

È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?

di Marco Dani e Agustín José Menéndez*

Abstract: Can Democratic and Social Constitutionalism be still reconciled with European integration? – Contrary to opinions regarding national sovereignty and the EU as antithetic, the article examines the potential for their complementary relationship by drawing from the seminal analysis by Alan Milward. It restates that originally the process of European integration was instrumental to the pursuit of the foundational commitments inspiring national democratic and social constitutional self-government and that only with the crisis of the social state in mid 1970s was European integration re-oriented to transform in neoliberal terms democratic and social constitutionalism. As in the most recent evolutionary phase this trend is maintained and radicalized, Milward's idea of conceiving European integration with a view to rescue national constitutional self-government may inspire attempts at redressing the contents and structures of EU law.

289

Keywords: European integration; democratic and social constitutionalism; constitutional self-government; Alan Milward; neoliberalism.

1. Introduzione

Già all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso Alan Milward esprimeva la propria esasperazione per come il dibattito sull'integrazione europea finisse inesorabilmente per avvatarsi in una superficiale antitesi tra istituzioni sovranazionali e stato nazionale¹. Proprio quella esasperazione avrebbe motivato lo sforzo ricostruttivo culminato in *The European Rescue of the Nation-State*, il fortunato volume in cui si dimostra come quell'antitesi sia infondata e, segnatamente, come sin dalle sue origini il processo di integrazione europea abbia contribuito in maniera significativa al processo di riaffermazione dello stato nazionale in Europa². Spiace dover constatare che quella indimenticata lezione non è riuscita a smuovere il dibattito dalle secche di quella antitesi: a distanza di ormai trent'anni, tocca ancora assistere ad una contrapposizione, altrettanto sterile e

* Il presente contributo è frutto di riflessioni comuni ai due autori. Tuttavia, in sede di redazione materiale, Marco Dani ha scritto i par. 1 e 2, mentre Agustín José Menéndez ha scritto i par. 3 e 4.

¹ Cfr. A. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, Oxon, 2000, x (dove si riporta la prefazione alla prima edizione del 1992).

² Ibidem, 2-3. Si veda anche A. Milward, *Delors' Agonistes*, in *New Left Review*, 145-151 (2009).

fuorviante, tra federalisti e sovranisti, dove oggetto del contendere è la sovranità intesa riduttivamente come potere supremo di comando³.

Che questa contrapposizione sia sterile lo si può facilmente intuire richiamando l'attenzione su alcuni dati di realtà che, se animati da un minimo di onestà intellettuale, entrambi i fronti potrebbero facilmente ammettere. Nell'attuale fase della storia europea, infatti, tanto la sovranità nazionale quanto la cooperazione sovranazionale sono elementi di contesto da cui è molto difficile prescindere⁴. È realistico prevedere che in Europa per un periodo di tempo ancora ragionevolmente lungo ci troveremo ad operare in un ordine giuridico e politico fondato da un lato su stati membri organizzati a partire da costituzioni democratiche e sociali e dall'altro su un assetto istituzionale sovranazionale chiamato a favorire l'elaborazione congiunta di politiche riguardanti le materie maggiormente esposte all'interdipendenza economica.

In un simile contesto, la prospettiva di un trasferimento alle istituzioni europee del potere supremo di comando, oltre ad apparire illusoria in relazione alla effettiva consistenza delle forze politiche disposte a sostenerla, si rivela frutto di una superficiale valutazione di ciò che, al di là della facile retorica, un simile sviluppo implica. Troppo spesso si dimentica che la sovranità non è un attributo fungibile, ovvero suscettibile di essere collocato con disinvoltura su questo o quel livello di governo senza alterarne le qualità intrinseche⁵. Per essere tale, il potere supremo di comando presuppone l'esistenza di apparati amministrativi, di risorse economiche e, non da ultimo, di un sistema politico di cui oggi solo gli stati nazionali sono in grado di disporre⁶.

A ricordarci questi dati di realtà non sono soltanto un certo numero di costituzioni degli stati membri e di pronunce delle corti costituzionali nazionali⁷. Lo stesso diritto dell'Unione europea dimostra piena consapevolezza circa l'attuale collocazione della sovranità nella sfera statale. Fin dalle pronunce che hanno

³ Il riduzionismo di un simile approccio è evidenziato da D. Quaglioni, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004, 3-16. Per una trattazione più specifica delle manifestazioni della sovranità nei dibattiti sull'integrazione europea si veda invece D. Chalmers, *European Restatements of Sovereignty*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 10/2013.

⁴ La difficoltà di prescindere dalla cooperazione sovranazionale si sta palesando in maniera spettacolare nell'ambito del processo che condurrà al recesso del Regno Unito dall'Unione europea (*Brexit*). Sebbene questo processo dimostri che il recesso dall'Unione non sia un'eventualità solo teorica, è altrettanto evidente come un simile sviluppo non lascerà spazio ad un esercizio dei poteri sovrani interamente svincolato da obblighi internazionali e dalla partecipazione a forme di cooperazione internazionale multilaterale.

⁵ Chalmers, cit., 4.

⁶ A testimonianza della mancata fungibilità della sovranità si può portare l'esempio della politica monetaria, per la quale il trasferimento al livello sovranazionale non ha comportato la riproduzione della costellazione istituzionale riscontrabile negli stati membri, ma ha determinato invece la creazione di un assetto di governo tecnocratico le cui credenziali democratiche sono perlomeno controverse. Cfr. A. Guazzarotti, *Sovranità ed integrazione europea*, in *Rivista AIC* n. 3/2017, 7.

⁷ La più nota di queste pronunce è il *Lissabon Urteil* del Tribunale costituzionale federale tedesco (2 BvE 2/08). Sulla circolazione degli argomenti sviluppati in questa sentenza si veda M. Wendel, *Lisbon before Courts: Comparative Perspectives*, 7 *European Constitutional Law Review*, 96-137 (2011).

introdotto i principi dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario, la Corte di giustizia si è ben guardata dal rivendicare per le istituzioni europee un potere sovrano⁸. Ora come allora l'assetto istituzionale dell'Unione esprime un tipo di autorità che non si giustifica per la sua capacità di rappresentare l'unità e l'autonomia di una comunità politica sovranazionale, ma per la sua più limitata idoneità a sviluppare politiche che solo in parte riguardano le funzioni tradizionalmente associate alla sovranità⁹. Di questa consapevolezza reca traccia l'art. 4 (2) TUE, nella parte in cui prevede che l'Unione "rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale"¹⁰.

Considerazioni speculari si possono rivolgere a quanti vagheggiano un ritorno alla sovranità nazionale depurata da ogni vincolo esterno. È almeno dal secondo dopoguerra che la sovranità nazionale è declinata nel senso di un'esplicita apertura alla cooperazione internazionale¹¹. In un mondo caratterizzato da intensa interdipendenza, uno dei più importanti elementi della sovranità è la sua capacità di conferire agli stati l'opportunità di entrare in accordi internazionali vincolanti che garantiscano la possibilità di incrementare la loro capacità di governo e di estendere il controllo democratico su politiche che esplicano i loro effetti anche al di fuori dei confini nazionali¹². In questa prospettiva, il multilateralismo – di cui l'Unione europea non è altro che una manifestazione regionale – offre l'opportunità di rafforzare la sovranità nazionale e, più nello specifico, di facilitare il conseguimento degli obiettivi ed il rispetto dei principi codificati all'interno delle costituzioni nazionali.

Che poi questo non necessariamente si verifichi è un ulteriore dato di realtà di cui è indispensabile prendere atto¹³. Ma, a ben vedere, questa è una questione che non riguarda tanto la collocazione nazionale o sovranazionale della sovranità, quanto i contenuti delle istanze normative che ispirano rispettivamente il diritto dell'Unione europea e le costituzioni nazionali ed il tipo di rapporto che intercorre

⁸ Sul punto si veda la lettura dei casi *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL* proposta da Chalmers, cit., 4-7. In senso analogo si esprimono R. Kehoane, S. Macedo, A. Moravcsik, *Democracy-enhancing Multilateralism*, in *63 International Organization*, 23 (2009), affermando che le istituzioni multilaterali non ambiscono a sostituirsi agli stati ma, piuttosto, a svolgere un ruolo ad essi complementare.

⁹ Chalmers, cit., 5. La politica monetaria costituisce senza dubbio la più incisiva incursione nel cuore della sovranità nazionale.

¹⁰ M. Starita, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?* in F. Viola (a cura di), *Lo Stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, Bologna, 2012, 164.

¹¹ Il riferimento classico è a A. Chayes, A. H. Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, Cambridge Massachusetts, 1995.

¹² Cfr. Kehoane e altri, cit., 4-5.

¹³ La possibilità che le istituzioni multilaterali possano talora inibire le democrazie costituzionali è riconosciuta da Kehoane e altri, cit., 23. L'ambivalente contributo delle istituzioni multilaterali alla tenuta e allo sviluppo delle costituzioni democratiche è evidenziato anche da A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, capitolo 5.

tra esse¹⁴. Di questo è urgente occuparsi¹⁵, ma per farlo è necessario riformulare i termini del dibattito odierno, per esempio chiedendosi se la tesi sviluppata da Milward circa il contributo dell'integrazione europea alla tenuta dello stato nazionale sia ancora valida. Impostato in questi termini, il dibattito permette di sfilarsi dall'estenuante tiro alla fune tra federalisti e sovranisti e di approfondire l'analisi dei paradigmi relazionali sviluppati nel tempo tra costituzionalismo democratico-sociale e istituzioni europee.

Nell'intraprendere questo percorso, questo articolo si propone un duplice obiettivo: da un lato cerca di difendere e rivalutare le ragioni originarie del processo d'integrazione europea, individuate, seguendo la tesi di Milward, nel contributo all'affermazione del costituzionalismo democratico e sociale in Europa¹⁶; dall'altro, esso cerca di cogliere le sollecitazioni più fondate che ispirano l'attuale *revival* della sovranità nazionale, evitando di accreditare un'idea di sovranità che non solo è sorpassata ma che, soprattutto, contrasta con la concezione di sovranità che ispira il costituzionalismo sociale e democratico, il modello costituzionale che i più presentabili fautori della sovranità nazionale affermano di voler riabilitare.

292

Fatta luce sugli obiettivi dell'articolo, in estrema sintesi se ne anticipa il percorso argomentativo. La trattazione si apre con una succinta illustrazione delle caratteristiche fondamentali del costituzionalismo democratico e sociale instaurato in Europa all'indomani della fine della seconda guerra mondiale. Dopo aver evidenziato come questo nuovo ordine giuridico e politico ripudi tanto l'esperienza totalitaria quanto quella liberale, si procede all'enucleazione in positivo degli impegni fondativi che caratterizzano questa forma di autogoverno costituzionale, ovvero la democrazia, la legalità costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali, la giustizia sociale e l'apertura alla cooperazione internazionale. Su questa base, si osserva che le costituzioni europee del secondo dopoguerra non hanno dato vita solo ad un'utopia politico-costituzionale; fintantoché la cooperazione multilaterale in Europa è stata concepita al fine di valorizzare il costituzionalismo democratico e sociale, questo ordine giuridico e politico è riuscito a conformare in maniera significativa la vita politica e le strutture giuridiche degli stati nazionali.

La trattazione prosegue rilevando che l'orientamento socio-economico sottostante alle Comunità europee delle origini era contraddistinto da una evidente ambivalenza, essendo possibile declinarlo tanto nella direzione del rafforzamento del costituzionalismo democratico-sociale quanto in quella della sua

¹⁴ Si può intravedere a questo riguardo una diversa concezione di sovranità, diretta ad esprimere un assetto di principi ed istituzioni nazionali protetto da eventuali interferenze del diritto dell'Unione, cfr. Chalmers, cit., 8-14.

¹⁵ Si deve riconoscere ancora al *Lissabon Urteil* (§ 226) il merito di avere, almeno in parte, imboccato questa via attraverso l'introduzione del controllo sul rispetto dell'identità costituzionale tedesca. Su questo cambio di paradigma sia consentito il rinvio a M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, 1-6.

¹⁶ Il tentativo non si limita semplicemente ad una ricostruzione storica ma esprime un'ambizione normativa, ovvero individuare le ragioni che possono oggettivamente giustificare il processo di integrazione europea a prescindere dalle motivazioni particolari degli attori politici ed economici coinvolti.

destabilizzazione e, segnatamente, di un ritorno al liberismo del *laissez-faire*. Per un lungo periodo l'integrazione europea si è sviluppata in modo congeniale alla valorizzazione del costituzionalismo democratico-sociale, sviluppando un tipo di integrazione economica diretta essenzialmente a contrastare le tendenze autarchiche insite nelle politiche nazionali e a creare le condizioni economiche e politiche per uno sviluppo autonomo dello stato sociale.

Un simile assetto istituzionale, tuttavia, non era scolpito nella pietra. Si è già accennato che sin dall'inizio i Trattati europei erano suscettibili anche di interpretazioni potenzialmente non allineate ai principi del costituzionalismo democratico e sociale. Questa modalità alternativa di concepire l'integrazione europea si fa strada a partire dalla fine degli anni Settanta, ispirando il progetto del mercato unico e l'unificazione monetaria (prima nella forma del Sistema monetario europeo, poi dell'Unione economica e monetaria). Attraverso questi progetti l'Unione europea espande le proprie competenze verso ambiti materiali politicamente più salienti ed inizia a riconfigurare il proprio rapporto con gli stati membri. In questa fase si assiste non solo ad una torsione in senso neoliberale delle politiche dell'Unione, ma ad un processo di trasformazione ben più radicale consistente nell'irrigidimento di questo nuovo corso all'interno dei trattati. In un contesto in cui le comunità politiche nazionali faticano a tener fede ai principi ispiratori del costituzionalismo democratico-sociale, il linguaggio costituzionale inizia ad essere impiegato dall'Unione al fine di cooptare le forze politiche progressiste nella propria agenda di trasformazione neoliberale, di incrementarne la sostenibilità e di placare le prevedibili resistenze delle corti costituzionali nazionali.

Tanto la capacità di inibire il costituzionalismo democratico-sociale quanto la vacuità del nuovo linguaggio costituzionale emergono in maniera ancora più brutale durante la crisi economico-finanziaria, quando l'agenda di trasformazione neoliberale è al centro di una svolta non priva di connotazioni autoritarie all'interno delle politiche e dell'assetto istituzionale dell'Unione.

In reazione ad un ordine giuridico e politico così controverso, l'articolo conclude evidenziando l'esigenza di riscoprire il paradigma relazionale a suo tempo delineato da Milward, ovvero l'idea che l'obiettivo primario delle istituzioni europee non sia tanto quello di procedere all'unificazione politica e costituzionale del continente in antitesi o in competizione con gli stati-nazione, quanto quello di contribuire agli sforzi delle comunità politiche nazionali di tener fede agli impegni codificati nelle loro costituzioni.

2. Il salvataggio europeo degli stati nazionali

2.1. Teoria dell'autogoverno costituzionale e costituzionalismo democratico e sociale

La tesi di Milward sul salvataggio europeo dello stato nazionale muove dalla constatazione di una generale crisi di consenso politico degli stati europei nel periodo a cavallo tra le due guerre mondiali¹⁷. In un simile frangente, gli stati

¹⁷ Milward, cit., 26. Cfr. anche R. Dahrendorf, *The Modern Social Conflict: An Essay on the Politics*

faticano a rispondere ai bisogni della società contemporanea, convogliati in misura crescente all'interno delle loro istituzioni dalla progressiva estensione dei diritti di partecipazione politica¹⁸. Il tratto caratterizzante dello stato affermatosi all'indomani della fine della seconda guerra mondiale risiede appunto nel tentativo incessante di farsi carico di quei bisogni, in modo da assicurarsi l'agognato consenso politico¹⁹. Una simile tensione attraversa tutti i paesi dell'Europa occidentale fino a sfociare nella creazione di un nuovo modello di società e, di riflesso, di quel nuovo tipo di costituzionalismo che convenzionalmente si può definire democratico e sociale²⁰.

A partire dal 1945 la maggior parte delle comunità politiche europee sono infatti impegnate nella ricerca di un nuovo inizio politico ed istituzionale. Di questo sforzo si fanno interpreti soprattutto i partiti politici emersi dalla temperie della seconda guerra mondiale²¹. Nel mettere mano ai patti fondativi delle loro comunità politiche, forze politiche normalmente separate da profondi conflitti ideologici appaiono (quanto meno temporaneamente) unite non solo nel ripudio del totalitarismo fascista e comunista, ma anche nell'esigenza di superare il modello dello stato liberale²². Il costituzionalismo democratico e sociale si delinea perciò come un nuovo e per molti versi inedito orizzonte chiamato a guidare lo sviluppo dell'ordine giuridico e politico, anche se la tempistica e le modalità della sua affermazione variano notevolmente in ragione delle diverse circostanze geo-strategiche ed economiche di ciascuno stato europeo. Come è noto, nell'immediato dopoguerra alcuni degli stati più importanti dell'Europa occidentale (Francia, Italia e Germania) riscrivono le loro costituzioni. Un simile sviluppo è indice di un drastico riallineamento della politica europea, caratterizzata dall'influenza predominante dei partiti socialdemocratici e cristianodemocratici e delle loro rinnovate agende politiche. In altri paesi (Regno Unito, Olanda, Belgio) il rapporto tra stato e società viene trasformato in modo altrettanto radicale, anche se le costituzioni nazionali sono interessate solo marginalmente da questo processo. Infine, in gran parte dell'Europa meridionale (Grecia, Portogallo, Spagna) si devono attendere gli anni Settanta per registrare l'avvento del costituzionalismo democratico e sociale, mentre nei paesi dell'Europa orientale si giungerà a tale

of Liberty, London, 1988, 97.

¹⁸ Ibidem, 26-28. Un ruolo fondamentale in questa emersione è svolto dai partiti politici, non più club ristretti di élite, ma macchine organizzative dirette ad intercettare e selezionare i bisogni provenienti dal corpo sociale per tramutarli in politiche.

¹⁹ Ibidem, 27.

²⁰ Ibidem, 24-25, dove si fa riferimento ad una nuova forma di stato incardinata meno sulla forza e più sul consenso politico e sociale generato attraverso un diverso assetto organizzativo e valoriale. Sul modello delle costituzioni democratico-sociali si veda sinteticamente D. Grimm, *Types of Constitutions*, in M. Rosenfeld, A. Sajó (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, 124-128.

²¹ La centralità dei partiti quali fattori di disciplinamento ed integrazione e, successivamente, quali forze costituenti si afferma a partire dagli anni Venti con il superamento delle nozioni di nazione sovrana e popolo, cfr. M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, 2004, 74-76.

²² Somek, cit., 154-155.

approdo, non senza tante esitazioni e ambiguità²³, solo dopo la caduta del Muro di Berlino.

Anche nei paesi in cui si approvano nuove costituzioni la distanza che intercorre tra le ambizioni costituzionali e la realtà socio-politica rimane significativa. Nondimeno, vi sono solide ragioni per ritenere che non solo vi è corrispondenza tra il cambiamento costituzionale e una significativa trasformazione della realtà economica e sociale, ma che anche gli ideali ispiratori del costituzionalismo democratico e sociale rimangono un punto di riferimento prioritario indipendentemente da quelle che sono le loro applicazioni concrete. Insomma, per quanto alcune delle norme più avanzate siano rimaste a lungo inattuata o abbiano ricevuto modeste applicazioni, il costituzionalismo democratico e sociale non costituisce solo un idealtipo, ma anche una fonte di pratiche costituzionali che hanno modificato profondamente le coordinate della vita politica e della cultura giuridica dell'Europa occidentale.

Per procedere ad una ricostruzione teorica dell'idealtipo del costituzionalismo democratico e sociale utili spunti possono essere tratti dalla teoria dell'autogoverno costituzionale²⁴. Questo contributo teorico si colloca nell'alveo delle concezioni dualiste della democrazia²⁵ e, individuando nella dimensione intertemporale il *proprium* di un ordinamento costituzionale, attribuisce un rilievo cruciale al concetto di impegno costituzionale (*constitutional commitment*), intendendo con questo un fondamentale atto di volontà politica effettuato da una comunità politica nel passato al fine di governare stabilmente il proprio futuro²⁶. Jed Rubenfeld, il costituzionalista a cui più si deve questa impostazione teorica, sostiene infatti nel suo *Freedom and Time* che la libertà politica così come la libertà individuale non si riducono semplicemente all'espressione da parte di un attore di una volontà contingente nel presente²⁷. La libertà, egli sostiene, può essere più accuratamente descritta come un'incessante interazione dialettica tra l'attuazione e la rielaborazione nel presente di specifici impegni contratti nel passato²⁸. In questa prospettiva, l'autogoverno costituzionale si presenta come una pratica politica attraverso cui una comunità cerca nel tempo di rievocare, interpretare, mantenere e, talvolta, modificare i

²³ L'approdo al costituzionalismo nell'Europa centro-orientale si verifica nel pieno della svolta neoliberale di cui si dirà *infra* a 3.1. Di qui la divaricazione (e, quindi, nel complesso l'ambiguità) fra una retorica che va nel senso del consolidamento del costituzionalismo democratico e sociale e una realtà contraddistinta da alcune delle manifestazioni più radicali della trasformazione neoliberale, cfr. P. Ther, *Europe after 1989 – A History*, New Haven e Londra, 2016, dove si indica nella scrittura delle costituzioni dell'Europa centro-orientale il momento in cui si dà inizio alla torsione neoliberale.

²⁴ Cfr. soprattutto J. Rubenfeld, *Freedom and Time. A Theory of Constitutional Self-Government*, New Haven e Londra, 2001.

²⁵ Su cui si vedano B. Ackerman, *We, the People: Foundations*, Cambridge, Mass. 1991, G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008 e W. Partlett, Z. Nwokora, *The foundations of democratic dualism: Why constitutional politics and ordinary politics are different*, in *26 Constellations*, 177 (2019).

²⁶ Rubenfeld, *Freedom & Time*, cit., 92.

²⁷ Id., 137.

²⁸ Id., 97.

propri impegni fondativi²⁹. Il costituzionalismo americano, pertanto, non si esaurisce in una formula di autogoverno democratico fondata sulla subordinazione dei governati alle volontà politiche contingenti di volta in volta risultanti dalle procedure democratiche; l'esperienza costituzionale americana consiste piuttosto nell'incessante e controversa rielaborazione degli impegni costituzionali posti in origine a fondamento dell'ordinamento costituzionale³⁰. Questo non significa che quegli impegni siano irrevocabili: ogni comunità politica deve essere in grado di poter ripudiare gli impegni originari qualora ne avverta l'estraneità³¹. La rigidità della costituzione, tuttavia, preserva gli impegni costituzionali da frettolose abiure, permettendone la revisione solo quando la comunità politica si dimostri pronta esprimere la propria volontà in maniera strutturale³².

Nel teorizzare l'autogoverno costituzionale, Rubenfeld non aveva probabilmente l'ambizione di sviluppare una teoria di portata universale. Anzi, in un articolo di poco successivo a *Freedom and Time*³³, egli traccia una netta distinzione tra il costituzionalismo degli Stati Uniti, derivante la propria autorità dall'esercizio democratico del potere costituente, ed il costituzionalismo dell'Europa occidentale del secondo dopoguerra, caratterizzato invece da un marcato scetticismo nei confronti della sovranità popolare e più incline a fondare la propria autorità sull'aderenza alla Dichiarazione universale dei diritti umani³⁴. Si tratta con tutta evidenza di una tesi estremamente semplificatoria, soprattutto nella parte in cui omette di considerare la varietà dei paradigmi di legittimazione delle costituzioni democratiche europee, tra cui si possono sicuramente annoverare anche significative esperienze di costituzionalismo di matrice democratico-popolare³⁵. All'interno di un simile e più eterogeneo panorama costituzionale, non pare azzardato affermare che la teoria dell'autogoverno costituzionale possa esplicitare il proprio valore euristico anche in Europa. In molti paesi dell'Europa occidentale, i processi culminati nell'adozione di nuove costituzioni si prestano ad essere descritti come veri e propri processi costituenti che, benché sottoposti a significativi condizionamenti esterni, si fondano su forme particolarmente intense di mobilitazione politica³⁶. Il costituzionalismo democratico e sociale, quindi, può

²⁹ Id., 163.

³⁰ Id., 163-168.

³¹ Id., 174.

³² Id., 175.

³³ J. Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 NYU Law Rev., 1971 (2004).

³⁴ Id., 1991-1995. Ricostruzioni analoghe sono state successivamente proposte da J-W. Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven, 2013, 128 e Somek, cit., 85 e 94-95.

³⁵ Per una ricostruzione più articolata si veda il recente contributo di B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge, Mass., 2019, 3-23, dove si osserva che in Europa convivono tre paradigmi di legittimazione delle costituzioni (*revolutionary, establishment ed elite*).

³⁶ Ne dà una vivida ricostruzione G. De Luna, *La Repubblica inquieta. L'Italia della Costituzione 1946-1948*, Milano, 2017. Non va dimenticato che in paesi come l'Italia e la Spagna, l'esercizio popolare del potere costituente coincide con la piena estensione del diritto di voto attivo e passivo a tutti i cittadini e le cittadine maggiorenni (nel caso spagnolo, si è in presenza di una ri-estensione dopo il protratto intervallo 1939-1977).

davvero essere concepito come il prodotto di un nuovo tipo di politica costituzionale fondata non tanto sulla riproposizione di un figurino delineato nelle dichiarazioni internazionali di diritti³⁷, quanto sulla negoziazione e sulla definizione autoctona di impegni costituzionali (“patti”) da parte di partiti politici normalmente divisi da profondi iati ideologici³⁸.

Proprio in relazione all’atteggiamento dei partiti politici è possibile riscontrare una profonda maturazione rispetto all’esperienza costituzionale del periodo intercorso tra le due guerre mondiali. Essi, infatti, sembrano aver compreso che la costituzione non è uno dei tanti oggetti del contendere all’interno del conflitto politico ordinario. Nonostante le loro divergenze, i partiti riescono nell’impresa di accordarsi su una serie di impegni costituzionali generali diretti da un lato a rigettare i capisaldi dei regimi totalitari e del liberalismo ottocentesco, dall’altro a delineare anche in positivo il profilo dell’incipiente ordine giuridico e politico³⁹. Certo, i tratti di quest’ultimo sono spesso solo abbozzati, sicché su molte delle questioni trattate la disciplina costituzionale non offre indicazioni specifiche⁴⁰. Lunghi dall’essere un limite, l’apertura si rivela presto come un pregio delle costituzioni democratico-sociali, contribuendo in maniera significativa al loro sforzo di istituzionalizzare i conflitti della società industriale⁴¹. Ed è proprio l’obiettivo di legittimare e mediare tali conflitti a costituire una vera e propria ossessione per il costituzionalismo europeo di questo periodo. Ne è prova il fatto che è raro che le costituzioni si spingano ad imporre alla politica una concezione unitaria del bene pubblico. Molto più spesso la costituzione si limita a stabilire i presupposti formali e sostanziali della competizione politica. Alle norme costituzionali non spetta infatti il compito di dettare alla politica un programma ben definito⁴²; ad esse compete piuttosto il diverso ruolo di organizzare il processo politico attraverso procedure e principi capaci di far emergere ed incanalare la pluralità di aspirazioni, istanze ed interessi presenti nella società⁴³.

Volendo ricostruire l’idealtipo del costituzionalismo democratico e sociale a partire dagli impegni costituzionali che ne sono alla radice, è doveroso assegnare

³⁷ Somek, cit., 94-95.

³⁸ Zagrebelsky, cit., capitolo 4.

³⁹ La necessità di ripudiare la precedente identità costituzionale ma, al contempo, di trasformarne e reincorporarne alcuni tratti è evidenziata da M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Oxon, 2010, 185-188.

⁴⁰ Le norme costituzionali di principio incorporano infatti un *conflictual consensus*, cf. C. Mouffe, *On the Political*, Oxon, 2005, 121.

⁴¹ R. Bin, *Che cos’è la Costituzione?*, in XXVII *Quaderni costituzionali*, 19-21 (2007).

⁴² Zagrebelsky, cit., 133-135. A testimonianza della consapevolezza di questo diverso ruolo della costituzione si può ricordare come, nell’ambito dell’Assemblea Costituente, il Partito Comunista Italiano non pretese di perseguire in costituzione il superamento dell’economia capitalista, ma puntò all’inserimento di significativi elementi di giustizia sociale e di garanzie ai diritti civili e politici che avrebbero permesso l’azione politica e sindacale necessarie ad influire sugli organi di indirizzo politico, cfr. F. Saitto, *I rapporti economici. Stato e mercato tra intervento e regolazione*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, Milano, 2018, 141-142.

⁴³ V. Onida, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, Bologna, 1997, 107.

un ruolo di primo piano alla *democrazia*⁴⁴. Le costituzioni nazionali del secondo dopoguerra sono anzitutto documenti diretti a valorizzare i diritti politici e l'autogoverno democratico. Proprio in esse si porta a compimento il processo di allargamento del suffragio, segnando anche a questo riguardo una chiara cesura non solo con l'autoritarismo fascista, ma anche con il classismo del liberalismo ottocentesco. La piena affermazione dei diritti politici non si esaurisce nella pur essenziale dimensione individuale, ma si estende altrettanto significativamente alla dimensione collettiva. Il costituzionalismo democratico e sociale ripone infatti piena fiducia nei partiti politici quali interpreti principali della politica nazionale⁴⁵ e nella democrazia rappresentativa quale principale metodo di istituzionalizzazione dei loro conflitti⁴⁶. Quest'ultima infatti appare da subito come la formula più adeguata a riflettere le tensioni ed i rapporti di forza esistenti nella società, ad incoraggiare il controllo democratico sull'azione dei governi e a favorire la mediazione dei conflitti, riconoscendo alla dialettica democratica la capacità, almeno potenziale, di trasformare gli impulsi politici in giudizi politici⁴⁷.

La rigidità delle costituzioni non è di ostacolo allo sviluppo di forme anche accese di competizione politica. Come si è detto, le costituzioni democratico-sociali stabiliscono una serie di coordinate fondamentali idonee ad ospitare un'ampia varietà di opzioni politiche⁴⁸. La libertà politica, a ben vedere, non viene soltanto limitata, ma viene piuttosto costituita⁴⁹. Insomma, la costituzione detta le procedure decisionali e garantisce una serie di diritti e di strumenti che agevolano e riequilibrano la partecipazione ai processi sociali e politici⁵⁰, dimostrando perciò di non volere predefinire le scelte politiche contingenti o imporre al legislatore un programma politico predefinito. Il legislatore, infatti, gode di ampia libertà tanto in merito agli obiettivi verso cui indirizzare la propria azione quanto in merito alle strategie e agli strumenti per il loro perseguimento.

Un simile impegno in direzione della valorizzazione della libertà politica e della democrazia rappresentativa non è assunto a cuor leggero. Tutte le forze politiche conservano vividi ricordi dell'esperienza costituzionale degli anni Venti e Trenta e, in particolare, della destabilizzazione dei regimi parlamentari ad opera

⁴⁴ C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX, Padova, 1975-1976, 149.

⁴⁵ Non è un caso che proprio nelle prime costituzioni democratico-sociali il loro ruolo sia espressamente codificato, cfr. art. 49 della Costituzione italiana e art. 21 della Legge fondamentale tedesca. L'esigenza di dare ai partiti politici una base costituzionale era già stata espressa da H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* [1929] (trad. G. Melloni) in Id., *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 2010, 62-63.

⁴⁶ Id., 104-106. Sulla manifestazione competitiva del principio democratico si veda A. J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, 1947, capitolo XXII.

⁴⁷ J. Waldron, *Political Political Theory*, Cambridge, Mass., 2016, capitolo 6.

⁴⁸ C. S. Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 1992.

⁴⁹ H. Heller, *Rule of law or dictatorship?*, in 16 *Economy and Society* (1987) 127; M. García Pelayo, *Las Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977; S. d'Albergo, *Costituzione e organizzazione del potere nell'ordinamento italiano*, 1991.

⁵⁰ A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, 51-52, dove si fa riferimento alla libertà sindacale, il diritto di sciopero e gli strumenti di programmazione economica quali istituti di democrazia economica.

di forze eversive illiberali. Proprio queste esperienze inducono ad una robusta sorveglianza ai confini dei sistemi politici: soprattutto nei paesi più esposti al rischio di una regressione autoritaria, le costituzioni assumono un carattere militante⁵¹, prevedendo espressamente strumenti diretti a contrastare e financo a bandire i partiti anti-sistema⁵².

Il profilo militante delle costituzioni democratico-sociali permette di comprendere come la loro apertura non vada confusa (né in teoria né in pratica) con una supposta neutralità⁵³. Il costituzionalismo democratico-sociale, infatti, non esita a manifestare le proprie preferenze valoriali, se non addirittura ideologiche. Ci si imbatte qui nel secondo impegno costituzionale che caratterizza le costituzioni del secondo dopoguerra, ovvero quello verso la *legalità costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali*. Le costituzioni nazionali approvate nel secondo dopoguerra ospitano ricchi cataloghi di diritti fondamentali, esprimendo così un impegno condiviso delle comunità politiche nazionali nella direzione della tutela della persona e della dignità umana. Quest'ultimo principio manifesta l'aspirazione a rovesciare il rapporto tra stato e persona, affermando, in aperta polemica con le concezioni filosofiche e giuridiche stataliste, la piena strumentalità del primo rispetto alla seconda⁵⁴. Un simile sovvertimento non esaurisce la propria portata nella pur importante dimensione concettuale, ma aspira a pervadere l'intero ordine giuridico e politico, indicando alle forze politiche l'orizzonte programmatico della creazione di un uomo nuovo⁵⁵. Pienamente immersa nella temperie della società industriale⁵⁶, questa creatura si distingue anzitutto per la titolarità di una radicale pretesa all'emancipazione⁵⁷, intesa anzitutto come liberazione dai più impellenti bisogni materiali⁵⁸.

⁵¹ Si veda K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights. I*, in *31 American Political Science Review*, 417 (1937) e K. Loewenstein, *Militant Democracy and Fundamental Rights. II*, in *31 American Political Science Review*, 638 (1937). Cfr. anche J-W. Müller, *Militant Democracy*, in M. Rosenfeld, A. Sajó, cit., 1253 e G. Capoccia, *Defending Democracy: Reactions to Extremism in Interwar Europe*, Baltimore, Maryland, 2005.

⁵² Si vedano in via esemplificativa l'art. 21 (2) della Legge fondamentale tedesca e la XII disposizione transitoria e finale della Costituzione italiana. Certamente, e come è risaputo, il clima di guerra fredda ha portato a palesi abusi della democrazia militante, che da concetto rispondente ad una logica anti-fascista si è tramutato in strumento di lotta ideologica in chiave anti-comunista. Si vedano, per esempio, R. A. Monson, *Political Toleration versus Militant Democracy: The Case of West Germany*, *7 German Studies Review*, 301 (1984) e C. Invernizzi Accetti e I. Zuckerman, *What's wrong with militant democracy?*, *65 Political Studies*, 182 (2016).

⁵³ Zagrebelsky, cit., 137, dove si osserva che anche le costituzioni aperte contengono dei residui decisionisti escludenti.

⁵⁴ Si veda a riguardo G. D'Amico, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in Cortese, Caruso, Rossi, cit., 101-110.

⁵⁵ D'Amico, cit., 101. Sul tema della *reformatio* si veda G. Dossetti, *Funzioni e ordinamento dello stato moderno*, in *2 Quaderni di Iustitia*, 16 (1953).

⁵⁶ D'Amico, cit., 110-111. La figura dell'*homme situé* è al centro delle riflessioni di G. Burdeau, *La democrazia* [1956], Roma-Ivrea, 25-41.

⁵⁷ Espresa in forma sintetica agli artt. 3 (2) della Costituzione italiana e 9 (2) della Costituzione spagnola. Sulla dignità intesa come emancipazione come principio originario ispiratore delle costituzioni democratico-sociali si veda Somek, cit., 155-158.

⁵⁸ Saitto, cit., 143.

A ben vedere, proprio alla soddisfazione di questi bisogni risponde il riconoscimento dei diritti civili, politici e sociali. Lungi dall'essere concepiti in base al modello offerto dal diritto di proprietà, anche i diritti subiscono un'importante trasfigurazione. Immersi in un contesto costituzionale contraddistinto da un preminente *ethos* comunitario⁵⁹, essi si presentano come entità interconnesse di cui si afferma l'indivisibilità. Ne derivano profonde conseguenze visibili anzitutto nell'impossibilità di stabilire tra di essi un ordine gerarchico fisso⁶⁰ e nella possibilità di apportare ad essi limitazioni legislative nell'interesse pubblico⁶¹.

L'impegno del costituzionalismo democratico-sociale verso la tutela dei diritti fondamentali trova un immediato riscontro nella rigidità della costituzione e nella diffusione di sistemi di giustizia costituzionale⁶². Superate le esitazioni che tra le due guerre avevano impedito l'affermazione della giustizia costituzionale⁶³, nella maggior parte dei paesi europei si istituiscono corti costituzionali incaricate di controllare che l'azione legislativa e, più in generale, l'esercizio dei poteri pubblici sia conforme ai principi costituzionali e, soprattutto, ai diritti fondamentali⁶⁴. Anche attraverso la giustizia costituzionale, perciò, i diritti costituzionali non solo iniziano ad arginare l'azione legislativa ma, aspetto questo forse più importante, contribuiscono ad una catarsi valoriale complessiva dell'ordinamento⁶⁵, assurgendo a punti di riferimento imprescindibili nello sviluppo della cultura politica democratica⁶⁶. In questo modo si generano un nuovo tipo di linguaggio politico e, di riflesso, un nuovo tipo di legalità⁶⁷ incentrati sulla

⁵⁹ Le cui origini sarebbero riconducibili alla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, cfr. Somek, cit., 156-157.

⁶⁰ R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 40.

⁶¹ Sulla concezione debole dei diritti che ne risulta si vedano G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, e K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, 2012. Per una ricostruzione delle origini storiche di questo modello, cfr. J. Bomhoff, *Balancing Constitutional Rights. The Origins and Meanings of Postwar Legal Discourse*, Cambridge, 2013, capitolo 2.

⁶² Per una ricostruzione si veda V. Ferreres Comella, *Constitutional Courts & Democratic Values. A European Perspective*, New Haven & London, 2009, 3-26. Un'approfondita analisi comparata è sviluppata in M. De Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford and Portland, 2014.

⁶³ Un ruolo rilevante nell'ostacolare l'adozione della giustizia costituzionale va riconosciuto alla giurisprudenza della Corte Suprema americana esemplificata dalla sentenza *Lochner*. Cfr. E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis: l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, 1921 e E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, 2012, 15-16. Si veda anche P. Cruz, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, 1987.

⁶⁴ Sull'espansione del controllo di costituzionalità in Europa si veda M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968 e Zagrebelsky, cit., capitolo VIII.

⁶⁵ Somek, cit., 97-100 Di "magmatica pervasione dell'ordinamento" parla invece D'Amico, cit., 114.

⁶⁶ Occorre tuttavia precisare come nel disegno originario le costituzioni nazionali fossero destinate anzitutto ad una attuazione in sede legislativa e come solo successivamente sia venuta in rilievo la loro attuazione giudiziaria, cfr. M. Fioravanti, *La trasformazione costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 295 (2014).

⁶⁷ Di passaggio da una cultura giuridica dell'autorità ad una cultura giuridica della

tutela dei diritti fondamentali come principi costituzionali, sul principio di proporzionalità e sull'interpretazione conforme delle norme legislative⁶⁸.

Si è più volte sottolineato che la polemica con il passato⁶⁹ che anima il costituzionalismo democratico-sociale non è rivolta solo alle esperienze totalitarie, ma anche alle loro radici individuate nell'irrisolta questione sociale⁷⁰. L'orientamento tenuto dalle costituzioni nazionali nel secondo dopoguerra riguardo a conflitti che per tutta la prima parte del Novecento erano apparsi intrattabili si manifesta anzitutto in forma negativa attraverso l'esclusione tanto del modello collettivista quanto del *laissez-faire* dall'ambito delle opzioni politiche legittimamente perseguibili all'interno del perimetro costituzionale. Agli occhi dei costituenti europei, entrambi questi modelli di governo dell'economia appaiono come fonti di destabilizzazione dell'ordine costituzionale che potrebbero rapidamente condurre ad involuzioni autoritarie. Questa scelta trova esplicita conferma nell'assunzione da parte delle costituzioni nazionali di un impegno alla promozione della *giustizia sociale*⁷¹, concetto che delinea un orizzonte condiviso in cui si persegue il governo dei processi economici all'interno di una robusta rete di protezione sociale⁷². Un simile impegno costituzionale non implica l'adesione ad uno specifico indirizzo di politica economica⁷³, potendosi esso declinare tanto attraverso politiche di stampo interventista quanto per mezzo di approcci ispirati all'idea della regolamentazione⁷⁴. Ne è prova il fatto che mentre nella Repubblica Federale tedesca, sotto la spinta della scuola ordoliberal, si persegue attivamente l'efficienza economica dei mercati quale obiettivo da cui dovrebbe discendere a cascata un più ampio progresso sociale (in un contesto segnato dalla netta divisione delle strutture e procedure per decidere sulla politica fiscale e la politica monetaria)⁷⁵, in paesi come la Francia l'influenza delle teorie keynesiane orienta l'intervento pubblico decisamente in direzione delle politiche industriali, della programmazione, delle nazionalizzazioni dei monopoli, della politica monetaria discrezionale sotto propulsione politica e del sostegno alla domanda⁷⁶. È attraverso simili strumenti che le costituzioni democratico-sociali ridefiniscono lo

giustificazione parlano M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge, 2013, capitolo 6.

⁶⁸ Sul percorso evolutivo della legalità costituzionale si veda Cohen-Eliya, Porat, cit., capitolo 2, e, soprattutto, Bomhoff, cit., capitoli 3 e 4.

⁶⁹ P. Calamandrei, *Discorso ai giovani sulla costituzione*, 28 Gennaio 1955.

⁷⁰ Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., 19-21.

⁷¹ D. Miller, *Principles of Social Justice*, Cambridge-London, 2003, 3-4.

⁷² Si è parlato a riguardo di un modello che aspira alla cattura dell'economico da parte del politico, cfr. M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 161 (1996).

⁷³ In questo senso il Tribunale costituzionale federale tedesco fin dalla *Investitionshilfe* (BVerfGE 4, 7).

⁷⁴ Saitto, cit., 127-128.

⁷⁵ F. Felice, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008, 21-29.

⁷⁶ Il significativo impatto della spesa pubblica nel sostegno alla domanda con investimenti nei settori della difesa, dell'edilizia pubblica, della modernizzazione industriale e dell'istruzione è evidenziato da Milward, cit., 34-36.

status ed i limiti della libertà d'impresa e della proprietà privata, subordinandole nel loro esercizio alla prioritaria soddisfazione di bisogni sociali ed economici fino a quel momento lasciati perlopiù inevasi. Più in generale, è l'insieme dei rapporti tra sfera pubblica e privata a subire una drastica trasformazione attraverso il massiccio ricorso alla leva fiscale⁷⁷ e l'instaurazione di un imponente apparato di *welfare*, inclusivo di programmi di sicurezza sociale e di sostegno ai disoccupati, strumenti di promozione dell'accesso al mercato del lavoro, misure dirette a garantire la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro, strumenti diretti a difendere il potere di acquisto dei salari e, più in generale, politiche economiche e monetarie ispirate all'obiettivo della piena occupazione⁷⁸.

Infine, il costituzionalismo democratico-sociale si distingue anche per l'impegno alla *cooperazione internazionale e sovranazionale*. Benché prevalentemente dedite all'instaurazione di un ordine giuridico e politico nazionale imperniato sulla democrazia rappresentativa, la tutela dei diritti fondamentali e la giustizia sociale, le costituzioni democratico-sociali sono tutt'altro che documenti autoreferenziali⁷⁹. Reagendo alla propensione degli stati europei ad intraprendere strategie imperialiste o a ricorrere a politiche protezionistiche, esse assumono un impegno inequivocabile a promuovere un sistema di relazioni internazionali governato dal diritto internazionale⁸⁰. Agli albori del costituzionalismo democratico-sociale, un senso di ineluttabilità storica sembra accompagnare l'associazionismo internazionale⁸¹, anche se non sempre vi è accordo tra i costituenti sull'obiettivo a cui tale apertura debba servire e sugli assetti istituzionali compatibili con questo impegno⁸². Ciò che appare chiaro è che la cooperazione multilaterale non è promossa solo come una soluzione diretta a prevenire o disinnescare conflitti distruttivi; ad essa ci si affida anche in virtù del suo possibile apporto al perseguimento degli altri impegni costituzionali⁸³. Nel manifestare un atteggiamento favorevole alla cooperazione internazionale, perciò, le costituzioni nazionali non cercano solo di recuperare la reputazione

⁷⁷ F. Neumark, *Principios de la Imposición*, Madrid, 1974; S. Steinmo, *The End of Redistribution? International Pressures and Domestic Tax Policy Choices*, in 37 *Challenge*, 10-12 (1994); Id. *Taxation and Democracy*, New Haven and London, 1996.

⁷⁸ C. Offe, *The European Model of "Social" Capitalism: Can It Survive European Integration?* (2003) *The Journal of Political Philosophy*, 450-453. Per una ricostruzione dell'evoluzione storica del welfare state in Europa si veda anche M. Stolleis, *The European Welfare State: A Model under Threat?* in XLVI *Quaderni fiorentini*, 25 (2017).

⁷⁹ P. Faraguna, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in Cortese, Caruso, Rossi, cit., 67-68.

⁸⁰ Di inedita apertura delle costituzioni alla cooperazione internazionale parla B. De Witte, *The European Union as an International Legal Experiment*, in G. de Búrca, J. H. H. Weiler (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2012, 26-27.

⁸¹ Faraguna, cit., 72.

⁸² Ibidem, 81.

⁸³ Il contributo delle organizzazioni multilaterali al rafforzamento delle democrazie costituzionali nazionali è stato individuato nella loro idoneità a contrastare i fenomeni di cattura del regolatore, a sostenere la protezione dei diritti individuali e delle minoranze e a rafforzare le basi epistemiche delle decisioni pubbliche, cf. Kehoane, Macedo, Moravcsik, cit., 6-9.

internazionale perduta⁸⁴ o di sviluppare un vincolo esterno diretto a mettere in sicurezza determinati principi e assetti istituzionali di impostazione liberaldemocratica⁸⁵. L'apertura alla cooperazione internazionale aspira ad obiettivi ulteriori quali il superamento dell'autarchia politica ed economica⁸⁶ e la creazione di sbocchi commerciali per la produzione industriale nazionale⁸⁷. In ogni caso, non vi può essere contraddizione tra la collaborazione intergovernativa e l'organizzazione della vita politica, economica e sociale nazionale⁸⁸. Pertanto, se è possibile sostenere che le clausole di integrazione contenute nelle costituzioni nazionali possano comportare deroghe all'allocazione dei poteri statali⁸⁹, lo stesso non si può dire quando ad essere limitati sono gli altri impegni alla base del costituzionalismo democratico-sociale.

2.2. L'ambivalenza della Comunità economica europea

Il significato ed i limiti dell'impegno delle costituzioni democratico-sociali verso la cooperazione internazionale sono oggetto di importanti e, talvolta, animate discussioni fin dagli albori del processo di integrazione europea⁹⁰. I Trattati europei stabiliscono sin dalle loro prime versioni norme che prefigurano una relazione ambivalente con gli altri impegni a fondamento del costituzionalismo democratico-sociale. Tale ambivalenza non riflette solo i limiti del consenso politico sottostante alle nuove costituzioni, ma è anche il frutto di tensioni oggettivamente riscontrabili tra quegli impegni.

Si badi, l'ambivalenza di cui qui si tratta non ha però un carattere solo derivato, ovvero non è semplicemente un prodotto di risulta delle tensioni e delle incertezze insite nel costituzionalismo del secondo dopoguerra. Ad essere ambivalente è anche e soprattutto la finalità del progetto di integrazione europea. Su questo specifico punto i trattati europei da sempre non esprimono una posizione netta. Se questo accade è essenzialmente perché tra i padri fondatori dell'Europa unita esistevano idee molto diverse tanto in relazione alla natura del processo di integrazione quanto alle modalità di condivisione del potere politico in sede sovranazionale.

Un primo snodo problematico riguarda la natura della comunità in via di instaurazione e, segnatamente, il modello in base al quale la cooperazione sovranazionale si sarebbe dovuta strutturare. Un gruppo minoritario ma comunque influente di attori preferiva la creazione di una comunità politica sovranazionale sul modello degli Stati Uniti d'Europa e, pertanto, immaginava la Comunità europea

⁸⁴ Faraguna, cit., 66.

⁸⁵ Guazzarotti, cit., 1-2.

⁸⁶ Faraguna, cit., 73-75.

⁸⁷ Milward, cit., 132-136.

⁸⁸ Somma, cit., 11.

⁸⁹ De Witte, cit., 27.

⁹⁰ Si veda ad esempio la magistrale ricostruzione dei dibattiti parlamentari riguardanti la ratifica dei Trattati CECA e CEE in merito all'interpretazione dell'art. 11 della Costituzione italiana come clausola autorizzativa in S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 276-288.

come una federazione sovranazionale⁹¹. La maggior parte degli altri attori era invece propensa ad impegnarsi in una forma più limitata di cooperazione e, pertanto, prediligeva la creazione di una struttura amministrativa sovranazionale imperniata su istituzioni e regole disciplinate dal diritto internazionale⁹².

Se questo primo dibattito è quello a cui normalmente si dedica maggiore attenzione, esiste un'ulteriore e non meno significativa questione riguardante il rapporto tra le istituzioni europee e il costituzionalismo democratico-sociale. A questo riguardo si registrano da un lato la posizione di quanti erano orientati a replicare a livello europeo gli impegni sottostanti al costituzionalismo democratico e sociale⁹³, dall'altro il tentativo di coloro che intendevano promuovere un ritorno ed un aggiornamento dei principi liberali che avevano ispirato l'immaginazione e la pratica costituzionale del diciannovesimo secolo⁹⁴. Come si è detto, le idee di questi ultimi erano state sostanzialmente sconfitte nei dibattiti costituzionali nazionali del secondo dopoguerra, ma continuavano ad essere influenti nelle discussioni e nelle decisioni in merito alla struttura dell'ordine economico internazionale⁹⁵. L'integrazione europea pareva offrire a questi attori l'opportunità di riconquistare a livello sovranazionale quanto era andato (per loro) perduto a livello nazionale⁹⁶.

Di entrambe queste tensioni recano traccia evidente i Trattati europei. Se il Trattato di Parigi non esitava ad esprimere il proprio sostegno ad una costruzione graduale di una comunità politica sovranazionale⁹⁷ e politiche economiche dirigiste⁹⁸, il Trattato di Roma sembrava in qualche misura ridimensionare l'afflato federalista e rivalutare le virtù del mercato⁹⁹. Nondimeno, l'obiettivo a lungo termine della Comunità economica europea di istituire un'unione sempre più stretta tra i popoli europei era comunque ambizioso e anche l'assetto istituzionale predisposto a quel fine, per quanto in alcuni aspetti indeterminato, creava uno

⁹¹ Si veda l'antologia W. Lipgens, *A History of European Integration: 1945-1947*, Oxford, 1982.

⁹² Cf. Milward, cit., e A. Moravcsik, *The Choice for Europe*, Cornell, 1998.

⁹³ Esempio a questo riguardo E. Rossi, A. Spinelli, *Problemi della Federazione europea*, Roma, 1944.

⁹⁴ L. Einaudi, *I problemi economici della federazione europea*, Milano, 1945; *La guerra e l'Unità europea*, Milano, 1948; L. Erhard, *Prosperity through Competition*, Londra, 1958; W. Röpke, *Economic Order and International Law*, in 86 *Recueil des Cours*, 207-273 (1954); una figura chiave ma da solito dimenticata è stata quella di Per Jacobsson; cfr. E. E. Jacobsson, *A Life for Sound Money*, Oxford, 1979.

⁹⁵ Q. Slobodian, *Globalists – The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, MA, 2017.

⁹⁶ Cfr. G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana*, Bari, 1994.

⁹⁷ Classico è a questo riguardo il riferimento alla Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950 e all'idea di un processo di unificazione basato su realizzazioni concrete che creino una solidarietà di fatto tra i popoli europei.

⁹⁸ Eloquente è a questo proposito l'art. 68 CECA, norma chiave chiamata a disciplinare il rapporto tra diritto della concorrenza e politiche sociali all'insegna della sovranità sociale degli stati membri e del contrasto al *dumping* sociale, cfr. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, 47-54.

⁹⁹ Come si evince dal ruolo centrale assegnato alle libertà economiche e al principio di concorrenza non distorta derivante dall'influente ruolo giocato nelle negoziazioni dagli attori istituzionali di orientamento ordoliberal.

spazio politico che consentiva di intraprendere un percorso verso una trasformazione controllata in senso federale. Detto questo, il programma di integrazione codificato nei Trattati era piuttosto modesto, limitandosi all'eliminazione dei dazi, delle quote e degli ostacoli di natura fiscale che ostruivano la libera circolazione delle merci e alla liberalizzazione della circolazione dei lavoratori, per quanto alla fine di un lungo periodo transitorio e comunque con un numero considerevole di clausole di salvaguardia. Non era quindi chiaro se l'enfasi del progetto fosse riposta solo sul contrasto alle tendenze autarchiche dello stato nazionale o, in aggiunta, anche su un recupero a livello sovranazionale delle garanzie alla proprietà privata e alla libertà d'impresa declassate dalle costituzioni nazionali.

Come sempre accade in queste circostanze, a sciogliere i dubbi e quindi a determinare l'effettiva direzione del processo di integrazione europea sarebbero stati il contesto internazionale e gli equilibri tra le forze politiche. A partire dall'inizio degli anni Sessanta fino a metà degli anni Settanta, il prodotto di queste variabili risolve l'ambivalenza della Comunità nella direzione dell'instaurazione di un assetto istituzionale congeniale al consolidamento del costituzionalismo democratico e sociale¹⁰⁰. Anzitutto, la Comunità europea inizia ad operare come una struttura servente agli interessi dei suoi stati membri e, di conseguenza, all'autogoverno costituzionale nazionale¹⁰¹. È qui che la tesi di Milward svolge un ruolo esplicativo essenziale, dimostrando come l'integrazione europea abbia contribuito in maniera significativa alla stabilizzazione del costituzionalismo democratico e sociale¹⁰².

Una simile sinergia si può anche apprezzare sul versante più propriamente istituzionale se si osserva che la Comunità inizia da subito a sviluppare un'identità peculiare risultante dalla combinazione di una struttura decisionale di impianto intergovernativo e di un ordinamento giuridico di natura quasi-federale capace di penetrare stabilmente all'interno degli ordinamenti costituzionali nazionali¹⁰³. Ne risulta una struttura sovranazionale dualista¹⁰⁴ che, seppur all'interno di un ambito materiale circoscritto, sviluppa una forma di regolamentazione indiretta per mezzo

¹⁰⁰ Milward, cit., 216, dove si sostiene enfaticamente che i trattati europei hanno svolto un ruolo di rinforzo esterno ai sistemi di welfare nazionali. Se questa tesi è fondata, appare difficile sostenere, come fa Somma, cit., 19-20, che sin dall'inizio i trattati europei abbiano perseguito l'obiettivo di creare un vincolo esterno diretto a spolicizzare il mercato. Lungi dall'aver un orientamento liberista, il diritto comunitario delle origini sembra piuttosto impegnato a ricostruire le precondizioni economiche per il pieno ed effettivo godimento dei diritti fondamentali, cfr. Giubboni, cit., 29-30.

¹⁰¹ Il vincolo di delegazione tra stati membri ed istituzioni europee è messo in evidenza da P. L. Lindseth, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, 2010, 44-57.

¹⁰² Milward, cit., 44.

¹⁰³ De Witte, cit., 45-46, dove si sottolineano comunque le differenze tra supremazia federale e primato del diritto comunitario, dipendente dalla cooperazione delle corti statali e dall'autorizzazione delle costituzioni nazionali.

¹⁰⁴ J. H. H. Weiler, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *1 Yearbook of European Law*, 267 (1981).

della quale le istituzioni sovranazionali riescono a co-optare i legislatori, le amministrazioni e financo le corti nazionali nel perseguimento di obiettivi condivisi.

Se si passa all'analisi della dimensione sostanziale del diritto comunitario delle origini, è facile osservare come questo sia inizialmente interpretato con l'obiettivo di valorizzare piuttosto che contraddire gli impegni cardine del costituzionalismo democratico e sociale¹⁰⁵. L'integrazione economica è in larga misura concepita in direzione del consolidamento e del rafforzamento delle costituzioni nazionali e delle strutture chiamate a darne concreta attuazione, evolvendo secondo un paradigma relazionale non dissimile da quello sottostante al diritto internazionale dell'economia del secondo dopoguerra¹⁰⁶. In maniera probabilmente artificiale si istituisce un ordine giuridico e politico complessivo imperniato su una divisione del lavoro in cui alle istituzioni comunitarie è assegnato il compito di regolare il commercio delle merci alla luce di principi di razionalità economica, mentre gli stati sono chiamati a manovrare, apparentemente senza interferenze da parte della Comunità¹⁰⁷, le leve macroeconomiche e sociali in ossequio ai loro impegni costituzionali¹⁰⁸.

Nell'attuazione di un simile modello, tre sono gli sviluppi che si rivelano decisivi. Anzitutto, in questa fase vi è consapevolezza del fatto che l'integrazione economica deve procedere contestualmente all'integrazione politica. Non è un caso che tutti i passi compiuti in direzione dell'apertura dei mercati siano accompagnati da decisioni a livello politico. È questo e non altro a determinare una netta distinzione tra, da un lato, il regime della circolazione delle merci e dei lavoratori e, dall'altro, quello del diritto di stabilimento e della libera circolazione dei capitali. Mentre sulla liberalizzazione di merci e lavoratori già nei Trattati si era trovato un accordo (inclusivo delle necessarie clausole di salvaguardia), sulla liberalizzazione di capitali e sul diritto di stabilimento si deve attendere la maturazione di un ampio consenso politico e l'individuazione di strumenti diretti a conciliare tali obiettivi con gli impegni fondativi del costituzionalismo democratico e sociale¹⁰⁹.

In secondo luogo, la sinergia tra integrazione europea e costituzioni nazionali viene conseguita attraverso una particolare interpretazione dei principi di regolamentazione del mercato. In questo periodo, la Corte di giustizia si dimostra scarsamente propensa a trattare la libera di circolazione delle merci e dei lavoratori come surrogati sovranazionali della libertà d'impresa e del diritto di proprietà¹¹⁰. A prevalere è invece una giurisprudenza incentrata sulla garanzia del

¹⁰⁵ Giubboni, cit., 68-69.

¹⁰⁶ J. Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in 36 *International Organization*, 393 (1982).

¹⁰⁷ F. W. Scharpf, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in 40 *Journal of Common Market Studies*, 645 (2002).

¹⁰⁸ C. Joerges, *Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict-of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation*, in 10 *German Law Journal*, 341 (2009).

¹⁰⁹ Cfr. l'articolo 67 del Trattato della Comunità Economica Europea, da cui emerge che ciò che effettivamente il mercato comune richiede è la libertà dei pagamenti e che la liberalizzazione dei movimenti di capitali è richiesta solo nella misura in cui ciò è necessario per la creazione di un mercato comune.

¹¹⁰ In *Costa* (C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66), la Corte di giustizia europea ha stabilito che la

divieto di discriminazione sulla base della nazionalità¹¹¹. Di conseguenza, l'obiettivo di creare un mercato *interno* è declinato nel senso di istituire un mercato *comune*, all'interno del quale gli stati membri sono tenuti ad assicurare parità di trattamento ai cittadini di altri stati membri, senza che il contenuto di questo trattamento sia in alcun modo definito dal diritto comunitario. Insomma, all'interno di una simile concezione delle libertà economiche, gli stati membri mantengono ampi margini di autonomia per definire gli obiettivi e gli strumenti delle loro politiche economiche e sociali. Al contempo, i cittadini degli stati europei acquistano una serie limitata di diritti di origine comunitaria complementari a quelli previsti dalle costituzioni nazionali. Ne emerge una forma embrionale di cittadinanza (si potrebbe dire una "proto-cittadinanza") che viene in rilievo nel momento in cui l'individuo si trasferisce in un altro stato membro e che implica la ridefinizione attraverso il criterio della residenza di comunità di assicurazione tradizionalmente impiegate sul criterio della nazionalità¹¹².

In terzo luogo, si predispongono infrastrutture monetarie e finanziarie (in un primo tempo l'Unione europea dei pagamenti, successivamente gli accordi di Bretton Woods) dirette a conciliare la stabilità del cambio con il potere di ogni stato di controllare i flussi di reddito e ricchezza e, di conseguenza, di determinare le proprie politiche monetarie e fiscali. A tale proposito, l'Unione europea dei pagamenti è stata persino più audace del sistema internazionale di Bretton Woods, sistema in cui invece il dollaro USA continuava a svolgere un ruolo egemonico ed in cui gli stati europei avevano un margine più ridotto per attuare la politica monetaria in relazione alle loro specifiche esigenze economiche, sociali e politiche. Nonostante questa importante differenza, entrambi i regimi operano nella direzione di compensare le disparità tra i pagamenti in entrata ed in uscita e di facilitare i necessari aggiustamenti in caso di squilibri, assicurando condizioni idonee alla sostenibilità del costituzionalismo democratico e sociale¹¹³.

Attraverso l'insieme di questi strumenti l'integrazione economica europea determina le condizioni per la ricostruzione economica del secondo dopoguerra e per un consolidamento protrattosi per oltre dieci anni. L'incremento degli scambi commerciali intra-comunitari testimonia il contributo dell'integrazione economica alla creazione di condizioni politiche, economiche e sociali favorevoli al

nazionalizzazione dell'impresa produttrice di energia elettrica era congruente con il contenuto sostanziale del diritto europeo (contrariamente a quanto sostenuto dall'attore, cfr. A. Arena, *How European Law Became Supreme: the making of Costa v. ENEL*, in 30 *European Journal of International Law*, 1017), e in *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114) che il bene collettivo di una politica agricola comune giustifica una limitazione al diritto di proprietà privata.

¹¹¹ Il modello di costituzione economica che ispira la regolamentazione del mercato comune in questa fase è quello che è stato definito *state regulation under non-discrimination*, cfr. M. Poiars Maduro, *We, the court*, 1998, Oxford and Portland, 143-149.

¹¹² Questo obiettivo era per il vero già stato affermato in sede di Consiglio di Europa nel *European Convention on Establishment, and Protocol thereto*, 13 Dicembre 1955, European Treaty Series, n. 19, disponibile a <tinyurl.com/y7xjb9qj>.

¹¹³ Sul'Unione europea dei pagamenti si veda B. Eichengreen, *Reconstructing Europe's Trade and Payments: European Payments Union*, Manchester, Manchester, 1993; R. Salais, *Le viol de l'Europe*, Paris, 2013.

perseguimento degli impegni alla base del costituzionalismo democratico e sociale¹¹⁴. Anche all'integrazione europea va pertanto riconosciuto il merito di aver contribuito al successo effettivo di questo nuovo tipo di costituzionalismo, nonostante l'esistenza di tensioni e di diversi aspetti bisognosi di perfezionamento.

Lungi dall'essere privo di difetti, l'assetto istituzionale risultante dalla combinazione di costituzioni nazionali e Comunità economica europea è afflitto da insanabili contraddizioni¹¹⁵. Ma, al di là delle più o meno gravi disfunzioni riscontrabili nelle istituzioni, ad essere precario è soprattutto il contesto in cui questo ordine giuridico e politico è inserito. Il consenso politico di cui tanto gli stati quanto la Comunità beneficiano è alimentato da alti tassi di crescita economica, una condizione che sicuramente contribuisce ad approntare le prime serie risposte alla questione sociale, ma che non si sarebbe protratta per un periodo indefinito. Già alla fine degli anni Sessanta sono numerosi i segnali che indicano che il ciclo positivo volge al termine. L'esaurimento di questa fase si sarebbe certificato negli anni Settanta in occasione di una concomitante crisi economica e finanziaria che, tra le varie conseguenze, avrebbe comportato anche la destabilizzazione tanto della Comunità economica europea quanto del costituzionalismo democratico e sociale.

Più nello specifico, con la crisi economica e finanziaria del 1973 i conflitti distributivi si acuiscono, senza che le istituzioni europee e nazionali siano in grado di indirizzarli verso un esito positivo¹¹⁶. Le istituzioni europee si dimostrano capaci di imporre stabilmente dei limiti ai poteri decisionali degli stati membri, ma rimangono strutturalmente incapaci di elaborare misure di regolamentazione del mercato dotate della necessaria legittimazione ed efficacia. Diffusa infatti è la percezione che le istituzioni della Comunità non siano in possesso delle credenziali democratiche e delle capacità amministrative necessarie a sviluppare politiche con effetti apertamente redistributivi¹¹⁷. Insomma, l'idea di mantenere una simmetria tra integrazione politica ed integrazione economica si rivela in questa fase apertamente disfunzionale, poiché l'impatto asimmetrico della crisi acuisce la conflittualità e rende pressoché impossibili le decisioni all'unanimità¹¹⁸.

Con la Comunità europea di fatto ad un punto morto, spetta soprattutto agli stati membri apprestare una risposta alla crisi economica. Inizialmente molti governi nazionali tentano di stimolare l'economia per mezzo delle leve

¹¹⁴ Milward, cit., 135-136, dove si evidenzia come sia stata soprattutto l'economia tedesca a svolgere, tanto sul lato delle esportazioni e quanto delle importazioni, un essenziale ruolo di volano per il commercio intra-comunitario.

¹¹⁵ Infatti, la garanzia della trasmissione della legittimità democratica del livello nazionale al livello europeo attraverso la regola della unanimità nelle decisioni del Consiglio dei Ministri è condannata a diventare, con il tempo, un elemento di rigidità, nella misura in cui rende quasi impossibile modificare le decisioni già prese, anche quando non sono più sostenute dagli stati che originalmente le avevano volute. Si veda F. W. Scharpf, *The Joint-Decision Trap: Lessons from German Federalism and European Integration*, 66 *Public Administration* 239 (1988).

¹¹⁶ Cfr. W. Streeck, *Progressive Regression*, in 118 *New Left Review*, 117 (2019).

¹¹⁷ G. Majone, *The European Community between Social Policy and Social Regulation*, in 31 *Journal of Common Market Studies*, 153 (1993).

¹¹⁸ Scharpf, *The Joint Decision Trap*, cit.

macroeconomiche predisposte e collaudate nel secondo dopoguerra. Tuttavia, la turbolenza monetaria e l'incapacità di coordinare gli interventi nazionali non hanno solo l'effetto di limitare fortemente l'efficacia di quegli strumenti, ma producono profonde differenze tra gli stati membri non solo in relazione al tipo di politiche necessarie a mantenere fede agli impegni costituzionali, ma anche in merito alla perdurante validità e praticabilità di questi ultimi¹¹⁹.

Nel complesso, questi sviluppi determinano una situazione in cui gli obiettivi dell'integrazione europea subiscono una trasformazione apparentemente inesorabile. La fine degli anni Settanta è da questo punto di vista un periodo decisivo. In pochi mesi in diverse istituzioni della Comunità si adottano simultaneamente una serie di decisioni cruciali che hanno l'effetto di ridefinire il senso e la finalità dell'integrazione economica. Nell'autunno del 1978 viene stipulato l'accordo sul Sistema Monetario Europeo, una infrastruttura monetaria comunitaria che apre la strada verso la creazione di una moneta unica¹²⁰. Nell'inverno del 1979 la Corte di giustizia decide il caso *Cassis de Dijon*¹²¹, elevando l'idea dell'accesso al mercato (in luogo del divieto di discriminazione in base alla nazionalità) come principale criterio di regolamentazione del mercato interno e creando le premesse per uno sviluppo dell'integrazione economica secondo un modello di tipo competitivo¹²². Ognuna di queste decisioni ha una portata fondamentale, visto che la moneta unica ed il mercato unico finiranno per modificare in maniera radicale l'ordine economico e sociale europeo. A tempo debito condurranno all'affermazione della stabilità monetaria e di una concezione radicale della proprietà privata e della libertà d'iniziativa economica come norme fondamentali sostanziali del diritto comunitario. Un simile sviluppo implicherà non solo una ridefinizione della natura del processo di integrazione ma, soprattutto, un diverso paradigma relazionale con gli stati membri e, quindi, con gli impegni fondanti del costituzionalismo democratico e sociale.

3. Torsioni neoliberali

3.1. La svolta neoliberale ed il costituzionalismo della belle époque

La fase evolutiva del processo di integrazione europea che si apre con le crisi degli anni Settanta e che procede con l'Atto unico europeo ed il Trattato di Maastricht è solitamente presentata come un periodo di profondo rilancio e trasformazione

¹¹⁹ Sulle conseguenze della turbolenza finanziaria, si veda R. Brenner, *The Economics of Global Turbulence: The Advanced Capitalist Economies from Long Boom to Long Downturn, 1945-2005*, London, 1998; sulle politiche applicate, si vedano le posizioni contrastanti di P. Armstrong, A. Glyn e John Harrison, *Capitalism since 1945*, Oxford, 1991 e B. Eichengreen, *The European Economy since 1945*, Princeton, 2008.

¹²⁰ Come è noto, si tratta di decisioni che saranno codificate successivamente nel Trattato di Maastricht, su cui v. *infra* 3.1.

¹²¹ Causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42.

¹²² Maduro, cit., 126-143.

istituzionale convenzionalmente denominato costituzionalizzazione¹²³. Secondo questa tesi, l'ordinamento comunitario vivrebbe in questa fase la propria *belle époque*, caratterizzata da una vera e propria conversione del proprio *ethos* e delle proprie strutture nella direzione del costituzionalismo democratico e sociale.

A contribuire a questo mutamento sono anzitutto una serie di riforme istituzionali quali l'espansione delle competenze della Comunità e poi dell'Unione europea, l'elezione diretta del Parlamento europeo, il graduale passaggio al voto a maggioranza qualificata nelle decisioni del Consiglio e l'incorporazione del linguaggio costituzionale, dapprima nella giurisprudenza della Corte di giustizia e in seguito anche nei Trattati. All'interno della tesi della costituzionalizzazione, quelli che sono innegabili sviluppi assurgono al rango di cambiamenti strutturali, alimentando così un tipo di immaginazione costituzionale di dubbia fondatezza.

Infatti, contrariamente a quanto sarebbe richiesto da una effettiva conversione al costituzionalismo democratico e sociale, il ricorso al linguaggio costituzionale nell'Unione europea non riflette l'assunzione dei necessari impegni costituzionali da parte di un popolo europeo o dall'insieme dei popoli nazionali interessati alla costruzione di una comunità politica sovranazionale¹²⁴. La costituzionalizzazione del diritto dell'Unione, invece, è un processo molto più ambiguo attraverso il quale gli attori istituzionali e le élite culturali dell'Unione si rifugiano nel linguaggio costituzionale per dissimulare l'effettiva portata del processo di trasformazione del costituzionalismo democratico e sociale intrapreso dall'Unione nello stesso periodo¹²⁵. Con questo non si vuole affermare che il linguaggio costituzionale non abbia ricadute concrete nel diritto dell'Unione. Non solo un certo rispetto di standard costituzionali vagamente riconducibili agli impegni sottostanti al costituzionalismo democratico e sociale è richiesto al momento dell'adesione degli stati membri¹²⁶, ma è doveroso altresì riconoscere che tanto nella regolamentazione del mercato unico¹²⁷ quanto in politiche come l'immigrazione¹²⁸ o la cooperazione in ambito penale¹²⁹ il linguaggio

¹²³ Il contributo principale a riguardo è costituito da J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999, 10. Una riflessione critica sul concetto di costituzionalizzazione è offerta da M. Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, in P. Dobner, M. Loughlin (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, 47.

¹²⁴ Per considerazioni in questo senso si vedano M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, 1643 e D. Grimm, *The Achievement of Constitutionalism and its Prospects in a Changed Worlds*, in Dobner, Loughlin, cit., 17-18.

¹²⁵ U. Haltern, *Pathos and Patina. The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination*, in 9 *European Law Journal*, 14 (2003).

¹²⁶ Cfr. artt. 2 e 49 TUE. Cf. R. Janse, *The evolution of the political criteria for accession to the European Community, 1957–1973*, in 24 *European Law Journal*, 57 (2018).

¹²⁷ Cfr. Causa C-293/12, *Digital Rights Ireland*, ECLI:EU:C:2014:238.

¹²⁸ Cfr. Causa C-391/16, *M c. Ministerstvo vnitra e X. e X. C. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, ECLI:EU:C:2019:403.

¹²⁹ Cfr. Cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, *Pál Aranyosi e Robert Căldăraru*, ECLI:EU:C:2016:198.

costituzionale ha contribuito ad una significativa ricalibratura delle politiche dell'Unione e della giurisprudenza della Corte di giustizia¹³⁰.

Tuttavia, nel contesto della creazione del mercato e della moneta unica, la retorica costituzionale ha avuto l'effetto di distrarre da una realtà in larga misura segnata dalla predominanza degli esecutivi¹³¹, dall'attivismo giudiziario e dall'attribuzione di significative funzioni di governo ad istituzioni non rappresentative. In termini più sostanziali, in questo periodo si innescano processi che, nel promuovere un riorientamento in senso neoliberale dello stato sociale e nel valorizzare una forma di cittadinanza (or forse meglio sarebbe dire pseudo-cittadinanza) ridotta a mero diritto alla mobilità, stridono con l'*ethos* originario del costituzionalismo democratico e sociale¹³².

Per dare sostanza a questa ricostruzione alternativa, è necessario anzitutto riconsiderare la portata della costituzionalizzazione del diritto dell'Unione evidenziandone i nessi di continuità con i processi di liberalizzazione iniziati alla fine degli anni Settanta. In questa fase la retorica costituzionale tende ad edulcorare una realtà nella quale l'ambivalenza originaria delle Comunità europee è risolta in direzione drasticamente neoliberale.

Un primo ambito di riflessione critica riguarda le ragioni sottostanti all'espansione delle competenze dell'Unione europea. A questo riguardo, si può considerare ormai parziale se non addirittura marginale la spiegazione secondo cui l'ampliamento delle competenze dell'Unione sarebbe il prodotto di fenomeni di *spill-over* delle politiche originali e delle crescenti ambizioni politiche delle istituzioni europee¹³³. Se infatti è sicuramente vero che l'espansione verso settori come l'immigrazione, le politiche di asilo e la cooperazione in ambito penale risponde all'interesse dei governi nazionali di approfittare dell'asserita maggiore capacità dell'Unione a governare fenomeni di portata sovranazionale, è altrettanto vero che l'ampliamento di competenze in materie riguardanti la politica economica, monetaria e sociale risponde ad una *ratio* diversa, riconducibile all'esigenza avvertita dagli stessi governi di promuovere la riforma dello stato sociale attraverso un vincolo ed un veicolo esterno¹³⁴. Che l'attribuzione di maggiori competenze all'Unione sia stata effettuata principalmente per rafforzare i vincoli

¹³⁰ L. Azoulay, *The European Court of Justice and the Duty to Respect Sensitive National Interests*, in M. Dawson, B. De Witte, E. Muir (a cura di), *Judicial Activism of the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013, 180-183.

¹³¹ Cfr. per es. M. Dani, *The Rise of the Supranational Executive and the Post-Political Drift of European Public Law*, in *24 Indiana Journal of Global Legal Studies*, 399 (2017).

¹³² Sul persistente disallineamento del diritto dell'Unione con le costituzioni democratiche e sociali si veda Bin, *Critica della teoria dei diritti*, cit., 69-94.

¹³³ Loci classici al riguardo: E. B. Haas, *The Uniting of Europe. Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*. Stanford, 1958; L. N. Lindberg, *The Political Dynamics of European Economic Integration*. Stanford, 1963.

¹³⁴ Si vedano sul punto K. Dyson and K. Featherstone, *The Road To Maastricht: Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, 2000; K. Featherstone, *The Political Dynamics of the Vincolo Esterno: The Emergence of the EMU and the Challenge to the European Social Model*, Queen's Papers on Europeanization, Working Paper No. 6/2001, 9-15, C. J. Bickerton, *European Integration. From Nation States to Member States*, Oxford, 2012, 131-136 e Somma, cit., 94.

sui circuiti di decisione democratica nazionali è evidente qualora si osservi che, contrariamente a quanto accade all'interno delle dinamiche centripete dei sistemi federali maturi, il rafforzamento delle istituzioni dell'Unione non ha comportato né un equivalente potenziamento delle istituzioni politiche sovranazionali né un proporzionale aumento bilancio dell'Unione. A ben vedere, l'europeizzazione dei poteri statali ha contribuito all'indebolimento della capacità di governo complessiva, sia in ragione della frammentazione delle funzioni legislative e amministrative in una pluralità di livelli di governo sia per il significativo coinvolgimento di attori privati. Così, mentre nella narrativa della costituzionalizzazione l'Unione assume i caratteri della forza positiva di governo, nella realtà essa opera prevalentemente come una forza impegnata nella deregolamentazione accompagnata da forme non altrettanto robuste di ri-regolazione.

La torsione neoliberale del diritto dell'Unione¹³⁵ si riscontra anzitutto nella natura delle competenze dell'Unione. In esse gli obiettivi di trasformazione in senso neoliberale sono indicati esplicitamente e anteposti ad altri potenziali obiettivi concorrenti il cui perseguimento è precluso o considerato secondario¹³⁶. L'espansione delle competenze comporta perciò un duplice costo: da un lato essa mina alla base la separazione tra politiche regolatrici e politiche redistributive che aveva contribuito all'originaria sinergia tra integrazione europea e costituzionalismo democratico-sociale; dall'altro la struttura delle nuove competenze, nel predefinire gli obiettivi delle politiche dell'Unione, ha l'effetto di erodere gli ambiti di contestazione democratica tanto a livello sovranazionale quanto a livello nazionale, rendendo particolarmente impervia se non impossibile la praticabilità di indirizzi politici diverso da quello neoliberale¹³⁷.

Un secondo ambito in cui il diritto dell'Unione mostra un'evidente inclinazione neoliberale è costituito dal contestuale consolidamento della politica monetaria iniziata con il Sistema monetario europeo e del filone giurisprudenziale inaugurato con *Cassis de Dijon*. Il Sistema monetario europeo (SME) ha l'effetto di alterare non solo la "costituzione monetaria", ma anche la costituzione politica degli stati membri e dell'Unione. Benché si tratti a prima vista di un accordo sulla parità del tasso di cambio che prevede sporadici obblighi giuridici, lo SME implica un massiccio condizionamento della politica monetaria. In particolare, invece di poter continuare ad usare la moneta ed il credito come strumenti a servizio della piena occupazione e della giustizia distributiva, gli stati che partecipano allo SME sono tenuti a considerare la difesa del valore della moneta come l'obiettivo principale della politica monetaria nazionale¹³⁸. Gradualmente le banche centrali

¹³⁵ L'efficace metafora è tratta da E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del diritto*, 481 (2013).

¹³⁶ Si vedano in via esemplificativa gli artt. 119 (2), 145 e 173 TFUE dove si indicano come prioritari gli obiettivi della stabilità dei prezzi, adattabilità della forza lavoro e competitività.

¹³⁷ Sul punto si veda, in generale, D. Grimm, *The Democratic Cost of Constitutionalization: The European Case*, in 21 *European Law Journal*, 460 (2015).

¹³⁸ I difensori dello SME lo presentarono infatti come un efficiente vincolo esterno; si veda R.

sono rese indipendenti dalle istituzioni politiche, ma rimangono soggette, per il tramite dello SME, al vincolo esterno della egemonia della Bundesbank¹³⁹. Di conseguenza, la mancanza di forza giuridica vincolante degli impegni assunti con lo SME non riduce la loro portata normativa ed il loro impatto materialmente costituzionale. Lo SME trasforma radicalmente sia le coordinate di riferimento in base a cui la politica monetaria deve essere valutata, sia l'allocazione dei poteri tenuti alla sua attuazione. Quelli che erano imperativi economici impliciti (come l'indipendenza delle banche centrali o il primato della politica monetaria sulla politica fiscale) diventano norme legalmente codificate nel Trattato di Maastricht. L'impulso verso una moneta unica contribuisce in tal modo al consolidamento di una costituzione europea funzionale che gravita attorno alle quattro libertà economiche e all'obiettivo della stabilità monetaria.

In modo analogo, i semi della radicale trasformazione in senso neoliberale piantati in *Cassis de Dijon* si sviluppano nel passaggio dal mercato comune al mercato unico. In questo nuovo contesto, tutte le libertà economiche sono riconsiderate per andare a costituire, nonostante le perduranti differenze sul piano formale, un'unica libertà di circolazione incentrata sul criterio dell'accesso al mercato¹⁴⁰. Nei fatti e, vale la pena sottolinearlo, a costituzionalizzazione in corso, questo blocco di libertà economiche dà vita ad una serie di diritti soggettivi che ridefiniscono nel senso di una accentuata deregolamentazione il contenuto sostanziale del diritto dell'Unione. Un contributo cruciale in questo senso è offerto dalla libera circolazione dei capitali. Reinterpretata negli anni Ottanta come presupposto per l'unificazione monetaria, tale libertà prefigura un dispositivo dalla notevole portata destabilizzante, non solo per la sua capacità di favorire il movimento di capitali tra gli stati membri e nei confronti dei paesi terzi¹⁴¹, ma soprattutto per l'attitudine a trasferire ai mercati finanziari un ingente potere di

Gualtieri, *L'impatto di Reagan. Politica ed economia nella crisi della prima repubblica (1978-1992)* in S. Colarizi, P. Craveri, S. Pons, G. Quagliariello (a cura di), *Gli anni ottanta come storia*, Soveria Manelli, 2004, 185.

¹³⁹ Era assolutamente prevedibile che la creazione dello SME avrebbe condotto al consolidamento della Germania come stato quasi-egemone dell'area monetaria europea. Considerato che la Germania era l'unico stato della CEE ad avere una banca centrale indipendente, lo SME implicava il trasferimento *de facto* del potere di modulare tutte le politiche monetarie degli stati membri alla unica banca centrale indipendente della Comunità, creando così un precedente fondamentale di depoliticizzazione della politica monetaria. Senza il precedente dello SME, si può dubitare, per esempio, che le banche centrali avrebbero potuto giocare un ruolo così determinante nella successiva definizione dell'Unione economica e monetaria. Sul punto, cfr. H. James, *Making the European Monetary Union: The Role of the Committee of Central Bank Governors and the Origins of the European Central Bank*, Cambridge, 2012.

¹⁴⁰ Cfr. C. Barnard, S. Deakin, *Market Access and Regulatory Competition*, in C. Barnard, J. Scott (a cura di), *The Law of the European Single Market. Unpacking the Premises*, Oxford and Portland, 197. Paradossalmente l'unica marginale correzione nella direzione di una rivalutazione del principio di non discriminazione si riscontra proprio nella libera circolazione delle merci, l'ambito in cui si erano iniziato a sperimentare il nuovo approccio alle libertà economiche, cfr. Cause riunite C-267/91 e C-268/91, *Procedimenti penali contro Bernard Keck e Daniel Mithouard*, ECLI:EU:C:1993:905.

¹⁴¹ Si veda ora l'art. 63 TFUE.

condizionamento nei confronti della politica economica degli stati membri. Accade così che alle libertà economiche sia attribuito un formidabile potenziale pervasivo e trasformativo che finisce per irradiarsi in pressoché tutti gli ambiti materiali degli ordinamenti costituzionali nazionali¹⁴². Porzioni crescenti delle politiche sociali e fiscali sono sottoposte a notevoli pressioni competitive e a stringenti controlli della Corte di giustizia in base al principio di proporzionalità. E quando, come spesso accade, tali controlli portano alla rimozione di quelle norme nazionali che anche minimamente ostacolano o scoraggiano la circolazione dei fattori di produzione, non sempre esse vengono sostituite da analoghe misure europee.

Se possibile, l'introduzione della cittadinanza europea amplifica questa tendenza. Piuttosto che ispirare una genuina rivisitazione dello status degli individui nel senso della loro piena inclusione sociale e politica negli stati di residenza, la cittadinanza europea rimane essenzialmente un istituto diretto a promuovere la mobilità oltre il perimetro segnato dalle libertà economiche¹⁴³. Un simile strumento ha sicuramente per gli individui il pregio di incrementare l'opportunità di cogliere i benefici offerti dal neoistituito spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁴⁴. Tuttavia, il criterio che ispira questo nuovo status non fa altro che consolidare una concezione sostanzialmente depoliticizzata della persona, finendo per fare della cittadinanza europea un mero *restyling* dell'*homo oeconomicus* che era chiamata a sostituire.¹⁴⁵

Già si è detto che la tesi della costituzionalizzazione è fondata sull'idea che l'Unione operi come una forza positiva di governo. Un simile presupposto è associato al massiccio ricorso all'armonizzazione positiva, reso possibile dall'introduzione del voto a maggioranza qualificata nel Consiglio e dal sistematico coinvolgimento del Parlamento europeo nei procedimenti legislativi dell'Unione¹⁴⁶. In virtù di un simile assetto istituzionale, la regolamentazione del mercato non si sostanzierebbe esclusivamente nell'applicazione giudiziaria delle libertà economiche e, di conseguenza, in un modello di regolamentazione di tipo competitivo. In un contesto di intensa armonizzazione positiva, anche la portata del passaggio dal criterio del paese di destinazione a quello del paese d'origine insita in *Cassis de Dijon* sarebbe in qualche modo ridimensionata grazie alla graduale convergenza degli standard di regolamentazione nazionali¹⁴⁷.

Due sono però gli aspetti che inducono a raffreddare gli entusiasmi per l'ascesa dell'armonizzazione positiva. Anzitutto occorre osservare che la sostituzione degli standard nazionali con quelli sovranazionali spesso comporta

¹⁴² D. Grimm, *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*, 21 *European Law Journal*, 465 (2015).

¹⁴³ Si vedano sul punto M. Everson, *The Legacy of the Market Citizen*, in J. Shaw, G. Moore (a cura di), *The New Legal Dynamics of European Union*, Oxford, 1995, 73, e N. N. Shiubhne, *The Resilience of EU market citizenship*, in 47 *Common Market Law Review*, 2010, 1597.

¹⁴⁴ Cfr. F. De Witte, *Justice in the EU*, Oxford, 2015.

¹⁴⁵ A. Menéndez e E. D. H. Olsen, *Challenging European Citizenship: Ideas and Realities in Contrast*, Houndsmill, 2020, capitoli III e IV.

¹⁴⁶ Weiler, *The Constitution of Europe*, cit., 66-86.

¹⁴⁷ Maduro, cit., 110-126.

una mutazione surrettizia degli obiettivi e del contenuto sostanziale dei regimi normativi in questione. Norme originariamente concepite con finalità non economiche si trovano ad essere sussunte all'interno della regolamentazione del mercato per essere trasformate principalmente in facilitatori dell'integrazione economica e solo secondariamente in presidi di interessi diversi dalla massimizzazione del profitto¹⁴⁸. In secondo luogo, è opportuno ricordare che l'armonizzazione non è una strategia perseguita in maniera uniforme. I regimi di tassazione ed i diritti dei lavoratori, per esempio, costituiscono ambiti in cui i trattati continuano a prevedere il voto all'unanimità e, in un'Europa ormai composta da ventisette stati membri, questo implica che nei fatti in questi ambiti la ri-regolazione è preclusa¹⁴⁹. Piuttosto agevole è intuire le conseguenze di un simile assetto istituzionale: in un contesto di accresciuta mobilità, forti sono gli incentivi per gli stati membri a convertire i sistemi di tassazione, di relazioni industriali e di sicurezza sociale in fattori di attrattività degli operatori economici più dinamici¹⁵⁰.

Pertanto, se, come si è cercato di dimostrare, il processo di costituzionalizzazione è fenomeno sovra-strutturale che non segnala un impegno costituzionale dell'Unione in direzione del costituzionalismo democratico e sociale, diviene importante comprendere quale sia l'impatto del suo nuovo assetto istituzionale sui processi di autogoverno costituzionale nazionali.

Occorre anzitutto osservare che, nonostante le massicce dosi di retorica profuse a sostegno della costituzionalizzazione dell'Unione e della cittadinanza europea, in questa fase non si registra un significativo fenomeno di identificazione collettiva con l'Unione¹⁵¹. Agli occhi dei cittadini europei le comunità politiche nazionali continuano ad assurgere a centro prioritario di discussione politica e immedesimazione culturale. Ne è prova il fatto che, anche quando l'Unione si avventura nell'elaborazione di un Trattato costituzionale, la retorica costituzionale si rivela più un tentativo di legittimare il perdurante assetto intergovernativo che il frutto di una genuina mobilitazione popolare¹⁵².

Detto questo, il fallimento nella costruzione di una comunità politica pan-europea non deve oscurare uno sviluppo di notevole portata costituzionale. In

¹⁴⁸ In merito alla concezione olistica del mercato che traspare da questo ricorso all'armonizzazione positiva si vedano le considerazioni critiche di A. Somek, *Individualism. Essay on the Authority of the European Union*, Oxford, 2008, capitolo 7.

¹⁴⁹ Artt. 114 (2) e 115 TFUE

¹⁵⁰ W. Schön, *Tax Competition in Europe – General Report*, in W. Schön (a cura di), *Tax Competition in Europe*, International Bureau of Fiscal Documentation, 2003, 17-18; M. Leibrecht e C. Hochgatterer, *Tax Competition as a cause of falling corporate Income Tax rates: A survey of the empirical literature*, in 26 *Journal of Economic Surveys* 616 (2010)

¹⁵¹ F. Cheneval, F. Schimmelfennig, *The Case for Democracy in the European Union*, in 51 *Journal of Common Market Studies*, 337-338 (2013). Di conseguenza, nemmeno la natura giuridica dell'Unione si discosta dalla propria matrice originaria di diritto internazionale, cfr. De Witte, cit., 28-37.

¹⁵² N. Walker, *Reframing EU Constitutionalism*, in J. Dunoff, J. P. P. Trachtman (a cura di), *Ruling the World?, Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, 2011, 162

questa fase un numero significativo di costituzioni statali è oggetto di riforme dirette a codificare la partecipazione al processo di integrazione europea come tratto distintivo dell'identità nazionale¹⁵³. Se dal punto di vista giuridico-formale simili interventi possono apparire poco più che un aggiornamento dell'originario impegno delle costituzioni democratico-sociali nella direzione della cooperazione internazionale, dal punto di vista politico-simbolico il loro significato non deve essere sottovalutato: un impegno costituzionale esplicito a favore del processo di integrazione europea esprime nel modo più autorevole il sostegno ad una costruzione europea basata sulla cooperazione di una pluralità di comunità politiche nazionali. Allo stesso tempo, un impegno esplicito a sostegno di un'Unione così apertamente orientata in senso neoliberale può anche essere interpretato nel senso di una disponibilità delle comunità politiche nazionali a riconsiderare i propri impegni fondativi in base a questa nuova agenda politico-costituzionale.

Il riallineamento in senso neoliberale delle costituzioni democratico-sociali è visibile anzitutto nei vincoli imposti ai circuiti democratico-rappresentativi nazionali. Imbrigliate nelle strategie di regolamentazione dell'Unione, diviene particolarmente difficile per le comunità politiche nazionali perseguire programmi politici diversi da quelli compatibili con il nuovo corso neoliberale. Questo non è solo il risultato delle pressioni competitive esercitate dai mercati e della prescrizione di obiettivi insita nelle politiche dell'Unione. Notevoli limiti alla libertà politica nazionale discendono soprattutto dalla struttura di governo dell'Unione che, tanto nelle materie soggette al metodo comunitario quanto in quelle basate sul coordinamento delle politiche nazionali, ricorre alla regolamentazione indiretta per il perseguimento degli obiettivi europei. Sebbene tale cooptazione si verifichi con modalità notevolmente diverse, in gran parte delle politiche dell'Unione ai decisori nazionali non resta che procedere all'attuazione di strategie non necessariamente allineate con le loro preferenze politiche o con gli interessi nazionali. In un simile contesto, ciò che resta del principio democratico è la scelta non più tra obiettivi politici alternativi, ma tra i diversi strumenti per il loro conseguimento. Insomma, la dialettica democratica si riduce al *come* dare corso agli orientamenti neoliberali, senza che sia dato scegliere *se* aderire o meno ad essi¹⁵⁴.

¹⁵³ Si vedano in via esemplificativa gli artt. 23 della Legge fondamentale tedesca, 88-1 della Costituzione francese, 7 (5) e (6) della Costituzione portoghese.

¹⁵⁴ Al riguardo è frequente che il problema sia sdrammatizzato osservando che in realtà i governi nazionali contribuiscono alla definizione delle misure di regolamentazione dell'Unione attraverso la partecipazione al Consiglio e alla comitologia, cfr. D. Halberstam, *Comparative Federalism and the Issue of Commandeering*, in R. Howse, K. Nicolaidis (a cura di), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and in the EU*, Oxford, 2001, 213. Se questa argomentazione rivela una certa forza persuasiva per quanto riguarda le decisioni di ridotta importanza politica, altrettanto non si può dire per le situazioni in cui la regolamentazione indiretta è impiegata in ambiti politicamente salienti. Qui, nonostante la partecipazione dei governi nazionali alle sedi decisionali dell'Unione, ci si trova comunque in presenza di decisioni risultanti da un sistema politico incapace di generare lo stesso grado di mobilitazione politica riscontrabile a livello nazionale. Di qui il possibile cortocircuito tra preferenze politiche espresse a livello sovranazionale e preferenze, in senso diverso o contrario,

L'appartenenza all'Unione ha ripercussioni evidenti anche sulla legalità costituzionale e la tutela dei diritti a livello nazionale. In ragione della dottrina del primato del diritto europeo e dell'espansione delle competenze dell'Unione, sia i diritti costituzionali che le corti costituzionali sono soggetti ad un processo di progressiva emarginazione. L'emarginazione dei diritti costituzionali si verifica anzitutto negli ambiti interessati dall'armonizzazione positiva, dove la predisposizione di regimi normativi sovranazionali porta con sé l'applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione¹⁵⁵. Ma la corrosione dei diritti costituzionali è visibile anche al di fuori delle competenze attribuite all'Unione. Tale fenomeno si riscontra nei casi in cui la protezione dei diritti costituzionali interferisce con l'applicazione delle libertà economiche, in particolare la libera circolazione dei capitali ed il diritto di stabilimento¹⁵⁶.

L'emarginazione delle corti costituzionali è invece un processo riconducibile all'ampliamento delle competenze dell'Unione e alla dottrina *Simmenthal*¹⁵⁷. Poiché quest'ultima prevede che le questioni riguardanti l'interpretazione del diritto dell'Unione direttamente applicabile siano risolte interamente nell'asse che collega le corti nazionali e la Corte di giustizia, le corti costituzionali si trovano ad operare in ambiti gradualmente ristretti e con limitate possibilità di verifica circa la compatibilità delle politiche dell'Unione con gli impegni a fondamento delle costituzioni democratico-sociali¹⁵⁸. Ne discende che non solo il monopolio del controllo di costituzionalità caratteristico della tradizione europea è chiamato in causa¹⁵⁹, ma che le corti ordinarie, in rapporto costante con la Corte di giustizia, si trovano nella condizione di controllare la compatibilità delle norme nazionali alla luce del diritto europeo con modalità per certi versi simili a quelle del controllo di costituzionalità diffuso¹⁶⁰.

Non sorprende che anche la giustizia sociale, il bersaglio più diretto della trasformazione neoliberale, sia oggetto di una notevole mutazione. Anche in questo ambito il cambiamento innescato dall'Unione non produce una rottura radicale. A prima vista l'Unione non sembra infatti costringere i propri stati a deviare dai propri impegni costituzionali originari. La strategia perseguita è più

riscontrabili a livello nazionale.

¹⁵⁵ In questi ambiti le coordinate costituzionali di riferimento sono contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE (art. 51). Il carattere politicamente evanescente dei diritti umani è evidenziato in Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., 129.

¹⁵⁶ Si veda in via esemplificativa Causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union contro Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772, su cui C. Joerges, F. Rödl, *Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in 15 *European Law Journal* 1 (2009).

¹⁵⁷ Causa C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato contro SpA Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49.

¹⁵⁸ J. Komárek, *The Place of Constitutional Courts in the EU*, in 9 *European Constitutional Law Review*, 420 (2013).

¹⁵⁹ A. Barbera, *La Carta dei Diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC* 4/2017.

¹⁶⁰ Comella, cit., 122-138.

sofisticata ed è diretta a privilegiare una particolare concezione del *welfare* imperniata sulla responsabilità individuale in luogo dell'emancipazione sociale, caratteristica della cosiddetta "terza via" social-liberale¹⁶¹. Nel procedere al coordinamento delle politiche economiche e sociali, l'Unione non sembra interessata ad emancipare gli individui dai rischi connessi al libero mercato. Le politiche dell'Unione sono sistematicamente orientate ad impiegare gli strumenti di protezione sociale per incoraggiare la partecipazione e l'adattamento degli individui alle esigenze prevalenti nei mercati. Nella migliore delle ipotesi la predisposizione di beni pubblici ed i meccanismi di redistribuzione sono mantenuti con l'intento di rabbonire eventuali contestazioni contro l'accumulazione privata di ricchezza e le crescenti disuguaglianze di reddito e di potere sociale. Insomma, all'interno del nuovo corso promosso dall'Unione, la tensione tra capitalismo e stato sociale è risolta subordinando il secondo al primo, in quello che altro non è se non uno spettacolare rovesciamento rispetto alla cattura dell'economico predicata dal costituzionalismo democratico e sociale¹⁶².

Nel complesso, l'autogoverno costituzionale nella *belle époque* del processo di integrazione europea è contraddistinto da un'apertura acritica alla cooperazione sovranazionale che implica il riorientamento in senso neoliberale del costituzionalismo democratico e sociale. In particolare, gli strumenti attraverso cui gli stati erano riusciti a governare le economie nazionali nell'immediato secondo dopoguerra sono indeboliti senza che analoghi strumenti siano predisposti a livello europeo. Di conseguenza, la struttura dell'ordine socio-economico è determinata in misura crescente da coloro che si trovano nella posizione di approfittare delle libertà economiche protette dall'Unione. Non deve sorprendere allora che le retribuzioni crescano in misura inferiore alla produttività a beneficio di coloro che possono disporre del capitale (come riflesso nella crescita costante del "capital share" nella economia, a detrimento del reddito del lavoro).¹⁶³ Il risultante effetto deflazionistico e depressivo è inizialmente bilanciato con un forte aumento del debito pubblico e privato, in una dinamica che chiaramente rende più fragili le economie europee.

Lentamente ma inesorabilmente il risentimento sociale inizia a montare affacciandosi sia nella sfera costituzionale che in quella politica. Mentre nella prima sono le corti costituzionali nazionali a farsi esplicite interpreti di una certa preoccupazione per l'espansione delle competenze dell'Unione e l'integrità degli impegni ispiratori dell'autogoverno costituzionale nazionale¹⁶⁴, nella sfera politica il malcontento inizia a circolare nelle componenti più vulnerabili dei corpi elettorali nazionali con l'effetto di incrinare il consenso acritico che per

¹⁶¹ A. Somek, *The Individualisation of Liberty: Europe's Move from Emancipation to Empowerment*, 4 *Transnational Legal Theory*, 274-275 (2013). Paradigmatica a questo riguardo è l'ascesa del cosiddetto *open method of coordination* e della retorica della *governance*.

¹⁶² Giubboni, cit., 38-39.

¹⁶³ Cfr. per esempio A. Bagnai, *Il Tramonto dell'euro*, Reggio Emilia, 2012.

¹⁶⁴ Il primo segnale inequivocabile in questa direzione proviene dal Tribunale costituzionale federale tedesco nel caso *Brunner* (2 BvR 2134/92 & 2159/92).

lungo tempo aveva accompagnato l'evoluzione del processo di integrazione europea¹⁶⁵.

3.2. Liberalismo autoritario e spensieratezza costituzionale

Le tensioni accumulate nella *belle époque* emergono in maniera dirompente nelle molteplici crisi che si innescano e sovrappongono nella fase più recente del processo di integrazione europea: la crisi economica e finanziaria, la crisi migratoria e la crisi connessa al rispetto dei valori dello stato di diritto. In reazione ad esse l'Unione radicalizza il proprio profilo neoliberale e, avendo dismesso almeno temporaneamente la retorica costituzionale, mette a nudo una preoccupante inclinazione autoritaria¹⁶⁶. Le conseguenze di una simile deriva sull'autogoverno costituzionale sono di tutto rilievo, così come di notevole rilievo è la portata degli ostacoli frapposti al mantenimento degli impegni fondativi delle costituzioni democratiche e sociali.

Il ruolo di detonatore di questa ulteriore torsione neoliberale dell'Unione è svolto dalle crisi economiche e finanziarie che si susseguono a cascata dopo il fallimento del mercato americano dei *subprime*¹⁶⁷. La destabilizzazione provocata da un simile sviluppo porta all'adozione sia di decisioni specifiche che di riforme strutturali che, come detto, alterano in misura significativa l'assetto istituzionale dell'Unione. Un certo numero di norme fondamentali nell'organizzazione del potere dell'Unione viene modificato con una rapidità ed una determinazione che mai si erano verificati nelle pur ripetute riforme dei trattati avvenute durante la *belle époque*¹⁶⁸.

Un primo ambito in cui è evidente l'accennata radicalizzazione in senso neoliberale dell'Unione attiene all'accentuazione della portata prescrittiva delle norme sostanziali di diritto primario: non solo l'obiettivo della stabilità monetaria acquista ulteriore peso rispetto alle finalità di natura socio-economica, ma anche il nuovo obiettivo della stabilità finanziaria finisce per imporsi come asse indiscusso delle politiche economiche e sociali¹⁶⁹. Ne discende che il mantenimento del valore del denaro e, di riflesso, la possibilità di un'ulteriore accumulazione di capitale monetario assurgono a valore prioritario dell'azione di governo. Di converso, si

¹⁶⁵ L. Hooghe, G. Marks, *A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus*, in 39 *British Journal of Political Science*, 1 (2008); N. Fligstein, *Euro-clash*, Oxford, 2008

¹⁶⁶ Cfr. la *special issue* del *European Law Journal*, 21, 2015, 285. Anche Somma, cit., 79-80 e M. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism in Europe: A Common Critique of Neoliberalism and Ordoliberalism*, 45 *Critical Sociology* (2019) 1023.

¹⁶⁷ F. Scharpf, *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy*, MPIfG Discussion Paper 11/11, www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp11-11.pdf.

¹⁶⁸ A. J. Menéndez, *Editorial: A European Union in Constitutional Mutation?*, 20 *European Law Journal* (2014) 127.

¹⁶⁹ Il termine stabilità finanziaria entra nel lessico del diritto europeo attraverso la riforma dell'articolo 136 del TFUE e dell'accordo quadro sul Meccanismo europeo di stabilità ed è confermato come un principio fondamentale del diritto dell'Unione nelle sentenze della Corte di giustizia europea in C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756, e C-64/12, *Gauweiler*, ECLI:EU:C:2015:400.

conferma il ruolo ancillare e secondario della politica sociale, così come si consolida la tendenza a declassare i diritti economici e sociali al ruolo di meri ammortizzatori degli *shock* causati dall'irrequietezza e dalla disfunzionalità dei mercati¹⁷⁰. La cittadinanza sociale risulta così non solo condizionata, ma anche subordinata al raggiungimento della stabilità monetaria e finanziaria. Lontano è quindi lo spirito originario del costituzionalismo democratico e sociale che attribuiva ai diritti sociali ed economici il compito di promuovere l'emancipazione sociale e, al di fuori di ogni logica caritatevole, di stimolare la crescita economica¹⁷¹.

Notevoli ripercussioni negative delle riforme adottate si riscontrano anche con riferimento al principio democratico. Le norme approvate stabiliscono ulteriori e più incisivi limiti negativi a ciò che gli stati possono effettivamente conseguire per mezzo degli strumenti di politica economica attraverso un sistema composto da una fitta rete di indicatori macroeconomici e procedure di controllo¹⁷². Le vecchie e le nuove regole fiscali tenute ad imbrigliare l'autonomia fiscale degli stati esigono riduzioni del disavanzo e del debito pubblico annuale in misura estremamente onerosa, soprattutto per quegli stati che, in un ciclo economico particolarmente avverso, avrebbero disperato bisogno di ricorrere alla spesa pubblica a sostegno della domanda¹⁷³. Ne risulta una pesante compressione dei circuiti democratici nazionali e, di fatto, lo svuotamento delle istituzioni e dei diritti di partecipazione politica alla base del costituzionalismo democratico e sociale¹⁷⁴.

Come già accadeva nel diritto europeo della *belle époque*, anche in quello della crisi i sacrifici del principio democratico imposti a livello nazionale non sono compensati da equivalenti avanzamenti a livello sovranazionale. Non solo le istituzioni democratiche esistenti non vengono adeguatamente potenziate, ma le nuove competenze acquisite al "centro" dell'Unione sono spesso esonerate da effettive forme di controllo democratico. Ne è prova la spettacolare espansione delle competenze della Banca Centrale Europea¹⁷⁵. La BCE diventa l'autorità chiamata a svolgere la macro e la micro regolamentazione prudenziale delle istituzioni finanziarie dell'Eurozona, in una fase in cui la Corte di giustizia formula, con l'avvallo sostanziale degli stati membri, un'interpretazione dei trattati che estende drasticamente l'ambito materiale della politica monetaria¹⁷⁶. Titolare di poteri che nei fatti sono quelli di un prestatore di ultima istanza, la BCE si trova a decidere, in posizione di sostanziale irresponsabilità, della vita o

¹⁷⁰ F. Costamagna, *National social spaces as adjustment variables in the EMU: A critical legal appraisal*, 24 *European Law Journal* (2018), 163.

¹⁷¹ Milward, cit., 42-43.

¹⁷² Menéndez, cit.

¹⁷³ Di particolare importanza è la regola che richiede la rapida riduzione dello stock di debito pubblico nel caso questo ecceda il 60%. Cfr. Articolo 2.1(a) del regolamento 1467/97.

¹⁷⁴ D. Chalmers, *Crisis reconfiguration of the European constitutional state*, in D. Chalmers, M. Jachtenfuchs, C. Joerges (a cura di), *The End of the Eurocrats' Dream*, Cambridge, 2017, 266.

¹⁷⁵ K. Tuori, *Has Euro Area Monetary Policy Become Redistribution by Monetary Means? 'Unconventional' Monetary Policy as a Hidden Transfer Mechanism*, 22 *European Law Journal* (2016), 838; cfr. anche P. Ciocca, *La Banca che ci manca*, Roma, 2016.

¹⁷⁶ Pringle, cit.; Gaurweiler, cit.

della morte finanziaria non solo delle istituzioni bancarie ma anche degli stati membri.

L'impatto negativo sull'autogoverno costituzionale non deriva solo dal trasferimento di significative competenze un tempo proprie dei parlamenti e dei governi nazionali ad istituzioni tecnocratiche e a sedi decisionali intergovernative. Se si allarga lo sguardo al complesso dell'assetto istituzionale dell'Unione, ci si accorge che è la qualità democratica complessiva ad essere degradata. Sebbene un certo divario tra il modello istituzionale e la sua attuazione sia sempre da mettere nel conto, nel caso delle procedure decisionali dell'Unione le discrepanze tra la forma e la prassi sono talmente ampie da risultare difficili da giustificare. Si pensi ad esempio all'ormai predominante ricorso ai triloghi¹⁷⁷, alla proliferazione delle decisioni emergenziali e all'ormai patologica predilezione per le sedi informali per la definizione di decisioni di notevole rilevanza politica¹⁷⁸. Benché prassi di questo tipo accomunino i metodi decisionali dell'Unione e quelli nazionali, nell'Unione esse sono una fonte di maggiore preoccupazione poiché, nell'esautorare il Parlamento europeo, finiscono per svuotare l'unica istituzione capace di ospitare una qualche forma di dialettica democratica.

Ma non è solo l'impegno in direzione della democrazia a scontare considerevoli difficoltà. La stessa legalità costituzionale è messa a dura prova dalle crisi. A questo riguardo l'azione di governo dell'Unione pare in preda ad una vera e propria schizofrenia legalistica. Da un lato, infatti, la coerenza delle diverse politiche economiche nazionali con la politica monetaria della BCE non è più affidata a meccanismi di *governance* e *soft-law* come originariamente previsto dal Trattato di Maastricht, ma ad un corpus di regole dettagliate assistite da un incisivo apparato coercitivo. Dall'altro, tuttavia, in sede di attuazione l'effettività delle stesse norme è messa a dura prova. Questo accade anzitutto perché le crisi hanno condotto alla violazione di numerose norme giuridiche specifiche: da ormai più di dodici anni la BCE, in violazione della lettera degli articoli 120 e 127 TFUE, condiziona (fino al punto talvolta di sostituirsi) i mercati nell'allocazione dei capitali. In sprezzo alla *no bail-out clause* (art. 125 TFUE) massicci interventi di assistenza finanziaria sono stati concessi ad alcuni stati membri per evitarne il fallimento, e anche l'acquisizione di una quota cospicua di titoli di debito pubblico emessi dagli stati membri ha di fatto operato in modo equivalente alla monetizzazione del debito vietata dai Trattati (art. 123 TFUE)¹⁷⁹.

In esito ad una simile disamina, si comprende allora perché l'affermazione continua ed intransigente del primato del diritto dell'Unione sul diritto costituzionale nazionale possa essere fonte di disagio, almeno per coloro che hanno a cuore le sorti del costituzionalismo democratico e sociale. In questa fase l'Unione europea impone agli stati membri di incorporare nelle proprie costituzioni o,

¹⁷⁷ A. E. Stie, *Democratic Decision-making in the EU: Technocracy in Disguise?*, Londra, 2012.

¹⁷⁸ J White, *Emergency Europe*, 63 *Political Studies* (2015) 300.

¹⁷⁹ È importante sottolineare che sia l'assistenza finanziaria sia l'acquisizione di obbligazioni erano soggette a una rigorosa condizionalità, il che significava che tale assistenza era mirata non a sostenere la capacità fiscale dello Stato di sostenere lo stato sociale, ma a garantire il pieno rimborso dei crediti, a beneficio di creditori privati.

comunque, nel proprio diritto costituzionale una serie di regole fiscali dirette a vincolare la politica economica nazionale¹⁸⁰. Un simile sviluppo getta un'ombra piuttosto inquietante sulla possibilità per le comunità politiche nazionali di perseguire tutti i propri impegni costituzionali. Se infatti è vero che nulla (o quasi) nella prospettiva dell'autogoverno costituzionale è irrevocabile, è altrettanto vero che la revisione (se non la vera e propria archiviazione) di impegni costituzionali che, nel bene e nel male, hanno ispirato la civiltà europea per almeno due generazioni meriterebbe una cultura costituzionale meno spensierata¹⁸¹. Invece una buona dose di improvvisazione (se non di vero e proprio diletterismo) si intravede nei processi che hanno portato all'incorporazione nelle costituzioni nazionali di norme che alterano radicalmente la capacità del diritto costituzionale di svolgere il proprio ruolo di integrazione politica e sociale¹⁸². Ne risulta un amaro paradosso: piuttosto che assistere alla vagheggiata costituzionalizzazione in senso democratico e sociale del diritto dell'Unione europea, ci si trova in presenza di evidenti tentativi diretti a ridefinire cosa si debba intendere per diritto costituzionale, con la pretesa ulteriore di normalizzare le costituzioni democratiche e sociali all'interno di questo schema.

4. *Milward vive!*

Una quindicina di anni fa, a conclusione di un'analisi ad ampio raggio sulle interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana, Sergio Bartole metteva nel conto l'ipotesi di un'ulteriore resa della sovranità e, quindi, di un vero e proprio "suicidio della Costituzione, autorizzato – se non indotto – dall'art. 11 della Costituzione italiana"¹⁸³. Lo scritto risale agli anni della *belle époque* e, con tutta probabilità, Bartole ipotizzava futuribili processi di unificazione politica culminanti in una democrazia costituzionale sovranazionale in cui inevitabilmente la Costituzione repubblicana sarebbe stata se non interamente dismessa, sicuramente ridimensionata. Gli sviluppi di cui si è dato conto testimoniano un'evoluzione del processo di integrazione europea molto meno esaltante: mentre la prospettiva di una democrazia costituzionale sovranazionale rimane un orizzonte evanescente, il suicidio della Costituzione è divenuto uno scenario concreto a cui ci si è dedicati con una certa abnegazione. Se questo è avvenuto lo si deve in larga misura all'assolutizzazione dell'impegno costituzionale alla cooperazione internazionale, non più messo a servizio del costituzionalismo democratico e sociale, ma impiegato surrettiziamente per la sua trasformazione (ma forse sarebbe più corretto dire per il suo snaturamento) in senso neoliberale.

¹⁸⁰ A. J. Menéndez, *¿Constitución o camisa de fuerza? De las nuevas reglas fiscales al estado "amortizador"*, 5 *Teoría Política* (2015), 189.

¹⁸¹ P. De Ioanna, *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 82 (2015).

¹⁸² Menéndez, *¿Constitución o camisa de fuerza?*, cit.

¹⁸³ Bartole, cit., 442.

Certo, si può sempre accampare l'esistenza di una qualche ragione di stato per provare a giustificare i sacrifici imposti all'autogoverno costituzionale, ma per essere credibile una simile tesi dovrebbe almeno dimostrare che i benefici conseguiti attraverso le misure e le strutture di cui si discute superano chiaramente i costi patiti¹⁸⁴. Non pare che i numeri dell'economia europea degli ultimi dieci anni consentano di sostenere questa tesi¹⁸⁵ e, qualora non bastassero i numeri, non pare nemmeno che il consenso elettorale a sostegno dell'attuale sistema di governo europeo sia tale da legittimare le trasformazioni in corso.

È a questo punto che il contributo di Milward rivela tutta la sua attualità. Non solo perché in Europa il consenso politico agli assetti di governo e all'azione politica non può più essere dato per scontato, ma anche perché la soluzione che Milward ricostruisce – il salvataggio europeo dello stato nazionale – può ancora oggi fornire indicazioni utili in termini di immaginazione costituzionale e azione politica.

Non si tratta qui di proporre un ritorno nostalgico ad un passato che, vale comunque la pena ricordarlo, ha garantito all'Europa occidentale un periodo di crescita economica e progresso sociale mai più eguagliato. Rivalutare Milward oggi significa piuttosto abbandonare ogni velleità di unità politica sovranazionale e riaffermare il ruolo strumentale delle istituzioni europee al perseguimento degli impegni fondativi del costituzionalismo democratico e sociale. Questo non significa solo riconoscere che la dimensione nazionale è oggi l'unica ad essere attrezzata per rappresentare e mediare i conflitti sociali e per operare una significativa redistribuzione¹⁸⁶. Se non si desidera avvallare un ritorno alla sovranità incompatibile con l'obiettivo di valorizzare il conflitto democratico¹⁸⁷, occorre anche immaginare come nelle condizioni odierne l'integrazione europea possa ritornare a contribuire positivamente all'adempimento di quegli impegni costituzionali.

Non è questa la sede per formulare proposte di riforma dirette articolare in maniera specifica questo ritorno a Milward. Quelli che seguono sono piuttosto dei primi spunti che intendono chiarire in che senso l'assetto istituzionale dell'Unione dovrebbe essere ripensato qualora si intendesse promuovere la riconciliazione del costituzionalismo democratico-sociale con il processo di integrazione europea¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Kehoane e altri, cit., 1-2.

¹⁸⁵ Sembra rilevante in questo senso il confronto della performance macroeconomica dell'Eurozona con altri paesi, per esempio gli Stati Uniti. Sul punto si veda, per esempio, M. Wolf, *The Shifts and the Shocks*, Londra, 2015.

¹⁸⁶ Somma, cit., 122.

¹⁸⁷ Id., 131.

¹⁸⁸ Simili riflessioni, come si è detto nell'Introduzione, sono sviluppate a partire dall'assunto che, in un modo o nell'altro, l'Unione europea sia destinata ad accompagnare l'attività degli stati membri nel prossimo futuro. A bene vedere, tuttavia, le considerazioni svolte non perderebbero di rilevanza anche qualora la via di una riforma interna dovesse risultare effettivamente preclusa e si rendesse necessario immaginare nuove forme di cooperazione internazionale in Europa.

Diversi sono gli ambiti in cui sarebbe necessario intervenire. Un obiettivo prioritario dovrebbe essere anzitutto quello di decostituzionalizzare i trattati, ovvero di sfrondare dalle competenze e dalle norme sostanziali di diritto primario ogni indicazione prescrittiva degli obiettivi di trasformazione neoliberale in modo da ripristinare condizioni adeguate di agibilità democratica. Questo, si badi, non significherebbe delegittimare le politiche sin qui perseguite dall'Unione europea, ma solo garantire l'apertura dell'architettura istituzionale europea in modo da permettere, ad esempio, che l'Unione possa operare tanto in modalità keynesiana quanto in modalità neoliberale, a seconda degli equilibri politici complessivi risultanti dai circuiti democratici nazionali.

Un ulteriore tema su cui si dovrebbe tornare a riflettere dovrebbe essere quello della cittadinanza europea. Mentre infatti molto si è discusso di cittadinanza europea in vista della creazione di una democrazia costituzionale sovranazionale, salvo nei fatti sviluppare uno status personale incentrato nella libera circolazione, l'attenzione dovrebbe essere diretta a potenziare la dimensione politica di questo istituto, in modo da renderlo un fattore di apertura costante delle comunità politiche nazionali. In questa prospettiva si colloca l'idea di attribuire ai cittadini europei l'opzione di scegliere se esercitare il proprio diritto di voto alle elezioni politiche nazionali nel paese di origine o nel paese di residenza, eventualmente prendendo in considerazione anche la possibilità di circoscrivere la titolarità di questo diritto ai soli cittadini europei dotati di residenza permanente.

Sempre nella prospettiva di valorizzare i circuiti democratici nazionali, un approfondimento meriterebbe anche il fenomeno della regolamentazione indiretta. Se infatti è improprio e probabilmente controproducente auspicare un rimpatrio delle competenze dell'Unione in ambiti politicamente salienti come l'immigrazione e le politiche economiche e sociali, allo stesso tempo è difficile pensare che su questioni di questo tipo si possano continuare a costringere i parlamenti nazionali ad ingoiare le pillole più o meno amare confezionate a Bruxelles. Per evitare il cortocircuito che si verifica ogni volta che un parlamento nazionale è chiamato ad attuare misure disallineate con le proprie preferenze politiche è possibile pensare ad un diverso tipo di competenze dell'Unione. In materie politicamente salienti, l'intervento dell'Unione potrebbe prendere la forma del *conditional spending programme*, ossia l'adesione alle regole o ai programmi dell'Unione non dovrebbe più essere vincolante, ma sarebbe piuttosto incoraggiata attraverso apposite allocazioni di risorse economiche che i parlamenti nazionali sarebbero liberi di rifiutare qualora si preferisse procedere in direzione diversa da quella decisa in sede europea.

Il dibattito sull'Eurozona è fortemente offuscato da imperativi funzionali. Da un punto di vista costituzionale, sembrerebbe abbastanza pertinente impegnarsi in una seria riflessione sulla misura in cui l'attuale struttura della moneta europea (comprese le regole fondamentali di base dell'Unione monetaria) predetermina l'organizzazione del potere pubblico. Se tale prospettiva fosse seguita, elementi del presente status quo, dalla peculiare caratterizzazione dell'Euro come irreversibile all'indipendenza della Banca centrale sarebbero

nuovamente oggetto di dibattito democratico, rendendo possibile riorientare l'architettura della moneta unica in direzione dell'intera serie di obiettivi del costituzionalismo democratico sociale in luogo degli imperativi ristretti e parziali della stabilità monetaria e finanziaria.

Non vi è dubbio, il cambio di direzione a cui qui si è solo accennato in maniera estremamente generale può apparire arduo se ci si ferma alle regole che presiedono alla riforma dei Trattati¹⁸⁹. Le difficoltà si sono moltiplicate a causa dell'irrigidimento del diritto dell'Unione determinato dalla gestione (a nostro avviso, errata) dell'ultima crisi economico-finanziaria. Prima però di dedurne frettolosamente l'irriformalità dell'Unione¹⁹⁰, sarebbe probabilmente opportuno riflettere su altre esperienze di cambiamento costituzionale in presenza di requisiti procedurali altrettanto impervi. Giova qui richiamare l'esperienza statunitense ed il graduale ridimensionamento dell'art. V della Costituzione americana come esclusivo canale di evoluzione e trasformazione dell'assetto costituzionale. Si è infatti osservato che, mentre questa procedura di revisione corrisponde ad una stagione costituzionale in cui il centro di gravità politico era collocato a livello statale, nel ventesimo secolo si sono sviluppate rilevanti modifiche dell'ordine giuridico e politico per vie diverse, ovvero attraverso l'adozione di importanti precedenti giurisprudenziali e di norme legislative di comparabile impatto innovativo¹⁹¹. Una simile traiettoria evolutiva appare suggestiva non tanto per la sua capacità di prefigurare per l'Europa un analogo percorso federativo, quanto perché dimostra che non necessariamente il cambiamento costituzionale imbocca la strada segnata dalle procedure di revisione costituzionale. Ovviamente, questo non è garanzia di successo. Qui come altrove la riforma per vie non convenzionali può condurre tanto alla salvezza quanto al suicidio della costituzione.

Vi è poi un ulteriore e altrettanto importante insegnamento: la vicenda costituzionale americana testimonia che cambiamenti di notevole portata nell'assetto istituzionale richiedono invariabilmente l'esistenza di un processo di mobilitazione politica e sociale imperniato sull'azione di uno (o più) *party movement*¹⁹². Come si è detto, è illusorio oggi pensare che in Europa uno o più partiti politici siano nella condizione di operare quel salto di qualità tanto desiderato dai federalisti in direzione della creazione di un sistema politico e, quindi, di una democrazia costituzionale europea. Più alla portata delle forze esistenti sembra piuttosto la possibilità di risvegliare nei partiti politici nazionali la disponibilità non solo a riscoprire l'attualità del costituzionalismo democratico e sociale, ma soprattutto ad impegnarsi per riconfigurare un assetto istituzionale europeo nella direzione della valorizzazione dell'autogoverno costituzionale nazionale.

¹⁸⁹ Cfr. art. 48 TUE.

¹⁹⁰ Somma, cit., 86 e 137.

¹⁹¹ B. Ackerman, *The Living Constitution*, in 120 *Harvard Law Review*, 1776 (2007).

¹⁹² Id., 1759. Ma cfr. anche Zagrebelsky, cit., 138: "le concezioni della vita sociale, i principi e i fini politici, le idee di giustizia, le culture, cioè le forze spirituali costituzionali, non si affermano per forza propria, ma in quanto vi siano soggetti storici che li sostengono".

Non vi è dubbio, la decisione costituente può aspirare al futuro solo a condizione che nella *voluntas* che ivi si manifesta si esprima anche una *ratio* storica¹⁹³. Nessuno può affermare oggi con assoluta sicurezza se il costituzionalismo democratico e sociale sia una formula valida per il futuro che ci aspetta o se invece sia un vecchio cimelio da riporre in un museo. L'unica cosa che forse si può dire con certezza è che la storia non esprime esigenze oggettive perché a farla sono la lotta politica e la mobilitazione sociale. Da questo punto di vista in Europa non siamo nemmeno all'inizio.

Marco Dani
Facoltà di Giurisprudenza
Università di Trento
marco.dani@unitn.it

Agustin José Menéndez
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid
agustin.menendez@uam.es

¹⁹³ Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit.