporti dell'una con le altre vanno ricostruiti guardando agli esiti della reciproca collaborazione non meno che ai momenti di conflittualità. Il che consente fra l'altro di escludere un monopolio delle corti nella individuazione delle modalità di esercizio della funzione di garanzia dello Stato di diritto, così come per altro verso nell'attuazione della stessa, che per alcuni dovrebbe essere presa più seriamente in carico dalle istituzioni politiche²².

D'altra parte, i richiami compiuti dalle difese della Polonia e dell'Ungheria nei giudizi sul Regolamento sulla condizionalità all'interpretazione dell'art. 2 TUE fatta propria dal Servizio giuridico del Consiglio non riflettevano forse una corrispondenza profonda dell'attitudine sovranista alla lettura formalistica del principio di attribuzione nonché dello stesso valore dello Stato di diritto? L'interrogativo prescinde dalla questione, tuttora aperta nella giurisprudenza della Corte, della giustiziabilità dei valori dell'art. 2 in quanto tali, al di là di una contestuale invocazione di violazioni di altri articoli²³, e ha piuttosto a che vedere con l'esigenza di portare alla luce il collegamento, rimasto finora in buona parte sotterraneo, delle possibili accezioni di Stato di diritto con le ispirazioni di fondo dei modelli di convivenza.

7. L'alternativa.

In effetti, un'alternativa all'intreccio dei valori comuni *ex art. 2 TUE* su cui prospera un'accezione sostanziale di Stato di diritto consisterebbe nel tornare a una sua accezione meramente formale quale involucro più a portata di mano di un modello statocentrico di organizzazione costituzionale, anche quando sostenuto dal richiamo a un indiscriminato primato della volontà popolare. Un'accezione fondata solo su regole, e su una configurazione dei principi quali mere generalizzazioni di precetti normativi, su una visione esclusivamente procedurale della legalità, su una visione burocratica del giudice, sull'irrelevanza giuridica degli effetti di eventuali violazioni dei profili sostanziali del principio di indipendenza del potere giudiziario, sull'irrelevanza giuridica del mancato esercizio di competenze costituzionalmente dovute spettanti al legislatore, con conseguente rifiuto di ogni ipotesi di supplenza o di rimedio giurisdizionale, così come sull'irrelevanza giuridica dell'accoglimento di una concezione di maggioranza parlamentare ispirata alla *winner-take all rule* o all'opposto al rispetto delle attribuzioni delle istituzioni non maggioritarie.

Qualcuno magari mi spiegherà cosa avrebbe a che fare una prospettiva del genere col diritto dell'Unione, non meno che col diritto costituzionale che abbiamo conosciuto. Per il momento,

²¹ L'attivismo della Corte di giustizia è un *topos* diffuso e risalente, pur se di recente divenuto più controverso alla luce di vari gruppi di casi, su cui E. VÁRNAY, *Judicial Passivism at the European Court of Justice?*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 2019, 60, 2, 130 ss.

²² W. SCHROEDER, *The Rule of Law as a Constitutional Mandate for the EU*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2023, 15, 1 ss.

²³ G. DI FEDERICO e M. LANOTTE, *Le conclusioni dell'AG Cápeta in Commissione contro Ungheria e l'uso a sé stante dell'art. 2 TUE*, in *Eurojus*, 2025, 2, 347 ss.

posso solo ammettere che sarebbe una prospettiva internamente coerente: un ritorno al formalismo giuridico quale risvolto dell'accettazione del populismo politico. Lo stesso non potrebbe dirsi di una commistione di elementi tratti da quella prospettiva con gli sviluppi dell'esperienza giuridica dell'Unione, spesso sintonici con quelli del diritto costituzionale nazionale. Troppo comodo: *aut aut*, bisogna invece dire in questo caso.



Autore: Nicola Lupo*

La costruzione del diritto dell'Unione europea e la legittimazione politica

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'oggetto della relazione. – 3. Le peculiarità del sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea. – 4. Il metodo comunitario (e la sua evoluzione). – 4.1. Il “marchio di fabbrica” del diritto dell'Unione. – 4.2. I suoi caratteri innovativi. – 4.2.1. Il ruolo-chiave del Consiglio (dei Ministri) come sede negoziale permanente. – 4.2.2. La Commissione come istituzione sovranazionale e il suo persistente monopolio dell'iniziativa legislativa. – 4.2.3. Il Parlamento europeo e la sottovalutazione della legittimazione politica. – 4.2.4. La Corte di giustizia e il suo peso determinante nella costruzione del metodo comunitario. – 4.3. L'evoluzione del metodo comunitario. – 4.3.1. L'accrescimento del ruolo del Parlamento europeo direttamente eletto. – 4.3.2. Il successo dei triloghi. – 4.3.3. L'espansione (e la mutazione) della normazione europea. – 5. Il metodo intergovernativo (e i suoi limiti). – 5.1. La genesi: il Trattato di Maastricht. – 5.2. Gli equilibri interistituzionali e la centralità del Consiglio europeo nella determinazione dell'indirizzo politico. – 5.3. La difficoltà nel far valere la responsabilità politica. – 6. Il metodo euro-nazionale (e la sua espansione). – 6.1. Alla ricerca di una terza via: il metodo aperto di coordinamento e i suoi fallimenti. – 6.2. Le caratteristiche (e i presupposti) del Recovery and Resilience Facility. – 6.3. Il dialogo bilaterale sui contenuti delle fonti nazionali. – 6.4. Un vincolo sempre meno “esterno”. – 7. I nodi della legittimazione politica e l'indirizzo politico intrecciato. – 8. Il punto di vista dell'ordinamento costituzionale italiano: ancora sulle “limitazioni di sovranità” di cui all'art. 11 Cost., anche in rapporto con le altre clausole europee inserite nella Costituzione. – 9. Conclusioni. Le molteplici modalità con cui il diritto europeo ha modificato la Costituzione repubblicana e l'irreversibilità dell'adesione dell'Italia all'Unione europea.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico nella LUISS Guido Carli di Roma.

1. Premessa

Mi sia consentito iniziare sottolineando il ruolo cruciale che la frequentazione regolare dei convegni annuali dell'AIC ha esercitato nella mia formazione e altresì, all'inizio, nell'ispirare alcune mie scelte di vita. In particolare, ricordo ancora molto bene il primo convegno dell'AIC cui assistetti, da studente: quello che si svolse a Napoli, nell'ottobre 1989, su "Legge e regolamento: trasformazioni delle fonti nella dinamica del sistema politico" (era il quarto dell'Associazione). Fu lì, favorevolmente impressionato dal franco ed elevato confronto tra Enzo Cheli e Lorenza Carlassare – e che venne poi arricchito dai contributi, tra gli altri, dei compianti maestri Sergio Fois, Temistocle Martines, Alessandro Pace, Livio Paladin, Alessandro Pizzorusso (a cui tutti va il mio ricordo affettuoso), nonché di Ugo De Siervo, Antonio Ruggeri e Federico Sorrentino (quest'ultimo, proprio sul tema di questa sessione) – che decisi di laurearmi in Diritto parlamentare con Andrea Manzella (al quale raccontai subito l'esperienza napoletana, scherzando sull'acronimo AIC, e sul possibile equivoco con quello dell'associazione dei calciatori: si era alla vigilia dei mondiali di "Italia 90"...). Con le relazioni principali in seguito pubblicate¹ su una rivista, *Quaderni costituzionali*, di cui avevo da poco scoperto l'esistenza, e che si era da subito presentata – sin dalle prime consultazioni, nell'appena rinnovata biblioteca della Camera dei deputati, nella nuova sede di palazzo San Macuto² – come la rivista scientifica più consona ai miei interessi e alle mie passioni, di allora come di ora, a cavallo tra il diritto costituzionale e la politica delle (e nelle) istituzioni.

Mi pare significativo che il compito di relatore a un convegno annuale dell'AIC, per la prima volta, mi sia stato assegnato dal direttivo – che sentitamente ringrazio – in occasione del quarantesimo appuntamento, che si svolge in una sede prestigiosa come quella dell'Ateneo torinese, dedicato al tema – centrale e divisivo, e dunque, per come la vedo io, in piena coerenza con il "precedente" prima richiamato, assolutamente perfetto per un convegno annuale AIC – del rapporto tra Unione europea e Costituzione italiana. Un tema simile a quelli già affrontati dall'AIC in altre occasioni (Milano, 1992; Perugia, 1995; Catania, 2005), tutte anteriori, però, al "fallimento" del Trattato costituzionale, che forse troppi entusiasmi suscitò tra i costituzionalisti, comprensibilmente desiderosi di applicare, grazie a quel nuovo Trattato, le categorie costituzionalistiche all'Unione europea. Dopo un ventennio esatto da quel fallimento, credo sia assolutamente necessario rifare il punto, anzitutto tra i costituzionalisti, sui caratteri del "diritto costituzionale europeo". Una disciplina che certo – comunque la si veda – non può ritenersi inesistente (o priva di oggetto) soltanto perché non abbiamo, a livello sovranazionale, un documento che si chiama (an-

¹ Cfr. L. CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, n. 1, 7-52, e E. CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, ivi, 53-76 (ma si veda anche, ivi, l'editoriale di L. Paladin).

² Cfr. F. VENTURINI, *Libri, lettori e bibliotecari a Montecitorio. Storia della Biblioteca della Camera dei deputati*, Cedam, Padova, 2019, spec. 387 s.

che) “Costituzione”³. E che ovviamente non può non essere analizzato, vista la scienza che praticiamo, *in primis* nell’ottica dei suoi rapporti con la Costituzione repubblicana.

Questo contributo è collocato nella sessione dedicata alle fonti del diritto dell’Unione. È una tematica che, interpretata ovviamente in chiave costituzionalistica, si pone all’incrocio di alcuni dei miei percorsi di ricerca ormai pluridecennali; ma altri, inediti e impegnativi, ne sollecita. E che, soprattutto, è idonea a far emergere molti tra i principali nodi costituzionali, sciolti e da sciogliere, appunto quanto al rapporto tra Costituzione italiana e Unione europea⁴.

2. L’oggetto della relazione.

Il titolo che mi è stato assegnato pone al centro dell’analisi le caratteristiche delle fonti del diritto dell’Unione europea, guardando, in particolare, alle modalità della loro costruzione: ossia, ai loro procedimenti di formazione. Il tutto nell’ottica della legittimazione politica, giustamente comune ad altre relazioni di questo convegno, perché ineludibile per qualsivoglia analisi costituzionalistica: si intende, la legittimazione politica, in termini di legittimazione democratica, propria delle fonti del diritto dell’Unione, e quindi anche, più a monte, delle istituzioni che le producono, considerando perciò, seppure indirettamente, tutte le loro peculiarità. E, infine, tenendo conto della prospettiva generale adottata dal convegno, che è, comprensibilmente, quella propria dell’ordinamento costituzionale italiano, rispetto al quale perciò le fonti del diritto dell’Unione verranno messe in vario modo “a confronto”.

La chiave scelta per la prima parte di questa relazione è quella diacronica: si guarda all’accumularsi progressivo di quelli che chiamiamo i diversi “metodi di governo” che caratterizzano l’Unione europea⁵; ai quali tendenzialmente corrispondono, come si vedrà, altrettanti “metodi di produzione normativa”.

L’apparente stabilità delle principali fonti del diritto dell’Unione, e del loro *nomen iuris* (trattati, regolamenti, direttive, etc.), non deve infatti ingannare. Nell’Unione europea “metodi di governo” e “metodi di produzione normativa” si sono moltiplicati e accumulati nel tempo, affiancandosi e sovrapponendosi gli uni agli altri: dando perciò luogo a un sistema delle fonti assai articolato e complesso, costantemente e faticosamente alla ricerca di punti di equilibrio tra uniformità e differenziazione, in nome di principi comuni che assicurino un adeguato livello di unità e di omogeneità, nell’ambito di un ordinamento costituzionale di natura composita in continua trasformazione e sempre chiamato a rispondere a nuove sfide.

³ Per un quadro aggiornato del dibattito sia consentito rinviare a un’opera in corso di pubblicazione: L. BESSELINK, N. LUPO, M. WENDEL (eds.), *Research Handbook on European Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2026.

⁴ Ringrazio, per preziosi commenti a precedenti versioni di questo scritto, Luca Bartolucci, Enzo Cannizzaro, Marta Cartabia, Ylenia Citino, Pietro Faraguna, Cristina Fasone, Andrea Manzella, Alessandro Nato, Giovanni Piccirilli e Marta Simoncini.

⁵ Qui si preferisce l’espressione “metodo di governo” a quella, di uso assai comune per riferirsi a fenomeni simili, di “*mode of governance*” o, più semplicemente, “*governance*”.

Nella seconda parte della relazione, dopo aver richiamato i principali nodi della legittimazione democratica relativi alle fonti del diritto dell'Unione – nodi che evidentemente si pongono in termini differenti a seconda del “metodo di governo” adottato – ci si sofferma sui rapporti con la Costituzione italiana. Una Costituzione, quest'ultima, che, proprio per effetto dell'ingresso delle fonti del diritto dell'Unione, si è sì profondamente evoluta e trasformata, ma – si sostiene – in piena coerenza con i suoi principi supremi originari, tra i quali figura, in posizione in qualche modo apicale, in nome di una concezione non assolutistica e non totalizzante della sovranità, l'apertura all'ordinamento internazionale e all'integrazione europea.

3. Le peculiarità del sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea.

Da tempo si sono individuate le molte peculiarità del sistema delle fonti del diritto dell'Unione europea. Per effetto del principio di attribuzione, i Trattati europei disegnano metodi di governo e metodi di produzione normativa distinti per ciascun settore materiale e per ciascuna politica pubblica. Infatti, ogni base giuridica delinea, a volte in modo assai preciso, altre volte in termini più generici, le caratteristiche procedurali e contenutistiche delle fonti destinate a sviluppare la disciplina posta nei Trattati.

Nell'ordinamento europeo, diversamente da quel che accade nell'ordinamento italiano, così come in molti ordinamenti statuali, al *nomen iuris* dell'atto fonte non corrisponde un procedimento tipizzato di formazione dello stesso. Non c'è perciò una corrispondenza biunivoca tra il tipo di ciascun atto fonte e il suo procedimento di formazione⁶: per cui, ad esempio, i regolamenti e le direttive possono essere, a seconda dei casi, tanto atti legislativi quanto atti delegati o di esecuzione.

Il punto è stato giustamente enfatizzato dalla dottrina costituzionalistica italiana. Si è sottolineata la dissociazione tra *nomen*, forma ed efficacia, che dà luogo a un'articolazione tipologica degli atti fondata su criteri di tipo sostanziale, anziché formale-procedimentale⁷. Si è evidenziato che i diversi procedimenti di approvazione tendenzialmente non rilevano ai fini della qualificazione dell'atto⁸.

Più in generale, le peculiarità dell'ordinamento europeo sul piano del sistema delle fonti, e dei criteri di risoluzione delle antinomie ivi operanti, sono state variamente enfatizzate. Alcuni hanno identificato una serie frammentata di sistemi e di microsistemi normativi, che delineano un ordinamento “in cui domina il criterio della competenza ed è pressoché assente quello della gerar-

⁶ Cfr. R. CALVANO, *L'Unione europea e lo Stato*, in M. BENVENUTI, R. BIFULCO (a cura di), *Trattato di diritto costituzionale*. Vol. I, Giappichelli, Torino, 2022, 267-333, spec. 293 s.

⁷ Cfr. A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in G. GUZZETTA (a cura di), *Le forme dell'azione comunitaria nella prospettiva della Costituzione europea*, Cedam, Padova, 2005, 49-62, spec. 52 s.

⁸ Cfr. G. PICCIRILLI, voce *Atti legislativi dell'Unione europea*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, vol. VI, UTET, Torino, 2015, 1-11.

chia”⁹. Altri, con formula suggestiva ma fors’anche eccessiva, e rinunciando perciò a ogni criterio regolatore di tipo giuridico-formale, hanno parlato di “anomia sistemica delle fonti” comunitarie¹⁰ e hanno messo in rilievo la naturale settorialità dell’ordinamento dell’Unione¹¹.

Ad ogni modo, al di là del rapporto tra Trattati fondativi e diritto derivato, il criterio gerarchico non ha trovato gran che spazio nell’Unione europea, nonostante alcuni tentativi di introdurlo in modo più esplicito, supportati a più riprese da parte italiana¹². Qualche ambito di operatività al criterio gerarchico semmai residua nella giurisprudenza della Corte di giustizia, nella logica, appunto, dei micro-sistemi normativi di cui si diceva: per esempio, relativamente agli atti delegati e, soprattutto, agli atti di esecuzione. Tuttavia, si tratta perlopiù, come giustamente si è osservato, di gerarchia non formale, bensì funzionale¹³. Pertanto, “la distinzione tra atti legislativi ed esecutivi rimane affidata ai non risolutivi tentativi della giurisprudenza di configurare la gerarchia come principio non scritto del diritto comunitario”¹⁴.

Diverso sarebbe stato il discorso ove fosse stato coronato da successo il tentativo, compiuto dal Trattato costituzionale, di isolare un atto “legge”¹⁵. Un tentativo direi per fortuna fallito – visto il caos che tale ridenominazione avrebbe determinato, specie nella riclassificazione degli atti fino ad allora adottati e vigenti – del quale è rimasta in piedi solo l’introduzione della categoria degli atti legislativi: una categoria che peraltro comprende tutti gli atti approvati con la procedura legislativa ordinaria o con una di quelle speciali¹⁶, senza che dall’appartenenza a questa categoria discendano conseguenze ulteriori sul piano del relativo regime giuridico dell’atto così prodotto.

Alla luce di queste condizioni, ben si spiega come mai la manualistica di diritto dell’Unione, con limitate eccezioni¹⁷, normalmente non comprenda un capitolo specificamente dedicato alle fonti del diritto. E forse si comprende altresì perchè il controllo sulla validità degli atti

⁹ Così E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2005, n. 4, 651-668, spec. 653.

¹⁰ Cfr. M.P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell’ordinamento interno e comunitario*, Giappichelli, 2007, spec. 186 s.

¹¹ Cfr. A. MORRONE, *Perché non possiamo rinunciare alla “forma delle fonti normative” nel diritto europeo*, in F. FABRIZZI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Fenomenologia della produzione normativa tra Italia e Unione europea. Studi sulle fonti del diritto*, Giappichelli, Torino, 2025, 377-387, spec. 386.

¹² Di cui dà specificamente conto A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 1996, n. 1, 57 s., spec. 60 s.

¹³ Cfr. A. D’ATENA, *L’anomalo assetto delle fonti comunitarie*, cit., 59.

¹⁴ Così C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 1999, n. 4, 725 s.

¹⁵ Su cui cfr., con varietà di approcci, F. BILANCIA, *Considerazioni critiche sul concetto di “legge europea”*, in *Rivista AIC*, 2003, 1-14; F. DONATI, *Le fonti del diritto dell’Unione*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l’Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, 109-129; M. LUCIANI, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull’integrazione europea*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2005. L’integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Cedam, Padova, 2007, 327-351, spec. 337 s.; G. PICCIRILLI, *La “riserva di legge”: Evoluzioni costituzionali, influenze sovrastatali*, Giappichelli, Torino, 2019, spec. 177 s.

¹⁶ Cfr. l’art. 289, par. 3, TFUE: “Gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa sono atti legislativi”.

¹⁷ Tra cui R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2025, 113-165; e E. MUIR, *An Introduction to the EU legal order*, CUP, Cambridge, 2024, 159-224.

dell'Unione, pur affidato dai Trattati alla Corte di giustizia, non sia stato, almeno fin qui, particolarmente sviluppato¹⁸.

In base a un quadro siffatto, alcuni si sono spinti al punto da mettere in discussione la stessa applicabilità all'ordinamento dell'Unione della nozione di atto-fonte¹⁹. Pur giungendo – come vedremo – a conclusioni non troppo dissimili sulla natura “negoziata” dei contenuti delle fonti europee, non mi spingerei fino a questo punto. Ma è indubbio che si fatichi non poco a enucleare una tipologia esclusiva di atti-fonte all'interno degli atti giuridici dell'Unione: come vedremo, numerosi sono gli atti (e i fatti) che, pur privi dei caratteri formali di fonte del diritto, vanno necessariamente qui presi in considerazione, ove si intenda cogliere l'effettivo impatto del diritto dell'Unione europea sugli ordinamenti costituzionali dei suoi Stati membri²⁰.

Il quadro appena fornito contribuisce a spiegare altresì una delle caratteristiche tipiche dell'ordinamento europeo, dal nostro punto di vista abbastanza originale: pure gli atti normativi, al pari di tutti gli altri atti giuridici dell'Unione, vanno obbligatoriamente motivati²¹. Per gli atti normativi, inoltre, con riferimento ai quali la giurisprudenza comunitaria si è tradizionalmente accontentata di argomentazioni più sintetiche, la motivazione si è andata inoltre negli anni decisamente arricchendo, al fine di dare conto della “*evidence-based regulation*” e illustrare i test di sussidiarietà e di proporzionalità effettuati in sede di predisposizione dell'atto²².

Del resto, non va dimenticato che anche nell'ordinamento italiano il confine tra atti-fonte e atti che fonti non sono si rivela, per più ipotesi, tutt'altro che certo e definito: si pensi in particolare al confine tra regolamenti e atti amministrativi generali. Secondo analisi recenti, lo sfumare di tale confine è stato attribuito anche agli effetti dell'Unione europea: perché l'integrazione europea, da un lato, ha “progressivamente revocato il presupposto del sistema delle fonti, ossia l'autonomia politica degli apparati pubblici investiti del potere di produzione” del diritto; dall'altro, “ha cambiato la stessa esperienza normativa degli Stati europei, sottoponendola ad una trama ultra-statuale di impegni e regole (di fini) e, in questo modo (almeno in parte) ri-orientandola alla loro attuazione”²³.

In ogni caso, proprio per queste ragioni il costituzionalista e il comparatista non devono a mio avviso abbandonare il terreno sostenendo, ad esempio, che nell'Unione non vi sia un sistema delle fonti o che esso risulti a tal punto peculiare da non poter essere paragonato a nessun altro or-

¹⁸ Per una analisi aggiornata del dibattito in proposito cfr. B. GUASTAFERRO, D. TEGA, *Una corte costituzionale per l'Unione europea? Un'introduzione*, in *Quaderni costituzionali*, 2025, n. 3, 509-521, nonché i contributi (di G. ROMEO, T. GUARNIER, M.E. GENNUSA, L. CAPPUCCIO, E. CRIVELLI), *ivi*, 522-661.

¹⁹ Cfr. A. MORRONE, *Perché non possiamo rinunciare alla “forma delle fonti normative” nel diritto europeo*, cit., 385, rilevando come nell'Unione sia il negozio a prevalere sull'atto.

²⁰ Spunti in questo senso in uno degli ultimi lavori di A. TÜRK, *Legislative, delegated acts, comitology and interinstitutional conundrum in EU law: configuring EU normative spaces*, in *European Law Journal*, 2020 (26), n. 5-6, 415-428.

²¹ Sull'estensione dell'obbligo di motivazione degli atti normativi sia consentito rinviare a N. LUPO, *Alla ricerca della motivazione delle leggi: le relazioni ai progetti di legge in parlamento*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2000*, Giappichelli, Torino, 2001, 67-112.

²² M. DAWSON, F. de WITTE, *EU Law and Governance*, CUP, Cambridge, 2022, 76 s.

²³ Così A. ARCURI, *La forma delle fonti. La problematica del potere normativo nello Stato membro dell'Unione europea*, BUP, Bologna, 2024, spec. 364 s.

dinamento: si tratta, in fondo, del vecchio e abusato argomento del sistema *sui generis*, che ogni tanto si riaffaccia, nonostante le giuste e severe critiche che gli sono state rivolte²⁴. Al contrario, le analisi di diritto costituzionale e di diritto comparato ben possono fornire un contributo prezioso alla comprensione dell'ordinamento dell'Unione europea, rintracciandone le diverse matrici, negli ordinamenti nazionali, di *civil law* come di *common law*, o nel diritto internazionale. Dove c'è diritto ci sono le sue fonti, e c'è anche una dimensione formale, per quanto controversa e difficile da rintracciare (con gli inevitabili nodi relativi alla legittimazione politica).

Alla luce di queste peculiarità, si rafforza comunque la scelta, adottata nella presente analisi, di tenere ampio lo sguardo, facendo riferimento ai molteplici metodi di governo che si sono accumulati nell'ordinamento dell'Unione: in quanto ciascun metodo di governo delinea o comunque privilegia un certo metodo di produzione normativa, ossia – per stare al titolo di questa relazione – anche un certo modo di costruzione del diritto dell'Unione.

4. Il metodo comunitario (e la sua evoluzione).

4.1. Il “marchio di fabbrica” del diritto dell'Unione europea.

Il c.d. “metodo comunitario” rappresenta in qualche misura il “marchio di fabbrica” (“*blue-print*”) del diritto comunitario, prima, e del diritto dell'Unione europea, poi. Se non addirittura dell'Unione europea *tout court*²⁵.

In effetti, questo metodo è una costruzione di sicura originalità e di indubbio successo (nel mondo del diritto, ma, giustamente, non solo). Se ne celebrano perciò le tappe originarie: politiche, a partire dalla dichiarazione di Robert Schuman, del 9 maggio 1950, con riferimento al mercato comune del carbone e dell'acciaio; giuridiche e giurisdizionali, a partire dalle sentenze van Gend and Loos (1963) e Costa (1964)²⁶. Si ricostruiscono le biografie dei padri fondatori (i “*legal architects*” dei Trattati) e dei giudici della Corte di giustizia: figure in parte coincidenti, non a caso²⁷.

Tuttavia, si commette spesso l'errore di scambiare la parte con il tutto, quasi fosse una sineddoche: ritenendosi cioè che l'assetto giuridico-istituzionale dell'Unione vada identificato solo ed esclusivamente con il metodo comunitario, e qualificandosi perciò le altre caratteristiche come deviazioni, tendenzialmente temporanee ed eccezionali, rispetto alle origini e all'ortodossia.

²⁴ Per tutti, cfr. R. SCHÜTZE, *Two-and-a-half Ways of Thinking about the European Union*, in *Politique européenne*, 2016, n. 3, 31 s. (secondo cui la “*sui generis theory*” manca di valenza esplicativa, essendo basata su una tautologia; vede l'Unione solo in termini negativi; e infine, non fornendo nessuno *standard* esterno, non riesce a cogliere, né tanto meno a misurare l'evoluzione dell'Unione europea).

²⁵ Cfr., ad esempio, S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, II ed., Il mulino, Bologna, 2011, 29.

²⁶ Tra gli altri, cfr. M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and the Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart, Oxford, 2010; F. NICOLA, B. DAVIES (eds.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, CUP, Cambridge, 2017; e P. CRAIG, R. SCHÜTZE (eds.), *Landmark Cases in EU Law*, 2 voll., Hart, Oxford, 2025.

²⁷ Cfr. A. VAUCHEZ, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, CUP, Cambridge, 2015; T. PAVONE, *The Ghostwriters: Lawyers and the Politics behind the Judicial Construction of Europe*, CUP, New York, 2022.

Da un lato, come si osserverà da subito, pur mantenendo per larga parte l'*imprinting* iniziale²⁸, i caratteri originari del metodo comunitario sono progressivamente cambiati, anche e soprattutto nelle regole che disciplinano i processi di produzione delle fonti tipiche. Se non altro per effetto congiunto della parlamentarizzazione-democratizzazione dell'Unione, con un incremento cioè dei poteri attribuiti al Parlamento europeo – nei processi di approvazione degli atti dell'Unione e nella formazione della Commissione europea – e del progressivo allargamento dell'Unione, il quale ha ovviamente diminuito il peso relativo di ciascuno degli Stati membri nei relativi processi decisionali.

Dall'altro, e soprattutto, come si vedrà nei paragrafi successivi, si è man mano creato, con riferimento a molti ambiti materiali, “altro diritto dell'Unione europea”: un diritto, cioè, che non risponde o risponde solo assai parzialmente ai dettami tipici del metodo comunitario. Eppure, anche in questi casi si resta dentro al diritto dell'Unione europea e alle sue fonti (latamente intese, come si è detto). Dando però luogo a fenomeni, e a problemi costituzionali – in termini di legittimazione politica e di interrelazione con gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, ma non solo²⁹ – diversi e nuovi rispetto a quelli originari, che non si prestano più ad essere affrontati mediante le soluzioni tradizionalmente affermatesi.

4.2. I suoi caratteri innovativi.

È comunque utile richiamare, in estrema sintesi, i caratteri innovativi presenti sin dall'origine nel metodo comunitario e nelle sue fonti. E dunque rinvenibili altresì in alcune delle caratteristiche delle istituzioni dell'Unione, e nelle loro norme di funzionamento, in particolare in quelle rivolte a disciplinare i loro processi decisionali.

4.2.1. Il ruolo-chiave del Consiglio (dei Ministri) come sede negoziale permanente.

In origine, il ruolo-chiave, similmente a quel che accade nelle più tradizionali organizzazioni internazionali, era assegnato al Consiglio (“Consiglio dei Ministri” nella sua originaria denominazione, mantenuta fino al Trattato di Lisbona, che lo ha ribattezzato “Consiglio dell'Unione”): composto dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri, dunque inizialmente solo sei, chiamati a decidere a maggioranza. Ed è proprio la possibile votazione a maggioranza “ponderata” in

²⁸ R. DEHOUSSE, *The Community Method at Sixty*, in R. DEHOUSSE (ed.), *The 'Community Method'. Obstinate or obsolete?*, Palgrave, London, 2011, 3-15.

²⁹ Sembra però eccessivo parlare, come fa S. FABBRINI (*Intergovernmentalism and Its Limits: Assessing the European Union's Answer to the Euro Crisis*, in *Comparative Political Studies*, 2013 (46), n. 9, 2013, 1003-29), di “dual constitution”. A meno che non si intenda il termine “costituzione” in senso assai debole, così come ad esempio suggerisce A. MORRONE (*Perché non possiamo rinunciare alla “forma delle fonti normative” nel diritto europeo*, cit., 386).

seno al Consiglio³⁰ a costituire, come si è da più parti sottolineato, un primo elemento innovativo rispetto alla regola *standard* delle organizzazioni internazionali, che è quella dell'unanimità³¹.

Questo elemento si riflette in un processo decisionale il cui cuore ha carattere negoziale, in formato collegiale permanente³², e che è per definizione contraddistinto da bassi o inesistenti livelli di trasparenza e di politicità percepita. In altri termini, può dirsi che la legittimazione politica, in questa fase, è solo quella indiretta, basata cioè sul (buon) funzionamento delle forme di governo di ciascuno Stato membro. Non va dimenticato che i sei Stati fondatori della CECA erano allora tutti, Francia inclusa, contraddistinti da una forma di governo parlamentare³³, e che quindi l'azione dei loro esecutivi in sede europea soggiaceva ai poteri di indirizzo e di controllo spettanti ai rispettivi parlamenti nazionali³⁴.

Poteri di indirizzo e controllo, quelli dei parlamenti e delle opinioni pubbliche nazionali, che peraltro risultano a lungo e in molti casi esercitati in forma parziale e limitata: le opzioni compiute in questa fase dell'integrazione europea restano per larga parte al di fuori della *politics* di ciascuno Stato membro e i rappresentanti dei governi, quando operano a Bruxelles, appaiono spesso, specie nel caso italiano, debolmente connessi alle loro amministrazioni di riferimento, per essere invece supportati dalla rappresentanza permanente, che in Italia fa capo al Ministero degli affari esteri. Un ruolo, quello delle rappresentanze permanenti presso le Comunità europee, che viene presto riconosciuto anche formalmente a livello europeo, mediante la costituzione del Comitato dei rappresentanti permanenti: avvenuta, non a caso, nel 1966 (Co.re.per), ad opera del c.d. "Trattato di fusione degli Esecutivi", in sostanziale concomitanza con il "compromesso di Lussemburgo". Si punta al raggiungimento di un consenso unanime e, a tal fine, si rafforza decisamente la fase istruttoria e si allargano i relativi poteri negoziali.

4.2.2. La Commissione come istituzione sovranazionale e il suo persistente monopolio dell'iniziativa legislativa.

Un secondo e importantissimo elemento innovativo che caratterizza il metodo comunitario è rappresentato dalla creazione di un'istituzione "sovranazionale" (Alta autorità e poi Commissio-

³⁰ Originariamente, nel Trattato CECA, la maggioranza ordinaria era così calcolata: "maggioranza assoluta dei rappresentanti degli Stati membri, ivi compreso il voto del rappresentante di uno degli Stati che assicurano almeno il 20 per cento del valore totale delle produzioni di carbone e di acciaio della Comunità" (Art. 28 tr. CECA).

³¹ Cfr., ad esempio, già nella fase iniziale, R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, IV ed., Priulla, Palermo, 1963, spec. 166 s., e G. MOTZO, *L'attività normativa delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano, 1964, spec. 22 s.

³² Parla ad esempio di "una struttura di 'negoziato permanente'" e di "un metodo permanentemente contrattuale", B. OLIVI, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea. 1948-1998*, Il mulino, Bologna, 1998, 51 s.

³³ Cfr. R. IBRIDO, *L'evoluzione della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza costituzionale dei sei Stati fondatori*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Il mulino, Bologna, 2018, 57-84, spec. 57.

³⁴ Poteri parlamentari di indirizzo e controllo che in quella fase, peraltro, spingevano lungo direzioni piuttosto simili, o comunque non troppo divergenti, visto che in tutti gli Stati fondatori i partiti moderati di ispirazione cattolico-popolare, e i loro *leader*, esercitavano un peso decisivo nelle relative maggioranze parlamentari e di governo.

ne), con l'assegnazione ad essa di un ruolo che va ben al di là di un semplice segretariato di un'organizzazione internazionale. Essa è sì configurata, per più profili, come un'istituzione indipendente, con una componente tecnica assai robusta (con un riferimento esplicito alle *authorities* statunitensi, nella visione di Monnet)³⁵; ma sin dall'origine ha una natura anche politica³⁶, essendo legata all'organo rappresentativo (Assemblea e poi Parlamento europeo), ai cui lavori è tenuta a partecipare regolarmente, attraverso un rapporto simil-fiduciario, che si esplicita in rilevanti poteri di indirizzo e controllo assegnati a quest'ultimo. Tant'è che sin nel Trattato CECA è previsto che la medesima Assemblea possa votare, nei suoi confronti, una "mozione di censura".

Alla Commissione fa capo, in forma monopolistica (o quasi), il potere di iniziativa legislativa. È questo un ulteriore – il terzo – elemento di originalità del "metodo comunitario", ed è forse quello, ancora oggi, più controverso, specie se ci si pone nell'ottica della legittimazione politica dell'Unione e delle sue fonti del diritto. È il caso perciò di soffermarsi sul punto, pur già ampiamente dibattuto nella pubblicistica³⁷, se non altro per comprendere le ragioni (e i limiti) di questa caratteristica, originaria ma persistente – seppure con qualche limitata eccezione (art. 289, par. 4, TFUE)³⁸ – del metodo comunitario. Essa può spiegarsi in base ad almeno tre concomitanti ragioni.

In primo luogo, l'importanza della scelta della base giuridica, che è appunto individuata al momento della formalizzazione dell'iniziativa e che è destinata a guidare le successive opzioni procedurali, e dunque gli effettivi rapporti di forza tra le istituzioni coinvolte nel procedimento di formazione dei relativi atti. Di qui (anche) la già ricordata necessità della motivazione, per tutti gli atti giuridici dell'Unione, inclusi gli atti-fonte.

In secondo luogo, viene ovviamente in rilievo, specie nella fase iniziale, l'elevata tecnicità dei contenuti delle fonti del diritto e, in generale, degli atti giuridici europei: trattandosi della regolamentazione del mercato comune, vi è una dimensione tecnica inevitabile, che è bene emerga nelle premesse dell'atto, anche quanto ai suoi elementi giustificativi, spesso di natura oggettiva, a esplicazione del potere discrezionale esercitato e a supporto della loro legittimazione.

In terzo luogo, l'affidamento dell'iniziativa legislativa alla Commissione si comprende meglio alla luce delle possibili alternative allora prospettabili. È chiaro, infatti, che nella costruzione ori-

³⁵ Lo ricordano, ad esempio, L. ELIA, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella costituzione per l'Europa*, in *Diritto pubblico*, 2003, n. 3, 757-770, spec. 758 s. e G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2005, 6.

³⁶ Cfr., tra gli altri, S. GOZI, *La Commissione europea. Processi decisionali e poteri esecutivi*, Il mulino, Bologna, 2005, spec. 45 s.; E. GIANFRANCESCO, *Un approccio costituzionalistico alla Commissione europea. Alcuni profili rilevanti*, in *Diritto e società*, 2021, n. 1, 1-46, spec. 30 s.; e S. SILEONI, *La Commissione europea: genesi, rafforzamento, prospettive*, in *Quaderni costituzionali*, 2025, n. 4, 871-901.

³⁷ Con posizioni anche opposte: cfr., ad esempio, R. MASTROIANNI, *L'iniziativa legislativa nel processo legislativo comunitario tra deficit democratico ed equilibrio interistituzionale*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2002, 433 s., spec. 437 s.; e N. LUPO, *Iniziativa legislativa e ruolo dei parlamenti nazionali nel sistema istituzionale dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, A. MAFFEO (a cura di), *L'iniziativa dei cittadini europei*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 13-48.

³⁸ Si parla infatti spesso di un "quasi monopolio": cfr. V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, IV ed., Esi, Napoli, 2015, 169 s. e G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2023, 43 s.

ginaria, stante il ruolo marginale dell'Assemblea, l'unica alternativa praticabile sarebbe stata quella di attribuire l'iniziativa legislativa allo stesso Consiglio. Tuttavia, questo avrebbe significato, di fatto, affidare agli Stati membri, e specie agli Stati più grandi, la possibilità di determinare, sin dall'inizio, il testo delle norme europee, evidentemente adottando il modello in essere nello Stato di riferimento e sfruttando perciò un evidente vantaggio competitivo, a maggior ragione nel momento in cui tali norme erano chiamate a disciplinare il funzionamento di alcuni mercati. L'aver attribuito, in esclusiva, tale compito all'istituzione sovranazionale per eccellenza ha consentito invece di assicurarsi che il testo originario dell'atto rappresentasse già una sintesi, ispirata al perseguimento dell'interesse europeo, anziché a quello di uno o più degli Stati membri.

Si aggiunga che la proposta della Commissione è significativamente "protetta" nel suo percorso successivo: per effetto di una regola procedurale posta dai Trattati sin dall'inizio, e spesso trascurata nelle narrazioni più diffuse del processo normativo europeo, infatti, laddove il Consiglio decida di discostarsi dalla proposta, la relativa decisione va assunta necessariamente all'unanimità (cfr. ora l'art. 293, par. 1, TFUE, sia pure con alcune eccezioni). La nuova versione dell'atto eventualmente approvata dal Consiglio, difforme rispetto alla proposta originariamente formulata dalla Commissione, deve perciò rappresentare un esito negoziale che tutti gli Stati membri, anche quelli minori, ritengono più soddisfacente – o quantomeno equivalente – rispetto alla proposta originaria⁴⁰.

Il monopolio dell'iniziativa legislativa in capo alla Commissione è poi rimasto, almeno formalmente, inalterato nel corso degli anni, ovviamente per la quota di atti e di politiche rientranti, appunto, nel metodo comunitario: né l'iniziativa legislativa dei cittadini europei (ostacolata duramente, specie all'inizio, dalla stessa Commissione), né le iniziative indirette da parte di Consiglio e Parlamento europeo hanno avuto particolare successo. La Commissione continua a esercitare poteri significativi pure nel prosieguo dell'*iter*, come attesta la giurisprudenza della Corte di giustizia sul suo potere di ritiro (che persiste, purché motivato)⁴¹: poteri che a mio avviso vanno legittimamente anche oltre le riduttive formule dell'*honest broker* e del *facilitator*, in quanto si tratta pur sempre dell'istituzione chiamata a perseguire, pure nell'attività legislativa (da essa stessa avviata), l'interesse comune dell'Unione.

Per comprendere le ragioni di questa persistenza del (quasi) monopolio dell'iniziativa legislativa, forse non basta richiamare le sole resistenze della Commissione europea a una revisione dei trattati in tal senso (peraltro da qualche tempo superate in linea di principio, almeno a stare alle dichiarazioni rese, sin dal 2019, dalla sua Presidente)⁴², ma bisogna ricordare come tale monopolio sia stato attenuato, sin dall'inizio, dalla presenza di una molteplicità di comitati composti da

⁴⁰ Cfr. R. ADAM, *Commento all'art. 293 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, 292 s.

⁴¹ Sentenza 14 aprile 2015 (causa C-409/13), cui è stato dato prontamente seguito con l'accordo interistituzionale "Legiferare meglio" del 2016 (par. 9) e con una modifica del regolamento interno del Parlamento europeo (art. 39, par. 4).

⁴² A partire dal suo discorso di apertura del primo mandato da Presidente della Commissione, tenuto il 16 giugno 2019 davanti al Parlamento europeo, nel quale si è dichiarata a favore del diritto di iniziativa allo stesso Parlamento europeo.

rappresentanti degli Stati membri, in cui le proposte della Commissione sono state elaborate o almeno “testate”, prima di essere licenziate; oltre che per effetto dello sviluppo, negli anni, di una vasta gamma di procedure partecipative e di consultazione.

Inoltre, e soprattutto, il potere di iniziativa legislativa non va confuso con il potere di definire l'agenda (il c.d. *agenda setting*), che pure faceva originariamente capo alla Commissione (vista come il “motore” dell'integrazione europea). Tale potere di agenda, per il metodo comunitario come per gli altri metodi di governo, tende ormai sistematicamente a essere condiviso con le altre istituzioni, mediante apposite procedure inter-istituzionali; e, se proprio lo si vuole imputare a una singola istituzione, mi pare innegabile che esso sia per larga parte esercitato ormai dal Consiglio europeo, chiamato a definire, appunto, le priorità e gli orientamenti politici generali dell'Unione (Art. 15, par. 1, TUE).

4.2.3. Il Parlamento europeo e la sottovalutazione della legittimazione politica.

Infine, per quanto riguarda il Parlamento europeo, è noto come all'inizio a tale istituzione, in questo processo decisionale, sia stato affidato un ruolo solo consultivo. Successivamente, nel 1970 e nel 1975, vi è stata l'attribuzione di significativi spazi di intervento sul bilancio dell'Unione, dei quali il Parlamento europeo ha saputo fare un uso intelligente al fine di ampliare i suoi poteri nel processo legislativo⁴³.

La presenza di questa istituzione rappresentativa, composta da delegazioni dei Parlamenti degli Stati membri ma di cui i Trattati prefiguravano *ab origine* l'elezione diretta da parte dei cittadini, e articolata praticamente sin da subito in gruppi politici, anziché in delegazioni nazionali, tipiche invece delle organizzazioni internazionali, costituisce un ulteriore elemento innovativo e originale – il quarto – del metodo comunitario e, più in generale, delle Comunità europee. Essa contribuisce, come si è notato, a farne un ordinamento, anziché una mera organizzazione internazionale⁴⁴; e pone le premesse per la possibile costruzione di un sistema politico europeo, secondo una dinamica non troppo diversa da quella delle forme di governo parlamentari, per effetto del già ricordato legame con la Commissione.

Ciò nonostante, e in apparente contraddizione con questa novità istituzionale, va sottolineato sin d'ora come nel disegno originario del metodo comunitario vi sia, alla base, un diniego – o comunque una sottovalutazione – del problema della legittimazione politica. In piena coerenza, del resto, con la logica funzionalista e con l'approccio minimalista che dichiaratamente ha informato l'azione di Jean Monnet e degli altri padri fondatori dell'integrazione europea.

⁴³ Cfr., tra gli altri, R. CROWE, *The European Budgetary Galaxy*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, n. 3, 428 s., A. DE FEO, *Il processo di empowerment del Parlamento europeo*, in R. IBRIDO, N. LUPO (a cura di), *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, cit., 237-260. Da queste procedure, tra l'altro, traggono poi ispirazione i triloghi, come sottolineato da G. RUGGE, *Trilogues. The Democratic Secret of European Legislation*, CUP, Cambridge, 2025, 17 s.

⁴⁴ Cfr. A. MANZELLA, *Lo Stato “comunitario”*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, n. 2, 273-294, spec. 286 s.

4.2.4. La Corte di giustizia e il suo peso determinante nella costruzione del metodo comunitario.

Il quadro del metodo comunitario si completa, ovviamente, con il richiamo alla Corte di giustizia dell'Unione: elemento essenziale dell'ordinamento europeo – il quinto e ultimo della nostra rassegna – in grado, grazie alla connessione con il potere giurisdizionale degli Stati membri, di svolgere un ruolo determinante nel suo percorso di rafforzamento e di sviluppo.

L'azione della Corte di giustizia si è potuta esercitare soprattutto grazie alle questioni pregiudiziali – inizialmente specie su sollecitazione di giudici di primo grado⁴⁵ – e in sede di procedure di infrazione: una procedura, quest'ultima, che come è noto si avvia su iniziativa della Commissione (eventualmente su impulso di uno o più Stati membri)⁴⁶, e si sviluppa attraverso un confronto bilaterale con lo Stato membro interessato, in cui la Corte di giustizia è coinvolta solo ove questo confronto, ad avviso della Commissione, non risulti idoneo a porre rimedio all'infrazione⁴⁷. I ricorsi per annullamento o per carenza sono stati invece utili specialmente a definire elementi delicati della forma di governo e del *decision-making* europeo, a partire ovviamente da quelli che contraddistinguono il metodo comunitario.

Nel complesso, è noto come si debba proprio alla giurisprudenza della Corte di giustizia, nella sua fase iniziale e in qualche modo “eroica”, l'individuazione dei due caratteri più innovativi e incisivi del diritto dell'Unione europea: l'effetto diretto e il primato⁴⁸. Ai nostri fini, è sufficiente qui richiamarli per due profili.

In primo luogo, va ricordato che queste due caratteristiche rappresentano una conseguenza logica, per così dire necessitata, del metodo comunitario e dei requisiti per la costruzione del mercato unico: solo così, infatti, le esigenze di vincolare direttamente gli operatori economici, garanti-

⁴⁵ Ampie indicazioni in J. ALBERTI, G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinamenti*, Pacini, Pisa, 2023, e F. FERRARO, C. IANNONE (a cura di), *Il rinvio pregiudiziale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2024.

⁴⁶ Sullo scarso uso di questo impulso e sulle sue prospettive cfr. ora F. CASOLARI, *Are Member States the guardians of EU values? Notes on an initiative of the Dutch House of Representatives aimed at initiating proceedings under article 259 TFEU against Slovakia*, in *Rivista del Contenzioso Europeo*, 2026, n. 1, 1-8.

⁴⁷ Cfr. C. BURELLI, *La discrezionalità della Commissione europea nelle procedure di infrazione*, Giuffrè, Milano, 2024, spec. 368 s., e A. SKRBIC, *Separating the 'motor' and 'guardian' functions within the European Commission*, in *European Constitutional Law Review*, 2025 (21), n. 3, 469-485, spec. 483 s.

⁴⁸ Sulle origini dell'effetto diretto cfr. M. RASMUSSEN, *Revolutionizing European law: A history of the Van Gend en Loos judgment*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014 (12), n. 1, 136-163 e K. LENAERTS, J. GUTIERREZ-FONS, *van Gend en Loos: A Star is Born*, in P. CRAIG, R. SCHÜTZE (eds.), *Landmark Cases in EU Law. Constitutional Cases*, Hart, Oxford, 2025, 17-34. Per un'analisi aggiornata e critica cfr. D. GALLO, *Direct Effect in EU Law*, OUP, Oxford, 2025, spec. 57 s.

Sul principio del primato cfr. A. ARENA, *The Twin Doctrines of Primacy and Pre-emption*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles Of European Union Law: The European Union Legal Order*, Volume I, OUP, Oxford, 2018, 300-349, e B. de WITTE, *Costa and the Primacy of EU Law*, in P. CRAIG, R. SCHÜTZE (eds.), *Landmark Cases in EU Law*, cit., 35-49, nonché L.S. ROSSI, C. TOVO, *Il principio del primato del diritto dell'Unione europea*, in G. AMATO, N. VEROLA (a cura di), *Europa tra presente e futuro*, Treccani, Roma, 2023, 97-109.

re i loro diritti e fornire loro un quadro giuridico unitario e uniforme, rispettoso del principio di eguaglianza, possono essere adeguatamente soddisfatte. In questa chiave si spiegano le resistenze degli Stati membri ad estendere ad altri settori questi caratteri tipici del diritto dell'Unione e a confinarli perciò alle sole aree relative al mercato unico: accettare queste caratteristiche per le fonti che disciplinano il mercato non equivale a riconoscerle altresì con riferimento a settori assai più sensibili sul piano politico ed etico e che toccano alcune libertà su cui le sensibilità, e le tradizioni, dei cittadini dei diversi Stati membri appaiono non poco differenziate.

In secondo luogo, con riferimento soprattutto al primato, va sottolineato come, nei rapporti con le fonti del diritto degli Stati membri, sia possibile una lettura di questa caratteristica che, anche in questo caso, prescinda dal criterio gerarchico. Il primato delle norme dell'Unione, infatti, può bene intendersi, senza con ciò alterare il quadro e rispettando le indicazioni della Corte di giustizia, non come sovraordinazione/supremazia, bensì come priorità/precedenza⁴⁹. Una regola di soluzione delle antinomie, sì piuttosto drastica perché derivante dalla ricordata esigenza di assicurare una regolamentazione uniforme del mercato comune, ma che in quanto tale non intacca, oltre quel che è funzionalmente necessario, la validità del diritto nazionale. Quest'ultimo, infatti, ove in contrasto con il diritto dell'Unione, va disapplicato – o, meglio, deve essere “non applicato” – ma non è (necessariamente) invalido. Per dirla in lingua inglese, si tratterebbe di “*primacy*”, non di “*supremacy*”⁵⁰. Ovviamente, non mancano letture del primato in senso gerarchico⁵¹, che possono appoggiarsi anch'esse su alcuni passaggi giurisprudenziali⁵². Esse finiscono però per andare oltre quanto è strettamente necessario ai fini del funzionamento del mercato comune, e dello stesso metodo comunitario; e inevitabilmente altresì per diventare facile obiettivo polemico di sovranisti ed euroscettici, visto che a una presunta e generalizzata supremazia gerarchica delle fonti dell'Unione difficilmente corrisponde una loro più robusta legittimazione politica.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, specie nella fase iniziale dell'integrazione europea, ha determinato una ulteriore valorizzazione della dimensione sovranazionale, esplicitando e accentuando, anche su spinta dei giudici nazionali, la condivisione e l'auto-limitazione dei poteri sovra-

⁴⁹ Cfr., tra gli altri, M. SZPUNAR, *The principle of primacy*, in *Identità nazionale degli Stati membri, primato del diritto dell'unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali*, Atti della giornata di studio svoltasi a Palazzo della Consulta il 5 settembre 2022 (disponibili su https://www.cortecostituzionale.it/file-contenuti/convegni/5_sett_2022/Giornata-Studio-Cc-Cgeu-Def.pdf) 46-55 e, *amplius*, J. WEINZIERL, *Democratic Authority. On the Nature and Grounds of the EU's Right to Rule*, Hart, Oxford, 2024, 34 s. Si veda, da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia (Grande Camera), del 18 dicembre 2025, C-448/23, Commissione europea c. Repubblica di Polonia, in cui la Corte parla di “*precedence*”.

⁵⁰ Così M. AVBELJ, *Supremacy or Primacy of EU Law. (Why) Does it Matter?*, in *European Law Journal*, 2011 (17), n. 6, 744-763.

⁵¹ Di recente, ad esempio, C. CARUSO, *La gerarchia ritrovata. Blocco di costituzionalità e sistema delle fonti nel processo di integrazione europea*, in F. FABRIZZI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Fenomenologia della produzione normativa tra Italia e Unione europea*, cit., 193-236.

⁵² Si pensi soprattutto alla sentenza Simmenthal della Corte di giustizia (del 9 marzo 1978, in causa 106/77), ove ha affermato che il diritto comunitario fa “parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri” (par. 7; corsivo aggiunto).

ni degli Stati membri, ai fini della costruzione del mercato comune⁵³. Questo processo è stato reso possibile – come si è notato in sede politologica⁵⁴ – grazie a un “*permissive consensus*”, il quale ha consentito alle *élites* di guidare il cammino verso un’integrazione sempre più stretta che presentava, ai loro occhi, indubbi vantaggi in termini tanto ideali, quanto pratici.

Alla metà degli anni ’60, il metodo comunitario può dunque ritenersi definito. Esso, com’è stato giustamente osservato⁵⁵, è stato perciò perfezionato, nei suoi caratteri giuridici fondamentali – in quella che si è chiamata la sua “*legal infrastructure*”⁵⁶ – paradossalmente proprio quando la costruzione europea versava in una fase di stanca, sul piano politico-progettuale. Da ciò il successo – e poi, più di recente, il superamento – della chiave di lettura della c.d. “*integration through law*”⁵⁷; e anche il prevalere della integrazione negativa (giudiziale) su quella positiva (politica)⁵⁸. Chiavi di lettura di tipo generalissimo, senz’altro semplificanti – e giustamente criticate, in base a una più attenta ricostruzione giurisprudenziale⁵⁹ – ma la cui diffusione si deve, in larga parte, proprio al fatto che esse sono state utili a spiegare questo apparente paradosso.

Gli studi più recenti, peraltro, relativizzano – specie con riferimento agli ultimi due decenni – il ruolo propulsivo e autonomo svolto dalla Corte di giustizia, sottolineandone le virtù passive⁶⁰ e la continua attenzione al contesto⁶¹, e dunque anche agli assetti degli ordinamenti degli Stati membri; e mettono invece in rilievo il contributo del legislatore comunitario, nella costruzione del mercato unico e delle sue regole di funzionamento⁶². Certo, è un legislatore diverso rispetto a quello “classico”, tradizionalmente conosciuto negli Stati nazionali (e perlopiù in crisi, abbastanza profonda, com’è noto)⁶³, ma è un legislatore assai attivo e produttivo – secondo alcuni anche

⁵³ Cfr., tra i tanti, A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, OUP, Oxford, 2004, spec. 64 s. e A. VAUCHEZ, *Introduction. Euro-lawyering, Transnational Social Fields and European Polity-Building*, in A. VAUCHEZ, B. de WITTE (eds.), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*, Hart, Oxford, 2013, 1-18.

⁵⁴ Cfr., tra gli altri, L.N. LINBERG, S.A. SCHEINGOLD, *Europe's would-be polity: patterns of change in the European community*, Prentice-Hall, 1970, spec. 249 s.; L. HOOGHE, G. MARKS, *A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus*, in *British Journal of Political Science*, 2009 (39), 1, 1-23; G. ITZCOVICH, *Sulla decostruzione giuridica dell'Europa. Deficit di legittimità e diritto costituzionale europeo*, in *Ragion pratica*, 2023, 1, 101-118.

⁵⁵ Cfr., in particolare, J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo: struttura giuridica e processo politico*, Il mulino, Bologna, 1985, spec. 64 s.; ID., *The Transformation of Europe* (1991), in ID., *The Constitution of Europe*, CUP, Cambridge, 1999, 10-101, e G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit., 3 s.

⁵⁶ Secondo la formula adottata da M. DAWSON, F. de WITTE, *EU Law and Governance*, CUP, Cambridge, 2022, 103 s.

⁵⁷ Il riferimento è ai cinque volumi curati da M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.H.H. WEILER, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, usciti tra il 1985 e il 1988 (per De Gruyter, Berlin-New York).

⁵⁸ Cfr. F. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic*, OUP, Oxford, 1999, spec. 43 s.

⁵⁹ Cfr. R. SCHÜTZE, *Integration-through-Law: grand theory, revisionist history*, in *European Law Open*, 2025(4), n. 2, 162-200, spec. 177 s.

⁶⁰ Cfr. J. ZGLINSKI, *Europe's Passive Virtues: Deference to National Authorities in EU Free Movement Law*, OUP, Oxford, 2020.

⁶¹ Cfr. Y. SADL, *The European Court of Justice as a Context-Conscious Lawmaker*, Hart, Oxford, 2024; M. DAWSON, B. de WITTE, E. Muir (eds.), *Revisiting Judicial Politics in the European Union*, Edward Elgar, Cheltenham, 2024.

⁶² Cfr. E. NÍ CHAOIMH, *The Legislative Priority Rule and the EU Internal Market for Goods: A Constitutional Approach*, OUP, Oxford, 2022; M. VAN DEN BRINK, *Legislative Authority and Interpretation in the European Union*, OUP, Oxford, 2024; R. SCHÜTZE, *Integration-through-Law*, cit., 184 s.

⁶³ Anche qui si riaffaccia la tentazione di un parallelo generico con un indefinito legislatore nazionale: ad esempio, si afferma che, ove comparato alle procedure di *lawmaking* di uno Stato, il diritto dell'Unione europea sarebbe al tempo stesso “over-constitutionalised” e “under-politicised” (cfr. J. Weinzierl, *Democratic Authority*, cit., 34).

troppo – e comunque tutt'altro che marginalizzato per effetto dell'azione della Corte di giustizia (con la quale, anzi, tende ad essere perlopiù sintonico).

4.3. L'evoluzione del metodo comunitario.

Fin qui, in estrema sintesi, gli elementi originari e innovativi del “metodo comunitario”. Come anticipato, tale metodo ha registrato non pochi mutamenti nel corso dei decenni.

Il principale cambiamento, specie nell'ottica qui adottata, è rappresentato da un robusto e repentino – ma già prefigurato nei Trattati, come si ricordava – “innesto di democrazia” grazie all'elezione popolare del Parlamento europeo, realizzatasi, com'è noto, a partire dalle elezioni del 1979⁶⁴. Un cambiamento che si è accompagnato, nei decenni successivi, ad un'espansione materiale, quantitativa e qualitativa, delle norme dell'Unione europea così adottate e, inevitabilmente, a una loro maggiore incisività sui diritti dei cittadini europei.

4.3.1. L'accrescimento del ruolo del Parlamento europeo direttamente eletto.

Alla fine degli anni '70 l'elezione diretta del Parlamento europeo è stata introdotta isolatamente, per così dire *ex se*: senza cioè provvedere, almeno all'inizio, ad adattamenti né del sistema istituzionale dell'Unione, né dello stesso Parlamento europeo. Il quadro è rimasto perciò, almeno nella prima fase, inalterato, con riferimento tanto ai poteri del Parlamento, di cui si è già fatto cenno, quanto alla disciplina dello *status* del parlamentare, la quale resta tuttora quella originaria, di quando il Parlamento europeo era composto da delegazioni dei parlamenti nazionali. Una disciplina, perciò, chiaramente inadeguata, e per questo, fonte di numerosi problemi, sia riguardo al regime delle immunità, sia riguardo alla verifica dei poteri⁶⁵.

Con ogni probabilità, i funzionalisti consideravano l'elezione diretta del Parlamento europeo una sorta di “male necessario”, utile a rafforzare la legittimazione democratica delle istituzioni europee, ma senza alterare il quadro reale degli equilibri decisionali; mentre i federalisti, in chiave ottimistica, confidavano che l'elezione diretta del Parlamento europeo avrebbe comportato pressoché automaticamente, e, comunque, inevitabilmente una trasformazione radicale dell'integrazione europea in senso democratico e, appunto, federale.

Esattamente in questo contesto rinvergono la loro genesi la formula, e con essa il mito, del deficit democratico. Una formula all'inizio creata ad arte, negli ambienti dei giovani federalisti

⁶⁴ Cfr., per un bilancio a 40 anni di distanza, T. MARGUERY, S. PLATON, H. VAN EIJKEN (eds.), *Les élections européennes 40 ans après. Bilan, enjeux et perspectives. The European Elections, 40 years after. Assessment, Issues and Prospects*, Bruylant, Bruxelles, 2020.

⁶⁵ Cfr. C. FASONE, N. LUPO, *The Court of Justice on the Junqueras saga. Interpreting the European parliamentary immunities in light of the democratic principle*, in *Common Market Law Review*, 2020 (57), n. 5, 1527-1554; e A. DI CHIARA, *La verifica dei poteri dei parlamentari europei. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2025.

europei⁶⁶; ma, a ben vedere, fondata su premesse teorico-metodologiche discutibili. Essa presuppone, infatti, una comparazione tra la quantità e la qualità della democrazia nell'Unione, da un lato, considerata isolatamente – ignorando perciò il suo legame strutturale con le democrazie dei singoli Stati membri, evidenziato dall'art. 10, par. 2, TUE (su cui si tornerà *infra*) – e la democrazia in uno Stato nazionale (senza ovviamente chiarire quale), dall'altro. Tuttavia, una formula e un mito che in quella fase sono stati coltivati da molti, perché reputati – a buona ragione – utili al perseguimento di un obiettivo logico e ampiamente condiviso: ossia, l'accrescimento dei poteri di un Parlamento europeo che ora si trovava ad essere eletto direttamente⁶⁷, anzitutto quanto alla sua compartecipazione, con ruolo determinante, all'esercizio della funzione legislativa.

Di qui, grazie alle revisioni dei Trattati entrate in vigore tra il 1987 e il 2003, il disegno e l'abbinamento all'originaria procedura di consultazione di altre procedure di formazione degli atti comunitari, con un ruolo decisamente più significativo affidato al Parlamento europeo: parere conforme, cooperazione e, soprattutto, codecisione. Quest'ultima, fondata su una sostanziale equiparazione tra il Parlamento europeo e il Consiglio, è stata introdotta dal Trattato di Maastricht per alcune limitate basi giuridiche relative al mercato interno, e ha poi registrato una progressiva estensione, divenendo, con il Trattato di Lisbona, la procedura legislativa ordinaria.

Sul piano dei poteri del Parlamento europeo, questo quadro fa sì che tale istituzione sia divenuta ormai un attore fondamentale del processo legislativo: l'idea del Parlamento europeo come un Parlamento debole è ormai superata, e dunque errata⁶⁸. Anche ove paragonato ai Parlamenti degli Stati membri, il Parlamento europeo esercita un peso nei processi decisionali europei per molti versi più incisivo e risulta dunque un'istituzione più “potente” rispetto a non pochi di questi ultimi⁶⁹.

Del resto, nell'ordinamento europeo gli esecutivi, che pure restano i soggetti principali nel *decision-making*, non dispongono di procedure d'urgenza/emergenza, come invece accade, in forme diverse, in tutti gli Stati membri. Tant'è che negli ultimi anni l'Unione, stretta tra una crisi e l'altra – fronteggiate soprattutto attraverso iniziative assunte o prefigurate dal Consiglio europeo⁷⁰ – sta provando a costruirsele. Si vedano in particolare le recenti controversie, specie tra Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione, sull'uso dell'art. 122 TFUE⁷¹. Con il Parlamento europeo che

⁶⁶ Le origini della formula del “deficit democratico” risalgono al manifesto del congresso dei giovani federalisti europei (JEF) del 1977 (dovuto a Richard Corbett, che ne fu il *leader* dal 1979: <https://federalunion.org.uk/the-first-use-of-the-term-democratic-deficit/>).

⁶⁷ Divenendo perciò, come si è spesso ripetuto in varie occasioni, “l'unica istituzione europea direttamente eletta dai cittadini”; o persino, con una piccola forzatura lessicale, “l'unica istituzione democraticamente legittimata”.

⁶⁸ Cfr. N. LUPO, *Il Parlamento europeo: un'istituzione potente, ma poco conosciuta*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2024, 2, 1-12. Per un quadro aggiornato cfr. C. MARTINELLI, *Il Parlamento europeo. Simbolo o motore dell'Unione?*, Il mulino, Bologna, 2024.

⁶⁹ L'osservazione è, ad esempio, in N. NUGENT, *Government and Politics in the European Union*⁷, Palgrave, London, 2017, 225.

⁷⁰ Cfr. J. WHITE, *Politics of last resort. Governing by emergency in the European Union*, OUP, Oxford, 2020, spec. 64 s.

⁷¹ Si fa riferimento all'azione legale intrapresa dal Parlamento europeo, sulla base di un voto del 24 giugno 2025, contro il Consiglio (ma anche contro la Commissione) relativamente alla base giuridica del regolamento SAFE, in materia di difesa comune. Cfr. L. GROSSIO, *Il Parlamento adisce la Corte di giustizia contestando il ricorso all'art. 122 TFUE per l'istituzione dello strumento di azione per la sicurezza dell'Europa (SAFE)*, in *Eurojus.it*, 1° settembre 2025.

sta cercando di evitare che questa base giuridica venga usata in modo ordinario e generalizzato al fine di legittimare l'adozione di ogni strumento di emergenza da parte del Consiglio dell'Unione, su proposta della Commissione: si aggirerebbe così la procedura legislativa ordinaria e il ruolo in essa spettante allo stesso Parlamento europeo.

4.3.2. Il successo dei triloghi.

A partire dal Trattato di Lisbona si assiste a un ricorso assai frequente alla procedura legislativa ordinaria anche nella prassi, la quale però segue in concreto un modello ben diverso rispetto a quello delle tre (potenziali) letture successive disegnato dai Trattati. La convocazione di un comitato di conciliazione, al termine di due (doppie) letture presso il Parlamento europeo e presso il Consiglio, secondo quanto stabilito dall'art. 294 TFUE, è un'ipotesi procedurale assai faticosa e, dopo qualche sperimentazione nella legislatura 1994-1999 (in cui ben il 22% delle proposte approvate arrivò alla terza lettura), è divenuta ormai rarissima: anzi, del tutto desueta nelle ultime tre legislature⁷².

Questo dato si spiega con l'impiego sistematico della procedura dei triloghi⁷³: una sorta di comitato di conciliazione anticipato, e deformatizzato, cui partecipano rappresentanti delle tre istituzioni titolari di poteri legislativi (la Commissione, il Parlamento europeo e il Consiglio), le cui riunioni possono precedere e/o accompagnare ognuna delle fasi previste nell'ambito della procedura legislativa ordinaria. Queste ultime, dunque, non vengono formalmente meno ma sono sostanzialmente predeterminate, nei loro contenuti, dagli esiti dei triloghi.

In generale, le negoziazioni interistituzionali che si svolgono in seno ai triloghi utilizzano come base un documento a quattro colonne. La prima colonna elenca la proposta originale della Commissione; le due successive, le rispettive modifiche del Parlamento e del Consiglio; mentre l'ultima colonna è riservata alle proposte di compromesso. I triloghi si tengono o in Parlamento o nel Consiglio e, per regola generale, con alternanza tra le due istituzioni. Per prassi, l'istituzione che ospita il trologo presiede anche la riunione.

I triloghi sono tuttora un oggetto complessivamente poco studiato, ma decisivo nella dinamica politico-istituzionale dell'Unione. Essi rappresentano, oggi, il cuore del metodo comunitario: spesso trascurati dai giuristi⁷⁴, sono stati oggetto di una qualche maggiore attenzione da parte dei politologi⁷⁵.

⁷² Nella legislatura 2019-2024, l'86% delle proposte approvate in una sola lettura e il restante 14% nella "early second reading": cfr. *l'Handbook on Ordinary Legislative Procedure*, gennaio 2025, 10.

⁷³ Per citare un solo dato, vi sono stati ben 973 triloghi nella legislatura 2019-2024: cfr. *l'activity report* del Parlamento europeo (disponibile su https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/289660/1305846_EN.pdf).

⁷⁴ Ma cfr. J. von ACHENBACH, *Verfassungswandel Durch Selbstorganisation: Trilogie Im Europäischen Gesetzgebungsverfahren*, in *Der Staat*, 2016 (55), n. 1, 1-39; e F. GIERSDORF, *Der informelle Trilog Das Schattengesetzgebungsverfahren der Europäischen Union*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, spec. 171 s., nonché ora G. RUGGE, *Trilogues*, cit.

⁷⁵ Tra i politologi cfr. G.J. BRANDSMA, J. GREENWOOD, A. RIPOLL SERVENT, C. ROEDERER-RYNNING, *Inside the black box of trilogues: introduction to the special issue*, in *Journal of European Public Policy*, 2021 (28), n. 1, 1-9.

Le critiche rivolte ai triloghi sono abbastanza note, e si richiamano al rispetto delle credenziali democratiche dell'Unione. Esse fanno leva soprattutto sulla trasparenza assai limitata delle negoziazioni che in essi si svolgono, rischiando di favorire i gruppi di interesse più attrezzati e occulti, e sul numero piuttosto ristretto dei soggetti effettivamente coinvolti nel processo legislativo⁷⁶.

Le risposte evidenziano l'esigenza di informalità che deve caratterizzare ogni effettivo processo decisionale, specie in una democrazia di tipo negoziale⁷⁷, e il fatto che si tratta di riunioni interistituzionali con una partecipazione comunque piuttosto ampia. E soprattutto sottolineano quanto si è andato stabilendo sul versante del Parlamento europeo, con apposite modifiche del regolamento interno: tra l'altro, riguardo all'individuazione della delegazione parlamentare, alla votazione di un mandato negoziale e all'aggiornamento regolare sull'andamento del triloquio nella commissione parlamentare competente per materia⁷⁸.

Spontaneo viene il parallelo con la risalente esperienza italiana dei "comitati ristretti" presso le commissioni permanenti di Camera e Senato, spesso usati congiuntamente all'approvazione delle leggi direttamente in commissione in sede deliberante o legislativa, prevalente com'è noto in tutte le prime dieci legislature repubblicane. Un'esperienza a suo tempo oggetto di critiche severe, in nome dei medesimi profili problematici quanto a partecipazione e trasparenza, e che invece oggi finisce per essere rimpianta da molti, perché in fondo i comitati ristretti assicuravano un effettivo contributo parlamentare alla formazione della legge. A conferma del fatto che, se si vuole che il Parlamento compartecipi alla funzione legislativa, occorre consentire che lì si svolgano le necessarie mediazioni, prevedendo sedi più ristrette, informali e, per così dire, semi-pubbliche. E ciò specie a seguito dell'elevazione "automatica" del livello di trasparenza e di pubblicità e della moltiplicazione delle forme di comunicazione con la pubblica opinione, fenomeni entrambi derivanti da internet e dai *social media*, i quali consentono e anzi incoraggiano forme di reazione, anche immediata, idonee spesso a impedire ogni tipo di negoziato e di compromesso tra le diverse posizioni in campo⁷⁹.

4.3.3. L'espansione (e la mutazione) della normazione europea.

Nel complesso, sono perciò mutati gli equilibri della originaria procedura legislativa che caratterizza il metodo comunitario: essa, specie dopo l'elezione diretta del Parlamento europeo e dopo il suo *empowerment*, tende a sfuggire al pieno controllo degli Stati membri (pur essendovi gli Stati membri, e i loro interessi, sempre ben rappresentati). In sostanza, una volta che una certa competenza materiale è stata inserita nei Trattati e "comunitarizzata", i suoi contenuti e i suoi confini

⁷⁶ Cfr. D.M. CURTIN, P. LEINO SANDBERG, *In search of transparency for EU law-making: Trilogues on the cusp of dawn*, in *Common Market Law Review*, 2017 (54), n. 6, 1673-1712.

⁷⁷ Cfr. specialmente G. RUGGE, *Trilogues*, cit., 108 s.

⁷⁸ Per una sintesi cfr. N. LUPO, A. Manzella, *Il Parlamento europeo*, LUP, Roma, 2024, 63 s.

⁷⁹ Cfr. C. FASONE, N. LUPO, *Transparency vs. Informality in Legislative Committees. Comparing the US House of Representatives, the Italian Chamber of Deputies and the European Parliament*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2015 (21), n. 3, 342-359.

effettivi finiscono per essere determinati dall'azione del legislatore europeo, oltre che dalla Corte di giustizia, mentre diventa molto difficile per gli Stati membri porre un freno efficace a questo processo di rafforzamento e di espansione del c.d. "*acquis communautaire*".

Un processo di produzione normativa che continua sì a svilupparsi prevalentemente con modalità negoziali di tipo collettivo, ma i collegi in cui questi negoziati si svolgono si sono sia ampliati in termini di componenti, sia moltiplicati nel numero; nonché, almeno in parte, democratizzati e divenuti più trasparenti (seppure con la creazione di nuove sedi informali, come appunto i triloghi).

In altre parole, il pieno coinvolgimento del Parlamento europeo e il successo dei triloghi agevolano lo sviluppo e una maggiore estensione materiale della normazione europea, che a pieno titolo diventa sempre più incisiva sulla vita dei cittadini. Se a ciò si aggiungono le tendenze più recenti nel senso di favorire l'adozione di regolamenti rispetto a quella di direttive, a fare ricorso in misura massiccia agli atti di esecuzione (ormai nell'ordine di circa 2.000 l'anno), e altresì a richiamare e spesso ad incorporare atti di solito considerati come di *soft law*, si coglie bene il peso notevolissimo del diritto dell'Unione sugli ordinamenti statali e sui loro cittadini: un peso che viene avvertito, va da sé, soprattutto dai nuovi Stati membri, che non hanno contribuito alla sua formazione e che devono adattarsi ad esso, tutto assieme, nel giro di un numero limitato di anni.

Tutti questi elementi possono contribuire a spiegare come mai, nel momento in cui, dopo il crollo del muro di Berlino, si è deciso di estendere le materie oggetto del processo di integrazione europea, le caratteristiche del metodo comunitario, per come invertisi fino ad allora, non sono parse percorribili.

Da un lato, infatti, si è deciso di limitare "a monte" il processo di auto-espansione delle competenze europee e di verificare meglio l'effettiva necessità dell'intervento sovranazionale. A tal fine, in primo luogo, si è limitato il ricorso alla clausola di flessibilità prevista dall'attuale art. 352 TFUE (presente sin dalle origini, in particolare nell'art. 235 del Trattato CEE, e poi nell'art. 308 del trattato CE), la cui applicazione è diventata particolarmente ardua, visto che è richiesta l'unanimità degli Stati membri, oltre al consenso del Parlamento europeo; e, soprattutto, considerato che alcuni tra questi consentono il ricorso a tale clausola solo previo il superamento di procedure interne tutt'altro che agevoli al fine di limitare ulteriori incontrollati accrescimenti delle competenze dell'Unione⁸⁰. E, in secondo luogo, si è generalizzato il richiamo al principio di sussidiarietà: un principio politico-giuridico, quest'ultimo, com'è noto, il cui rispetto è per definizione assai difficile da verificare per la Corte di giustizia, e in merito al quale sono stati perciò coinvolti, a partire dal Trattato di Lisbona, i parlamenti nazionali attraverso il c.d. "Early Warning System"⁸¹.

Dall'altro, e soprattutto, le caratteristiche del metodo comunitario fanno comprendere perché, sul fine del XX secolo, si sia andati alla ricerca, per le nuove politiche da condividere, di metodi di

⁸⁰ È il caso in particolare della Polonia e della Germania.

⁸¹ Cfr., per tutti, K. GRANAT, *The Principle of Subsidiarity and its Enforcement in the EU Legal Order: The Role of National Parliaments in the Early Warning System*, Hart, Oxford, 2018, spec. 45 s.

governo alternativi, nei quali il ruolo degli Stati membri risultasse ancor più decisivo, e consentisse a ciascuno di essi di esercitare – o quantomeno di minacciare – un potere di veto; mentre correlativamente si siano ridotti, per queste nuove politiche, gli spazi disponibili per l'autonoma iniziativa e l'attività delle istituzioni sovranazionali.

5. Il metodo intergovernativo (e i suoi limiti).

5.1. La genesi: il Trattato di Maastricht.

In genere, l'affermazione del metodo intergovernativo si riconduce al Trattato di Maastricht (1992). È una data di nascita che si può accettare, ma solo a patto di aver presente che, come si è già intravisto, la dimensione intergovernativa nell'integrazione europea è esistita, ovviamente in costante dialettica con la dimensione sovranazionale, sin dall'inizio, anzitutto in seno al Consiglio e nella stessa genesi dei Trattati istitutivi. A tratti, la dimensione intergovernativa era anche riuscita a prevalere: emblematici in tal senso sono il compromesso di Lussemburgo (nel 1966, con cui si pose fine alla c.d. “crisi della sedia vuota”, apertasi l'anno precedente) e il riconoscimento, in fatto, della regola dell'unanimità all'interno del Consiglio, invece del criterio di voto a maggioranza, pur sancito dai Trattati⁸². L'operatività del compromesso di Lussemburgo è stata poi drasticamente ridotta ad opera dell'Atto Unico Europeo, senza però scomparire del tutto⁸³. In termini costituzionalistici, tale compromesso ha rappresentato una sorta di convenzione costituzionale *praeter legem*, forse a tratti persino *contra legem*, ancorché ispirata alla più che comprensibile esigenza di evitare il possibile “sganciamento” di singoli Stati membri dall'assumersi la loro quota di responsabilità nei riguardi di decisioni europee non particolarmente gradite⁸⁴.

Tuttavia, è vero che il “cambio di passo” in proposito si è verificato con il Trattato di Maastricht. Nel momento in cui l'integrazione europea è stata chiamata ad affrontare le nuove sfide geopolitiche in risposta al crollo del muro di Berlino e gli Stati membri hanno deciso di condividere nuove politiche (tra cui, la moneta comune, la politica estera, la sicurezza, la giustizia), su cui le posizioni tra di loro erano, da sempre, meno omogenee, hanno preferito ricorrere a un diverso metodo di governo: quello intergovernativo, idoneo a riconoscere maggior peso agli Stati, appun-

⁸² Si consentì infatti a ciascuno Stato membro la possibilità di chiedere un rinvio dell'adozione a maggioranza qualificata di una delibera del Consiglio invocando il pregiudizio di “propri interessi molto importanti”. Cfr. L. VAN MIDDELAAR, *Spanning the River: The Constitutional Crisis of 1965–1966 as the Genesis of Europe's Political Order*, in *European Constitutional Law Review*, 2008 (4), n. 1, 98-126, e ora P. BAJON, *Informal decision making in the European Community under the Luxembourg compromise. The Law that never was*, Hart, Oxford, 2025, spec. 48 s.

⁸³ Cfr. J.H. REESTMAN, T. BEUKERS, *Not dead yet. Revisiting the 'Luxembourg Veto' and its Foundations*, in *European Constitutional Law Review*, 2017 (13), n. 1, 1-12, spec. 10 s.

⁸⁴ Una *ratio* simile, seppure in forma attenuata, aveva anche il “compromesso di Ioánnina”, raggiunto nel marzo 1994 e operante fino al 1° aprile 2017, su come calcolare la minoranza di blocco nei casi in cui in Consiglio è prevista la maggioranza qualificata: cfr. L.S. ROSSI, *The Principle of Equality Among Member States of the European Union*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The Principle of Equality in EU Law*, Springer, Cham, 2017, 3-42, spec. 14 s.

to, e consentire di ricorrere con maggiore facilità a forme di integrazione differenziata⁸⁵. Nelle nuove aree di attività dell'Unione, il Trattato di Maastricht ha perciò privilegiato il coordinamento tra gli Stati membri rispetto all'affidare tale competenza al metodo comunitario: *cooperation* tra gli Stati membri, dunque, anziché *delegation* alle istituzioni sovranazionali⁸⁶.

È pertanto il Trattato di Maastricht a superare il metodo comunitario. O, meglio, secondo quella pratica dell'accumulazione progressiva di cui si diceva, a delineare un diverso metodo di governo per le nuove politiche che gli Stati membri affidano all'Unione. Un metodo che si affianca al metodo comunitario, che è confermato per le politiche già in essere ed è oggetto, come si è accennato, di un costante affinamento e di una progressiva estensione. Con il Trattato di Maastricht cambia perciò l'architettura dell'ordinamento europeo, con quell'immagine dell'Unione come un tempio greco: un tempio con una facciata comune che si regge su tre colonne (talvolta erroneamente chiamate, in italiano, "pilastri"), una delle quali è rappresentata dalle Comunità europee, mentre le altre due, per le quali si adotta il metodo intergovernativo, sono costituite dalla politica estera e di sicurezza comune e dalle politiche in materia di giustizia e affari interni⁸⁷. Un'immagine abbastanza ardita e decisamente poco felice agli occhi dell'opinione pubblica e degli stessi giuristi, costretti tra l'altro a barcamenarsi con articoli contraddistinti da lettere, anziché da numeri (questi ultimi peraltro aggiornati ad ogni revisione dei Trattati).

Questa architettura ha poi subito, con le ulteriori revisioni dei Trattati, modifiche significative ed è stata superata dal Trattato di Lisbona, ma resta il fatto che, nei decenni successivi al Trattato di Maastricht, il metodo intergovernativo è risultato essere quello dominante nelle nuove politiche europee, con la conseguente necessità di raggiungere un consenso unanime tra i rappresentanti dei Governi e con un complessivo indebolimento, in questa fase, delle istituzioni sovranazionali⁸⁸.

5.2. Gli equilibri interistituzionali e la centralità del Consiglio europeo nella determinazione dell'indirizzo politico.

Nel metodo intergovernativo gli equilibri interistituzionali sono piuttosto diversi da quelli che continuano a caratterizzare l'Unione europea allorquando questa segue il metodo comunitario (nel frattempo, come si è visto, parlamentarizzato).

L'istituzione centrale è rappresentata dal Consiglio europeo. Sorto a metà degli anni '70 come sede del tutto informale e progressivamente istituzionalizzatosi, fino a divenire, con il Trattato di Lisbona, una vera e propria istituzione dell'Unione, presieduta non più dal capo di governo o di

⁸⁵ Lo ricorda, per tutti, G. AMATO, *Riflessioni*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, cit., 173-181, spec. 177 s.

⁸⁶ C. BICKERTON, D. HODSON, U. PUETTER, *The New Intergovernmentalism and the Study of European Integration*, in IDD. (eds.), *The New Intergovernmentalism. States and Supranational Actors in the Post-Maastricht Era*, OUP, Oxford, 2015, 1-48, spec. 8.

⁸⁷ Per tutti, cfr. R. SCHÜTZE, *European Union Law*, IV ed., OUP, Oxford, 2025, 24 s.

⁸⁸ C. BICKERTON, D. HODSON, U. PUETTER, *The New Intergovernmentalism and the Study of European Integration*, cit., 2 s.

Stato a rotazione semestrale (regola che persiste per il Consiglio dell'Unione, com'è noto), ma da un presidente eletto per due anni e mezzo, a maggioranza rafforzata, dai membri dello stesso Consiglio europeo⁸⁹.

Ebbene, il Consiglio europeo svolge un ruolo decisivo nella definizione di quello che può a pieno titolo definirsi l'indirizzo politico dell'Unione, e che, come si dirà, influisce non poco anche nella determinazione dell'indirizzo politico di ciascuno Stato membro. D'altronde, la terminologia adottata dai Trattati è piuttosto esplicita in tal senso, visto che ai sensi dell'art. 15, par. 1, TUE, il Consiglio europeo “dà all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali”.

Il ruolo effettivamente svolto dal Consiglio europeo si è esteso anche al di là della lettera dei Trattati. Si pensi alla frequenza delle riunioni, formali e informali, decisamente maggiore di quella prefigurata dai Trattati (come minimo, due per semestre), anche sulla scorta delle tante emergenze e crisi che l'Unione è stata chiamata ad affrontare⁹⁰. O alle delicate mediazioni di ultima istanza che tendono ad essere affidate al Consiglio europeo nell'esercizio – sul piano sostanziale – di una funzione legislativa che pure, secondo i Trattati, dovrebbe essere ad esso preclusa (art. 15, par. 1, ultimo periodo, TUE)⁹¹.

Questo ruolo del Consiglio europeo riverbera i suoi riflessi anche sulle forme di governo degli Stati membri, e dunque sul loro circuito dell'indirizzo politico: in particolare, i capi di governo si fanno tramite e cinghia di trasmissione nel riportare nei rispettivi Stati membri le priorità fissate dal Consiglio europeo, ovviamente con i dovuti adattamenti; e, grazie a questo “gioco di sponda”, finiscono per rafforzarsi non poco rispetto agli altri organi costituzionali⁹².

E' inoltre venuta meno l'unicità della Commissione europea come istituzione servente il diritto dell'Unione, seppure affiancata, com'è noto, da un sistema di agenzie variamente configurate, alcune esecutive, altre poste a coordinare le amministrazioni degli Stati membri⁹³. Si sono create *ex novo* strutture parallele, più o meno formalizzate, e perlopiù collegate in vario modo alla Commissione: si pensi, ad esempio, all'Alto rappresentante per la PESC-PESD (che è anche, per definizione, uno dei vicepresidenti della Commissione); alla stessa Banca centrale europea (e al Sistema europeo delle Banche centrali); o alle European Supervisory Authorities, per più versi configura-

⁸⁹ Cfr., per tutti, in ottica politologica, W. WESSELS, *The European Council*, Palgrave, London, 2015.

⁹⁰ Cfr. J. WHITE, *Politics of Last Resort: Governing by Emergency in the European Union*, cit., 56 s.; ID., *Constitutionalizing the EU in an Age of Emergencies*, in *Journal of Common Market Studies*, 2023 (61), n. 3, 781-796; L. SCHRAMM, W. WESSELS s, *The European Council as a crisis manager and fusion driver: assessing the EU's fiscal response to the COVID-19 pandemic*, in *Journal of European Integration*, 2022 (45), n. 2, 257-273; A. CAPATI, D. HEGEDUS, T. ZGAGA, *The elephant in the room: the European Council's dominance in core state powers during times of crisis*, in *Journal of Contemporary European Studies*, 2025, 1-19.

⁹¹ Cfr. D. BLANC, *L'exclusion du Conseil européen de la fonction législative: la lettre et l'esprit*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2017, n. 1, 9-22 e J.M. MARTÍNEZ SIERRA, *The European Council against EU Law*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, spec. 364 s.

⁹² Cfr. G. AMATO, *La funzione di governo oggi. Relazione generale (ricordando Alberto Predieri)*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2001. Il Governo*, Cedam, Padova, 2002, 259-268, spec. 264 s.

⁹³ Cfr., tra gli altri, E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Cedam, Padova, 2002; M. CHAMON, *EU Agencies: Legal and Political Limits to the Transformation of the EU Administration*, OUP, Oxford, 2017; M. SIMONCINI, *Administrative regulation beyond the non-delegation doctrine*, Hart, Oxford, 2018.

te, senza alcun riferimento nei Trattati e in deroga alla *non-delegation doctrine*, come autorità indipendenti⁹⁴.

In qualche caso, specie sull'onda dell'emergenza, si è proceduto addirittura al di fuori dei Trattati: si pensi ovviamente al c.d. Fiscal Compact (Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria), del 2 marzo 2012; al MES-Meccanismo europeo di stabilità, istituito il 2 febbraio 2012 espressamente “al di fuori del quadro giuridico dell'Unione europea”, che ha la natura di un'organizzazione internazionale; e ancor prima al suo predecessore, l'EFSF (*European Financial Stability Facility*-Fondo europeo di stabilità finanziaria), il quale è stato costituito nel 2010 come società anonima con sede in Lussemburgo.

I problemi derivanti dal criterio dell'unanimità si sono perciò aggravati, essendo questa – o il suo succedaneo, il *consensus*⁹⁵ – la regola cardine per il Consiglio europeo e per le istituzioni intergovernative: una regola diventata, com'è ovvio, sempre meno sostenibile a causa dei ripetuti allargamenti dell'Unione, che proprio in questa fase si sono realizzati (quasi incredibilmente, senza prima risolvere il nodo, pur da più parti sottolineato, dell'adeguamento istituzionale).

Si sono perciò create, anzitutto con il fine di ovviare ai troppi poteri di veto, forme di differenziazione e di pluralismo giuridico all'interno dell'Unione: l'omogeneità originaria è venuta meno per effetto dei vari *opt-out* – motivati anche sulla base di ragioni costituzionali⁹⁶ – e riguardo a singole politiche, le quali sono uscite dalle regole del metodo comunitario e a volte dalla stessa azione della Corte di giustizia, che ha perciò faticato a esercitare il suo ruolo unificante e trainante⁹⁷.

In sintesi, il diritto dell'Unione europea così formatosi si fonda esclusivamente sulle interazioni tra i membri del Consiglio europeo e tra quelli del Consiglio, le quali sono “di natura eminentemente diplomatica”⁹⁸, svolte dai rappresentanti dei governi e precedute da un'intensa attività preparatoria: decisioni collettive negoziate in seno ad un organo collegiale a composizione variabile e a forte supporto tecnico, assunte da soggetti abilitati a rappresentare il Governo e gli interessi nazionali di ciascuno Stato membro⁹⁹.

L'esito di questa attività è solo in parte costituita da atti giuridicamente vincolanti, ma altresì da documenti politici, spesso adottati nella veste di “conclusioni” (o “risoluzioni”). Com'è stato giustamente notato¹⁰⁰, ci si sofferma spesso – e più che comprensibilmente – sulle conclusioni del

⁹⁴ Cfr., anche per riferimenti ai più recenti sviluppi giurisprudenziali, M. SIMONCINI, *The separation of powers and the administrative branch in the European Union*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2025, 1-18.

⁹⁵ Ovvero, “senza ricorrere a votazione ma senza poter ignorare il parere sfavorevole di uno dei suoi membri”, secondo quanto chiarito dal parere del Servizio giuridico del Consiglio n. 15018/12 del 16 ottobre 2012.

⁹⁶ Cfr. P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2016, 41, n. 2, 492-578.

⁹⁷ Cfr. P.J. CARDWELL, T. HERVEY, *The Roles of Law in a New Intergovernmentalist European Union*, in C.J. BICKERTON, D. HODSON, U. PUETTER (eds.), *The New Intergovernmentalism*, cit., 86 s.

⁹⁸ F. BESTAGNO, *Le dinamiche della “diplomazia consiliare” nell'Unione europea tra consensus e astensioni*, in *rivista.eurojus.it*, 2024, n. 1, 30-39, spec. 32.

⁹⁹ Cfr., anche per una netta differenziazione tra “procedure negoziali” e “procedure maggioritarie”, N. VEROLA, *Il punto d'incontro. Il negoziato nell'Unione europea*, LUP, Roma, 2020, spec. 27 s.

¹⁰⁰ Cfr. F. BESTAGNO, *Le dinamiche della “diplomazia consiliare” nell'Unione europea tra consensus e astensioni*, cit., 33.

Consiglio europeo, ma pure il Consiglio, nelle sue varie formazioni, adotta, per *consensus*, oltre un centinaio di conclusioni l'anno, a prescindere da ogni base giuridica nei Trattati, mediante le quali il Consiglio esercita ruoli che non possono essere ricondotti a quello di co-legislatore dell'Unione.

Secondo alcuni, con sintesi un po' drastica – ma emblematica del *mood* prevalente, in quella fase, in molti governi degli Stati membri – l'adozione e la diffusione del metodo intergovernativo rappresenterebbero il frutto di un tentativo di introdurre “più politica, meno diritto”¹⁰¹. O, comunque, di privilegiare un diritto che non si autonomizza e non si fa fattore e promotore *ex se* dell'integrazione europea, ma che è strumentalizzato e servente rispetto alla volontà politica (degli Stati membri): attivabile cioè solo in esecuzione di un (eventuale) accordo politico raggiunto tra i rappresentanti degli Stati membri.

5.4. La difficoltà nel far valere la responsabilità politica.

Con l'espandersi del metodo intergovernativo si aggrava inoltre il nodo della legittimazione e della responsabilità politica, spesso qualificato riduttivamente come “*accountability*”, o al più come “*democratic accountability*”; mentre a ben vedere il nodo, come si ribadirà più avanti, riguarda proprio il fondamento dell'autorità politica e il funzionamento della democrazia rappresentativa, che si fonda appunto sulla responsabilità politica di chi governa.

Si aggrava, evidentemente, sia all'interno di ciascuno Stato membro, dove può essere affrontato, o almeno, attenuato facendo leva sulla legittimazione democratica (indiretta) di cui godono i Governi e perciò sullo sviluppo, con specifico riferimento alla loro attività svolta in sede europea, dei poteri di indirizzo-controllo che ciascun Parlamento nazionale può esercitare sul Premier e sui singoli Ministri¹⁰². Ma si aggrava soprattutto sul piano europeo, ove è più arduo affrontarlo, viste la fatica e le difficoltà che si incontrano, in un ordinamento così articolato, nel legittimare democraticamente i vertici politici dell'Unione e, soprattutto, nell'individuare sedi parlamentari idonee a controllare l'effettivo perseguimento dell'interesse europeo da parte delle istituzioni intergovernative, a partire dal Consiglio europeo, la cui azione sfugge al controllo del Parlamento europeo¹⁰³. Un obiettivo che va evidentemente al di là del controllo parlamentare, attivabile in ciascuno Stato membro, volto ad accertare se e come ciascun Governo, nelle sedi intergovernative, ha adeguatamente perseguito il suo interesse nazionale. Allo scopo, e anche per fronteggiare i diversi formati in cui le istituzioni intergovernative possono riunirsi, non a caso si sono ipotizzate solu-

¹⁰¹ Cfr. V.A. SCHMIDT, *The Problems of Identity and Legitimacy in the European Union: Is More Politics the Answer?*, in S. LUCARELLI, F. CERUTTI (eds.), *Debating Political Identity and Legitimacy in the European Union*, Routledge, London, 2015, 16-37.

¹⁰² Cfr., tra gli altri, E. GRIGLIO, *Parliamentary Oversight of the Executives. Tools and Procedures in Europe*, Hart, Oxford, 2020.

¹⁰³ Il Presidente del Parlamento europeo è chiamato ad affacciarsi soltanto all'inizio delle riunioni del Consiglio europeo, con un contributo di tipo ideale e simbolico, ma senza in alcun modo garantire il coinvolgimento dell'assemblea da lui presieduta. Cfr. L. GIANNITI, N. LUPO, *The Role of the European Parliament President in Parliamentary Diplomacy*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2016 (11), n. 2-3, 2016, 144-160.

zioni un po' ardite, come, per tutte, l'istituzione di un'apposita Assemblea parlamentare per l'Eurozona¹⁰⁴.

Ciò comporta, sul piano della legittimazione e della responsabilità politica, problemi non di poco conto. In particolare, già ricordato il Presidente del Consiglio europeo si presenta come una carica (relativamente) oscura, democraticamente poco legittimata. Quest'ultimo problema si accentua per effetto della tendenza a nominare a tale carica, così come al vertice di altre istituzioni europee, politici sconfitti nelle elezioni nazionali, secondo una prassi comprensibile per le organizzazioni internazionali, ma senz'altro deleteria per i sistemi democratici¹⁰⁵.

In questo quadro, in cui la legittimazione democratica e la responsabilità politica del Consiglio europeo e delle altre istituzioni intergovernative si fondano essenzialmente sulle dinamiche delle fomme di governo nazionali, giova sottolineare come il venir meno, in prospettiva, in qualche ulteriore area, della regola dell'unanimità in seno al Consiglio dell'Unione, pur essendo una innovazione necessaria – a maggior ragione in vista di ulteriori allargamenti dell'Unione – per garantire l'efficienza di tali istituzioni, finisca però per aggravare ulteriormente i nodi della legittimazione e della responsabilità politica.

Ma soprattutto, di fronte alla crisi dei debiti sovrani nell'Eurozona, il metodo intergovernativo ha mostrato di non funzionare: ha originato situazioni di stallo e ha agevolato l'apposizione di veti reciproci che hanno rallentato la decisione – già non rapidissima, com'è noto, pure allorché si segua il metodo comunitario – rendendola, una volta raggiunta, il frutto di soluzioni oscure e verticistiche, e quindi debolissima sul piano della legittimazione democratica. L'esempio delle modalità con cui si è fronteggiata la crisi del debito greco è davanti a tutti, e segna i gravi limiti di questo metodo di governo. Inoltre, queste vicende hanno mostrato gli effetti negativi derivanti dal già ricordato indebolimento del ruolo della Commissione europea a vantaggio del Consiglio europeo.

Nelle politiche per le quali si opta per il metodo intergovernativo, dunque, si registra l'assenza o comunque una evidente debolezza della dimensione sovranazionale. Per provare a compensare questa carenza, qualche iniziativa è stata assunta dal Parlamento europeo, ma con risultati alterni, e comunque perlopiù insufficienti a compensare i limiti mostrati dal metodo intergovernativo¹⁰⁶.

Inoltre, sempre per provare a controbilanciare questa carenza di sovrastatalità, il ruolo della Banca Centrale Europea è stato spinto fino ai suoi estremi confini: una delle poche istituzioni davvero sovranazionali, com'è noto priva di ogni legittimazione democratica, ma *accountable* – qui l'espressione è usata in senso proprio – nei confronti del Parlamento europeo (e dell'opinione

¹⁰⁴ Cfr. T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *Introduction*, traduz. di P. DERMINE, in *How to democratize Europe*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2019, 3 s., su cui si veda il dibattito, a più voci, in C. FASONE, N. LUPO, A. VAUCHEZ (a cura di), *Parlamenti e democrazia in Europa. Federalismi asimmetrici e integrazione differenziata*, Il mulino, Bologna, 2020, 329 s.

¹⁰⁵ Cfr. N. LUPO, *I paradossi delle "aritmie democratiche" nell'Unione europea: quando a vincere (in Europa) sono gli sconfitti (nelle elezioni nazionali)*, in *EU-blog*, 27 aprile 2023, 1-3.

¹⁰⁶ Cfr., tra gli altri, C. FASONE, *Fighting back? The role of the European Parliament in the adoption of Next Generation EU*, in *The Journal of Legislative Studies*, 2022 (28), n. 3, 368-384; e D. FROMAGE, M. MARKAKIS, *The European Parliament in the Economic and Monetary Union after COVID: towards a slow empowerment?*, ivi, 385-401.

pubblica)¹⁰⁷, ha intrapreso iniziative cruciali per la protezione degli interessi dell'euro e dell'Eurozona. Sulle decisioni della Banca Centrale Europea è previsto solo un controllo giurisdizionale, il quale può essere svolto esclusivamente in termini di legalità e di proporzionalità. E, non a caso, è proprio sull'interpretazione da darsi a quest'ultimo criterio, con riferimento ad una delle iniziative più importanti messe in campo dalla Banca Centrale Europea, che si è registrato un duro contrasto tra Corte di giustizia e Bundesverfassungsgericht¹⁰⁸.

6. Il metodo euro-nazionale (e la sua diffusione).

6.1. Alla ricerca di una terza via: il metodo aperto di coordinamento e i suoi fallimenti.

Da tempo si era dunque, in seno all'Unione, alla ricerca di una “terza via”, tra metodo comunitario e metodo intergovernativo. Emblematico può considerarsi il tentativo, con la c.d. strategia di Lisbona, di disegnare e adottare il “metodo aperto di coordinamento”. Un metodo concepito originariamente, negli anni Novanta, come parte della politica per l'occupazione, e poi ampliato e generalizzato come elemento chiave della strategia di Lisbona, definita nel Consiglio europeo del marzo 2000 per le riforme economiche e sociali.

Il metodo aperto di coordinamento si è posto il fine di indirizzare le politiche nazionali attraverso strumenti di *soft law* e soprattutto di *peer pressure* – senza perciò alterare il riparto di competenze stabilito da Trattati – verso obiettivi comuni, concordati in sede europea, in vista di una serie di obiettivi, originariamente da conseguire entro la scadenza del 2010; che poi è stata spostata al 2020, secondo un'ambiziosa “Agenda 2020”. Tuttavia, com'è noto, tale azione è giunta a risultati assai parziali, giudicati per più versi insoddisfacenti¹⁰⁹.

6.2. Le caratteristiche (e i presupposti) del *Recovery and Resilience Facility*.

Una nuova occasione si è presentata nella primavera del 2020, dopo l'esplosione della pandemia da Covid-19: anche grazie a una serie di coincidenze temporali sul piano del ciclo politico-

¹⁰⁷ Cfr., tra gli altri, D. FROMAGE, R. IBRIDO, *The 'Banking Dialogue' as a model to improve parliamentary involvement in the Monetary Dialogue?*, in *Journal of European Integration*, 2018 (40), n. 3, 295-308; e M. MARKAKIS, D. FROMAGE, *The accountability of the European Central Bank: New frontiers, new challenges*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2024 (30), n. 4, 359-376.

¹⁰⁸ Il riferimento è alla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul PSPP (Public Sector Purchase Programme) del 5 maggio 2020 (in risposta alla sentenza Weiss della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2018, in causa C-493/17).

¹⁰⁹ Tra i tanti, si vedano C.M. RADAELLI, *The Open Method of Co-ordination: A New Governance Architecture for the European Union*, Swedish Institute for European Policy Studies, marzo 2003, spec. 8 s.; J. ZEITLIN, *The Open Method of Co-ordination and the Governance of the Lisbon Strategy*, in *Journal of Common Market Studies*, 46, 2008, 436 s.; e K.A. ARMSTRONG, *The open method of coordination: obstinate or obsolete?*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law: The European Union Legal Order*, Volume I, OUP, Oxford, 2018, 777-807.

istituzionale europeo¹¹⁰, che hanno consentito al Consiglio europeo, sulla spinta del Parlamento europeo eletto nel maggio 2019 e della Commissione von der Leyen, insediatasi da pochi mesi, di trovare – pure sulla scorta dell'eco ricevuta dalla pronuncia del Bundesverfassungsgericht appena ricordata¹¹¹ – il consenso adeguato per decidere, sulla base di un'interpretazione innovativa dei Trattati, di creare una capacità fiscale autonoma per rispondere alla situazione eccezionale e per puntare, con il *Recovery and Resilience Facility*, alla costruzione di un metodo di governo per più versi inedito.

In altre sedi ho cercato di individuare i presupposti (finanziario e giuridico-costituzionale) e le caratteristiche (relative ai contenuti e alla titolarità dei Piani pluriennali, oltre che alle procedure da seguire per la loro formazione e la loro implementazione) di questo metodo euro-nazionale, che in minima parte ho avuto occasione di vedere da vicino¹¹². Ad ogni modo, la caratteristica più significativa e innovativa del nuovo metodo di governo mi pare essere quella procedurale, che si sviluppa in chiave di confronto bilaterale tra la Commissione europea e il Governo di ciascuno Stato membro: da ciò, appunto, la denominazione di “metodo euro-nazionale”.

Va infatti considerato, in esito a un vivace e stimolante dibattito sulla natura giuridica del PNRR¹¹³, che la disciplina cruciale, quella che ne connota i caratteri sul piano giuridico, è proprio quella procedurale: i procedimenti per la formazione, l'approvazione, l'implementazione e la modifica dei PNRR sono disciplinati da Regolamenti dell'Unione europea i quali, oltre a definire una tempistica comune e ad assegnare i ruoli alle diverse istituzioni europee e agli Stati membri, richiedono che si svolga un costante e regolare dialogo bilaterale, appunto tra la Commissione europea e il Governo di ciascuno Stato membro, sulla stesura, sulla modifica e sull'attuazione del Piano. Non più, dunque, come nel caso nel metodo intergovernativo, una decisione collegiale assunta in forme collettive e simil-diplomatiche, ma un dialogo bilaterale, gestito direttamente dalla Commissione europea, che coinvolge tutte le amministrazioni statali interessate e che assume inevitabilmente anche una natura negoziale: perciò, con un potenziale *bargaining*, che caratterizza ogni negoziato bilaterale.

Un dialogo forse in sé non del tutto inedito, visto che qualcosa di simile si realizza, da tempo, nelle procedure di infrazione e nei procedimenti relativi agli aiuti di Stato. Tuttavia, qui esso ha un respiro decisamente più ampio, avendo ad oggetto la definizione e la realizzazione di una serie di riforme e investimenti come delineati nei Piani: si tratta cioè di raggiungere, attraverso tale dialo-

¹¹⁰ Cfr. la *Postfazione* di M. MONTI a M. BUTI, *Jean Monnet aveva ragione? Costruire l'Europa in tempi di crisi*, EGEA, Milano, 2023.

¹¹¹ Cfr. P. DERMINE, *The Ruling of the Bundesverfassungsgericht in PS An Inquiry into its Repercussions on the Economic and Monetary Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2020 (16), 525-551, spec. 548 s. e F. DONATI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSPP: quale impatto sul processo di integrazione europea?*, in *Eurojus*, 2020, n. 3, 170-181, spec. 179 s.

¹¹² Cfr. C. FASONE, N. LUPO, *Learning from the euro crisis. A new method of government for the European Union's economic policy coordination after the pandemic*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2024, n. 3, 882-904; N. LUPO, *Caratteristiche (e presupposti) del nuovo "metodo di governo" delineato dal Next Generation EU*, in *Diritto e società*, 2025, n. 3, 557-579.

¹¹³ Da ultimo ben ripercorso da G. MENEGUS, *Fonti del diritto e Next Generation EU*, in F. FABRIZZI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Fenomenologia della produzione normativa tra Italia e Unione europea*, cit., 285-302.

go, un'interpretazione condivisa ed implementabile dello “spartito” rappresentato dal PNRR¹¹⁴; nonché di concordare sui contenuti di eventuali integrazioni e modifiche (da sottoporre comunque, poi, all'approvazione del Consiglio dell'Unione).

6.3. Il dialogo bilaterale sui contenuti delle fonti nazionali.

Sul piano della costruzione delle fonti, come è stato da più parti notato¹¹⁵, adottare questo metodo di governo ha fatto sì che oggetti, contenuti e tempi di approvazione delle fonti del diritto nazionali, a partire dalle leggi e dagli atti aventi forza di legge, siano stati in larga parte predeterminati da *milestone* e *target* presenti nei Piani: misure consistenti in riforme o investimenti, variamente definite a seconda degli Stati membri, per come interpretate nel corso del dialogo bilaterale, che hanno perciò operato quali condizioni per l'effettivo versamento delle risorse stanziare, in termini di *grants* o di *loans*.

Il condizionamento derivante dal PNRR è particolarmente evidente riguardo alle riforme: per essere realizzate esse in genere richiedono l'adozione di atti normativi i cui contenuti sono necessariamente oggetto di negoziazione informale, e poi di valutazione formale, da parte della Commissione europea. Non solo: per effetto del divieto di *reversal*, le riforme già adottate, e in cambio delle quali la Commissione europea ha già effettuato i relativi pagamenti, non possono essere vanificate, almeno fino alla scadenza del Piano, se non con l'assenso della Commissione. Ove ciò accada, lo Stato in questione è infatti tenuto a restituire gli importi già versati¹¹⁶.

Pure per gli investimenti vi è spesso bisogno di adottare atti normativi, anch'essi non a caso allegati alle richieste di pagamento, assieme ad una miriade di atti amministrativi e documenti di vario genere, necessari ad attestare l'effettuazione dell'investimento promesso e concordato all'interno del Piano e il raggiungimento dei relativi risultati (almeno in teoria, in termini di *outcome*, e non soltanto di *output*), consentendo così alla Commissione, e poi alla Corte dei conti europea, di effettuare le relative verifiche.

È chiaro che in questi casi si prescinde dalle competenze che sono state attribuite dai Trattati all'Unione europea¹¹⁷. Il Piano è infatti attuato attraverso fonti del diritto di ciascuno Stato membro, che hanno ad oggetto materie decisamente al di fuori di quelle rientranti nelle attribuzioni europee, grazie appunto alla condizionalità legata alle risorse finanziarie. Questo porta a una

¹¹⁴ L'immagine è usata da A. MANZELLA, *L'indirizzo politico, dopo Covid e PNRR*, in www.federalismi.it, 2022, n. 19, 146-152, spec. 149.

¹¹⁵ Cfr., tra gli altri, E. CAVASINO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e le sue fonti. Dinamiche dei processi normativi in tempo di crisi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, spec. 99 s.; D. DE LUNGO, *I rapporti fra Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e sistema delle fonti statali: dinamiche, condizionamenti e prospettive*, in D. DE LUNGO, F. MARINI (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Giappichelli, Torino, 2023, 21-41; L. BARTOLUCCI, *Piano nazionale di ripresa e resilienza e forma di governo tra Italia e Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2024, spec. 219 s.

¹¹⁶ Cfr. N. LUPO, *Un “metodo di governo” nuovo e destinato a durare: l'attuazione dei PNRR e il divieto di reversal*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, n. 1, 11-18 e G. MENEGUS, *Fonti del diritto e Next Generation EU*, cit., 298 s.

¹¹⁷ Lo notano, ad esempio, C. FASONE, M. SIMONCINI, *Spending conditionality in the EU and in the US: Prospects on the EU fiscal integration*, in *Journal of European Public Policy*, 2025, 1-27, spec. 13 s.

commistione sempre più stretta tra diritto dell'Unione e diritto nazionale, in nome di macro-obiettivi comuni in quanto concordati e sulla base di politiche co-definite dalle istituzioni europee e nazionali.

Non a caso, si è qualificata la condizionalità finanziaria – quella che tende ad essere denominata come “*Integration through funding*” o anche “*Governing through funding*” – come ulteriore e sempre più rilevante modalità di regolazione adottata nell'Unione europea¹¹⁸. In alternativa, com'è evidente, tanto all'uniformità garantita attraverso gli strumenti di *hard law* tipici del metodo comunitario, quanto ai meccanismi di *soft law* privilegiati invece dal metodo aperto di coordinamento (e in parte pure dal metodo intergovernativo).

I vantaggi, effettivi e potenziali, dell'uso della condizionalità in questo metodo di governo sono piuttosto evidenti: grazie alla leva finanziaria, infatti, si può agire, e si è incisivamente agito, per conseguire altre finalità, in parte presenti solo *in nuce* all'interno dei Trattati o indicate esclusivamente in termini di valori dall'art. 2 TUE, le quali richiedono un'azione coordinata da parte sia dell'Unione, sia dei suoi Stati membri.

Di notevole significato è, specie sul piano costituzionalistico, l'uso della condizionalità finanziaria per assicurare la tutela della *rule of law* negli Stati membri che hanno manifestato tendenze illiberali, e hanno messo in discussione in particolare l'indipendenza del potere giudiziario. A questo proposito, le discipline dettate dal Regolamento (UE) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione¹¹⁹, e poi dallo stesso Regolamento (UE) 2021/241, sul *Recovery and Resilience Facility*, che al primo espressamente si richiama¹²⁰, hanno avuto sicuramente più successo di quanto non sia stato possibile ottenere ricorrendo, con grande lentezza e fatica, agli appositi meccanismi previsti dall'art. 7 TUE a partire dal Trattato di Lisbona¹²¹. Analogamente, la condizionalità è stata efficacemente usata per conseguire

¹¹⁸ Cfr., tra gli altri, A. BARAGGIA, “Ricatto” democratico? L'utilizzo della condizionalità a protezione dello Stato di diritto, in *Quaderni costituzionali*, 2023, n. 2, 355-377; C. FASONE, M. SIMONCINI, *Next Generation EU and Governance by Conditionality: A Transformation of the European Economic Constitution?*, in *European Papers*, 2024(9), n. 3, 1148-1179.

¹¹⁹ Un regolamento approvato in esito a un lungo percorso (su cui cfr. R. COMAN, *The Politics of the Rule of Law in the EU Polity: Actors, Tools and Challenges*, Palgrave, Cham, 2022) e che ha superato il vaglio della Corte di giustizia dell'Unione, con le sentenze (entrambe rese in seduta plenaria) del 16 febbraio 2022, Ungheria c. Parlamento e Consiglio, in causa C-156/21; e Polonia c. Parlamento e Consiglio, in causa C-157/21.

¹²⁰ Cfr. N. LUPO, *The Recovery and Resilience Facility and its effects on the Rule of Law conditionality: a (potentially) well-functioning connection*, in C. FASONE, A. DIRRI, Y. GUERRA (eds.), *EU Rule of Law Procedures at the Test Bench. Managing Dissensus in the European Constitutional Landscape*, Palgrave, Cham, 2024, 243-260; e P. THINIUS, *Rule of Law Protection through RRF Performance-based Spending Conditionality: Lessons from the Polish, Hungarian and Slovak Plans*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2025, 1-14.

¹²¹ Cfr. A. BARAGGIA, M. BONELLI, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 2022 (23), n. 2, 131-156; A. TORRES PÉREZ, *The constitutional impact of rule-of-law spending conditionality*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2024 (22), n. 3, 859-881; e C. FASONE, *Final Remarks on Dissensus Affecting the EU Rule of Law Procedures. Future Research Paths*, in A. DIRRI, Y. GUERRA (eds.), *EU Rule of Law Procedures at the Test Bench*, cit., 283-294.

obiettivi a tutela dell'ambiente, ad esempio attraverso l'uso della clausola “*do not significant harm*” (DNSH) con riguardo a tutte le misure incluse nei PNRR¹²².

L'effetto, ad ogni modo, è costituito da fonti del diritto, europee e statali, sempre più chiaramente negoziate nei loro contenuti¹²³. Un negoziato invero c'è sempre stato, come si è visto, anche alla base degli atti-fonte adottati in conformità al metodo comunitario e al metodo intergovernativo. In questo caso, però, esso non si svolge all'interno di organi collegiali, ma quasi esclusivamente seguendo un modulo bilaterale: l'atto si rivela essere il frutto cioè di confronti bilaterali tra Commissione europea e Governo del singolo Stato membro, svoltisi sulla base di un Piano che è anch'esso il prodotto di un negoziato bilaterale; e che può essere a sua volta oggetto di rinegoziazione, nelle forme dovute, altresì – com'è accaduto per i PNRR¹²⁴ e com'è stato esplicitamente riconosciuto con riferimento allo strumentario proprio del nuovo Patto di stabilità e crescita¹²⁵ – a seguito di mutamenti di governo o nuove elezioni nello Stato membro interessato (con il relativo cambiamento di indirizzo politico-finanziario).

Come si diceva, quello della legislazione negoziata rappresenta un fenomeno certo non nuovo, la cui diffusione anche nell'ordinamento italiano è stata più volte messa in rilievo¹²⁶. Tuttavia, esso ha acquisito nuova linfa nell'ambito del metodo euro-nazionale, ove il negoziato diventa sistematico e si svolge secondo moduli prevalentemente bilaterali, seppure sotto il controllo di tutti gli Stati membri (in seno al Consiglio e al Comitato economico e finanziario di cui all'art. 134 TFUE) e con la supervisione, collettiva, del Parlamento europeo.

6.4. Un vincolo sempre meno “esterno”.

In termini sistemici, è importante mettere in rilievo le trasformazioni che così si registrano riguardo alla natura e ai caratteri del vincolo che l'ordinamento nazionale si trova davanti per effetto del diritto dell'Unione. Il vincolo europeo, che tradizionalmente è stato qualificato come “vincolo esterno”, e anzi ne è diventato in qualche modo l'esempio più classico, tende infatti a mutare la sua natura, a seconda di come si atteggi la costruzione del diritto dell'Unione.

¹²² Cfr., tra gli altri, M. DE BELLIS, *The different forms and content of 'Do No Significant Harm' in EU law: in search of legal certainty*, in M. PEETERS, M. ELIANTONIO, K. KULOVESI, A. SAVA (eds.), *Greening the EU and the Rule of Law. Opportunities and Limits of the EU's Legal Powers*, Edward Elgar, Cheltenham, 2026, 73-93, spec. 87 s.

¹²³ Cfr. A. MORRONE, *Perché non possiamo rinunciare alla “forma delle fonti normative” nel diritto europeo*, cit., 385 s.

¹²⁴ Riguardo ai PNRR, la Commissione è andata proponendo un'interpretazione sempre più lasca della possibilità per gli Stati membri di proporre modifiche ai Piani originari, formalmente consentite solo ove il Piano non potesse essere realizzato a causa di “circostanze oggettive” (art. 1, par. 1, Regolamento 2021/241). A titolo esemplificativo, cfr. la comunicazione della Commissione *NextGenerationEU - The road to 2026*, Brussels, 4 giugno 2025, COM(2025) 310 final, spec. 8 s.

¹²⁵ Cfr., volendo, N. LUPO, *Gli adeguamenti dell'ordinamento costituzionale italiano conseguenti al nuovo patto di stabilità e crescita. Prime riflessioni*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2024, n. 1, 170-183; S. SILEONI, *La riforma del patto di stabilità e il riflesso sull'indirizzo politico nazionale*, in *Rivistaaic.it*, 2024, n. 3, 280-311; e L. BARTOLUCCI, *Una nuova forma di «auto-vincolo» all'esame del Parlamento: il «Piano strutturale di bilancio di medio termine»*, in *Quaderni costituzionali*, 2025, n. 1, 97-127.

¹²⁶ Cfr., per tutti, U. RONGA, *La legislazione negoziata. Autonomia e regolazione nei processi di decisione politica*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

Come si è notato con riferimento al PNRR¹²⁷, ma l'osservazione parrebbe essere valida ogniqualvolta che si agisca con il metodo di governo euro-nazionale, il vincolo europeo, infatti, non può più qualificarsi come propriamente esterno: il suo carattere eteronomo si attenua decisamente, ed esso si configura in modo sempre più chiaro come un "auto-vincolo". Un vincolo derivante cioè da impegni espressamente, e per larga parte "liberamente", assunti da ciascuno Stato membro, seppure nell'ambito di procedimenti prevalentemente o esclusivamente disciplinati dal diritto dell'Unione.

In verità, rispetto all'ampia letteratura, specie storiografica e politologica, sull'uso del vincolo europeo come vincolo esterno, e sui suoi utilizzi, strategici o tattici, al fine di giustificare l'adozione di certe scelte o di scaricare altrove le relative responsabilità¹²⁸, va probabilmente operata qualche rimeditazione, in chiave prettamente giuridica, anche alla luce di un più attento esame delle caratteristiche del metodo comunitario e del metodo intergovernativo.

Il vincolo europeo, infatti, non è mai stato un vincolo totalmente esterno, ossia eterodeterminato, come invece è stato spesso e tende tuttora ad essere presentato nel dibattito politico (con l'abusata formula "ce lo impone l'Europa!"), visto che una qualche partecipazione e financo – nei casi in cui è richiesta l'unanimità – un'adesione del Governo italiano in seno al Consiglio dell'Unione è stata a un certo punto necessaria affinché le fonti del diritto dell'Unione vedessero la luce; e considerato che pure gli europarlamentari eletti in rappresentanza del territorio della Repubblica italiana hanno evidentemente avuto la possibilità di dire la loro nel corso del relativo procedimento di formazione. Il che vale anche per gli altri Stati membri, a maggior ragione se di grandi dimensioni, visto il peso più significativo che i loro rappresentanti sono in condizione di esercitare, in seno al Consiglio e al Parlamento europeo.

A ben vedere, se posta in termini prettamente giuridici, si tratta di una questione di gradi: il vincolo può essere, a seconda dei casi, più o meno esterno, in base al procedimento di formazione previsto e in effetti seguito. In questa chiave, è chiaro che se uno Stato membro partecipa alla costruzione di un atto dell'Unione addirittura proponendo le misure su cui impegnarsi, in cambio di risorse ulteriori, e accettando poi espressamente tali impegni, il vincolo diventa sempre meno "esterno" ed eteronomo, e sempre più "internalizzato" e assunto autonomamente, seppure sulla base di un apposito sistema di incentivi¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. N. LUPO, *I poteri dello Stato italiano alla luce del PNRR. Prime indicazioni*, in *Federalismi.it*, 2022, paper, 2-19, spec. 4 s.; L. BARTOLUCCI, *Piano nazionale di ripresa e resilienza e forma di governo tra Italia e Unione Europea*, cit., spec. 169 s. *Contra*, cfr. F. SALMONI, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in www.costituzionalismo.it, 2021, n. 2, 51, spec. 77 s.; e A. ARCURI, *La forma delle fonti*, cit., 318 s.

¹²⁸ Cfr., tra gli altri, K. DYSON, K. FEATHERSTONE, *Italy and EMU as a "Vincolo Esterno": Empowering the Technocrats, Transforming the State*, in *South European Society and Politics*, 1996, n. 1, 272-277; E. DIODATO, *Il vincolo esterno. Le ragioni della debolezza italiana*, Mimesis, Roma, 2014; D. PASQUINUCCI, *Il frutto avvelenato. Il vincolo europeo e la critica all'Europa*, Le Monnier, Firenze, 2022; F. PETRINI, *La sferza del cambio. Il vincolo esterno nella storia dell'Italia repubblicana*, Franco Angeli, 2025, spec. 13 s.

¹²⁹ In chiave diversa, ad esempio, S. NICCOLAI, *L'influenza del PNRR sui processi di decisione politica*, in *Rivista AIC*, 2022, n. 3, 222-238, spec. 228.

7. I nodi della legittimazione politica e l'indirizzo politico intrecciati.

Il tema della legittimazione politica è stato fin qui accennato, seppure mai in maniera diretta, man mano che si sono esaminati i metodi di governo e le fonti del diritto dell'Unione. È evidente che tale tema si pone in termini diversi a seconda del metodo di governo preso in considerazione. In particolare, se nel metodo comunitario la risposta più importante al nodo della legittimazione politica è consistita nell'*empowerment* del Parlamento europeo, questa risposta si rivela ad un tempo insufficiente e insoddisfacente ove applicata al metodo intergovernativo e al metodo euro-nazionale.

Lo sviluppo del metodo intergovernativo, infatti, richiede soprattutto, con maggiore urgenza di quanto già non accadesse per il metodo comunitario, per un verso il buon funzionamento dei poteri di indirizzo e controllo in capo al Parlamento di ciascuno Stato membro, al fine di verificare se e come l'interesse nazionale è stato rappresentato in seno al Consiglio europeo e al Consiglio¹³⁰; ma altresì, per altro verso e in parallelo, lo sfruttamento di tutte le risorse della cooperazione interparlamentare, la quale dovrebbe essere posta in grado di assicurare una qualche forma di *accountability* dell'attività svolta dalle sedi intergovernative, quanto alla loro capacità di perseguire effettivamente l'interesse europeo, e possibilmente di adattarsi alle differenziazioni territoriali che di volta in volta è andato assumendo il processo di integrazione¹³¹. Infine, nel metodo euro-nazionale, da un lato cresce ulteriormente il peso esercitato dal Governo di ciascuno Stato membro, anzitutto nel proporre i piani pluriennali, nella cui elaborazione i Parlamenti nazionali sono variamente coinvolti, e comunque scontano una forte asimmetria informativa; e, dall'altro, si politicizza ancora di più il ruolo della Commissione europea, visto l'elevato margine di discrezionalità di cui essa gode nel condurre il dialogo bilaterale che accompagna tutti i procedimenti euro-nazionali.

Ciò detto, può essere il caso di tornare sul tema della forma di governo – peraltro già specificamente oggetto di altre relazioni – anche alla luce di quanto si è fin qui affermato, riguardo alla diversità dei metodi di governo e dei sistemi delle fonti per le diverse politiche dell'Unione.

Mi pare anzitutto che ne esca rafforzata la connessione tra la forma di governo dell'Unione e le forme di governo di ciascuno Stato membro. Una connessione esistente invero sin dalle origini delle Comunità europee e che, a partire dal Trattato di Lisbona, è stata riconosciuta esplicitamente dall'art. 10, par. 2, TUE. Tuttavia, essa è rimasta a lungo in ombra, per effetto del basso profilo politico perseguito dall'integrazione europea e dalle sue fonti, specie allorquando veniva adottato pressoché esclusivamente il metodo comunitario. Ed è appunto la connessione con le forme di governo degli Stati membri che si articola diversamente a seconda del metodo di governo adotta-

¹³⁰ Su questi poteri cfr., con riferimento al Parlamento italiano, A. ESPOSITO, *Il ruolo della Camera dei deputati nella formazione delle politiche dell'UE. Un bilancio 15 anni dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna parlamentare*, 2025, n. 1, 95-148.

¹³¹ Ci si è soffermati su questi temi altrove: E. GRIGLIO, N. LUPO, *The Conference on Stability, Economic Coordination and Governance: Filling the Gaps of Parliamentary Oversight in the EU*, in *Journal of European Integration*, 2018 (40), n. 3, 358-373; C. FASONE, N. LUPO, A. VAUCHEZ (a cura di), *Parlamenti e democrazia in Europa*, cit.

to, come si è avuto modo di vedere, e che si evidenzia sempre di più, man mano che la dinamica dell'Unione si democratizza e si politicizza. Una connessione di cui anche la dottrina, giuridica e politologica, tende ormai a prendere atto, nonostante l'atteggiamento, assai frequente tra i politici e tuttora prevalente nel dibattito pubblico, nel senso di considerare invece ciò che si decide "a Bruxelles" come qualcosa di radicalmente distinto da ciò che si decide "a Roma", così come nelle altre capitali degli Stati membri.

Del resto, per dire, oggi sarebbe davvero difficile parlare di indirizzo politico e del suo circuito in Italia, o persino comprendere le ragioni delle crisi di governo e le modalità del loro superamento, senza richiamare il ruolo decisivo svolto dal Consiglio europeo, dalle elezioni per il Parlamento europeo (e dalla conseguente formazione della Commissione europea); o, per l'ultima fase, senza citare il PNRR e il condizionamento da esso esercitato sugli indirizzi politici-legislativi dei diversi Stati membri (ovviamente, specie di quelli che hanno predisposto Piani particolarmente ambiziosi)¹³². Per cui è diventato abbastanza diffuso il riferimento ai molteplici intrecci – preordinati o casuali, a volte particolarmente intricati – tra l'indirizzo politico europeo e quello dei suoi Stati membri. E si è parlato di un indirizzo politico "integrato" o "composito"¹³³; o anche di un indirizzo politico euro-nazionale¹³⁴.

Questa connessione tra forme di governo e indirizzi politici dell'Unione e dei suoi Stati membri non è però priva di problemi. Problemi cui spesso ci si continua a riferire richiamando l'abusata ed errata – come si è già avuto modo di rilevare – formula del "deficit democratico"; ovvero evocando scenari tecnocratici o neoliberali, rispetto ai quali l'ancora di salvezza risiederebbe tuttora nella dimensione statuale e nelle sue tradizionali garanzie, anche e anzitutto in termini di più sicura e salda legittimazione democratica.

Il punto più critico, a mio avviso, consiste nel fatto che l'integrazione europea ha posto in crisi i ritmi su cui si fondano le democrazie contemporanee e ha reso difficile, ai limiti dell'impossibile, far valere i tradizionali meccanismi costruiti per far valere la responsabilità politica.

In estrema sintesi¹³⁵, i ritmi regolari che caratterizzano la democrazia rappresentativa consentendo ai cittadini-elettori, soprattutto nelle interpretazioni schumpeteriana e popperiana, di ri-

¹³² Indicativi mi paiono, in proposito, i due "speciali" di *Federalismi.it*, usciti entrambi nel corso del 2024: uno su *L'indirizzo politico: un personaggio in cerca di autore o uno, nessuno e centomila?*, a cura di G. SORRENTI, n. 18; e l'altro su *Le sedi dell'indirizzo politico costituzionale e dell'indirizzo di sistema nell'assetto attuale della forma di governo italiana*, a cura di S. BARBARESCHI e L. BARTOLUCCI, n. 26.

¹³³ Cfr. Y. CITINO, *Verso una nozione di indirizzo politico "integrato": effetti dell'anticipazione dei meccanismi decisionali dal livello nazionale a quello europeo*, in M. D'AMICO, B. LIBERALI, A. PÉREZ MIRAS, E.C. RAFFIOTTA, S. ROMBOLI, G.M. TERUEL LOZANO (a cura di), *Europa società aperta*, vol. I, Editoriale scientifica, Napoli, 2022, 153-170, spec. 162 s. Nonché, con sguardo più ampio, A. RUGGERI, *Note introduttive allo studio di alcune spinose questioni in tema d'indirizzo politico*, in *www.gruppodipisa.it*, 2023, n. 3, 33-59, spec. 43 s.

¹³⁴ Cfr. ora ampiamente S. SILEONI, *L'indirizzo politico tra Unione Europea e Italia: Profili di diritto costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli, 2026, spec. 313 s.

¹³⁵ Cfr., *amplius*, N. LUPO, *Dissensus over Liberal Democracy and Democratic Arrhythmias in the EU*, in R. COMAN, C. BADULESCU, T. CHRISTIANSEN, M. SIMONCINI (eds.), *Palgrave Handbook of Dissensus over Liberal Democracy in Europe*, Palgrave, London, 2026, in press.

muovere pacificamente i governanti attraverso elezioni svolte ad intervalli regolari¹³⁶, vengono a essere alterati per effetto delle dinamiche europee, sempre più politicizzate, e dunque sempre più rilevanti e incisive. Nell'Unione europea non esiste un ciclo politico unico o dominante paragonabile al ciclo politico-elettorale dei sistemi democratici nazionali: le istituzioni dell'Unione seguono calendari diversi – alcuni legati alle elezioni, altri no – e le principali politiche dell'Unione si sviluppano secondo ritmi e cicli loro propri, peraltro decisamente sensibili, in fatto, alle influenze di singoli Stati membri, in particolare alle tempistiche e agli esiti delle elezioni che si svolgono nei paesi più grandi¹³⁷.

Questa mancata sincronizzazione dei cicli politico-elettorali origina così una serie di “aritmie democratiche”, che rendono pressoché impossibile identificare le responsabilità politiche e, soprattutto, farle valere in occasione degli appuntamenti elettorali. Negli Stati membri, i ritmi caratteristici della democrazia rappresentativa non scompaiono, ma vengono marginalizzati, interrotti e schiacciati, e mancano di sincronia tra loro, ponendo così l'opposizione politica in una posizione di debolezza¹³⁸. Nell'Unione, inoltre, come si accennava, residuano strumenti e prassi tipici delle organizzazioni internazionali, nonché alcuni cicli temporali del tutto indipendenti rispetto alla legislatura europea. Si pensi al *Multiannual Financial Framework*, che copre 7 anni¹³⁹; o anche al Semestre europeo, per come ridefinito nel Patto di stabilità e crescita, riformato nel 2024, il quale si fonda su Piani nazionali strutturali di medio termine, la cui durata (quadriennale o quinquennale, come nel caso dell'Italia) prescinde sia dalla legislatura europea, sia da quelle nazionali¹⁴⁰.

Se a ciò si aggiunge che, come è stato recentemente osservato, le stesse istituzioni europee, configurate sin dall'inizio con un elevato livello di indipendenza rispetto alla politica maggioritaria, e dirette a perseguire interessi più di lungo termine, tendono anch'esse, da ultimo, a essere contagiate dalla logica emergenziale e a finire vittime del c.d. *short-termism*¹⁴¹, si coglie ancora meglio la difficoltà in cui versa, oggi, la politica europea. Che è, in fondo, una difficoltà nell'approntare meccanismi istituzionali idonei ad assumere decisioni in tempi rapidi, muovendosi lungo una direzione comune, ma al contempo nel farlo con modalità tali da rispettare i principi democratici all'interno di una società plurale, differenziata per lingue, culture e storia, e articolata su un ampio territorio.

¹³⁶ Cfr. J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism, Democracy*, II ed., Allen and Unwin, London, 1946; e K.R. POPPER, *The Open Society and Its Enemies. The Spell of Plato*, Routledge, London, 1966.

¹³⁷ C.J. SCHNEIDER, *The Responsive Union. National Elections and European Governance*, CUP, Cambridge 2019, spec. 42 s.; C.E. DE VRIES, S. HOBOLT, S.O. POKSCH, J.B. SLAPIN, *Foundation of European Politics. A Comparative Approach*, II ed., OUP, Oxford, 2025, spec. 66 s.

¹³⁸ J. WHITE, *Politicizing Europe: The Challenge of Executive Discretion*, in O. CRAMME, S.B. HOBOLT (eds.), *Democratic Politics in a European Union Under Stress*, OUP, Oxford, 2014, 87 s.

¹³⁹ Cfr. C. FASONE, N. LUPO, *The Union Budget and the Budgetary Procedure*, in R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of EU Law*, OUP, Oxford, 2018, 809-846; C. FASONE, *La proposta di Quadro finanziario pluriennale UE 2028-2034, tra continuità e innovazione*, in *Federalismi.it*, 2025, n. 33, IV-XV, spec. XIV s.

¹⁴⁰ Anche se, da ultimo, come si è ricordato, è stato consentito agli Stati membri di invocare le elezioni o il cambio di governo tra i fattori che ne giustificano la modifica: giustamente, visto il rilievo di tali Piani ai fini della definizione dell'indirizzo politico-finanziario.

¹⁴¹ Cfr. A. VAUCHEZ, J. WHITE, *The crisis of long-termism: time and independence in the European Union*, in *West European Politics*, 2025, 1-25, spec. 4 s.

8. Il punto di vista dell'ordinamento costituzionale italiano: ancora sulle “limitazioni di sovranità” di cui all'art. 11 Cost., anche in rapporto con le altre clausole europee inserite nella Costituzione.

Resta da trattare, in conclusione, il tema dei rapporti delle fonti del diritto dell'Unione europea, alla luce delle loro modalità di formazione, con la Costituzione italiana. O, meglio, possono ora essere esplicitate un po' di più, con riferimento all'Italia e alla sua Costituzione, le conseguenze del ragionamento che si è andato fin qui svolgendo. Del resto, proprio i rapporti tra diritto europeo e diritto italiano hanno rappresentato a lungo la prospettiva privilegiata dalle analisi sul diritto dell'Unione svolte dai costituzionalisti italiani, e sono stati ben indagati da studi senza dubbio “pionieristici”, come quelli condotti da Paolo Barile e da Federico Sorrentino, per tutti¹⁴².

Il cuore del tema, e del problema, sta evidentemente nell'interpretazione dei contenuti dell'art. 11 Cost., in particolare delle “limitazioni di sovranità” da questa disposizione prefigurate.

Per dire, a seconda di come si interpreti tale disposizione costituzionale, la lettura dei rapporti tra le fonti dell'Unione europea e la Costituzione italiana cambia, anche piuttosto radicalmente. Le tante deroghe e trasformazioni del significato delle disposizioni della Costituzione italiana che l'Unione europea ha comportato nell'arco di un settantennio possono essere viste come altrettante “modifiche tacite” alla Costituzione, in attuazione/sviluppo di un suo principio fondamentale¹⁴³; ovvero, all'esatto opposto, come i frutti di una “rinuncia” alla sovranità nazionale, incompatibile con il disegno della Costituzione¹⁴⁴.

Sull'art. 11 Cost. come assai ampia “clausola europea” ho già avuto modo di soffermarmi in più occasioni. Qui vorrei tornarci anzitutto al fine di sgombrare rapidamente il campo da due errori storico-fattuali, che continuano purtroppo a trovare spazio: invero, più nella polemica politica che negli studi dei costituzionalisti¹⁴⁵.

¹⁴² Il riferimento è a P. BARILE, *Rapporti fra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *La Comunità Internazionale*, 1966, n. 1, 1 s. e a F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1970; ID. *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1973. Cfr. altresì F. PIZZETTI, *Efficacia delle norme comunitarie nell'ordinamento italiano*, in M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Giuffrè, Milano, 1982, 5-33.

¹⁴³ Cfr., tra i tanti: S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il mulino, Bologna, 2004, spec. 298 s.; A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, n. 2, 1-26, spec. 19 s.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 2018, n. 20, 2-27, spec. 5 s.; A. MANZELLA, *La Costituzione italiana come Costituzione “europea”*, in *Nuova Antologia*, 2018, n. 153, 40-47; F. SEVERA, *Il fatto dell'integrazione. Trasformazioni costituzionali nello spazio giuridico europeo*, Giappichelli, Torino, 2025, spec. 237 s.

¹⁴⁴ Così M. ESPOSITO, *(Dis)Unione Europea. Dal miraggio di una federazione perequativa al consolidamento di una egemonia dei “più uguali” (in margine alla sentenza del BVerfG 5 maggio 2020)*, Editoriale scientifica, Napoli, 2021, spec. 102 s. In senso non dissimile cfr. anche, tra gli altri, F. SALMONI, *Indirizzo politico economico e forma di governo*, in *Rivista AIC*, 2024, n. 1, 51-106, spec. 75 s.

¹⁴⁵ *Amplius*, N. LUPO, *La “super clausola europea” contenuta nell'art. 11 della Costituzione italiana e il contrasto di ogni ipotesi di “Italexit” con i principi supremi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2023, n. 2, 211-240, spec. 215 s.

Il primo errore è quello secondo cui tale disposizione sarebbe stata concepita e approvata solo con riferimento alle Nazioni Unite, per cui l'inclusione al suo interno dei processi di integrazione europea sarebbe il frutto di una successiva estensione del suo ambito originario di applicazione. I lavori preparatori in Assemblea Costituente sono piuttosto espliciti in senso opposto: benché nel 1947 non fosse ancora chiaro quali forme avrebbero assunto i processi di integrazione del continente europeo, evidente è la volontà dei costituenti di includerli sotto il “cappello”, lasciato volutamente ampio, di tale principio fondamentale. In altre parole, “la mancanza di riferimenti testuali all'unificazione europea non ebbe mai il sapore di una chiusura verso i progetti di integrazione che nel frattempo andavano maturando”, per cui essa si deve esclusivamente al timore di pregiudicare, e di prefigurare nel testo costituzionale, i delicati equilibri internazionali dell'epoca, allora non del tutto definiti¹⁴⁶.

Il secondo errore è quello di attribuire alla giurisprudenza della Corte costituzionale la volontà di agganciare all'art. 11 Cost. la legge ordinaria contenente l'autorizzazione alla ratifica e le norme di esecuzione dei Trattati fondativi delle Comunità europee e delle loro successive modifiche. Al contrario, sin dalla relazione governativa al disegno di legge di autorizzazione ed esecuzione del Trattato CECA e poi, con ancora maggiore chiarezza, nei suoi lavori parlamentari è esplicita l'opzione di fare riferimento alle “limitazioni di sovranità” previste dall'art. 11 Cost. La giurisprudenza costituzionale, perciò, dagli anni '60 ad oggi (a partire dalla fondamentale sentenza n. 14 del 1964), non ha fatto altro che confermare, perfezionare sul piano giuridico e poi portare sino alle sue ultime conseguenze il riferimento a questo aggancio costituzionale. Un riferimento, quello all'art. 11 Cost., com'è noto, indispensabile sin dall'inizio per consentire alle norme dell'Unione di incidere nel nostro ordinamento, ovviando al dato politico-parlamentare sull'insussistenza di una maggioranza a favore dell'integrazione europea superiore ai due terzi dei componenti, alla Camera come al Senato: quella necessaria sia nel 1953 sia nel 1958 per approvare una legge costituzionale, in una fase in cui la legge ordinaria per l'attuazione dei referendum non era ancora stata approvata, e dunque il procedimento subordinato previsto dall'art. 138 Cost., con l'approvazione a maggioranza assoluta e la possibile richiesta di un referendum costituzionale, non era praticabile.

Un punto ulteriore, a mio avviso altrettanto essenziale, è quello relativo al rapporto tra l'art. 11 Cost. e le successive “clausole europee” introdotte per effetto di revisioni costituzionali: tutte, si badi, non a caso successive al referendum consultivo del 1989 (previsto dalla legge costituzionale n. 2 del 1989). Quest'ultimo referendum, infatti, al di là dei suoi effetti pressoché nulli sul piano giuridico, in chiave nazionale, oltre che in chiave europea¹⁴⁷, ha segnato in misura evidente, sul piano politico nazionale, l'esistenza di un amplissimo consenso a supporto del processo di integrazione europea (e della sua democratizzazione). Ebbene, proprio l'entità di questo consenso

¹⁴⁶ Cfr. M. CARTABIA, L. CHIEFFI, *Art. 11*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, Torino, 2006, 266 s.

¹⁴⁷ Sul referendum consultivo del 1989 (previsto dalla legge costituzionale 3 aprile 1989, n. 2), la dottrina costituzionalistica dell'epoca espresse opinioni perlopiù assai critiche: ad esempio, B. CARAVITA, *Il referendum sui poteri del Parlamento europeo: riflessioni critiche*, in *Politica del diritto*, 1989, n. 2, 319 s.

nell'opinione pubblica e in Parlamento ha consentito, nei decenni successivi, di ratificare pressoché all'unanimità i successivi Trattati di riforma e, soprattutto, di inserire nella carta fondamentale, attraverso una serie di interventi di revisione costituzionale, molteplici riferimenti espliciti all'Unione europea e alle sue istituzioni: spesso leggibili come più specifiche “clausole europee”¹⁴⁸, che rendono maggiormente evidenti le limitazioni e i condizionamenti che l'essere parte dell'Unione comporta, sulla funzione legislativa, su quella amministrativa e sulla finanza pubblica.

In dottrina e anche in Parlamento si sono a più riprese ipotizzate – in particolare all'indomani del Trattato di Maastricht, ma anche molto più di recente, nella seconda parte della XVIII legislatura – revisioni costituzionali destinate ad incidere proprio sull'art. 11 Cost., allo scopo di meglio definire i contenuti delle limitazioni di sovranità ammissibili e altresì di prevedere, sul modello di quanto stabilito da altri ordinamenti, procedure aggravate con maggioranze più elevate per dare luogo ad ulteriori significativi passaggi dell'integrazione europea. Tali proposte, comunque, pur viste con favore da una parte della dottrina¹⁴⁹, non sono mai andate particolarmente avanti. Così come sono tramontate, pressoché sul nascere, le ipotesi di rimuovere, totalmente o parzialmente, le clausole europee contenute nella Costituzione italiana, o di precisare in senso restrittivo la “superclausola europea” di cui allo stesso art. 11 Cost., che erano state prospettate nella seconda parte della XVIII legislatura¹⁵⁰.

Sia l'intangibilità sul piano politico dell'art. 11 Cost., recentemente ribadita, sia le ulteriori clausole europee introdotte in Costituzione negli ultimi 30 anni mi paiono convergere nella direzione di fondo volta a confermare la validità del percorso evolutivo intrapreso dalla Costituzione italiana nel senso dell'apertura netta dell'ordinamento costituzionale all'integrazione europea. E anche nel chiarire che l'opzione iniziale quanto al rapporto tra gli ordinamenti è sin dall'origine e resta tuttora quella compiuta, sul piano generale, dall'art. 11 Cost., nel senso della piena apertura all'integrazione europea e alle organizzazioni internazionali, sempreché – si intende – l'una e le altre siano dirette a perseguire la pace e la giustizia tra le nazioni.

Ferma restando questa opzione originaria e fondamentale, discendente direttamente dall'art. 11 Cost., le clausole successive, di natura più specifica, relative all'esercizio della potestà legislativa statale e regionale (art. 117, primo comma, Cost., come riscritto dalla legge costituzionale n. 3 del 2001), al vincolo del pareggio di bilancio nell'organizzazione e nell'attività delle pubbliche amministrazioni (art. 97, primo comma, Cost., come aggiunto dalla legge costituzionale n. 1 del 2012) e all'applicazione del medesimo vincolo come limite all'autonomia finanziaria regionale e locale (art. 119, primo comma, come modificato dalla legge costituzionale n. 1 del 2012), servono tutte a

¹⁴⁸ Cfr. L. BARTOLUCCI, *Origine ed effetti delle recenti «clausole europee» introdotte in Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2023, n. 2, 309-332, spec. 312 s.

¹⁴⁹ Cfr., ad esempio, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il mulino, Bologna, 1996, 439 s.

¹⁵⁰ Per una loro analisi critica cfr. L. BARTOLUCCI, *Sugli effetti di una ipotizzata rimozione delle «clausole europee» dalla Costituzione*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2018, n. 3, 1-14; e P. FARAGUNA, *Le ipotesi di riforma dell'art. 11 della Costituzione, tra manutenzione ed eversione costituzionale*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2023, n. 2, 251-269. Tendono invece a sottovalutare gli effetti di queste ipotizzate revisioni costituzionali M. DANI, A. GUAZZAROTTI, *Quel pasticcaccio brutto della riforma degli artt. 11 e 117 Cost.*, in *www.lacostituzione.info*, 14 agosto 2022.

completare e precisare quell'opzione, con riferimento alle funzioni statali maggiormente delicate ed importanti.

In questo senso, quella appena delineata mi pare una lettura che può ritenersi complessivamente in linea anche con gli ultimissimi esiti della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra la carta fondamentale e le leggi di revisione costituzionale, in particolare laddove ha ribadito e precisato il celebre passaggio sui principi supremi contenuto nella sentenza n. 1146 del 1988¹⁵¹. Come ha chiarito la sentenza n. 125 del 2025, con affermazioni di valore generale anche se originate dagli emendamenti agli artt. 9 e 111 Cost. derivanti – rispettivamente – dalla legge cost. n. 1 del 2022 e dalla legge cost. n. 2 del 1999, le leggi di revisione costituzionale sono subordinate ai principi supremi, ossia ai principi che definiscono, una volta per tutte, l'identità costituzionale italiana¹⁵². Per usare le parole della Corte nella sentenza succitata, “L'identità della Costituzione è pertanto definita, nel suo «contenuto essenziale», una volta per tutte dalla Costituzione stessa, senza che le leggi costituzionali o di revisione costituzionale, ancorché libere di innovare anche significativamente le previsioni costituzionali, possano in alcun modo legittimamente scalfirla o alterarla, tant'è vero che, qualora fossero in contrasto con l'insieme delimitato dei principi fondamentali (supremi), sarebbero costituzionalmente illegittime”.

Nel nostro caso, al di là delle critiche che possono essere rivolte a tale affermazione – la quale, ovviamente, finisce per sminuire significativamente il peso delle revisioni costituzionali, passate e future¹⁵³ – il principio supremo o, se si preferisce, identitario è da ritenersi appunto quello contenuto nell'art. 11 Cost.: completato e precisato, come si diceva, in alcune delle sue più importanti ricadute, da quel legislatore costituzionale che non era intervenuto “a monte”, per autorizzare la ratifica e dare esecuzione ai Trattati istitutivi delle Comunità europee, ma che è stato chiamato, negli ultimi decenni, ad esplicitare alcune delle più significative conseguenze che quei Trattati hanno determinato e continuano a determinare sull'ordinamento costituzionale italiano.

9. Conclusioni. Le molteplici modalità con cui il diritto europeo ha modificato la Costituzione repubblicana e l'irreversibilità dell'adesione dell'Italia all'Unione europea.

L'analisi di come si sono sviluppati i procedimenti di produzione delle fonti del diritto dell'Unione e qualche considerazione sul loro rapporto con la Costituzione italiana fanno emergere come e con quale pervasività quest'ultima non solo si sia trasformata per effetto dell'integrazione europea, ma continui ad essere riletta, inverata e quindi si evolva ulteriormente, anche e soprattutto attraverso l'influenza del (nuovo) diritto dell'Unione.

¹⁵¹ Sul cui rilievo cfr., per tutti, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995, spec. 141 s., e P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Franco Angeli, Milano, 2015.

¹⁵² Cfr. i parr. 5.2.1 e 5.2.2 del considerato in diritto della sentenza n. 125 del 2025.

¹⁵³ Cfr. in particolare S. BARTOLE, *Interpretazioni e innovazioni dei limiti alla revisione costituzionale nella sent. n. 125/2025*, in *Quaderni costituzionali*, 2025, n. 4, 959-962, e G. REPETTO, *La Corte può avere una teoria della Costituzione?*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2025.

Per cogliere appieno questi fenomeni, come si è cercato di mostrare, occorre considerare non solo le fonti “classiche” dell’Unione, le quali ovviamente esercitano un impatto trasformativo potente e vistoso, in conseguenza dell’applicazione dei principi del primato e dell’effetto diretto, e che pure hanno conosciuto sviluppi notevoli nell’ultimo quarto di secolo. Le fonti dell’Unione, pure quando relative a politiche per le quali si seguono metodi di governo diversi dal tradizionale metodo comunitario, influenzano e trasformano non poco l’ordinamento costituzionale italiano. Le vie sono spesso diverse da quelle del primato e dell’effetto diretto, ma le fonti adottate seguendo gli altri metodi di governo sono in condizione di agire persino più in profondità: financo suggerendo revisioni costituzionali (è il caso, com’è noto, del Fiscal Compact), o determinando i tempi e i contenuti della funzione legislativa, riguardo a materie anche del tutto estranee a quelle affidate al diritto dell’Unione europea (è il caso, come si è visto, delle riforme previste nel PNRR).

Nel complesso, non va trascurato il fatto si tratta di un processo di trasformazione e di evoluzione costituzionale più difficilmente percepibile o comprensibile dai non giuristi¹⁵⁴, perché opera spesso attraverso atti qualificati come di *soft law* e, ancora più incisivamente, mediante i meccanismi propri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione, che necessariamente deve essere ed è stata in effetti privilegiata da tutte le istituzioni italiane. I giudici, e la Corte costituzionale, ma anche le amministrazioni e lo stesso legislatore sono tutti costantemente tenuti a interpretare e applicare la carta costituzionale – al pari di ogni altra disposizione di diritto interno – in conformità al diritto dell’Unione. Questo vuol dire che la carta costituzionale non viene letta come se fosse rimasta inalterata nel tempo, bensì alla luce dei relevantissimi processi evolutivi che hanno accompagnato la sua vigenza tanto sul piano dell’interpretazione quanto su quello dell’applicazione. Mediante il potente meccanismo dell’interpretazione conforme, perciò, il diritto dell’Unione è entrato stabilmente, per effetto dell’art. 11 Cost., a far parte del parametro costituzionale.

La Costituzione italiana, al pari e per certi versi persino in modo più chiaro delle carte fondamentali di altri Stati membri dell’Unione (specie di quelli di più recente adesione), è ormai stata integrata, grazie ai processi evolutivi sopra richiamati, da materiali costituzionali europei, al punto da potersi legittimamente dubitare che esista ancora un diritto costituzionale puramente nazionale¹⁵⁵. Ne discende che il ritorno a una Costituzione tutta ed esclusivamente nazionale, in chiave sovranista e statualista, volta ad esaltare la sovranità statale e a disconoscere ogni rilievo alle forme di integrazione che, invece, continuerebbero ad operare nel continente europeo, risulterebbe un’eventualità non compatibile con la Costituzione repubblicana e i suoi principi supremi.

¹⁵⁴ A titolo esemplificativo, cfr. N. LUPO, *Una storia dell’Italia repubblicana attraverso la sua Costituzione (e i suoi interpreti)*, in *Quaderni costituzionali*, 2024, n. 4, 965-974 e R. ROMANELLI, *Storia e diritto. Risposte*, ivi, 983-996.

¹⁵⁵ Come sostenuto, con riferimento a tutti gli Stati membri dell’Unione, da T. FLYNN, *Triangular constitutionalism: some consequences of constitutional pluralism for domestic constitutional thought*, in M. AVBELJ, G. DAVIES (eds.), *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2018, 133.

In questa chiave, riprendendo alcuni spunti che avevo già prospettato in altre sedi¹⁵⁶, anche sulla scorta del lungo e certo non agevole processo di *disentangle* costituzionale e ordinamentale che ha fatto seguito al referendum inglese sulla Brexit del 2016, mi permetto in conclusione di sostenere che sarebbe impossibile in base alla Costituzione attuale ipotizzare un'uscita dell'Italia dall'Unione europea. L'ipotesi che viene sinteticamente chiamata come "Italexit" mi appare infatti in frontale e drammatico contrasto con l'ispirazione e con i principi e i valori di fondo della Costituzione repubblicana (che sono in continuità assiologica con il diritto europeo e internazionale)¹⁵⁷, a maggior ragione per come invariati nei quasi ottanta anni di vigenza della carta fondamentale, e inciderebbe così in profondità sui contenuti effettivi di pressoché tutta la carta, da non poter essere legittimata, a mio avviso, neppure attraverso un intervento di revisione costituzionale.

Del resto, se, come in molti hanno sostenuto, l'appartenenza all'Unione comporta una trasformazione della forma di Stato, tale da abbandonare l'idea dello Stato nazione come Stato sovrano, in favore di quello che si è denominato come "Stato comunitario"¹⁵⁸ o "Stato membro"¹⁵⁹, sarebbe decisamente ingenuo pensare che un mutamento così rilevante della forma di Stato come quello che deriverebbe da un'uscita dall'Unione, per giunta in direzione diametralmente opposta rispetto a quella lungo cui si è mossa tutta la storia costituzionale repubblicana, possa essere legittimato solo ed esclusivamente attraverso un intervento di revisione costituzionale (o, secondo altri, per simmetria rispetto a quanto accaduto in origine, financo unicamente mediante l'approvazione di una semplice legge ordinaria)¹⁶⁰.

È evidente che, ove una tale ipotesi si verificasse – il che, ovviamente, in fatto, non può escludersi, ancorché essa appaia oggi assai remota ed improbabile – ci troveremmo davanti ad una Costituzione nella quale non solo il diritto dell'Unione europea e le sue fonti non avrebbero spazio alcuno, se non in via transitoria e residuale, ma che risulterebbe essere inevitabilmente diversa, nuova, ispirata a principi e valori opposti rispetto a quelli collocati alla base della Costituzione repubblicana, per come pensata e voluta dai costituenti e per come invariata in quasi ottanta anni di vigenza.

¹⁵⁶ Cfr. N. LUPO, *La "super clausola europea" contenuta nell'art. 11 della Costituzione italiana e il contrasto di ogni ipotesi di "Italexit" con i principi supremi*, cit., 232 s.

¹⁵⁷ Cfr., ad esempio, F. FABBRINI, O. POLLICINO, *Constitutional Identity in Italy: European Integration As the Fulfillment of the Constitution*, EUI Department of Law Research Paper, 2017, n. 6 (available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2930106> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2930106>).

¹⁵⁸ Cfr. A. MANZELLA, *Lo Stato "comunitario"*, cit., 279.

¹⁵⁹ Cfr. C. BICKERTON, *European Integration: From Nation-States to Member States*, OUP, Oxford, 2012, spec. 51 s. nonché ora, proprio facendo leva sul sistema delle fonti, A. ARCURI, *La forma delle fonti*, cit., 265 s.

¹⁶⁰ In questo senso cfr. invece, tra gli altri, R. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, n. 4, spec. 815 s.; F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, II ed., Giappichelli, Torino, 2019, 161 s., e A. MIGLIO, *Le incertezze dell'Italexit tra regole costituzionali interne e diritto dell'UE*, in *Federalismi.it*, 2019, n. 12, 2-30, spec. 29 s.

**La relazione tra le fonti del diritto dell'Unione europea
e le fonti del diritto interno.
Le corti e la *nomopoiesi collaborativa***

Autrice: Diletta Tega*

Sommario: Parte I – 1. Introduzione. 1.1 Dove eravamo rimasti – 1.2. ...I (tanti) interrogativi di oggi – 1.3 Caso di studio: BCE c. Corneli – 2. Per una nomopoiesi collaborativa – Parte II – 3. La Corte di Giustizia: una Corte costituzionale per la UE – 3.1. L'imprevedibilità della Corte di giustizia cui sembrano mancare le parole – Parte III – 4. La Corte costituzionale e l'integrazione: la voce dell'ordinamento italiano – 4.1. L'aggiornamento della dottrina dei controlimiti – 4.2. L'aggiornamento della dottrina della doppia pregiudiziale. – 5. Riasumendo e concludendo.

Parte I

1. Introduzione

Mi è stato consegnato, insieme al titolo di questa relazione, il mandato di soffermarmi su alcuni aspetti specifici dei rapporti tra fonti del diritto italiano e UE: temi classici, come quello dei controlimiti, o altri più recenti, ma già aratissimi, come la cosiddetta doppia pregiudiziale. Adempirò a questo mandato e considererò questi argomenti e altri ancora. Tuttavia, questa relazione non ha una pretesa enciclopedica. Piuttosto, intende dare una certa rappresentazione del dibattito scientifico odierno, collocarlo su uno sfondo più ampio e offrire alcune suggestioni, che in taluni punti potrebbero sembrare (piccole) provocazioni, al dibattito. È stata appunto questa intenzione a guidarmi nella scelta di quali temi specifici trattare e degli aspetti da evidenziare in merito a ciascuno di essi.

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bologna.

Lo sfondo è quello di un processo di integrazione faticoso e soggetto a continue crisi, ma comunque sempre in atto, benché i Trattati fondamentali non vengano riformati organicamente da più di tre lustri [§ 1 Parte I]. Queste vicissitudini si riflettono anche nelle questioni che riguardano le fonti del diritto UE: il loro impatto sulle esperienze normative nazionali è innegabile, ma altrettanto lo sono tanti interrogativi che le riguardano [§ 1.2 Parte I], la cui lista continua ad allungarsi: uno di quelli più recenti riguarda i cosiddetti atti ibridi o misti, in cui il diritto europeo prescrive alle autorità UE di applicare norme di diritto nazionale, così attraendo queste ultime (e la correttezza o meno delle singole applicazioni) nella giurisdizione europea [§ 1.3 Parte I].

La dottrina fatica a trovare formule univoche con cui inquadrare tutto ciò. Idealmente, nel quarantesimo anniversario di questa Associazione, la mia relazione prende le mosse da dove finivano quella di Federico Sorrentino, al Convegno AIC di Milano del 1992¹, sulle prospettive dell'Unione europea e la Costituzione, quella di Gaetano Silvestri, al Convegno di Perugia del 1999², sulla costituzione europea, il primo cui assistetti da dottoranda, senza dimenticare le relazioni di Giovanni Pitruzzella, al Convegno di Padova del 2004³, sulla separazione dei poteri e funzione giurisdizionale, e di Massimo Luciani, al Convegno di Catania del 2005⁴, dedicato all'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Richiamerò volta per volta questi scritti perché offrono un assetto teorico ad oggi mai smentito. Assetto che non è riuscito a dare un nome certo e una definizione chiara al rapporto tra l'ordinamento nazionale e quello dell'UE [Parte II], né alla natura costituzionale o meno del secondo [Parte III].

In questa situazione di disattenzione politica, incertezza, fluidità e crisi che sollevano questioni e sollecitano risposte diverse da quelle tradizionali, inevitabilmente per ricevere una parola di relativa chiarezza si guarda alle corti e in particolare, per quanto ci interessa, alla Corte costituzionale e a quella di Giustizia. In fondo, la problematica delle fonti (per effetto di quel “mutamento costituzionale” che deriva dall'integrazione) nell'integrazione riceve uno slittamento radicale: dalla politica (la forma di governo in senso stretto *à la Luciani*) alla giurisdizione (la forma di governo in senso largo, come processo di governo in cui le corti sono parte strutturale). Ecco allora perché discutere del rapporto delle corti: perché dal loro rapporto, conflittuale o cooperativo deriva oggi

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Bologna.

Un'avvertenza lessicale: ho scelto di usare quasi sempre l'espressione ‘diritto UE’ (o ‘diritto europeo’ solo nei casi in cui si dia una fastidiosa ripetizione nello spazio di poche righe consecutive), anche se mi trovo più a mio agio con ‘diritto comunitario’. Per tutti, sulla questione, si veda M. CONDINANZI, *Da comunitario a unionale. La difficile ricerca di un aggettivo adatto*, in *Eurojus*, 10 aprile 2017. Come si può immaginare, mi accompagnano in questa riflessione tanto la consapevolezza di inadeguatezza rispetto a chi mi ha preceduto nello studiare il tema affidatomi, quanto la soddisfazione per la fiducia datami dal Direttivo, che ringrazio.

¹ ID., *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione*, AA.VV., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione* (Milano, 4-5 dicembre 1992), Padova, 1995.

² G. SILVESTRI, *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario, 1999. La Costituzione europea*, Cedam, Padova, 2000, 149 ss. Nella stessa occasione Joseph H. H. Weiler si interrogava, tra l'altro, sulla possibile esistenza di un Consiglio costituzionale comunitario, 14 ss.

³ ID., *Quello che Barberis non dice: primato della tecnica, concorrenza tra fonti e tra ordinamenti, applicabilità diretta del diritto europeo ovvero nuove ragioni del «governo dei giudici»*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 2008, 51 ss.

⁴ M. LUCIANI, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2005. L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova, 2007, 327 ss.

la base per elaborare una dottrina delle fonti ben diversa da quella dei classici... ma ancora tutta da scrivere.

È su questo terreno che sento la necessità di offrire due rappresentazioni e un suggerimento. In primo luogo, una rappresentazione della Corte di Giustizia [Parte II]: non credo la si possa ancora paragonare propriamente a una corte costituzionale, ma certamente essa ha di sé stessa e dell'ordinamento UE un'autocomprensione in questo senso; il suo punto più debole è lo stile oscillante e apodittico di molte decisioni e filoni, dei quali è esemplare quello sull'effetto diretto. In secondo luogo, mi soffermo sulla Corte costituzionale [Parte III]: ha finalmente rotto gli indugi e iniziato a utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale che, dal 2017 con l'ordinanza Taricco, maneggia con grande perizia. Ad oggi è la giurisdizione costituzionale che ha più rinvii (almeno dieci) dopo quella belga. Per molti commentatori però la Corte, proprio quando matura questa consapevolezza, commette un passo falso, procedendo alla modifica della cd. dottrina Granital. Entrambe le corti, a modo loro, per le funzioni attribuite e il contesto in cui sono poste, hanno contribuito grandemente al successo dell'integrazione europea nel nostro ordinamento.

In conclusione, nella situazione data, mi sembra del tutto ragionevole fare affidamento su quella che chiamo una *nomopoiesi collaborativa* [§ 2, Parte I], alla quale anche la giustizia costituzionale italiana è ora in condizione di partecipare, dopo avere superato la propria *insostenibile* e *anacronistica* avversione ai rinvii pregiudiziali. Ciascuna delle due corti coinvolte ha, ovviamente, un proprio ruolo processuale, ma entrambe dovrebbero, in uno spirito di *leale collaborazione*, sforzarsi di considerare i punti di vista dell'altra ed evitare soluzioni puramente conflittuali alle varie questioni applicative e, soprattutto, di principio. Come è avvenuto lungo l'asse che unisce la Corte di Giustizia con i giudici comuni, così pure lungo altre dimensioni una simile collaborazione, che si è definita, con una sintesi felice, *concorso di rimedi*, può portare a un rafforzamento reciproco. Il prezzo da pagare, naturalmente, è quello di una certa lentezza e macchinosità nel mettere a punto, attraverso il confronto, le varie soluzioni e, con ogni probabilità l'esito sarà quello di un assetto tutt'altro che cartesiano. Ma credo sia un prezzo che varrebbe la pena pagare, a maggior ragione se davvero, come sembra, dovesse realizzarsi l'adesione dell'Unione alla CEDU e, ancor di più, la ratifica del Protocollo 16 CEDU da parte dell'Italia (esito che personalmente non auspico perché penso che vada a detrimento della certezza del diritto che le Corti si esprimano attraverso pareri non vincolanti⁵). Entrambe prospettive che potenzialmente potrebbero infittire le sovrapposizioni interpretative di matrice giurisprudenziale tra ordinamenti⁶. In ogni caso, non vedo alternative che non rischino di risultare traumatiche e ancora più destabilizzanti per l'uno o l'altro polo di questa relazione tra ordinamenti fattasi intensa, capillare, complicata e complessa.

⁵ Mi trovo d'accordo con le riserve espresse a suo tempo da V. ZAGREBELSKY, *Parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo: vera e falsa sussidiarietà*, in E. LAMARQUE (a cura di), *La richiesta di pareri preventivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali*, Torino, 2016, 91.

⁶ C'è però anche chi non crede che il contesto cambierebbe molto rispetto all'efficacia diretta già riconducibile alla Carta. Sullo sfondo si staglia, chiaramente, un elemento caratterizzante lo stato costituzionale contemporaneo, la protezione dei diritti fondamentali e la sovrapposizione delle tutele in merito al quale (con esplicito riferimento alla Corte EDU) Marta Cartabia, da presidente della Corte costituzionale, è arrivata a usare il termine *crisi*, cfr. M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in C. PADULA (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Napoli, 2016, 229 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi*, Milano, 2012.

Se si condivide questa prospettiva, se ne possono trarre corollari anche in merito al ruolo della dottrina [avvertenza nel § 2 Parte I] la quale, quando analizza e commenta i singoli passaggi, non dovrebbe perdere di vista lo scenario complessivo e di interdipendenza tra ordinamenti, né – questo lo dico con una consapevole punta di polemica – approfondirsi in critiche nei confronti della Corte costituzionale che ignorino il suo specchiato cammino comunitario e sottovalutino la delicatezza della posizione in cui essa si trova e come, ciononostante, essa non abbia mai cambiato idea sulla bontà – misurata alla stregua dei principi della Carta del 1948 – dell'integrazione politica e giuridica e sulla propria lealtà all'UE.

1.1 Dove eravamo rimasti.

Ad essere profondamente mutato rispetto ai Convegni AIC che hanno trattato il tema non è l'assetto teorico, ma il contesto giuridico: basti pensare che all'AIC del 1992 si era ancora in attesa della ratifica del Trattato di Maastricht, un vero e proprio tornante della storia dell'integrazione europea. Da allora ad oggi si sono susseguite numerose revisioni dei Trattati; è fallito il tentativo di un trattato costituzionale; sono aumentate le competenze trasferite in capo alla UE; è entrata in vigore la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea i cui effetti interpretativi si sviluppano, letteralmente, sotto i nostri occhi; non sono mancate revisioni in fondamentali pacchetti legislativi. L'Unione ha perseguito un'agenda ambiziosa di armonizzazione legislativa che ha portato a una profonda penetrazione negli ordinamenti nazionali del diritto UE. Il Trattato di Lisbona, ormai in vigore da sedici anni, antepone la proclamazione dei principi costituzionali agli obiettivi, ha inciso nel tessuto ordinamentale, con la volontà di potenziare la natura costituzionale dell'Unione. Le tre grandi fasi della 'costituzionalizzazione' del diritto dell'Unione europea sono state tratteggiate, da ultimo, da Pitruzzella nel 2024 sulle pagine dei *Quaderni costituzionali*⁷. Dal punto di vista delle fonti non si è stabilito un sistema prescrittivo-generale di tipo formale. L'art. 288 TFUE distingue infatti le fonti in base ai destinatari e alla efficacia, senza ordinarle gerarchicamente. Non esiste una forma prescritta *ex ante* e in astratto per ogni potere; forma e procedimento delle fonti derivate possono essere cambiate, come ha affermato una giurisprudenza consolidata della Corte⁸.

A fronte del vertiginoso sviluppo del diritto UE e della sua penetrazione negli ordinamenti nazionali⁹, non si è consolidata ancora una dogmatica articolata e soprattutto condivisa, utile per leggere il fenomeno che ha coinvolto tanto gli Stati quanto la UE nel processo di integrazione¹⁰. Si

⁷ ID., *La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel dialogo tra Corte di giustizia e Corti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 1/2024, 795 ss.

⁸ Si veda da ultimo la riflessione di A. ARCURI, *La forma delle fonti. La problematica del potere normativo nello Stato membro dell'Unione europea*, Bologna, 2024.

⁹ M.E. BARTOLONI, *Ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018.

¹⁰ C'è chi, negli anni, ha letto l'uso da parte della Corte costituzionale di documenti sui diritti dell'ordinamento UE o di quello convenzionale come segnale di un avvicinamento al monismo; e chi, parallelamente, ha visto nei cd. atti misti o ibridi, adottati dall'Unione in tema di controllo del sistema bancario, antifrode, dati personali, un superamento del

continua a discutere, forse con minor interesse che in passato, sulla crisi di legittimità dell'integrazione europea e della sua attuale conformazione giuridica. In sintesi, i riferimenti teorici sono rimasti gli stessi, mancando un modello teorico alternativo a quello della statualità. Silvestri avvisava, già a Perugia, che la rottura delle paratie erette dalla tradizione dualista all'efficacia delle fonti esterne era spiegabile ricorrendo alla teoria della pluralità degli ordinamenti di Santi Romano¹¹ e che ormai si assisteva ad una sovrapposizione di sistemi giuridici. Ecco perché risultava fuorviante l'alternativa tra monismo e dualismo¹². Già allora si coglieva lo stagliarsi di sistemi giuridici che non erano più rigidamente separati, ma destinati a essere *interdipendenti*. Nella sua lettura la sopravvivenza, pur tra le tante difficoltà, di un ordinamento privo di un «punto di coagulo unico» ed esclusivo del potere, trovava il «punto ordinatore», di cui nessuna struttura politico-sociale può fare a meno, in strumenti di decisione fondati sulla cooperazione, sulla concertazione, sull'accordo¹³. Silvestri ammoniva a non essere eccessivamente severi nel giudicare le contraddizioni e le asimmetrie di un ordinamento «anomalo»¹⁴, ammettendo che, mentre le categorie giuridiche classiche non erano in grado di spiegare la complessità dell'integrazione europea, occorre guardarsi da un eccessivo «nuovismo giuridico». L'affermazione, probabilmente, si potrebbe ancora sottoscrivere.

Più spinta verso il monismo fu la lettura di Onida del 1992: sul piano *della vita quotidiana del diritto*, come ebbe a definire le controversie e i rapporti giuridici concreti, l'integrazione risultava così incisiva che ci si poteva azzardare ad affermare che si fosse già in presenza di un unico ordinamento. La valutazione di Onida si spingeva ad affermare che l'art. 11 Cost., già allora non fosse più la base adeguata per giustificare l'integrazione, ma fosse da valutare come un «fondamento storico» dell'apertura dell'ordinamento italiano a quello comunitario, che aveva consentito a rinunciare a parti (già allora non perfettamente delimitabili, data l'espansività tipica del diritto comunitario) della sovranità. L'art. 11 Cost. aveva certamente permesso «molteplici deroghe alla Costituzione, in tema

monismo della UE (si veda *infra*); chi, invece, ha richiamato l'attenzione sugli strumenti di flessibilizzazione, evitando la dicotomia monismo/dualismo.

¹¹ Vedi B. NASCIMBENE, *Unione Europea tra unità e pluralità degli ordinamenti giuridici*, Relazione al Convegno del 14-15 giugno 2018 (Pisa), «Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano», in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 agosto 2018. L'A. ritiene che, per quanto di natura innovativa o sui generis le Comunità prima, e l'Unione poi, restino uno Staatenverbund, cioè un'unione stretta e duratura fra Stati che restano sovrani. Anche per questo A. il pensiero di Santi Romano rimane «attuale» e necessario», perché - [Nascimbene] scrive - è proprio quando si manifesta una pluralità di tendenze e di orientamenti, che fanno capo a sovranità diverse, che occorre pensare all'evoluzione dello Stato, dell'ordinamento e degli ordinamenti, all'organizzazione e unione fra Stati e ordinamenti.

¹² «Bisogna affermare che ormai l'ordinamento europeo è una realtà unitaria a carattere generale che non vive separato dai singoli ordinamenti nazionali, limitandosi a proiettare dentro di essi gli effetti delle proprie statuizioni, ma li *pervade*, viene da essi *assorbito* e possiede un'autonoma potestà decisionale che *sostituisce*, di volta in volta, quella degli organi nazionali di produzione giuridica». Per lui «La stretta compenetrazione tra i sistemi nazionali e comunitario, fa sì che la distinzione tra gli uni e l'altro possa essere operata solo a) per il procedimento di formazione delle singole fonti; b) per l'efficacia generale o settoriale di ogni classe di atti normativi (comunitari, statali, regionali) non diversamente da quanto accade nell'ambito di un ordinamento complesso». ID., *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, cit., 176-177.

¹³ ID., *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, cit., 184.

¹⁴ Con il consueto humor scriveva: «Dimentichi dell'insegnamento di Salvatore Pugliatti, che la giurisprudenza è una scienza pratica, nata esclusivamente per risolvere casi pratici e non per soddisfare il nostro gusto estetico-architettonico, molti giuristi si scatenano in più o meno fortunate «cacce all'errore», quasi che il loro compito sia quello di sorvegliare i processi reali per segnalare accigliati dove sbaglia ..la realtà», ID., *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, cit., 149.

di fonti, di organizzazione dei poteri, di competenze dei diversi livelli di governo, di strumenti di garanzia dei diritti», ma il vero fondamento dell'affermazione e dell'applicazione era divenuto il diritto comunitario stesso¹⁵.

A me pare che si tratti di letture che possono attagliarsi in qualche modo allo svolgersi concreto dei rapporti tra fonti, ma che la teoria dualista non sia alle nostre spalle, come ha dimostrato – in maniera obiettivamente clamorosa – la sentenza del 2020 del Tribunale costituzionale tedesco¹⁶.

Il dibattito nella dottrina straniera sul tema è ricco e sfaccettato, ma parimenti ancora senza approdi condivisi. Menziono, da una prospettiva che muove da una riflessione critica¹⁷ sul cambiamento dello stato dei Paesi coinvolti nel processo di integrazione, gli studi di Christopher Bickerton che ha proposto la categoria politologica del *Member State*, discussa nel dibattito italiano, da ultimo, nel bel libro di Alberto Arcuri a cui rimando¹⁸. Si tratta di una chiave di lettura stato centrica del processo di integrazione europea, che si ripropone di spiegare il modo in cui si è trasformata l'attività di governo e la produzione del diritto negli Stati membri. Il *Member State* vive la soggezione degli organi di governo ad una trama ultra-statuale di vincoli e regole (di fini) che ne impegnano l'attività.

1.2 ...I (tanti) interrogativi di oggi.

¹⁵ ID., *Intervento*, in AA.VV., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, cit., 284-286. Onida in quell'occasione, ricordò anche il referendum europeista del 1989 che indicò la volontà di 29 milioni di votanti per un'integrazione europea più stretta e sostenne che la ratifica del trattato di Maastricht non necessitava una legge di revisione. Al Convegno AIC del 1999, Silvestri ribadì che si poteva riconoscere all'art. 189 del Trattato di Roma la veste di norma costituzionale sulla produzione nello stesso tempo dei regolamenti e delle leggi nazionali, perché incideva contemporaneamente sulla validità-efficacia degli uni e delle altre, ID., *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, cit., 140.

¹⁶ La pronuncia Weiss ha rappresentato la prima volta in cui il Bundesverfassungsgericht ha effettivamente dichiarato *ultra vires* sia un atto di un'istituzione dell'Unione (la BCE) sia una sentenza della Corte di giustizia, dopo averne solo teorizzato la possibilità nelle precedenti giurisprudenze Maastricht, Lisbon e OMT. Per un commento si veda L. VIOLINI, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in *Quad. cost.* 2/2020, 425 ss.; P. FARAGUNA, *Bundesverfassungsgericht contro tutti: Quantitative Easing incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, *ivi*, pp. 429; ID., *C'è un giudice a Berlino? La Commissione mette in mora la Germania per la sentenza Weiss*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 708 ss.

¹⁷ Prima di lui, dalle pagine dei *Quaderni*, Manzella scriveva – con ottimismo – di uno Stato comunitario che si sostituiva al vecchio stato sovrano monolitico. Si trattava di uno Stato dualista nel senso che «gli istituti di governo e di garanzia acquisiscono nell'ordine sovrastatuale una sfera funzionale aggiuntiva rispetto a quella statale» (280) nel quale si verificano sia «vistosi fenomeni di contaminazioni di principi costituzionali, di mutuo riconoscimento di istituti e procedure, di omogeneizzazione giurisprudenziale», ma «rimane ben nitida la distinzione concettuale tra i livelli normativi e anche la difesa sul piano pratico da parte delle giurisdizioni costituzionali statuali, di "limiti fondamentali" ad un monismo ordinamentale. [...] In realtà i pubblici poteri, nell'area vasta comunitaria fronteggiano, con fisionomia bifronte, un fenomeno inedito di coabitazione di due costituzioni. Un ordinamento costituzionale sovrastatuale che si pone come quadro costituzionale comune rispetto alle plurime costituzioni nazionali» (281). «Proprio perché la Comunità sovrastatuale non partecipa del risultato di statualità cui comunque pervengono le tradizionali 'unioni di Stati'. Essa compiutamente si realizza in una 'unione di ordinamenti' e più precisamente in una 'unione di costituzioni' secondo un continuo processo di integrazione che non giunge però mai a risultati di unificazione statale» (292), ID., *Lo Stato «comunitario»*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 273 ss.

¹⁸ ID., *La forma delle fonti*, cit., in part. 275 ss.

Il processo di integrazione europea ha provocato un *vulnus*¹⁹ al sistema delle fonti, sia per l'esistenza di un centro di produzione del diritto direttamente applicabile al di fuori dei confini nazionali, sia per un forte ampliamento per via giurisprudenziale di tale diritto e sia per le modifiche alla modalità di produzione previste in Costituzione²⁰. La teoria basata sulla dogmatica dell'atto fonte e su un giudizio di legittimità costituzionale che ha la fisionomia di un controllo sulla validità degli atti normativi ne risulta inevitabilmente modificato²¹. Nell'insieme delle fonti europee la sostanza sembra prevalere sulla forma, rendendo possibili fenomeni non comprensibili attraverso le nostre categorie costituzionalistiche²². L'impatto dell'integrazione europea è stato tangibile anche ad una visione superficiale: in primo luogo nella restrizione dell'attività di determinazione politica, e in secondo luogo, nell'introduzione di nuovi strumenti normativi, mentre, più in profondità, ha cambiato la stessa *esperienza normativa* degli stati europei, sottoponendola ad una trama ultra-statuale di impegni e regole (di fini) e, in questo modo (almeno in parte) riorientandola alla loro attuazione. Elenco alcuni tra gli interrogativi ai quali noi costituzionalisti faticiamo a dare una risposta: *i*) come va tematizzato il rapporto tra fonti UE e fonti nazionali dal punto di vista della natura *self executing* di alcune delle prime (che, in alcuni casi, possono risultare finanche 'ariose' o 'strabordanti')? *ii*) Come va affrontata la cd. *over-constitutionalisation* dei Trattati, denunciata da Dieter Grimm²³? Si può cioè fronteggiare il fatto che a troppe norme di diritto UE la Corte di Giustizia ha riconosciuto natura di parametro in contrasto con il quale le norme nazionali sono destinate a essere disapplicate? *iii*) Come si deve valutare il fatto che non risulti chiara l'efficacia diretta²⁴ di ciascuna tipologia

¹⁹ Sulle crepe provocate alla teoria delle fonti anche dalle fonti dell'ordinamento UE sono ben note le posizioni espresse, tra gli altri, da M. LUCIANI, ad esempio tra i molti contributi, in ID., *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in *Una Costituzione senza Stato*, a cura di G. BONACCHI, Bologna, 2001, pp. 71-87. Roberto Bin, oltre a richiamare l'attenzione sulle acque perigliose attraversate dalla teoria delle fonti, ha fatto presente le derive di quei giudici comuni che: *i*) assumendo a stella polare dell'interpretazione delle fonti la *massimizzazione* della tutela dei diritti, travolgono le gerarchie formali tra le fonti, con il risultato di sfondare «l'impalcatura dello Stato di diritto e della Costituzione», ID., *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto Costituzionale*, 1/2019, 11 ss., in part. 23; *ii*) attribuendo efficacia diretta a norme del diritto UE, senza interpellare la Corte di giustizia, arrivano al medesimo risultato, ID., *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 619 ss. Si è insomma, a suo parere, a un passo dalla decostruzione della teoria delle fonti il cui scopo originario è invece porsi come limite agli interpreti, e in particolare ai giudici, ID. *Cose e idee*, cit., 21. F. FABRIZI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Fenomenologia della produzione normativa tra Italia e Unione Europea. Studi sulle fonti del diritto*, Roma, 2025.

²⁰ E. LONGO, *Gli effetti diretti e indiretti dell'integrazione costituzionale europea sulle fonti statali: spunti ricostruttivi*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, 1 ss.

²¹ Sul tema delle nuove tendenze del *Law making* si veda P. DE PASQUALE, *Dalla flessibilità delle basi giuridiche alla normazione integrata: tecniche legislative funzionali alla rigidità del riparto di competenze nell'UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1/2025, 1 ss. Sull'aspetto quantitativo dell'impatto della legislazione europea sui sistemi nazionali si veda T. VAN DEN BRINK, *The Impact of EU Legislation on National Legal Systems: Towards a New Approach to EU-Member State Relations*, in *Cambridge Yearbook of European Studies* 19, 2017, 211 ss.

²² S. BARONCELLI, *Le fonti del diritto nell'UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2008, 1 ss.

²³ D. GRIMM, *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal* 21(4), 2015.

²⁴ Effetto diretto e diretta applicabilità di una norma individuano concetti diversi; tuttavia, la stessa giurisprudenza usa indifferentemente i due significati. Sull'uso 'promiscuo', da ultimo, D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano 2018; ID., *Direct Effect in EU Law*, Oxford, 2025.

di atti UE e che sia la stessa CGUE a ‘certificarla’? *iv*) Regolamenti e direttive²⁵ sono davvero nella prassi fungibili e indistinguibili? *v*) È possibile individuare sempre i soggetti della produzione normativa nell’Unione? *vi*) Nei Trattati, come noto, la suddivisione delle materie è ordinata per competenze e in base al principio di sussidiarietà, nella realtà l’Unione ha occupato spazi in via indiretta, facendo dell’emergenza una fonte di legittimazione, come valutare questo dato²⁶? *vii*) Infine, come si può fronteggiare il fenomeno per il quale i giudici nazionali sono attratti da un’*attitudine* che le Corti costituzionali ed europee si sono ritagliate da sempre, quella cioè di partecipare alla produzione del diritto, sostituendo o anticipando gli organi politici?

1.3. Caso di studio: *BCE c. Corneli*.

Le istituzioni europee, come sappiamo, procedono spesso al di là del perimetro dell’art. 288 TFUE, già citato, quando adottano *soft law*. Voglio però attirare l’attenzione sui cd. *hybrid acts/actes mixtes*²⁷, attraverso una decisione della Corte di Giustizia della scorsa estate. Tali atti sono il frutto di procedimenti composti, ovvero di quei procedimenti amministrativi che prevedono l’azione concorrente di istituzioni nazionali e della UE. Si tratta di atti previsti nell’ambito dei fondi strutturali, della politica agricola comune, e soprattutto dell’Unione bancaria²⁸. Questa tipologia non è nuova, ma nuovo sembra essere il contesto in cui vengono utilizzati e nuovi i problemi in merito al loro controllo giurisdizionale. Mi sembra che la pronuncia oggetto del caso di studio che propongo introduca, nella prospettiva che qui interessa, un esempio peculiare almeno per la platea dei costituzionalisti, della complessità del sistema giuridico UE e delle problematiche attuali nei rapporti con le fonti europee, evidenziando una sorta di metamorfosi dello strumento normativo davanti alla quale non ci possiamo far trovare impreparati. Il 15 luglio 2025, su appello della BCE e della Commissione, la Grande sezione della CGUE ha reso pubblica la pronuncia *BCE c. Corneli*²⁹, con la quale conferma la legittimità della decisione di porre in amministrazione straordinaria Banca

²⁵ Nonostante la Corte sottolinei sempre la loro diversità, tanto che le direttive non sono dotate di effetto diretto orizzontale, nei fatti la confusione è tanta.

²⁶ Si registra cioè un ricorso sempre più disinvolto agli artt. 114 e 122 TFUE, divenuti clausole chiave per permettere «l’adozione di misure legislative in settori non espressamente ricompresi nelle competenze conferite, ma strumentali al conseguimento degli obiettivi comuni», come scrive P. DE PASQUALE, *Dalla flessibilità delle basi giuridiche*, cit. In letteratura straniera si usa il termine *competence creep* (ad es. M. POLLACK, *Creeping Competence: The Expanding Agenda of the European Community*, in *Journal of Public Policy*, 14(2), 95-145; S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, 23(1), 2004, 1 ss.

²⁷ D. SARMIENTO, *Integrated decision-making in the EU and judicial review. Can the puzzle be fixed?*, in *EU Law Live* 188, 2024.; J. KOKOTT, *Le droit de l’Union et son champ d’application*, in A. TIZZANO et al. (éd. par), *La Cour de justice de l’Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015) - Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, 2015, 349 ss.

²⁸ Su questo punto M. ELLANTONIO, *Judicial Review in an Integrated Administration: The Case of Composite Procedures*, in *Review of European Administrative Law*, 1, 2014, 65 ss.

²⁹ Cause riunite C -777/22 P e C-789/22 P. La pronuncia di primo grado del Tribunale è del 12 settembre 2022, T-502/19, *Corneli/BCE*. Con essa si annullava, per la prima volta, la decisione della BCE di porre in amministrazione straordinaria Banca Carige, riconoscendo la legittimazione di una piccola azionista a impugnare la decisione della BCE. Si veda l’interessante commento di F. ANNUNZIATA, T. DE ARRUDA, *Il caso Corneli e l’applicazione del diritto nazionale da parte della Banca centrale europea*, in *Giur. commerciale*, 2024, 62 ss.; nonché I. A. ANRÒ, *Diritto nazionale e Corte di giustizia: gli interrogativi lasciati aperti da Corneli c. BCE*, in *Quad. cost.*, 1/2026, 174 ss.

Carige³⁰, in nome dell'obbligo di interpretazione conforme e con una lettura restrittiva del limite dell'interpretazione *contra legem*³¹. Viene privilegiato il dovere di procedere a un'interpretazione conforme, chiarendo (in modo probabilmente criticabile) quando si possa escludere che venga violato il divieto di interpretazione *contra legem* (§135 e ss.)³². L'art. 4.3 del regolamento sul meccanismo di vigilanza unica del Consiglio, del 2013, attribuisce alla BCE compiti in merito alle politiche in materia di vigilanza degli enti creditizi. In base ad esso la BCE deve far uso delle disposizioni nazionali di recepimento nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza diretta sui soggetti vigilati³³, questo perché le regole in materia di requisiti prudenziali e di risanamento degli enti creditizi sono solo parzialmente armonizzate tramite direttive che necessitano di un apposito processo di trasposizione nell'ordinamento nazionale per esplicare a pieno i propri effetti³⁴. L'obbligo imposto alla BCE può rivelarsi oneroso da soddisfare: è davvero possibile per un'Istituzione europea, per quanto sofisticata, conoscere a fondo le normative nazionali di tutti gli Stati membri³⁵? L'art. 4.3. del regolamento, che quando è entrato in vigore costituiva un unicum nel panorama normativo³⁶, è un esempio di una disposizione che dà luogo ad un meccanismo di atti cd. *hybrid act/acte mixte* che caratterizza un modello di governance emergente, cd. *integrated decisions-making*, in particolare in materia di vi-

³⁰ L'impugnazione della Commissione in merito alla legittimità della decisione della BCE è stata sostenuta dalla Repubblica italiana, ad es. nel § 119 della decisione si legge «In terzo luogo, la BCE e la Commissione ritengono che l'interpretazione dell'art. 70, comma 1, del testo unico bancario da esse difesa sia confermata dalla genesi di tale disposizione nonché dai relativi lavori preparatori. Tale interpretazione corrisponderebbe, inoltre, all'obiettivo perseguito dal legislatore italiano nonché alla necessità di rispettare la Costituzione della Repubblica italiana. Infatti, l'art. 70, comma 1, del testo unico bancario sarebbe il risultato di una modifica introdotta con un decreto legislativo del 16 novembre 2015, adottato dal governo italiano sulla base di una delega conferita dal Parlamento italiano, al fine di garantire il recepimento delle direttive dell'Unione. Dalla giurisprudenza costante della Corte costituzionale risulterebbe che, esercitando tale delega, detto governo sia tenuto a rispettare scrupolosamente l'insieme del diritto dell'Unione. Peraltro, la BCE e la Commissione sottolineano che l'interpretazione dell'art. 70 del testo unico bancario da esse difesa è confermata anche dalla giurisprudenza degli organi giurisdizionali italiani».

³¹ Si vedano i §§ 127-159. Sulla decisione, nella quale è da sottolineare che la Repubblica italiana ha sostenuto l'interpretazione delle disposizioni pertinenti del diritto italiano difesa dalla BCE e dalla Commissione, si rinvia a C. PESCE, *Prime riflessioni sulla sentenza della Corte di giustizia BCE e Commissione/Corneli (15 luglio 2025, C-777/22 P e C-789/22 P) tra profili rilevanti e ricadute di ordine sistemico*, in *Unione europea e diritti*, 2/2025, in particolare p. 12.

³² Così facendo, la Grande sezione pare avere ampliato eccessivamente il principio di interpretazione conforme e il limite dell'interpretazione *contra legem* a discapito del significato del diritto nazionale. Son d'accordo con chi ha ritenuto che questa decisione abbia compiuto una vera e propria demolizione del principio di interpretazione conforme, travolgendo il significato letterale della norma applicata dalla BCE attraverso la compressione del divieto di interpretazione *contra legem*, vedi I. ANRÒ, *La nozione di «interpretazione contra legem» nella sentenza Corneli della Corte di giustizia: una nuova limitazione all'applicazione del diritto nazionale?*, in *Riv. cont. eur.*, 2/2025, 1 ss.

³³ Non è la prima volta che il diritto UE prevede il riferimento al diritto nazionale, basti pensare alla definizione della cittadinanza dell'Unione contenuta nei Trattati. Ma qui siamo di fronte a qualcosa di molto diverso.

³⁴ F. ANNUNZIATA, T. DE ARRUDA, *Il caso Corneli e l'applicazione del diritto nazionale da parte della Banca centrale europea*, cit., 78.

³⁵ Se la BCE, con la sua comprovata autorevolezza e competenza, non è stata idonea ad interpretare il diritto nazionale, lo potrebbero essere in futuro autorità/agenzie indipendenti?

³⁶ Risponde, ora, a questa stessa logica l'art. 5(6) del regolamento sulla nuova Autorità antiriciclaggio (AMLA), il cui testo recita «Ai fini dell'assolvimento dei compiti che le sono attribuiti dal presente regolamento, l'Autorità applica tutto il pertinente diritto dell'Unione e, se tale diritto dell'Unione è composto da direttive, la legislazione nazionale di recepimento di tali direttive. Laddove il diritto dell'Unione applicabile sia costituito da regolamenti e al momento tali regolamenti concedano esplicitamente opzioni per gli Stati membri, l'Autorità applica anche la legislazione nazionale di esercizio di tali opzioni».

gилanza bancaria, protezione dei dati, procura europea. Ecco il passaggio chiave per noi. Si tratta di un intreccio del tutto innovativo tra diritto nazionale e dell'Unione in base al quale prima, una direttiva, come in questo caso, viene recepita nell'ordinamento nazionale e, poi, al diritto nazionale di recepimento viene data interpretazione e applicazione da un'Istituzione europea – in questo frangente la BCE – e, quindi, in ultima analisi, anche dal giudiziario UE³⁷. Ricordo, a questo proposito, che anche le decisioni della BCE, basate sull'interpretazione del diritto nazionale, sono, a tutti gli effetti, atti giuridici ai sensi dell'art. 288.4 TFUE, anche quando presuppongono l'applicazione o l'interpretazione di norme statali.

Per quanto il ragionamento seguito dalla Corte sia parso alquanto criticabile e per quanto la questione non si sia chiusa con la decisione di appello, perché il Tribunale dovrà tornare a pronunciarsi, BCE c. Corneli dà ai costituzionalisti molto su cui riflettere. In primo luogo, la Corte di Giustizia non sembra prendere sul serio il diritto nazionale, così come del resto gli ideatori del testo dell'art. 4.3 che, nel dare mandato alla BCE di applicarlo, dovevano essere consapevoli che la BCE non avesse gli strumenti per conoscerlo a fondo (per quanto stupefacente possa sembrare). In secondo luogo, quando una corte nazionale ha dubbi sul diritto UE può adire la CGUE, garante dell'applicazione corretta e uniforme di quel diritto. Ma che cosa succede quando il giudice UE ha dubbi sul diritto nazionale? Provocatoriamente mi chiedo: si potrebbe, in questi casi, utilizzare una sorta di rinvio pregiudiziale alla Corte costituzionale³⁸? In terzo luogo, e a monte, a quali strumenti interpretativi la BCE avrebbe potuto rifarsi, essendo al pari di tutte le istituzioni europee vincolata al rispetto del principio del primato del diritto dell'Unione? Più in generale, ci si è giustamente domandati che cosa dovrebbero fare in casi simili le autorità europee, giudiziarie e non, e quale sarebbe la soluzione, invece, a fronte di una lacuna normativa nell'ipotesi di mancato recepimento la direttiva³⁹.

Gli *hybrid acts* sono una fonte che, come traspare anche dai commenti dottrinali, ha messo in difficoltà il giudiziario europeo e, in futuro, potrebbe anche contribuire ad una frammentazione del sistema di controllo giurisdizionale.

2. Per una nomopoiesi collaborativa.

Anticipo la riflessione che mi sta più a cuore e che è sottesa a tutta la relazione. Abbiamo finalmente la possibilità di ritrovarci, in sede di AIC, a ripensare ai rapporti tra i due ordinamenti che sono divenuti integrati e interdipendenti, ancora di più da quando la Corte costituzionale ha iniziato a utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale. Il rifiuto di praticare tale strumento e, dunque la decisione di rimanere fuori dal procedimento di formazione giurisprudenziale del diritto UE, ha

³⁷ Come messo in luce da F. ANNUNZIATA, T. DE ARRUDA, *Il caso Corneli*, cit., 78

³⁸ Che in qualche modo, si ricollega alla proposta formulata da D. Sarmiento e J. H. H. Weiler allo scopo di creare una Camera mista, presso la Corte di Giustizia, composta da giudici della Corte di Giustizia e costituzionali degli Stati membri con la funzione di risolvere i conflitti di competenza tra l'Unione e gli Stati, *The EU Judiciary After Weiss – Proposing A New Mixed Chamber of the Court of Justice: A Position Paper*, in CERIDAP, 3/2020, 49 ss.

³⁹ F. ANNUNZIATA, T. DE ARRUDA, *Il caso Corneli*, cit., 81.

avuto esiti negativi lampanti⁴⁰. L'utilizzo del canale istituzionale del rinvio ha dimostrato, al contrario, di avere una capacità *trasformativa* dalle enormi potenzialità. Il privilegio che ho in questa relazione è quello di poter descrivere un rapporto che – dopo decenni di stallo – è cambiato nella manciata di pochi anni. Dal 2017 in poi, con l'ordinanza che dimostra le falle della cd. regola Taricco, molto si è modificato, grazie alle sensibilità giuridiche e culturali del nostro Collegio (*infra*).

I risultati che il rinvio pregiudiziale può ottenere sono noti, numerosi e variegati. Tra questi vorrei enfatizzare quello che definisco di *nomopoiesi collaborativa*, compreso solo di recente dalla Corte costituzionale che, per troppo tempo, ha temuto che un suo utilizzo l'avrebbe subordinata alla Corte di giustizia⁴¹. Il rinvio pregiudiziale non si risolve infatti esclusivamente nell'essere un formidabile *canale* attraverso il quale si è perseguito, e si persegue, costantemente lo sviluppo del diritto UE. Non è cioè soltanto uno strumento che si serve della funzione nomofilattica delle decisioni delle alte corti nazionali per il raggiungimento della *nomofilachia europea*⁴². Esso può essere servente ad ottenere la partecipazione del portato nazionale costituzionale a un procedimento di adozione di decisioni interpretative con effetti *erga omnes*⁴³.

Ad avere un ruolo nel cambiamento di passo non è stata solo la tanto commentata stagione giurisprudenziale del cd. ri-accentramento, è evidente, infatti, che, ad esempio, anche la composizione del nostro Collegio ha avuto un peso. La compresenza di studiosi che si erano misurati, anche con esiti diversi, con i temi dell'integrazione europea, ha dimostrato l'importanza di questo tipo di riflessione scientifica⁴⁴. Il fatto che nel Collegio torni ad esserci chi ha vestito i panni dell'Avvocato generale è importante⁴⁵. Così come, a contrario, sarebbe prezioso, come proposto a suo tempo da Weiler, selezionare per la Corte di giustizia, giudici nazionali particolarmente esperti dell'ordinamento costituzionale nazionale che, perché no, abbiano vestito i panni del giudice costituzionale⁴⁶.

⁴⁰ Per Massimo Luciani l'unico effetto positivo sarebbe stato quello di aver posto al riparo, almeno in parte, la legalità costituzionale e salvaguardato il proprio primato, ID., *Gli atti comunitari e i loro effetti*, cit., 341-344.

⁴¹ Tanti studiosi hanno nei decenni dimostrato il contrario, per tutti esemplarmente, M. CARTABIA, *The Multilevel Protection of Fundamental rights in Europe: The European Pluralism and the Need for a Judicial Dialogue*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of Fundamental Rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2004. Un doveroso ricordo va anche alle riflessioni di S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 1 ss., in part. 23.

⁴² S. BARBIERI, *Il rinvio pregiudiziale tra giudici ordinari e Corte costituzionale. La ragione del conflitto*, Napoli, 2023, 108.

⁴³ In merito F. MEDICO, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna, 2023.

⁴⁴ Per fare solo qualche esempio: alla nomina di Marta Cartabia, da parte del Presidente Napolitano hanno sicuramente concorso i suoi studi sul diritto UE, così come per la nomina di Francesco Viganò da parte di Sergio Mattarella; mentre non si sa quanto i parlamentari che hanno eletto Silvana Sciarra e Augusto Barbera siano stati consapevoli della loro profonda conoscenza in argomento. Michele Massa ha ricostruito come la stessa attività di studio dei giudici in occasione di incontri internazionali abbia portato Cartabia e Barbera ad aggiornare una consapevolezza che hanno trasfuso poi nella sent. n. 269/2017, ID., *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2019, 737 ss., in part. 743 ss.

⁴⁵ Prima di Giovanni Pitruzzella, nominato dal Presidente Mattarella, era toccato a Giuseppe Tesaro, nominato dal Presidente Ciampi.

⁴⁶ «The position of the European Court is different from that of the Supreme Court of the United States and even of the House of Lords. Its relationship with, and dependence on, national courts is far more delicate and sensitive. In thinking about the future of European law, consideration must be given whether finally the European Court system should become European (rather than Anglo-American) and see the establishment of specialized jurisdictions, among them a European Constitutional Court composed of judges whose qualifications and expertise would be mostly in this

Si tratta di una relazione, quella tra le due Corti, in cui se le competenze sono cartesianamente suddivise, il fine dell'integrazione è stato invece condiviso. Per questo, oggi, di tale rapporto va evidenziata anche la dimensione collaborativa che entrambe, a mio parere, dovrebbero sviluppare. Le difficoltà e i contrasti tra la CGUE e le corti costituzionali dei Paesi membri sono ben note. Tale consapevolezza non collide con il sostenere l'utilità di un approccio per così dire di *nomopoiesi collaborativa* in cui la *parola* dell'una e dell'altra Corte non sia solo autoritativa, ma anche collaborativa⁴⁷. Non si deve necessariamente pensare che il risultato sia automaticamente quello di un rallentamento, o, addirittura, di una regressione dell'integrazione. Piuttosto di un'integrazione più attenta alle problematiche nazionali, a riprova di una raggiunta maturità che non teme di misurarsi con l'ordinamento costituzionale nazionale con parole più collaborative e meno autoritative. Ciascuna corte dovrebbe potenziare gli strumenti per individuare i 'nodi istituzionali' che l'altra è chiamata a tutelare – che, a questo punto del processo di integrazione, sono ben noti – adottando pronunce consapevoli dei principi fondamentali di ciascuno dei due ordinamenti e sistemi di giustizia.

Di certo si aprirebbe un confronto giurisdizionale che porterebbe le due Corti a rafforzarsi reciprocamente, a capire quali atteggiamenti smussare e quali dottrine aggiornare, senza che ciò possa accadere attraverso un'unica storica pronuncia proprio perché la realtà normativa è molto frastagliata⁴⁸. Ad esempio, si può immaginare che i rinvii pregiudiziali della nostra Corte possano contribuire a rafforzare la sensibilità costituzionale della CGUE e, perché no, a chiarire la dottrina dell'effetto diretto (*infra*). Si propone un approccio molto lasco, che lascia alle Corti ampio spazio per 'sbagliare', al fine però di modellare un nuovo modo di *stare insieme*, più ricco di sfumature del modello cd. per *canali paralleli*⁴⁹. Si tratta di due giudici che hanno dato prova di un profondo rispetto per l'integrazione europea: per l'uno, infatti, l'integrazione era ed è la ragione della sua stessa esistenza; mentre, per l'altro, la sfida è stata quella di innestare, in un ordinamento ancora dualista⁵⁰, il principio del primato e dell'effetto diretto, supplendo, come spesso è accaduto nella sua storia, all'assenza dell'azione legislativa. Perché, proprio oggi che abbiamo ottenuto i cambiamenti di passo tanto richiesti e attesi, dobbiamo commentare le decisioni che si inseriscono in questo filone, amplificandone i presunti passi falsi e denunciandole come 'pericolose' per la tenuta dei principi

field», ID., *The Constitutional Architecture of the European Union: The Principle of Constitutional Tolerance*, in [No17SpiritDiscussionPaper_JosephHWeiler_.pdf](#), 2000. Quella più recente, formulata con D. Sarmiento, è stata già descritta *supra* alla nota 36.

⁴⁷ Un esempio di questo approccio di collaborazione è stato rappresentato dalla messa a fuoco di una dimensione più tonda, per così dire, del diritto al silenzio, ottenuta grazie al rinvio pregiudiziale italiano (di validità e di interpretazione), contenuto nell'ordinanza n. 117/2019. Sia permesso rinviare a D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., 237 ss.

⁴⁸ Silvana Sciarra, ha definito le corti costituzionali come istituzioni del pluralismo, intendendo che anche la loro interlocazione con le corti europee diviene, per l'A., una modalità consueta e il confronto si fa metodo attivo del pluralismo, ID. *Corti a confronto. Giudici europei e giudici nazionali per una sovranità condivisa*, Bologna, 2025, 94-95.

⁴⁹ Sulla logica separazionistica della Granital e sulla sua evoluzione anche in confronto con l'ordinamento costituzionale tedesco, si veda da ultimo F. SAIITO, *Giurisdizione costituzionale e protezione dei diritti fondamentali in Europa. I sistemi accentrati di fronte alle sfide della legalità costituzionale europea*, Milano, 2024.

⁵⁰ Anche se, Antonio Ruggeri, per tutti, nella sua poderosa produzione scientifica, ha individuato spie di un possibile cambiamento in senso monista del sistema, e da ultimo in ID., *I confini mobili tra tecniche interpretative e tecniche decisorie, con specifico riguardo ai rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *Consulta Online*, 2025, 952 ss.; ID., *Rapporti tra il diritto dell'Unione europea e il diritto interno (valori fondamentali e tecniche di risoluzione delle antinomie)*, Napoli, 2025.

cardini dell'integrazione? Sono giudizi che nemmeno la CGUE ha deciso, molto saggiamente, almeno finora, di esplicitare.

E qui vorrei fare un invito a non avventarsi con intenti di maniacale sezionamento nel commentare ogni 'sospiro' della Corte costituzionale nei suoi tentativi di *nomopoiesi collaborativa*, per intendere i tentativi di mettere a fuoco l'inversione della doppia pregiudiziale. Non mi sembra utile *vedere* ogni sentenza come se fosse l'innescio di un incendio. Mi permetto di suggerire di essere meno apocalittici nei toni, e più consapevoli del *contesto*. L'impressione è che il *fine tuning* tra le due Corti non avverrà nello spazio di una sola decisione, ma attraverso una serie di pronunce che, come scosse di assestamento, si susseguiranno. Bisogna fare pace con una serie di verità che sono sotto gli occhi di tutta la comunità scientifica: la nostra Corte non è stata sottoposta a pressioni politiche di tipo sovraniste in questi ormai settant'anni di vita e, parlando a Costituzione invariata e avendo presente la sua evoluzione storica, così sarà nel futuro; la nostra Corte, dalla sentenza n. 170/1984 alla n. 181/2024 e seguenti, non ha mai cambiato idea sulla bontà dell'integrazione politica e giuridica, sul principio del primato e su quello di leale collaborazione, il cammino comunitario della nostra Corte, per parafrasare una nota espressione di Paolo Barile⁵¹, non si è interrotto; da sempre la giurisprudenza costituzionale sull'integrazione è fatta, come ricordava Silvestri nel 1999, di affermazioni e contro affermazioni, novità assolute e reiterazioni di passate acquisizioni che hanno sconcertato la dottrina, lanciata affannosamente all'inseguimento della Corte nelle sue giravolte⁵², potremmo probabilmente ripetere queste stesse parole per la stagione giurisprudenziale che sta aggiornando Granital⁵³; rispetto alla utilissima *fictio* che è stata la pronuncia n. 170/1984, la cui formalizzazione ha richiesto un'unica sentenza per essere perfezionata, siamo davanti a problematiche che richiedono, al contrario, puntualizzazioni ulteriori; tanto l'aggiornamento della dottrina Granital, quanto la necessità che la Corte costituzionale si assumesse l'onere di proporre ricorsi in via pregiudiziale⁵⁴ ai fini del rispetto di principi fondamentali dell'ordinamento – dal sistema accentrato di giustizia costituzionale al principio della legalità penale – sono sviluppi di riflessioni e proposte già avanzate dalla dottrina costituzionalistica di oltre venticinque anni fa (*infra*)⁵⁵. Si tratta

⁵¹ P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss.

⁵² ID., *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, cit., 160.

⁵³ Sia permesso rinviare a M.E. GENNUSA, D. TEGA, *Le ragioni dietro un paradigma*, in *Giur. cost.*, 1/2025, 201 ss.

⁵⁴ Non convinto di questa scelta si era già detto Sorrentino nel noto Convegno fiorentino del 1981 sulla Corte, ID., *Lo sviluppo della forma di governo italiana nella giurisprudenza della Corte in materia comunitaria*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 418.

⁵⁵ Marta Cartabia scriveva, ad esempio, «L'imbarazzo e le difficoltà del giudice ordinario davanti alle questioni che presentano profili problematici tanto sul piano del diritto comunitario, quanto su quello del diritto costituzionale interno sarebbero in larga misura sdrammatizzati se, come accadeva in passato, la Corte costituzionale si ritenesse abilitata a presentare essa stessa, laddove ne ravvisasse la necessità, una questione pregiudiziale di interpretazione o di validità del diritto comunitario alla corte di giustizia. Se così fosse, infatti, il giudice non dovrebbe avere preoccupazioni né esitazioni nell'adire la Corte costituzionale, la quale potrebbe darsi carico eventualmente di coinvolgere la Corte di giustizia. Questa soluzione sarebbe anche la più coerente con i principi che governano i due rimedi pregiudiziali, perché mentre di fronte ad un dubbio di legittimità costituzionale il giudice è tenuto a rivolgersi alla Corte costituzionale, viceversa di fronte alle questioni di interpretazione e di validità del diritto comunitario il giudice che non sia di ultima istanza ha facoltà, ma non obbligo, di rivolgersi alla Corte di giustizia», ID., J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili costituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 197-198.

della necessità di svolgere, oggi, quella funzione di custode dei principi costituzionali in relazione al processo di integrazione, evidenziata già ieri l'altro.

Parte II

3. La Corte di Giustizia: una Corte costituzionale per la UE.

A Catania nel 2005, nella relazione in tema di effetti degli atti comunitari sull'integrazione europea, Massimo Luciani colse l'occasione per ribadire la distanza che intercorreva tra la cd. legalità europea e quella costituzionale. Era fatale, scriveva, che «in un ordinamento privo del principio di legalità in senso proprio [...] la produzione del diritto comune imboccasse la via giudiziaria e che – anzi – proprio la giurisdizione rendesse le principali prestazioni integratrici»⁵⁶. Si tratta invero di una peculiarità prevista sin dagli albori e confermata di recente. Rolando Quadri nel 1963⁵⁷ scriveva che nel Trattato istitutivo della CEE, l'art. 164 disegnava in maniera *sibillina* il mandato della Corte di giustizia, individuandolo nella garanzia del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato⁵⁸. Lo studioso, nel chiedersi che cosa tale articolo intendesse per *diritto*, riconosceva che si trattava per lo più di una vera e propria attività di creazione e cioè di un sistema pretorio, facilitato anche dallo spirito di imitazione fra organizzazione e organizzazione⁵⁹.

Molto del diritto europeo più importante è stato, ed è, di formazione giurisprudenziale. In questa prospettiva la Corte di Giustizia si è rivelata un'istituzione di eccezionale rilevanza ed efficacia nel perseguire la costruzione del peculiare sistema UE. Particolarmente rilevante è la funzione sistemica della Corte quale garante ultimo dell'uniformità applicativa del diritto dell'Unione⁶⁰. Accenno di seguito cose notissime. Con la sentenza *Van Gend & Loos*⁶¹ è nata la dottrina dell'effetto diretto, definito, con giusta ragione, il motore dell'integrazione europea, l'espressione plastica del tenore integrazionista delle norme e dei principi dell'ordinamento UE⁶². La nozione non scritta, ma sviluppata appunto pretoriamente, è lievitata sino ad abbracciare un significato polisemico e dinamico che rappresenta una delle grandi incognite (vedi *infra*) della giurisprudenza europea. Si tratta, del resto, della dottrina di maggiore rilevanza, considerata la capacità di penetrazione che conferisce al

⁵⁶ M. LUCIANI, *Gli Atti comunitari*, cit., 340 ss.

⁵⁷ R. QUADRI, *Diritto pubblico internazionale*, 1963, 180.

⁵⁸ Cui l'art. 173 aggiungeva la competenza a sindacare la legalità degli atti del Consiglio e della Commissione.

⁵⁹ Quadri continuava così «Anche a tale riguardo non si deve parlare di «integrazione, di schemi precostituiti, ecc., poiché con questa dialettica nessun legislatore sarebbe più tale».

⁶⁰ C. FAVILLI, L. MARIN, *Il controllo giurisdizionale sulla designazione di un paese d'origine sicuro dopo la sentenza CV e Alace*, in *Riv. cont. eur.*, 3/2025, 1 ss.

⁶¹ M. CARTABIA, D. TEGA, T. PAVONE, A. VAUCHEZ, M.E. GENNUSA, *Van Gend en Loos sessant'anni dopo*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 903 ss.

⁶² Sul significato del principio dell'effetto diretto tanto è stato scritto, tra gli altri, si rinvia in particolare all'analisi e critica approfondita condotta da D. GALLO, *ult. cit.*

diritto UE. La dottrina del primato⁶³, a sua volta, è stata riconosciuta per la prima volta in *Costa c. Enel*. I due principi insieme, coadiuvati da quello dell'interpretazione conforme, hanno calato il giudice comune in un ruolo nuovo e stimolante, addossandogli, al contempo, doveri non privi di complessità, per usare un eufemismo, e che qui do per conosciuti. La stessa giurisprudenza sulla cd. incorporation ha contribuito, da tempo, come ricordava già Sergio Panunzio, ad ampliare il sindacato della Corte oltre gli atti statali di esecuzione e di stretta attuazione, sindacato alimentato dai rinvii pregiudiziali di giudici comuni che sovente collaborano ad 'allargare' i confini di applicazione del diritto UE, erodendo quelli delle corti nazionali⁶⁴.

Il contenuto attribuito, negli anni, al principio dell'autonomia del diritto europeo si è rivelato un altro *turning point*. Tale principio è stato asserito, implicitamente, a partire da *Van Gend & Loos* e, esplicitamente, per la prima volta in *Costa*, e poi sviluppato in maniera molto dettagliata nel parere 2/13 del 2014 (§ 179 ss.), con il quale la UE rinunciò all'adesione alla CEDU. A propria volta, tale principio – si legge nel parere – è indissolubilmente legato, tra gli altri, a quello di struttura costituzionale della UE, al principio di reciproca fiducia tra gli Stati membri, alla protezione dei diritti assicurata dalla CDFUE, al principio di leale cooperazione, e al rinvio pregiudiziale, chiave di volta del sistema giurisdizionale (§ 179 ss.). Per Koen Lenaerts, al terzo mandato come Presidente della Corte⁶⁵, il principio di autonomia del sistema giuridico UE, sia nei confronti del diritto internazionale che di quelli dei Paesi membri, è andato sviluppandosi insieme al processo di costituzionalizzazione che implica, dal suo punto di vista, che i Trattati non siano scolpiti nel marmo, ma vadano considerati strumenti viventi⁶⁶, finalizzati a rafforzare i valori europei.

Nel fascicolo 3/2025 dei *Quaderni costituzionali*, ho curato il focus monografico che si è prefisso di rispondere alla domanda se la CGUE abbia acquisito, in questi tanti anni di attività, elementi tipici di una giurisdizione costituzionale di stampo kelseniano⁶⁷. Che in Lussemburgo si sia compiuta una parte assai significativa della costruzione del cd. spazio costituzionale europeo lo si è dato per scontato. Così come sono stati lasciati da parte, essendo altrettanto noti, gli studi che avvicinano le attribuzioni della Corte a quelle di una giurisdizione suprema. Gli indici indagati per iniziare a capire le possibili metamorfosi di stampo costituzionalistico sono stati: il sindacato pregiudiziale di

⁶³ Si ritrova menzione scritta del primato solo nella Dichiarazione n. 17, allegata all'atto finale della Conferenza inter-governativa che ha adottato il Trattato di Lisbona.

⁶⁴ Ad es. tra le prime Wachauf c. Germania 13 luglio 1989, 5/88, ERT, 18 giugno 1991 C-260/89, Cinéthèque SA 11 luglio 1985, 60 e 61/84. S. PANUNZIO, *cit.*, 83 e 89. K. LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *European Law Review*, 2000, 590 ss.; M. CARTABIA, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, 347.

⁶⁵ Koen Lenaerts dal 1984 in poi ha ricoperto il ruolo di assistente di studio, di avvocato generale, di giudice del Tribunale, di giudice e presidente della Corte: si tratta di un'esperienza quarantennale al servizio delle Istituzioni europee. Per la composizione della Corte e del Tribunale si rinvia alle rispettive pagine web.

⁶⁶ Espressione usata anche nel contesto convenzionale in riferimento al testo della CEDU. Si tratta di un modo di propugnare un'interpretazione dei testi di tipo evolutivo che va incontro, come noto, a numerose critiche.

⁶⁷ Barbara Guastaferrero ha messo in luce come «La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla possibile giustiziabilità dei valori su cui si fonda l'Unione europea, sanciti dall'art. 2 TUE, rappresenta l'ultima tappa di quello che si potrebbe definire il «momento costituzionale» del processo di integrazione [...] Nelle sentenze della Corte di giustizia e relative principalmente, ma non solo, ai fenomeni di violazione dello stato di diritto all'interno di alcuni paesi membri dell'Unione, la Corte ha squadernato sempre più la propria natura costituzionale», ID., D. TEGA, *Una corte costituzionale per l'Unione europea? Un'introduzione*, in *Quad. cost.*, 3/2025, 509 ss.

validità sugli atti europei, cartina di tornasole decisiva, per alcuni di noi, per valutare la natura costituzionale del giudice⁶⁸; la struttura, il contenuto delle pronunce e il tenore delle argomentazioni in relazione alla garanzia del principio di non discriminazione, primo *principio costituzionale* elaborato dalla UE; le decisioni in tema di esercizio dei poteri delle istituzioni; il rispetto delle regole processuali e, in particolare, la modulazione degli effetti temporali delle decisioni frutto del ricorso di annullamento, della questione pregiudiziale di validità e di interpretazione; nonché il ruolo avuto nel processo di non adesione dell'Unione alla CEDU, con particolare riferimento al parere 2/2013 e all'atteggiamento critico, avente ad oggetto il mancato coordinamento tra il meccanismo del rinvio pregiudiziale e quello consultivo previsto dal Protocollo 16 alla CEDU. La risposta è che, almeno per gli indici che sono stati vagliati, la CGUE non è ancora una giurisdizione costituzionale, pur potendo rintracciarsi nel suo operato caratteristiche tipiche di quella.

Il quesito, in conclusione, può apparire provocatorio per i costituzionalisti che, almeno per la maggioranza, ritengono ancora azzardato il paragone tra la CGUE e le corti costituzionali di stampo kelseniano. In primo luogo, ciò che certamente è *dissonante* rispetto ad una caratteristica propria della nostra Corte, e non solo della nostra, è la mancanza di forti garanzie di autonomia e indipendenza nel procedimento di nomina dei giudici della CGUE⁶⁹. Da questo punto di vista, e nonostante l'elevata caratura che i suoi giudici hanno sempre posseduto e l'indipendenza che hanno dimostrato, si potrebbe dire che manca ancora il pedigree per giocare nella stessa lega delle più autorevoli giurisdizioni costituzionali europee. Di un gap di credibilità costituzionale che separa la Corte europea dalle corti nazionali parlò anche Weiler all'AIC di Perugia. In secondo luogo, il termine di paragone coinvolge, e non potrebbe essere altrimenti, anche la definizione stessa dei trattati come costituzione dell'ordinamento UE: mentre, come scrive Giovanni Pitruzzella, il «concetto di Costituzione porta con sé quello di limitazione del potere politico, di vincoli alla funzione normativa, di prevalenza sulle altre fonti del diritto», la costituzione europea «ha un'estensione e una precisione molto più ampie» di quelle nazionali, disciplinando materie e oggetti che negli ordinamenti statali sono normalmente sotto l'egida della fonte ordinaria. Si tratta di un modo di intendere la portata quantitativa e il significato del termine «costituzione» marchianamente avulso dal significato storico, filosofico, giuridico, politico e sociale che, per esempio, noi riconosciamo alla Costituzione repubblicana⁷⁰. In terzo luogo, un elemento cruciale, che rende *costituzionale* una giurisdizione, lo ha descritto il nostro collegio, ad esempio nelle decisioni nn. 264/2012 (sulle cc.dd.

⁶⁸ Come noto, in base alla decisione Foto Frost del 1987, C-314/85, ciascun giudice nazionale ha l'obbligo di indirizzare alla Corte un rinvio pregiudiziale di validità prima di poter disapplicare un atto (vincolante o meno) delle istituzioni della cui validità appunto dubiti. Non è purtroppo possibile, almeno per quanto mi consta, fare un censimento completo delle decisioni in cui la Corte di Giustizia ha dichiarato l'invalidità di una fonte del diritto europeo derivato; infatti, il motore di ricerca di curia.europa.eu non pare conformato in maniera tale da poter fare una ricerca quantitativa di questo tipo. Si tratta di una problematica che abbiamo discusso durante la programmazione del monografico con Tatiana Guarnier e Laura Cappuccio. Fatta questa avvertenza si può affermare che si sono rilevate almeno una trentina di pronunce in cui la Corte di giustizia ha invalidato una fonte del diritto europeo derivato.

⁶⁹ Si veda proprio sul procedimento di individuazione dei giudici, tema sul quale avremmo forse dovuto interrogarci meglio e prima, M.E. BARTOLONI, *Nomina dei giudici dell'Ue e Comitato 255: le implicazioni (non volute?) della sentenza Valančius*, in *Quad. cost.*, 4/2024, 939 ss.; nonché M. BOBEK (ed.) *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford, 2015.

⁷⁰ G. PITRUZZELLA, *La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel dialogo tra Corte di giustizia e Corti costituzionali*, cit.

pensioni svizzere) e 85/2013 (sul c.d. caso *ILVA*): la tutela sistemica, integrata e non frazionata dei diritti. Il ruolo di garante dei diritti, affidato alla Corte costituzionale, mantiene cioè una cifra del tutto peculiare rispetto agli altri livelli di tutela in cui i giudici, a partire da quelli comuni nazionali, hanno caratteristiche differenti e, in particolare, una minore (o nulla) prospettiva sistemica. La peculiarità della protezione costituzionale nazionale risiede non solo nel contenuto dei diritti affermato in Costituzione, ma anche nella maniera in cui tale protezione si inverte in un ordinamento nel cui contesto il giudice costituzionale opera. È un ordinamento a fini generali, basato su un'idea di dignità della persona che si articola in una pluralità di diritti e principi, ciascuno corrispondente a un aspetto della vita sociale in cui la personalità umana si esprime, in modo individuale o collettivo. È questa la complessità che si riassume nel carattere *sistemico*, il quale appartiene anzitutto alle scelte di bilanciamento, coordinamento e tutela dei diritti da parte del legislatore e, di riflesso, si manifesta anche nel sindacato che su tali scelte compete al giudice delle leggi. La considerazione della tenuta dell'intero ordinamento, una Corte costituzionale la deve assicurare anche quando non si trovi a tutelare diritti, ma a dirimere conflitti di attribuzione o a preservare il corretto funzionamento del sistema delle fonti dell'ordinamento.

La domanda di ricerca se la Corte di giustizia sia diventata una corte costituzionale, ha una risposta pienamente affermativa per gli studiosi di diritto UE. L'Unione è un ordinamento che opera come un sistema autoreferenziale di norme, coerente e completo, dotato di una giurisdizione costituzionale. Basti ricordare che la decisione *Cilfit*⁷¹, nella quale si esplicitavano i passaggi che i giudici comuni avrebbero dovuto seguire nel proporre il rinvio pregiudiziale, venne intesa da Federico Mancini come il momento di evoluzione della Corte di giustizia in una giurisdizione costituzionale, evoluzione che poi si sarebbe viepiù sviluppata⁷². L'auto percezione della Corte sappiamo benissimo, come già detto, qual è: risale al 1986, in *Les Verts*, l'affermazione che i trattati – di cui essa è interprete – sono la carta costituzionale del peculiare ordinamento⁷³. Questa autopercezione è rilanciata dagli studiosi di diritto europeo, alcuni dei quali l'hanno considerata alternativamente come una giurisdizione costituzionale o come un tribunale più simile ad una Corte suprema, titolata cioè non solo a risolvere questioni costituzionali, ma soprattutto a garantire l'unità e la coerenza del diritto. Lo strumento del rinvio pregiudiziale, definito come chiave di volta e architrave dell'ordinamento, combinato con l'adesione entusiastica dei giudici nazionali – dovuta anche alla attitudine sviluppata dalla Corte favorevole alla massima ammissibilità – e con l'effetto della disapplicazione non ha fatto che alimentare questa lettura. Pierre Pescatore caricò il rinvio anche del significato di rappresentare una sorta di procedura di infrazione dei cittadini⁷⁴, o comun-

⁷¹ Decisione del 6 ottobre 1982, C-238/81.

⁷² Nel rapporto tra Corte e giudice nazionale, si compie quella funzione che Silvana Sciarra definisce maieutica, ID., *Corti a confronto*, cit., 70.

⁷³ Decisione del 23 aprile 1986, *Les Verts*, causa 294/83, § 23. Di questa autopercezione hanno scritto in seguito anche A. LA PERGOLA, *Costituzione e integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 815 ss., in part. 822; F. SORRENTINO, *Svolta della Corte sul rinvio pregiudiziale: le decisioni 102 e 103 del 2008*, in *Giur. cost.*, 2/2008, 1288 ss.

⁷⁴ S. BARBIERI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 63.

que, come ha scritto Joseph Weiler, di mettere al centro l'individuo⁷⁵, che è sempre un modo efficace per aumentare la percezione di giocare un ruolo costituzionale. In particolare poi, da quando, nel 2009, la CDFUE ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati (il riferimento è all'art. 6 TUE che richiama anche la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri) lo sviluppo *costituzionale* della Corte è stato percepito ancor più evidente, anche grazie alla straordinaria capacità dei diritti di *ammantare* di costituzionalità i documenti che ne trattano e le istituzioni che li difendono⁷⁶, come «strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento Ue»⁷⁷.

Ad esempio, nella decisione *Achmea*⁷⁸, la struttura *costituzionale* è stata definita alla luce del diritto dell'Unione inteso come fonte autonoma, costituita dai trattati, caratterizzata dal primato sui diritti degli Stati membri nonché dall'efficacia diretta di tutta una serie di disposizioni applicabili ai loro cittadini e agli stessi Stati. Tali caratteristiche hanno dato luogo – continua la decisione – «a una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano in modo reciproco gli Stati membri e l'Unione, nonché gli Stati tra di loro. Il diritto dell'Unione poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato condivide con tutti gli altri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE». In questo tipo di struttura costituzionale, il compito della Corte, insieme ai giudici nazionali, «è quello di costituire un sistema giurisdizionale che assicuri la coerenza e l'unità nell'interpretazione del diritto dell'Unione, garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione nell'insieme degli Stati membri, nonché la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti agli amministratori in forza del diritto dell'Unione». In tale contesto, la chiave di volta del sistema giurisdizionale «è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione, permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati» (in part. §§ 33-37 della decisione). La CGUE è pur sempre l'interprete ultima dell'ordinamento; è garante della distribuzione dei poteri (prima a livello verticale e poi orizzontale) e dell'ordinamento peculiare della UE (così come le giurisdizioni costituzionali lo sono dei rispettivi sistemi giuridici); è garante del primato del diritto

⁷⁵ J. H. H. WEILER, *Revisiting Van Gend en Loos: Subjectifying and Objectifying the Individual*, in A. TIZZANO, J. KOKOTT, S. PRECHAL (eds), *50th anniversary of the judgment in Van Gend en Loos 1963-2013: conference proceedings*, Luxembourg, 2013, 11 ss.

⁷⁶ Per quanto, nel silenzio dei trattati istitutivi, era dalla fine degli anni '60 del secolo scorso che la sua supplenza nel campo della tutela dei diritti era a dir poco significativa, si veda M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007.

⁷⁷ L. S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'Ue*, in *Quad. cost.*, 3/2003, 565 ss. Per i Quaderni costituzionali ho curato un focus, dedicato al ventennale della Carta di Nizza, nei fascicoli 3-4, 2020: in particolare, i contributi di Andrea Manzella, con Íñigo Méndez de Vigo, e quello di Giuliano Amato, confermano che, anche per via del tono, del contenuto e dell'aspirazione costituzionali della Carta, il Trattato costituzionale del 2004 fallì.

⁷⁸ C-284/16, del 6 marzo 2018, in cui è stata sancita l'inapplicabilità della clausola arbitrale inserita in accordi tra Stati membri. Ma già almeno nel parere 2/13, su adesione alla CEDU (§§ 168-177), e prima ancora Parere 14 dicembre 1991, n. 1, § 21. Sul fatto che la Corte abbia prospettato una postura autenticamente costituzionale dell'ordinamento dell'Unione si veda, da ultimo, R. BARATTA, *Note sul diritto primario dell'Unione e sulla sua presunta valenza costituzionale*, in F. FABRIZI, G. PICCIRILLI (a cura di), *Fenomenologia della produzione normativa*, cit., 184 ss.

che lo integra, originario o derivato che sia; è garante dei diritti fondamentali proclamati nella CDFUE quando essi siano applicati dalle istituzioni europee e, anche, quando ad applicarli sono i singoli Stati; è, da ultimo, custode di un'identità costituzionale europea ancorata al rispetto dei valori comuni agli Stati membri di cui all'articolo 2 TUE, come dimostra la più recente casistica giurisprudenziale in materia di *rule of law backsliding* e condizionalità di bilancio.

Il potenziamento della riflessione su un novero di argomenti più ristretto è alla base della riforma dello Statuto della Corte (da essa stessa proposta) e avvenuta nell'ottobre 2024. Al Tribunale sono assegnate sei aree tematiche sulle quali ha competenza a decidere i ricorsi in via pregiudiziale (art. 50-ter), la stessa Corte trasferisce le domande all'attenzione del Tribunale. Lo scopo di questa riforma è chiaro: alleggerire il carico di lavoro della Corte che, di conseguenza, andrebbe sempre più a concentrare la propria attenzione su questioni di caratura costituzionale; meno chiara è la resa di questa parte in particolare della riforma⁷⁹. Solo il tempo ci dirà se essa raggiungerà lo scopo o meno. Se la modifica andrà a segno, i rapporti con le corti costituzionali nazionali potranno ulteriormente cambiare. Nello scenario migliore, quello altamente auspicabile, la Corte di giustizia, una volta sgravata da decisioni di basso tenore costituzionale, potrebbe concentrarsi su quelle che maggiormente richiedono una conoscenza raffinata degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. In questo senso potrebbe farsi parte diligente del rapporto di *nomopoiesi normativa* che si è già descritto.

In particolare, gli scritti accademici dei giudici europei (inclusi quelli del Tribunale)⁸⁰ hanno alimentato in maniera molto brillante questa lettura, rispedendo al mittente anche l'accusa che la Corte sia attivista: in alcuni noti casi, hanno comparato la Corte alla US Supreme Court⁸¹. È questo il caso, prima, di Pierre Pescatore, e, poi, di Koen Lenaerts che fece di questa comparazione materia della sua tesi di dottorato. Si tratta di scritti che si caratterizzano non solo per acume e profondità, ma anche per una vera e propria professione di fede nel progetto europeo.

In questa occasione non posso dedicare ulteriore spazio alla riflessione sulla natura costituzionale della CGUE e, più in generale, al contesto istituzionale in cui è calata (in particolare in riferimento al suo rapporto con il potere legislativo). Si tratta di temi estremamente interessanti e certamente utili per comprendere la traiettoria di questa giurisdizione e l'autorevolezza che ha acquisito, ma che mi porterebbero lontano dal profilo che invece ci mette più in crisi. Il profilo che attiene allo stile di ragionamento, che è stato definito, da un'autorevole e studiosa di diritto UE Gráinne de Búrca, come self-referential, formulaic and often minimalist (minimalista nel senso di eccessi-

⁷⁹ Hanno due visioni opposte sull'argomento D. SARMIENTO, 'Editorial Note: On the Road to a Constitutional Court of the European Union: The Court of Justice After the Transfer of the Preliminary Reference Jurisdiction to the General Court', in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2023, 19, VII; J. ALBERTI, *O Tell Me the Truth About the Transfer of Preliminary References to the General Court. Three Narratives to Be Questioned, Two Thorny Issues to Be Introduced and One Scenario to be Addressed as the Main Legacy of the Recent Reform of the CJEU Statute*, in *European Papers – A Journal on Law and Integration* Vol. 10(2), 2025, 333 ss. Si veda anche il fascicolo speciale dedicato a *La riforma dello Statuto della CGUE*, *Riv. cont. eur.*, 1/2025.

⁸⁰ Sul tema, in riferimento esclusivamente ai giudici della Corte e non del tribunale, in un'ottica di generale apprezzamento del cd. academic activism dei giudici, si veda F. RISTUCCIA, E. SPAVENTA, *The role of judges in academic and political discourse*, in M. DAWSON, E. MUIR, AND B. DE WITTE (eds), *Revisiting Judicial Politics in the European Union*, Cheltenham, 2024, 352 ss.

⁸¹ K. LENAERTS, *Interpretation and the Court of Justice: A Basis for Comparative Reflection*, in *The International Lawyer*, Winter 4/2007, vol. 41, 1011 ss.

vamente contratto)⁸², non si cura dell'impatto esterno e dell'influenza delle sue decisioni. Anche Weiler, come dicevo, mise in evidenza le carenze della tecnica redazionale dalla tribuna dell'AIC di Perugia. Non mi riferisco dunque all'accusa di attivismo giudiziario⁸³ che più che un'accusa mi sembra una caratteristica innata nella Corte di giustizia, sol che si ponga attenzione a quanto sostenuto da Quadri e soprattutto se intendiamo per attivismo (sapendo la difficoltà di isolarne un unico significato) la possibilità avuta dalla Corte di forgiare dottrine che sono state alla base dello sviluppo dell'integrazione come abbiamo appena detto. Mi riferisco invece, e più in particolare, all'argomentare che usa e che può risultare, come si vedrà anche in seguito, spesso mancante di sufficienti spiegazioni, di precisione tecnica, caratterizzato da una metodologia debole o incomprensibile⁸⁴ (a differenza delle Conclusioni degli avvocati generali che, almeno per la maggioranza, risultano particolarmente articolate). Questo tipo di scrittura e di ragionamento giuridico non permette un dialogo proficuo tra le Corti. Si tratta di difetti oggetto di un'attenta analisi da parte della dottrina del diritto UE e che, come noto, sono stati messi nero su bianco, per così dire, anche dai giudici costituzionali tedesco, nella decisione sul PSPP (*supra*), e italiano, nel rinvio pregiudiziale nella saga Taricco (*infra*). Si tratta di mancanze che mettono a repentaglio la certezza del diritto e che, nella prospettiva del progetto di integrazione, indeboliscono l'autorevolezza della Corte di giustizia, 'invitando' le corti costituzionali/supreme nazionali ad attrarre a sé competenze e poteri che spetterebbero alla CGUE⁸⁵.

3.1 L'imprevedibilità della Corte di Giustizia cui sembrano mancare le parole.

⁸² ID., *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20, 2013.

⁸³ La dottrina di diritto Ue si interroga da tempo sull'appropriatezza dell'accusa di *judicial activism* rivolta alla Corte, considerata sia la nota difficoltà di individuare un significato determinato all'espressione, sia il fatto che tanto segnali di activism quanto di passivism sarebbero presenti a seconda dei filoni giurisprudenziali che si prendono in considerazione, si veda M. DAWSON, E. MUIR, AND B. DE WITTE (eds) *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013; ID., *Revisiting Judicial Politics in the European Union*, Cheltenham, 2024.

⁸⁴ Tra gli altri sull'argomento anche G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a human rights adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol 20, 2013, 168. Una posizione in parte differente la propone, in modo sempre brillante, M. DAWSON, *Revisiting Europe's 'law-politics imbalance'*, in M. DAWSON, E. MUIR, AND B. DE WITTE (eds), *Revisiting Judicial Politics*, cit., in part. 25 ss. L'accusa di attivismo è smontata, per esempio, da chi ritiene vada sottolineata piuttosto la mancanza di sufficienti e precise spiegazioni, la debole metodologia, il calo di precisione tecnica come dimostra F. DEHOUSSE, *The reform of the EU Courts (IV)*, Egmont Paper 96, Settembre 2017, già giudice del Tribunale, quando scrive «Quite aside from activism, the reading of various national judgments and academic comments seems to reflect a growing problem linked to the weak explanations of a substantial number of ECJ judgments. Some confusion exists, however, between the two problems. Judgments that provide limited explanations can, as a matter of fact, generate a feeling of activism, because the judicial decisions' basis and impact remain uncertain. This, rather than activism, may explain the present malaise surrounding some ECJ judgments», in part. 14. Al contrario, c'è chi afferma che, per cogliere appieno l'intensità e la robustezza delle argomentazioni non ci si dovrebbe limitare all'esame delle sole decisioni rivoluzionarie per le novità che introducono, ma si dovrebbero tenere in adeguata considerazione anche le sentenze precedenti e quelle successive, perché solo così si può adeguatamente trovare il *fil-rouge* del ragionamento sotteso. Questa è la voce dell'attuale Presidente della CGUE, Koen Lenaerts, come riportata da M. E. GENNUSA, *La «materia costituzionale». La natura della Corte di giustizia alla luce della sua giurisprudenza sul principio di non discriminazione*, in *Quad. cost.*, 3/2025, in part. 593-594.

⁸⁵ D. GALLO, nei suoi due volumi, già citati, sull'effetto diretto, si riferisce esplicitamente alla decisione n. 269/2017.

Venendo a considerare i cambiamenti che dopo il Trattato di Lisbona hanno registrato i rapporti tra diritto europeo e diritto interno due sono i temi che hanno mostrato un alto tasso di imprevedibilità: i contorni, davvero confusi, che ha assunto la giurisprudenza sull'effetto diretto⁸⁶ (compresa, ovviamente quella inerente al riconoscimento dell'effetto diretto agli artt. 21, sul divieto di discriminazione⁸⁷, 31.2, sul diritto alle ferie⁸⁸, 47, sul diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo⁸⁹); il cambiamento ontologico della struttura delle disposizioni, basti pensare all'esempio degli *hybrid acts* (si veda § 1.3 Parte I) o, più semplicemente, alle disposizioni della stessa CDFUE, che non posseggono la precisione delle direttive o dei regolamenti.

Scelgo, anche per motivi di spazio, di richiamare quattro decisioni significative della ondivaga giurisprudenza in tema di effetto diretto: si tratta di una deriva denunciata, in prima battuta, dalla dottrina⁹⁰ alla quale rimando per riflessioni più complesse di quelle che in questa sede ci interessano. È una giurisprudenza che costituisce un serio motivo di preoccupazione, in primo luogo, per la certezza del diritto.

In *Link Logistic*, del 4 ottobre 2018, causa C-384/17, in tema di proporzionalità delle sanzioni, ad esempio, viene affermata una deviazione significativa dai precedenti nel momento in cui è riconosciuta la necessità di disapplicare il diritto nazionale in contrasto con quello UE, sprovvisto di effetto diretto, in nome del principio del primato⁹¹. Benché si trattasse di una norma di direttiva cui non era possibile riconoscere effetto diretto, la Corte ha valorizzato il dovere di interpretazione conforme cui si deve attenere il giudice nazionale e l'obbligo di disapplicazione che deriva nei casi in cui l'applicazione del diritto nazionale porti ad un risultato contrario a quello UE. Ma come ovviare, in un caso come questo, all'eventuale inerzia del legislatore nazionale, tenuto conto appunto del mancato effetto diretto della direttiva? A un anno di distanza, in *Poplawski II*⁹², su un

⁸⁶ Tra i numerosi contributi su questo tema, rinvio, anche per la bibliografia, oltre che a D. GALLO, cit.; a B. DE WITTE, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2021, 187 ss.

⁸⁷ Non ho qui lo spazio per affrontare il filone giurisprudenziale in merito al riconoscimento dell'effetto diretto di alcune disposizioni della Carta, richiamo solo gli estremi delle decisioni: Corte giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*; Corte giust., 22 gennaio 2019, causa C-193/17, *Cresco Investigation GmbH contro Markus Achatzi*.

⁸⁸ Corte giust., 6 novembre 2018, cause riunite C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal contro Maria Elisabeth Bauer* (C-569/16), e *Volker Willmeroth, in qualità di titolare della TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK contro Martina Broßonn* (C-570/16); Corte giust., 6 novembre 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contro Tetsuji Shimizu*.

⁸⁹ Sent. *Egenberger*; Corte giust., 15 aprile 2021, causa C-30/19, *Diskrimineringsombudsmannen contro Braathens Regional Aviation AB*. Il carattere imperativo è stato, in realtà, riconosciuto espressamente ai soli artt. 21 e 31, par. 2.

⁹⁰ Per tutti, rimando, di nuovo, agli scritti di Daniele Gallo già citati.

⁹¹ Il caso originava dalla disavventura capitata ad un camionista ungherese il quale, non avendo pagato un pedaggio, si era trovato, in base alla legge nazionale, a dover pagare una sanzione sproporzionata (di 532 euro a fronte di un pedaggio da 63 euro). A nulla era valso il pagamento del pedaggio, sebbene in ritardo. La legge nazionale appariva in contrasto con la direttiva 1999/62/CE in tema di tassazione di autoveicoli che stabilisce, all'art. 9 bis che gli Stati debbano garantire sanzioni effettive e dissuasive, ma anche proporzionate.

⁹² Decisione del 24 giugno 2019, causa C-573/17, cfr. D. GALLO, *La disapplicazione è sempre figlia dell'effetto diretto, non del (solo) primato: Poplawski*, in C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna, 2020.

tema di spessore come quello dell'esecuzione di un mandato di arresto europeo⁹³, la Corte corregge la pericolosa deviazione e conferma che la disapplicazione non può prescindere dalla combinazione di primato ed effetto diretto⁹⁴.

In una decisione su un caso molto simile a quello affrontato in *Link Logistic, NE*, dell'8 marzo 2022, causa C-205/20, la Corte però cambia clamorosamente idea a rispetto *Link Logistic*. Al legale rappresentante di una società austriaca viene comminata una sanzione manifestamente sproporzionata, in contrasto con l'art. 20 della direttiva 2014/67, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, che stabiliva che il diritto nazionale, in attuazione della direttiva, deve prevedere sanzioni non solo effettive e dissuasive, ma anche proporzionate. Il giudice nazionale non sapeva come comportarsi, considerato che il legislatore austriaco non aveva modificato la legislazione, seppur già dichiarata in contrasto con il diritto UE. In questo caso, all'opposto del precedente, la direttiva viene ritenuta possedere effetto diretto, con il risultato di portare, in combinato con il primato, alla disapplicazione parziale della legislazione nazionale! Inoltre, si riconosce che il principio di proporzionalità costituisce un principio generale del diritto dell'Unione, che «si impone agli Stati membri nell'attuazione di tale diritto anche in assenza di armonizzazione della normativa dell'Unione nel settore delle sanzioni applicabili»; principio sancito in materia penale dall'art. 49, paragrafo 3, della Carta, «che l'articolo 20 della direttiva 2014/67 si limita a richiamare» e che «presenta carattere imperativo»⁹⁵.

Mi pare interessante perché espressiva delle dinamiche che la Corte vive al suo interno, la decisione *Thelen Technopark Berlin*, del 18 gennaio 2022, causa C-261/20, che ha confermato il ritorno all'assunto tradizionale⁹⁶, puntualizzando però la possibilità per il giudice nazionale, sulla base del

⁹³ L. CAPPUCCIO, *cit.*

⁹⁴ «§ 59. Ciò premesso, occorre inoltre tenere conto delle altre caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione e, più specificamente, del riconoscimento di un effetto diretto a una parte soltanto delle disposizioni di tale diritto. § 60. Il principio del primato del diritto dell'Unione non può quindi condurre a rimettere in discussione la distinzione essenziale tra le disposizioni del diritto dell'Unione dotate di effetto diretto e quelle che ne sono prive, né, pertanto, a instaurare un regime unico di applicazione di tutte le disposizioni del diritto dell'Unione da parte dei giudici nazionali. § 61. Per contro, una disposizione del diritto dell'Unione che sia priva di effetto diretto non può essere fatta valere, in quanto tale, nell'ambito di una controversia rientrante nel diritto dell'Unione, al fine di escludere l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale ad essa contraria. § 68 Come confermato dalla giurisprudenza ricordata ai punti da 64 a 67 della presente sentenza, l'obbligo, per un giudice nazionale, di disapplicare una disposizione del suo diritto interno contraria a una disposizione del diritto dell'Unione, pur se derivante dal primato riconosciuto a quest'ultima disposizione, è tuttavia condizionato dall'effetto diretto della suddetta disposizione nella controversia di cui detto giudice è investito. Pertanto, un giudice nazionale non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione, qualora quest'ultima disposizione sia priva di effetto diretto».

⁹⁵ Critica, in merito, M. LANOTTE, *La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE*, 2 maggio 2023, sul sito del Blog di AISDUE. Significative sono le riflessioni fatte da Francesco Viganò che riprendo nella Parte III, ID., *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia, in Sistema Penale*, 26 aprile 2022.

⁹⁶ Il caso nasceva una presunta violazione da parte della normativa tedesca delle disposizioni della direttiva 2006/123 sulle tariffe minime e massime per gli onorari di ingegneri e architetti in una controversia di natura orizzontale. Poiché le direttive non possono avere effetto diretto orizzontale al § 33 la Corte ha confermato che «Ne consegue che un giudice nazionale non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione, qualora quest'ultima disposizione sia priva di efficacia».

diritto interno, di disapplicare qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una norma del diritto dell'Unione priva di efficacia diretta⁹⁷.

Nel 2024 la Corte stupisce con una pronuncia molto innovativa e dai risvolti non del tutto chiariti, *K.L. c. X sp. z o.o.*, C-715/20, in tema di licenziamento illegittimo in una controversia tra lavoratore e datore di lavoro. Alla domanda del giudice polacco, che chiedeva se si potesse far valere l'Accordo quadro, legato ad una direttiva sulla non discriminazione nel lavoro a tempo determinato, insieme al principio generale riguardante il divieto di discriminazione (art. 21 CDFUE), riconoscendo effetto orizzontale alle disposizioni, la Corte, senza prendere in considerazione l'art. 21 CDFUE, ha stabilito che l'art. 4 dell'Accordo quadro sintetizza un principio di diritto sociale dell'Unione che non può essere interpretato in modo restrittivo e che avrebbe effetto diretto. L'obbligo di disapplicazione viene fatto derivare però dall'effetto diretto, riconosciuto dall'art. 47 CDFUE, che garantisce il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo, stante il suo carattere autosufficiente, in grado di riconoscere un diritto invocabile in quanto tale⁹⁸. La conclusione è pertanto che il giudice nazionale deve assicurare la tutela giurisdizionale garantita dall'art. 47 in combinato disposto con l'Accordo quadro. Lo stile apodittico e non motivato, per dire il meno, con cui è espresso il ragionamento, sacrifica la comprensione, ancora una volta, su un tema non secondario. La Corte, invece che attribuire effetto diretto al combinato disposto tra norma sostanziale della Carta e direttiva, che ne specifica il contenuto e abbia i requisiti di tassatività per l'effetto diretto (come, avrebbe avuto un senso), lo attribuisce al combinato disposto art. 47 CDFUE e Accordo quadro (comunque connesso alla direttiva). Da qui il dubbio se ciò vuol dire che una direttiva tassativa possa avere effetto diretto anche orizzontale tutte le volte che prevede qualche diritto/pretesa (anche senza che siano garantiti espressamente dalla CDFUE) che possa essere rivendicato davanti a un giudice. Quest'ultima interpretazione, che di fatto allargherebbe molto il novero del riconoscimento degli effetti orizzontali⁹⁹, però contrasta con il fermo diniego da parte della Corte che una direttiva possa produrre effetti diretti tra soggetti privati¹⁰⁰.

diretta (sentenza del 24 giugno 2019, *Poplawski*, C-573/17, EU:C:2019:530, punto 68), ferma restando tuttavia la possibilità, per tale giudice, nonché per qualsiasi autorità amministrativa nazionale competente, di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di tale efficacia». Con la precisazione che può essere il diritto interno a garantire l'uniformità del diritto Ue, non tenendo conto della distinzione tra norme ad effetto diretto e norme che ne sono prive.

⁹⁷ Gennusa fa notare che la Corte decide di non seguire le conclusioni dell'Avvocato generale che chiedeva, nell'impossibilità di riconoscere efficacia diretta alla direttiva in un rapporto tra privati, di collegare la direttiva all'art. 16 della CDFUE, che garantisce la libertà d'impresa, riconoscendolo come disposizione «autosufficiente», quando in realtà la protezione di tale diritto è prevista dalla CDFUE in conformità al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, *Id.*, *cit.*

⁹⁸ L'assenza di motivazioni del licenziamento impedirebbe al lavoratore di decidere con piena contezza della situazione se presentare ricorso contro il datore di lavoro, costituendo la violazione del diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo.

⁹⁹ Perché nella pratica sarebbero frequenti le ipotesi di un combinato disposto tra art. 47 CFUE e direttiva.

¹⁰⁰ Si veda per la discussione del caso *M. E. GENNUSA*, *Trattato di Lisbona e fonti del diritto*, *cit.*, in particolare 24 ss. L'A. nota che la Corte sceglie la strada che l'AG, Giovanni Pitruzzella, aveva espressamente escluso potesse essere percorsa. Nonchè L. CECCHETTI, *Something New under the Sun: The Direct Effect of Directives Plus Article 47 Charter in Horizontal Situations in the K.L. Judgment*, 24 aprile 2024, sul sito del Blog di AISDUE.

Dalla Corte ci si aspetterebbe dunque da un lato, uno sforzo maggiore per cercare di essere più chiara, più attenta a sviluppare ragionamenti solidi, comprensibili, dai quali derivino criteri ermeneutici congruenti ed articolati a beneficio della certezza del diritto e delle garanzie individuali, e dall'altro, di essere meno ondivaga. L'esigenza è quella di evitare due fenomeni collegati: il rischio di indebolire il processo di integrazione¹⁰¹ e quello di perdere autorevolezza nel dialogo con i giudici nazionali¹⁰².

Parte III

4. La Corte costituzionale e l'integrazione: la voce dell'ordinamento italiano.

Sul piano istituzionale, la relazione di Federico Sorrentino del 1992 mise chiaramente in luce due tendenze che hanno trovato conferma durante i ventitré anni trascorsi da allora, l'ampliamento del ruolo della Corte di Giustizia e dei giudici comuni, da un lato, e l'emarginazione della Corte costituzionale, dall'altro¹⁰³. La lucidità di previsione è stata disarmante. L'utilizzo del ricorso in via pregiudiziale da parte dei giudici comuni¹⁰⁴, insieme al riconoscimento degli effetti diretti delle decisioni interpretative della Corte di Giustizia (pronuncia n. 113/1985), ha dotato il diritto UE di un'incisività senza pari¹⁰⁵. Le tre fasi¹⁰⁶ giurisprudenziali in cui Sorrentino aveva suddiviso il cammino comunitario della nostra Corte sono state utilizzate poi da Silvestri, per limitarci alle occasioni AIC, per diventare in seguito un topos della manualistica italiana. Si tratta di una giurisprudenza fatta, come ho scritto (*supra*), usando appunto le parole di Silvestri del 1999, di affermazioni e

¹⁰¹ Si tratta di quello che D. Gallo definisce minimalismo giudiziario, nel suo volume in inglese, *cit.*, 163, 419-420.

¹⁰² Nella prospettiva contenutistica è stata avanzata la proposta di riconoscere una volta per tutte e in maniera esplicita l'effetto diretto, nel rispetto di una serie di condizioni, delle direttive nei rapporti orizzontali cfr. D. GALLO, *cit.*, o quanto meno l'effetto diretto orizzontale che deriva dal combinato disposto di una disposizione della Carta che fonda l'invocabilità di un diritto e la direttiva che ne precisa in modo chiaro e tassativo il contenuto e le condizioni di esercizio si veda M. E. GENNUSA, *Trattato di Lisbona e fonti del diritto*, cit.

¹⁰³ Questi due elementi combinati «producono uno stretto raccordo tra la Corte comunitaria e i giudici comuni, ne allentano la soggezione alla legge, per il fatto che essi si vedono autorizzati a disapplicarla indipendentemente dall'intervento della Corte costituzionale» e ancora «Il ritirarsi della Corte costituzionale dalle questioni di compatibilità delle leggi con il diritto comunitario finirà con l'emarginare lo stesso Parlamento e col mettere in primo piano il raccordo Corte di giustizia-giudici nazionali. Da questo raccordo nascono le pronunce più innovative della Corte di giustizia con le quali il nostro ordinamento, spesso in modo affannoso, è costretto a misurarsi», ID., *La Costituzione italiana*, cit., rispettivamente 72 e 78).

¹⁰⁴ J. ALBERTI, *I rinvii pregiudiziali italiani dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona al 31.12.2021: uno studio sulla prassi e sulle sue prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2023, 135 ss.; G. DE CRISTOFORO, J. ALBERTI, *Il rinvio pregiudiziale come strumento di sviluppo degli ordinamenti*, Pisa, 2023.

¹⁰⁵ L'atteggiamento assunto dalla Corte UE è stato quello di ricorrere davvero raramente all'irricevibilità del ricorso, adattandosi - oggi che a ricorrere sono le giurisdizioni costituzionali - anche alle peculiarità del giudizio costituzionale, si veda per es. il ragionamento seguito in O.D. e a. 2 settembre 2021, C-350/20 in S. BARBIERI, *cit.*, 104.

¹⁰⁶ A cui si aggiunge almeno una quarta che è quella che inizia con le pronunce seguite alla n. 170/1984, come notava Cartabia in ID., J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., e che in parte smentisce il paradigma Granital cfr. F. VIGANÒ, *Quel che resta di Granital*, in *Giur. cost.*, 1/2025, 23 ss.

contro affermazioni, novità assolute e reiterazioni di passate acquisizioni che ha sconcertato la dottrina, lanciata affannosamente all'inseguimento della Corte nelle sue giravolte¹⁰⁷. Potremmo spendere parole abbastanza simili anche per la giurisprudenza inaugurata dalla *precisazione* contenuta nella sentenza n. 269/2017. Silvestri proseguiva, notando che in Italia, e non solo, «[...] l'avanzata del diritto comunitario si sia verificata a seguito di una serie di sentenze proprio della Corte costituzionale è la migliore dimostrazione che solo il supremo tutore *nazionale* della legalità costituzionale può avere l'*ultima parola* [*enfasi mia*] sia in tema di efficacia delle norme comunitarie, sia in tema di limiti della stessa ("controlimiti" alla riduzione di sovranità dello Stato)"¹⁰⁸.

Altrettanto disarmante è stata la capacità predittiva con la quale Giovanni Pitruzzella, nel 2004, in merito alle implicazioni nazionali problematiche prodotte dalla CDFUE, preavvisava delle potenziali «alterazioni degli equilibri costituzionali interni nel senso di una valorizzazione ulteriore del ruolo del giudiziario rispetto agli altri poteri dello Stato e di una marginalizzazione della Corte costituzionale». Pitruzzella continuava, evidenziando come l'accentramento della giurisdizione costituzionale delle libertà avrebbe subito un forte colpo – vista la combinazione tra diritto europeo e giudici nazionali e la proclamazione della CDFUE in vista della ratifica del Trattato costituzionale – dalla prevalenza del controllo diffuso di costituzionalità ai fini di tutela dei diritti. Richiamava poi l'attenzione su un dato che, come si è visto, non è stato secondario nello sviluppo dell'atteggiamento adottato più di recente della Corte, e cioè sull'accrescimento del «già insopportabile livello di incertezza del diritto» e della questione di come salvaguardare i tratti essenziali del patrimonio costituzionale italiano¹⁰⁹.

È così che del pericolo di emarginazione e marginalizzazione del giudice costituzionale torna a parlare, nell'ottobre del 2017, Augusto Barbera, nella veste di giudice costituzionale, a un incontro di studio con colleghi spagnoli, portoghesi, francesi. L'intento è di portare a maturazione una serie di perplessità che lo studioso aveva già espresso, a partire dal 2004, sollecitando una rilettura in chiave evolutiva dei principi fissati dalle decisioni Simmenthal e Granital, attraverso lo strumento della cooperazione fra più protagonisti: la Corte di giustizia, i giudici comuni e la Corte costituzionale. Barbera invitava a riflettere in modo più compiuto sul tema della doppia pregiudizialità e a riconsiderare l'orientamento volto a ritenere sempre e comunque la questione di compatibilità con il diritto dell'Unione un «*prius* logico e giuridico» rispetto alla questione incidentale¹¹⁰.

Il 2017 è l'anno nel quale la Corte, per la prima volta, da un lato, utilizza il rinvio pregiudiziale in maniera davvero consapevole e incisiva, minacciando di applicare la dottrina dei controlimiti, e dall'altro, inizia l'aggiornamento della dottrina Granital. Lo schema a «due canali paralleli», come lo

¹⁰⁷ ID., *cit.*, 160.

¹⁰⁸ ID., *cit.*, 174

¹⁰⁹ ID., *Quello che Barberis non dice*, *cit.*, 64, 65, 67.

¹¹⁰ Sui limiti di compatibilità processuale del rinvio pregiudiziale con il sindacato di legittimità costituzionale in via incidentale cfr. le utili riflessioni di T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Napoli, 2014, 330 ss., l'A. caldeggia che sia la Corte costituzionale, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, a bilanciare l'efficacia del meccanismo della disapplicazione con l'esigenza dell'ordinamento interno di garantire che una disposizione potenzialmente incostituzionale non permanga al suo interno, in part. 337 ss. e 342 ss.

chiama Barbera¹¹¹, in base al quale la Corte costituzionale non faceva incursioni nel canale riservato ai giudici comuni in dialogo con la CGUE¹¹², limitandosi ad aver sviluppato le *paratie* dei controlli-
limiti (cui mai davvero aveva fatto ricorso), viene riconosciuto per essere troppo rigido per offrire la tutela più idonea all'ordinamento costituzionale e ai cittadini.

Chiarisco subito il mio pensiero: il cd. paradigma Granital¹¹³ non è saltato e non è in discussione per quanto concerne la sua finalità ultima, lo si sta aggiornando nella direzione di una maggiore elasticità per fare posto, al bisogno, al tutore della legalità costituzionale, in quella che viene definita la prospettiva del *concorso di rimedi*. Sempre considerando la sostanza della questione, le decisioni in cui è stata utilizzata l'inversione della doppia pregiudiziale + il rinvio pregiudiziale hanno avuto esiti in linea con il diritto UE. La minaccia, perché di questo si è trattato, dell'uso della dottrina dei controlimiti nella cd. saga Taricco, non era tesa a una rivendicazione sovranista e populista, ma a difendere un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale. Sono ripetitiva? Viene da esserlo quando una parte della dottrina fa notare le apodittiche *verità* stabilite dalla Corte di Giustizia nei confronti di atteggiamenti sovranisti e in grave violazione del diritto UE posti in essere da ordinamenti, quali quelli dell'Ungheria o della Romania¹¹⁴, che non rispettano, a differenza del nostro ordinamento, i valori da cui è innervata l'identità costituzionale garantita dall'art. 4.2 TUE. Peraltro, e su tutt'altro livello, la nostra Corte ha tenuto un atteggiamento molto diverso anche da quello avuto dal Tribunale costituzionale tedesco.

4.1 L'aggiornamento della dottrina dei controlimiti.

All'AIC del 1992 Valerio Onida, conseguenzialmente a quella che era la sua posizione (che si è vista all'inizio), interpretava i cd. controlimiti come l'affermazione teorica di un'ultima difesa dei diritti e dei valori essenziali, più che come una sorta di «ultima riserva di sovranità nazionale». Sosteneva che, nella prospettiva dello sviluppo di una tutela costituzionale a livello comunitario «degli stessi diritti e degli stessi valori essenziali di cui parla la Corte costituzionale, le clausole di salvaguardia – i “controlimiti” – non avranno più ragione d'essere»¹¹⁵. Diversa e, più vicina alle

¹¹¹ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, consultabile sia sul sito della Corte costituzionale, [Microsoft Word - SIVIGLIA 4.docx](#) che in *Rivista AIC*. Alcuni anni dopo si veda, su questa linea, seppur con alcuni distinguo, la posizione espressa, nella sua veste di giudice costituzionale, da N. ZANON, *Ancora in tema di doppia pregiudizialità: le permanenti ragioni della “precisazione” contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 rispetto alla “grande regola” Simmenthal-Granital*, nell'ambito del l'incontro tra la Corte costituzionale e la Corte di Giustizia su “Identità nazionale degli stati membri, primato del diritto dell'unione europea, stato di diritto e indipendenza dei giudici nazionali”, in [www.cortecostituzionale.it](#).

¹¹² Si sa bene che i primi ricorsi in via pregiudiziale – nel 2008, nel giudizio in via principale, e nel 2013 nei giudizi in via incidentale – sono state più che altro timide prove.

¹¹³ Così definito nello speciale pubblicato da *Giur. cost.*, nei fascicoli nn. 6/2024, 1- 2/ 2025.

¹¹⁴ Ad es. RS, causa C-430/21.

¹¹⁵ V. ONIDA, *cit.*, 287.

ragioni alla base della dottrina (sentenze nn. 183 del 1973, n. 232 del 1989)¹¹⁶, la voce di Silvestri all'AIC del 1999 che dipingeva la Corte «[...] che blocca e neutralizza la norma comunitaria in contrasto con il nucleo essenziale dei principi costituzionali come agente soggettivo di una sovranità dei valori oggettivata sia negli ordinamenti nazionali che nell'ordinamento europeo»¹¹⁷.

Rientra, a mio parere, nella dinamica della *nomopoiesi collaborativa* anche la prima e, al momento unica, occasione in cui la Corte costituzionale ha minacciato l'applicazione dei cd. controlimiti, l'ordinanza n. 24/2017 nel caso M.A.S., sulla quale spendo solo poche righe perché nota a tutta la platea di oggi. L'intento del nostro giudice mirava a evidenziare il vulnus al principio costituzionale *irrinunciabile* di legalità penale (e dunque al regime penale della prescrizione, come sviluppato dal legislatore), centrale per le garanzie che la nostra Costituzione assicura al singolo (... persino agli ideatori delle cd. frodi carosello, come nello specifico). Lo strumento scelto per descrivere il vulnus che la precedente, e sbagliata, decisione della Corte di giustizia¹¹⁸ infliggeva è stato, correttamente, quello del rinvio pregiudiziale¹¹⁹, mentre una pronuncia di illegittimità costituzionale della legge di ratifica del Trattato di Lisbona¹²⁰ sarebbe stata una reazione fuori di misura ed estranea ad un rapporto di collaborazione. In questa ottica, giudico l'ordinanza del 2017 uno sviluppo assolutamente pregevole e consapevole della teorica dei controlimiti. Mi sembra infatti che in quell'occasione il

¹¹⁶ Sullo sviluppo della quale, rinvio tra i numerosi scritti di P. FARAGUNA, *Constitutional Identity in the EU—A Shield or a Sword?*, in *German Law Journal*, 2018, Vol. 18, No. 7, 1617 ss.; ID. «On the Identity Clause and Its Abuses: 'Back to the Treaty'», *European Public Law*, vol. 27, n. 3, 2021, 429 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, Vol. 31, No. 1 (2012), 263 ss.

¹¹⁷ G. SILVESTRI, *cit.*, 185-186, e continuava «In realtà la Corte costituzionale che alza la barriera contro atti che pretendono di avere immediata applicazione, ma si pongono in contrasto con i principi fondamentali della democrazia costituzionale ed i diritti inalienabili della persona umana, riconosce puramente e semplicemente l'assenza di validità di atti nati in ordinamenti in cui la validità non è più frutto di un conferimento soggettivo di potere, ma dell'esercizio corretto del potere stesso, secondo percorsi procedurali aventi il solo scopo di invertere nel miglior modo possibile i valori sostanziali posti alla base di tutto l'ordinamento», 187.

¹¹⁸ Pronuncia con la quale sembrò che l'effetto diretto delle norme del Trattato si potesse produrre anche se a danno del privato, mentre era acquisito esattamente il contrario. Segnalo, la recentissima *Makeleio EPE* C-555/23 per la connessione esplicita del tema con l'art. 49 CDFUE, di cui in Taricco, nella quale si ripete che il principio di legalità delle pene UE osta a che un giudice nazionale dia un'interpretazione estensiva di una legge penale interna, anche se tale interpretazione è necessaria per interpretare il diritto interno conformemente a una direttiva UE. Nel caso di specie, il giudice rimettente greco doveva determinare l'ambito di applicazione soggettiva di un divieto di diffusione di contenuti d'odio previsto per i «fornitori di media», tra i quali, in base alla lettera della legge e alla sua interpretazione consolidata, non sarebbero rientrati i fornitori di servizi televisivi online, come invece richiesto dal diritto UE.

¹¹⁹ «6.— Dopo aver messo a fuoco gli specifici profili di incompatibilità esistenti tra la regola che la sentenza resa in causa Taricco ha tratto dall'art. 325 del TFUE e i principi e i diritti sanciti dalla Costituzione, è necessario chiedersi se la Corte di giustizia abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla regola anche quando essa confligge con un principio cardine dell'ordinamento italiano. Questa Corte pensa il contrario, ma reputa in ogni caso conveniente porre il dubbio all'attenzione della Corte di giustizia».

¹²⁰ Anche su questo punto do per nota la cospicua riflessione scientifica sull'ordinanza. Mi limito a citare D. SARMIENTO, *Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 228 ss.; E. LUPO, *La sentenza M.A.S. della Corte di giustizia e i suoi effetti: continua la saga Taricco*, *ibidem*, 225 ss.; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2017; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018; B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 2/2018; F. VIGANÒ, *Legalità "nazionale" e legalità "europea" in materia penale: i difficili equilibristi della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco 2")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017; I. PELLIZZONE (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017.

giudice costituzionale abbia configurato i controlimiti anche come salvaguardia dell'identità costituzionale, proclamata dall'art. 4.2 TUE¹²¹ che, non c'è alcun dubbio per quanto concerne il nostro ordinamento, si basa sui valori garantiti dall'art. 2 TUE. Lo sottolineo perché ciò implica, da un lato, una metamorfosi della base giuridica della teoria dei controlimiti che, dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, trova negli articoli citati un ulteriore riferimento¹²². Dall'altro, torno a dirlo, è fuori luogo che in polemica con questa e altre novità del cammino comunitario (europeo) della Corte vengano squadernate decisioni con le quali, giustamente peraltro, la Corte di giustizia censura scelte del legislatore o delle corti polacche, ungheresi o rumene, contesti nei quali lo stato di diritto ha certamente subito violazioni comprovate: *the institutional and judicial context still matters*¹²³.

¹²¹ 6.— [...] Il primato del diritto dell'Unione non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali. Esso riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo della unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Al contempo la legittimazione (art. 11 della Costituzione italiana) e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo (art. 2 del TUE) nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro (art. 4, paragrafo 2, del TUE). In caso contrario i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri. [...]. 7. — Il convincimento di questa Corte, del quale si chiede conferma alla Corte di giustizia, è che con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall'art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l'identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione. [...]. 8.— Questa Corte tiene a sottolineare che l'interpretazione appena delineata, se da un lato serve a preservare l'identità costituzionale della Repubblica italiana, dall'altro non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione e si propone pertanto come soluzione conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità. Infatti, essa non pone in discussione il significato che la Corte di giustizia ha rinvenuto nell'art. 325 del TFUE. Nell'ordinamento italiano ciò può avvenire attraverso l'iniziativa del giudice che, chiamato ad applicare la regola, chiede a questa Corte di saggiarne la compatibilità con i principi supremi dell'ordine costituzionale. È poi dovere di questa Corte accertare, se del caso, l'incompatibilità, e conseguentemente escludere che la regola possa avere applicazione in Italia. Sull'art. 4.2 TUE si veda, tra gli altri, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE.*, Napoli, 2017.

¹²² Ad es. si pensi alla decisione che ha statuito che la legge ceca che impone requisiti di nazionalità per l'appartenenza a un partito politico impedisce ai cittadini dell'Unione di esercitare pienamente il loro diritto di eleggibilità ex art. 22 TFUE, *Commission v Czech Republic*, 19 novembre 2024, C-808/21, sulla quale si veda M. PIGNATARO, *Per la Corte di giustizia il diritto di eleggibilità include anche il diritto di iscriversi a un partito politico*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2025, 245 ss.

¹²³ Il pensiero va, ad esempio, a Commissione c. Polonia, C-448/23, relativa alla decisione del Tribunale costituzionale di sottoporre tutta l'applicazione del diritto europeo al sindacato costituzionale "ordinario" e di cui, al momento in cui si scrive, sono note solo le Conclusioni dell'Avvocato generale Spielmann. Cfr. si veda G. DI FEDERICO, *La "crisi esistenziale" dell'ordinamento costituzionale europeo: le conclusioni dell'avvocato generale Spielmann nel caso Commissione c. Repubblica di Polonia*. *Riv. cont. eur.*, 3(1), 2025, 1 ss. Roberto Bin, sulle pagine della Rivista AIC, ha invitato al mantenimento di quello che ha chiamato il cd. provincialismo costituzionale, ricordando che se il sistema delle fonti ha riportato importanti crepe dall'integrazione europea, la protezione dei diritti ha subito uno scostamento importante. L'A. ricorda che «le cessioni di sovranità previste dall'art. 11 Cost. (così come gli obblighi previsti dall'art. 117.1 Cost.) hanno come delimitazione il principio di attribuzione in base al quale il «legislatore ordinario, che agisce in attuazione dell'art. 11 Cost., non può attribuire alle organizzazioni internazionali poteri di cui lui stesso non disponga liberamente essendo «vincolato» dalla Costituzione [...] la dottrina dei controlimiti sta ad indicare che la «cessione di sovranità» opera entro limiti precisi che sono impliciti nello stesso principio di attribuzione e che qualsiasi potere «delegato» dalla Costituzione deve tenersi al di qua del limite, altrimenti agirebbe *ultra vires*». Io, personalmente, non mi ritrovo nell'espressione provincialismo costituzionale, ma certamente ne capisco le ragioni alla base e francamente condivido anche l'insofferenza verso un acritico monismo che ha portato a voler difendere la bontà di un atteggiamento provinciale, ID., *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 619 ss. e in part. 633-634.

4.2 L'aggiornamento della dottrina della dottrina doppia pregiudiziale.

La tenuta del sistema di giustizia accentrato, principio fondamentale del nostro ordinamento¹²⁴ e la difesa dallo 'slabbramento' che il diritto UE ha provocato al modello nazionale di tutela dei diritti, sia prima, ma soprattutto dopo l'entrata in vigore della CDFUE, sono elementi alla base della giurisprudenza costituzionale più recente. Da più parti, in tempi e modi diversi, questo fenomeno era stato preannunciato, così come lo era stata la tendenza di una porzione della magistratura a riconoscere diretta efficacia ai principi e ai diritti contenuti nell'ordinamento europeo, aggirando il modello costituzionale di tutela dei diritti¹²⁵.

In tale prospettiva, è dunque particolarmente opportuno non perdere di vista che, dietro le questioni procedurali, ci sono idee precise – abbozzate dai Costituenti e sviluppate in decenni di esperienza repubblicana – sul rapporto tra giurisdizione, diritto, legge e politica. La scelta di un modello di giustizia accentrato, basato sul canale incidentale, senza accesso diretto, condiziona lo statuto giuridico delle stesse fonti primarie, a cominciare dalla legge del Parlamento. Tutto questo – ed è davvero molto – si annida dietro alla questione dell'annullamento con efficacia erga omnes e dei vantaggi legati al coinvolgimento della Corte costituzionale¹²⁶. L'inversione della doppia pregiudiziale, materializzatasi nella precisazione contenuta nella sentenza n. 269/2017, risponde a necessità, come quelle appena citate, e non solo, tipiche della stagione del ri-accentramento (*supra*)¹²⁷. Penso che sia importante ricordare, in particolare a chi ha considerato la precisazione un'improvvisa alzata di scudi, ciò che ho già anticipato (*supra*): a) l'idea che avrebbe potuto giovare al sistema costituzionale nazionale un paradigma Granital con un maggiore grado di elasticità risale almeno alla fine degli anni '90 ed è da ascrivere a Marta Cartabia¹²⁸; b) da tempo parte della dottrina costi-

¹²⁴ La necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale ogni volta che si pone un problema di *costituzionalità europea*, per così dire, è stata proposta da Andrea Cardone, in base all'idea che tra i cd. controlimiti andrebbe annoverato anche il carattere accentrato della giustizia costituzionale *ex art. 134 Cost.*, ID., *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 89 ss.

¹²⁵ Parla di una CDFUE traboccante A. BARBERA, *cit.*; cfr. anche M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, *cit.*; R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti?*, *cit.*

¹²⁶ M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, *cit.*

¹²⁷ Le riflessioni sulla precisazione del 2017 e sulla giurisprudenza che è intervenuta a precisarla, sono state numerosissime. Mi limito a suggerire, da ultimo, G. SCACCIA, *Tutela unionale e garanzia costituzionale dei diritti nel dialogo fra Corti*, in *www.cortecostituzionale.it*; C. PINELLI, *Granital e i suoi derivati. A quarant'anni da Corte cost., n. 170/1984*, in *Rivista AIC* n. 4/2024, 36 ss.; C. PADULA, *L'inadimento (presunto?) del giudizio incidentale sulle leggi: cause e conseguenze*, in *Quad. cost.*, 3/2025, 665 ss.; F. VIGANÒ, *Quel che resta di Granital*, *cit.*, e a tornare a ricordare che *Giurisprudenza costituzionale* ha dedicato al tema due fascicoli, invitando a contribuire costituzionalisti ed europeisti. Anche *Eurojus* ha un monografico nel fascicolo 1/2025, come anche la *Rivista del contenzioso europeo*, fascicolo speciale, 4 settembre 2025.

¹²⁸ Id., J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, *cit.*, in part. 195 ss., Almeno in alcuni casi, infatti, si scriveva che «una preventiva presa di posizione della Corte costituzionale rispetto ad eventuali giudizi in sede europea [...] favorirebbe un dialogo tra le Corti, costruttivo per entrambi gli ordinamenti. [...] Se dunque in alcuni casi può apparire opportuno (ma non necessario) che un rinvio alla Corte di giustizia preceda la proposizione della questione di legittimità costituzionale, in altri una preventiva pronuncia della Corte costituzionale agevolerebbe una proficua cooperazione tra le Corti. In ogni caso sembra ingiustificato sul piano giuridico irrigidire i rapporti tra il rinvio *ex art. 234* trattato CE e il rinvio alla Corte costituzionale in modo tale che il primo debba sempre precedere il secondo. Occorrerebbe, al contrario, che tanto i giudici comuni, quanto la Corte costituzionale valorizzassero gli spazi di libertà interpretativa loro concessi dall'ordinamento europeo, di modo che nei rapporti tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia

tuzionalistica italiana, proveniente da diverse generazioni e aderente a mondi culturali diversi, aveva messo in luce la *fiction*, per quanto utilissima, realizzata dalla sentenza n. 170/1984 (la cui soluzione aveva scavalcato le perplessità dottrinali sulla nettezza della decisione Simmenthal del 9 marzo 1978). La *fiction* costruita dal Collegio, traghettato dal geniale La Pergola, certamente aiutò l'Italia a superare un'ambiguità che non era solo, o primariamente, giuridica, ma soprattutto politica¹²⁹. Come spesso è accaduto, il nostro legislatore non fu in grado di intervenire attraverso una riforma dell'art. 11 Cost., come da più parti era stato richiesto (all'epoca era al lavoro la cd. Commissione Bozzi)¹³⁰. E qui ricordo sempre le parole taglienti di Tizzano nel descrivere il contesto nazionale¹³¹. All'epoca la dottrina Granital, dalla geometrica prevedibilità, si affermò immediatamente perché rispondeva alla necessità impellente espressa dalla Corte di giustizia. Oggi l'aggiornamento registratosi dalla pronuncia n. 269 in avanti non ha questa necessità, è servente alle esigenze interne e al contesto di integrazione e sovrapposizione degli ordinamenti¹³². Le due declinazioni della medesima dottrina, tradizionale e riveduta, hanno risposto, in contesti diversi, al medesimo sincero commitment alla causa dell'integrazione europea.

Si è trattato di una conseguenza preannunciata, giustificata ed esplicitata dalla Corte costituzionale, solo dopo aver iniziato a utilizzare il rinvio pregiudiziale in modo articolato, per quanto assai tardivo. Verrebbe da dire che se è vero che il rinvio pregiudiziale è indissolubilmente legato al successo del principio dell'effetto diretto del diritto UE, allo stesso tempo, costituisce l'altra faccia della medaglia dell'inversione della doppia pregiudiziale. È chiaro, infatti, nell'ottica della *nomopoiesi collaborativa* che lo strumento del rinvio e l'inversione di pregiudiziale si tengono insieme e che la seconda può funzionare, come esempio di *concorso di rimedi*, solo se il primo si utilizza senza eccessiva parsimonia in nome della *leale collaborazione* tra Corti. La collaborazione del giudice comune è cruciale alla riuscita di questa *elasticizzazione* della dottrina Granital. Procurarsi questa collaborazione è il compito più importante che grava sulla Corte costituzionale e per farlo servono indicazioni chiare e un atteggiamento che sappia dimostrare che non si tratta di una questione di potere – non si vuole privare i giudici comuni cioè del ruolo di giudici europei che si sono ritagliati – ma che è una questione di responsabilità nei confronti dell'ordinamento.

e l'eccezione di legittimità costituzionale domini un fattore di flessibilità che favorisca la più proficua collaborazione tra diversi ordini giurisdizionali». Ma anche ID., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

¹²⁹ Si veda, da ultimo, E. CANNIZZARO, *Il legato storico di Granital e il suo impatto sui conflitti sistemici fra Corti supreme in Europa*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1/2025, 1 ss., che, nel ricostruire il legato storico di Granital, assume uno sguardo critico sulla pronuncia 181/2024 e, in particolare, sulla soluzione fondata sul 'tono costituzionale' che ritiene rimedio sproporzionato al problema, 11.

¹³⁰ Si veda l'accento sul mancato approfondimento dell'argomento, che ne fa un protagonista di quella Commissione, Augusto Barbera, in ID. *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, VIII, Milano, Giuffrè, 2015, 263 ss.

¹³¹ «Dalla prassi di un legislatore e di un'amministrazione non sempre coerenti e a volte schizofrenici nella vistosa contraddizione tra un europeismo labiale in servizio permanente effettivo e un comportamento di segno diverso, se non addirittura opposto; le contrastanti sollecitazioni di una dottrina fortemente coinvolta, ma divisa, oscillante, straordinariamente logorroica e al limite quasi deviante per la incredibile quantità e varietà delle soluzioni ipotizzare e delle motivazioni ad esse offerte», A. TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo...*, in *Il Foro italiano*, I, 1984, cc. 2063 ss., in 2064-2065.

¹³² Sia permesso rinviare a D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit.

È da elogiare l'atteggiamento tenuto sinora dalla Corte di Giustizia: ha deciso di non rispondere frontalmente all'aggiornamento della dottrina Granital, anche quando probabilmente le indicazioni della nostra Corte potevano sembrare non perfettamente in sintonia con la regola Melki e Abdeli¹³³. Vedremo se cambierà modo di porsi in occasione del rinvio pregiudiziale sollevato con l'ordinanza n. 21/2025. A me sembra che le due Corti tra loro abbiano mantenuto una posizione improntata alla temperanza, all'attenzione e al reciproco apprezzamento¹³⁴.

L'approdo dell'aggiornamento della dottrina Granital, rappresentato dalla pronuncia n. 181/2024¹³⁵, è certamente diverso da quello della precisazione contenuta nella sentenza n. 269/2017, anche se lo scopo ultimo rimane il medesimo, così come è inalterata la lealtà al processo di integrazione, come già ribadito. È un approdo che, al di là del linguaggio di superficie – come l'ha definito giustamente Gennusa – ricostruttivo dei precedenti¹³⁶ – amplia il raggio del possibile controllo di costituzionalità (modalità argomentativa questa non di certo sconosciuta alla nostra Corte, come del resto a molte altre). Il linguaggio per così dire 'più profondo' stabilisce, per la prima volta, che, dinanzi all'incompatibilità tra la legge statale e norme del diritto UE, direttamente applicabili o no, il giudice può sollevare una questione alla Corte, sapendo che sarà considerata ammissibile «tutte le volte in cui essa presenti un “tono costituzionale”, per il nesso con interessi o principi di rilievo costituzionale». Nuovo mi sembra anche il tentativo di iniziare a comporre un vadem-

¹³³ E anche C-188 e 189/10, specialmente §§ 44-45. Sono conferme anche le decisioni del 2017 e 2018 *Global Starnet*, C-322/16, § 23, nonché *XC, YB.ZA*, C-234/17, §§ 41-44, così come pure *XC* e altri, 24 ottobre 2018, C-234/17.

¹³⁴ Non mi paiono invece percorribili, perché non sufficienti, le due proposte avanzate da Roberto Mastroianni a) di far vestire ai giudici costituzionale il ruolo del 'relatore aggiunto' previsto dall'art. 13 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea; b) di sostituire l'operato della Corte costituzionale con la legge europea annuale, intesa come strumento per depurare l'ordinamento nazionale dalle norme non conformi al diritto dell'Unione: certo, sarebbe molto utile che ciò avvenisse; ma il punto è cosa succede quando ciò non avviene o non è avvenuto, per i più vari motivi? ID., *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, in *Quaderni AISDUE*, 2025, 1 ss.

¹³⁵ N. ZANON, *Il ruolo della Corte costituzionale nella difesa del principio di uguaglianza e degli obblighi europei ex art. 117, primo comma, Cost.*, in *Federalismi.it*, n. 30/2024; A. CARDONE, *Tono costituzionale» della questione e bypass del rinvio pregiudiziale interpretativo: cosa resta di “quello che era rimasto” di Granital?*, in *Giur. cost.*, 2024, 2098 ss.; M. E. GENNUSA, *Corte costituzionale e doppia pregiudiziale tra vecchio e nuovo anno: al servizio del primato e dell'effetto diretto?*, in *Quad. cost.*, 1/2025, 226 ss. Nonché il recente studio monografico di A. CHIAPPETTA, *Sindacato accentrato e diritto dell'Unione europea Prospettive di interdipendenza costituzionale*, Napoli, 2025.

¹³⁶ Ad es. viene ricordato il concetto di concorso di rimedi, così come la libertà del giudice comune di scegliere: “6.4.– Il sistema è improntato a un concorso di rimedi, destinato ad arricchire gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, ad escludere ogni preclusione (sentenza n. 20 del 2019, punto 2.3. del *Considerato in diritto*). Il concorso di rimedi si inquadra in un contesto «che vede tanto il giudice comune quanto questa Corte impegnati a dare attuazione al diritto dell'Unione europea nell'ordinamento italiano, ciascuno con i propri strumenti e ciascuno nell'ambito delle rispettive competenze» (sentenza n. 149 del 2022, punto 2.2.2. del *Considerato in diritto*). Il sindacato accentrato di costituzionalità, pertanto, non si pone in antitesi con un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo, ma con esso coopera a costruire tutele sempre più integrate (sentenza n. 15 del 2024, punto 7.3.3. del *Considerato in diritto*). 6.5.– Sarà il giudice a scegliere il rimedio più appropriato, ponderando le peculiarità della vicenda sottoposta al suo esame. Il sindacato accentrato di costituzionalità, pertanto, non si pone in antitesi con un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo, ma con esso coopera a costruire tutele sempre più integrate (sentenza n. 15 del 2024, punto 7.3.3. del *Considerato in diritto*).

cum¹³⁷ a beneficio del giudice comune per individuare quei casi nei quali l'interlocuzione con la Corte costituzionale «si dimostra particolarmente proficua». Sono poi degne di nota: a) le espressioni di 'incoraggiamento' al giudice comune al fine di ribadire l'importanza, per la certezza del diritto nazionale - che nella decisione n. 181 viene definito valore di sicuro rilievo costituzionale (facendo riferimento alla sentenza n. 146 del 2024) - di scegliere la via del 'percorso interno'¹³⁸; nonché b) le parole destinate a rassicurare la Corte di Giustizia in merito al fatto che il percorso interno è utile a garantire il primato del diritto UE¹³⁹. La tessitura dell'aggiornamento di Granital mi pare che si sia allontanata dalla precisazione del 2017, anche nel senso che sembra ormai caduto in secondo piano il riferimento alla Carta dei diritti fondamentali. Piuttosto, la sentenza si mette sulla strada segnata dalla pronuncia n. 20/2019 (relatore Zanon) e dalla relazione di Barbera, ma comunque va oltre: che riguardi diritti contenuti nella Carta o meno, che riguardi norme con effetto diretto, o prive di esso, o di dubbia efficacia, comunque la questione di legittimità costituzionale risulterà ammissibile se, in parallelo alla norma europea, appare violato un qualunque parametro costituzionale. Due osservazioni: non è possibile dire, ora come ora, se questo allargamento verrà confermato in futuro; spesso i casi esaminati dalla Corte costituzionale, come nella n. 20/2019 e nella n. 181/2024, presentano un certo grado di particolarità (il grado di particolarità del caso va sempre tenuto presente per tutte le decisioni sulla doppia pregiudizialità).

L'attenzione della Corte costituzionale al diritto dell'Unione, la frequenza ormai elevata dei suoi rinvii pregiudiziali (si scriveva all'inizio che sono almeno dieci), lo sforzo sincero di prendere molto

¹³⁷ Sent. n. 181/2024 «6.5 [...] qualora l'interpretazione della normativa vigente non sia scevra di incertezze o la pubblica amministrazione continui ad applicare la disciplina controversa o le questioni interpretative siano foriere di un impatto sistemico, destinato a dispiegare i suoi effetti ben oltre il caso concreto, oppure qualora occorra effettuare un bilanciamento tra principi di carattere costituzionale. Ove, poi, sussista un dubbio sull'attribuzione di efficacia diretta al diritto dell'Unione e la decisione di non applicare il diritto nazionale risulti opinabile e soggetta a contestazioni, la via della questione di legittimità costituzionale consente di fugare ogni incertezza. Questa Corte potrà dichiarare fondata la questione di legittimità costituzionale, se accerta l'esistenza del conflitto tra la normativa nazionale e le norme dell'Unione, indipendentemente dalla circostanza che queste siano dotate di efficacia diretta»

¹³⁸ Espressione di R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti*, cit.; sent. n. 181/2024 «6.5 [...] Questa Corte, inoltre, grazie alla molteplicità e alla duttilità delle tecniche decisorie che adopera, può porre rimedio nel modo più incisivo alle disarmonie denunciate dal rimettente, anche colmando le lacune che possano derivare dalla caducazione delle norme illegittime. Anche la Corte di giustizia (grande sezione, sentenza 2 settembre 2021, in causa C-350/20, O. D., paragrafo 40) ha valorizzato l'importanza primaria del ruolo di questa Corte, chiamata a dirimere le questioni «alla luce sia delle norme di diritto nazionale che delle norme del diritto dell'Unione al fine di fornire non solo al proprio giudice del rinvio, ma anche all'insieme dei giudici italiani, una pronuncia dotata di effetti *erga omnes*, vincolante tali giudici in ogni controversia pertinente di cui potranno essere investiti». In tal modo, lo stesso primato del diritto dell'Unione si rafforza e si compenetra con le garanzie costituzionali, in un rapporto di vicendevole arricchimento».

¹³⁹ Sent. n. 181/2024 «6.5 [...] offre un *surplus* di garanzia al primato del diritto dell'Unione europea, sotto il profilo della certezza e della sua uniforme applicazione. Fermo restando, infatti, che all'obbligo di applicare le disposizioni dotate di effetti diretti sono soggetti non solo tutti i giudici, ma anche la stessa pubblica amministrazione – sicché ove vi sia una normativa interna incompatibile con dette disposizioni essa non deve trovare applicazione – può altresì verificarsi che, per mancata contezza della predetta incompatibilità o in ragione di approdi ermeneutici che la ritengano insussistente, le norme interne continuino a essere utilizzate e applicate. Proprio per evitare tale evenienza, e fermi restando ovviamente gli altri rimedi che l'ordinamento conosce per l'uniforme applicazione del diritto quando ciò accada, la questione di legittimità costituzionale offre la possibilità, ove ne ricorrano i presupposti, di addivenire alla rimozione dall'ordinamento, con l'efficacia vincolante propria delle sentenze di accoglimento, di quelle norme che siano in contrasto con il diritto dell'Unione europea» (sentenza n. 15 del 2024, punto 8.2).

sul serio i precedenti della Corte di Giustizia, la stessa insistenza sul fatto che comunque resta praticabile da parte del singolo giudice, prima e dopo l'incidente di costituzionalità, la via europea: sono tutti fattori di distinzione degni della massima considerazione. Ci saranno pure note stonate, ma lo spartito non è quello di una polonaise o di una rapsodia ungherese.

5. Riassumendo e concludendo.

In questa relazione si sono messe in luce alcune delle numerose questioni incerte, più specifiche, sulle fonti del diritto e, più generali, sulla Unione e sul suo rapporto con l'ordinamento italiano. Non si è preteso di fornire elaborazioni teoriche nuove rispetto a quelle già note e che, nonostante i numerosi cambiamenti avvenuti, non sono sostituibili. Si è piuttosto provato a elencare dubbi ancora aperti in tema di fonti UE e che la giurisprudenza ondivaga della CGUE non fa che acuire. Come ho scritto nell'Introduzione, inevitabilmente per ricevere una parola di relativa chiarezza si guarda alle corti e in particolare, per quanto ci interessa, alla Corte costituzionale e a quella di Giustizia. Ho considerato, di conseguenza, la percezione che la CGUE ha di sé e dell'ordinamento europeo, ma anche la difficoltà a poter essere comparata ad una giurisdizione costituzionale di stampo kelseniano, e il deficit di capacità argomentativa da più parti rimproveratole, che si manifesta attraverso un linguaggio apodittico e 'imperioso'.

Così come ho spiegato le ragioni della presa di coscienza della Corte costituzionale italiana della necessità di utilizzare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Non ho disconosciuto la dottrina Granital e soprattutto condivido le motivazioni che erano alla sua base. Allora la nostra Corte si fece carico delle istanze che le arrivavano dalle Istituzioni comunitarie al fine di rafforzare e sviluppare il diritto comunitario. Il prezzo da pagare era noto agli studiosi più acuti sin da allora: l'erosione del modello di giustizia costituzionale accentrato, cui si accompagnava l'effetto di una marginalizzazione della Corte costituzionale.

L'integrazione europea non risulta messa a repentaglio dall'aggiornamento della dottrina Granital, anzi esso rappresenta la riprova del grado di interdipendenza tra ordinamenti che si è raggiunto. Il giudice costituzionale ha il compito, insieme al legislatore, di custodire tre architravi dell'ordinamento costituzionale direttamente (s)coinvolti dall'integrazione europea: i) la tutela dei diritti per come è prevista dalla Carta costituzionale¹⁴⁰; ii) l'articolazione del sistema delle fonti ordinarie; iii) il modello di giudizio di costituzionalità accentrato. La rivisitazione della dottrina Granital risponde a necessità che non sono opposte e contrarie a quelle del 1984: da un lato, la tutela dei tratti salienti dell'ordinamento costituzionale e dei diritti dei cittadini, e, dall'altro, il rispetto di un'integrazione

¹⁴⁰Per tutti, A. BARBERA, *I (non ancora chiari) "vincoli" internazionali e comunitari nel primo comma dell'art. 117 della Costituzione*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta il 20 aprile 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, 107 ss.; ID., *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2004, 89 ss. Roberto Bin, a sua volta, ha ricordato, con grande efficacia, i confini del modello costituzionale di tutela dei diritti sia in principio un mondo chiuso, avvolto nella membrana della sovranità e difeso dal principio di esclusività. I diritti sono disciplinati dalla legislazione statale, nell'ambito della Costituzione, e applicati dai giudici nazionali, con l'ausilio della Corte costituzionale, *cit.*

europea sempre più penetrante, alla quale, attraverso il rinvio pregiudiziale e l'inversione della doppia pregiudiziale, si può persino provare a concorrere in maniera proattiva. Mi pare che questo sia l'equivoco in cui cadono alcuni studiosi¹⁴¹. La mia lettura dell'argomento mi porta ad auspicare un tentativo che ho definito di *nomopoiesi collaborativa* tra le due Corti ed un ruolo della dottrina maggiormente responsabile e consapevole. In definitiva, dobbiamo tenerci strette le complessità, il pluralismo, e lavorare sulle inevitabili distonie che provengono dall'esistenza dei diversi livelli ordinali esistenti e che sono espressive delle diverse identità che fanno parte dell'integrazione europea. Esse sono preziose in un momento geopolitico così difficile come quello che viviamo oggi.

¹⁴¹ Di nuovo Bin «Si potrà irridere al “provincialismo costituzionale” delle Corti nazionali, ma il rispetto dei principi costituzionali che conformano un ordinamento giuridico sono parte di quei valori che generalmente si compendiano nel principio di legalità e dello Stato democratico di diritto. Sono principi a cui i giudici comuni *devono* attenersi e a cui non possono derogare in nome di una ideologia politica – perché di questo si tratta – che li libera dal vincolo alla legge: ideologia politica a cui li induce sia l'attivismo della Corte EDU, nella sua pretesa di costituirsi come “corte costituzionale”, sia la faciloneria con cui la Corte di giustizia sollecita i giudici nazionali a disapplicare le leggi nazionali che essa giudica incompatibili con le norme *self executing* da essa stessa accreditate», cit.



Autrice: Giovanna De Minico*

Unione europea – Mercato – Tecnica

Sommario: 1. Linee del ragionamento. – 2. La nascita del mercato europeo. – 3. La tecnica e la *Lex mercatoria*. – 3.1. Alla ricerca di una nuova definizione dei poteri dell'Antitrust? – 3.2. Verso una legittimazione necessaria. – 4. La tecnica e le norme armonizzate private. – 4.1. Quanto al soggetto di autoregolazione. – 4.2. Quanto al metodo dell'autoregolazione. – 4.3. Quanto ai fini dell'autoregolazione. – 5. Le norme armonizzate nel tessuto dell'*Artificial Intelligence Act*. – 6. La tecnica e l'illecito antitrust nella *e-economy*. – 6.1. L'iniziale atteggiamento della Commissione sull'abuso di posizione dominante nella *e-economy*. – 6.2. Qualcosa sta cambiando. – 6.3. Le sanzioni oltre la privacy e la *competition*. – 7. L'*Artificial Intelligence Act* e la sua pretesa di orientare la tecnica verso l'uomo. – 8. La tecnica come "source of law". – 9. Governare il futuro.

1. Linee del ragionamento.

Il diritto e la tecnica si sono incontrati, intrecciati, confusi, in un rapporto mutevole che ha permesso a ciascuno di prendere il posto che prima era dell'altro, reso inevitabile dalla dialettica politica che in esso si esprime e mai ingessa i suoi attori in posizioni predeterminate.

Vedremo insieme in che modo la politica e la tecnica si sono combinate in una misura di coesistenza dalle proporzioni variabili; cosa c'è dietro questa combinazione e su quale gradino della scala si è attestato il loro precario equilibrio.

La tensione della tecnica a emancipare l'uomo era presente già in Eschilo, che racconta del furto da parte di Prometeo del fuoco divino per liberare gli uomini dall'ignoranza e permettere loro di competere con gli Dei¹. Il fatto che Prometeo muoia incatenato alla roccia del Caucaso mostra però l'incapacità della tecnica di mantenere la promessa iniziale: portare l'uomo alla felicità.

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Napoli "Federico II"; *legal chief* dei Partenariati pubblico/privati "FAIR" e "Restart", finanziati dall'Unione europea.

¹ ESCHILO, *Prometeo incatenato* (trad. it. a cura di L. MEDDA), Milano, Mondadori, 1994.

Aristotele recupera l'intuizione di Eschilo, ma la sviluppa con mezzi autonomi perché conserva ancora l'obiettivo di rendere l'uomo felice, ma lo persegue con le virtù dianoetiche – principalmente, etica, saggezza, intelletto². Queste nutrono la politica, che, promossa ad “architettura di sistema”³, diventa criterio ordinatore delle altre scienze e, tra queste, anche della tecnica, emancipando l'uomo dalla condizione di soggezione.

Nella visione aristotelica la tecnica è servente la politica perché, in quanto mezzo, non può fare quanto è nella disponibilità del fine, la politica. Il rapporto mezzo/fine dovrebbe riservare alla tecnica una posizione inevitabilmente ancillare, da seconda, pronta a seguire chi viene prima di lei. La politica invece deve precedere il sapere scientifico guidandolo verso il bene comune⁴. Tra i due termini corre una relazione di proporzionalità inversa per cui al ridursi dell'uno, l'altro si dilata⁵.

La sequenza principale/accessorio rispetta la natura della politica, arte della qualità e, al tempo stesso, asseconda l'opposta genesi quantitativa della tecnica, risolvendosi nel riconoscere alla politica una posizione di primaria sulla grandezza numerica⁶. Proveremo a capire se questo ordine di intervento tra politica e tecnica abbia resistito nel tempo e, in caso di risposta negativa, ci chiederemo se sia ancora sostenibile la tesi della neutralità tecnica, cioè di un sapere adespota, senza padrone, che si aggira privo di un obiettivo da conseguire⁷.

Noi dimostreremo l'inverso: la tecnica non è mai politicamente asettica. Del resto, il fatto che possa obbedire a fini antagonisti nega la sua pretesa neutralità perché essa può volgere al bene come al male, promuovere le libertà o soffocarle, distribuire equamente la ricchezza o favorirne l'accumulo nelle mani di pochi⁸. Ma riconoscere che la tecnica persegue un fine, cioè escludere la sua insensibilità politica, non significa azzerare lo spazio concettuale che separa la politica dalla tecnica perché i due termini della relazione rispondono a domande diverse, non riducibili a una sola: la politica si interroga sulla doverosità del fine; la tecnica sull'idoneità del mezzo a perseguirlo⁹.

La nostra analisi intorno agli intrecci tra politica e tecnica ha scelto esempi tratti dall'economia europea di mercato che rendono visiva l'avanzare dell'una e il ritirarsi dell'altra. Da una tecnica che entra timidamente come fattore *extra ordinem* a definire l'incompiuto delle condotte anticompetitive a una che occupa tutto lo spazio precettivo delle norme armonizzate per arrivare all'ultimo stadio, in cui la tecnica non passa più per le mani dell'uomo – Legislatore,

² ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, VI, 3 (1139b–1140).

³ ID., *Etica Nicomachea*, I, 2 (1094a–b).

⁴ U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, Feltrinelli, 2021, 250.

⁵ G. F. PIZZETTI, *Decisione politica ed expertise tecnico*, in G. DE MINICO – M. VILLONE (a cura di), *Stato di diritto. Emergenza e Tecnologia*, Milano, Consulta OnLine, 2020.

⁶ F. SALMONI, *Il difficile equilibrio del diritto costituzionale tra presunta neutralità della tecnica e scelte politiche*, in *Justiça do Direito*, 2019, 33, 2, 152.

⁷ S. ROMANO, *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 126 ss., in part. 134.

⁸ C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni*, in G. MIGLIO-P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del politico*, Bologna, Il Mulino, 1972, 178 ss.

⁹ U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, cit., 262 ss.

Commissione o Autorità private – perché la determinazione automatizzata si è sostituita alla volontà normativa della mente umana.

Il nostro interesse, dunque, non si concentra unicamente sull'Intelligenza artificiale, perché la mente meccanica è solo il punto finale di un processo, che sin dall'inizio aveva fretta di rovesciare i poli di questa relazione, con il termine accessorio che premeva per diventare principale.

Nel corso del lavoro esamineremo le ricadute di questa relazione sulla democraticità dell'ordinamento, sulla responsabilità politica e sulle libertà fondamentali, un bagaglio di valori, che è esposto a violazioni crescenti man mano che la tecnica da oggetto da regolare diventa soggetto regolatore. E l'attenzione del costituzionalista converge su un'unica domanda: quale ruolo – tradizionale o inedito – il decisore politico intende riservare a sé di fronte alla pretesa di una tecnica onnipotente¹⁰?

2. La nascita del mercato europeo.

Con il Trattato di Roma il mercato comune si affermava come luogo geografico, dove persone, beni, capitali e prestazioni circolavano senza ostacolo nei confini nazionali. Ma il mercato non era solo una piazza di scambio, volendo essere la risposta economica alla preoccupazione politica di evitare la concentrazione di poteri economico-politici in una sola area territoriale e a favore di un solo Stato¹¹. Il mercato, dunque, come antidoto a un eccesso di autorità perché allineava le forze statali post-belliche nell'accesso alle risorse e sollevava le loro economie dalla depressione bellica¹².

Il mercato però, anche in questa duplice veste, non avrebbe evitato che gli accordi tra imprese si sostituissero alle barriere pubbliche prima rimosse, annullando i benefici del libero flusso dei beni, appena conseguito.

Questo rischio e il suo rimedio sono invece la *ratio* di fondo della disciplina antitrust europea che, completa il progetto del mercato comune, vietando agli imprenditori di concludere intese o di commettere abusi (artt. 81 e 82 Tr. Roma) perché condotte egoistiche che remano contro la competizione. Le due disposizioni nella loro asciutta formulazione avevano fatto fare al mercato l'atteso salto di qualità, da bene mezzo a obiettivo ultimo, meritevole di protezione *ex se* perché creava e distribuiva ricchezza, anche se in misura asimmetrica, tra i partecipanti al processo economico. Vedremo nelle pagine che seguono se la tensione egalitaria del mercato diventa realtà quando i cicli economici, affrancati dalla mano pubblica, sono lasciati andare dove il privato vuole che vadano.

¹⁰ Così N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, Laterza, 2001, 51.

¹¹ J. MONNET, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, 489 ss.

¹² J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, 2405 ss.; A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the EU*, in *Comm. Mark. L. Rev.*, 2000, 1307 ss.; C. JOERGES, *The European Economic Constitution and Its Transformation through the Financial Crisis*, in *Zentra Working Papers in Transnational Studies*, n. 47, 2015, 1 ss.

Il significato europeo di mercato non entrò però nel nostro tessuto costituzionale, le cui linee ideologiche di fondo - cattolica¹³, comunista¹⁴ e liberale¹⁵ - cercarono un'equilibrata misura di coesistenza. La cultura liberale, privata dei suoi aspetti più radicali, ricevette una lettura relativa e compatibile con la vocazione sociale del mercato; questo punto di incontro tra il solidarismo cattolico e l'egualitarismo comunista rappresentava la soluzione concretamente disponibile emersa dal dibattito in Assemblea costituente.

Rimane dunque che la Costituzione non parlò di mercato, il suo silenzio si prestava a essere interpretato come rifiuto, visto che l'art. 43 Cost. legittimava il monopolio pur se a certe condizioni; oppure, come benevola tolleranza verso l'equilibrio competitivo o, infine, come assoluta indifferenza a qualunque forma di mercato.

La prevalenza del diritto comunitario costrinse il nostro ordinamento a fare i conti con la cultura del mercato, inizialmente estranea al nostro pensiero giuridico. Non è un caso che la prima legge sulla concorrenza, L. 416/1981 sull'editoria, non era in difesa dell'art. 41, ma dell'art. 21 Cost. Essa stabiliva infatti limiti assoluti e numerici alle concentrazioni delle testate a tutela del pluralismo esterno delle fonti informative, che avrebbero subito danno dalla sola riduzione numerica dei giornali indipendenti. Dovemmo aspettare il 1990 per la prima legge generale

¹³ Per quanto riguarda i cattolici, in Assemblea prevalse la linea dossettiana, alternativa a quella degasperiana più liberale: la Costituzione economica fu concepita non come limite, ma "architettura programmatica", cornice che non valorizzava il mercato *ex se*, ma in quanto funzionale alla democraticità interna e al pluralismo sociale, raccogliendo in parte le istanze comuniste a favore di un controllo pubblico dell'economia. L'incontro tra l'ammorbida posizione dei comunisti e l'inclinazione cattolica verso i valori sociali produsse quella che F. S. Nitti avrebbe commentato nei termini di una "unione innaturale tra la falce e il martello e la croce e l'aspersorio" (9 maggio 1947). Si delineò così una "terza via", già emersa in III Sottocommissione: una "economia di trapasso [...] che non [...] lascia totalmente libere le forze individualistiche, ma [le] sfrutta disciplinandole" (Fanfani, 15 ottobre 1946), mentre Dossetti respinse tanto il "Moloch di Stato" quanto il ritorno all'ottimismo liberale che "porta ad una sopraffazione" (1° ottobre 1946). Infine, Malvestiti, in nome della *Quadragesimo anno*, denunciò le degenerazioni della concorrenza e i limiti della repressione antitrust, pur riconoscendole una funzione selettiva "meno imperfetta" (3 maggio 1947).

¹⁴ Il PCI mantenne un atteggiamento cauto nei confronti del mercato, ma il pragmatismo di Togliatti, già nel 1945, lo recuperò perché strumento utile ad avviare la pianificazione statale del processo produttivo, consapevole dell'irrealizzabilità in Italia del modello sovietico di una proprietà collettiva. In Assemblea il partito subordinò l'iniziativa privata all'interesse collettivo, chiarendo di non varare una "Costituzione socialista", ma una Carta di coesistenza, in cui la libera iniziativa è accettata a condizione di non degenerare in monopolio (25 ottobre 1946). Lo scontro sugli strumenti esplose con l'emendamento Montagnana-Foa-Pajetta-Pesenti (9 maggio 1947), che chiedeva di "coordinare e dirigere l'attività produttiva secondo un piano", respinto dai liberali. La mediazione si compose con l'emendamento Arata-Taviani (13 maggio 1947), che sostituì il piano con programmi e controlli, formula meno vincolante ma sufficiente per i comunisti, perché garantiva un indirizzo pubblico a fini sociali. Quanto ai monopoli, il PCI propose riserva e trasferimento (poi art. 43), contro la proposta liberale di un divieto testuale; Ruini replicò che gli artt. 41 e 43 fornivano armi sufficienti (13 maggio 1947). La sintesi finale fu una misura di compromesso tra la linea comunista, quella liberale e la terza via cattolica.

¹⁵ Per i liberali, Corbino ed Einaudi, la difesa della libertà d'iniziativa presupponeva il riconoscimento in termini di diritto assoluto, in alternativa alla visione comunista e cattolica dell'utilità sociale, ritenuta clausola eccessivamente elastica. In Aula, la loro battaglia culminò nella sconfitta del piano e nell'adozione dei programmi e controlli (13 maggio 1947), nonché nel rigetto dell'emendamento Corbino volto a eliminare i controlli. Sul versante antimonopolistico, l'emendamento Einaudi per un divieto costituzionale espresso fu respinto, prevalendo la linea dei controlli ex art. 41 e delle eventuali nazionalizzazioni ex art. 43. Anche per i liberali il risultato finale fu una misura di equilibrio: da un lato, la garanzia della libertà d'impresa, temperata da un intervento pubblico di cornice, e dall'altro, l'equilibrio concorrenziale.

antitrust, che apriva e chiudeva il suo discorso politico sulla difesa dell'equilibrio competitivo, affidando la protezione del mercato a sanzioni dirette a ripristinare il corretto gioco concorrenziale, in linea con la sua impostazione mercato-centrica.

Quando ci dotammo di una legge antitrust, la dottrina dovette chiarire l'atteggiamento ambiguo del Costituente verso il mercato: un concetto privo di collocazione costituzionale, che però avrebbe potuto acquisirla se interpretato come fattore tecnico-economico, capace di dare contenuto alla clausola aperta del "fine di pubblica utilità"¹⁶. In quel momento storico la clausola assunse il significato di difesa dell'equilibrio competitivo¹⁷, sicuramente lontano da quello cui avevano pensato i suoi autori. L'ermeneutica adeguatrice aveva aperto la via alla legge antitrust italiana, promuovendo il suo mercato da disvalore da contenere a bene da coltivare¹⁸, meritevole di una posizione autonoma dall'iniziativa economica. In primo luogo, perché l'iniziativa soddisfa un bisogno del singolo, appiattendosi sul lucro individuale; mentre il mercato tende a procurare un'utilità diffusa alla collettività, procurando ricchezza con una competizione aperta e *fair*. Inoltre, il mercato è un limite all'iniziativa, segnando il punto estremo oltre il quale questo diritto soggettivo non può andare. Pertanto, il mercato non può essere la premessa concettuale dell'iniziativa; diversamente, non si sarebbero potuti vietare gli accordi, che sono atti di iniziativa, in nome della concorrenza, in quanto un divieto difende sempre un bene diverso da quello che la proibizione vuole comprimere, e in questo caso il bene ulteriore è l'equilibrio competitivo.

Anche l'istituzione di un'autorità *ad hoc*, l'Antitrust, è un argomento favorevole alla tesi che distingue il mercato dall'iniziativa; infatti, se l'oggetto del decidere fosse la definizione secondo diritto di una *querelle* tra posizioni soggettive basterebbe rivolgersi al giudice ordinario; mentre la presenza dell'Antitrust rimanda alla lesione di un valore sovra-individuale, a imputazione collettiva, che prima di essere accertato, come farebbe un giudice, deve essere valutato secondo un parametro di non sicura acquisizione.

Vedremo infine che il valore oggettivo del bene-mercato sarà utile per definire i poteri dell'Antitrust, superando il limite concettuale della funzione neutrale.

3. La tecnica e la *Lex mercatoria*.

Esaminiamo ora l'incidenza della tecnica nella disciplina antitrust¹⁹.

Essa interviene a completare il discorso normativo lasciato incompiuto dal legislatore, che, infatti, non ha definito in modo esaustivo tutti gli elementi costitutivi dell'illecito concorrenziale, ma ha predisposto intenzionalmente una cornice regolatoria minima composta da norme elasti-

¹⁶ M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, CEDAM, 1983, 77.

¹⁷ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. Dir. Civ.*, II, 1993, 546.

¹⁸ G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1, 1992, 19.

¹⁹ Cfr.: Trattato di Roma, 1956, artt. 81 e 82, e in sede nazionale la L. n. 287/90, artt. 2 e 3. Il Reg. (CE) n. 139/2004, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=CELEX:32004R0139>, completa la regolazione antitrust con il *favor* verso le concentrazioni.

che è prevalentemente proibitive. Queste sono volte a garantire il corretto funzionamento del mercato e ad assicurare a ciascun operatore economico la possibilità di entrarvi o uscirne senza impedimenti derivanti da cartelli o da abusi di potere economico dominante²⁰.

In tale prospettiva l'illecito concorrenziale è costruito secondo una tecnica di tipo teleologico: la norma non tipizza rigidamente le condotte vietate, ma individua il risultato che deve essere evitato, ossia la lesione dell'equilibrio competitivo, a prescindere dal modo di essere della condotta stessa. La tecnica, oggetto del rinvio mobile²¹, consente così di mantenere costantemente aggiornato il significato della norma, che, pur restando immutata nella sua formulazione letterale, si adatta al mutare delle condizioni di fatto e all'evoluzione tecnico-scientifica.

Tale soluzione permette di conciliare due esigenze tra loro solo apparentemente contrastanti: da un lato la pretesa dell'ordinamento statale di ricondurre a sé ogni manifestazione della giuridicità, escludendo l'esistenza di un diritto al di fuori dello Stato²²; dall'altro la necessità di assicurare alla norma una flessibilità tale da consentirne l'adattamento alle trasformazioni del contesto economico e sociale. Quando lo Stato traccia soltanto le linee fondamentali di una regola di condotta e rimette alla tecnica il compito di completarne il contenuto, l'ordinamento manifesta in realtà la consapevolezza dei propri limiti, Teubner lo chiama riflessivo²³ per la sua porosità verso il basso. Infatti, accetta di condividere la costruzione della giuridicità con soggetti protagonisti del conflitto competitivo e che, da elementi originariamente *extra ordinem*, vengono progressivamente ricondotti nell'ordinamento.

Coerentemente con questa elasticità strutturale, la disciplina antitrust non definisce puntualmente l'evento dannoso, limitandosi a evocarlo nei termini generali di "alterazione consistente del gioco della concorrenza"; nello stesso modo l'abuso di posizione dominante mantiene invariato lo status soggettivo dell'imprenditore, mentre descrive la sua condotta in una formula volutamente ellittica. Ne deriva che all'Autorità antitrust è affidato il compito preliminare di concretizzare concetti che il legislatore ha lasciato intenzionalmente indeterminati, definendo, caso per caso, nozioni quali l'equilibrio competitivo, l'alterazione consistente e la parte rilevante del mercato, elementi che costituiscono le tessere di un mosaico che l'Autorità è chiamata a ricomporre.

Il problema centrale diviene pertanto l'individuazione del parametro attraverso cui tali concetti devono essere riempiti di contenuto. Non appare sufficiente il mero riferimento alle regole endogene del settore, cioè gli strumenti offerti dalle discipline economiche e aziendalistiche, le quali non si fondano su una causalità rigidamente deterministica e conducono a risultati opinabili, il cui

²⁰ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, 123.

²¹ In proposito F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Vicenza, Wolters Kluwer-Cedam, 4^a ed. agg., 24 ss.

²² P. GROSSI, *Un diritto senza Stato*, già in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXV, Milano, 1997, ora in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, 290.

²³ Per la dottrina tedesca tra le voci più autorevoli: G. TEUBNER, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law and society review*, 1983, 239; ID., G. TEUBNER (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin, De Gruyter, 1986; ID., *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè, 1996 (trad. it. a cura di A. FEBBRAJO e C. PENNISI), 52 e R. MAYNTZ, *Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems*, in *HiMon, Universität Gesamthochschule Siegen*, 1986, 24.

grado di attendibilità dipende in larga misura dalla professionalità e dall'impostazione metodologica dell'interprete²⁴.

Quando la valutazione di un fatto si fonda su parametri tecnici di non sicura acquisizione, il giudizio può infatti dar luogo a una “questione scientifica controversa”²⁵, caratterizzata da inevitabili margini di incertezza; sicché non è escluso che, mutando l'interprete o il criterio di valutazione prescelto, si giunga a conclusioni opposte a quelle iniziali perché le decisioni risentono del modo di pensare di chi definisce il parametro valutativo in via preliminare al giudizio.

Una volta riconosciuta l'insufficienza delle sole regole tecniche interne alle discipline economiche, l'Antitrust farà affidamento sul suo modo di concepire l'equilibrio competitivo, valore ultimo affidato alla sua tutela. Ciò implica una scelta tra diverse impostazioni teoriche che riflettono differenti concezioni della funzione della concorrenza²⁶.

Una prima prospettiva privilegia l'interpretazione economica del diritto antitrust e pone al centro la tutela del benessere dei consumatori²⁷; una seconda valorizza invece la protezione dei concorrenti già presenti sul mercato; una terza, infine, mira a preservare la competitività potenziale del mercato, salvaguardando le opportunità di accesso dei futuri entranti²⁸. A seconda del modello competitivo adottato, la medesima condotta potrà essere valutata in modo radicalmente diverso. Si pensi, ad esempio, al caso di un'impresa dominante che pratici prezzi particolarmente bassi, tali da ridurre drasticamente i margini di profitto. Se si adotta una visione esclusivamente orientata al beneficio immediato dei consumatori, tale comportamento potrebbe apparire conforme al diritto antitrust, poiché produce nell'immediato prezzi più favorevoli. Tuttavia, una valutazione più attenta alla competitività potenziale del mercato evidenzierebbe come una simile strategia sia idonea a espellere i concorrenti deboli e a consentire successivamente all'impresa dominante di innalzare i prezzi in assenza di rivali. Ne consegue che la stessa condotta sarebbe giudicata abusiva perché compromette la competitività futura del mercato.

In sintesi, la qualificazione giuridica delle pratiche anticoncorrenziali dipende in larga misura da come l'Antitrust abbia concepito l'equilibrio competitivo, poiché a nozioni teoriche tra loro antagoniste corrisponderanno valutazioni divergenti della stessa condotta.

3.1. Alla ricerca di una nuova definizione dei poteri dell'Antitrust?

²⁴ La distanza tra le relazioni annuali dei primi anni e quelle recenti è la prova della relatività del parametro valutativo. Sul punto si rinvia al sito web istituzionale.

²⁵ L. VIOLINI, *Le questioni scientifiche controverse*, Milano, Giuffrè, 1986, 136.

²⁶ M. LIBERTINI, *Concorrenza* (voce), in *Enc. Dir., Annali III*, 2010, 191 ss.

²⁷ R. BORK, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, NY, Basic Books, 1978 e R. A. POSNER, *Antitrust law*, Chicago, Univ. of Chicago Pr., 1976 (2^a ed. 2001).

²⁸ G. GUIZZI, *Il mercato concorrenziale: problemi e conflitti. Brevi note al c.d. more economic approach e al benessere del consumatore nell'applicazione del diritto antitrust*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 192 ss.; e S. SERAFINI, *Gli incerti confini del controllo sulle concentrazioni nei mercati oligopolistici non collusivi. Riflessioni a margine del caso Telefonica Europe/H3G UK*, in *Riv. Dir. Comm.*, 4, 2020, 591-614.

Alla luce di questa variabilità del giudizio sulle condotte vietate, come possiamo definire i poteri di ordine dell'Antitrust? Si può ancora ritenere che la loro acquisizione al paradigma delle funzioni para-giurisdizionali rispetti l'opinabilità di giudizio²⁹?

L'accostamento al potere del giudice riguarda solo il momento di sussunzione del fatto nella previsione astratta di legge, fermo restando che anche in questa fase si mantiene la distanza tra l'Antitrust, che cura un interesse pubblico specifico (l'equilibrio competitivo), e il giudice, che difende l'interesse generale al ripristino della legalità violata. Il fatto che l'Antitrust abbia il ruolo di 'parte imparziale' perché agisce a difesa del bene pubblico di sua pertinenza, colloca i suoi poteri su un piano distante dal modello della 'funzione neutrale'³⁰, la quale invece richiede l'assoluta autonomia dell'autorità dagli interessi in gioco, al punto che, comunque il giudice risolva la *querelle*, l'esito sarà per lui del tutto indifferente. L'Autorità invece anche nella fase in cui si limita a confrontare la condotta del privato con l'astratta norma antitrust, difende proprio uno degli interessi in campo, la protezione della concorrenza.

Pur se l'acquisizione del fatto alla fattispecie presenti analogie con l'attività del giudice, essa non copre anche la fase preliminare di scelta del parametro valutativo, perché il concetto di funzione neutrale tiene fuori il passaggio logico-decisionale dall'incompiuto al compiuto.

Il parallelo tra Antitrust e il giudice riguarda il momento in cui chi decide si interroga sull'equazione "se c'è A, ci deve essere B", ma mentre per il giudice A è oggetto d'interpretazione, per l'Antitrust è l'inizio di un'attività creativa del diritto, che rivela un'attitudine all'agire politico. Essa infatti "presuppone la messa in campo di tutti gli strumenti propri di un organo che deve assumere decisioni politiche: acquisizione illimitata di dati, applicazione a largo raggio di conoscenze tecniche, libera comunicazione con i cittadini e con gli organi politici supremi"³¹.

L'esistenza di un vincolo di fine nella scelta degli elementi, che compongono il parametro di giudizio, non contraddice la qualificazione da noi proposta dei poteri dell'Antitrust perché la funzione di indirizzo politico non comporta l'assoluta libertà nella selezione dei fini. Riteniamo che la funzione ricorra pur in presenza di una più limitata libertà, quella che si svolge entro un perimetro di valori e obiettivi già posti dal decisore politico tradizionale³², riservando alla prima il compito di specificarli e definirli nelle modalità attuative.

Combinare i due momenti – di *iuris latio* nel costruire il parametro e di *iuris dictio* nell'applicarlo al caso sottoposto al suo esame – comporta un'interpretazione dei poteri

²⁹ M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1993, 115 ss.; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, CEDAM, 1992, 444 e G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato immobiliare*, Padova, CEDAM, 1993, 272.

³⁰ A. M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche centrali e giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 210, che qualificava "neutrale" la funzione indifferente "agli interessi al cui regolamento è diretta"; sempre che sia riferibile a un "organo in posizione di indipendenza - e cioè [...] non sottoposto (gerarchicamente o altrimenti), né condizionato (giuridicamente o di fatto) da altri soggetti [...] in grado di influenzare in alcun modo il suo operato".

³¹ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 197.

³² M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, Jovene, 1985, 201 ss.

dell'Antitrust aderente alla loro reale consistenza, lontani dal modello astratto imposto da una lettura disattenta al dato effettivo. Questa impostazione suggerisce che il potere condivide alcuni attributi propri della funzione di indirizzo politico.

Infatti, quando l'Antitrust perfeziona il parametro incompiuto si comporta in modo simile al decisore politico, eletto per scegliere il fine ultimo dell'azione di governo, anche se nel nostro caso l'Antitrust definisce solo il contenuto da assegnare al valore primario, non sceglie anche quest'ultimo, perché già selezionato in anticipo e una volta per tutte dal legislatore.

La diversità tra il decisore politico e l'Antitrust non è tanto nel conflitto 'assolutezza contro relatività della libertà di scelta', quanto nella fonte da cui i due soggetti traggono spunti, indicazioni, utili per comporre il fine. L'Antitrust non si deve lasciar guidare dalla volontà dell'*élite* politica di turno, a differenza del decisore politico, che struttura il *common good* in linea col sentire politico di quest'ultima. Anche qui l'accostamento non porta a una perfetta coincidenza tra la funzione di ordine dell'Antitrust e l'indirizzo politico del decisore rappresentativo; pertanto, possiamo dire che siamo dinanzi a potere ibrido, la cui ambiguità è nel fatto di condividere con la giurisdizione l'attività di giudizio di una condotta in base a un parametro di legge; e, dall'altro canto, di avere in comune con la funzione di indirizzo politico l'impiego di energie volitive per perfezionare il criterio valutativo, similmente a come farebbe un soggetto rappresentativo nel comporre obiettivi e programmare i mezzi della sua futura azione politica.

In sintesi, è una funzione assistita da un elevato grado di politicità, che riguarda la scelta dei criteri e il peso da assegnare a ciascuno per poi valutare gli interessi in gioco, una politicità questa, solo in parte temperata dalle avare indicazioni di legge³³.

Aver dimostrato che la tesi della neutralità delle funzioni poggia su basi giuridiche instabili mette in tensione anche il mito della neutralità della tecnica. Come abbiamo accennato nelle pagine introduttive, il mito trasforma l'illusione in realtà: in questo caso, l'illusione è ritenere la tecnica un criterio di giudizio politicamente asettico, con esiti oggettivi e incontrovertibili. Ma il moto ondivago della politica della concorrenza, inclinata ora verso la teoria economica ora verso quella normativa, con risultati antitetici sulle condotte anticompetitive, ci mostra invece una tecnica "ben calata nella realtà, tutt'altro che separata dal gioco degli interessi in campo"³⁴. L'Antitrust, infatti, nel compiere l'incompiuto, nel definire l'indefinito, orienta la politica del mercato, curva la domanda e l'offerta nella direzione a sé gradita, disegna le prospettive future della *competitive regulation* secondo il suo insindacabile giudizio.

3.2. Verso una legittimazione necessaria.

³³ F. DENOZZA - A. TOFFOLETTO, *Contro l'utilizzazione dell'“approccio economico” nell'interpretazione del diritto antitrust*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2006, 574: “questi criteri non possono che essere tratti dall'etica e dalla politica”; così anche: A. POLLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, Giappichelli, 2007, 246.

³⁴ F. SALVIA, *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, in *Memoria di Franco Ledda*, Torino, Giappichelli, 2004, 1091.

A questo punto dell'analisi è opportuno valutare come la funzione di governo, limitata ai settori specifici rispettivamente assegnati alle Autorità indipendenti³⁵, possa incidere sull'equilibrio istituzionale. Ci muoviamo su un terreno molto delicato perché si spostano quote di decisione da chi è parte del circuito politico-rappresentativo a chi ne è terzo, erodendo le competenze del primo a favore di un polo tecnico acefalo, abilitato dalla sua professionalità e insensibilità al *diktat* di maggioranza, ma anche indisponibile a riconoscere un'autorità a sé superiore, mancando il mandato politico.

Il silenzio del legislatore ha scaricato sulle Autorità la responsabilità di mediare tra i valori in gioco, appena elencati nella norma sulla produzione giuridica ma non sviluppati in una dimensione di reciproca coesistenza. È stato affidato ai nuovi autori della giuridicità il compito di chiudere la vertenza sugli "équilibres souhaitables" in via originaria, in assenza di parametri valutativi incontrovertibili per comporre la regola pacificatrice.

La politica generale degli eletti si è ritirata a favore di quella settoriale dei tecnici, che, pur se non graditi ai cittadini elettori, non possono essere rimossi anticipatamente perché la mancanza di un mandato politico ha consegnato nelle loro mani un'assoluta libertà di azione, che li esonera dal giudizio di responsabilità politica in merito alle loro decisioni.

Questa sostituzione intersoggettiva, che ha interrotto il circuito politico-rappresentativo, Popolo-Parlamento-Governo, con un elemento spurio, l'A.I., mette in tensione la sovranità popolare, che l'art. 1 della Costituzione pone nell'ordinamento come pietra angolare. La nozione di sovranità popolare, variabilità di significati a parte, è inscindibile dal concetto secondo il quale il circuito politico rappresentativo è il solo legittimante alla decisione politica³⁶. Questa tensione si allenta se la regolazione da parte di quei soggetti rimanesse affidata a fonti formalmente e sostanzialmente secondarie; si acuisce nel caso contrario.

E poiché è giusto vedere nell'affermazione della sovranità popolare un limite alla revisione della Costituzione, ne segue che nemmeno il ricorso all'art. 138 Cost. potrebbe ricondurre alla legittimità costituzionale il quadro fin qui definito.

Forse, il dibattito dottrinario non ha colto sempre, e a fondo, le implicazioni in termini costituzionalistici dei nuovi modi di produzione del diritto. La questione è stata ridotta – quanto alle A.I. – nei termini di una loro previsione in Costituzione, ma riconoscere a esse visibilità costituzionale³⁷ non è sufficiente a giustificare il premio delle prerogative politiche riconosciuto loro.

³⁵ D'ora in avanti con l'acronimo A.I.

³⁶ E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano, Giuffrè, 1961, 93; e, spostando l'attenzione al circuito politico europeo, l'esito quanto all'unicità del canale di legittimazione non cambia, anche se rimangono irrisolti i nodi che indeboliscono il Parlamento come 'luogo geometrico' della rappresentanza politica europea: A. CIANCIO, *Democrazia e sovranità: ripensare il Parlamento europeo*, in *Riv. AIC*, 3, 2016, 6.

³⁷ Vedi: A.C. n. 3931-A e A.S. n. 2583-A, XIII Leg., Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, recante "Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione" (4 novembre 1997), art. 109. Due gli orientamenti che emersero: quello minimalista, che inseriva nel testo il meno possibile, salvo l'esistenza stessa delle Autorità. In antitesi, la tesi della piena costituzionalizzazione dello statuto delle Autorità, tipizzate per ambiti d'intervento e relative attribuzioni. Quest'ultimo metodo rischiava di ingessare un fenomeno, che invece si deve mantenere mobile in ragione delle esigenze storico-politiche del momento: A. ROUYÈRE, *Faut-il faire figurer les autorités*

Di certo, possiamo pensare a un intervento del legislatore di revisione limitato alla copertura costituzionale dell'esistenza delle A.I. Ma in tal modo si potrebbe utilmente definire in termini minimali il profilo statico del soggetto, al fine di assicurargli indipendenza genetica dalle forze di governo e stabilità nelle nomine. Un siffatto intervento sarebbe opportuno; in tale prospettiva, né le Autorità andrebbero enumerate una per una, né il loro *status* dovrebbe essere compiutamente definito³⁸, risultando, invece, sufficiente tratteggiare per grandi linee un modello tale da assicurare in principio l'insensibilità dalle indicazioni del decisore politico. Quanto, invece, al conferimento di questa funzione pseudo-politica, la norma di revisione – nel caso se ne dovesse occupare – dovrebbe prendere posizione in negativo: vietandone l'attribuzione alle Autorità. Il divieto espresso escluderebbe un'interpretazione del silenzio del costituente in termini di tacito assenso al disegno del legislatore ordinario di settore, che peraltro già una lettura di sistema consente di escludere. In caso contrario, cioè se la legge di revisione lo prevedesse, ciò comporterebbe – al di là della formulazione letterale – una rivisitazione assai rilevante dell'architettura di fondo del sistema costituzionale, tale da superare i limiti del potere di revisione.

Non basterebbe per una conclusione diversa accompagnare il conferimento alle Autorità di una funzione quasi politica con la previsione del contraddittorio con i regolati³⁹.

Si contesta questa tesi perché la rappresentanza politica non è equipollente a quella di interessi, per diversità di presupposti, natura ed effetti; pertanto, non si può trarre dalla rappresentanza politica la legittimazione all'agire politico per poi trasferirla automaticamente al suo termine di confronto, in quanto ciò che è nella disponibilità della prima non è anche nella disponibilità della seconda. In conclusione, il dialogo delle A.I. con la base non può supplire alla mancanza di una disciplina sostanziale a livello primario.

Con ciò non si vuole dire che il modello A.I. sia fuori dall'assetto costituzionale, perché esso rappresenta un'alternativa all'amministrazione servente l'Esecutivo (art. 95 Cost.), in quanto assume i bisogni nel luogo in cui nascono, aderendo visibilmente alle istanze effettive della società⁴⁰. Insomma, come disse Berti, siamo davanti a un'amministrazione che si è guadagnata sul

administratives indépendantes dans la Constitution?, in *Les petites affiches*, 1992, 56 ss. Cfr.: M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. dir.*, 4. 1997, 657 ss.; S. STAMMATI, *Le autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, Giuffrè, 1998, 343 ss.; e, volendo, G. DE MINICO, *Regole. Comando e Consenso*, Torino, Giappichelli, 2005, in part. *Conclusioni*.

³⁸ Al legislatore di revisione non si chiede però di tacere sul punto, ma di articolare le linee guida dello statuto delle Autorità, suscettibile di sviluppi successivi da parte del legislatore ordinario. In caso, invece, di silenzio del testo costituzionale sul punto, non si potrebbe impedire al legislatore ordinario di indebolire l'indipendenza genetica delle Autorità, attraendole per stadi successivi al dominio dell'Esecutivo.

³⁹ *Contrà*: M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, cit., favorevole all'equipollenza tra le due rappresentanze a condizione che “la disciplina di queste autorità fosse integrata con il riferimento” in sede costituzionale “al procedimento”. Sviluppano questa linea di pensiero: F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, CEDAM, 2000, 157 e F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000, 26-27.

⁴⁰ G. BERTI, *Abbozzo di un discorso sull'amministrazione pubblica*, in *Jus*, 1988, 101: “l'aderenza dell'amministrazione alla democraticità è la rappresentazione e verifica di uno o più valori costituzionali. È la qualità del risultato, cioè dell'azione di volta in volta intrapresa che legittima altrettanto puntualmente i soggetti e dà giustificazione del loro essere e dà anche la misura della loro democraticità”.

campo la legittimazione democratica, un conferimento *a posteriori*, direttamente proporzionale alla sua capacità di rispondere alle concrete esigenze della società. Rimane fermo che essere un soggetto democratico, pur realizzando un modello opposto a quello al seguito dell'Esecutivo, non significa anche essere abilitato di diritto alla decisione politica, visto che l'unico canale di trasmissione della volontà popolare, cioè quello elettivo, è stato interrotto irreversibilmente dal modo di essere fisiologico dell'A.I.

Avanzeremo nelle nostre conclusioni una possibile idea per superare questa impasse istituzionale, che vede una tecnica autoritaria scavalcare la politica, lasciandola indietro.

4. La tecnica e le norme armonizzate private.

La *Lex mercatoria* non era riuscita da sola a creare un mercato comune, perché ostacolata dal feudalesimo regolatorio; infatti, gli Stati non avevano rinunciato a produrre i propri beni e servizi secondo standard autonomi e non comunicanti. Di conseguenza, la circolazione di merci e prestazioni era avvenuta entro l'orto di casa, perché l'eterogeneità e la contraddittorietà normativa avevano impedito il loro libero flusso in uno spazio privo di confini geografici.

Al caos normativo rispose l'Atto unico europeo⁴¹ con un'idea nuova di tecnica, non più impedimento all'unicità del mercato ma strumento *ad hoc* per realizzarlo⁴². Questa promozione sul campo aveva però una condizione preliminare: la tecnica doveva essere all'altezza del compito politico che l'Europa le stava assegnando⁴³, cioè essere dedicata a disegnare regole, omogenee, insensibili alle specificità territoriali, tendenzialmente europee e capaci di armonizzare le disarmonie.

Ricostruiti i fatti, riflettiamo su come si articola il rapporto Stato/tecnica nel caso delle norme armonizzate, previste nell'Atto unico. Questo tipo di tecnica confina lo Stato in posizione marginale: da regolatore iperattivo, che copre con le sue norme imperative ogni futura condotta

⁴¹ Atto unico europeo, Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e Aia il 28 febbraio 1986, in vigore il 1° luglio 1987, in GUCE, L 169 del 29 giugno 1987, 1 ss.

Nella letteratura europea, si vedano almeno: J. PELKMANS, *The New Approach to Technical Harmonization and Standardization*, in *Journal of Common Market Studies*, 25(3), 1987, 249–269; C. JOERGES, *The New Approach to Technical Harmonization and the Interests of Consumers: Reflections on the Necessities and Difficulties of a Europeanization of Product Safety Policy*, in R. BIEBER, R. DEHOUSSE, J. PINDER, J. H. H. WEILER (eds.), 1992: *One European Market? A Critical Analysis of the Commission's Internal Market Strategy*, Baden-Baden, Nomos, 1988, 175–225; H.-W. MICKLITZ, *Perspectives on a European Directive on the Safety of Technical Consumer Goods*, in *Common Market Law Review*, 23(4), 1986, 617–640; H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, 460 ss.; M. P. EGAN, *Constructing a European Market: Standards, Regulation, and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2001; S. WEATHERILL, A. MCGEE, *The Evolution of the Single Market — Harmonisation or Liberalisation*, in *The Modern Law Review*, 53(5), 1990, 578–596; K. NICOLAÏDIS, M. EGAN, *Transnational Market Governance and Regional Policy Externality: Why Recognize Foreign Standards?*, in *Journal of European Public Policy*, 8(3), 2001, 454–473.

⁴² A. PREDIERI, *Le norme tecniche nello Stato pluralista e prefederativo*, in *Il diritto dell'economia*, 1996, 285, dove l'Autore sottolinea questa tensione delle norme armonizzate a compiere il mercato comune; e F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, Giuffrè, 2001, 87, che richiama il concetto di "responsabilità" della tecnica per costruire il mercato globale.

⁴³ F. SALMONI, *Le norme tecniche*, cit., 87.

delle forze private e pubbliche del mercato, ad architetto di sistema, disposto a rinunciare a una quota tradizionale della sua sovranità a favore di soggetti privati collettivi, delegati a scrivere in prima battuta il precetto, intenzionalmente lasciato in bianco⁴⁴. Nel prosieguo vedremo meglio in cosa consiste questo ruolo e se il decisore politico, europeo e interno, lo abbia assolto o meno.

Da questo momento la tecnica fa un salto in avanti: non più elemento *extra-ordinem*, chiamato a integrare condotte già delineate da legislatore antitrust, ma fattore che occupa l'intero spazio della statuizione normativa. In una espressione, la tecnica è il precetto perché conforma senza intermediari le condotte degli operatori economici e si muove con indifferenza rispetto al luogo dove questi operano in quanto il suo compito è omogeneizzare le differenze, unificare le diversità. Insomma, fare in modo che ogni processo produttivo obbedisca a una disciplina europea uguale per tutti.

Qui il diritto statuale si ritira per fare spazio a quello consensuale, dettato dalle associazioni sovranazionali di categoria; il legislatore, europeo e/o nazionale, rinuncia a creare diritto oggettivo lasciando che siano i soggetti privati a farlo, purché rispettino le condizioni da lui previamente poste. In questa ottica, un certo modello di potere regolativo diventa condizione essenziale della sua compatibilità con l'ordine giuridico: si impone pertanto un disegno *ex lege* del potere privato in termini di funzione pubblica, la sola in grado di assicurare, nonostante l'imputazione soggettiva, l'obbedienza del potere alla destinazione sociale⁴⁵.

Nel caso inverso, se il legislatore permettesse ai privati di creare un diritto negoziale con efficacia *erga omnes* distratto dal fine di pubblica utilità – insomma, un diritto al servizio esclusivo dell'interesse collettivo del suo autore – violerebbe il principio di uguaglianza formale. La violazione consisterebbe nel riconoscere, rispettivamente, al soggetto associativo una situazione di vantaggio – “imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni”⁴⁶ – e a questi “altri”, una di svantaggio, il dovere di osservarle contro la loro volontà.

Percorrendo, invece, l'ipotesi della compatibilità istituzionale, essa richiede attributi specifici per promuovere il diritto consensuale a dignità di fonte.

In primo luogo, il potere pubblico dovrà riservare a sé la direzione “politica degli sviluppi dell'autoregolazione”⁴⁷, in quanto responsabile di ultima istanza della conformità del diritto consensuale agli obiettivi di *policy*, da lui già individuati. L'intervento regolatorio dello Stato, secondo una logica di *self-restraint*, si asciugherà sul terreno delle norme di relazione, fatta eccezione per quelle indispensabili a impostare il discorso regolatorio, mentre si dilaterà sul

⁴⁴ Così: G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra costituenti ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. Cost.*, I, 1992, 55.

⁴⁵ Sia consentito rinviare al nostro lavoro: *Regole. Comando e Consenso*, cit., 159.

⁴⁶ Cfr. M. C. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, Jovene, 1977, 4, dove l'Autore legge un *vulnus* al principio di uguaglianza nella nuda attribuzione a un privato del potere normativo. In proposito anche: P. RESCIGNO, *La giustizia interna nelle associazioni private*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, CEDAM, I, 1988, 123 ss., che misura la struttura delle autorità private sul parametro della democraticità e i loro poteri esterni su quello dell'uguaglianza.

⁴⁷ R. MAYNTZ, *Steuerung, Steuerungsakteure und Steuerungsinstrumente: Zur Präzisierung des Problems*, cit. Si deve, invece, a B. BLANKE, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, in *Kritische Justiz*, 1988, 200, l'intuizione di riservare allo Stato l'ulteriore compito diretto a educare i sottosistemi privati a rispetto della reciproca coesistenza.

versante delle norme di azione. Competerà, infatti, al potere pubblico, cioè alla politica, selezionare il futuro autore delle regole consensuali, le sue modalità operative, intese come forma dell'atto e relativo procedimento di formazione, nonché i fini ultimi del suo agire.

Il legislatore sarà pertanto impegnato a “predisporre le nervature istituzionali di processi di autoregolazione sociale, a definire, correggere e ridefinire, quando occorra, istituzioni funzionanti come sistemi autoregolatori”⁴⁸.

4.1. Quanto al soggetto di autoregolazione.

Il privato che aiuta lo Stato nel compito regolatorio, sviluppando le linee etero-dettate in puntuali regole di condotta, discute con il potere pubblico, non come difensore di istanze individuali o collettive, bensì come *partner* affidabile sul quale lo Stato potrà contare per compiere il progetto politico, da esso previamente impostato in sede di normazione primaria.

Il privato disponibile al comando pubblico non è una qualunque associazione di categoria, libera di disegnarsi la fisionomia interna, ma un soggetto dall'identità decisa in alto, funzionale a garantire il buon fine del compito “delegatogli” dallo Stato. Una fisionomia etero-imposta - sensibile, dunque, al principio della democraticità delle Autorità private - costituisce la prima condizione di compatibilità istituzionale del potere normativo privato.

La legge pertanto dovrà fissare *ex ante* un criterio di selezione della rappresentatività del soggetto collettivo: un parametro preferibilmente presuntivo dell'esponenzialità, né eccessivamente elastico, né rigidamente chiuso in valutazioni legali tipiche. Esso, pertanto, si dovrà comporre di elementi sintomatici suscettibili di integrazione in sede di valutazione del caso concreto. Il legislatore nel momento in cui prescriverà detti indici si sostituirà agli associati nella scelta del modello di *governance* da adottare, perché conformerà secondo un paradigma “tipo” la struttura del soggetto.

Un altro requisito di compatibilità costituzionale attiene alla composizione interna del soggetto collettivo, che deve rappresentare paritariamente le parti del rapporto da regolare. Ne conseguirà una geografia dell'assetto organizzativo pluriarticolata, cioè, ripartita tra tutti i soggetti esponenziali degli interessi in gioco in modo da essere al tempo stesso diffusa ed equilibrata. Un *board*, equamente disegnato, è la condizione minima per ideare regole bilanciate, in modo da riservare a ciascun interesse un ragionevole ristoro al parziale sacrificio subito.

Questa riduzione della libertà associativa è necessaria in ragione della natura pubblica del compito affidato al soggetto esponenziale: creare regole di condotta valevoli per tutti, iscritti e non all'ente regolante. L'asservimento del soggetto esponenziale al programma di *public policies*⁴⁹

⁴⁸ Così: L. MENGONI, *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, in *Rel. Ind.*, 1988, 25; ma, volendo, anche W. BÜHL, *Grenzen der Autopoiesis*, in *Kritische Justiz*, 21, 1988, 247: “L'autopoiesis non può significare lasciare andare le cose semplicemente per il loro verso...piuttosto impostare la struttura e l'interazione dei sistemi da controllare ... in modo che essi possano ampiamente autoregolarsi e controllarsi reciprocamente” (trad. dell'autore).

⁴⁹ M. ZALNIERIUTE, *Against procedural fetishism: a call for a new digital constitution*, in *Ind. Jour. G.L.S.*, 39, 2, 2023, 259.

comporta pertanto che l'identità del regolatore sia costruita in modo da assicurare la coerenza della sua futura azione con le aspettative sociali. Intanto, i nuovi intermediari tra l'individuo e lo Stato saranno in grado di contribuire alla realizzazione del bene comune – cioè di sollecitare la “transforming agents of individual interests [...] into promoters of the public interest”⁵⁰ - in quanto potranno contare su *boards* elettivi, vincolati all'osservanza di rigorose regole di prevenzione del conflitto di interessi, nonché su organi deliberativi distinti da quelli esecutivi, e, infine, su criteri di ripartizione dei voti obbedienti a logiche *pro capite* e non *pro capitale*.

4.2. Quanto al metodo dell'autoregolazione.

La seconda condizione di compatibilità costituzionale esige che il legislatore inviti a sedere al tavolo negoziale del diritto consensuale tutte le parti coinvolte dalle future regole. Invece, se il legislatore assegnasse a un solo soggetto sociale il potere di decidere anche per gli assenti, permetterebbe l'esercizio egoistico del potere⁵¹, avallando una regolazione unilateralmente sbilanciata, perché è venuto meno l'accordo come momento di riequilibrio delle contrapposte domande sociali.

4.3. Quanto ai fini dell'autoregolazione.

L'ultima condizione di compatibilità costituzionale dell'autoregolazione interessa lo scopo dell'atto normativo: il legislatore non si dovrà limitare a una nuda attribuzione di potere ai privati, dovendo invece orientarne anticipatamente la direzione per allineare i suoi futuri esiti agli obiettivi di *public policies*. La funzione normativa privata deve pertanto poter esibire una norma di legge, non come mero titolo attributivo di competenza, bensì come disposizione sostanziale, immediatamente prescrittiva della disciplina di massima della materia, rimessa all'autoregolazione per gli sviluppi di dettaglio. In altri termini, la scelta della modalità di “massima realizzazione contestuale possibile”⁵² dei principi e interessi antagonisti dovrà essere consegnata nella norma primaria, così da essere sottratta alla ridefinizione privata. In ragione di ciò, la legge, europea o nazionale, si articolerà almeno in due diverse disposizioni: una, sulla produzione giuridica, che conferisce ai privati il potere di creare diritto oggettivo; l'altra, sull'uso del potere privato in aderenza alle precise scelte di valori imposte *ex lege*.

Risultano così chiariti i termini dell'intervento statuale, che si risolverà nell'interpretare il bene comune e nel tradurlo “in obiettivi definiti da grandezze quantitative, impartendo così all'azione

⁵⁰ Così: W. STREECK - P. C. SCHMITTER, *Community, market, state - and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in ID. (eds.), *Private interest government*, London, Sage Publications, 1985, 16.

⁵¹ In proposito: A. OGUS, *Rethinking self-regulation*, in *Oxf. jour. leg. st.*, 1995, 375, in linea con J. KAY, *The forms of regulation*, in A. SELDON (ed.), *Financial regulation - or over-regulation*, London, Institute of Economic Affairs, 1988, 38.

⁵² Così: M. VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 1980, 87.

complementare dei gruppi sociali un quadro di riferimento e di compatibilità oggettivamente verificabile”⁵³.

Se invece l'autoregolazione fosse sottratta al vincolo di fine etero-imposto, essa gioverebbe esclusivamente al suo autore, perché è nell'ordine naturale delle cose decidere nel proprio interesse, salvo che si sia costretti a fare diversamente. La soddisfazione del bene comune dipenderebbe da un fattore del tutto incerto e occasionale: la sua coincidenza con gli obiettivi privati dell'autore delle future regole, eventualità che potrebbe non verificarsi affatto. Insomma, lo Stato non può scommettere che “la parte migliore dell'uomo” avrà “la meglio su quella peggiore”⁵⁴, e perciò si dovrà comportare considerando che ciò non accada, e, di conseguenza, dovrà orientare anticipatamente il percorso dell'azione normativa privata.

Il discorso fin qui sviluppato sulle finalità eteronome dell'autoregolazione rimanda a una precisa collocazione del diritto consensuale nell'ambito delle fonti: questo deve sottostare alla legge, come impone il principio di chiusura delle fonti a livello di indirizzo politico europeo e interno. La ribadita subordinazione del codice alla legge è peraltro la sola collocazione coerente con la dimensione porosa dell'ordinamento, sensibile alle realtà normative extra-statali, sempre che queste si limitino a completare il progetto politico. La necessità di coordinare l'intervento regolativo pubblico con la voce dei privati si risolverà nell'ausiliarità della seconda al primo: i privati, promossi a “partenaires de la mise en place et de la mise en oeuvre des politiques publiques”⁵⁵, interverranno in aiuto allo Stato, sempre che questi lo voglia e nel rispetto delle condizioni poste *ex ante*.

In altri termini, si contesta il concetto di equivalenza tra eteronomia e autonomia e con esso la tesi della perfetta fungibilità del diritto imperativo - sovranazionale e statale - con quello dei privati: non tutto ciò che può fare la legge è delegabile alle Autorità private. Si propone pertanto un criterio di distribuzione del lavoro normativo obbediente al principio di competenza, in base al quale fonti pubbliche e private potranno intervenire sulla medesima materia, ma a titolo diverso: la legge dovrà parlare per prima, disegnando il progetto regolativo di massima, il codice lo completerà nel rispetto delle indicazioni strutturali della prima⁵⁶.

Alla non intercambiabilità tra legge e codice corrisponde l'insostituibilità della rappresentanza politica con quella di interessi, in quanto la prima comprende la seconda senza coincidere, proprio come l'unità include in sé una sua frazione, senza esaurirsi in essa.

Se, invece, eteronomia e autonomia si collocassero sullo stesso piano, il rispetto dei valori dell'ordinamento superiore dipenderebbe da una mera eventualità: la loro coincidenza con i principi sostenuti dalle autorità private. In mancanza di una cornice normativa alla quale affidare la difesa del bene comune, verrebbe a mancare la protezione dal pericolo di un'involuzione

⁵³ Vedi: L. MENGONI, *La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale*, cit., 27.

⁵⁴ L. FRANZESE, *Ordine economico e ordinamento giuridico*, Padova, CEDAM, 2004, 50-51.

⁵⁵ C. A. MORAND, *La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit*, in ID., *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Paris, Publisud, 1991, 207.

⁵⁶ G. MINERVINI - M. ONADO, *Efficienza dei sistemi finanziari e tutela del risparmio: disciplina o deregolamentazione?*, in G. TESAURO - M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 122 ss.

egoistica dei governi di interessi privati, cioè dal rischio di un esercizio della funzione normativa asservito a fini individuali⁵⁷.

Pertanto, l'unica modalità di cooperazione tra la fonte statuale e quella a genesi consensuale si compie nel modello della complementarità⁵⁸, capace di coniugare il concetto di pluralità degli ordini minori derivati con quello di superiorità dell'ordinamento maggiore originario.

In sintesi, quando lo Stato ricorre al diritto consensuale per completare l'ordine giuridico, rafforza la sua autorità, perché il rinvio all'autoregolazione è occasione per dettare ai privati gli obiettivi congeniali al programma politico, riservandosi di controllare la sua realizzazione e di intervenire, se necessario, in correzione della decisione normativa privata inosservante delle istruzioni ricevute. La quadratura del cerchio si compie e si riafferma nel corretto rapporto tra politica e tecnica, sempre che lo Stato mantenga la direzione politica dei processi autoregolativi, intervenendo *ex ante* con poteri di conformazione anticipata dei fini, ed *ex post* con poteri di controllo correttivo.

5. Le norme armonizzate nel tessuto dell'*Artificial Intelligence Act*.

Il Regolamento sull'Intelligenza artificiale⁵⁹ rinvia alle norme armonizzate, delegandone la scrittura alle Associazioni di categoria sovranazionali; quindi, le contempla a integrazione delle disposizioni del capo III, sez. II (dedicata all'Intelligenza artificiale⁶⁰ ad alto rischio), nonché quelle del capo V, sez. II e III (dedicata all'I.A. generativa).

Vediamo ora se i tre requisiti prima illustrati a garanzia della compatibilità di queste norme all'assetto istituzionale europeo siano stati rispettati dall'*AI Act*.

A) Quanto al disegno anticipato del soggetto di autoregolazione, il legislatore europeo ha mostrato piena deferenza alla loro autonomia organizzativa, perché non ha imposto ai Giganti dell'autoregolazione di aprire i loro *board* a un modello di rappresentanza equilibrata e diffusa. Pertanto, sono rimaste invariate le loro architetture interne, rappresentative di una sola parte del rapporto intersoggettivo da disciplinare, il regolato-forte, cioè l'industria; mentre, gli utenti non vedono compensata la loro atavica asimmetria con l'inclusione nei *board* di queste associazioni, pur subendone gli effetti regolatori.

⁵⁷ Ricordiamo alcune autorevoli voci sul tema: R. BALDWIN - M. CAVE, *Understanding regulation*, cit., 126; e quanto alla necessità di un *framework* normativo da imporre ai governi privati si vedano: J. KAY - J. VICKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in G. MAJONE (ed.), *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, London, Pinter, 1990, 239. Ci sia consentito il rinvio al cap. V del nostro libro, *Regole. Comando e consenso*, cit., dove questo profilo ha ricevuto un diffuso esame nel merito, tenendo conto della letteratura anglosassone in materia.

⁵⁸ F. CAFAGGI, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Pol. dir.*, 2, 2004, 233, dove l'Autore ammette come possibile modello anche quello della coregolazione, in cui Stato e privati si muovono su un piano di sostanziale parità, sottovalutando il fatto che ciò comporterebbe l'inevitabile operare di entrambi a livello primario.

⁵⁹ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale, in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj?locale=it>.

⁶⁰ D'ora in avanti I.A.

B) Quanto alla procedura, che poteva correggere il deficit democratico strutturale di questi Giganti, essa non contempla gli utenti tra gli invitati al tavolo delle trattative per disegnare le future regole private. L'ideazione solitaria della disciplina comporterà la sua curvatura a vantaggio del regolato forte, vincolando però anche le parti deboli, benché tenute fuori dal negozio regolatorio; fermo restando che, se ciò fosse invece accaduto, non reputiamo il negozio regolatorio idoneo a sostituirsi alla regola pubblica, proprio come la rappresentanza di interessi privati è infungibile con quella politica. Né questo *vulnus* all'uguaglianza contrattuale potrà essere compensato dall'intervento *ex ante* del Legislatore e/o della Commissione, che non saranno in grado per avarizia delle indicazioni di legge di ricentrare l'ago della bilancia in modo da allineare l'iniziale asimmetria dei contraenti.

L'esito finale sarà dunque l'inevitabile torsione egoistica, dovuta a regole ideate dalla sola parte imprenditoriale.

C) Quanto ai fini delle norme armonizzate, è mancato il rispetto del criterio di distribuzione del lavoro normativo, che si sarebbe dovuto attenere al principio di competenza, in base al quale fonti pubbliche e private sarebbero intervenute sulla medesima materia, ma a titolo diverso. Invero, la legge avrebbe dovuto parlare per prima, disegnando il progetto regolativo di massima; mentre la regola armonizzata lo avrebbe completato nel rispetto delle indicazioni strutturali e sostanziali poste dalla prima.

Questa ideale distribuzione è rimasta un esercizio di pura teoria del diritto, perché l'*AI Act* ha concretizzato male questo principio, disegnando con scarse prescrizioni gli obblighi dei *provider*, che invece dovevano rappresentare la trama regolatoria, rimessa alla norma armonizzata. Invece, quest'ultima, in mancanza di un *framework* pregresso, è stata la trama di se stessa, operando scelte significative sulle libertà fondamentali, ma, al tempo stesso, è stata la regola esecutiva di quanto si era auto-dettata.

6. La tecnica e l'illecito antitrust nella *e-economy*.

Quando il mercato digitale iniziò ad affermarsi, la norma antitrust non era ancora pronta a ricomprendere nelle tradizionali figure delle intese e degli abusi la condotta anticompetitiva degli imprenditori della *e-economy*. Disegneremo la fisionomia dei mercati digitali per comprendere le ragioni della loro iniziale esclusione dall'economia tradizionale.

La prima caratteristica di queste piazze è di articolarsi su due lati. Amazon è un chiaro esempio di *double-sided market*⁶¹, perché è lo scaffale digitale che espone gli oggetti offerti dai produttori, ma è, al tempo stesso, anche il punto di incontro virtuale tra l'offerta e la domanda dei beni che venderà sulla piazza a valle. In ragione di ciò una modifica delle condizioni a monte si

⁶¹ Si veda la chiara definizione della CE, *Comunicazione della Commissione — Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza*, in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52024XC01645>, in part. al punto n. 94.

comunicherà più o meno automaticamente al mercato a valle, generando così reazioni a catena tra i diversi lati e attori della piattaforma, i cd. effetti indiretti di rete.

Si pensi a *Google Adtech*⁶² che, nel fornire un servizio digitale in cambio dei nostri dati, taglia su misura del singolo consumatore la sua identità. La profilazione *ad hoc* rende la pubblicità più mirata, più “cliccabile”, e quindi più appetibili gli spazi pubblicitari, che saranno venduti a un prezzo più alto di quello che avrebbero in assenza della profilazione.

Un altro attributo, l'effetto *lock-in*, sottolinea invece la capacità di questi mercati di non perdere i propri utenti. Questi, infatti, pur potendo cambiare piattaforma, difficilmente lo faranno, perché altrove non troveranno condizioni migliori di quelle attuali.

La terza caratteristica interessa la dinamica di questi mercati: nascono, si articolano e si esauriscono nello spazio virtuale di una piattaforma. Questa, pur non essendo un'*essential facility* da un punto di vista economico, di fatto si comporta come se lo fosse perché è indispensabile a mettere in contatto chi offre un bene con chi lo domanda. Infatti, il *Digital Markets Act* chiama i proprietari delle piattaforme “gatekeeper”, cioè soggetti che controllano l'accesso, avendo le chiavi per permettere o impedire l'ingresso alla piattaforma⁶³.

Infine, le prestazioni sembrerebbero fornite a costo zero per l'utente, che invece le paga con la cessione dei suoi dati, il che conserva a questi mercati il tratto dell'onerosità, pur non identificabile nel corrispettivo monetario⁶⁴. Questi attributi, unitariamente considerati, li rendono mercati dominati da uno o al massimo due operatori, premiati dalla logica del “chi vince prende tutto”⁶⁵.

Date queste caratteristiche, l'interpretazione letterale degli artt. 101 e 102 TFUE lasciava fuori le piazze virtuali, garantendo di fatto l'impunità alle condotte anticoncorrenziali degli imprenditori dell'economia digitale, con danni irre recuperabili ai diritti fondamentali.

Ma la tecnica da fattore genetico della fisionomia del mercato digitale poteva diventare il rimedio all'insufficienza del testo normativo, suggerendone un'interpretazione mutevole all'evolversi della tecnica. La lettura tecnicamente orientata, come abbiamo già visto rispetto all'illecito antitrust tradizionale, servirebbe anche in questo caso a mantenere dinamico il tessuto normativo, senza costringerlo a modifiche formali. Inoltre, coprire condotte illecite, altrimenti esentate da pena, è un passo importante verso l'umanesimo digitale, spesso evocato come promessa, ma nei fatti lontano dal realizzarsi. Le parole del premio Nobel Jean Tirole (2022) richiamano questa realtà in movimento: “[...] non è necessario un cambiamento drastico della legge antitrust; in effetti, i vecchi statuti sono formulati in modo abbastanza ampio che molti dei comportamenti di cui ci preoccupiamo sono in qualche modo già incarnati nella legge. Al

⁶² European Commission, *Press release, Google AdTech 2025 (AT40670), D5 sett. 2025*, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1992.

⁶³ G. PITRUZZELLA, *Le libertà di informazione nell'era di Internet*, in *MediaLaws*, 1, 2018, 23, con particolare attenzione ai GK delle piattaforme informative e ai pericoli per l'integrità delle nostre libertà fondamentali, vista la concentrazione del ruolo di “portieri” in un ristretto “manipolo di *tech companies* globali”.

⁶⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631.

⁶⁵ M. DRAGHI, *Il futuro della competitività europea. Parte B, Analisi approfondita e raccomandazioni*, settembre 2024, 326, in <https://www.eunews.it/rapporto-draghi-parte-b/>.

contrario, l'apparato normativo deve essere reso più agile e in sintonia con l'evoluzione del pensiero economico nell'era digitale⁶⁶.

Una tecnica, abbandonata a se stessa, sarebbe un pericoloso “*mean[s] to produce revenue and market control*”⁶⁷, il cui esito interpretativo impedirebbe la porosità delle norme agli illeciti inediti. Invece, una tecnica orientata al *common good* non lascerebbe le *Big Tech* indisturbate nell'accaparrarsi i dati dei cittadini, protette dall'anarchia tecnologica e dalla forza di una dominanza incontestabile dai terzi.

Per comprendere l'evoluzione degli orientamenti della Commissione e della Corte di giustizia, ne analizzeremo i principali snodi fino ad oggi.

6.1. L'iniziale atteggiamento della Commissione sull'abuso di posizione dominante nella *e-economy*.

Rileggiamo l'abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE)⁶⁸ in linea con la suggerita interpretazione tecnologicamente orientata.

Guardiamo dunque il primo elemento: il mercato di riferimento. Questo non è più individuabile secondo il criterio della sostituibilità dei singoli beni, perché in un'economia guidata dai dati, l'infungibilità riguarda, non i servizi atomisticamente considerati, bensì il pacchetto integrato delle prestazioni, offerto dall'operatore globale in un'unica unità di tempo e di luogo. La conferma è nel fatto che chi è parte della comunità di Google non è disposto a cambiarlo con altri, indipendentemente da come si sia comportato, almeno fin quando rimarrà l'unico fornitore di una prestazione, pluriarticolata nelle sue utilità, confezionata in un'unica scatola, portabile ovunque e non riscontrabile in altre offerte.

Ne deriva che anche la dominanza, secondo elemento, basata sul controllo dei dati, sia difficilmente scalabile e consolidata dal *lock-in*, che trattiene gli utenti sulla piattaforma. Dunque, una dominanza, valutabile in base a indizi diversi dal fatturato: quali le barriere tecnologiche rappresentate dai *Big Data* e la dipendenza psicologica e sociale degli utenti, ignota ai mercati tradizionali. Infatti, alla dominanza di un'impresa 4.0 concorre anche la ricorsività degli atteggiamenti commerciali dei nuovi utenti, che seguono la scelta già fatta da chi li ha preceduti al punto che nessuno si darebbe appuntamento in luoghi quasi deserti: tutti si addensano nelle piazze virtuali, dove le *chance* di incontro sono maggiori. Quindi, il *lock-in* tra una *Big Tech* e i suoi clienti è un tratto incontestabile del suo potere di mercato, assente invece nelle economie *offline*, non a caso misurabili in base all'antico indizio del fatturato.

⁶⁶ Richiamato da M. DRAGHI, cit. supra, 327.

⁶⁷ S. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, Profile Books Ltd, 2019.

⁶⁸ R. WISH BAILEY, *Competition law*, Oxford, OUP, 2018, capp. 17 e 18; nonché, R. NAZZINI, *The foundations of European Union of Competition law: The objective and principles of article 102*, Oxford, OUP, 2011, *passim*.

Il terzo elemento, l'abuso, si risolve nel cattivo uso della dominanza o in danno dei consumatori, peggiorandone le condizioni contrattuali in assenza di alternative reali, o in danno dei concorrenti - abuso per esclusione - imponendo loro pratiche predatorie o esclusive. In entrambi gli abusi siamo dinanzi a una condotta monopolistica, assunta però da chi, pur non essendolo, si comporta come se lo fosse per i suoi atteggiamenti, indipendenti dalle reazioni di consumatori e di concorrenti.

Ebbene, nei mercati digitali anche i sintomi dell'abuso sono diversi da quelli dei mercati tradizionali: l'indizio classico dell'aumento dei prezzi manca perché i beni continuano a essere offerti a costo zero anche dopo la commissione dell'abuso, visto che le prestazioni digitali si scambiano contro un'apparente gratuità.

Pertanto, l'abuso si manifesta con modalità inedite, e un suo possibile indizio può essere la degradazione qualitativa della prestazione. Si consideri quel dominante che, forte del suo pacchetto di dati, abbassi la *policy* di privacy senza che ciò determini una flessione sensibile nella domanda grazie al *lock-in* e all'omogeneità diffusa delle condizioni contrattuali. Siamo dinanzi a un abuso per sfruttamento considerato che il dominante ha alterato la *privacy policy* contro le legittime aspettative dei consumatori?

Pertanto, è sostenibile l'adozione di criteri alternativi per valutare l'abuso: non più l'incremento minimo e stabile del prezzo, inidoneo a spostare la domanda, ma la riduzione minima e stabile della qualità della prestazione⁶⁹. Il nuovo parametro non sarà privo di incognite: come si calcolerà un mutamento qualitativo su un valore immateriale, quale è la privacy? E, ancora, il metro di valutazione sarà uguale per tutti i soggetti; oppure, andrebbe misurato in ragione delle tendenze dei clienti e della loro diversa sensibilità alla protezione dei dati personali?

In un primo tempo, la Commissione ignorò questa rivoluzione⁷⁰, ritenendo estranee all'art. 102 TFUE le pratiche aggressive in materia di privacy, anche se lesive dell'equilibrio competitivo. L'Esecutivo comunitario si trincerava dietro l'argomento formale della rigida separazione delle competenze, per cui la privacy rimaneva affidata alle cure del Garante europeo per la protezione dei dati personali, e la concorrenza a sé. La Commissione, convinta che le preoccupazioni sulla privacy fossero “fall[ing] out of the aim of antitrust law”⁷¹ perché rientranti “within the scope of the EC data protection rules”⁷², aveva di fatto consentito a Google e agli altri Giganti di perseverare indisturbati nei loro abusi, forti⁷³ di mantenere inalterate le loro indebite dominanze

⁶⁹ M.E. STUCKE - A.P. GRUNES, *Big data and competition policy*, Oxford, OUP, 2016, 115 ss.

⁷⁰ Commissione Europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Relazione sulla politica di concorrenza 2017*, COM(2018) 482 final, 18.6.2018, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0482&qid=1758455628215>.

⁷¹ M. VESTAGER, *Competition in a BD world*, 18 January 2016, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_16_5224.

⁷² B. BOUYSSIÈRE - D. COLGAN, *Competition law, BD and data protection are Competition Authorities becoming jacks of all trades?*, in <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f9b02fe5-b8e1-4396-8efa-a24ffce9daf>.

⁷³ Commissione europea, *Case AT.39740 — Google search (Shopping)*, Brussels, 27.06.2017, in http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_it.htm. Volendo, cfr.: G. DE MINICO, *New horizons for the policymaker after the Commission's decision on Google?*, in <https://iaclaidd.wordpress.com/2017/08/27/new-horizons-for-the-policymaker-after-the-commissions-decision-on-google/>.

per l'assenza di sanzioni ripristinatorie. Un analogo atteggiamento assolutorio aveva riservato a Facebook⁷⁴ che, acquistata WhatsApp, fu punita dalla Commissione solo per aver dichiarato il falso, non anche per aver sottratto all'insaputa dei clienti di WhatsApp i loro dati telefonici, illecito questo, ben più grave del primo in termini di equilibrio competitivo, perché le permise di consolidare il suo smisurato potere sul mercato dei dati.

Teniamo a precisare che non condividiamo l'automatismo interpretativo, perché valutiamo la lesione della privacy un campanello d'allarme, salvo poi accertarne l'idoneità a causare un pregiudizio anche alla concorrenza. Quindi, non riteniamo che il nesso di causalità tra la condotta lesiva della privacy e il danno al mercato sussista in base a una valutazione legale tipica, dovendo invece costituire oggetto di prova specifica. Pertanto, non condividiamo la benevola tesi tedesca⁷⁵ della "presunzione normativa"⁷⁶, secondo la quale il danno competitivo ricorrerebbe *in re ipsa* per la presenza della sola lesione alla privacy. D'altro canto, non vogliamo neppure escludere ogni sua rilevanza ai fini dell'accertamento dell'abuso, come invece sostenuto inizialmente dalla Commissione europea. La nostra posizione è accostabile alla presunzione relativa: la lesione lascia intravedere un danno presuntivo, ma ciò non basta a perfezionare l'illecito, di cui si dovranno accertare gli altri suoi elementi costitutivi.

Questa soluzione di compromesso tiene dentro la novità ermeneutica, che valorizza la lesione della privacy come sintomo di una condotta antitrust, ma anche il diritto alla difesa, ammettendo l'impresa a dimostrare l'irrilevanza del sintomo ai fini dell'anticompetitività.

6.2. Qualcosa sta cambiando.

Commissione e Corte di Giustizia stanno prendendo le distanze dai criteri tradizionali – valutazione quantitativa degli indici abusivi e incomunicabilità dei beni 'mercato' e 'privacy' – elaborati dal diritto antitrust per i mercati analogici, cioè quelli *offline*.

Ripercorriamo i tre elementi dell'abuso dalla prospettiva della nuova tendenza interpretativa, ancora alla ricerca di una stabilità concettuale.

⁷⁴ Commissione europea, Case M.8228 — *Facebook/WhatsApp*, Brussels, 18.05.2017, in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A52017M8228\(03\)&from=LT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A52017M8228(03)&from=LT).

⁷⁵ *Contra* la Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding*, February 2019, in https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

⁷⁶ In proposito si legga il: Bundesgerichtshof (Federal Court of Justice), *Decision KVR 69/19*, del 23/06/2020 (la sua *press release* recante: *The Federal Court of Justice provisionally confirms the allegation of abuse of a dominant market position by Facebook*, <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2020/2020080.html>), dove la Corte Federale, a differenza del giudice di appello, desumeva il nesso di "causalità normativa" - (art. 19(1) della Legge federale sulla concorrenza) – dalla sola condotta accrescitiva del potere di mercato del dominante. Con la conseguenza di non dover provare gli ulteriori elementi del comportamento illecito, perché era sufficiente dimostrare la "posizione di preminenza del soggetto egemone", in <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2020-6&Seite=4&nr=109506&pos=121&anz=279>.

A) Per quanto riguarda l'individuazione dei mercati rilevanti⁷⁷, la Commissione ha considerato che le due facce di un *double-sided market* possano essere addizionate al fine di comporre un unico mercato⁷⁸. Questo atteggiamento pragmatico, diversamente da quello iniziale, rifiuta ogni automatismo interpretativo, perché preferisce attenersi ai fatti, valutando se ricorrano o meno i presunti effetti di rete, necessari per considerare A e B segmenti della stessa piazza; in caso contrario, saranno trattati come mercati distinti⁷⁹, con probabile esclusione dell'illecito antitrust.

Al fine di individuare i mercati secondo un criterio *reasonable* alla loro identità digitale, la Commissione ha sostituito all'originario parametro dell'incremento di prezzo significativo dell'ipotetico monopolista quello del decremento significativo e non transitorio della qualità della prestazione⁸⁰, chiedendosi quale sarebbe stata la reazione dei consumatori, se ciò fosse accaduto. Se la domanda degli utenti fosse rimasta invariata, il criterio del SSNDQ⁸¹ avrebbe individuato quella piazza come mercato di riferimento: qui la Commissione ha senza esitazione saltato lo steccato dalla quantità alla qualità.

La nuova visione della Commissione circa l'individuazione dei mercati digitali ha trovato una compiuta sintesi nella recente Comunicazione sui mercati rilevanti⁸². In essa, infatti, la Commissione ripropone i seguenti concetti: la possibilità di aggiungere i mercati A e B dell'operatore *double-sided*, cosa che prima non accadeva; la sostituzione del test qualitativo a quello quantitativo, perché il primo coglie la riduzione sensibile e stabile della privacy come condotta abusiva del dominante e, infine, il ragionamento per similitudine con i mercati di assistenza post-vendita.

In breve, il *modus procedendi* ha sostituito alla fungibilità del prodotto la visione d'insieme sui mercati dell'ecosistema digitale, secondo la tendenza del cittadino digitale a ricevere con uno stesso *account* l'intero pacchetto delle prestazioni e a portarlo con sé ovunque vada.

⁷⁷ Commissione europea, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza*, C/2024/1645: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:52024XC01645>, da pp. 30 ss.

⁷⁸ Emblematici i casi: *Google (Search) Shopping* 2017; *Microsoft/LinkedIn*, 06.12.2016 C(2016) 8404 final, in https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf; https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf), *Case AT.40462 - Amazon Marketplace and AT.40703 - Amazon Buy Box*, Brussels, 20.12.2022, C(2022) 9442 final, in https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases1/202310/AT_40703_8990760_1533_5.pdf.

⁷⁹ Ragionamento analogo è stato seguito dalla Commissione nel recente caso *Google Adtech* (settembre 2025), in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1992.

⁸⁰ Sulla stessa linea interpretativa si veda anche il Tribunale (Sesta Sezione ampliata), 14 settembre 2022, *Google e Alphabet/Commissione (Google Android)*, Causa T-604/1, in <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6CA59A0E313E2A87C7F8782CE06C8D65?text=&docid=265421&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13231855>, in part. parr. da 284 a 305.

⁸¹ L'acronimo sta per *small but significant non-transitory decrease of quality*.

⁸² Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza*, cit., sezione 4.5, punto 104, in cui chiarisce che la stessa “prende in considerazione, se del caso, fattori quali gli effetti di rete, i costi di passaggio da un prodotto a un altro (compresi i fattori che possono portare a situazioni di scelta obbligata da parte dei consumatori (*customer lock-in*) e le decisioni di (*single o multi*)-*homing* ai fini della definizione dei mercati del prodotto rilevanti”.

B) Quanto agli elementi sintomatici della condotta abusiva⁸³, la Commissione, non più indifferente al peggioramento qualitativo della prestazione (cioè, all'abbassamento della privacy), lo ha promosso⁸⁴ da fattore irrilevante a *vital clue*⁸⁵ dell'abuso, accertabile dall'Autorità antitrust⁸⁶. In questo caso Commissione e Supremo Giudice non si sono appiattiti sull'automatismo tedesco della "presunzione normativa", di cui abbiamo detto prima, ma hanno parlato di significatività diretta della violazione privacy nella procedura antitrust, lasciando a ciascuna autorità l'applicazione della sua disciplina, pur rispettando la regola del coordinamento reciproco, di cui diremo in seguito.

La Corte di Giustizia (Grande sezione)⁸⁷ ha osservato che, nell'esaminare un abuso di posizione dominante, l'Antitrust può accertare anche la conformità del comportamento di tale impresa a norme diverse da quelle rientranti nel diritto della concorrenza, quali le disposizioni del GDPR⁸⁸, in quanto la loro violazione rappresenta "importante indizio [...] per valutare le conseguenze di una determinata pratica sul mercato o per i consumatori". Pertanto, continuare a ritenere che la disciplina antitrust e le regole privacy siano settori indipendenti l'uno dall'altro rischia di pregiudicare l'effettività del diritto della concorrenza, se la loro interpretazione disgiunta diventa una modalità, non episodica, ma ricorrente⁸⁹.

6.3. Le sanzioni oltre la privacy e la *competition*.

La crescente commistione tra privacy e concorrenza è l'esito di una diversa concezione del diritto, che, insofferente alla tradizionale distinzione pubblico/privato e alla conseguente ripartizione dei beni giuridici da proteggere, asseconda la 'confusione' dei beni e l'intrecciarsi dei due rami del diritto; ne consegue che una condotta acquisibile all'abuso di posizione dominante non si esclude che possa al tempo stesso ledere anche la privacy, e viceversa. Le Autorità, un tempo separate nei propri ambiti, sono spinte a dialogare, scambiarsi informazioni e sviluppare pratiche comuni, per armonizzare un quadro normativo in continua evoluzione ed evitare 'giudicati' contrastanti.

⁸³ A. LICASTRO, *Commenti*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 503 ss.

⁸⁴ Ricordiamo lo step intermedio del 2016, quando la Commissione - *Case M.8124 – Microsoft / LinkedIn*, cit., 77, nota 330 - ritenne che la lesione della privacy potesse rappresentare una preoccupazione per il diritto antitrust (caso *Microsoft/LinkedIn*), se la qualità della privacy avesse inciso sul valore della prestazione.

⁸⁵ Corte di Giustizia (Grande Sezione), 4 luglio 2023, *Meta Platforms Inc. e a. contro Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2023:537, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex:62021CJ0252>.

⁸⁶ La Commissione ha invece lasciato aperta la questione della competenza a valutare: riservabile all'Antitrust in solitaria o in coordinamento con l'Autorità per la privacy. Nel testo si indica nella seconda opzione una possibile via d'uscita.

⁸⁷ Commissione europea, 4 luglio 2023, *Meta Platforms Inc. e a. contro Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C:2023:537, in part. Il paragrafo 47.

⁸⁸ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, (regolamento generale sulla protezione dei dati), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj?locale=it>.

⁸⁹ M. VESTAGER, *Press release, Case AT.40684 - Facebook Marketplace*, Brussels, 04.06.2021, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2848.

Questo intreccio ha conseguenze sul piano punitivo nel senso che le sanzioni dovrebbero essere modulate sulla capacità plurioffensiva dell'illecito. Le misure tradizionali del diritto antitrust appaiono dunque inadeguate sia per la lentezza istruttoria, che per l'impossibilità di ripristinare la situazione pregressa alla violazione della privacy, perché irrimediabilmente violata⁹⁰. Da qui l'utile ricorso agli impegni ex art. 9 Reg. (CE) 1/2003⁹¹, perché offrono soluzioni rapide, modulabili e presumibilmente ottemperabili in quanto concordate con la parte che dovrà osservarle.

Tali impegni mirano, non a ripristinare lo *status quo ante*, ma a creare un'efficienza competitiva inedita rispetto alla situazione pregressa, che si modella sulle specificità del caso. Essi devono rispondere a criteri di ragionevolezza, evitando automatismi e aderendo alle peculiarità del contesto, in particolare alla dimensione collettiva della privacy⁹². Le misure si propongono come rimedi tanto all'abuso di sfruttamento – in danno dei consumatori – che a quello di esclusione, in danno ai concorrenti.

Nel primo caso, si pensi a informative oscure che impediscono il libero consenso, pregiudicando l'effettività della privacy. In simili ipotesi, un impegno efficace potrebbe essere una *disclosure* chiara⁹³ o l'effettiva portabilità dei dati, in modo da restituire libertà al consenso⁹⁴ e al tempo stesso stimolare la competizione sui livelli di protezione⁹⁵, confrontandosi gli operatori sulla qualità della tutela dei dati. In tal modo si spezzerebbero i monopoli fondati sul *lock-in*

⁹⁰ Le carenze del diritto antitrust hanno giustificato l'introduzione di nuovi strumenti di regolazione *ex ante*, più adeguati alla specificità dei mercati digitali. Tra questi, il Regolamento (UE) 2022/1925, *Digital Markets Act* (DMA), che pone obblighi e divieti ai *gatekeeper*, anticipando la soglia dell'antigiuridicità del diritto antitrust per prevenire gli abusi. Sulle differenze tra le due regolazioni cfr.: P. IBÁÑEZ COLOMO, *The Draft Digital Markets Act: A Legal and Institutional Analysis*, in *Journal of European Competition Law & Practice* 12, 7, 2021, 562; e C. FERNÁNDEZ, *A New Kid on the Block: How Will Competition Law Get along with the DMA?*, in *Journal of European Competition Law & Practice* 12, 4, 2021, 271.

⁹¹ Regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=IT>.

⁹² Acquisita la dimensione relazionale della privacy (S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, 11-39), oggi parte della dottrina disegna un'identità nuova, collettiva, alla libertà in esame: A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*, in *Comp. L. & Sec. Rev.*, 32(2)/2016, 12-14. Secondo questa tesi, il trattamento in massa dei dati renderebbe interdipendenti i singoli atti di cessioni delle proprie informazioni personali, il c.d. *data mining*. Questa pratica, se operata su vasta scala dai *big player* economici, avrebbe riflessi pericolosi sulla democrazia internazionale, favorendo dominazione economica e concentrazioni di potere nell'ecosistema digitale. Ma il *data mining* ha anche un risvolto positivo: è un argomento forte spendibile per ridistribuire il patrimonio informativo dei dati, a condizione di irrobustire prima il consenso informato; in proposito cfr.: M.F. DE TULLIO, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del diritto*, 4, 2016, 251 e 665 ss.

⁹³ Il DMA, stante il rapporto privacy/antitrust, prescrive una serie di obblighi, non più come strumenti di promozione della concorrenza, ma mezzi a tutela della trasparenza dei traffici e dei dati personali. Si veda: A. S. D'AMICO, *The DMA's Consent Moment and its Relationship with the GDPR*, in *European Journal of Risk Regulation*, 16, 1, 2025, 170-183, <https://doi.org/10.1017/err.2024.38>.

⁹⁴ Centre on Regulation in Europe (CERRE), *Data Access, Interoperability and Portability in the Digital Markets Act*, 2022, 7 ss., https://cerre.eu/wp-content/uploads/2022/11/DMA_DataAccessProvisions-2.pdf.

⁹⁵ P.J. VAN DE WAERDT, *Reinforcing data protection and competition through art. 6(2) of the Digital Markets Act*, in *International Review of Law and Economics*, 82, 2025, 7-8, in <https://doi.org/10.1016/j.irl.2025.106265>.

perché il consumatore non sarebbe più obbligato a prendere o lasciare, potendo trovare altrove condizioni negoziali migliori⁹⁶.

Consideriamo ora la seconda figura di abuso, quello di sfruttamento che danneggia i terzi concorrenti, costringendoli a uscire dal mercato o impedendo di entrarvi⁹⁷. Qui la condotta rimediale deve prevedere lo *sharing* dell'*asset*, unica misura capace di rimuovere la barriera tecnologica all'entrata⁹⁸, nonostante i suoi punti critici nel deprimere gli investimenti e rendere complessa la valutazione di un *asset*, che affastella dati condivisibili e dati che non lo sono⁹⁹.

Limitarsi alle sole sanzioni pecuniarie invece non solo non restituisce alle piazze digitali un autentico grado di concorrenza, ma non previene il ripetersi del medesimo abuso, se la pena pecuniaria è inferiore al guadagno illecito derivante dalla condotta vietata. In tal caso, le aziende preferiranno violare le regole e pagarne la sanzione, assumendola come “cost of doing business”, piuttosto che conformarsi a normative che modificherebbero i loro redditizi modelli di business¹⁰⁰.

Nel contenuto dello *sharing* aziendale si compie invece il passaggio dal rimedio comportamentale, indicato prima, a quello strutturale della comproprietà o co-uso dell'*asset*¹⁰¹. Quest'ultimo, già previsto nel Reg. (CE) 1/2003 (art. 7), conserva il suo carattere di estrema *ratio*, applicabile solo se le misure comportamentali siano inefficaci o più costose, incidendo pesantemente sul diritto di proprietà rispetto ai più leggeri obblighi gestionali¹⁰².

⁹⁶ P. AKMAN, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, in *European Law Review*, 47, 2, 2022.

⁹⁷ V. KATHURIA-J. GLOBOCNIK, *Exclusionary Conduct in Data Driven Markets: Limitations of Data Sharing Remedy*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, 8, 3, November 2020, 511-53.

⁹⁸ La concentrazione dei *Big Data* nelle mani di pochi è il punto di partenza del DMA, che fotografa i *gatekeeper* come fruitori di enormi quantità di dati, il cui possesso solitario compromette “la contendibilità dei servizi di piattaforma di base, o il potenziale di innovazione del dinamico settore digitale” (Considerando 59). La condivisione, non esplicitamente prevista come rimedio, impone obblighi (seppur limitati) di *data sharing* al *gatekeeper*, che deve garantire agli utenti commerciali (e ai terzi autorizzati da essi) l'accesso ai dati generati dalle loro attività; mentre obbliga i motori di ricerca a fornire dati di posizionamento, ricerca, clic e visualizzazione (art. 6, par. 11).

⁹⁹ M. BOTTA-K. WIEDEMANN, *Eu competition law enforcement vis à vis exploitative conducts in the data economy. Exploring the terra incognita, paper*, cit., *passim*; più di recente, cfr.: ID., *The Interaction of EU competition, consumer, and data protection. law in the digital economy: the regulatory dilemma in the Facebook odyssey*, in *The Antitrust Bulletin*, 2019, 64(3) 428 446.

¹⁰⁰ J. ESPINOZA, *Why Big Tech fines don't work*, in *Financial Times*, 10/04/2024, <https://www.ft.com/content/ba6eb664-b981-42d7-b24a-65e7e19889f8>; W. STREETER, *How Tech Giants Absorb Penalties with Ease*, in *londonlovesbusiness.com*, 05/04/2024, <https://londonlovesbusiness.com/how-tech-giants-absorb-penalties-with-ease>; A. EZRACHI -M. E. STUCKE, *How Big-Tech Barons Smash Innovation – And How to Strike Back*, NY, Harper Business, 2022, 10: “Although nearly all the Tech Barons are being sued across several jurisdictions, they have little to fear”.

¹⁰¹ L'art. 18 DMA prevede l'ipotesi che, per inosservanza reiterata, la Commissione possa imporre “qualsiasi rimedio comportamentale o strutturale proporzionato e necessario per garantire l'effettivo rispetto del regolamento”, tra cui – a titolo esemplificativo – il divieto temporaneo per il *gatekeeper* di compiere operazioni di concentrazione. Se, da un lato, questa previsione potrebbe funzionare da deterrente (cfr.: A. D'AMICO- A. GERBRANDY, *Breaking up the Tech-Giants, for Real?*, in *Kluwer Competition Law Blog*, 29/01/2025, <https://legalblogs.wolterskluwer.com/competition-blog/breaking-up-the-tech-giants-for-real/>); dall'altro, come sanzione indefinita nel *quomodo*, genera incertezza giuridica, disincentivando l'innovazione tecnologica perché l'atto si presterebbe a facili impugnative davanti al giudice.

¹⁰² Il DMA impone ai rimedi strutturali requisiti aggiuntivi alla residualità, di cui si è detto nel testo: la violazione deve essere reiterata, l'obbligo violato importante (artt. 5–7) e il rimedio strutturale proporzionale e necessario. Si veda: T.

Un'alternativa allo *sharing* dei dati potrebbe essere la cessione coattiva dei servizi forniti dal dominante, se idonea a rompere la sua fisionomia di operatore verticalmente integrato¹⁰³. Nel recente caso (*Google AdTech* 2025 (AT40670)), la Commissione ha ordinato a Google - colpevole di autopromuovere i suoi servizi di pubblicità - di desistere dalla condotta abusiva, ma anche “to cease its inherent conflicts of interest along the adtech supply chain”¹⁰⁴. Il fatto che la Commissione abbia preferito che sia Google a proporre il rimedio strutturale piuttosto che imporglielo nulla toglie alla sostanza del provvedimento, che pretende indirettamente di conformare per l'avvenire il modo di essere dell'impresa digitale, a condizione che la cessione a terzi di un servizio o di un ramo d'azienda sia necessario, proporzionale e residuale rispetto alla più tenue misura comportamentale.

In tale ipotesi, l'impegno dovrà comportare la libera fruibilità dell'*asset*, che sarà messo a disposizione di qualunque operatore lo richieda in modo da creare quella circolarità diffusa dei dati utile a incrementare la contendibilità dei mercati, nati come orti interclusi per l'esistenza di barriere tecnologiche all'ingresso, e ad accrescere la democraticità del sistema economico, premessa alla democraticità dei processi politici.

Questi esempi mostrano che gli impegni devono essere costruiti “su misura”, evitando sia l'applicazione automatica di rimedi *privacy-based* al diritto della concorrenza, sia l'errore opposto di ignorare l'incidenza delle violazioni *privacy* sul diritto antitrust. Essi richiedono una valutazione caso per caso, perché non ogni rimedio volto a proteggere la *privacy* è anche idoneo a riparare il mercato, ma una lesione della *privacy* può essere sintomo di una violazione della concorrenza.

In definitiva, la sovrapposizione tra *privacy* e concorrenza non è una confusione concettuale, bensì l'espressione di un diritto che va oltre le vecchie distinzioni tra discipline giuridiche. Questo intreccio sul terreno del diritto sostanziale comporta che la procedura si allontani da un modello solitario e unilaterale per avvicinarsi a uno condiviso e plurale. Pertanto, le Autorità dovrebbero operare l'una guardando l'altra¹⁰⁵, come richiede la regola della leale cooperazione (art. 4, par. 3,

KNAPSTAD, *Breakups of Digital Gatekeepers under the Digital Markets Act: Three Strikes and You're Out?*, in *Jour. Eur. Comp. L. & Pract.*, 14, 7, 2023, 402.

¹⁰³ In merito si veda l'interessante caso di cessione coattiva, pretesa dal *Department of Justice* contro Google nel 2020. Invero, la richiesta governativa era di separare alcune parti del business di Google, in particolare Chrome (il suo *browser*) dal suo motore di ricerca, per ridurre il potere di Google sulle infrastrutture “di default” (dispositivi, *browsers*), che favoriscono la sua ricerca. La richiesta non fu però accolta (*United States v. Google LLC*, 2 settembre 2025) perché il giudice Amit P. Mehta, aderendo invece alle argomentazioni di Google, ritenne tali rimedi strutturali “radicali”, rischiosi e non pienamente giustificati dal peso del danno dimostrato, considerando anche che *Google search* avrebbe subito un'attenuazione della sua dominanza nel campo della ricerca online dai modelli di ChatGPT in grado di fare ricerche anche migliori di quelle dello storico rivale. Alla fine, sono stati imposti rimedi comportamentali, la cessazione di accordi esclusivi e l'obbligo di condividere con taluni concorrenti i dati indicizzati della ricerca e quelli di interazione con gli utenti. In proposito cfr.: E. DANS, *Antitrust as bad joke: Google dictates its own sentence*, in *Medium.com*, 5/09/2025, <https://medium.com/enrique-dans/antitrust-as-bad-joke-google-dictates-its-own-sentence-581b377db5d9>; e E. DOU, *Judge bars Google from exclusive search deals but says it can keep Chrome*, in *The Washington Post*, 2/09/2025, <https://www.washingtonpost.com/technology/2025/09/02/google-search-monopoly-antitrust-remedy/>.

¹⁰⁴ European Commission, *Press release, Google AdTech 2025 (AT40670), D5 sett. 2025*, in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1992.

¹⁰⁵ In questo contesto, nella sentenza *Meta Platforms Inc. e a. contro Bundeskartellamt*, in CGUE, *Meta Platforms Inc. e a. contro Bundeskartellamt*, cit., parr. 52-53, la Corte, applicando il principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE),

TUE); ne consegue che spetterà all'Antitrust la decisione finale, mentre all'Autorità per la privacy il potere di intervenire nel procedimento principale con un parere obbligatorio.

I piani, un tempo separati, si sono ora mescolati; i beni, prima lontani e aggredibili da distinte condotte, sono ora esposti a lesioni progressive o sono tutelabili l'uno come conseguenza dell'altro; e le Autorità, un tempo incomunicabili, sono chiamate a dialogare perché l'intreccio tra i diritti sostanziali impone un intreccio di poteri e una proficua "confusione" di procedure, perché dinanzi a un illecito che procura una violazione sia alla concorrenza che alla privacy, anche il ritorno alla legalità dovrà riparare entrambi i beni aggrediti; diversamente, un lato dell'illecito rimarrebbe senza ristoro.

È tempo di sintetizzare il percorso ondivago della Commissione su questo punto.

L'Esecutivo comunitario si è finalmente lasciato dietro il criterio statico e a-temporale di un'ermeneutica del diritto antitrust disattenta alla mutevolezza della tecnica per avvicinarsi a un parametro interpretativo tecnicamente orientato, che ha consentito l'adeguamento delle figure di illecito al dinamismo della *e-economy*, senza modificare la lettera delle norme. Il fatto che l'iter sia ancora in atto è un dato positivo perché restituisce l'immagine di un rapporto tra tecnica e politica non rigidamente predeterminato, ma intrinsecamente mobile e allergico a camicie di forza. Quindi, merita apprezzamento il fatto che la Commissione abbia saltato lo steccato, da un'interpretazione stabilmente fedele a ciò che era a una che tenta di modularsi secondo il cambiamento. Rimane il punto debole del sistema punitivo, ma anche su questo terreno si vedono i primi segni di un'evoluzione dalle sanzioni pecuniarie, incapaci di ripristinare lo *status quo ante*, ai rimedi diretti a disintegrare gli *High Tech Barons* verticalmente integrati.

Osserveremo cosa accadrà in seguito: la Commissione riuscirà a recuperare a sé l'intero governo della tecnica?

7. L'*Artificial Intelligence Act* e la sua pretesa di orientare la tecnica verso l'uomo.

Esaminiamo l'*Artificial Intelligence Act*¹⁰⁶ dall'angolo visuale della sua promessa: piegare l'I.A. alla centralità dell'individuo. Poche battute sul tipo di modello regolativo introdotto sul mercato digitale e poi un giudizio circa il mantenimento o meno della sua ambiziosa promessa.

Iniziamo col dire in breve ai fini del nostro discorso cosa sia l'Intelligenza artificiale. La sua identità coincide con un processo di apprendimento, guidato dalla mente umana ma altresì capace

aveva già stabilito che un'Autorità antitrust, davanti a questioni di protezione dei dati, deve "consultare e cooperare sinceramente" con l'Autorità nazionale per la protezione dei dati competente. Se la condotta è già stata oggetto di una decisione da parte dell'Autorità privacy, l'Antitrust si deve attenere a tale decisione. In assenza di precedenti decisioni, l'Autorità antitrust deve consultarsi con l'Autorità privacy e richiederne la collaborazione. In mancanza di una risposta entro un termine ragionevole, l'Antitrust può procedere con l'indagine.

¹⁰⁶ Regolamento (UE) 2024/1689, cit., d'ora in poi con l'acronimo: *AI Act*.

di evoluzione autonoma¹⁰⁷; si nutre di masse crescenti di dati¹⁰⁸ con cui confeziona in base a valutazioni automatiche il contenuto seriale di decisioni pubbliche o private.

Il modo di procedere dell'I.A. si snoda lungo due assi. Il primo riguarda il metodo del suo ragionamento: questo, di tipo statistico-correlazionale, anticipa con valutazione prospettica il verificarsi di probabili situazioni in base all'*id quod plerumque accidit*¹⁰⁹. Il secondo asse riguarda invece gli effetti dell'agire intelligente: questi tendono almeno a orientare, se non anche a conformare, la condotta di ampie collettività di persone.

Il percorso logico della I.A. ha il suo *focus* in una prognosi *ex ante*. Questa previsione riguarderà il momento iniziale, in cui l'Intelligenza anticipa un probabile evento futuro – es. un fatto criminoso – ma interesserà anche quello conclusivo, in cui la mente meccanica tratteggerà una *policy* di comportamento, crescente nei suoi obblighi all'aumentare del rischio perché è diretta a evitare che il pericolo futuro e incerto degeneri in un danno concreto e attuale alle libertà fondamentali dei terzi.

Siccome il rischio dell'I.A. è il fattore ineliminabile della regolazione in esame, questa segue un modello precauzionale, dove l'aggettivo sottolinea la sua capacità di anticipare un accadimento dannoso e di provare a evitarlo imponendo agli operatori regole di comportamento cautelari che, se osservate, generano nella collettività una relativa certezza quanto alla sicurezza della macchina, e creano un affidamento legittimo che le cose stiano andando per il verso giusto, cioè che nessun danno accadrà. Le norme diranno all'operatore con linguaggio giuridicamente vincolante o di *soft law* come scegliere gli elementi compositivi dell'I.A., come addestrare i set di dati, come assicurarne la conservazione, l'equità e la non discriminazione, come valutare gli *input*, come ritagliare uno spazio all'intervento umano e, infine, come articolare la logica che conduce all'*output*. La disciplina precauzionale non si esaurisce però nel disegnare il paradigma astratto di cervello artificiale, perché questo, una volta immesso sul mercato, continuerà a essere assistito da regole puntuali, che obbligheranno il fornitore ad aggiornarlo, monitorarlo e, se del caso, correggerlo anche con la misura estrema del suo ritiro dal mercato in caso di danni irreversibili.

Il fatto che l'*AI Act* abbia seguito un approccio *risk-based* ha dato una particolare inclinazione alla sua tecnica normativa: questa si compone di valutazioni legali tipiche, che hanno categorizzato le attività in tre tipologie in ragione dell'entità del rischio. Quelle vietate in assoluto per l'inaccettabilità del pericolo potenziale; quelle ad alto rischio, ammesse perché il *check and balance* tra innovazione e libertà fondamentali le permette nel rispetto della disciplina precauzionale di minimizzazione del rischio¹¹⁰; e, infine, quelle caratterizzate da un rischio così

¹⁰⁷ Così: U. RUFFOLO-A. AMIDEI, *La regolazione ex ante dell'intelligenza artificiale tra gestione del rischio by design, strumenti di certificazione preventiva e "autodisciplina" di settore*, in A. PAJNO - F. DONATI - A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione?*, Bologna, Il Mulino, 2022, I, 493.

¹⁰⁸ Ci sia consentito il rinvio al nostro lavoro: *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2019, 90.

¹⁰⁹ V. MAYER-SCHÖNBERGER E K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere – e già minaccia la nostra libertà*, traduzione per Garzanti, Milano, 2013, 16.

¹¹⁰ S. HEISS, *Artificial Intelligence Meets European Union Law: The EU Proposals of April 2021 and October 2020*, in *EuCML*, 6, 2021.

tenue da essere esonerate dall'osservanza delle regole più gravose, come richiede il criterio della proporzionalità tra entità del rischio e peso regolatorio.

Il ragionamento si basa sull'assunto che l'osservanza della legalità astrattamente posta isolerà i diritti fondamentali dal pericolo di lesione, creando una parvenza di liceità, cioè una garanzia per la collettività che tutto andrà bene. Se poi ciò non dovesse accadere e i diritti fossero lesi, si applicheranno le norme sulla responsabilità per danni, ancora però in cerca d'autore nell'ordinamento europeo, dopo il ritiro della Proposta di direttiva sulla responsabilità per danni da Intelligenza artificiale¹¹¹, il che lascia insoddisfatta anche la pretesa risarcitoria del danneggiato, ammesso che la lesione dei diritti fondamentali possa essere compensata col denaro.

Questo, dunque, il nocciolo sostanziale della disciplina precauzionale, ma la sua effettività dipenderà da come verrà assicurata l'osservanza delle regole. Pertanto, anche il profilo formale andrebbe orientato all'obiettivo precauzionale, se si vuole che la disciplina preventiva vada a buon fine. Qui l'*AI Act* ha riproposto i modelli classici della funzione di controllo¹¹²: un sindacato preventivo sulle attività automatizzate non ancora avviate, e uno successivo su quelle in corso d'opera.

Il controllo anticipato, apprezzabile come idea, è invece deludente nella sua realizzazione in quanto il legislatore non ha obbligato il fornitore a sottoporre il sistema a un certificatore esterno e pubblico, accontentandosi di una sua semplice autodichiarazione, c.d. *self-compliance*, che attesti il rispetto della disciplina prudenziale. La coincidenza soggettiva tra controllato e controllante, cioè questo fisiologico conflitto di interessi, compromette l'obiettività del sindacato, strutturalmente inadatto a offrire quelle garanzie di neutralità necessarie a rassicurare i terzi, anche se l'*AI Act* conosce il modello del controllo preventivo affidato al terzo, che però impiega solo in situazioni residuali e tassative (art. 43, par. 1, co. 2) perché eccessivamente oneroso per il privato.

Durante i lavori preparatori dell'*AI Act* numerose furono le critiche alla *self-compliance* per la debole obiettività delle autovalutazioni e degli *audit* in luogo di imparziali controlli di revisori terzi. Un *audit* solido non solo garantisce i diritti dei cittadini ma facilita gli utenti *downstream*, cioè coloro che costruiranno ulteriori sistemi sulle I.A. presenti nel mercato¹¹³.

Quanto detto rende la *self-compliance* e le altre autodichiarazioni disseminate qui e là nel testo il vero punto debole di questa disciplina, che in nome della celerità decisionale ha sostituito ai controlli autoritativi le dichiarazioni di buona condotta del diretto interessato, che sarebbe stato opportuno sottoporre all'attenta verifica di un soggetto pubblico imparziale.

Infine, un ultimo atto della disciplina prudenziale prende a prestito la forma dell'autodichiarazione: la "valutazione d'impatto sui diritti fondamentali"¹¹⁴. Si tratta di un giudizio anticipato sui rischi che l'Intelligenza potrebbe procurare ai diritti e affidato dall'*AI Act*

¹¹¹ Commissione Europea, *Ritiro della proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale*, C/2025/5423, 6/10/25, in https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202505423.

¹¹² G. FERRARI, *Gli organi ausiliari*, Milano, Giuffrè, 1956, 270 ss.

¹¹³ C. DUNLOP, *Policy Briefing. An EU AI Act that works for people and society. Five areas of focus for the trilogues*, 6 September 2023, in <https://www.adalovelaceinstitute.org/policy-briefing/en-ai-act-trilogues/>.

¹¹⁴ *Fundamental Rights Impact Assessment*, FRIA, ex art. 27, *AI Act*.

allo stesso fornitore dell'I.A. ma questa intenzionale coincidenza soggettiva vanifica la funzione cautelativa della valutazione, perché il suo autore interno, meno scrupoloso del terzo nel rappresentare le cose, potrà presentare come minimi rischi, che non sono tali, e attenuarne le misure di mitigazione. Era atteso come strumento incisivo, se fosse stata rispettata la formulazione adottata negli emendamenti del Parlamento europeo¹¹⁵, invece è stato gravemente indebolito nel testo approvato dal Trilogo¹¹⁶, sia perché è stato reso obbligatorio solo per taluni fornitori¹¹⁷; sia perché il *deployer* valuterà l'impatto solo sui soggetti, non anche sui diritti fondamentali, diversamente da come prevedevano gli emendamenti del Parlamento.

Con queste variazioni sul tema del *self-assessment* il sistema pubblicistico continua un'inarrestabile corsa verso l'involuzione privatistica, come dimostrato da due circostanze: molte situazioni rimangono fuori dalla valutazione d'impatto, e il suo svolgimento, precluso ai terzi, non contempla neanche l'apporto pubblico, perché non informa in anticipo l'Autorità nazionale, che potrà intervenire solo a cose fatte. L'intervento pubblico tardivo è un ossimoro per una disciplina che ha l'ambizione di essere precauzionale e di migliorare il godimento dei diritti, non di comprometterli¹⁰, risultato questo che il *self-risk assesment* non potrà certo garantire.

Dunque, la promessa di un'I.A. umano-centrica attende ancora di essere mantenuta perché al momento è sbilanciata a favore dei privati *well-funded and well-structured*. In questa situazione è difficile credere che il Legislatore europeo abbia voluto davvero rafforzare la fiducia dei cittadini nel processo automatizzato, visto che non ha posto le condizioni perché ciò accada¹¹⁸. Invero, il sistema denuncia una contraddizione di fondo: nei *consideranda* il decisore politico promette centralità alla persona e il suo dominio sulla macchina; nell'articolato dimentica la promessa fatta qualche rigo sopra.

Apprezzare un approccio regolatorio *risk-based* non nasconde i difetti di un sistema di I.A., poggiato su una catena di presunzioni non controllate, scritte sotto dettatura delle *lobby*¹¹⁹, noncurante dei possibili pregiudizi ai diritti fondamentali. Inoltre, questi meccanismi, non assistiti da un solido controllo pubblico, rischiano di ingannare i cittadini con vuote certezze giuridiche¹²⁰,

¹¹⁵ European Parliament, *Compromise Amendments* (COM (2021)0206 – C9 0146/2021 – 2021/0106(COD)), 9th May 2023, art. 29 bis (ora art. 27).

¹¹⁶ European Council, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts - Analysis of the final compromise text with a view to agreement*, 26th January 2024, art. 29 bis (ora art. 27).

¹¹⁷ Precisamente, l'art. 27 lo limitava a soli soggetti pubblici e privati fornitori di servizio pubblico, ai fornitori di *social scoring* o di assicurazioni sul rischio.

¹¹⁸ M. DRAGHI, *Discorso*, alla Conferenza della Commissione europea "Un anno dopo il rapporto Draghi: cosa è stato realizzato, cosa è cambiato", Bruxelles, 16 settembre 2025, in <https://www.eunews.it/2025/09/16/un-anno-dopo-il-rapporto-draghi/> con ragionate critiche al disegno europeo sull'I.A.: l'eccesso di regole impedisce all'I.A. di fare da volano alla competitività, riducendola a ostacolo dell'innovazione.

¹¹⁹ P. FRIEDL - G.G. GASIOLO, *Examining the EU's Artificial Intelligence Act*, in *VerfBlog*, 2024/2/07; Corporate Europe Observatory, *Byte by byte How Big Tech undermined the AI Act*, 17.11.2023, in <https://corporateeurope.org/en/2023/11/byte-byte>.

¹²⁰ L'atteso *Digital Omnibus* (Com(2025) 837 final) in *Digital Omnibus Package*, della Commissione Europea, ancora in corso, nel tentativo di semplificare norme e procedure, non sembra cogliere i difetti, illustrati sopra, perché alleggerisce le regole per i grandi operatori e, dall'altro canto, priva i cittadini dell'effettiva tutela precauzionale.

con finzioni di legalità, che generano affidamenti ingiustificati su situazioni, in apparenza legali, ma nella sostanza illecite, proprio come quel *Christmas tree and pretty lights*, di cui parla Feigenson¹²¹, alle cui luci neppure il giudice più ostile sa resistere.

8. La tecnica come “*source of law*”.

La tecnica fa ancora un passo in avanti, da elemento integrativo della norma o del suo precetto per volontà di legge a fonte del diritto per auto-promozione. In questa azione la tecnica altera radicalmente il paradigma tradizionale del diritto dei privati, perché disegna regole di condotta senza ricorrere alla mediazione umana; e in questa assenza dell'individuo compie la sua rottura con il sistema classico delle fonti.

Infatti, la sua peculiarità si manifesta nell'essere fonte autosufficiente, che avvia e conclude l'iter regolatorio solitariamente: il cerchio inizia e termina nella tecnica. Insomma, tutto si risolve nella statuizione della mente artificiale. Questa situazione si verifica quando – qui offriamo uno dei tanti esempi – il DSA¹²² e i codici di autoregolazione delle piattaforme¹²³ non disegnano la fattispecie della notizia falsa o diffamatoria¹²⁴. Quindi, per conoscere in anticipo il divieto, sarà necessario leggere i concreti atti di pulizia delle piattaforme *online*¹²⁵. Così la catena normativa scende al livello più basso dei codici per coincidere con il concreto provvedere diretto a rimuovere la notizia falsa, denigratoria o violenta¹²⁶. Ne consegue che l'astrattezza e la generalità

¹²¹ N. FEIGENSON, *Brain imaging and courtroom evidence: on the admissibility and persuasiveness of fMRI*, in *International Journal of Law in Context*, 2006, 2, 3, 246.

¹²² Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R2065>.

¹²³ Nella dottrina anglosassone ricordiamo l'innovativo pensiero di A. OGUS, *Rethinking self-regulation*, cit., 376-377, che alle etichette predefinite ha preferito uno studio della *self regulation* per il grado di autonomia decisionale, di forza legale e di potere monopolistico del soggetto di autonormazione: “to appreciate the range of possibilities [...] which can properly be described as ‘self-regulation’”. Mentre J. BLACK, *Constitutionalising self-regulation*, in *Mod. L. Rev.*, 59, 1996, 26, ha sottolineato la necessità di un intervento conformativo dello Stato, se le regole del soggetto collettivo sono non esclusivamente “tailored to the circumstances of particular firms”, ma imposte all'intera categoria sociale di riferimento. Per gli sviluppi nella letteratura anglosassone ci sia consentito il rinvio al nostro lavoro: *A Hard Look at Self-Regulation in the UK*, in *Eur. Bus. L. Rev.*, vol. 17, 1, 2006, 183-211.

Per una trattazione ampia dei profili formali e sostanziali dei codici di autoregolazione delle piattaforme si vedano almeno: A. SIMONCINI, *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in *Riv. Tri. Dir. Pubbl.*, 4, 2022, 1031-1049; G. DI COSIMO, *La co-regolazione delle tecnologie digitali: il paradigma centro-periferia*, in *Oss. sulle Fonti*, 1, 2024, 272 ss.; O. POLLICINO, *Regolazione e innovazione tecnologica nell' “ordinamento della rete”*, in *Riv. AIC*, 2, 2025, 169; L. TORCHIA, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Riv. Tri. Dir. Pubbl.*, 4, 2022.

¹²⁴ Un esame ampio degli obblighi comportamentali delle piattaforme è offerto da: M. OROFINO, *Il Digital Service Act tra continuità (solo apparente) ed innovazione*, in F. PIZZETTI (a cura di), *La regolazione europea della società digitale*, Torino, Giappichelli, 2024, 144.

¹²⁵ A. LAMBERTI, *La libertà di manifestazione del pensiero “in trasformazione”*, in *Riv. AIC*, 3, 2025, 340.

¹²⁶ A. LUCARELLI, *Nuovi mezzi di comunicazione, assetti imprenditoriali e soggettività politiche*, in *Riv. AIC*, 3, 2025, 103.

si convertono nella concretezza e nella particolarità del provvedimento di rimozione meccanica, a danno della certezza e dell'uguaglianza del diritto.

Il DSA ha pertanto assegnato ai *gatekeeper* una funzione pubblica inedita: pulire la rete dalle notizie false, un compito questo, che un ordinamento democratico non deve assegnare neppure al soggetto pubblico, perché esso presuppone il preventivo disegno di un paradigma di verità. L'Atto europeo va oltre questo limite: non solo delega al privato la funzione di pulizia, ma lo esonera dall'osservare le garanzie formali e sostanziali, necessarie a delimitare il potere nell'incontro con le libertà fondamentali. Qui salta sia la garanzia della *rule of law*, perché manca la definizione *ex ante* del concetto di falso, ma anche quella del *due process*, perché il controllo sui contenuti si fa *inaudita altera parte* per ragioni di celerità¹²⁷.

A ciò si aggiunga che la mancanza di una definizione astratta e generale del concetto di falso lascia ai *gatekeeper* la libertà di confondere il falso con la notizia politicamente inopportuna o non conforme al pensiero dominante¹²⁸. Questo vuoto normativo del DSA rimanda a un ragionamento tautologico secondo il quale la condotta di odio o quella violenta è vietata perché vietata. Questo circolo vizioso può nascondere pericolose tesi liberticide e facili scivolamenti verso un unico e solo discorso lecito: quello di Stato. Detto rischio è inevitabile in assenza di un parametro normativo che definisca in anticipo il concetto di falso; con il paradossale esito di una cesura netta tra l'ambiente *offline*, dove la divulgazione di idee false non è reato, a meno che non aggredisca beni-interessi diversi dalla verità, e quello virtuale, dove l'idea presuntivamente falsa da esercizio di un diritto diventa fatto illecito.

Tale modo di procedere azzera la certezza del diritto, la pretesa del cittadino alla conoscibilità anticipata della norma, e copre tutto con un velo sotto il quale il lecito e l'illecito, il divieto e il permesso, si mescolano fino a confondersi l'uno nell'altro senza soluzione di continuità.

Al controllo politico dei privati sulle idee di altri privati preferiamo le virtù benefiche del *marketplace of ideas*, che, nel consentire la coesistenza del falso con il vero, lascia ai cittadini il compito di distinguerli in quanto hanno una maturità sufficiente per farsi un'idea propria, senza essere pre-indirizzati da chi ha la pretesa di sapere per loro cosa sia la verità. "In other words, the government's control over speech as an intellectual arbiter of the truth must be constricted, if not completely denied. Baked into the architecture of the First Amendment then - at least from a structural rights interpretation - is 'a deep skepticism about the good faith of those controlling the government.' That skepticism flows from two facts: (1) decisions about what is true or false, when made by those in power, 'are bound up with political perspectives that the government

¹²⁷ I. BURI-J. VAN HOBOKEN, *The Digital Services Act (DSA) proposal: a critical overview*, in https://dsa-observatory.eu/wp-content/uploads/2021/11/Buri-Van-Hoboken-DSA-discussion-paper-Version-28_10_21.pdf; J. LAUX-S. WACHTER-B. MITTELSTADT, *Platform Regulation, Independent Audits, and the Risk of Capture Created by the DMA and DSA*, in *Computer Law & Security Review*, 43, 2021, p. 105613; M. L. CHIARELLA, *Digital Markets Act (DMA) and Digital Services Act (DSA): New Rules for the EU Digital*, in *Athens Journal of Law*, 9, 1, January 2023, 33-58; M.D. COLE-C. ETTELDORF-C. ULLRICH, *Updating the Rules for Online Content Dissemination. Legislative Options of the European Union and the Digital Service Act Proposal*, Baden-Baden, Nomos, 2021, 117 ss.

¹²⁸ Argomenta a favore della censura privata: C. PINELLI, *Disinformazione, comunità virtuali e democrazia: un inquadramento costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 1, 2022, 180 ss.

seeks to undermine;' and (2) 'the government's natural tendency [is] to twist reality to its own purposes'¹²⁹.

La sostituzione della mente artificiale a quella umana genera una “regola tecnica” completa, particolare, *ad personam*, riconducibile alla volontà sintetica, dinanzi alla quale lo *human in the loop* è ridotto a una mera rivendicazione verbale della centralità dell'individuo; mentre il diritto a interloquire con una persona in carne e ossa, pur riconosciuto dalla legge, non ha lasciato tracce di sé nel processo creativo delle regole: ancora un mito che si aggiunge ai tanti altri creati dall'*AI Act*.

Riflettiamo ora su cosa significhi estromettere il soggetto-persona dal processo normativo.

Quando la tecnica diventa *source of law*, un “soggetto-non soggetto” entra sulla scena politica: l'I.A. abilitata a dire il diritto in luogo della ragione umana. Cade dunque l'imputazione umana dell'atto-fonte perché siamo davanti a un fatto non riconducibile a un momento volitivo dell'individuo: qui manca l'energia intenzionale della persona, che nella fonte-atto occupa il segmento deliberativo della decisione normativa¹³⁰.

Affermare il vuoto volitivo non significa ridurre l'I.A. a un'entità incapace di conoscere e riflettere; lo prova il fatto che l'*AI Act* chiede all'Intelligenza una prestazione di risultato, il cui adempimento richiede consapevolezza e logica argomentativa: scrivere una motivazione ragionevole a supporto della statuizione intelligente. Questa motivazione presuppone che l'I.A. sia in grado di compiere deduzioni secondo il criterio causale, non diversamente da come farebbe la mente umana. Se questo accostamento del *reasoning* tra le due intelligenze è sostenuto in filosofia¹³¹, noi non siamo pronti ad aderire all'una o all'altra delle tesi in campo perché immature sul piano scientifico; mentre possiamo osservare che il ragionamento, alla base della motivazione, è ancora un aspetto deficitario dell'atto algoritmico, prestandosi a facili impugnative per l'inconsistenza della motivazione rispetto al modello astratto posto dal Legislatore europeo. Pertanto, se la motivazione è l'unico elemento che avvicina I.A. a quella umana, essa prova poco, visto che l'I.A. adempie in misura insoddisfacente all'obbligo motivazionale.

Ma ammettiamo pure che l'I.A. abbia capacità dianoetiche¹³², questo riconoscimento non sana la sua incapacità di auto-addestrarsi alle virtù etiche, essenziali per compiere le scelte sui valori in modo da disegnare una misura di equilibrio desiderabile tra gli opposti interessi, come invece fa il legislatore umano.

¹²⁹ C. CALVERT - S. MCNEFF -A. VINING - S. ZARATE, *Fake News and the First Amendment: Reconciling a Disconnect Between Theory and Doctrine*, in *U. Cin. L. Rev.*, 2018, 86, 99, 134.

¹³⁰ A. CARDONE, “Decisione algoritmica” vs *Decisione politica?*, Napoli, ES, 2021, 159.

¹³¹ S. BUBECK, V. CHANDRASEKARAN, R. ELDAN *et alii*, *Sparks of Artificial General Intelligence: Early experiments with GPT-4*, in <http://eprintarxiv.org/abstract/2303.12712>; già R. KURZWEIL, *The singularity is near: when humans transcend biology*, London, Penguin Putnam Inc, 2006 e D. DENNETT, *From Bacteria to Bach and Back: the evolution of minds*, NY, W. W. Norton & Company, 2017; per un'idea alternativa: J. R. SEARLE, *Minds, brains, and programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 3, 3, 1980, 417-457.

¹³² Si rinvia al paragrafo iniziale quanto alla definizione aristotelica e all'antagonismo tra le virtù etiche e quelle dianoetiche.

L'I.A. non sa costruire da sé il proprio patrimonio valoriale¹³³, pertanto spetterà alla mente umana educarla al linguaggio etico, dirigerla verso quella combinazione di beni disegnata dalla politica, che, come voleva Aristotele, ha il compito fondamentale di correggere le tensioni autonomistiche e le cadute egoistiche di una tecnica abbandonata a se stessa¹³⁴, e qui il nostro discorso si salda con le riflessioni iniziali.

Nel caso invece della tecnica-fonte, essa è principio e fine della decisione politica, che si risolve interamente nella determinazione artificiale, abilitata a scrivere su una lavagna quasi bianca. Questo modello di tecnica non tollera limiti, perché forte dell'autolegittimazione non riconosce nessuna autorità superiore a sé. Per tale motivo va dove vuole, noncurante di un'eventuale responsabilità politica, da cui è sollevata perché per essere responsabili occorre che qualcuno investa un altro con un mandato politico, di cui il secondo dovrà rendere conto al primo, in quanto suo mandante. In sintesi, l'autogenesi le regala il privilegio dell'impunità assoluta.

Né la ricerca di un soggetto politicamente responsabile per le scelte compiute sarebbe compensabile con l'*accountability* della macchina. Questa idea crea più problemi di quelli che vorrebbe risolvere: e, tra questi, l'irremovibilità nel tempo della tecnica, che potrebbe resistere all'infinito, sottraendosi al rischio di essere sostituita, come invece accade con l'eletto non più gradito agli elettori, liberi di non riconfermargli per il successivo mandato la fiducia iniziale.

Né il difetto di responsabilità sarebbe recuperabile con una tecnica costruita *by design* perché l'anticipazione della soglia dell'antigiuridicità, introducendo nel frullatore meccanico gli elementi essenziali per adeguarla al parametro di legittimità, funziona abbastanza bene quando si deve evitare un danno, cioè quando si disegnano le misure precauzionali dirette a prevenire l'evento lesivo. Se invece la questione ha il suo centro nel giudizio di responsabilità politica, esso, in quanto valutazione su comportamenti a effetti esauriti, non può essere anticipato da una tecnica orientata a includere la partecipazione popolare in luogo di quella politico-rappresentativa. Questa surrogazione non solo non è corretta perché colloca sullo stesso piano entità non allineabili, e le ragioni le abbiamo già illustrate rispetto alle Autorità indipendenti e alle Autorità private, ma in questo caso essa commette un errore sui tempi: quello del giudizio deve necessariamente seguire quello della condotta. Ne consegue che, se la misura suppletiva è dettata in anticipo, non può funzionare da elemento compensativo l'assenza di responsabilità, perché non si può giudicare ciò che non è ancora accaduto; il che lascia aperto il *vulnus* democratico per la fuga dall'*accountability*¹³⁵.

Vediamo se invece il modo di essere della procedura, osservata dalla tecnica per creare la regola giuridica, possa essere un valido sostituto al difetto di legittimazione politico-rappresentativa e quindi compensare l'assenza del mandato elettivo.

¹³³ Di avviso contrario: E. SEVERINO, in N. IRTI - E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., 52.

¹³⁴ L. B. SOLUM, *Artificially Intelligent Law*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 57; anche A. D'ALOIA, *Intelligenza artificiale, società algoritmica, dimensione giuridica. Lavori in corso*, in *Quad. Cost.*, 3, 2022, 667-670.

¹³⁵ A. CARDONE, *"Decisione algoritmica" vs Decisione politica?*, cit., 163.

Indipendentemente dalla procedura scelta, è stato sostenuto con suggestive argomentazioni¹³⁶ che l'iter da solo garantirebbe la bontà della regola finale, supplendo così all'incapacità della tecnica a rappresentare e sintetizzare interessi e istanze politiche. Noi proponiamo una idea diversa: il susseguirsi di momenti prodromici in sé corretti non basta ad assicurare il *common good*. Infatti, la neutralità della procedura non ha come esito automatico la vittoria del bene sul male perché il suo *output* dipende da come la persona ha orientato, guidato e infine verificato la tecnica. Dunque, la procedimentalizzazione della tecnica¹³⁷ offre sì una certezza: l'obbedienza a un iter preconfezionato prima del suo avvio. Ciò non è cosa da poco, ma neppure merita significati impropri. Se sopravvalutato, si promuove la procedura, ridotta a un involucro vuoto, a fonte legittimante le future regole che lei stessa si darà.

Questa procedimentalizzazione alla lunga distrae dai nodi politici nascosti sotto la perfezione procedurale: la difesa della separazione dei poteri e delle libertà fondamentali. La loro cura, invece, deve rimanere affidata al soggetto politico rappresentativo, che ha appunto il dovere di attivarsi in prima persona per garantirli ai suoi cittadini, astenendosi dal delegarne il compito a pallidi sostituti incapaci di rendere una prestazione di risultato.

Notiamo che il contesto ipertecnologico taglia le gambe allo Stato di diritto. Infatti, la divisione dei poteri cede davanti a una tecnica onnipotente, il nuovo Re Sole dell'età digitale, che si comporta da legislatore ma anche da amministratore e, se del caso, persino da giudice, grazie all'autodichia *in house*, sperimentata da molte piattaforme.

Né le libertà fondamentali hanno ricevuto un migliore trattamento in termini di certezza del diritto perché sono difese se, e nella misura in cui, coincidono con le regole meccanicistiche, che la tecnica di volta in volta detta secondo ripetitività statistica. Pertanto, la protezione delle libertà è affidata a un evento del tutto futuro e incerto, il cui accadere dipenderà dalla loro occasionale coincidenza con gli obiettivi privatistici delle Autorità di regolazione: “may claim that their objective are in line with the public interest, but whether or not this is so will depend on the frameworks in which they operate”¹³⁸.

In conclusione, questa fiducia incondizionata nella forza salvifica della procedura non solo non è sostenuta da prove reali, ma pregiudica la tenuta dell'ordine giuridico, perché il “procedural fetishism”¹³⁹ – cioè l'appiattimento acritico sulle virtù taumaturgiche di un iter chiuso nella sua perfezione formale¹⁴⁰, ma leggero nel contenuto – consegna nelle mani incontrollate dell'I.A. sia

¹³⁶ *Contra*: O. POLLICINO, *Regolazione e innovazione tecnologica nell'ordinamento della rete*, in *Riv. AIC*, 2, 2025, 152.

¹³⁷ A. E. CELESTE, *Digital Constitutionalism: a new systematic theorisation*, in *Int. Rev. L. Comput. Treaty*, 2019, 33, 76, e G. DE GREGORIO, *The Normative Power of Artificial Intelligence*, in *Ind. Jour. Glob. L. S.*, 2023, 30, 73.

¹³⁸ J. KAY - J. VICKERS, *Regulatory reform: an appraisal*, in G. MAJONE (ed.), *Deregulation or re-regulation? Regulatory reform in Europe and the United States*, cit., 239.

¹³⁹ T. R. TYLER - K. M. MCGRAW, *Ideology and the interpretation of personal experience: procedural justice and political quiescence*, in *Jour. Soc. Issue*, 1986, 42, illustrano il *procedural fetishism* come una pericolosa tendenza che genera nelle persone la convinzione che una decisione ingiusta sia corretta solo perché obbedisce a un preciso rigore formale.

¹⁴⁰ J. ROCHELEAU, *Proceduralism*, in D. K. CHATTERJEE (ed.), *Encyclopedia Global Justice*, Salt Lake City, Springer, 2012, 906.

la cura delle nostre libertà che gli argini ai poteri costituiti, nell'illusoria speranza che “if we manage to do so just procedures will yield just outcomes”¹⁴¹.

Riflettiamo infine sull'impatto della tecnica sul sistema delle fonti del diritto: essa rompe con il principio di gerarchia tra le fonti, essendo difficile sostenere che la regola tecnica, perfettamente coincidente con l'I.A., si collochi su un gradino immediatamente sottostante al Regolamento europeo, riempiendone gli spazi lasciati in bianco. La realtà è lontana da questa costruzione teorica perché la tecnica ha diversificato ulteriormente la scala delle fonti, aggiungendovi un nuovo gradino: oltre lo Stato e oltre le Autorità private. Si tratta di una *factio iuris* che non ci deve trarre in inganno perché la tecnica assorbe la politica, la sovrasta e, sorretta da una patente di legittimità, detta statuizioni *ad personam* e concrete, obbedienti alla logica statistica, che non hanno nulla in comune con la libera scelta dei valori, riservata al decisore politico.

Chiediamoci ora se questo concreto provvedere dell'I.A. in luogo dell'astratto disporre crei problemi all'ordine giuridico, continuando il ragionamento appena concluso sulle fonti. Ebbene, per effetto della tecnica l'ordinamento tenderà ad avvicinarsi ai modelli di *common law*, con la particolarità che allo *stare decisis* delle pronunce dei giudici si sostituirà l'automatica statuizione della mente artificiale con effetti ostativi all'innovazione del diritto. Infatti, mentre il giudice a certe condizioni può rovesciare le precedenti pronunce perché sono emersi nuovi valori, l'I.A. non è allenata all'*overruling*. Ne consegue che la regola *biased* si cristallizzerà, riproponendo per l'avvenire il medesimo errore, ormai non più removibile¹⁴².

In conclusione, la tecnica *as source* commette con una sola mossa più violazioni del diritto: calpesta la gerarchia delle fonti, logora la certezza del diritto, nega all'ordinamento l'attributo del *civil law*, perpetua ingiustizie per l'avvenire, mascherando il tutto con una finta legalità.

In sintesi, questa tecnica cancella il valore democratico della *rule of law* a favore dell'arbitrio della *rule of tech*¹⁴³.

9. Governare il futuro.

Quale prospettiva per il rapporto tra Tecnica e Politica?

Proponiamo una regola antica: a ciascuno il suo. Il vecchio – la norma che esaurisce in sé ogni manifestazione della giuridicità – e il nuovo – la tecnica che sta erodendo il terreno della prima a titolo non sempre lecito – si devono comporre in una struttura reticolare dell'ordinamento che riserva al soggetto politico sovranazionale il compito, non di regolare nel dettaglio le condotte

¹⁴¹ E. CEVA, *Beyond legitimacy. Can Proceduralism say anything relevant about justice?* in *Critical Rev.Int'l soc and Pol. Phil.* 15(12), 2012, 183-191.

¹⁴² F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Riv. AIC*, 1, 2020, 421; E. LONGO, *Giustizia digitale e Costituzione. Riflessioni sulla trasformazione tecnica della funzione giurisdizionale*, Milano, Franco Angeli, 2023, e, volendo, un nostro lavoro: *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole*, in *Riv. AIC*, 2, 2024, 95 ss.

¹⁴³ M. ZALNIERIUTE, *Against procedural feticism: a call for a new digital constitution*, cit., 253-256.

umane, ma di ordinare il molteplice, di ricondurre la diversità ad unità; insomma, di “réaliser la mise en cohérence” e di assicurare la compatibilità delle norme di provenienza diversa.

Dunque, alla politica dei soggetti rappresentativi europei spetta di disegnare *ex ante* la struttura e l'interazione dei sistemi privati da controllare e da far sviluppare in modo che questi possano integrare con l'autoregolazione l'ordine giuridico maggiore. Da qui un ordine di intervento: la diffusione del potere normativo tra i nuovi beneficiari, Autorità indipendenti, Governi di interessi privati e Tecnica, non va lasciata andare per il suo verso, ma tratteggiata dal decisore politico nel profilo soggettivo e funzionale dei nuovi autori, individuando obiettivi e valori specifici da conseguire con le loro future regole. Questa divisione del lavoro conserva al soggetto politico sovranazionale la sua indeclinabile responsabilità di ricomporre il diritto imperativo e quello consensuale a sistema; mentre ai nuovi regolatori consente di continuare, non già di avviare *ex novo*, il discorso politico già impostato nelle sue linee portanti dal primo che li ha preceduti.

Un ordinamento che tende ad articolarsi su più spazi giuridici, che agiscono simultaneamente e che intervengono sugli stessi oggetti con forza diversa ha un unico punto di tensione: orientare ciascuna realtà giuridica a rispettare il patrimonio valoriale di ogni altra. Questo significherà, da un lato, evitare – stabilendo misure di reciproca tolleranza – che le idealità dei sottosistemi regolatori si annullino a vicenda e, dall'altro, garantire la coerenza del diritto posto dai nuovi autori con i valori supremi dell'ordine politico, di cui l'Europa è il responsabile ultimo.

Quindi, l'unica modalità di cooperazione tra le fonti imperative tradizionali e le altre – pubbliche, private e meccaniche – si compie nella relazione di complementarità delle seconde alle prime, la sola capace di coniugare la pluralità degli ordini derivati con la superiorità dell'ordinamento originario, che ben si può avvalere dei diritti a genesi endogena, purché indichi loro *ex ante* la direzione da intraprendere e intervenga *ex post* a correzione di eventuali esiti incompatibili con le linee guida impartite.

Allora il Legislatore sovranazionale dovrà fare meno e in modo diverso da come ha fatto finora.

Quanto al meno, dovrà eliminare le regole superate da una realtà che è andata avanti; quelle inutilmente invasive dell'autonomia d'impresa che non procurano benefici alla contendibilità dei mercati digitali; quelle discriminatorie nel pesare di più sui piccoli e meno sui grandi e quelle che disallineano situazioni da equiordinare in presenza di uno stesso servizio, prestato con mezzi alternativi. Il meno riguarderà anche le procedure, pensate per Autorità, nazionali ed europee, che agiscono autonome le une dalle altre, preferendo al solipsismo, che poi diventa confusione di procedure e discipline, il dialogo costruttivo per disegnare regole scarne di numero ma pluricomposte nei valori.

Quanto al diverso, il Legislatore dovrà riscrivere parte della disciplina sull'Intelligenza artificiale per correggerla nella sua torsione egoistica, dovuta all'uso improprio delle autodichiarazioni in luogo dei controlli pubblici imparziali, più idonei delle prime ad assicurare l'osservanza sostanziale, non presunta, delle regole precauzionali, poste a garanzia dei diritti fondamentali della persona. Questa attenzione all'individuo segnerebbe l'inizio di un umanesimo digitale, che non è solo un'espressione linguistica dimenticata in un *considerandum*, ma un valore che diventa regola di relazione tra la Politica e la Tecnica. La seconda non è più al servizio dei

gruppi privati forti e ben dotati, ma si pone a fianco dei cittadini con le loro attese di confidare in una tecnica che non nasconde tranelli dietro un'apparente legalità, che è comprensibile nel suo iter logico e che prova a migliorare la vita di chi, individuo o collettività, sia rimasto indietro.

Analoga operazione andrebbe condotta sulle tante regole del DMA, che andrebbero sfoltite e riscritte, privilegiando gli accertamenti concreti della dominanza alle valutazioni legali tipiche. Questa regolazione, alleggerita dall'attributo della permanenza, dovrebbe ritirarsi con il compiersi dell'equilibrio competitivo. Il tutto andrebbe completato da un sistema sanzionatorio, coraggioso nei suoi rimedi strutturali, quelli che spezzano l'operatore verticalmente l'integrato e ridisegnato nelle sue pene pecuniarie, oggi carezze quasi gradite ai *Tech Barons*, lasciandoli indisturbati nella loro dominanza.

Solo a queste condizioni l'intreccio tra Tecnica e Politica, da incontro oggettivamente disaggregante l'ordine giuridico, potrebbe avvicinarsi a essere un fattore di crescita dell'ordinamento e diventare un luogo meritevole della fiducia del cittadino, perché controbilanciato dalla presenza di un decisore politico forte, architetto del sistema e, al tempo stesso, regolatore di ultima istanza.



Autrice: Camilla Buzzacchi*

La dimensione sociale dell'Unione Europea

Sommario: 1. Dall'Europa del mercato a quella dei «diritti sociali comunitari»: un «salto di specie». – 2. Dal Comitato Spaak al Titolo X del Trattato di Lisbona. – 3. Libertà di circolazione, diritti dei lavoratori e diritti delle imprese. – 4. La protezione sociale attraverso il mercato. – 5. Doveri di solidarietà e fiscalità per una democrazia sociale. – a) il «tributo» nello Stato nazionale e la contribuzione statale per il bilancio europeo. – b) la decisione democratica per la spesa sociale. – 6. La materia sociale in Europa oggi. – a) il lavoro. – b) gli aiuti di Stato per finalità di carattere sociale. – c) la coesione e il contrasto alle disuguaglianze attraverso la sussidiarietà. – d) gli obiettivi sociali del Green Deal. – 7. L'orizzonte della governance «sociale».

1. Dall'Europa del mercato a quella dei «diritti sociali comunitari»: un «salto di specie».

Sull'Europa «sociale» è fiorita ampia letteratura in parallelo al processo di integrazione, esprimendo e alimentando crescenti aspettative rispetto a un interventismo per la liberazione dal bisogno, che potesse presentare analogie con quello che, nella seconda metà del Novecento, ha contraddistinto le democrazie europee. Ci si attendeva coraggiosi sviluppi nella direzione di una trasformazione, quasi un «salto di specie»: ma così non poteva essere per come è stato concepito il rapporto tra Stati fin dalle origini, e ciò ha sollevato nel tempo dispetto e delusione¹. L'esercizio di rintracciare le responsabilità dell'Unione a partire dalle coordinate dello Stato sociale – elaborazione giuridica che assume le forme dell'intreccio di compiti pubblici preordinati a proteggere nei

* Professoressa ordinaria di Diritto costituzionale e Pubblico presso l'Università Milano-Bicocca.

¹ Si può avviare l'analisi prendendo le mosse dall'espressione della «frigidità sociale» di G. F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, 1988, 33.

confronti di rischi e bisogni², al cui fondamento vi è la scelta politica di un più esteso riconoscimento di diritti – non appare capace di restituire le potenzialità delle sue funzioni rispetto alla materia sociale: eppure l'esistenza di esiti che emergono da alcune politiche europee e che possono prodursi nel quadro dei valori dell'art. 2 Tue, per il raggiungimento delle finalità dell'art. 3 Tue, sollecita a ricorrere ad un diverso percorso di analisi, nella consapevolezza che l'art. 3.6 avverte che «l'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati».

Per rappresentare la caratura «sociale» dell'ordinamento europeo occorre partire dalle ragioni di natura storico/politica nonché di teoria economica, connesse agli interessi dei Paesi fondatori, che hanno condotto a non individuare – come area di cessione di sovranità – politiche con diretti risultati di protezione delle persone. Le utilità legate all'intervento pubblico per i diritti sociali non sono apparse ambito necessario per l'integrazione dei mercati, rimanendo sullo sfondo rispetto a scopi di tipo economico e geopolitico. La ricerca dell'anima «sociale» di Bruxelles non può, allora, essere indagata con gli strumenti e le categorie con i quali la scienza giuridica e quella delle politiche pubbliche analizzano le modalità ed i risultati delle azioni nazionali a favore del «sociale»³. Se a livello di ordinamento nazionale si procede tradizionalmente tramite l'individuazione della base giuridica – solitamente le previsioni all'interno delle Costituzioni che danno riconoscimento ai diritti sociali – e la successiva ricostruzione della normativa che a queste disposizioni fornisce svolgimento, rivolgendosi magari ad altri ambiti disciplinari per valutare l'efficacia delle azioni messe in atto, l'appropriatezza delle risorse investite, le carenze da colmare per ridurre le aree di emarginazione, a livello sovranazionale l'indagine deve seguire una strada diversa. Non perché manchino radicalmente le basi giuridiche, che esistono soprattutto in termini di principi, ma anche per la presenza di alcuni meccanismi idonei a sostenere azioni di avanzamento sociale: ciò che risulta carente sono le competenze di diretta erogazione delle prestazioni sociali, un'adeguata capacità fiscale e meccanismi di portata autenticamente democratica a sostegno delle decisioni che incidono su diritti. Pertanto, poco fruttuosa è la ricerca di politiche europee che in maniera diretta forniscono protezione a situazioni di bisogno o che tutelano interessi deboli, perché questi ultimi appaiono solitamente destinati a soccombere nel confronto con interessi dominanti: tale ricerca continua a non dare esiti felici neanche ora⁴, che l'Unione si è dotata di una *Carta dei diritti fondamentali* e di un *Pilastro dei diritti sociali*.

² A. MANGIA, *Postfazione*, in Id., *L'ultimo Forsthoff*, Padova, 1995, 171 ss., segnala come problematica la quantità di componenti che entrano nella nozione di Stato sociale, che per l'ampiezza dei compiti che ad esso si riconducono potrebbe estendersi a «tutti gli istituti del diritto pubblico in una prospettiva di evoluzione unitaria».

³ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 12, ha così descritto il processo di edificazione dei sistemi nazionali di sicurezza sociale: «la costruzione di un moderno sistema di assicurazioni sociali e di un adeguato apparato pubblico di attuazione di politiche redistributive ha accompagnato e sostenuto, in Europa occidentale, seppure secondo tempi e modelli diversi, dapprima il consolidamento dei processi di unificazione statale e nazionale e, quindi, in una fase successiva, maturata pienamente solo dopo la Seconda guerra mondiale, la compiuta democratizzazione delle strutture statuali».

⁴ C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. Pinelli, T. Treu (cur.), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 33, osserva che «la riconduzione dell'ordine giuridico europeo al modello dell'*homo oeconomicus*, e la conseguente tesi della sua eterogeneità rispetto all'ordine desunto dalla Costituzione, rimanda a una

Ciò pone in difetto il progetto europeo, quando il giudizio è formulato sulla base della struttura dei regimi di protezione⁵ dei «trenta gloriosi»: infatti la tutela di «diritti sociali comunitari», che pure in forma ambiziosa ma parziale è stata offerta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, non ha trovato nei Trattati⁶ il riconoscimento accordato, invece, alle libertà economiche⁷. Si può tuttavia rilevare una molteplicità di riflessi di varie politiche europee, che è possibile «assumere» come risultati di natura sociale, dal momento che gli effetti prodotti ricadono nella dimensione della solidarietà e della promozione umana. Emblematico è il settore dell'occupazione, rispetto al quale il recente attivismo delle istituzioni europee segnala un apprezzabile impegno a tutelare vari diritti rilevanti in materia di lavoro: ma più in generale, si assiste da tempo a ricadute importanti, come esiti di politiche europee non dichiaratamente «sociali», a beneficio non solo dell'occupazione, ma anche del contrasto alle diseguaglianze, della promozione di più alte condizioni di benessere, della salvaguardia di beni pubblici. Il risultato d'insieme è una sorta di disarticolazione degli effetti sociali delle funzioni proprie del livello europeo, posto che da diversificati interventi possono generarsi benefiche ricadute in termini di «benessere dei popoli», obiettivo dell'art. 3 Tue. Se, dunque, non appare possibile ricavare un catalogo di strategie connotate da intenti solidali, che dia luogo ad un disegno unitario, coerente e omogeneo, occorre accettare che il «senso» dell'Europa per la dimensione sociale sia l'esito di una sommatoria di imponenti interventi di politica pubblica, prevalentemente veicolati dalla fonte giuridica che maggiormente apre spazi alle normative nazionali, la direttiva. La singolarità è poi la mancanza di una vera e propria «spesa» per il sociale, perlomeno di diretta erogazione a beneficio dei soggetti in condizione di bisogno: proprio questo aspetto è quello che certifica la cesura netta tra ordinamenti nazionali e quello eurounitario, come punto di partenza per chiarire che le esperienze statali e quella di Bruxelles non sono confrontabili. Preme però sottolineare che l'impossibilità di trovare analogie non autorizza conclusioni che escludano la sensibilità – ma ancor di più, l'interesse – del sistema europeo a conseguire risultati di avanzamento sociale.

Negli Stati membri i sistemi di democrazia sociale sono stati apprestati, nella seconda metà del Novecento, secondo un modello che anzitutto ha previsto una spesa dedicata; e che ha fatto affidamento su due ulteriori componenti, ovvero la previsione da un lato di doveri, dall'altro di un sistema di raccolta di risorse da destinare a istanze sociali, che fa leva sulla dimensione del dovere. Ma soprattutto un modello che si è poggiato su un solido ruolo dei Parlamenti, sede di confronto delle diverse visioni del progresso sociale. Lo schema richiamato non ha trovato corrispondenza

visione primitiva del mercato e riflette una lettura troppo approssimativa dei principi e dell'effettivo funzionamento dell'integrazione europea. Su quelle premesse, ogni ricerca sulla dimensione sociale dell'Unione è già ipotecata. Per coglierne i problemi e per apprezzarne l'evoluzione, occorre uno sguardo meno pregiudicato dal confronto con lo Stato sociale».

⁵ La classificazione dei «regimi di welfare» si deve al sociologo danese Gotha Esping-Andersen: cfr. *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton, 1990, e *Social Foundations of Postindustrial Economies*, Oxford, 1999.

⁶ A. ADINOLFI, *Politica sociale nel diritto delle Comunità europee*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XI, Torino, 1996, 281 ss.

⁷ La dottrina si è lungamente interrogata circa la possibilità di prefigurare un sistema di riconoscimento o addirittura di garanzia dei diritti sociali, «se non equivalente, almeno comparabile a quello che connota l'ordinamento costituzionale italiano vigente», come ha osservato M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Milano, 2012, 147.

nell'esperienza europea, dove il protagonismo dei contesti nazionali ha costretto ad uno stato di incompiutezza l'apertura al principio di rappresentanza popolare: l'istituzione parlamentare non è stata in passato, e non sarebbe neanche ora idonea a legittimare interventi diretti di protezione sociale. L'assenza dei doveri di solidarietà, del concorso dei soggetti privati alle spese pubbliche e della connotazione pienamente democratica dei processi decisionali è il dato che impedisce di ragionare dell'Europa come di un sistema votato a mitigare in prima persona i «cinque giganti» prospettati da Lord Beveridge: occorre cercare per altre vie l'impegno a contrastare le disuguaglianze, di cui vi è traccia negli avanzamenti epocali che in essa si sono compiuti sul terreno della riduzione dei divari non solo territoriali ed economici, ma anche sociali.

L'itinerario che ora si affronta prende avvio dalle decisioni che storicamente hanno determinato il sistema di condivisione di competenze tra ordinamenti statali, che ha escluso la materia sociale. Nonostante tale impianto, nel tempo è nata e si è consolidata una crescente sensibilità, e il merito va riconosciuto alla giurisprudenza europea in tema di circolazione dei lavoratori: ad essa si devono conquiste di grande portata, mentre esiti prevalentemente opposti ha avuto quella riguardante la circolazione dei servizi. Complessivamente l'apporto giurisprudenziale continua a costituire una colonna portante, anche se non sufficiente, dello sforzo dell'Unione a protezione degli individui.

L'impossibilità di rintracciare diritti pretensivi e redistributivi⁸ sollecita a interrogarsi circa le azioni di politica pubblica, dalle quali derivano esiti quali la crescita dell'occupazione, la tutela di situazioni di fragilità, l'accrescimento del benessere, risultati di sostenibilità ambientale e sociale, l'inclusione di soggetti svantaggiati. Effetti di tale portata possono essere riconosciuti in capo alla politica di coesione, ad un particolare impiego della disciplina sugli aiuti di Stato, alla recente adozione di rilevanti direttive lavoristiche e all'ambizioso progetto di contrasto alla transizione climatica noto come *European Green Deal*. Queste modalità di intervento, prive di nessi e avulse da un disegno unitario e coerente, producono effetti sociali del tutto diversificati e indubbiamente presentano limiti nell'apporto che danno alla liberazione dal bisogno e al contrasto alla disuguaglianza. Ma al tempo stesso ognuno di questi ambiti di politica pubblica ha creato in parte opportunità, in parte pressioni che, nel loro insieme, hanno indotto gli Stati e le amministrazioni del territorio a impostare a loro volta politiche pubbliche, con ricadute significative sul piano sociale.

I limiti appena richiamati derivano dalla circostanza che il perseguimento di finalità sociali ha sempre dovuto misurarsi con i vincoli del mercato: il perenne relazionarsi delle esigenze della sicurezza dei singoli, da una posizione subalterna, con la logica della competizione ha condotto spesso alla compressione di diritti, quelli che i singoli ordinamenti costituzionali riconoscevano. In più, il diritto europeo giunge fino a considerare proprio il mercato come una delle possibili modalità di garanzia della protezione sociale. Da qui scaturiscono criticità rispetto al diritto costituzionale interno, e la questione richiede di essere inquadrata alla luce di quella vena di doverosità

⁸ Per i diritti sociali M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, cit., 11 ss., e poi ancora in *Democrazia e potere economico*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, 273, parla di «elemento strutturale della pretensività e quello funzionale della redistributività» come necessari fattori di qualificazione.

che attraversa il nostro ordinamento repubblicano, creando doveri tra i consociati e doveri delle istituzioni al fine di assicurare i presupposti per la partecipazione dei lavoratori all'organizzazione del Paese.

Ulteriore tema che va affrontato è quello del rapporto tra finalità sociali e *governance* economica e finanziaria, dal momento che il coordinamento tra gli Stati per la stabilità dei bilanci nel quadro dell'Unione economica e monetaria è un fattore di crescente ridimensionamento delle scelte di politica sociale dei Paesi membri; fintantoché vige il divieto di *bail out*, il continente è destinato a convivere con lo spettro della riduzione della spesa sociale all'interno del mercato comune. Se mai gli Stati volessero considerare – come del resto da poco avvenuto per il *Next Generation EU* – l'opportunità di programmi di spesa comune, che trovano condizione di realizzazione se si ampliano le risorse proprie e ci si apre ad una più consistente capacità fiscale dell'Europa, la politica sociale potrebbe non costituire più l'elemento di disturbo della stabilità finanziaria. Ma al momento l'orizzonte non sembra promettere sviluppi di questo tipo.

Un'osservazione generale deve guidare l'analisi che si intraprende. La particolare essenza dell'ordinamento euronunitario è tale per cui tutte le decisioni – siano esse di politica sociale, della concorrenza, dei bilanci, ambientale e commerciale, per richiamare le emergenze più attuali; e infine, se vi si arriverà, di politica per la difesa – difficilmente sono imputabili alle istituzioni sovranazionali, considerate come organismi capaci di esprimere un indirizzo politico autonomo. Nell'alternarsi del metodo comunitario⁹ con quello intergovernativo, predominante nel cammino dell'Europa è stata la dinamica delle interazioni tra i Paesi membri. Cosicché i canali di decisione nulla hanno da condividere con le modalità classiche dello Stato costituzionale di diritto, ma rimangono subordinati a rapporti di forza che si assestano tra gli Stati, e che possono variare a seconda della decisione che è oggetto di adozione. Per cui si è assistito più volte a casi di emersione di una coscienza sociale della dirigenza europea, e a slanci nella direzione del progresso all'insegna dell'eguaglianza, che sono stati seguiti da resistenze da parte dei popoli e soprattutto dei sistemi economici e politici nazionali, cosicché iniziative della Commissione per raggiungere un modello di sviluppo che possa essere equo ed inclusivo nel continente si sono spesso perse nello scenario di disarticolazione che rallenta lo sviluppo delle politiche dell'Unione.

A ciò si aggiunge un'evoluzione di graduale abbandono degli indirizzi keynesiani a livello nazionale, al punto che la formula insistentemente richiamata «Smith abroad, Keynes at home» appare ormai sempre meno aderente alla realtà: «Smith abroad and at home» risulta l'esito attualmente più credibile, in un'epoca in cui il mercato sta riconquistando spazi in sanità, in ambito di copertura previdenziale e nel sistema scolastico. Un insieme di evoluzioni contrastanti – da un lato le crisi che si sono susseguite negli ultimi due decenni, dall'altro la radicale trasformazione della sfera pubblica e del suo rapporto col singolo, fino alla rivoluzione tecnologica che si sta

⁹ P. PONZANO, *Un nuovo metodo dell'Unione*, in *Papers di diritto europeo*, 1, 2013, 2, descrive il metodo comunitario – ideato da Jean Monnet – come l'affidamento alla Commissione dell'identificazione del cosiddetto interesse generale europeo «che non equivale necessariamente alla somma degli interessi nazionali degli Stati membri» e che può applicarsi «unicamente alle politiche ed azioni dell'Unione europea per le quali quest'ultima ha ricevuto nei Trattati un'esplicita attribuzione di competenze, esclusive o concorrenti».

compiendo in maniera sempre meno governabile – stanno generando continui riposizionamenti degli Stati e delle istituzioni europee; ciononostante occorre sostenere convintamente che i valori sociali dell'art. 2 TUE continuano a costituire un faro.

2. Dal Comitato Spaak al Titolo X del Trattato di Lisbona.

Il varo dell'esperienza comunitaria è stato il punto di arrivo di alcuni anni di elaborazione, tesa a fissare il perimetro dell'integrazione da avviare.

Nella Conferenza a Messina del 1955 i leader europei istituirono un comitato, la cui presidenza fu affidata al politico belga Spaak, con il compito di preparare un rapporto per la creazione del mercato comune, sul modello dell'unione doganale che già nel 1944 i tre Stati dell'Europa centrale avevano avviato con il nome di Benelux. Il *Rapporto Spaak*¹⁰ dell'anno successivo condusse alla stesura del Trattato di Roma, che ha accolto lo «schema del doppio binario espressione del cosiddetto *embedded liberalism*: la liberalizzazione economica a livello sovranazionale che non intacchi, e anzi alimenti, il funzionamento dello stato sociale a livello nazionale»¹¹. La formula di *embedded liberalism*, coniata dallo scienziato politico John Gerard Ruggie¹², rimanda ad un'integrazione del mercato in un sistema più ampio, comprensivo di meccanismi di democrazia e di libertà¹³, cosicché si ritiene che l'impostazione delle origini si fondava sull'aspettativa di un'automatica convergenza verso l'alto, frutto di una crescita della ricchezza indotta dall'assetto competitivo dei sistemi economici, che avrebbe lasciato spazi per la costruzione a livello statale di sistemi di protezione sempre più generosi. Tale è il senso che emergeva dall'art. 117.2 del Trattato del 1957, nel quale si dichiarava che l'obiettivo del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera doveva risultare «sia dal funzionamento del mercato comune, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dal presente Trattato e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative». Veniva così prefigurato il modello dell'«armonizzazione nel progresso»¹⁴, che puntava senz'altro ad un innalzamento del livello di vita, ma preservando alle prerogative degli Stati l'introduzione di misure di protezione sociale.

¹⁰ La ricostruzione dei *Travaux préparatoires* del Comitato si ritrova in D. PREDA (cur.), *Per una Costituzione federale dell'Europa. Lavori preparatori del Comitato di Studi presieduto da P.H. Spaak 1952-1953*, Padova, 1996.

¹¹ F. COSTAMAGNA, *Il contrasto a povertà ed esclusione sociale quale obiettivo dell'Unione europea nel rapporto tra dimensione economica, sociale ed ambientale del processo di integrazione*, in *Dir. Un. Eur.*, 2, 2024, 236.

L'osservazione di O. KAHN-FREUND, eminente giurista della LSE, *Labor Law and Social Security*, in E. Stein, T. L. Nicholson (eds.), *American Enterprise in the European Common Market A Legal Profile*, Ann Arbor, 1960, 296 ss., è esplicita al riguardo: «While the ultimate goals and aspirations of the Community may be of a social and political character, its route is determined on the basis of a predominantly economic conception: that of a coherent and non-compartmentalized, under normal conditions spontaneously functioning, effectively competitive market».

¹² J. G. RUGGIE, *International regimes, transactions, and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, in *International Organization*, 2, 1982, 379 ss.

¹³ G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in *Federalismi*, 6, 2019, 2 ss.

¹⁴ A. ADINOLFI, *Politica sociale*, cit., 282.

Vi è del resto da considerare che portata poteva avere un modello di *welfare* a poco più di un decennio dalla conclusione del conflitto: i servizi che alcuni ordinamenti europei nella prima metà del secolo avevano offerto non potevano sicuramente rappresentare un modello, a cui la Comunità in fase di avvio potesse aderire o da replicare. Se oggi appare più che timido l'impegno dichiarato nel Trattato delle origini a favore di misure per il bisogno e la privazione, non si può dimenticare che ci sarebbe voluto ancora quasi un altro decennio perché nell'esperienza italiana (e nelle altre democrazie europee) si cominciasse a costruire un sistema di sicurezza sociale¹⁵, che di fatto avrebbe preso slancio negli anni Settanta, proprio per effetto – quasi a conferma della scommessa su cui aveva investito il comitato Spaak – di una crescita economica, che ha fornito risorse per istruzione, pensioni, salute e servizi alla persona, tutela dei lavoratori¹⁶. La scuola media unica nel 1962-63, il sistema di ripartizione per le prestazioni previdenziali nel 1952 e poi la formula retributiva e la pensione sociale nel 1969, il sistema sanitario pubblico universale nel 1978, il trasferimento delle funzioni assistenziali alle amministrazioni del territorio tra il 1972 e il 1977, la disciplina dei licenziamenti nel 1966 e lo Statuto dei lavoratori nel 1970 hanno costituito i primi passi del *welfare* nazionale¹⁷.

Il quadro di partenza in materia sociale era certamente limitato se si considera che esso poggiava sugli artt. 2 e 117.1 per le finalità: sulla collaborazione tra Stati per il progresso sociale dell'art. 118, e sull'art. 123 per l'istituzione del Fondo sociale europeo con funzione correttiva rispetto all'operare dell'impianto neo-liberista, e l'intero ambito era sottoposto al quorum dell'unanimità.

Nel capo delle disposizioni sociali un ruolo a sé hanno giocato le previsioni dell'art. 119 a favore della parità di retribuzione tra generi e dell'art. 120 in materia di equivalenza dei congedi retribuiti. Esse si sono distinte come avamposto del presidio sociale che poi si sarebbe espanso, ma è noto che le due norme rispondevano ad esigenze legate alla concorrenza ed erano volte a non danneggiare la Francia, dove già trovavano applicazione. La vicenda giurisprudenziale che riguarda tali previsioni è interessante per cogliere le potenzialità insite anche in alcune delle libertà economiche. Con portata dirompente la sentenza CGUE *Defrenne II* ha riconosciuto, nel 1976, che l'art. 119 rientrava «negli scopi sociali della Comunità, dato che questa non si limita all'unione economica, ma deve garantire al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e

¹⁵ Significativa la posizione espressa da M. S. GIANNINI, *Lo Stato sociale: una nozione inutile*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, Milano, 1977, 92, rispetto alle prime manifestazioni dello Stato sociale.

Sul fenomeno complesso e ancora difficile da inquadrare, nella prospettiva della scienza giuridica, dello Stato sociale si veda l'intero n. 46 di *Quaderni fiorentini* intitolato *Giuristi e Stato sociale*, 2017.

¹⁶ R. BALDUZZI, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in *Federalismi*, 4, 2018, 246, osserva che «i sei Stati membri originari condividevano tutti (...) la convinzione che la crescita economica avrebbe potuto rafforzare le politiche sociali (a partire naturalmente dagli aumenti salariali)». Si rinvia anche a P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in *Consulta Online*, 2, 2018; a S. GIUBBONI, *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in P. Costanzo, S. Mordegia (curr.), *Diritti sociali e servizio sociale dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Milano, 2005, 26, e a M. GRANDI, *Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI secolo*, in *Dir. rel. ind.*, 4, 2007, 1024.

¹⁷ Si sono richiamati alcuni dei più significativi passaggi: cfr. F. PALLANTE, *Elogio delle tasse*, Torino, 2021, 95 ss. per una più ampia panoramica.

promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come viene posto in rilievo nel preambolo del trattato»¹⁸. Ma ha altresì aperto la strada ad un nuovo modo di intendere la materia sociale, laddove ha chiarito che la medesima disposizione non «può essere interpretata nel senso che essa riservi al legislatore nazionale la competenza esclusiva per l'attuazione del principio della parità di retribuzione, dato che tale attuazione può risultare, in quanto occorra, dalla concomitanza di norme comunitarie e nazionali»: mettendo in dubbio che si potesse ragionare in termini di una «specie di divisione del lavoro fra Comunità e Stati membri», suscettibile di generare «un doppio, parallelo successo, convergente nei fatti ma parallelo nell'andamento»¹⁹.

Va infatti registrata la lettura che da sempre accompagna il processo di integrazione.

La supposta «divisione del lavoro» è stata il frutto della teorizzazione del «carattere duale» del progetto europeo, illustrato da Joseph Weiler. Essa ha costituito per lungo tempo l'altra faccia della medaglia del processo di integrazione, fondato sull'impostazione della Scuola di Friburgo quanto alla matrice economica: si ipotizzava che le due tendenze dell'«*approfondissement of normative supranationalism*» e del «*diminution of decisional supranationalism*» avrebbero generato un «*unique balance*»²⁰, quello dell'«integrazione attraverso il diritto». Tale equilibrio avrebbe affiancato quello dell'«economia sociale di mercato» come terza via rispetto al capitalismo e al socialismo, capace di assicurare tanto obiettivi di equità e giustizia distributiva quanto quelli di efficienza²¹: in tal modo la sfera riservata al processo politico tra Stati di capitalismo democratico avrebbe potuto porsi in equilibrio con la struttura giuridica dei Trattati. Integrazione economica e politica sociale dovevano appartenere a due sfere autonome, ancorché complementari²², in maniera tale che non si producesse né deficit democratico né deficit sociale.

Nonostante l'orizzonte così preconizzato, la Comunità ha gradualmente compiuto prudenti passi nella direzione della solidarietà. Nel decennio a cavallo tra gli anni '70 e '80 è cresciuta la sensibilità soprattutto per le condizioni di sicurezza dei lavoratori – il *Libro bianco* del 1985 ha guardato al mercato con interesse per la tenuta dell'occupazione – e poi il passo successivo dell'Atto unico ha portato a prevedere competenze in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, da adottarsi con maggioranza qualificata – art. 118A – e soprattutto ha introdotto la finalità della

¹⁸ CGUE 8 aprile 1976, C-43/75, *Defrenne II*, p.ti 11-18.

¹⁹ C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali*, cit., 26.

²⁰ Tale è la posizione sostenuta da J.H.H. WEILER, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, in *YEL*, 1, 1981, 304.

²¹ Valga il seguente inquadramento di P. FABBIO, *Il diritto della concorrenza in Germania: osservazioni e valutazioni in prospettiva europea*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, 2019, 554: «Le dottrine ordoliberali, dopo un'esistenza semi-clandestina negli anni Trenta e primi Quaranta, trovarono lo spazio per affermarsi nel dibattito accademico e sulla scena politica nel secondo dopoguerra, nella crisi post-nazista. L'ordoliberalismo condivide con la tradizione liberale l'idea che la concorrenza tra imprese sia uno strumento fondamentale per realizzare il benessere collettivo; ma, al tempo stesso, assume come necessario un ruolo forte dello Stato, che deve assicurare una cornice istituzionale idonea a garantire il mantenimento di una situazione di concorrenza effettiva nel mercato, e ad evitare l'accumulazione di potere privato, ritenuta dannosa per la libertà delle imprese e dei consumatori e per le istituzioni democratiche».

Si veda inoltre l'analisi dell'ordoliberalismo di D.J. GERBER, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe*, Oxford, 1998. Nonché M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza europeo*, Milano, 2014, 16 ss.

²² S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa e diritto del lavoro nell'Unione europea*, in *Costituzionalismo*, 3, 2016, 101.

coesione economica e sociale – artt. 120A-130 – senza tuttavia affiancare basi giuridiche adeguate. Nel giro di pochi anni il Trattato di Maastricht si è aperto alla cittadinanza europea²³, optando però per soluzioni al ribasso: da un lato le novità che si sarebbero volute introdurre sono state trasposte in un accordo ad hoc sulla politica sociale²⁴; dall'altro la cittadinanza si è da subito contraddistinta per la sua dimensione transnazionale – e non sovranazionale – tale per cui lo status di «cittadino europeo discende dall'essere cittadino di uno Stato membro con riguardo alla normativa degli altri Stati»²⁵.

Con il nuovo secolo si giunge alla *Carta dei diritti*, che – pur con metodo ricognitivo e senza la creazione di nuove competenze a vantaggio dell'Unione – ha operato il pieno riconoscimento dei diritti sociali e la riduzione della portata assegnata alle libertà economiche, dimostrando «un evidente scostamento dall'originaria ispirazione del sistema comunitario»: la Carta ha assorbito tanto dal modello socialdemocratico quanto da quello neo-liberista «come acquisizioni storiche del patrimonio costituzionale europeo, in particolare del concetto di persona», ed elenca diritti sociali da intendere come traguardi delle politiche statali più che come diritti immediatamente esigibili²⁶. È stata qualificata «il punto di vista europeo sui diritti fondamentali universali» e «la chiave di lettura europea degli stessi quale tentativo di mediazione culturale tra le principali antropologie che storicamente hanno fatto il “patrimonio spirituale e morale” dell'Europa, i suoi “valori comuni”»²⁷: dunque un passo avanti epocale nel processo d'integrazione, nonostante l'elemento innovativo non sia andato oltre quello di una parificazione di tutti i diritti, e l'affermazione della loro indivisibilità.

La politica sociale ha ricevuto nuova attenzione ad opera del Trattato di Lisbona. Anzitutto la clausola sociale orizzontale dell'art. 9 Tfeue, pur non avendo la portata dell'art. 3 Cost., ha imposto di «tenere conto» della materia sociale nella definizione e nell'attuazione di politiche e azioni dell'Unione. Si è poi ampliato il titolo X intestato alla politica sociale, il cui art. 151 enuncia le finalità da perseguire: gli artt. 153 e 156 specificano l'intervento dell'Unione in termini di sostegno e completamento, nonché coordinamento dell'azione degli Stati. Ma anche i titoli precedenti e successivi, riguardanti occupazione, Fondo sociale europeo, istruzione e sanità contribuiscono ad estendere il grado di attenzione del Trattato ai bisogni.

²³ Si veda. C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, in *Enc. dir.*, Annali I, 2007.

J.H.H. WEILER, *To be a European citizen - Eros and civilization*, in *Working Paper Series in European Studies*, 1998, 33, ha qualificato tale cittadinanza «mutual social responsibility embodied in the ethos of the Welfare State adopted by all European societies and by all political forces».

²⁴ A. ADINOLFI, *Politica sociale*, cit., 281 ss. Si osserva che la cittadinanza europea e le nuove norme in materia di istruzione sembravano allargare le finalità sociali, e tuttavia continuavano a mancare le norme capaci di fornire una base giuridica per l'adozione di atti, né si prevedevano procedure di voto a maggioranza per questi obiettivi.

²⁵ C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, cit., 185. L'A. aggiunge che invece la carica evocativa della locuzione «cittadino europeo» avrebbe potuto condurre a immaginare uno *status* fonte di diritti da riconoscersi nei confronti dei pubblici poteri dell'Unione europea.

²⁶ C. PINELLI, *I rapporti economico-sociali*, cit., 33.

²⁷ A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2015, 21.

Il punto è che gli ambiziosi obiettivi dell'art. 151 – dalla promozione dell'occupazione, fino alla lotta contro l'emarginazione – sono chiamati a tenere conto «della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione». Le conseguenze di tale previsione sono emerse in occasione del grande allargamento dell'Unione, che ha storicamente coinciso con il rafforzamento delle basi giuridiche a favore del «sociale»: con l'accoglimento nel mercato interno di Paesi non ancora attrezzati per il capitalismo è risultata impossibile «qualunque ipotesi di fissazione di *standard* protettivi minimi a livello dell'Unione»²⁸, e proprio la persistente inclinazione del processo di integrazione a lasciare agli Stati la creazione delle misure di sicurezza ha finito per porre le istituzioni europee sotto accusa. Il sottrarsi di queste alla funzione di garante di un livello omogeneo di protezione sociale in tutto il mercato ha concorso ad incrinare la fiducia nei loro confronti.

Se è chiaro che lo sviluppo e l'evoluzione dei sistemi di *welfare* occidentali ha avuto e continua ad avere un carattere marcatamente nazionale, tuttavia uno standard comune da applicarsi nell'intero e sempre più vasto mercato ha cominciato a porsi come traguardo doveroso e necessario, anche nell'interesse delle dinamiche competitive. Non è in discussione che la decisione in merito alla «concessione o conquista di specifici diritti di protezione sociale»²⁹ valga solo con riferimento a un ordine territoriale sovrano quale lo Stato-nazione³⁰, ma ciò che appare contestabile della costruzione europea è di avere individuato nei sistemi di sicurezza sociale la causa di distorsione della concorrenza fra gli Stati membri³¹, così come la fiscalità – di cui a breve occorre occuparsi – mai ha perso la valenza di elemento di alterazione dei meccanismi di scambio. Da qui la subordinazione delle finalità sociali a quelle economiche. Per cui, ritornando sull'espressione «Smith abroad, Keynes at home», essa poteva essere credibile all'avvio dello Stato sociale/assistenziale, ma ora ha perso attualità, perché di fatto anche la «sovranità sociale» dei sistemi nazionali sta rappresentando quasi un ostacolo alla libera manifestazione degli interessi privati. Nonostante la scelta consapevole degli Stati, che hanno storicamente ritenuto conveniente e strategico conservare nelle proprie mani lo strumento di pacificazione del conflitto sociale³² che è rappresentato dal *welfare*, la postura liberista che da sempre contraddistingue l'Europa non ha impedito l'emergere di fenomeni sovranazionali all'insegna dell'avanzamento e della protezione so-

²⁸ S. GIUBBONI, *Libertà d'impresa*, cit., 102.

²⁹ M. FERRERA, *Dinamiche di globalizzazione e stato sociale: un'introduzione*, in Id. (cur.), *Stato sociale e mercato globale*, Torino, 1993, attribuisce il nucleo originario e fondamentale del *welfare state* agli Stati e ravvisa proprio negli interessi di integrazione sociale, stabilità politica e crescita economica dello stato-nazione l'esigenza di plasmare l'evoluzione delle politiche sociali del Novecento.

³⁰ G. PROSPERETTI (cur.), *Un Nuovo Welfare per la Società Post-Industriale*, Torino, 2008, 13, nell'introduzione al volume ragiona sulla globalizzazione come fattore di «condizionamento sull'autonomia dei singoli Paesi nella formulazione nazionale di politiche economiche e sociali», che riduce la capacità degli Stati di incidere sul tessuto economico-sociale così come invece avveniva nell'era fordista».

³¹ In tal senso cfr. S. CAPONETTI, *Mercato economico e welfare State*, in *Dir. econ.*, 2, 2018, 379.

³² Citando V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale*, in *Riv. infortuni*, 1, 1950, 8, che attribuisce alla democrazia sociale la vocazione a «proteggere l'interesse della maggioranza contro il privilegio economico della minoranza», M. GREGORIO, *Dallo Stato sociale alla democrazia sociale. Le riflessioni della dottrina costituzionalistica italiana nella prima età repubblicana*, in *Quad. fiorentini*, cit., 542, vede tale forma politica polarizzata al «progetto complessivo di società che trova il proprio fondamento nel conflitto sociale».

ziale, a cominciare dall'apporto giurisprudenziale in materia di libertà del mercato: proprio il conflitto sociale, fondamento ineliminabile dei sistemi di sicurezza sociale, emerge con evidenza dal contributo della Corte di Lussemburgo, che è stato per certi versi di grande apertura, per altri versi di deludente ripiegamento sul dogma della concorrenza.

3. Libertà di circolazione, diritti dei lavoratori e diritti delle imprese.

La giurisprudenza della Corte di giustizia è stata oggetto dei commenti di copiosa letteratura, che non si potrebbero ora ripercorrere. Quanto qui interessa è come tale giurisprudenza abbia avuto decisive ripercussioni nei confronti dei lavoratori, ma con effetti contrapposti: aprendo in alcuni casi la strada al rafforzamento dei diritti, e in altri casi negandone alcuni di portata basilare.

Vale l'osservazione del lavorista Federico Mancini che «due fatti restano incontestabili; la Corte di giustizia è riuscita a far progredire in tutta Europa la condizione degli operai e degli impiegati, migranti o sedentari che siano; a tale risultato essa è giunta col contributo (meglio in ragione del contributo) che le hanno offerto i giudici nazionali»³³. Vero è, infatti, che le sue pronunce hanno in molte e significative occasioni rappresentato un elemento propulsivo per singoli settori e hanno contribuito a consolidare il riconoscimento dell'esigenza di una dimensione sociale del mercato interno³⁴.

La giurisprudenza ha lasciato il segno sia nell'ambito della circolazione dei lavoratori sia in quello della circolazione dei servizi. Si è richiamata in precedenza la sentenza *Defrenne II*³⁵, che ha marcato un momento di svolta³⁶ per il fatto di avere attribuito all'art. 119 Tce efficacia diretta, verticale e orizzontale, applicabile quindi sia nei rapporti con il pubblico potere che tra i privati. La successiva sentenza *Defrenne III*³⁷ ha svincolato il principio della parità retributiva dall'alveo economico per riconoscergli la natura di principio fondamentale della Comunità, e pertanto direttamente applicabile negli ordinamenti degli Stati membri.

Con riferimento alla prima delle due libertà, la Corte di giustizia ha «assecondato» e rafforzato un importante indirizzo legislativo che aveva avuto avvio fin dagli anni Sessanta, e che ha poi tro-

³³ G. F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro*, cit., 39.

Si veda anche, più recentemente, B. CARUSO, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, in A. Andreoni, B. Veneziani (curr.), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Roma, 2009, 102, che constata come la dimensione sociale in termini di riconoscimento di diritti concreti, giustiziabili ed esigibili vada oltre i confini nazionali dei diversi Stati europei e sia diventata oggetto di un dialogo tra le Corti nazionali ed europee.

³⁴ A. ADINOLFI, *Politica sociale*, cit., 282.

³⁵ La ripresa dell'obiettivo del «progresso sociale» si deve a CGUE 28 febbraio 2013, C-427/11, *Kenny*.

³⁶ O. POLLICINO, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *MediaLaws*, 3, 2018, 142 ss., considera *Defrenne II* un caso paradigmatico – al pari delle decisioni *Van Gend & Loos*, *Costa c. Enel*, *Simmenthal* – per «l'enforcement inter privatos del principio di non discriminazione sulla base del sesso funzionale a garantire una tutela piena ed effettiva alla dignità umana». Il riconoscimento dell'effetto orizzontale delle direttive è proseguito con la decisione *Dansk Industri* del 2016.

³⁷ CGUE 15 giugno 1978, C-149/77, *Defrenne III*.

Si vedano le riflessioni di A. SCIORTINO, *L'uguaglianza di genere nell'UE: categorie giuridiche e tutele*, in *Rivista AIC*, 4, 2020.

vato coronamento nel principale testo relativo alla libera circolazione dei cittadini dell'Unione, la direttiva 2004/384, attuativa dell'art. 21 Tfeue: ovvero l'attenzione alla dimensione della vita familiare³⁸. Si è assistito ad un'incoraggiante evoluzione della cittadinanza dell'Unione fin dall'inizio del millennio³⁹ e soprattutto nel decennio post-Lisbona, grazie a interventi della Corte che hanno conferito «ispessimento» alla cornice di diritto primario, andando a legittimare diritti che vanno oltre la lettera dei Trattati, ma che sono strettamente funzionali all'effettività dello *status* di cittadino dell'Unione e dei diritti di libera circolazione. Già l'attuale decennio vede un affievolimento della tutela della «vita familiare del cittadino circolante»⁴⁰, e in questa parabola si possono vedere gli effetti del fenomeno affermatosi dopo il 2014, quello del c.d. «turismo sociale», che è stato accolto con grandi resistenze soprattutto in Europa centrale: è stato opportunamente segnalato che «the need to take action against what has come to be known as social tourism has quickly become part of the dominant narrative, after being brought to the fore by far-right movements and, then, incorporated also in the programmatic platforms of mainstream parties»⁴¹. Dopo anni di allargamento delle maglie e di apertura reciproca dei sistemi di protezione sociale, lo scenario successivo alla crisi economico-finanziaria ha visto un mutamento di approccio culturale e la chiusura nazionalistica dei contesti di *welfare*.

Va poi aggiunto che la giurisprudenza europea si è addentrata meritevolmente anche in aree di diritti non strettamente economici⁴² e che, nonostante le libertà economiche continuino a conservare una posizione di priorità nel diritto eurounitario, l'evoluzione dei Trattati e gli orientamenti della giurisprudenza «garantiscono un certo equilibrio tra imperativi sociali, interessi pubblici e altri valori sociali»: ciò può constatarsi nella perimetrazione del mercato e delle sue regole, di concorrenza e di libero scambio, posto che il dato che spesso emerge è che «il mercato finisce là dove iniziano le attività che perseguono direttamente fini sociali»⁴³. Complessivamente proprio la

³⁸ Per la parte che segue v. N. LAZZERINI, *Il diritto dei cittadini dell'Unione "circolanti" di condurre una normale vita familiare: stato dell'arte e prospettive*, Quaderni AISDUE, 1, 2024, 1 ss.

³⁹ F. COSTAMAGNA, S. GIUBBONI, *Free Movement of Persons and Transnational Solidarity. The Legacy of Market Citizenship*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1, 2021, 1, constatano che «in the absence of meaningful inter-individual solidaristic mechanisms at supranational level, there was much hope that the introduction of European citizenship could serve as a catalyst for transnational solidarity. These expectations materialized in a series of bold decisions taken by the Court of Justice at the beginning of the 2000s. This expansive case-law sought to promote convergence between economically inactive citizens and workers when it comes to access to social benefits».

⁴⁰ N. LAZZERINI, *Il diritto dei cittadini*, cit., 12. Si fa riferimento al saggio anche per la ricostruzione di tutta la giurisprudenza del periodo post-Lisbona.

⁴¹ F. COSTAMAGNA, S. GIUBBONI, *Free Movement of Persons*, cit., 10. Gli AA. aggiungono che «the use of the term "tourism" has a moralistic overtone, conveying the idea that people moving to another State just to enjoy the beauties of their welfare states without contributing to their financing do not deserve protection».

⁴² M. D'ALBERTI, *L'unione europea e i diritti*, in L. Torchia (cur.), *L'unione europea in crisi*, Milano, 2017, 157 osserva che la Corte di giustizia ha progressivamente introdotto garanzie a favore di diritti non economici sia nell'abbondante contenzioso sul mercato interno sia «al di là di questa dimensione nell'aprire varchi alla tutela dei diritti fondamentali diversi dalla libertà di circolazione delle merci ed i servizi se è occupata principalmente della dignità umana dei diritti di libertà personale del diritto di manifestazione del pensiero per diritto di riunione».

⁴³ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 122. V. anche le riflessioni di Q. CAMERLENGO, *Costituzione, Economia, Società*, Bari, 2017, sul ruolo strumentale della concorrenza e del mercato rispetto a piani assiologici ulteriori.

graduale costruzione del mercato è stata, in una certa e non irrilevante misura, condizione di affermazione e riconoscimento di vari diritti fondamentali e in gran parte di natura sociale: agli Stati il giudice europeo ha chiesto di procedere ad attribuire benefici a soggetti di cittadinanza europea e non solo nazionale. Questa è quella che si considera la dimensione «transnazionale» della cittadinanza, che pare ampiamente realizzata. Ben diversa è la dimensione «sovranazionale», rispetto alla quale invece ancora evidenti sono i freni e le resistenze⁴⁴.

Ma è inevitabile affrontare anche la giurisprudenza in tema di circolazione dei servizi.

Questo secondo versante è stato segnato negativamente dal 2007 dal «quartetto» costituito dalle sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione vs Lussemburgo* – a cui si è aggiunta *Commissione vs Repubblica Federale Tedesca* – seguito da un dibattito di sofferta reazione, soprattutto tra i lavoratori⁴⁵: il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche è risultato pendere a vantaggio delle seconde. In realtà il precedente della sentenza *Albany* del 1999⁴⁶ aveva condotto a riconoscere il diritto alla contrattazione collettiva come estraneo – e dunque non sacrificabile, e piuttosto da salvaguardare nel quadro di «conflitti filosofici fra politiche dell'Unione, caratterizzati dall'opposizione fra obiettivi solidaristici e obiettivi liberisti»⁴⁷ – rispetto alla libertà di concorrenza: ma successivamente, nei confronti delle libertà di circolazione, la Corte ha invece proceduto ad un bilanciamento, che ha visto retrocedere i diritti dei lavoratori. Gli studiosi hanno invocato un più equilibrato sistema di interdipendenze tra valori sociali ed esigenze di integrazione economica (e politica) europea⁴⁸, ma vi è stata anche la constatazione che, se le libertà economiche di circolazione e anche il principio della concorrenza leale e regolata hanno tutto da guadagnare dalla creazione di uno spazio sociale europeo omogeneo, «è altrettanto vero che tali libertà e il principio di concorrenza possono corroborare la dismissione di pratiche e concezioni dei diritti sociali intrise di protezionismo, nazionalismo di ritorno, e anche di corporativismo conservatore»⁴⁹. Se si guarda alle due traiettorie giurisprudenziali, si potrebbe concludere che se la libertà di circolazione dei lavoratori ha rafforzato la dimensione sociale, quella dei servizi l'ha frenata: e tale freno è stato ravvisato nella subordinazione di alcuni capisaldi della materia sociale – diritto di associazione sindacale, diritto di sciopero, diritto a un salario adeguato – alle libertà economiche, rispetto alle quali il giudice europeo – lo stesso che, pronunciandosi in tema di circolazione dei lavoratori, ha ampliato i

⁴⁴ C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, cit., *passim*.

⁴⁵ M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2, 2008, 372, sintetizza come segue i dispositivi delle prime due pronunce, *Viking* e *Laval*: «in ambedue le sentenze la Corte si è ritenuta competente ad effettuare il bilanciamento tra il diritto all'azione collettiva (sciopero e non solo: boicottaggio, sciopero di solidarietà) e la libertà di circolazione implicata (libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento), dettando così ai giudici nazionali le regole su cui basare la valutazione della legittimità di un'azione collettiva alla luce del diritto comunitario».

⁴⁶ CGUE 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*.

⁴⁷ Si vedano le riflessioni di E. CANNIZZARO, *Tecniche di soluzione di conflitti fra politiche dell'Unione. Liberismo e solidarismo nel processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4, 2013, 694.

⁴⁸ S. GIUBBONI, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato*, in A. Andreoni, B. Veneziani, cit., 132. Nello stesso volume v. anche S. SCIARRA, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, 24, e G. MICHELINI, V. PICCONE, *Giurisprudenza europea e diritti sociali, un rapporto da ripensare*, 172.

⁴⁹ B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Working Papers*, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT – 61/2008, 68.

diritti – non ha riscontrato l'opportunità di prevedere compressioni degli interessi legati alla produzione di valore economico, nonostante una coraggiosa professione di fede nel *commitment* ai valori sociali esposta sia nella sentenza *Viking*⁵⁰ che nella sentenza *Laval*⁵¹.

Forse oggi si può considerare superata questa posizione della Corte di Lussemburgo⁵², benché una preminenza degli interessi economici – e, più di recente, anche finanziari – continui ad essere la costante di un sistema di mercato, la cui salvaguardia rimane direttiva dominante, tale per cui è difficile potersi aspettare da questo giudice posizioni di radicale inversione dell'ordine delle priorità. I diritti dei lavoratori hanno avuto crescente riconoscimento nel diritto derivato, soprattutto a fronte delle crisi di varia natura – economica-finanziaria, sanitaria e infine geopolitica – che dagli anni del «quartetto» in avanti si sono susseguite: l'imponente mole di misure di riaggiustamento, in risposta alle distorsioni che quelle crisi hanno generato, rende incerto anche l'argomento che per lungo tempo si è ritenuto la certezza da combattere, ovvero la subordinazione delle aspettative di soggetti deboli a quelle degli operatori economici e dell'efficienza produttiva, quasi che si potesse ragionare in termini di «diritti delle imprese». Questi ultimi interessi non hanno mai perso centralità, trovando invariabilmente nei Trattati parametri di coerenza, e tuttavia la loro preminenza rispetto alle istanze di tenore sociale è destinata a diventare più sfumata in un panorama di interazioni economiche, nel quale la contrapposizione tra le parti delle relazioni industriali è in rapida trasformazione.

Il ragionamento fin qui condotto introduce alla riflessione successiva: la priorità che all'istituzione «mercato» viene riconosciuta dal diritto europeo conduce anche ad inquadrarlo come veicolo idoneo alla produzione di quei servizi che rispondono a bisogni sociali.

4. La protezione sociale attraverso il mercato.

La peculiarità del diritto dei Trattati emerge in merito alle modalità di produzione e offerta di tutti i servizi in Europa, anche di quelli che garantiscono prestazioni di natura sociale: l'art. 14 TUE colloca i servizi di interesse economico generale (SieG) nell'ambito dei valori comuni

⁵⁰ CGUE 11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking Line*, p.ti 78 e 79.

⁵¹ CGUE 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval und Partneri Ltd*, p.ti 104 e 105.

⁵² V. PICCONE, *Il bilanciamento fra diritti sociali e libertà economiche nella giurisprudenza della Corte di giustizia oggi*, in *LavoroDirittiEuropa*, 1, 2023, 2 ss. parla di una «vulgata e, cioè, la sostanziale immobilità della Corte – quanto meno sul piano dei diritti collettivi – rispetto agli approdi riconducibili alle note decisioni *Viking* e *Laval*»; e ritiene che «qualcosa è cambiato su un piano cruciale: non tanto in termini di espansione dei diritti sociali *tout court* quanto su un piano di relativa compressione delle libertà economiche per effetto del parallelo enforcement dei diritti fondamentali (un esempio fra tutti, la transizione ambientale e quella digitale)». L'A. sostiene che «il bilanciamento ha assunto nuovi contorni che vertono sulla tutela giurisdizionale effettiva come declinata nelle pronunzie più recenti in tema di *rule of law*, quella che individua il proprio fulcro negli artt. 21 e 47 della Carta nel combinato disposto con gli artt. 2 e 19 TUE»; e che «la peculiarità dello scarto rispetto ai tempi di *Viking* e *Laval* va ricercata proprio qui, nella ricerca di strumenti volti a garantire la più effettiva tutela giurisdizionale dei singoli, in assenza di gerarchie ma, piuttosto, in un continuo confronto fra soggetti tutti coinvolti. Tutela finalizzata, peraltro, alla prevenzione dei conflitti».

dell'Unione, e assegna loro specifico ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale⁵³. Essi hanno «natura oggettivamente pubblica»⁵⁴ e offrendo «garanzia della libertà della persona»⁵⁵, possono essere indifferentemente erogati dall'amministrazione o da privati – aziende o terzo settore – secondo meccanismi competitivi sul presupposto, sancito del successivo art. 106 Tfu, che la produzione di tali servizi sia idonea ad essere regolata da logiche imprenditoriali e di efficienza aziendale.

La cornice offerta dalla Costituzione italiana è di altro tenore, se si considera che gli artt. 33 e 38 pretendono l'intervento della Repubblica per l'istituzione da un lato di scuole, dall'altro di istituti che garantiscano assistenza e previdenza; ma riconoscono la libertà di enti e privati di offrire istruzione e assistenza. Lo spazio per i privati e il mercato è riconosciuto, ma senza la possibilità che la loro presenza nell'ambito sociale valga a sostituire le istituzioni pubbliche. E anzi, una parte della dottrina ha lungamente considerato il passaggio del riconoscimento del valore costituzionale del mercato come il momento di rottura del processo di attuazione della Costituzione legato ai diritti sociali, e come l'avvio del cammino di svuotamento dello Stato sociale⁵⁶.

Come è stato osservato in tema di servizi pubblici locali⁵⁷ – ma con la medesima valenza a proposito di quelli di dimensione nazionale – il servizio pubblico è un concetto portante della tradizione del diritto amministrativo italiano, le cui attività occupano un ruolo significativo nei sistemi di governo e di azione dei pubblici poteri. Con l'avvento della società industriale – e soprattutto a seguito del piano Beveridge, *Report on Social Insurance and Allied Services* – la loro erogazione era stata lentamente assunta tra le responsabilità pubbliche, mentre ormai da tre decenni è evidente la revisione del ruolo spettante all'amministrazione, l'apertura a logiche diverse da quelle della riserva e la riscrittura dei rapporti tra sfera pubblica e iniziativa economica privata, determinandosi un rapporto tra servizi sociali e mercato in chiave problematica, o di «dilemma»⁵⁸, come è stato osservato.

Le criticità sono legate alle probabili compressioni dei diritti, che possono derivare da meccanismi di produzione dei servizi governati esclusivamente dagli interessi dei soggetti privati. Ogniqualvolta la convenienza economica venga meno, l'imprenditore eviterà di investire risorse per offrire servizi, la cui essenzialità non avverte come un dovere a cui è tenuto a rispondere; mentre il medesimo dovere impone sempre la responsabilità delle istituzioni pubbliche, che non possono arrestarsi alle evidenze dell'insostenibilità finanziaria per sospendere l'erogazione di servizi, che soddisfano esigenze fondamentali della collettività. Vi è peraltro da osservare che per un insieme

⁵³ Cfr. D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.

⁵⁴ P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche e private nel sistema dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 3, 2020, 532.

⁵⁵ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2018, 167.

⁵⁶ Valga per tutti S. SCIARRA, *Diritti collettivi*, cit., 23, che osserva che «l'annoso problema delle deboli politiche sociali comunitarie, conseguenza delle carenti – se non addirittura inesistenti – basi giuridiche del Trattato istitutivo, ha accompagnato per anni la riflessione accademica ed ha avvalorato talvolta opinioni distruttive e pessimiste, orientate a dimostrare l'inconciliabilità del modello sociale europeo con le regole del mercato».

⁵⁷ G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 35.

⁵⁸ F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008, 380.

significativo di servizi pubblici essenziali il processo di liberalizzazione compiutosi dagli anni Novanta ha portato benefici agli utenti: l'offerta dei servizi si è ampliata, le tariffe si sono ridotte e si è imposto il rispetto del loro standard qualitativo. I bisogni basilari connessi all'approvvigionamento energetico, alle reti delle comunicazioni e agli spostamenti hanno trovato generalizzati vantaggi dall'apertura ai mercati regolati, e la definizione del «servizio universale» ha permesso di individuare un complesso di interessi degli utenti/consumatori da tutelare nei confronti delle imprese private delle *public utilities*. Si è ridimensionato l'intervento del soggetto pubblico in veste di erogatore, nella misura in cui il privato possa garantire accessibilità e qualità dei servizi⁵⁹. Si è affermata la funzione della «regolazione»⁶⁰, che è intesa operare a correzione delle distorsioni dei meccanismi competitivi, qualora siano sbilanciate le posizioni di potere dei privati, e ciò anche a beneficio dei fruitori dei servizi essenziali. Correzione che si traduce in vincoli idonei a integrare l'interesse dell'operatore privato con le esigenze di coloro che richiedono i servizi; ma che arriva anche a sacrificare il dogma della *competition law*, se si considera che, soprattutto per quei servizi collegati alla «specifica missione» per i quali l'art. 106 Tfu ammette la sospensione del diritto della concorrenza – se le imprese «incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale» non fossero in grado di garantire a tutti la prestazioni – gli Stati possono decidere di riservare a forme diverse dal mercato l'offerta di servizi fondamentali. Soprattutto nell'ambito dei trasporti – settore che presenta una rilevante valenza sociale – questo regime «corretto» della concorrenza è assolutamente diffuso; ma più in generale, il prevalere dell'affidamento *in house* per i servizi pubblici locali conferma la resistenza delle amministrazioni del territorio a introdurre meccanismi competitivi.

La compresenza di enti pubblici e di attori privati nel complesso universo dei servizi di natura sociale è dunque una realtà in espansione, avallata dal diritto europeo, che la reputa soluzione salutare per l'ampliamento e il miglioramento delle prestazioni. È ammessa con riserva dal quadro costituzionale italiano, ma certamente è sempre più presente nel sistema economico e sociale, anche a causa delle ristrettezze finanziarie e delle misure di contenimento della spesa pubblica. Il rischio di tale indirizzo è il sacrificio delle istanze di universalità dei servizi, che il mercato potrebbe non essere in grado di assicurare, posto che la razionalità aziendale impedisce di operare in perdita. Ma suscita perplessità anche l'impostazione «consumeristica» che il mercato porta con sé, cosicché servizi destinati a bisogni essenziali rischiano di essere disegnati e messi a disposizione concependo i destinatari come consumatori da catturare, e non con attenzione alle necessità della vita che richiedono coerenti risposte, verosimilmente ben diverse da quanto richiede la massimizzazione dei consumi. È facile che le logiche richiamate necessitino di correttivi, che solo nella sfera pubblica trovano impiego: il canone del buon andamento dell'art. 97 Cost. può senz'altro indirizzare verso assetti organizzativi più efficienti, ma mai condurre a negare l'erogazione dei servizi per ragioni di costi, né ammettere l'equivalenza tra efficacia del servizio e strategie di marketing.

⁵⁹ P. LAZZARA, *Responsabilità pubbliche*, cit., 546.

⁶⁰ Sull'ampio tema della «regolazione» si rinvia a G. RESTA, *Poteri privati e regolazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 2023, che affronta anche la questione delle esigenze di natura sociale, 1026 ss., a cui la regolazione può rivolgersi.

Anche nel diritto europeo le soluzioni correttive sono a disposizione, ma il dato fondamentale è che rimane rimessa agli Stati la responsabilità di un equilibrato governo del mercato, da sintonizzare con l'attività della sfera pubblica.

D'altra parte, l'apertura al mercato per assicurare l'offerta – tra i vari servizi – anche di quelli che si traducono in prestazioni sociali⁶¹ è la conseguenza della crescente attitudine dello Stato a cedere ai privati spazi sempre più ampi nell'ambito di svariate prestazioni. Nella misura in cui le istituzioni rinunciano all'investimento di risorse pubbliche per l'eguaglianza sostanziale e i diritti, spazi di redditività si aprono per i privati: in assenza di spesa pubblica da destinare alla protezione sociale, quest'ultima diventa terreno contendibile dal mercato che – senza i vincoli dettati dai principi costituzionali dell'imparzialità e della solidarietà – sceglie in piena libertà e secondo convenienza la gamma di servizi da offrire. Del resto, l'attrattiva del mercato tipica dell'approccio europeo si spiega a partire dall'individuazione dei caratteri propri dell'impianto del *welfare*, come è stato inteso nei sistemi nazionali del secondo Novecento e come non si è sviluppato nella Comunità: l'assenza nell'ordinamento europeo degli elementi costitutivi dei sistemi di sicurezza sociale – ovvero i doveri costituzionali, la fiscalità e la decisione democratica sui diritti – è di per sé sufficiente ad escludere che la dimensione sociale dell'Unione possa replicare quella degli Stati membri, nei quali – peraltro – il medesimo impianto del *welfare* appare avviato alla contrazione.

5. Doveri di solidarietà e fiscalità per una democrazia sociale.

a) Il «tributo» nello Stato nazionale e la contribuzione statale per il bilancio europeo.

Le componenti che, nel Novecento, sono apparse necessarie per l'affermazione del modello «sociale» dello Stato sono state le risorse finanziarie per le politiche di sicurezza e la decisione democratica sottostante, a legittimazione del riconoscimento dei diritti a prestazione e del dovere di concorso alla spesa pubblica. Solo dall'esame di queste colonne portanti può essere compresa la diversità dell'architettura europea rispetto alle esperienze degli Stati membri.

Quanto alle risorse finanziarie, il consolidamento dello Stato sociale è stato il risultato di una costruzione graduale e impegnativa, per la quantità di mezzi che a ciò sono state indirizzati, non solo in termini di liquidità ma anche di strutture amministrative appositamente istituite per la garanzia dei diritti sociali. Nella Costituzione italiana si è riconosciuto un ruolo fondamentale alle «spese pubbliche» e si è stabilito, in virtù dell'art. 53 Cost., che la loro alimentazione si fondi su un meccanismo di raccolta delle risorse, collegato ad un dovere costituzionale. Le «spese pubbliche» comprendono non solo spesa sociale, ma conta ora evidenziare che l'ordinamento repubblicano abbia costituzionalizzato una spesa che produce benefici collettivi – sia essa spesa per diritti

⁶¹ Si veda la descrizione del passaggio delle funzioni sociali dallo Stato ai mercati descritto da W. STREEK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Milano, 2013, 59 ss.

Cfr. anche M. CLARICH, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, IV, 1994, 519 ss.

civili o sociali, piuttosto che per infrastrutture o politiche di sviluppo⁶² – e l'abbia sottoposta alla condizione che «tutti» contribuiscano in ragione della loro capacità economica, se esistente.

Si è dunque in presenza di una prestazione imposta – il dovere tributario – che dal punto di vista del diritto costituzionale è motivata da ragioni di solidarietà e di redistribuzione⁶³. Il medesimo tratto della solidarietà connota e nobilita gli altri doveri costituzionali⁶⁴: da ciò è derivata la peculiare configurazione della Repubblica come «Stato sociale», benché tale qualifica non sia espressa nella Carta fondamentale, come invece si riscontra nell'art. 1 della Costituzione francese del 1958 e nell'art. 20 del GG tedesco del 1949, per ricordare i Paesi di maggior peso al momento della fondazione delle Comunità. Ma l'art. 3 Cost. suona in maniera tale da costituire l'orizzonte della «democrazia sociale», ed è tratto distintivo dell'intera architettura costituzionale⁶⁵.

In quanto prestazione patrimoniale obbligatoria, il tributo è legittimato dall'art. 2 Cost. come dovere di solidarietà e collegato all'art. 3 Cost. per garantire parità delle condizioni di partenza: è funzionale alla copertura della spesa pubblica⁶⁶ e grava sui soggetti in ragione della loro capacità contributiva. I fini della fiscalità spaziano dall'obiettivo del pieno impiego, a quelli della promozione sociale e dello sviluppo economico fino a premiare – dall'avvio dell'Unione economica e monetaria – quello della stabilità finanziaria: nel complesso tali obiettivi sono idonei a realizzare risultati di riallocazione, da intendersi nel senso ampio di una giustizia distributiva non solo delle risorse, ma anche delle opportunità di crescita personale, soprattutto se il prelievo è applicato in base a criteri di progressività. Il sacrificio economico individuale, che scaturisce dall'esercizio del dovere tributario, concorre al riparto dei carichi pubblici secondo la prospettiva assiologica dell'eguaglianza sostanziale⁶⁷: da qui il nesso di strumentalità del *tributo* come dovere con i diritti inviolabili della persona e con tutti i diritti sociali, rappresentando esso una condizione necessaria per un assetto sociale organizzato.

L'assenza, a livello europeo, di un impianto di questa portata, fondato sui doveri in generale – e, nello specifico, sul dovere tributario destinato ad alimentare una spesa pubblica a protezione delle persone – è la prima ragione di una dimensione sociale europea che non può presentare

⁶² Si veda, tra l'ingente letteratura sul tema, il saggio di V. CASTRONOVO, *Le nazionalizzazioni nelle politiche economiche del secondo dopo guerra in Europa*, in AA.VV., *La nazionalizzazione dell'energia elettrica. L'esperienza italiana e di altri paesi europei. Atti del Convegno Internazionale di studi del 9-10 novembre 1988 per il XXV anniversario dell'ENEL*, Roma-Bari, 1989. Più recentemente, nel fascicolo 2 del 2013 di *Munus*, i saggi di G. PIPERATA, A. POLICE, G. DELLA CANANEA, M. MAZZARINO e A. DI MICHELE.

⁶³ Anche nell'ambiente degli studi tributari il dovere contributivo è riconosciuto come adempimento di solidarietà, a fronte del quale si pone l'esercizio di una potestà legislativa di imposizione a fini di riparto: cfr. F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, Bologna, 2007, 25.

⁶⁴ Per un'analisi dei doveri v. F. PIZZOLATO, C. BUZZACCHI, *Doveri costituzionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 2008. In merito ai singoli doveri cfr. A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, e C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011, 16 ss.

⁶⁵ Sull'art. 3 Cost. sterminata può essere la letteratura da richiamare: le riflessioni di Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio costituzionale*, 1-2, 2019, restituiscono la tensione della Carta fondamentale per tutte le situazioni di bisogno, fino alla più estrema della povertà.

⁶⁶ A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Napoli, 2007, 89.

⁶⁷ F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, cit., 63. Si veda inoltre diffusamente A. FANTOZZI, *Riserva di legge e nuovo riparto della potestà normativa in materia tributaria*, in *Rivista di diritto tributario*, 1, 2005, il quale afferma con forza l'essenziale funzione solidaristica e redistributiva del tributo e del sistema tributario nel suo complesso.

elementi di analogia con lo Stato sociale. Il presupposto fondamentale è che i Trattati europei non definiscono il fondamento e la natura dell'imposizione tributaria⁶⁸, benché nei lavori preparatori del Comitato Spaak una delle risoluzioni finali riguardasse la materia delle finanze e nelle note dei componenti del Comitato si specificasse che «nella Comunità il contribuente non può essere lo Stato (...)». La tassazione diretta del cittadino è forse l'elemento decisivo per la riuscita di una Comunità supranazionale⁶⁹. La materia fiscale non è entrata nel diritto europeo, e tale scelta è stata confermata – e in parte anche innovata – per effetto dell'Atto unico europeo⁷⁰; non è mai stata sconfessata e rivista nel corso delle molteplici revisioni dei Trattati, fino a giungere a quella di Lisbona, che non offre alcuna nuova prospettiva⁷¹. Fin dal 1957 gli Stati fondatori hanno ritenuto di non cedere sovranità sul terreno della fiscalità, per le rilevanti ricadute politiche dell'uso di tale funzione, e ancora oggi conservano gelosamente l'attribuzione, sulla quale accettano però da anni forme di coordinamento e di armonizzazione. La decisione sul fisco assicura allo Stato un ruolo esclusivo ai fini del superamento delle sempre più diffuse disuguaglianze⁷² – a conferma del conflitto sociale come radice dei meccanismi di *welfare* – e ciò spiega perché i Paesi dell'Unione hanno sempre riservato per sé detto ruolo.

Ciò non toglie che vi sia un potere di bilancio⁷³ e anche una spesa pubblica a Bruxelles: essi non si fondano su una categoria quale il dovere tributario, bensì su una contribuzione effettuata dagli Stati, e sono governati da meccanismi totalmente differenti rispetto al sistema definito, nella Costituzione italiana, dagli artt. 3, 53 e 81. Tale potere di bilancio è al momento oggetto in Europa di ipotesi di ampliamento a favore di spese che, tuttavia, non sembrano essere quelle di natura sociale: del resto va messo in conto che in un futuro non lontano anche la struttura della raccolta fiscale dei Paesi europei possa trovare superamento.

In un passaggio storico come il presente, nel quale si invocano plurimi interventi di politica pubblica – per interessi quali l'inclusione sociale, la salute, l'industria, la preservazione del contesto ambientale, nonché la difesa⁷⁴ – centrale si pone allora l'interrogativo: chi è titolare del potere

⁶⁸ Cfr. G. BIZIOLI, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, 2008, 102; M. BASILAVECCHIA, *L'evoluzione della politica fiscale dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2009, 362 ss.

⁶⁹ Risoluzione VIII relativa alla *Competenza della Comunità in materia di finanze*.

⁷⁰ Sul punto si veda F. GRAZIANO, *Politica fiscale della CEE*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, XI, Torino, 1995, 109: è stata con questa revisione che il settore fiscale è stato indicato espressamente tra quelli su cui occorre intervenire per il completamento del mercato interno.

⁷¹ Si veda G. BIZIOLI, *Imposizione e Costituzione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, 3, 234. Cfr. anche F. MOSCHETTI, *I principi di giustizia fiscale della Costituzione italiana, per "l'ordinamento giuridico in cammino" dell'Unione europea*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2010, 431.

⁷² F. GALLO, *Il dovere tributario nella Costituzione e la riforma fiscale in fieri*, in *Astrid Rassegna*, 16, 2024, 1.

⁷³ Osserva M. T. SALVEMINI, *Introduzione*, in M. T. Salvemini, F. Bassanini (cur.), *Il finanziamento dell'Europa. Il bilancio dell'Unione e i beni pubblici europei*, Firenze, 2010, 7, che «il bilancio dell'Unione riflette una realtà storica originale, complessa, dinamica. In materia di politica di bilancio, la scelta è stata quella di affidarla essenzialmente agli Stati membri. Sono questi che hanno il potere e la responsabilità di muovere entrate e spese per contrastare l'instabilità ciclica; sono questi che scelgono, ognuno nella sua sovranità, e tenendo conto della propria situazione politica ed economica, il grado di redistribuzione dei redditi da realizzare con l'assetto e la manovra delle entrate e delle spese».

⁷⁴ Q. CAMERLENGO, *Le Forze Armate. Ai confini o dentro la democrazia?*, Bologna, 2025, 195 ss., affronta la questione di un sistema di difesa da sviluppare a livello europeo.

finanziario pubblico in un mercato europeo ormai integrato, nel quale gli interessi appena richiamati sono del tutto condivisi, ma le decisioni di spesa non sembrano essere allocate a livello sovranazionale, e sono spesso condizionate proprio dall'Europa⁷⁵, benché effettuate dagli Stati?

Sempre più urgente appare la raccolta di risorse finanziarie a livello sovranazionale, per garantire misure di sostegno a favore di diversificati interessi non più nazionali, bensì europei: eppure le possibili fonti di entrata risultano sempre più difficili da individuare, anche in ragione di un'esperienza di integrazione che, per i primi decenni, è stata contraddistinta da un potere finanziario pubblico interamente allocato presso gli Stati. L'unione economica e monetaria della fine del secolo passato ha posto le condizioni per l'avvio di una c.d. *governance economica*⁷⁶ che vede coinvolti il livello nazionale e quello eurounitario, chiamati ad adottare interventi con forti implicazioni reciproche ma – allo stesso tempo – separati quanto alla titolarità delle funzioni: nell'ultimo decennio si sono presentate fasi di incrocio e di sovrapposizione delle prerogative dell'uno e dell'altro ordinamento, cosicché diventa di particolare attualità riflettere sulla collocazione della capacità fiscale – è ancora solo nazionale? – e comprendere se l'espansione di un'autonoma esposizione dell'Unione sul piano del debito (e, in astratto, anche della fiscalità) possa preludere a sviluppi del cammino dell'Europa.

La sovranità fiscale, sulla quale si è finora riflettuto, risulta da un certo tempo oggetto di un dibattito, volto a riconoscere gradualmente capacità fiscale anche all'Unione, e dunque a integrare i meccanismi nazionali di prelievo con altri canali di entrata, coperti da garanzie offerte dall'Europa. Varie vicende degli ultimi anni possono offrire elementi a conferma: il riferimento è all'indebitamento delle istituzioni europee per il *Recovery Resilience Facility*, seguito dal dibattito sulla capacità fiscale di Bruxelles, che a sua volta ha tratto origine dalle decisioni della Germania sul freno al debito. L'insieme di tali passaggi attesta un'evoluzione impensabile, se si rimane ancorati alla lettera dei Trattati europei. Il loro verificarsi permette di abbandonare l'impostazione che per decenni si è ritenuta non superabile, ovvero quella della sovranità fiscale – intesa in senso ampio, come idoneità a raccogliere risorse – riservata agli Stati membri⁷⁷.

⁷⁵ I vincoli alla spesa introdotti dalle *fiscal rules* a partire dal Trattato intergovernativo del 2012 sono stati denunciati da vasta letteratura: i due riferimenti di F. SALMONI, *Riflessioni minime sul concetto di stato sociale e vincoli comunitari. selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, e S. BORELLI, *Parlando di welfare e barbarie, oggi*, in *Ragion pratica*, 1, 2014, possono essere rappresentativi dell'ampio filone, su cui si è espressa la dottrina costituzionalistica e lavorista che richiamano.

⁷⁶ Vari studi negli ultimi anni hanno affrontato la tematica, e tra questi si rinvia ai principali: O. CHessa, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016; A. GUZZAROTTI, C. BERGONZINI, S. BORELLI (cur.), *La legge dei numeri: governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, 2016; F. MEDICO, *La riforma delle regole fiscali europee: la nuova austerità (selettiva) e il (non) ritorno dello Stato?*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2025; A. MORRONE (cur.), *La Costituzione finanziaria*, Torino, 2015; O. PORCHIA (cur.), *Governance economica europea: strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e ricadute nell'ordinamento interno*, Napoli, 2015.

Il vasto ambito dell'economia e del suo governo, e del necessario raccordo con la decisione politica all'interno del modello della democrazia rappresentativa, è stato oggetto di approfondita analisi da parte di M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, cit.

⁷⁷ Circa le diverse potestà che si intrecciano e danno forma alla politica economica legata all'integrazione europea cfr. G. PETRILLO, *Il rafforzamento del legame fra fiscalità e democrazia per la creazione di una capacità fiscale europea*, in *Federalismi*, 6, 2022, 86 ss., che evidenzia che mentre l'unione monetaria si basa su un trasferimento di sovranità, l'unione econo-

Si può aggiungere che sviluppi ormai in atto attestano il declino dello «Stato fiscale» e il crescente ruolo dello «Stato debitore»: la via della leva impositiva appare sempre più problematica sul piano del consenso – come risulta evidente dalla rinuncia dello Stato, almeno in Italia, a contrastare il fenomeno evasivo – e pare lasciare crescenti spazi al ricorso al debito pubblico, incentivato da mercati finanziari ben disposti a fornire prestiti con rendimenti vantaggiosi. L'evoluzione in questo senso non è priva di incognite, perché l'«alternatività»⁷⁸ del debito rispetto alla raccolta fiscale ha precise conseguenze, posto che il prelievo tributario è regolato e produce effetti in maniera del tutto differente rispetto all'investimento indirizzato ai titoli dello Stato. Senza potere ora affrontare questa sorta di dualismo, che tanto incide anche sulle politiche pubbliche – se si considera che il debito è accompagnato da una consistente spesa per interessi, nota come «servizio del debito» – quanto ora qui rileva è che la disciplina del debito, in Costituzione, non è formulata nel segno del favore e di un'apertura ad un suo impiego in via ordinaria. Al contrario, la revisione costituzionale del 2012 ha introdotto tale categoria – prima assente e oggetto di utilizzo secondo le coordinate fissate dalla sent. Corte cost. n. 1/1966 – prevedendo le condizioni in presenza delle quali il debito «è consentito»: al di fuori di situazioni di eccezionalità e di andamento del ciclo economico non sarebbe opportuno rivolgersi ai mercati finanziari, per il costo che i prestiti ottenuti dai privati possono generare.

Ma ben più decisiva è, per le presenti riflessioni, l'opzione del debito nello scenario europeo. L'ordinario ricorso a questa entrata è al momento incompatibile con gli artt. 123 e 125 Tfu, che vietano esposizioni degli Stati coperte dalla garanzia dell'Unione, e alla Commissione è affidata una stretta vigilanza sulle decisioni di ricorso ai mercati finanziari dei Paesi. La deroga a questo quadro di regole è avvenuta in via straordinaria per il NGEU, ma nuove politiche comuni di spesa sembrano possibili a breve, e in tal caso inevitabile sarà per l'Unione dotarsi di un bilancio più strutturato e capiente, idoneo a sostenere erogazioni finanziarie a favore degli Stati, con il cruciale beneficio della garanzia assicurata dal livello sovranazionale⁷⁹.

Con il NGEU l'Unione si è fatta carico di una spesa con chiara funzione solidaristica: se tale indirizzo proseguisse, la nuova capacità fiscale dell'eurozona, separata dalle politiche di bilancio dei singoli Stati⁸⁰, potrebbe condurre a dotare l'Unione di un più solido budget, fino all'ipotetica prospettiva – quasi inverosimile – che essa arrivi ad istituire democraticamente tributi propri⁸¹.

A partire da questa visione, per ora poco realistica, si potrebbe immaginare che il modello delle politiche sociali finanziate dalla fiscalità nazionale possa essere sostituito da nuovi meccanismi,

mica si fonda principalmente sul coordinamento di politiche nazionali indipendenti e rimane poi la sovranità fiscale rivendicata dai singoli Paesi membri ogniqualvolta il diritto comunitario interferisca con la potestà tributaria nazionale.

⁷⁸ Si vedano le riflessioni svolte in C. BUZZACCHI, *Il risparmio a fondamento del sistema economico e sociale: la tutela della Costituzione e gli scenari di evoluzione*, in *Dialoghi Dir. Econ.*, 1, 2025, 293 ss.

⁷⁹ La tematica è affrontata da A. NATO, *Finanziare le politiche europee attraverso il debito comune UE: riflessioni sul dilemma dell'emergenza e sulla conciliabilità dell'istituto con i principi di bilancio e di stabilità finanziaria sovranazionali*, in *Unione europea e diritti*, 2, 2025.

⁸⁰ Si veda L. LIONELLO, G. ROSSOLILLO, *Cosa significa creare una capacità fiscale europea e perché è così importante per il processo di integrazione?*, in *Il Federalista*, 3, 2019.

⁸¹ Si tratta dell'orientamento espresso da F. GALLO, in particolare in *Il futuro non è un vicolo cieco*, Palermo, 2019.

che trovano nei mercati finanziari la loro linfa, sia a livello statale che europeo. Difficile esprimersi ora su quanto traiettorie di questa portata sarebbero auspicabili o meno: preme qui dare evidenza, ancora una volta, alla centralità del mercato, che anche per finanziare il debito assume ruolo decisivo e determinante⁸²; nonché al fatto che gli interessi dei soggetti privati – comuni cittadini o investitori istituzionali quali i fondi – possano intrecciarsi con quelli della collettività, se il sostegno finanziario a politiche per l'eguaglianza è assicurato dal mercato.

Del resto, è significativo quanto è stato osservato proprio in merito alla *Carta dei diritti fondamentali*. La scelta singolare di porre gran parte dei diritti sociali – meno il diritto all'istruzione, che è ricondotto alla «libertà» – all'interno del capo della «solidarietà», invece che in quello dell'«eguaglianza», fa sì che tali diritti siano incardinati «nell'ambito dell'interdipendenza sociale, dei rapporti tra privati, prescindendo dal ruolo dei pubblici poteri: il principio di solidarietà è riduttivo perché socio-centrico, fondato su una matrice individualista e diventa fondamento dello Stato democratico-sociale solo all'aumentare della responsabilità pubblica nei confronti dei soggetti al margine, a cui non può bastare la solidarietà a livello di comunità»⁸³. Le materie del lavoro – menzionato anche nel capo della «libertà» – della sicurezza sociale e della salute vedono sì il riconoscimento di diritti ai singoli, ma non l'indicazione di responsabilità delle istituzioni pubbliche, con il risultato che il loro soddisfacimento pare dipendere prevalentemente da «processi orizzontali di natura privatistica» e non da attribuzioni specifiche dei pubblici poteri «sia nella fase di determinazione dell'indirizzo politico che nella fase di attuazione»⁸⁴. La solidarietà *verticale* o *paterna*, che dà luogo alla dimensione della doverosità ed è tipica dell'impianto costituzionale repubblicano, lascia spazio nella *Carta* a quella *orizzontale* e *fraterna*: cosicché la cifra qualificante delle *policies* di equità sociale negli ordinamenti interni – che pure vedono con favore le relazioni solidali tra privati – continua a rimanere estranea all'ordinamento europeo.

b) La decisione democratica per la spesa sociale.

Il secondo argomento che attesta la distanza tra le politiche sociali nazionali e quelle europee riguarda la natura democratica delle decisioni su fisco e diritti sociali.

⁸² V. a tale proposito W. STREEK, *Tempo guadagnato*, cit., 98: «Il passaggio da uno Stato fiscale allo Stato debitore vede uno Stato far fronte a gran parte delle sue spese prendendo denaro in prestito piuttosto che attingendo alle risorse ricavate dalle tasse e creando di conseguenza una montagna di debiti per il cui finanziamento deve spendere con una quota crescente delle sue entrate. (...) Il rapporto propriamente politico tra debito pubblico e distribuzione della ricchezza diventa evidente solo quando il finanziamento del debito degli Stati viene interpretato come conseguenza di un'imposizione fiscale troppo bassa nei confronti degli strati più ricchi della società. (...) Quanto meno il sistema fiscale attinge in nome della collettività alla proprietà privata di coloro che possiedono redditi alti, tanto più iniqua risulterà la distribuzione della ricchezza».

⁸³ A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (cur.), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, 2003, 180 ss. Al lavoro di L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, l'A. riconduce la lettura della solidarietà come interdipendenza sociale.

⁸⁴ *Ivi*, 184.

Senza addentrarsi nello sterminato dibattito circa l'insoddisfacente tasso di democraticità dell'Unione, e senza la pretesa di aggiungere elementi al confronto già esistente, preme qui evidenziare come il ruolo ancora debole del Parlamento europeo renda al momento impraticabile una sua decisione sui diritti a prestazione e sulle tutele a situazioni di bisogno o di debolezza. Se ampiamente apprezzabile è stata l'opera di interpretazione offerta dalla Corte di giustizia⁸⁵, e le sue decisioni hanno in molti casi determinato avanzamenti in ambiti nei quali andavano superate le resistenze dei singoli Paesi, l'attivismo della sede giurisdizionale non basta per consolidare la vocazione sociale dell'Unione⁸⁶.

Come è stato osservato, sul piano storico lo Stato sociale è stato la risposta «a una domanda venuta dal basso, a una domanda, nel pieno senso della parola, democratica»: esso è risultato una forma di organizzazione «in grado di coniugarsi con la democrazia politica»⁸⁷, e proprio la fragilità della partecipazione politica nell'Unione è la causa del grado di inconsistente democrazia sociale che la caratterizza.

Vista la centralità della dimensione finanziaria a sostegno dell'intervento sociale, occorre chiedersi come si adottano le decisioni che la riguardano. A livello statale come a quello sovranazionale le determinazioni di entrata e spesa dovrebbero essere assunte nel rispetto – ormai purtroppo più formale che sostanziale – dei meccanismi democratici. Nell'ordinamento interno gli artt. 23 e 81 Cost. chiamano in causa gli organi rappresentativi per le prestazioni patrimoniali e per le decisioni di spesa. Soprattutto le seconde, se riguardano diritti sociali, «impongono alle rappresentanze parlamentari di operare un'allocazione responsabile delle risorse pubbliche e, al contempo, di individuare politiche di fiscalità eque (rispettose del principio costituzionale della progressività delle imposte e della capacità contributiva dei soggetti fiscalmente incisi)»⁸⁸. Di conseguenza l'approvazione del bilancio coinvolge l'organo rappresentativo con riferimento alle spese per i diritti, che possono altresì derivare da singole leggi, anche regionali, alla cui adozione occorre che sempre partecipino i rappresentati del popolo.

Nell'ordinamento eurounitario questo non avviene, perché non vi è spesa direttamente dedicata a prestazioni riconducibili all'eguaglianza sostanziale: l'organo rappresentativo, inserito in un quadro ancora incompiuto di democrazia, condivide con il Consiglio la decisione sul bilancio, che non si traduce in misure per l'inclusione e i bisogni. Finché tale sarà l'assetto del potere di bilancio e delle prerogative dell'Europa, mancherà l'insostituibile contributo a cui il processo democra-

⁸⁵ Il ruolo svolto dalla Corte di giustizia è stato decisivo per l'intero processo di costituzionalizzazione: si rinvia a R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004. Si veda in particolare il cap. 2, che illustra come di tale processo la Corte di Lussemburgo sia stata l'artefice.

⁸⁶ P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali*, cit., ha osservato che «non risponde a criteri rigorosamente democratici che, alle decisioni di fondo si applichi soltanto o decisamente la sfera giurisprudenziale, spettando piuttosto all'apparato di governo comunitario di esprimere le corrispondenti scelte».

F. GALLO, *Il dovere tributario nella Costituzione*, cit., 7, svolge analogo ragionamento riferito alla giurisprudenza costituzionale nostrana, ma esso è estendibile al rapporto tra giudice e organi di indirizzo politico anche a livello europeo.

⁸⁷ M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, cit., 32.

⁸⁸ In questi termini cfr. S. GAMBINO, *Effettività dei diritti (sociali ma non solo) e governance europea*, in *Diritti comparati*, 2016.

tico sarebbe tenuto⁸⁹. Le emergenze che sono sorte negli ultimi anni parrebbero suggerire o costringere gli Stati a valutare un cambio di passo⁹⁰, ma è difficile immaginare a breve revisioni dei Trattati che modifichino competenze dell'Unione, ruolo del Parlamento e funzione del bilancio europeo.

Al fondo l'ostacolo da affrontare è quello della costruzione del *demos* europeo, al di là del dibattito se esso esista o meno⁹¹. Il tema non può, ora, essere neanche minimamente affrontato, ma può essere utile almeno un accenno alle difficoltà per i cittadini europei di avvertire il senso di «appartenenza alla comunità», che è uno degli elementi costitutivi di ogni cittadinanza⁹²: se questo *status* può essere inteso, in senso stretto, come esercizio completo dei diritti politici, e in senso ampio «come iniziativa culturale, presenza effettiva nello spazio pubblico e la *capacità di essere in esso ascoltati*»⁹³, si rimane in attesa della progressiva apparizione di un *demos* in grado di utilizzare i propri mezzi di espressione pensandosi come un continente⁹⁴. Solo l'«ascolto» del *demos* e la volontà di rendere effettivo il suo apporto sono condizioni di costruzione di un'organizzazione politica che dimostri di poter rispondere alla domanda di partecipazione alla sfera pubblica europea.

6. La materia sociale in Europa oggi.

Se è vero che «nell'ambito europeo non esiste Stato sociale» perché «questa è un'espressione il cui impiego è limitato al piano nazionale degli ordinamenti interni e alla sua astratta generalizzazione attraverso le loro tradizioni culturali, politiche e ideologiche nel cosiddetto *acquis* comunitario», le tracce dell'impegno dell'Unione per la rimozione delle disuguaglianze si possono seguire e riconoscere sia nell'intervento «complementare» rispetto al mercato, e diretto all'«armonizzazione legislativa delle condizioni sociali e del lavoro, quale strumento per garantire un equilibrio nell'accesso al mercato e ridurre, gradualmente, le differenze tra i diversi paesi dell'Unione che non risultino funzionali al consolidamento delle libertà economiche fondamentali»⁹⁵; che in politiche che recano il tratto peculiare del sistema europeo, quello di innalzare il livello di benessere dei cittadini senza il riconoscimento di diritti.

⁸⁹ Si vedano gli spunti di A. CIANCIO, *C'è ancora bisogno di una Costituzione europea?*, in DPCE online, 1, 2021, par. 2.

⁹⁰ A ciò rivolge l'analisi A. CIANCIO, *The Construction of the European Constitutional Identity: Lights and Shadows of an Ongoing Process*, in AA.VV., *Judicial Review, Fundamental Rights and Rule of Law. The Construction of the European Constitutional Identity*, Torino, 2024.

⁹¹ Interrogativo sollevato fin dall'epoca in cui ci si è interrogati sull'opportunità di transitare ad una dimensione propriamente «costituzionale», v. D. GRIMM, *Una Costituzione per l'Europa?*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (cur.), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996.

V. anche F. SORRENTINO, *La nascita della costituzione europea: un'istantanea*, in *Rivista AIC*, 2003.

⁹² C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, in AA.VV., cit., 234.

⁹³ E. BALIBAR, *Le frontiere della democrazia*, Roma, 1993, 52.

⁹⁴ E. BALIBAR, *Le frontiere, lo stato il popolo*, Roma, 2004, 21.

⁹⁵ A. BAYLOS GRAU, *Modello sociale e governance economica. Uno sguardo dal sud dell'Europa*, in *Lav. Dir.*, 4, 2013, 586.

a) il lavoro.

Cominciando allora dal cuore della materia sociale, il lavoro, l'osservazione è che il «diritto del lavoro europeo»⁹⁶, già prima dell'ultima revisione dei Trattati, era stato riconosciuto, tanto nella dimensione sovranazionale quanto in quella nazionale, sempre più condizionato dagli sviluppi dell'integrazione comunitaria: la politica sociale già costituiva parte di questo processo⁹⁷. Dal 1989 si era del resto compiuto un passaggio di armonizzazione di grande civiltà giuridica – la direttiva 89/391/CEE *concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro* – che, grazie alle successive direttive intervenute fino ai giorni presenti, ha avviato un virtuoso cammino di costruzione *multilevel* della sicurezza dei lavoratori⁹⁸.

Il momento decisivo è rappresentato dal recente accoglimento del *Pilastro europeo dei diritti sociali*⁹⁹ nel 2017, adottato in una fase caratterizzata – per ampio riconoscimento – dallo specifico fenomeno della *in-work poverty*, nei confronti del quale il *Pilastro* ha predisposto i Capi II e III, rispettivamente dedicati alle condizioni di lavoro eque e alla sicurezza sociale¹⁰⁰. Occorre evidenziare che nei tre decenni tra la direttiva del 1989 e l'approdo al *Pilastro* si è assistito alla teorizzazione – a livello europeo – di politiche del mercato del lavoro poco protettive e ispirate alla *flexsecurity*, con effetti di crescente adesione alla «mercificazione» del lavoro: ad esse gli Stati hanno ampiamente aderito¹⁰¹. Il *Pilastro* – al cui apparire le potenzialità non sono apparse sorprendenti¹⁰² – sembra rappresentare una svolta e dimostrare forse un certo «ravvedimento» dell'Europa, e di fatto non si può negare che esso stia lasciando il segno.

Dal 2019 la Commissione si è contraddistinta per un accentuato attivismo di proposte legislative, ricorrendo alla fonte cogente della direttiva, che nella materia sociale da tempo non trovava impiego. Tra l'altro ciò è avvenuto con un'operazione di non sempre limpida individuazione delle basi giuridiche da porre a fondamento delle normative: ciò a dimostrazione che, in assenza di adeguate competenze riferibili a fini sociali, diventa problematico – e discutibile – procedere all'individuazione di un titolo valido nei Trattati, a partire dal quale possa essere sviluppato un

⁹⁶ Da intendersi come quel «*corpus* di norme e di principi che può essere ricostruito sulla base delle sue fondamentali direttive interne, desumibili, per via d'interpretazione dei testi comunitari, da alcuni nuclei normativi caratterizzanti e da alcune enunciazioni programmatiche o di principio», cfr. M. GRANDI, *Diritto del lavoro e Comunità europea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 1995, 133.

⁹⁷ M. GRANDI, *Il diritto del lavoro europeo. Le sfide del XXI secolo*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 1031. L'A. ha inoltre evidenziato, 1026 ss., le grandi novità rappresentate dal principio di sussidiarietà in materia di lavoro, indicando soprattutto in quella di carattere «orizzontale» – e dunque con grande apertura agli accordi tra le parti sociali – una novità promettente.

⁹⁸ Si rinvia a L. ANGELINI, *La "multilevel governance" dei sistemi di prevenzione della salute e sicurezza dei lavoratori*, in *Riv. giur. lav. prev.*, 2, 2021.

⁹⁹ Si tratta di un testo di per sé non vincolante, che organizza in venti punti vari principi e diritti sociali fondamentali già presenti nell'*acquis* dell'Unione europea: l'intento è di bilanciare l'Unione monetaria e la governance economica con una maggiore attenzione per la dimensione sociale.

¹⁰⁰ T. VETTOR, *Povertà lavorativa: l'approccio del decent work nel diritto euro-unitario*, in *Jus*, 3, 2023, 386, per approfondimenti.

¹⁰¹ Sia consentito il richiamo di C. BUZZACCHI, *Il lavoro. Da diritto a bene*, Milano, 2019.

¹⁰² V., tra altri, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Questione giustizia*, 4, 2019.

intervento regolativo¹⁰³, tenendo conto che, a fronte di basi giuridiche variabili, può mutare anche il quorum deliberativo. Le direttive e un regolamento adottati si possono richiamare, per cogliere l'entità dell'impegno messo in campo dal 2019: le direttive 2019/130 e 2019/983 *sulla protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da un'esposizione ad agenti cancerogeni o mutageni durante il lavoro*; il regolamento 2019/1149 *per l'istituzione di un'Autorità europea del lavoro*; la direttiva 2019/1152 *su condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili*; la direttiva 2019/1158 *sull'equilibrio tra vita e lavoro*; la direttiva 2022/2041 *sui salari minimi adeguati*, frutto di intensissime negoziazioni tra istituzioni e parti sociali, protrattesi per anni. Da ultimo la direttiva 2024/2831 *relativa al miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro mediante piattaforme digitali*, si rivolge a un fenomeno in crescita e cruciale, pur con il limite di non estendersi verso un'ampia platea di destinatari¹⁰⁴: senza poter entrare nei dettagli delle singole discipline, si può evidenziare come proprio il terzo *considerando* della direttiva sulle piattaforme dia rilevanza al diritto di accesso a eque condizioni di lavoro, indipendentemente dal tipo di rapporto, nonché al diritto di informazione e a quello di protezione della salute e dei dati personali sul posto di lavoro, tutti proclamati nel Capo II del Pilastro¹⁰⁵.

Del resto, il recente rapporto di Enrico Letta nel capitolo intitolato significativamente *A single market for all* ha riconosciuto che i successi del mercato unico sono andati a vantaggio solo di alcuni, persone e imprese, in grado di approfittarne e non hanno raggiunto tutti i cittadini come erano le promesse europee di una «*shared prosperity*»¹⁰⁶.

Alcune considerazioni possono essere svolte in merito alla direttiva n. 2022/2041, che ha avuto una portata rilevante, volendo incidere in un ambito che in tutti gli Stati membri è affidato alla contrattazione collettiva: a questo strumento la direttiva ha affiancato quello dell'intervento legislativo, che può rappresentare una soluzione cruciale per un'adeguata tutela delle retribuzioni. La disciplina in esame è stata adottata dopo che in Italia da oltre un lustro ci si interrogava sulla via più adeguata a introdurre il c.d. «salario minimo» – già riconosciuto in altri ordinamenti dell'Unione – e ha sollevato dubbi tra gli studiosi e interpretazioni dei giudici, volte a stabilire se alla luce del perimetro del meccanismo dell'art. 39 Cost. sia ammissibile che il legislatore fissi una soglia al di sotto della quale la retribuzione – che secondo la Costituzione italiana deve essere proporzionata ed equa – non possa scendere.

¹⁰³ A titolo di esempio, proprio per la direttiva 2022/2041 *sui salari minimi adeguati* è stata molto contestata la base giuridica scelta, ovvero l'art. 153 Tfeue: v. M. MANFREDI, *La direttiva sui salari minimi e i limiti delle competenze dell'Unione europea in materia di retribuzioni*, Quaderni AISDUE, 3, 2023.

¹⁰⁴ T. TREU, *Europa democrazia sociale*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 161/2025, 151, ha osservato che l'ambito di applicazione della direttiva cd. *Platform Workers* (2024/2831) è limitato ad alcune figure di lavoratori, mancando di estendere le proprie regole nei confronti di a tutti i rapporti di lavoro gestiti da parte di piattaforme digitali: «si tratta di un limite sempre più ingiustificabile a fronte della crescente adozione di simili piattaforme digitali da parte delle imprese per la gestione dei propri rapporti di lavoro».

¹⁰⁵ F. BORDONI, *La direttiva sul lavoro tramite piattaforma e la subordinazione secondo l'Unione europea*, in *Dir. comp.*, 2024, 1 ss.

¹⁰⁶ *Much more than a market. Speed, security, solidarity. Empowering the single market to deliver a sustainable future and prosperity for all EU Citizens*, 2024, 90 ss. Si è inoltre segnalato che troppi cittadini si sono sentiti non pienamente coinvolti nei processi decisionali europei, 123.

La direttiva ha richiamato varie disposizioni del diritto europeo, che concorrono a delineare un quadro normativo nel quale si colloca coerentemente l'obiettivo di assicurare nel mercato comune dei livelli salariali che devono garantire ai lavoratori uno standard e una qualità dell'esistenza degna dei principi a fondamento del modello giuridico del continente. I riferimenti sono l'art. 151 Tfu, l'art. 31 della *Carta dei diritti fondamentali*, la *Carta Sociale Europea*, il già richiamato capo II del *Pilastro*, fino all'orientamento 5 dell'allegato della decisione (UE) 2020/1512 del Consiglio, che invita gli Stati membri che dispongono di meccanismi nazionali per la determinazione dei salari minimi legali a garantire un efficace coinvolgimento delle parti sociali nella determinazione dei salari.

Gli elementi di interesse della direttiva, che emergono dai *considerando*, sono molteplici¹⁰⁷.

Anzitutto vi è la constatazione che non tutti i lavoratori nell'Unione sono tutelati efficacemente dai salari minimi: si denuncia la circostanza che in alcuni Stati membri alcuni lavoratori, anche se coperti da un rapporto di lavoro, ricevono nella pratica una retribuzione inferiore al salario minimo legale a causa dell'inosservanza delle regole vigenti. Il dato riportato è che negli Stati membri, in cui la tutela del salario minimo è prevista solo da contratti collettivi, la percentuale di lavoratori non coperti possa variare tra il 2% e il 55% del totale dei lavoratori.

Si osserva poi che, sebbene una solida contrattazione collettiva contribuisca ad assicurare una tutela garantita del salario minimo adeguato, negli ultimi decenni le strutture tradizionali di contrattazione collettiva si sono indebolite, a causa, tra l'altro, di spostamenti strutturali dell'economia verso settori meno sindacalizzati e a causa del calo delle adesioni ai sindacati, in particolare come conseguenza di attività antisindacali e dell'aumento delle forme di lavoro precarie e atipiche. Inoltre, vi è evidenza che la contrattazione collettiva a livello settoriale e intersettoriale abbia subito pressioni in alcuni Stati membri all'indomani della crisi finanziaria del 2008.

Ma è di peculiare interesse che emerga che gli Stati membri con una lieve percentuale di lavoratori a basso salario mostrano un tasso di copertura della contrattazione collettiva superiore all'80%. Tale relazione conduce a esprimere l'auspicio che ciascuno Stato membro con un tasso di copertura della contrattazione collettiva inferiore all'80% adotti misure volte a rafforzare tale contrattazione collettiva. Conviene tener conto di tale indicazione, in considerazione del fatto che nell'ordinamento italiano proprio a questo argomento si è richiamato il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, in occasione del parere prodotto in tema di salario minimo nel 2023, per giustificare il suo ragionamento contro la determinazione legale dello stesso.

La direttiva indica poi la procedura per la determinazione di salari minimi legali adeguati: si raccomanda di assumere a livello nazionale criteri che comprendano almeno gli elementi del potere d'acquisto dei salari minimi legali, tenuto conto del costo della vita; del livello generale dei salari e la loro distribuzione; del tasso di crescita dei salari; e infine dei livelli e dell'andamento a lungo termine della produttività.

¹⁰⁷ Si vedano, tra i tanti commenti, G. CALVELLINI, A. LOFFREDO, *Salari e copertura della contrattazione collettiva: dietro le apparenze molti dubbi*, in *Riv. giur. lav.*, 4, 2023; A. SARTORI, *La direttiva europea sui salari minimi adeguati nell'UE. Le novità giuslavoristiche dei decreti «aiuti» e la (mini)-riforma «Cartabia» del processo del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2023.

Pare di potere osservare che, complessivamente, l'Unione abbia preso atto delle disfunzioni del mercato del lavoro, nonché del generalizzato fenomeno di povertà lavorativa¹⁰⁸; e abbia chiesto di intervenire per innalzare i minimi salariali. Indubbiamente la direttiva ha additato, come percorso privilegiato per pervenire all'ottimale determinazione delle retribuzioni, quella della contrattazione tra le parti, salvaguardando in prima battuta la funzione delle associazioni sindacali.

Quella opzione continua a prospettarsi come la via maestra, idonea a realizzare il più corretto equilibrio tra gli attori coinvolti – datori e lavoratori – chiamati a contribuire, in tutti gli ordinamenti europei, alla conclusione di contratti collettivi ben costruiti e nei quali anche la retribuzione sia quantificata con appropriatezza. Ma al tempo stesso la direttiva ha dischiuso spazi di intervento al legislatore, ammettendo che laddove la contrattazione non dia i risultati auspicati, sia l'istituzione parlamentare a provvedere per la necessaria fissazione di un salario che non mortifichi le prestazioni lavorative e la dignità delle persone¹⁰⁹.

L'intento della Commissione di «occuparsi» del lavoro pare – per riassumere – sempre più credibile e serio: per quanto una normazione del lavoro ben tarata possa essere vista come fattore di sostegno alla produzione e alla creazione di valore economico, cionondimeno la strada percor-

¹⁰⁸ In tal senso cfr. A. LASSANDARI, *Oltre la "grande dicotomia"? La povertà tra subordinazione e autonomia*, in *Lav. dir.*, 1, 2019.

¹⁰⁹ Nella direttiva c'è un passaggio che porta a non vedere contrattazione tra privati e intervento del legislatore come scelte tra loro alternative: al contrario, si argomenta che un intervento del legislatore dei singoli Stati membri, che definisca normativamente il salario che va corrisposto al lavoratore per assicurargli un'esistenza dignitosa, potrebbe andare a rafforzare la contrattazione collettiva. Il *considerando* 12 dichiara infatti che «il buon funzionamento della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari è uno strumento importante attraverso il quale garantire che i lavoratori siano tutelati da salari minimi adeguati che garantiscano quindi un tenore di vita dignitoso. Negli Stati membri in cui sono previsti salari minimi legali, la contrattazione collettiva sostiene l'andamento generale dei salari e contribuisce quindi a migliorare l'adeguatezza dei salari minimi, così come le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori». Effettuata tale difesa della contrattazione a opera delle parti sociali, il successivo *considerando* 16 prospetta anche la soluzione della determinazione per via legislativa, a fronte di dati reali che attestano l'inaccettabile presenza di «lavoro povero». Si argomenta che «sebbene una solida contrattazione collettiva, in particolare a livello settoriale o intersettoriale, contribuisca ad assicurare una tutela garantita dal salario minimo adeguata, negli ultimi decenni le strutture tradizionali di contrattazione collettiva si sono indebolite, a causa, tra l'altro, di spostamenti strutturali dell'economia verso settori meno sindacalizzati e a causa del calo delle adesioni ai sindacati, in particolare come conseguenza di attività antisindacali e dell'aumento delle forme di lavoro precarie e atipiche. Inoltre, la contrattazione collettiva a livello settoriale e intersettoriale ha subito pressioni in alcuni Stati membri all'indomani della crisi finanziaria del 2008. Tuttavia, la contrattazione collettiva a livello settoriale e intersettoriale è un fattore essenziale per conseguire una tutela garantita dai salari minimi e deve pertanto essere promossa e rafforzata». Per finire il *considerando* 31 raccomanda la garanzia del salario minimo quando è in gioco l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti pubblici e di contratti di concessione, e a tal fine contempla indifferentemente «l'attuazione efficace della tutela garantita dal salario minimo, introdotta da disposizioni giuridiche o fornita da contratti collettivi». Passando alle norme, l'art. 1, par. 4, chiarisce che «l'applicazione della presente direttiva è pienamente conforme al diritto di contrattazione collettiva. Nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo tale da imporre a qualsiasi Stato membro: a) l'obbligo di introdurre un salario minimo legale, laddove la formazione dei salari sia garantita esclusivamente mediante contratti collettivi, o b) l'obbligo di dichiarare un contratto collettivo universalmente applicabile». L'orizzonte della contrattazione tra le parti sociali non subisce dunque superamento né ridimensionamento: la priorità di un quadro di salari compatibili con la dignità della persona spinge però il legislatore europeo a non escludere quello nazionale dalla sfera di determinazione dei salari adeguati a tal fine. Sia consentito rinviare a C. BUZZACCHI, *Riflessioni intorno al "salario costituzionale"*, in F. Medico, A. Morrone (a cura di), *Salario minimo legale e Costituzione*, Bologna, 2024.

sa dalla Commissione, e sostenuta da un intenso dialogo con le parti sociali – ampiamente consultate e «tenute in gioco» – e con gli attori che possono contribuire validamente, appare di nuova qualità, e più credibilmente proiettata alla tutela di interessi che non siano quelli della sfera economica.

b) gli aiuti di Stato per finalità di carattere sociale.

La disciplina che vieta sussidi pubblici agli operatori economici che possano avere effetti distorsivi della concorrenza appare in prima battuta completamente estranea dall'ambito dei divari sociali. Eppure essa è stata oggetto, nel tempo, di un utilizzo da parte della Commissione, che ha permesso di conciliare la competizione e gli interessi della dimensione sociale¹¹⁰.

Quattro distinti periodi¹¹¹ hanno contrassegnato l'arco di applicazione della disciplina degli aiuti: vi è stato un primo periodo, fino agli anni Settanta, nel quale il controllo è stato del tutto sporadico e poco severo; la fase successiva, che arriva fino a metà dell'ultimo decennio del Novecento, è stata quella in cui il controllo è diventato rigoroso e anche poco disponibile ad avallare le politiche di finanziamento assai generose da parte degli Stati; nello svolgimento di un terzo passaggio, che giunge fino al 2008, il valore della preservazione della competizione è stato più frequentemente bilanciato con finalità di carattere sociale, che hanno giustificato ricorrenti dichiarazioni di compatibilità delle erogazioni e delle agevolazioni; e per finire è intervenuta la crisi economica e finanziaria, che ha condizionato il controllo sugli aiuti di Stato. Il susseguirsi di contesti mutevoli ha condotto la Commissione ad allentare una condotta che, fino al 2008, era stata ben più restrittiva, e addirittura a modificare le argomentazioni e il fondamento giuridico sui quali basare l'approccio di vigilanza.

La linea adottata dalla Commissione a partire dalle comunicazioni del 13 ottobre 2008, *L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale*, e del 5 dicembre 2008, *La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza*, si è caratterizzata per una sorta di sbilanciamento a favore delle istituzioni finanziarie, che hanno assunto un carattere di specialità rispetto a qualsiasi altra attività imprenditoriale e produttiva, attirando un insieme diversificato di sostegni statali che la Commissione ha ampiamente convalidato.

In realtà le origini di questa virata erano da arretrare di qualche anno, e precisamente a partire dal 2004, quando prima la Comunicazione *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e*

¹¹⁰ Sia consentito rinviare a C. BUZZACCHI, *Gli aiuti di Stato tra politica della concorrenza e politica sociale*, in *Dir. econ.*, 3-4, 2004 e *Aiuti di Stato in forma di incentivi ed esenzioni fiscali: il nuovo paradigma della politica ambientale europea*, in *Dir. econ.*, 2, 2008.

¹¹¹ Cfr. G.L. TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli aiuti di Stato*, in C. Schepisi (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina degli aiuti di Stato*, Torino, 2011. Di nuovo sia consentito rinviare a C. BUZZACCHI, *Aiuti di Stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Concorrenza e mercato*, 2013.

la ristrutturazione di imprese in difficoltà, e poi lo *State Aid Action Plan del 2005* avevano già provveduto a ridefinire il quadro¹¹². In particolare, il secondo provvedimento, il documento di consultazione *Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009* doveva rappresentare il punto di partenza per l'elaborazione di norme finalizzate a che gli aiuti di Stato potessero dare un migliore contributo alla crescita, alla competitività, alla coesione sociale e regionale e alla tutela dell'ambiente. Il ritmo della riforma è tuttavia mutato radicalmente a partire dal 2008, con una serie di comunicazioni che hanno posto al centro degli obiettivi di salvataggio il sistema creditizio. Ma al tempo stesso nel medesimo passaggio temporale la Commissione ha ritenuto di premiare scopi sociali che hanno spaziato dalla tutela dell'ambiente – come avvenuto con le *Guidelines on State Aids for Environmental Protection* del 2008, e poi ancora con il regime dell'esenzione per categoria dal 2020 fino al presente 2026 – nonché al sostegno all'occupazione e alla formazione.

Si è arrivati poi alla svolta dell'emergenza sanitaria, quando è stato varato il *Temporary Framework Covid-19*, volto a consentire finanziamenti alle aziende del settore della salute, o a mettere le imprese in condizioni di sottrarsi alla chiusura dell'attività senza sacrificare i lavoratori. Esso ha poi perso i connotati della temporaneità perché è stato più volte rinnovato dopo il 2020, e insieme al regolamento generale di esenzione per categoria 651/2014, noto come *General Block Exemption Regulation*, sta trasformando l'impiego di questa politica, che storicamente è stata pensata per arginare l'attitudine degli Stati a usare con facilità sussidi per esigenze di politica economica e sociale.

Nel tempo le maglie del controllo della Commissione sono state allentate¹¹³, ammettendo esenzioni fiscali o sottraendo all'obbligo di notifica interventi finanziari entro una certa soglia, cosicché all'ipotesi di compatibilità degli aiuti espressamente prevista dall'art. 107.2 Tfeue – gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori – si sono aggiunti molteplici regimi di compatibilità, fondati sul successivo par. 3, e disciplinati da comunicazioni e anche regolamenti, con approdi di ampio ridimensionamento della primazia del principio del mercato. Raramente si riconosce alla traiettoria di questa disciplina, che pare tutta votata a presidiare la concorrenza, i meriti che essa ha invece mostrato: finalità di natura squisitamente sociale hanno trovato presupposti di realizzazione grazie alle tante deroghe agli aiuti, che oggi appaiono sempre meno suscettibili di essere regolati per la sola preservazione della dinamica competitiva.

c) la coesione e il contrasto alle disuguaglianze attraverso la sussidiarietà.

¹¹² M. MEROLA, N. PESARESI, *La crisi delle imprese e il diritto dell'Unione europea in materia di aiuti: cenni storici tendenze e prospettive*, in F. Bonelli (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011, 367 ss., inquadrano questo cambiamento nel contesto mutato a seguito dei Consigli europei di Stoccolma (2001) e di Barcellona (2002), nei quali gli Stati hanno deciso di contrarre e di reindirizzare le risorse finanziarie, dirigendole principalmente verso obiettivi orizzontali e di coesione sociale.

¹¹³ Nel volume curato da G. LUCHENA, B. RAGANELLI, *Concorrenza e aiuti di Stato in Europa*, Torino, 2022, vi è un'ampia disamina delle evoluzioni della politica europea relativa ai finanziamenti.

L'Unione si è posta la questione dei divari economici e sociali fin dal 1986, introducendo una politica di investimenti pubblici intitolata alla coesione, che con il Trattato di Lisbona è stata declinata anche con valenza «territoriale» oltre che economica e sociale. La sua funzione si è dimostrata così essenziale da assurgere a «vero e proprio principio costituzionale, dal valore prescrittivo e non meramente programmatico», quasi «come un principio-limite al mercato ed alla regola della concorrenza (...) ogni qualvolta la sua assenza sia fonte di ingiustizie sociali», che finirebbero per essere un danno anche per lo stesso meccanismo di funzionamento del mercato¹¹⁴. Senza poter ora approfondire quanto la politica regionale abbia operato per la riduzione delle disparità tra territori, meritano di essere evidenziate la sua venatura solidaristica e la sua operatività a partire dal criterio della sussidiarietà: insieme i due caratteri connotano tale intervento in maniera originale.

Quanto al primo profilo, la redistribuzione operata attraverso il principio di coesione trasferisce risorse a regioni e territori, dando luogo ad una solidarietà di natura nuova, non riducibile a una riallocazione di reddito. Essa infatti – e qui diventa determinante il meccanismo della sussidiarietà – assegna le risorse ai territori a fronte di progettualità di sviluppo che devono coinvolgere le istituzioni del territorio e gli attori locali, e ciò può condurre a risultati originali sul piano del riequilibrio tra le posizioni: non si opera, infatti, una mera compensazione di risorse tra regioni, ma si creano le condizioni per un modello di crescita, al cui disegno concorre una pluralità di attori, chiamati a progettare traiettorie di progresso economico e sociale tagliato su misura per singoli territori e comunità. Il modello è dunque quello di un sistema di coinvolgimento multi-livello, che utilizza risorse di provenienza comunitaria per obiettivi di giustizia sociale «tagliati su misura» rispetto ai contesti locali, e realizzati da soggetti istituzionali e sociali ivi presenti. La politica in esame mira a stimolare le «regioni» nell'elaborazione di piani di crescita «locali», in una prospettiva virtuosa di sussidiarietà sia istituzionale che sociale, idonea a ridurre disparità nel promuovere l'avanzamento di realtà circoscritte¹¹⁵.

Vi è da segnalare che proprio la spesa comune del periodo post-pandemia, rappresentata dal NGEU, ha determinato una prima reinterpretazione di tale politica: tale finanziamento, benché di natura temporanea, ha determinato l'ingresso di una logica inedita, quella della *governance through funding*, ovvero la predisposizione di uno strumento di *governance* economica in grado di influenzare in modo significativo le politiche di sviluppo degli Stati membri attraverso fondi, analoghi a quelli della politica di coesione. La tendenza pare essere quella di un superamento della dimensione originariamente regionale, perché nella versione proposta dal NGEU «la coesione non significa più solo convergenza tra territori dell'Unione e supporto alle regioni più deboli economicamente»: essa pare ormai destinata ad agire tra Stati membri – non tra regioni – affidando a questi la redistribuzione di risorse comuni «nel perseguimento di una più generale convergenza eco-

¹¹⁴ A. LUCARELLI, *Diritti sociali*, cit., 188 ss. L'A. aggiunge che la coesione andrebbe interpretata quale «prerequisito alle politiche pubbliche e non come strumento o mero obiettivo da raggiungere per mezzo delle politiche stesse».

¹¹⁵ Sia consentito rinviare a C. BUZZACCHI, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale*, Milano, 2005, 235 ss. Cfr. anche ID., *Le politiche comunitarie e il principio della coesione economica e sociale*, in U. De Siervo (cur.), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001.

nomica»¹¹⁶. Ciò, tra l'altro, ha condotto al sistema delle condizionalità¹¹⁷, applicato già alla programmazione 2014-2020 e poi in seguito rafforzato per le risorse allocate in via straordinaria dopo l'emergenza sanitaria: alla nutrita schiera di condizioni già vigenti si è aggiunta quella dello Stato di diritto, che si applica trasversalmente al quadro finanziario pluriennale e quindi a tutte le spese dell'Unione, riflettendosi chiaramente – e non sempre vantaggiosamente – nei confronti delle politiche sociali¹¹⁸. Il regolamento 2020/2092 *relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione* ha innalzato l'interesse finanziario a bene da tutelare¹¹⁹, allorché esso sia minacciato da violazioni dei principi dello Stato di diritto. Da ultimo la proposta di bilancio presentata dalla Commissione il 16 luglio 2025 per il periodo 2028-2034 promette di distorcere in maniera rilevante il congegno della coesione come finora ha operato. I due fondi per la coesione e l'agricoltura sarebbero destinati ad un accorpamento sotto l'unica voce di spesa intitolata *European Economic, Territorial, Social, Rural and Maritime Sustainable Prosperity and Security Fund*: l'ulteriore novità sarebbe il superamento del ruolo delle Regioni, posto che la gestione dei fondi passerebbe direttamente ai governi nazionali, seguendo il modello usato per il NGEU. Difficile vedere prospettive di continuità tra la coesione, come concepita alle origini con funzioni di riequilibrio delle distorsioni del mercato, e quella prospettata, che verosimilmente diventerebbe leva nelle mani degli Stati anche per obiettivi diversi dal contrasto ai divari territoriali. La coesione è stata motore anche di una cultura amministrativa virtuosa, perché vocata alla progettualità in partnership per creare sviluppo e promuovere obiettivi di rilevanza sociale; oltre ad aver contribuito a costruire un'immagine «generosa» dell'Europa, capace di finanziare spese con cui le regioni arretrate hanno fatto salti di qualità nel governo del territorio e nell'occupazione, con riguardo anche alla salvaguardia ambientale. La torsione che già si avverte pare andare nella direzione di uno snaturamento della politica.

Proprio in tema di ambiente, da considerarsi vero e proprio «principio fondamentale»¹²⁰ da integrare in tutte le politiche europee, va infine affrontata la svolta rappresentata dal *Green Deal*.

d) gli obiettivi sociali del Green Deal.

La salute umana e quella dell'ambiente sono state viste, nel 2019, come le priorità sociali del continente europeo, a beneficio delle quali andavano indirizzate risorse, e adottate politiche pub-

¹¹⁶ M. PATRIN, *Solidarietà e coesione tra continuità e trasformazione. La politica di coesione come strumento di governance dell'Unione*, in *Dir. Un. Eur.*, 3, 2024, 511.

¹¹⁷ Il tema è stato affrontato in C. BUZZACCHI, *Le condizionalità finanziarie a salvaguardia dello Stato di diritto, o il rule of law a protezione del bilancio?*, in *Diritto & conti*, 1, 2022.

¹¹⁸ M. PATRIN, *Solidarietà e coesione*, cit., 518.

¹¹⁹ A. SANDULLI, *Le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia*, in *Munus*, IX, definisce «pervasivo ed esondante» il carattere assunto dalla protezione degli interessi finanziari dell'Unione.

¹²⁰ Cfr. G. MARCHETTI, *Il "principio fondamentale ambientalista" nella prospettiva multilivello e il suo impatto sull'assetto costituzionale*, Milano, 2024.

bliche e condotte private¹²¹, per affrontare la transizione climatica in maniera da salvaguardare lo stile di vita dei Paesi avanzati senza compromettere, però, il contesto ambientale. Lo *European Green Deal*, fondato su una Comunicazione della Commissione¹²² e seguito da regolamenti e direttive che hanno fissato scadenze e adempimenti, è il progetto di contrasto al cambiamento climatico, con l'aspirazione di un rilancio del processo di integrazione. Si tratta di una strategia che a pieno titolo va letta come assunzione di responsabilità dell'Unione rispetto a istanze di natura sociale: con originalità e quasi con «preveggenza» la Commissione ha varato un pacchetto di iniziative che, spaziando all'interno dei settori dell'energia, dei trasporti, dell'industria, dell'agricoltura e della finanza, promettono di allontanare i mutamenti climatici. Intervendendo sul sistema produttivo l'ambizione è quella di invertire il processo di deterioramento ambientale, creando condizioni di maggiore vivibilità per gli esseri umani sul pianeta.

Non è possibile approfondire le modalità di intervento del *Green Deal*, ma pare utile guardare alle criticità di questa transizione all'insegna della sostenibilità: la sfida di questo programma di azione appare coraggiosa, con aspirazioni quasi rivoluzionarie nei confronti dell'ordine economico, nella misura in cui intende condizionare la sua struttura portante in vista del «salvataggio» della risorsa ambientale. Ma l'orizzonte perseguito si prospetta decisamente complesso e il successo non può essere rappresentato in maniera semplicistica, come se il passaggio ad un assetto di produzione e di convivenza di diverso tipo non richieda decisioni gravose e non comporti contraccolpi. Può essere utile riflettere su una formula che il *Green Deal* ha posto come traguardo, quella della *just transition*, che all'esito della traduzione nella nostra lingua appare concetto coerente con la prospettiva del progresso sociale. Eppure, la transizione «giusta e inclusiva» presenta significative ambiguità¹²³, per le incertezze legate al riequilibrio da ristabilire con la realtà ambientale, con ripercussioni che possono risultare tutto meno che eque.

Come è stato ricostruito¹²⁴, l'espressione in esame risale agli anni Settanta nel contesto statunitense, quando i sindacati del settore dell'industria chimica e petrolifera avviarono le prime battaglie per contrastare i danni sull'ambiente e sulla salute dei lavoratori: ciò portò alla costituzione di un'alleanza – la *Just Transition Alliance* – tra il movimento sindacale e le associazioni e i gruppi per la tutela ambientale. Anche una volta transitata in area europea, la domanda di una *just transition* è rimasta connotata dalla sua matrice sindacale: ha rappresentato il contributo di quell'associazionismo al dibattito globale sulla sostenibilità ambientale. A tale approccio delle origini si sono poi aggiunti altri motivi di reazione alle distorsioni indotte da un sistema economico irresponsabile: la lotta al cambiamento climatico è andata gradualmente a individuare come obiet-

¹²¹ Si vedano E. CHITI, *Oltre la disciplina dei mercati: la sostenibilità degli ecosistemi e la sua rilevanza nel Green Deal europeo*, in *Riv. reg. mercati*, 2, 2022; D. BEVILACQUA, E. CHITI, *Green Deal. Come costruire una nuova Europa*, Bologna, 2024. Cfr. anche F. DONATI, *Il Green Deal e la governance europea dell'energia e del clima*, in *Riv. reg. mercati*, 1, 2022.

¹²² COM(2019) 640 def.

¹²³ Si rinvia a G. GALANIS, M. NAPOLETANO, L. POPOYAN, A. SAPIO, O. VARDAKOULIAS, *Defining just transition*, in *Ecological Economics*, 227, 2025 per l'inquadramento della questione.

¹²⁴ I. ARMAROLI, *Che cosa si intende per "giusta transizione"? Accezioni e complessità, oltre lo slogan*, in *Bollettino ADAPT* 12 aprile 2023, n. 14.

tivo la vera e propria giustizia sociale, da raggiungere anche attraverso una profonda trasformazione dell'assetto di economia e società.

È arduo definire in maniera univoca cosa sia *just transition*, per la sua idoneità a ricevere letture molto diversificate: l'indole di «giustizia» della transizione sarà ben diversa se quest'ultima andrà a soddisfare gli interessi dei lavoratori piuttosto che quelli degli ambientalisti o i bisogni di gruppi emarginati e svantaggiati. A seconda delle istanze che la transizione «giusta e inclusiva» intenderà premiare, essa potrà presentare costi e conseguenze per varie cerchie di soggetti, e verosimilmente quelli più vulnerabili.

La difesa dell'ambiente prevede costi significativi, ed è facile che questi possano ripercuotersi più sui soggetti deboli, variamente collocati, che sui responsabili dello sfruttamento delle risorse ambientali. Costi che in parte dovranno assumersi i privati, ma che per certo dovrebbero essere accompagnati da un significativo intervento anche delle istituzioni, che ci si aspetta disponibili a intraprendere operazioni di finanziamento e di sostegno in varie forme. Proprio questa dimensione di onerosità della strategia genera ormai «un'ondata di insofferenza verso il discorso ecologico»¹²⁵ e soprattutto esplicite sono le resistenze non solo degli operatori economici, che sono refrattari ad assumersi i costi della conversione tecnologica, ma anche dei soggetti in condizioni di vita più disagiate: tutti uniti nell'intento di sottrarsi ai gravami che la transizione ecologica finirà per causare. Il gioco competitivo sembra destinato a tornare dominante e a mettere in subordine le finalità di contrasto al degrado ambientale, se il prezzo di queste diventa fonte di minor redditività per le imprese o di eccessivi sacrifici per i consumatori.

La Commissione ha già recepito le istanze di dilatazione dei tempi di implementazione¹²⁶ che, anche a fronte delle crisi sanitaria prima, e geopolitiche in seguito, si sono ben presto rivelati poco realistici. Ma al di là delle difficoltà legate alle diverse tappe di un percorso da compiere, rimane l'interrogativo circa la popolarità della transizione verde, tanto tra le istituzioni quanto tra i privati, siano questi ultimi la realtà produttiva o gli utenti/consumatori. La sostenibilità, dopo decenni di collegamento alla nozione dello «sviluppo economico», interpella oggi non solo il sistema produttivo: benché quest'ultimo rimanga uno dei fattori a cui maggiormente va addebitato il degrado ambientale, cresce la consapevolezza che vi siano esigenze ulteriori a cui aprirsi e su cui intervenire, di equità sociale e di giustizia ecologica. Il passaggio dal paradigma dello «sviluppo sostenibile» a quello della «sostenibilità economica e sociale» implica responsabilità ampie e diversificate, di attori che non possono accontentarsi di correggere le tecniche della produzione, ma devono impegnarsi per un ordine sociale complessivamente sostenibile, da ricostruire a partire dalla difesa dell'ambiente da un sistema economico che consuma risorse materiali sconsideratamente, e volgendosi anche alle tante iniquità che comporta un modello di crescita polarizzato sul-

¹²⁵ V. DE SANTIS, *La transizione ecologica "tradita" (?) Orientamenti politici dell'Unione tra competitività, semplificazione ambientale e deregolazione*, in *Federalismi*, 13, 2025, 68. L'A. prende atto della prevalente «narrazione che addossa agli obiettivi climatici e naturalistici il pericolo di una cessione ulteriore di sovranità e di competenze a vantaggio dell'UE e delle istituzioni sovranazionali, mentre sulla transizione ecologica tenta di scaricare la colpa della recessione industriale, in particolare del comparto automobilistico».

¹²⁶ L. CASSETTI, *L'effettiva implementazione del Green Deal europeo e le aspettative sulla protezione della natura e degli ecosistemi al cospetto delle sfide globali su competitività e sicurezza*, in *Federalismi*, 13, 2025, 193 ss.

la categoria del «consumo»: la sfida del *Green Deal*, i cui obiettivi cominciano ad apparire sproporzionati a fronte della poca sensibilità – se non vera ostilità – che lo sta accompagnando, ruota soprattutto intorno alla credibilità dell'impegno delle istituzioni e dei soggetti dell'arena economica¹²⁷, tutti chiamati ad affrontare il cambiamento, senza lasciare «orfani» alcuni interessi o provocare nuovi squilibri¹²⁸.

Il quadro non è confortante, e tuttavia va dato atto di uno sviluppo da considerare positivamente, con riferimento alle responsabilità dei protagonisti dei mercati. In parallelo alla politica intitolata alla transizione energetica, ormai forse depotenziata e senza vere prospettive, va infatti segnalato un indirizzo a sé stante, affermatosi negli anni più recenti, che muove nella direzione della sostenibilità sociale ampiamente intesa.

Le direttive in materia di responsabilità delle imprese – la direttiva 2022/2464, per quanto riguarda la rendicontazione societaria di sostenibilità che ha posto obblighi stringenti di informazione e di valutazione dei rischi delle principali attività aziendali riguardanti i diritti umani e sociali e vari aspetti della integrità ambientale, nota come CSRD; e la direttiva 2024/1760 relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità, c.d. Due diligence o CSDDD – sono idonee a incidere in modo diffuso sulle pratiche di gestione aziendale, e soprattutto sembrano rispondere a una nuova visione delle imprese.

Segnalano la propensione degli attori pubblici, attraverso i loro poteri regolativi e di controllo, a fare dell'impresa un tramite delle politiche pubbliche di tutela di beni di rilevanza generale come la sicurezza del lavoro o la privacy e l'ambiente, beni cioè su cui insistono diritti fondamentali della persona o della collettività¹²⁹. Da interventi quali questi ultimi si desume la peculiarità dell'approccio di *policy* dell'Unione: verso un insieme diversificato di interessi rilevanti, che emergono dal contesto del lavoro e dal contesto della società, si chiama in causa la responsabilità degli operatori economici, che possono adottare condotte che – di fatto – sono assimilabili ad azioni di politica pubblica.

Si deve alla prima delle due direttive il concetto della «doppia materialità»: esso richiede alle aziende di considerare e, soprattutto, rendicontare una duplice portata della sostenibilità. Sulla base della consapevolezza maturata da ormai più di un decennio circa i rischi che corrono tanto l'equilibrio climatico quanto i diritti umani, la direttiva CSRD ha introdotto degli standard – i c.d. ESRS (*European Sustainability Reporting Standard*) – che le imprese sono tenute a rispettare nello svolgimento della loro attività. Proseguendo nella direzione della direttiva 2014/95/UE che riguardava la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e sulla diversità (NFRD), e imponeva alle imprese di integrare i fattori che ruotano intorno alla dimensione ambientale (E), a quella sociale (S) e a quella di governance (G) nella loro gestione, la disciplina del 2022 ha proposto un concetto nuovo, quello della «doppia materialità», in correlazione agli standard ESRS, e

¹²⁷ C. NIZZA, *La sostenibilità per una transizione giusta: il ruolo delle aziende nel generare impatto positivo*, in *Riv. Corporate Governance*, numero straord., 2025, rivolge l'analisi alle responsabilità delle aziende.

¹²⁸ Cfr. C. BUZZACCHI, *Sostenibilità economica e sociale nella cornice della Costituzione. La responsabilità di istituzioni e privati*, in *Bancaria*, 5, 2025.

¹²⁹ In tal senso v. M. BARBERA, *Contrattazione e partecipazione, uno sguardo retrospettivo e uno prospettico*, in *DL*, 4, 2023, 692.

ciò costituisce un netto avanzamento nel cammino verso una più solida responsabilità dei soggetti economici¹³⁰. Tale doppia materialità investe l'«impatto», ovvero gli effetti significativi che l'attività dell'organizzazione genera, o può generare, sull'ambiente, sulla società e sulle persone, anche in considerazione dei diritti umani; ma riguarda altresì la performance economica e finanziaria dell'organizzazione, che può essere condizionata, sul piano dei rischi ma anche delle opportunità, dalle strategie di perseguimento della sostenibilità.

Si è così transitati a un nuovo approccio rispetto alla sostenibilità, che interpella l'operatore quando anche solo una delle due prospettive è in gioco: la risposta deve essere individuata a livello di strategia aziendale quando appare necessario che l'una o l'altra venga soddisfatta. L'aspettativa è che le organizzazioni aziendali siano indotte a sviluppare la dovuta consapevolezza in merito alle interconnessioni tra la dimensione economica e gli aspetti ESG, e che attraverso un'accurata modalità di rendicontazione permettano a tutti i portatori di interessi di comprendere da un lato ostacoli e utilità che le aziende possono incontrare e affrontare, dall'altro l'impatto complessivo che le medesime aziende riversano sulla società e sull'ambiente.

Il dovere di diligenza della seconda direttiva impone agli operatori economici dei veri e propri obblighi: questi soggetti, in ragione dell'art. 1, sono anzitutto tenuti a individuare «gli impatti negativi sui diritti umani e gli impatti ambientali negativi, siano essi effettivi o potenziali». Dall'identificazione di tali minacce derivano precise incombenze a carico delle società, e oltre a ciò, in capo agli operatori economici vengono riconosciuti obblighi affinché sia adottato e attuato «un piano di transizione per la mitigazione dei cambiamenti climatici volto a garantire, con il massimo impegno possibile, la compatibilità del modello e della strategia aziendali della società con la transizione verso un'economia sostenibile e con la limitazione del riscaldamento globale». Per rispondere a questi adempimenti la direttiva del 2024 richiede di coinvolgere anche un insieme di attori esterni alle società: lavoratori, comunità locali, organizzazioni della società civile, sindacati.

Gli artt. 5 e 13 della direttiva prevedono che vi sia lo «svolgimento di un dialogo significativo con i portatori di interessi», presupposto fondamentale perché il «dovere di diligenza» acquisti uno spessore sostanziale, soprattutto con riguardo ai temi dei diritti umani e dell'ambiente: come argomentato dal *considerando* n. 65 «le società dovrebbero adottare misure adeguate per dialogare in modo efficace con i portatori di interessi durante l'intero processo di esecuzione delle azioni relative al dovere di diligenza. [...] Un dialogo efficace dovrebbe comprendere la fornitura di informazioni pertinenti e complete ai portatori di interessi consultati, nonché una consultazione continua che consenta un'interazione e un dialogo autentici al livello appropriato». Complessivamente l'enfasi pare ora cadere soprattutto sul sistema di governance delle aziende, chiamate a una

¹³⁰ Si vedano le riflessioni di G. IORLANO, *Le nuove frontiere della governance della sostenibilità: SGS (Sustainable Governance Standard) e Governance Taxonomy, un percorso obbligato per integrare i fattori ESG e favorire uno sviluppo inclusivo e competitivo*, in *Corporate Governance*, cit., 204 ss. L'A. offre considerazioni sullo sbilanciamento che la prima direttiva del 2014 ha generato, polarizzando l'attenzione esclusivamente sull'ambiente: mentre anche la materia sociale e quella della governance sono altrettanto nevralgiche per definire con la necessaria completezza la responsabilità dell'operatore economico.

responsabilità ad ampio raggio, e che non sembra più esaurirsi nel *Corporate Social Responsibility* del Novecento.

Il riferimento è a quella strategia reputazionale, la cui formulazione si deve all'economista Howard Bowen, che negli anni Cinquanta aveva additato «l'obbligo degli uomini d'affari di perseguire quelle politiche, di prendere quelle decisioni, o di seguire quelle linee di azione che sono desiderabili in termini di obiettivi e valori della nostra società»¹³¹; e allo studioso di amministrazione aziendale Edward Freeman, che aveva introdotto nuovi attori nel contesto considerato, quei portatori di interesse – gli *stakeholders* – nei confronti dei quali l'attività d'impresa può produrre benefici o danni¹³². Da questi precursori della tematica della «responsabilità sociale» è scaturito il primo approccio relativo alle tematiche dei rapporti delle aziende con il contesto umano e naturale circostante: esso si è contraddistinto, alle origini, per il fatto di valorizzare il punto di vista privatistico di tale responsabilità, posto che esso si è fondato sul proposito di tenere conto, nella visione strategica aziendale, di interessi non direttamente connessi con quelli dell'imprenditore¹³³.

Ma ora l'Europa si appella in maniera diversa ai soggetti pubblici e a quelli privati per il raggiungimento di un traguardo di equità sociale e ambientale che riguarda attori politici, attori economici, nonché singoli nelle loro vesti di consumatori, investitori, e infine utilizzatori di beni e di risorse. Queste ultime non appaiono più disponibili illimitatamente, bensì destinate a esaurimento nonché fonte di costi assai gravosi. In un intreccio di azioni politiche, di strategie di mercato, di nuovi modelli di consumo¹³⁴, l'intento del legislatore europeo è di sospingere i suoi cittadini verso l'agognata sostenibilità sociale, il cui coronamento rimane tuttavia quasi una scommessa.

7. L'orizzonte della governance «sociale».

Rimane da evidenziare come anche in questi ultimissimi anni gli obiettivi della c.d. *governance economica* e i vincoli fiscali rimangano dominanti nelle decisioni assunte dall'Unione e finiscano per porre in subordine le spese per l'ambito sociale. Il tassello mancante della costruzione europea non è quello del riconoscimento dei diritti sociali – se si condivide l'assunto che il «salto di specie» non è una prospettiva realistica, e che la cura del bisogno non può passare attraverso una diretta configurazione di diritti a prestazione – bensì la previsione di una capacità fiscale a garanzia

¹³¹ H.R. BOWEN, *Social responsibilities of the businessman*, New York, 1953.

¹³² E.R. FREEMAN, *Strategic management a stakeholder approach*, Boston, 1984. La visione di quest'ultimo si è voluta contrapporre a quella tipica dell'approccio economico-aziendale, rappresentata dalla posizione di Milton Friedman e ben condensata nella nota locuzione che «the social responsibility of business is to increase its profits»: cfr. M. Friedman, *The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits*, New York Times Magazine, 13 settembre 1970.

¹³³ A. LATINO, *La responsabilità sociale di impresa quale strumento di tutela dei diritti dei lavoratori nel quadro dell'Unione*, in P. Acconci (a cura di), *La responsabilità sociale di impresa in Europa*, Napoli, 2009, 173, osserva che «nel mission statement dell'impresa vengono infatti integrate, su base volontaria, istanze di natura etico-sociale, al fine di migliorare l'impatto dell'impresa nella comunità in cui essa opera».

¹³⁴ Attenzione per l'opportunità di indirizzare i consumi attraverso strumenti di politica pubblica è stata segnalata fin dal 2009 da F. Pizzolato, *Autorità e consumo. Diritti dei consumatori e regolazione del consumo*, Milano.

europea, che gli Stati possano indirizzare a beneficio di politiche di sicurezza sociale, recuperando e consolidando una spesa destinata all'inclusione, al contrasto dei divari territoriali e delle disuguaglianze tra gli individui. Si tratta di una grave tara dell'ordinamento sovranazionale, posto che la sopravvivenza del «tema dei diritti sociali» è materia sempre più collegata alla soluzione del «problema costituzionale europeo»¹³⁵, cosicché il completamento del processo di integrazione, in linea con i valori dell'art. 2 TUE, non può considerare superfluo o irrilevante l'orizzonte di sempre più solidi sistemi di protezione sociale dei Paesi membri, da sostenere attraverso processi decisionali democraticamente fondati e dotazioni finanziarie a partire da un bilancio condiviso. Quanto appare oggi necessario non è l'aggiunta di altri diritti a quelli già riconosciuti dal *Social pillar*¹³⁶, quanto piuttosto la precisazione dei contenuti e degli strumenti di effettività ma, ancor di più, la decisione di spesa comune, da varare con processi di comunicazione che riescano a creare consenso tra i diversi popoli europei, affiancando alla *governance* «economica» quella di natura «sociale»: un meccanismo a propulsione europeo, che possa sostenere i sistemi di sicurezza sociale degli Stati, e non aumentare la pressione a loro danno, in nome di interessi della sfera economica e finanziaria.

Affinché il cammino di integrazione possa progredire – o forse proprio «riprendere» – è stato teorizzato un c.d. «test di compatibilità di Jean Monnet», che richiederebbe coerenza economica (reazione appropriate sul piano delle politiche economiche), coerenza istituzionale (azione condotta al livello di governo appropriato) e coerenza politica (capacità di mantenere il supporto dei cittadini)¹³⁷, ma pare considerare accessorio un impegno europeo di avanzamento sociale. Da Mario Draghi è stato invocato nell'agosto del 2025 a Rimini il ricorso a «forme di debito comune per sostenere progetti europei di grande ampiezza» per il rafforzamento della competitività dell'Europa rispetto agli altri attori mondiali, ma nessun invito si è colto a favore di un debito comune con finalità di tipo sociale. Costante risulta dunque una certa indifferenza per un serio *commitment* per la sicurezza delle persone, che affianchi lo sforzo a favore della competitività: e forse la causa risiede anche nella riluttanza a rendere maggiormente democratico l'impianto istituzionale, per abilitarlo ad assumere decisioni sul terreno del progresso personale dei singoli. È stato a ragione osservato che «il vero assente in Europa è il concetto di politico che sta alla base dello stato sociale costituzionale: un patto che consideri la liberazione dal bisogno il contenuto del progetto di una società di liberi eguali»¹³⁸ e un tale orizzonte richiede tanto manifestazioni della volontà del Parlamento quanto canali di finanziamento delle misure di liberazione dal bisogno. Il cambio di passo parrebbe obbligato, se l'idea di Europa che perseguiamo è quella votata alla promozione umana, e ancora dalla giurisprudenza europea è giunto recentemente un segnale incoraggiante: di fronte al tentativo di uno Stato membro di introdurre un «programma di cittadinanza tramite investimento», la Corte di giustizia ha riaffermato che la cittadinanza dell'Unione,

¹³⁵ R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in *Costituzionalismo*, 3, 2013, 17.

¹³⁶ T. TREU, *Europa democrazia sociale*, cit., 150.

¹³⁷ In tal senso si è espresso M. BUTI, *Jean Monnet aveva ragione?*, Milano, 2023, 17.

¹³⁸ A. MORRONE, *Stato sociale e disuguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 4, 2020, 744.

fondata sui valori comuni contenuti nell'articolo 2 Tue «costituisce una delle principali concretizzazioni della solidarietà, che è alla base stessa del processo di integrazione, facendo parte, di conseguenza, dell'identità dell'Unione in quanto ordinamento giuridico peculiare»¹³⁹. La dichiarata violazione dell'art. 4.3 Tue sul terreno della cittadinanza consente di prospettare che un modello di *governance* «sociale» si possa costruire ad opera di una virtuosa collaborazione tra i Paesi.

¹³⁹ CGUE 29 aprile 2025, C-181/23, *Commissione vs Malta*, p.ti 93 e 95.