

## L'Unione in guerra: dalla tolleranza costituzionale a un'Europa "potenza di valori"?

*Giuliano Vosa*

*La guerra lungo il confine Est dell'Unione soffia nelle vele del patriottismo costituzionale che ispira la tutela giudiziale dello "Stato di diritto". In tale contesto, nell'interpretazione del diritto dell'Unione, il criterio testuale positivistico è accantonato in favore di argomenti etico-teleologici. La tesi qui sostenuta è che quest'evoluzione ha radici nella giurisprudenza sul primato, il cui scopo è l'uniformità giuridica; al prezzo, tuttavia, di sottrarre al principio di certezza del diritto il riferimento oggettivo del testo, sostituito da una "consonanza" etico-politica con i giudicanti. Se tal risultato implichi che l'Unione, nel difendere lo Stato di diritto, metta a repentaglio "il diritto" dopo essersi disfatta dello "Stato", è la questione che resta sullo sfondo.*

### 1. *Introduzione: l'Unione in guerra e il crepuscolo degli idoli*

«Rovesciare gl'idoli – così io chiamo gl'ideali», è «ufficio» di Friederich Nietzsche, come egli stesso anticipa nel *Prologo* di *Ecce homo*<sup>1</sup>. Nel suo pensiero, quel rovesciamento inaugura una critica radicale della modernità, che si scaglia contro i regimi liberali – «le nostre istituzioni non servono più a nulla», lamenta nel *Crepuscolo degli idoli*<sup>2</sup> – e apre a scenari nuovi, in cui una «sovrabbondante tracotanza» avrebbe arrestato la *décadence* della società ponendo «quell'interrogativo (...) così nero,

<sup>1</sup> F. NIETZSCHE, *Ecce homo. Wie man wird, was man ist* (1888; pubbl. 1908), A. OBERDORFER (a cura di it.), *Ecce homo. Come si diventa ciò che si è*, Torino, F.lli Bocca Editori, 1922, p. 12.

<sup>2</sup> F. NIETZSCHE, *Götzen-Dämmerung oder Wie man mit dem Hammer philosophiert* (1888; pubbl. 1889) M. MONTINARI, trad. F. MASINI (a cura di), *Crepuscolo degli idoli, ovvero come si filosofa col martello*, Milano, Adelphi, 2005, p. 115.

così enorme»: la «trasvalutazione di tutti i valori». E «ogni mezzo è buono a questo scopo, ogni “caso” è un caso fortunato. Soprattutto la guerra»<sup>3</sup>. Il paragone fra la *Belle Époque* – entrambe le opere citate vedono la luce nel 1888 – e gli anni che oggi ci si trova a percorrere è già stato avanzato, non senza ragioni, in dottrina<sup>4</sup>. A tali riflessioni, che alludono alla lotta sorda tra rampanti imperialismi, potrebbe aggiungersi, leggendo il filosofo di Röcken, un’ulteriore considerazione. Che la democrazia, o meglio l’attuale assetto dei regimi che si dicono democratici, abbia innescato la decadenza dello Stato – e, allo stesso tempo, dell’Unione – quali «forme organizzatrici» dell’Europa contemporanea<sup>5</sup> è critica che da un lato eccede il bersaglio, dall’altro si presta a obiezioni facili, provenendo da un sincero antidemocratico. Tuttavia, che una certa *décadence* delle istituzioni democratiche sia in corso, e che il modo in cui Stati e Unione si auto-comprendono reciprocamente sia corresponsabile di tal processo, è affermazione che incontra numerosi seguaci.

S’insinua allora il tarlo del dubbio. Se la catena delle crisi che hanno perturbato gli anni Dieci conosce, oggi, una guerra d’aggressione quale ben poco encomiabile coronamento, forse l’evento evocato da Nietzsche – l’arrivo di una sovrabbondante tracotanza capace d’imporre la trasvalutazione dei valori – potrebbe essere alle porte; e la guerra costituirebbe mezzo e occasione – il «caso fortunato» – perché quella trasvalutazione si compia.

Ora, l’ondata di tracotanza che viene da Est, pur feroce, non sembra investire, per il momento, il sistema-Unione, il quale ha sin qui reagito con una certa compattezza. Il dubbio, piuttosto, è che, nell’attrezzarsi a tal reazione, e col pretesto del nemico alle porte, s’imponga da dentro l’Unione stessa una svolta tracotante; cogliendosi, da parte di alcuni, l’occasione per sfruttare a proprio tornaconto la capacità *jus-generativa*

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>4</sup> F. SAITTO, *Mutamento di struttura e sfida democratica nella belle époque del diritto pubblico europeo* (Recensione a A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Berlin, Suhrkamp, 2022) in *Diritticomparati.it*, dicembre 2022, di prossima pubblicazione.

<sup>5</sup> L’Europa come «organizzazione e civiltà», secondo la celebre formula di L. FEVRE, *LEuropa. Storia di una civiltà*, A. GALEOTTI (a cura di it.), Roma, Donzelli, 1999, p. 67. Il virgolettato precedente è di F. NIETZSCHE, op. ult. cit.

dell'emergenza<sup>6</sup> e segnare un punto decisivo nella contesa per il potere in Europa. Sarebbe, questo, un paradosso bizzarro e doloroso: per rispondere all'autoritarismo che incombe da fuori, l'Unione accetterebbe una torsione autoritaria al suo interno, in una riedizione rovesciata e distopica del *Graecia capta* di oraziana memoria.

Vorrebbe qui segnalarsi che un tal rischio, in effetti, esiste, e – come nei migliori romanzi di spie – si annida nel più impenetrabile dei nascondigli: alla luce del sole. Fuor di metafora: l'orrore della guerra ucraina, oggi, fa da sfondo all'affermazione di un primato incondizionato del diritto dell'Unione su base etica, imperniato sulla tutela della *rule of law* di cui all'art. 2 TUE<sup>7</sup>. Tale affermazione spegnerebbe le velleità di partecipazione dei giudici costituzionali degli Stati alla definizione del diritto applicabile nello spazio giuridico dell'Unione<sup>8</sup>; cestinandosi così il principio di attribuzione – benché i Trattati lo collochino a pilastro dell'Unione stessa – e recidendosi, alla luce di un'autonomia<sup>9</sup> risolta in emancipazione dalle tradizioni costituzionali comuni<sup>10</sup>, ogni ponte con l'eredità delle Carte del secondo dopoguerra.

A prim'acchito, una tesi siffatta appare controintuitiva, se non addirittura provocatoria. Com'è possibile – si replicherebbe – che proprio la tutela dello Stato di diritto, *valore dei valori* del costituzionalismo moderno,

<sup>6</sup> Su cui L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso 'decisivo'*, in *Rivista AIC*, 2, 2016, pp. 1-33, spec. 4-5; da ultimo, si veda il volume a cura di C. SCHEPISI, *Le risposte del diritto in situazioni di emergenza tra ordinamento italiano e dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2021, e si confronti M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, pp. 31-59, spec. 45 ss.

<sup>7</sup> D. KOCHENOV, *Rule of Law as a Tool to Claim Supremacy*, in *Reconnect* – WP 9, 2020, pp. 1-19, spec. 14 ss.

<sup>8</sup> Su cui J. KOMÁREK, *National constitutional courts in the European Constitutional Democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12:3, 525-544; si veda la replica di M. DANI, *National constitutional courts in the European constitutional democracy: A reply to Jan Komárek*, in *International Journal of Constitutional Law*, 15:3, 2017, pp. 785-800.

<sup>9</sup> Da ultimo, K. LENAERTS, *The Autonomy of European Union Law, ne Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2018, anche in *AISDUE Post*, 4, 2019, pp. 1-11; *amplius*, K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, S. ADAM, *Exploring the Autonomy of the European Union Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 81, 2021, pp. 47-87.

<sup>10</sup> M. FICHERA, O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 20:8, 2019, pp. 1097-1118.

custodisca il seme d'una torsione autoritaria nello spazio pubblico europeo<sup>11</sup>? Per rispondere a questa domanda, occorre dapprincipio prendere atto dell'esistenza e dello spessore argomentativo di un'evoluzione siffatta, ripercorrendo gli itinerari battuti dalla Corte in epoche anteriori a quella che oggi si percorre. Di tal evoluzione, oggetto primario di questo lavoro, si anticipa qui il riflesso più problematico: il graduale distacco fra norma e disposizione, dunque la progressiva marginalizzazione del "diritto scritto" e la svalutazione degli argomenti che danno nerbo alla sua legittimità<sup>12</sup>.

Rispetto a questa traiettoria, l'evento bellico si trova in una posizione non neutra. La sua bruciante attualità mina un pilastro ideale, politico e giuridico della costruzione europea delle origini, che per brevità può dirsi *irenismo*<sup>13</sup>. Se l'Unione si è fondata sulla presunta assenza di conflitti tanto radicali da non potersi risolvere col diritto – in particolare, il diritto di matrice giurisprudenziale-sapienziale forgiato nel dialogo dei giudici – oggi quel conflitto, già nitido negli anni delle crisi, si sporge minaccioso ai suoi confini nella più plastica e cupa delle epifanie. Si moltiplicano, in tal modo, le ragioni di dissenso, anche radicale, tra i condomini dell'edificio comune, vellicandosi tentazioni e pretesti per una risoluzione "energica" dei conflitti che inevitabilmente ne derivano. Che vi sia un legame fra il tramonto dell'irenismo euro-unitario e la crisi del modello pan-giuridico delle relazioni fra Stati<sup>14</sup> – di cui, sul versante nordorientale dell'Unione, si consuma la rottura<sup>15</sup> – è difficile negare<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Su cui P. RIDOLA, *Prime riflessioni sullo "spazio pubblico" nelle democrazie pluralistiche*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 31-49.

<sup>12</sup> Su cui la bella pagina di M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura* (1997) in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 105-132.

<sup>13</sup> Il richiamo d'obbligo è a M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 51:2, 2006, pp. 1644-1669.

<sup>14</sup> Cfr. G. PRETERROSSI, *L'intransigente dolcezza di un credente senza fede: Danilo Zolo e la critica delle illusioni giuridiche dell'Occidente*, in *Jura Gentium*, XVIII:1, 2021, "In mare aperto. Pensare il diritto e la politica con Danilo Zolo", pp. 191-203.

<sup>15</sup> J. PANDE, *Russia's Invasion of Ukraine and the Crisis of International Law*, in *IPCS – Institute for Peace and Conflict Studies*, 22 April 2022, in [www.ipcs.org](http://www.ipcs.org).

<sup>16</sup> Si veda A. CARRINO, *Oltre l'Occidente: critica della Costituzione europea*, Bari, Dedalo, 2005, spec. pp. 72-73, 84 ss.

Se entrambi richiamano scenari da “fine della storia”<sup>17</sup>, da trionfo planetario del capitalismo liberale quale motore di una società del benessere globalizzata, allora c’è da credere a colui che tale scenario prospettò per primo, e che torna oggi sui suoi passi, scoprendo che l’identità, richiamandosi alle scaturigini ultime della dignità umana, oppone alle solitudini *massificatrici* e spersonalizzanti della globalizzazione<sup>18</sup> una rivendicazione politica, irriducibile al diritto<sup>19</sup>. Allo stesso modo, le identità dei singoli Stati membri, che custodiscono assetti d’interessi ed equilibri di potere stabilizzati da costituzioni democratiche basate sul suffragio universale, s’aggrappano alla dignità della persona per opporsi alla pretesa uniformatrice del primato<sup>20</sup>, e riscrivono nei termini d’un conflitto costituzionale<sup>21</sup> quel che la Corte di giustizia legge come applicazione di un diritto sovranazionale comune.

Quindi, lo scenario *euro-bellico* non è privo d’influenze sulle ricostruzioni del primato; peraltro, vi interferisce in modo ambiguo. Per un verso, è epitome del tramonto dell’ideale irenico su scala globale; per altro verso – a dar retta a esponenti di primo piano del panorama politico-istituzionale europeo – sembra esemplificare l’occasione (il «caso fortunato») per coronare il traguardo al quale l’irenismo osava solamente tendere, cioè l’imposizione incondizionata del diritto dell’Unione sugli ordinamenti degli Stati membri in forza dei valori cui l’Unione aderisce. Tuttavia, mutati gli scenari politici e giuridici in seno all’Unione stessa,

<sup>17</sup> Il riferimento è a F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man* (1992) II a cura di, FreePress –NewYork, Simon&Schuster, 2006, spec. p. 126 ss.

<sup>18</sup> Cfr. Z. BAUMAN, *In Search of Politics* (1999) (ed. it. G. Bettini, pref. A. Dal Lago) *La solitudine del cittadino globale*, Milano, Feltrinelli, 2017, spec. pp. 45-51.

<sup>19</sup> F. FUKUYAMA, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, New York, Farrar Straus & Giroux, 2018, p. 9 ss., *passim*.

<sup>20</sup> In specie, la giurisprudenza del *BVerfG* sui rapporti fra ordinamento tedesco e diritto dell’Unione: *ex plurimis*, cfr. B. DAVIES, *Resisting the European Court of Justice: West Germany’s Confrontation with European Law (1949-1979)*, Cambridge University Press, 2012, spec. p. 54 ss.; M. KUMM, *Who is The Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and The European Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 36:1, 1998, pp. 351-386. Da ultimo, si permetta di rinviare a G. VOSA, *Early traits of the essentiality principle: a (counterintuitive) European lesson from Karlsruhe?*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 68, 2021, pp. 113-155.

<sup>21</sup> A. BOBIĆ, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*, Oxford University Press, 2022, spec. p. 56 ss.

e tutt'attorno, tale obiettivo vedrebbe mutare drasticamente le proprie condizioni: non raggiunto in assenza di conflitto, come l'irenismo prometteva, ma direttamente imposto al conflitto stesso, collocando *fuori dal diritto* i titolari delle pur legittime posizioni giuridiche pretermesse. Eccola, dunque, la trasvalutazione dei valori: "democrazia" e "Stato di diritto", posti *ieri* ad emblema di un progetto pluralista, e dispiegati invece *oggi* a sostegno di una parte sola, perderebbero la loro inclusività, torcendosi in un autoritarismo di nuova foggia. Gli esclusi, infatti, per *resistere* alla violazione dei loro diritti più sensibili, non avrebbero alternativa che arrangiarsi *fuori* dall'ordine giuridico costituito; e il conflitto dilagherebbe in *scontro*<sup>22</sup>, irregolato e potenzialmente esiziale per la tenuta della società<sup>23</sup>.

Allora, senza voler scomodare ulteriormente un maestro della filosofia moderna, questo lavoro si dispone a ripercorrere la parabola di un *idolo* – l'irenismo, appunto – e, nel dichiararne il *crepuscolo*, si accinge alla verifica di due ipotesi.

La prima: malgrado la realtà empirica richieda a gran voce che l'ideale irenico sia profondamente rivisitato, la giurisprudenza della Corte di giustizia non ne prescinde affatto, anzi valorizza sempre più gli esiti cui riconduce. Perché? Perché l'irenismo è la chiave dell'*integration through law*, la bussola di quella traiettoria che dai primordi dell'Europa unita giunge agli approdi odierni e che vede come scopo ultimo l'uniformazione su scala sovranazionale<sup>24</sup>. Il progressivo oblio del principio di attribuzione, il superamento del diritto scritto e l'ingresso dell'Unione nel campo dei diritti costituzionali sono stati perseguiti lungo quell'intera traiettoria, il cui ultimo passo erige la *rule of law* a valore dei valori e vi riconduce conseguenze giuridiche dirette.

Vi è, allora, una linea di continuità, in giurisprudenza, nella pretesa di trascendere il dato positivo per legare a una matrice nuova, etica e

<sup>22</sup> N. URBINATI, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Roma-Bari, Laterza, 2020, spec. pp. 29 ss., 68 ss.

<sup>23</sup> G. AGAMBEN, *Homo sacer II.2 – Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005, spec. p. 22 ss.

<sup>24</sup> M. AVBEIJ, *The Legal Viability of Legal Integration in the Absence of Constitutional Hierarchy*, in D. AUGENSTEIN (a cura di) *Integration Through Law Revisited: The Making of the European Polity*, Farnham (UK), Ashgate, 2013, pp. 29-46.

*anti-volontaristica*, il primato del diritto dell'Unione; una linea di cui la *rule of law* è l'ultimo tassello. Oggi infatti, su queste basi, la Corte di giustizia mette in scena una narrazione rinnovata, in virtù della quale l'Unione non solo racconta sé stessa come consesso di Stati vincolati al "rispetto" di valori determinati, ma riconosce a tali valori un'inedita efficacia normativa, accettando di sottomettersi alle regole che la Corte stessa, volta per volta, dinanzi al caso concreto ne trae. Di tale narrazione l'irenismo è, oggi più di ieri, pietra angolare: permette ai giudici del Kirchberg d'imporre obblighi diretti e specifici prescindendo dal diritto positivo per affidarsi a un'astratta *concordia* morale, che dal piano etico trascende immediatamente a quello giuridico pur seguitando a dimorare nell'empireo delle presunzioni.

La seconda: sulla scorta di questa giurisprudenza, emerge con forza la pretesa a un diritto dell'Unione *nuovo*, in rottura con le costituzioni statali e quindi autonomo nel ricostruire le tradizioni costituzionali comuni, che pare adattarsi con ottimo tempismo alle esigenze di un'Unione in guerra. Più specificamente, questo *nuovo* diritto calza a pennello a un'Unione che, autoproclamatasi «potenza di valori»<sup>25</sup> – come, con formula suggestiva, si ode nel dibattito politico – ambisce a un ruolo *attivo* sullo scacchiere globale, prendendo le parti di uno dei contendenti. Una tale scelta – profondamente *politica*, e tutt'altro che irenica – rischia però, alla luce di questa nuova narrazione, di essere raccontata come una scelta vincolata dal diritto, internazionale ed euro-unitario; una scelta motivata dal doveroso "rispetto" dei valori comuni, e, quindi, dei precetti che la Corte ne ricava. Allora sì, la guerra sarebbe davvero l'occasione giusta, il «caso fortunato» per cementare un sostrato etico comune a legittimazione di un diritto dell'Unione finalmente uniforme; quell'uniformazione, però, sacrificerebbe diritti e interessi che, pur legittimi, dissentano dalle posizioni dominanti. A queste ultime – già presidiate in via empirica da una *tracotanza* fattasi *sovraabbondante* – il processo di uniformazione, infatti, regalerebbe la blindatura d'una preferibilità inscalfibile, poiché a un tempo etica e giuridica.

<sup>25</sup> Con peculiare forza in E. LETTA, *La nuova Europa, potenza di valori*, ne *L'Avenire*, 23 giugno 2020, e, da ultimo, *Un nuovo ordine europeo. Il manifesto di Enrico Letta*, ne *Il Foglio*, 11 aprile 2022.

Il lavoro si svolge come segue.

Ripercorsa la parabola dell'ideale irenico, si muoverà all'esame di alcuni esempi tratti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, da cui risulta che l'obiettivo di un primato incondizionato del diritto dell'Unione è stato perseguito travisando prima, e poi accantonando, il positivismo giuridico, per sostituirlo con logiche argomentative fondate su basi etiche. Difatti, gli argomenti addotti dalla Corte veicolano una preferenza per ogni interpretazione del diritto scritto che costituisca un avanzamento sulla linea dell'integrazione; e tale preferenza, ricondotta alla speciale volontà degli Stati di promuovere una *ever closer union*, gradualmente soppianta l'argomento testuale.

Alla luce di un tale processo, rispetto al quale l'irenismo è postulato e insieme *conditio sine qua non*, si passerà in rassegna la giurisprudenza sulla *rule of law*, accertando la scarsa tenuta dell'irenismo stesso. Si ragionerà, quindi, di un diritto dell'Unione *militante* in opposizione a un diritto *tollerante*; questo tendenzialmente inclusivo, legittimato (anche) dal perdurante consenso dei popoli e degli Stati, l'altro a base valoriale selettivamente esclusiva, modellato sulle opzioni etico-politiche che guidano, nelle letture della Corte di giustizia, l'*invenzione* delle norme da applicare al caso concreto<sup>26</sup>.

Infine, a mo' di conclusioni, si cercherà d'inquadrare le conseguenze, sul piano del diritto costituzionale, dell'affermazione di un regime militante, offrendo argomenti per valutare il rischio, *medio tempore*, di una sua torsione autoritaria.

## 2. Fortune e miserie del costituzionalismo "irenico"

Non ci vuole molto tempo, né molta fatica, per accumulare una bibliografia plurilingue sull'Europa come *spazio aperto dei diritti e delle libertà*<sup>27</sup>. Questa letteratura fiorisce negli anni Ottanta e Novanta, toccando l'acme a

<sup>26</sup> Secondo la lezione di P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, spec. p. 90 ss.

<sup>27</sup> Per tutti, F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHÉO, *Europa como espacio integrado de libertad*, in *Araucaria – Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 5, 2001, pp. 93-122.

cavallo del nuovo Millennio<sup>28</sup>; è letteratura “comunitarista”, in gran parte, ma pure costituzionalistica, proveniente da quel gruppo eterogeneo di giuristi *europei* che offrono alla legittimazione della nascente Europa un poderoso contributo<sup>29</sup>.

È, quella, l'*estate* del costituzionalismo europeo<sup>30</sup>: un'*età dell'oro*<sup>31</sup> che nasce nel segno della «fine della storia» di Francis Fukuyama e del compromesso tra iniziativa economica libera e tensione all'eguaglianza di diritti e doveri. Liberalismo e democrazia, idealmente e concretamente diversi – nella lezione di Norberto Bobbio<sup>32</sup> – si ritrovano ora accomunati lungo la traiettoria del benessere comune, quale un'Europa costruita a piccoli passi<sup>33</sup>, spinta dal diritto e controllata dagli esecutivi<sup>34</sup>, avrebbe perseguito.

Irenico, quindi, era il racconto dell'integrazione allorché, da mera Comunità economica, l'Europa si apriva a «qualcosa di più»<sup>35</sup>. I nodi problematici *lato sensu* costituzionalistici relativi alla nuova forma politica, pur in misura diversa fra loro, sono stati tutti sciolti sulla base di quest'assioma. Si pensi alla neutralizzazione del campo dell'economia, presidiato da autorità *tecniche* indipendenti dalla politica<sup>36</sup>: soluzione plausibile per-

<sup>28</sup> G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 2006, spec. p. 85 ss.

<sup>29</sup> Cfr. G. CAGGIANO, *La dottrina italiana nella fase “costituente” dell'ordinamento comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 8, 2013, pp. 441-467, spec. 444 ss.

<sup>30</sup> Si consenta il rinvio a G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri tra Stati e Unione europea*, Milano, FrancoAngeli, 2020, spec. p. 63 ss.

<sup>31</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, *El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del Derecho constitucional nacional*, in F.A. CORREIA, J.E.M. MACHADO, J.C. LOUREIRO (orgs.) *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho – II – Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*, Coimbra Editora, 2012, pp. 99-121.

<sup>32</sup> N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia* (1985) Milano, Simonelli, 2006, p. 32 ss., *passim*.

<sup>33</sup> D. CURTIN, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, in *Common Market Law Review*, 30:1, 1993, pp. 17-69.

<sup>34</sup> J.H.H. WEILER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1:1, 1981, pp. 267-306, spec. 273 ss.

<sup>35</sup> R. KOVAR, *La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire. Cours général de droit communautaire*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, IV/1, 1993, pp. 15-122, spec. 25 ss.

<sup>36</sup> C. JOERGES, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, in *German Law Journal – Special Issue: EU Citizenship: Twenty Years*

ché, sulla scia dell'ordoliberalismo tedesco<sup>37</sup>, passò l'idea che, per definizione, mai una misura interna a quel campo potesse ledere posizioni politicamente sensibili, né degli Stati<sup>38</sup>, né degli individui<sup>39</sup>. Del pari, la scissione capitale-lavoro – il primo attratto a livello sovranazionale, il secondo lasciato agli Stati membri in concorrenza fra loro – si fondò sulla convinzione, talora esplicitata, che i conflitti di classe fossero superati, sterilizzati dalla futura comune prosperità<sup>40</sup>.

In una temperie siffatta, l'articolo F del Trattato di Maastricht, da cui prende le mosse il transito da Comunità Economica a Unione, vincola la neonata *polity* al rispetto delle sovranità eguali degli Stati e alla tutela per standard equivalente dei diritti fondamentali. Il parallelo fra “costituzione dei poteri” e “dei diritti” nell'architettura europea è tutt'altro che casuale: stabilisce una circolarità virtuosa fra le due, ricordando che la tutela dei diritti non potrebbe attecchire se non per la continuativa, libera adesione di popoli e Stati eguali e sovrani a standard reciprocamente assimilabili di protezione dei diritti fondamentali.

Sicché, il tema che pienamente esprime l'assioma irenico è quello dei diritti fondamentali europei. Il filone delle tradizioni costituzionali comuni alla radice d'un diritto che rilegge in chiave unitaria i valori custoditi dalle Carte statali presuppone indefettibilmente tale assioma: si regge, difatti, sull'idea per cui la rielaborazione sapienziale-giurispredenziale condotta a partire da quelle costituzioni basta, da sola, a coniare regole capaci di risolvere *tutti i conflitti*, inclusi quelli d'ordine costituzionale; e tal premessa poggia sull'ulteriore presunzione di una continuativa, libera

*On*, 15:5, 2014, pp. 985-1028.

<sup>37</sup> Su cui F. SAITTO, *Economia e stato costituzionale: contributo allo studio della costituzione economica in Germania*, Milano, Giuffrè, 2015, spec. p. 64 ss., 281 ss.) e O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 49 ss., 464 ss.

<sup>38</sup> W. STRECK, *The Rise of the European Consolidation State*, in MPiFG Discussion Paper 1, 2015, pp. 1-26, spec. 14s.

<sup>39</sup> Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, FrancoAngeli, 2016, spec. p. 27s., e M. BENVENUTI, *Libertà senza liberazione. Per una critica della ragione costituzionale dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, spec. p. 36 ss.

<sup>40</sup> M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, Cedam, 2013, spec. p. 32 ss.

adesione a quelle regole da parte di popoli e Stati eguali e sovrani. Solo a questa condizione, infatti, tali regole risulterebbero accettabili anche per gli sconfitti – i quali, pur se in concreto subissero pregiudizio, resterebbero comunque illesi nei loro diritti e interessi più sensibili, quindi non *esclusi* dalla *societas* europea.

L'irenismo, quindi, permetterebbe la graduale crescita di quella *auto-riflessività*<sup>41</sup> che avrebbe plasmato, presto o tardi, il *demos* europeo<sup>42</sup>, colmando una lacuna di cui si dovevano animatori del dibattito sulla “costituzione europea” come Dieter Grimm<sup>43</sup> e Paul Kirchhof<sup>44</sup>. Di più: l'irenismo permetteva di sollevare una critica “facile” a tali studiosi, bollandoli come nostalgici di una «democrazia identitaria» di matrice schmittiana<sup>45</sup> ed opponendo loro il virtuoso paradigma irenico della «tolleranza costituzionale»<sup>46</sup>.

In un'ammirevole esemplificazione dell'irenismo nelle sue molteplici implicazioni, Armin von Bogdandy così scriveva nel 2005:

*«Collective identity is social affiliation that is conscious and reflexive. In exactly this sense, European identity politics strives to shape the European citizen. He or she should conceive of him or she as being part of that group of Europeans organized by the supranational organization and should then act accordingly in the social sphere.»*

<sup>41</sup> E. CHRISTODOULIDIS, *On the Politics of Societal Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20:2, 2013, pp. 629-663; cfr. J. BAST, *The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution*, in *German Law Journal*, 6:11 – *The Unity of the European Constitution: 2<sup>nd</sup> German-Polish Seminar on the Constitutional Law of the European Union*, 2005, pp. 1433-1452.

<sup>42</sup> Cfr. J.H.H. WEILER, *The State über alles. Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *EUI-W/P RSC*, 95/19, pp. 1-52.

<sup>43</sup> D. GRIMM, *Vertrag oder Verfassung. Die Rechtsgrundlage der Europäischen Union im Reformprozess Maastricht II*, in *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 6, 1993, pp. 509-531; cfr. ID., *Ohne Volk keine Verfassung*, in *Die Zeit*, 12, 1999.

<sup>44</sup> Cfr. P. KIRCHHOF, *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*, in J. ISENSEE (a cura di), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pp. 63-101.

<sup>45</sup> Cfr. I. PERNICE, *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 120:1, 1995, pp. 100-120. Sulla democrazia identitaria, il saggio di G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 26 ss., *passim*.

<sup>46</sup> J.H.H. WEILER, *On the Power of the Word: Europe's Constitutional Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3:2-3, 2005, pp. 173-190.

*Given that identity is based on social constructs, the formation of such a European identity, based on a constitutional document, appears possible; such a position does not require recourse to the philosophy of constitutional patriotism»<sup>47</sup>.*

Dunque, grazie all'elaborazione sapienziale e giurisprudenziale dei valori comuni, l'unità europea è cosa fatta anche se non esiste politicamente. Allora, un'identità europea – affiliazione consapevole a una *societas* che si concepisce come “noi”, spingendo il cittadino a sentirsene parte e agire di conseguenza – per un verso è come se ci fosse, e per altro verso «appare possibile» mediante una strategia politica europea che comprende l'approvazione d'un documento costituzionale, sulla base del quale potrebbe poi dimostrarsene l'effettiva, inconfutabile esistenza. L'ambiguità irriducibile di una coscienza comune identitaria che è a un tempo presupposto ed obiettivo del moto di costituzionalizzazione spiega il passo per cui l'approvazione di una nuova costituzione – *constitutional moment* per antonomasia<sup>48</sup>, che marca un *prima* e un *poi* – sarebbe avvenuta senza salti, rendendo superfluo il *patriottismo costituzionale*<sup>49</sup>. Non sarebbe necessario, insomma – sostiene von Bogdandy – che al fine di raggiungere e mantenere salda la sua unità la *societas* europea assuma tratti da *militant democracy*. La filosofia politico-costituzionale dell'integrazione è, piuttosto, quella della *terza via* – il *Sonderweg* di Joseph Weiler<sup>50</sup> – e non segue né Kelsen, né Schmitt<sup>51</sup>; non si fa Stato – tantomeno identitario – né resta semplice organizzazione internazionale; è – richiamando il più strutturato edificio teorico di un'Europa

<sup>47</sup> A. VON BOGDANDY, *The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3:2-3, 2005, pp. 295-315.

<sup>48</sup> Nella nota lettura di B. ACKERMAN, *We the People – 2: Transformations* (1991) Harvard University Press, 2000, p. 87 ss., *passim*.

<sup>49</sup> J.-W. Müller, *On the Origins of Constitutional Patriotism*, in *Contemporary Political Theory*, 5, 2006, pp. 278-296.

<sup>50</sup> J.H.H. WEILER, *In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg*, in J.H.H. WEILER, M. WIND (a cura di) *European Constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, 2003, pp. 7-24.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 15.

unitaria, elaborato da Ingolf Pernice – un *Verfassungsverbund*<sup>52</sup>, «unione» o «alleanza»<sup>53</sup> di costituzioni, dedita all'*inclusione dell'altro*<sup>54</sup>.

Il fatto che, un mese dopo la pubblicazione del lavoro di von Bogdandy da cui è tratto il pezzo *supra* citato, la Francia votasse *no* al Trattato-costituzione – e che, tre giorni dopo, l'Olanda seguisse lo stesso esempio – avrebbe dovuto far suonare la campana e indurre gli studiosi a ripensare l'approccio al fenomeno europeo. In specie, occorre elaborare il fallimento del progetto costituente e fare i conti col seguente dato: l'idea per cui l'integrazione potesse avvenire irenicamente, senza che si manifestassero neppure conflitti di sorta, si era rivelata fallace. Non che mancassero, d'altronde, quelli che sin dai tentennamenti del "metodo-Convenzione" avevano espresso i loro dubbi<sup>55</sup>, anche fra gli studiosi italiani<sup>56</sup>; tuttavia, il naufragio del Trattato-costituzione non dissuase buona parte della dottrina dall'aggrapparsi all'irenismo, minimizzandosi – se non scientemente trascurandosi – lo "spirito polemico" del diritto europeo<sup>57</sup> che montava via via più minaccioso<sup>58</sup>.

Col *sen di poi*, volendo ricercare le cause di un tale approccio, potrebbe dirsi che al persistere dell'irenismo hanno contribuito almeno tre fattori.

<sup>52</sup> I. PERNICE, *Die dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund*, in *Europarecht*, 31, 1996, pp. 27-43; *amplius*, Id., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 36:4, 1999, pp. 703-750.

<sup>53</sup> Lo traduce con "alliance of (national) constitutions" J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, in *European Journal of International Law*, 23:2, 2012, pp. 335-348, spec. 341 e nota 22.

<sup>54</sup> J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1996, spec. p. 65 ss.

<sup>55</sup> Ad es. D. CHALMERS, *The Reconstitution of European Public Spheres*, in *European Law Journal*, 9:2, 2003, pp. 127-189.

<sup>56</sup> Cfr., ad es., da prospettive diverse, *ex multis* A. PACE, *La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3/2002, pp. 613-650; G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in Id. (a cura di) *Diritti e costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. V-XIII; G. FERRARA, *La Costituzione europea: un'ambizione frustrata*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 13 dicembre 2004, par. 4-5; C. AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 3 ss., *passim*.

<sup>57</sup> Secondo la bella definizione di G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Saggi sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, Aracne, 2011.

<sup>58</sup> A. RUGGERI, *Per una "federalizzazione" dello Stato e dell'Unione europea: un esito necessario e... irraggiungibile?*, in Id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti – Anno XXII – Studi dell'anno 2018*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 91-108.

Il primo è giuridico-istituzionale: col fallimento della linea che aveva portato al Trattato costituzionale, la reazione delle istituzioni e della dottrina *européista* è stata l'arrocco, come per mantenere saldo quell'*acquis* che pure, almeno dai cittadini di Francia e Olanda, era stato valutato con critica severità. In tal senso, si rilegga un passaggio delle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Miguel Poiares Maduro – peraltro, accademico di fama – in una causa del 2007 sull'ammissibilità di basi giuridiche secondarie atipiche. Oggetto della sua arringa è il rapporto fra consuetudine e diritto scritto nel “sistema delle fonti” dell'Unione<sup>59</sup>:

«(...) [l]'accettazione di consuetudini *contra legem* disconoscerebbe il carattere rigido dei Trattati istitutivi, dato che questi ultimi possono essere modificati solo secondo la procedura formale stabilita allo scopo. La Corte ha infatti qualificato i Trattati istitutivi come la carta costituzionale che ha instaurato un ordinamento giuridico i cui soggetti sono i cittadini dell'Unione. Tale legittimità rafforzata implica che le regole stabilite dai Trattati «non sono derogabili né dagli Stati membri né dalle stesse istituzioni» (...) in quanto una prassi non può derogare né prevalere rispetto alle regole del Trattato».

Una tale difesa del formalismo, di pochi mesi precedente all'adozione dei primi strumenti “atipici” esterni ai Trattati in reazione alla crisi economica – bollati da certa dottrina come *Ersatzunionsrecht*, ossia “sucedaneo” del diritto dell'Unione<sup>60</sup> – suona, in retrospettiva, vaniloquente. Eppure, non può non cogliersi la volontà, da parte della Corte di giustizia – così come di uno studioso fra i più brillanti ed appassionati – di difendere le conquiste dell'integrazione proprio nel frangente in cui la battuta d'arresto registrata sul crinale della politica costringeva i suoi sostenitori a un repentino ripiegamento.

<sup>59</sup> *Conclusioni* in C-133/06, *Parlamento c./ Consiglio*, 27 settembre 2007, ECLI:EU:C:2007:551, par. 29.

<sup>60</sup> R.A. LORZ, H. SAUER, *Ersatzunionsrecht und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Zustimmungsgrundlagen für den Fiskalpakt, den ESM-Vertrag und die Änderung des AEUV*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 15/2012, p. 573-581. Contestualizzato, il termine non pare esente di una certa venatura d'ironia, al punto da poterlo, forse, rendere anche come “contraffatto”, “tarocco”.

Un altro fattore, di carattere psicologico-antropologico, è la paura di perdere quanto costruito e di ricadere verso un passato di nazionalismi autocratici, o anche solo verso rivolgimenti sociali che avrebbero sovvertito equilibri di potere consolidati. In un memorabile editoriale *EJIL* dell'aprile 2012, Joseph Weiler accusa i *leaders* europei, intenti a difendere la moneta unica dichiarando che alla sua sopravvivenza è legato il futuro del mercato unico, di *mentire*<sup>61</sup>: il mercato funziona dall'alba dell'integrazione malgrado la diversità delle valute adoperate. La *menzogna* segna una svolta nei rapporti governanti-governati: serve a fomentare un sentimento – la paura – che da allora figura tra le giustificazioni principali del diritto dell'integrazione, ossia, tra le ragioni ultime per cui i governanti chiedono ubbidienza ai governati. È il potere *catecontico*, scrive Massimo Cacciari, quello cui aspirano i *leaders*<sup>62</sup>, in uno all'*élite* di giuristi e di burocrati che essi stessi hanno forgiato. Si tratta, però, di un potere esercitato non più additando orizzonti comuni di prosperità e benessere, ma lasciando che balugini minaccioso sulle teste dei cittadini lo spettro del "*there is no alternative*": o l'ubbidienza, o il precipizio verso lo sgretolamento dell'intero consesso e la rovina dei suoi abitanti. Facendo il verso all'*integration through law*, l'*integration through fear* ne è insieme la parodia e, date le premesse, l'approdo naturale. Da un lato esplicita, infatti, la scissione fra *élites* "europeiste" e "popolo" recalcitrante, dall'altro esalta la diffidenza verso le "masse" tipica di un certo liberismo<sup>63</sup>, rovesciando su queste ultime l'angoscia di veder crollare il regime in cui tali *élites* detengono una posizione sociale, politica ed economica privilegiata.

L'altro dei fattori accennati è più strettamente legato al contesto scientifico. Sin dall'inizio, i sostenitori dell'integrazione europea hanno combattuto strenuamente il concetto di sovranità, cardine della divisione fra diritto interno e internazionale, in nome della creazione pretoria del

<sup>61</sup> J.H.H. WEILER, *Integration Through Fear*, Editorial – *European Journal of International Law*, 3 April 2012.

<sup>62</sup> M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Milano, Adelchi, 2013, spec. p. 44 ss.

<sup>63</sup> C. MÖLLERS, *We are (afraid of) the People: Constituent Power in German Constitutionalism*, in M. LOUGHLIN, N. WALKER (a cura di) *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, 2007, pp. 87-106.

diritto europeo da parte dei giudici e dei dottori. Alberto Trabucchi, all'indomani di *Van Gend & Loos*, si vantò apertamente di aver evitato «il pericolo più grave»: che il diritto comunitario cadesse «negli schemi del diritto internazionale classico»<sup>64</sup>. Per tal via, mentre il diritto dell'Unione s'allargava a settori estranei, in principio, al suo raggio operativo, alla sovranità, *bad company* dell'intelletto, veniva accomunandosi lo spettro dei totalitarismi del Novecento; sicché, difenderla significava avversare quella naturale tendenza universalistica della democrazia pluralista che l'integrazione, arginando il ritorno di nazionalismi autocratici e guerra-fondai, avrebbe protetto. Accelerando la *trasfigurazione* della sovranità<sup>65</sup>, l'accostamento innescava la svalutazione della rappresentanza politica; indebitamente, però, giacché il suffragio universale sancito dalle costituzioni del secondo dopoguerra ne ha rivisitato il concetto col prisma della sovranità popolare – in termini, quindi, antitetici rispetto a quelli istituzionali-organicistici che caratterizzavano i regimi autoritari<sup>66</sup>.

Ora, se l'irenismo ha permesso l'assorbimento di sovranità-rappresentanza nell'opera dei giudici del *réseau européen*<sup>67</sup>, la riemersione del conflitto ne esigerebbe il pronto ripristino. Tuttavia, ad oggi, un ragionamento sull'Unione che li abbracci entrambi difficilmente trova asilo nel pubblico discorso<sup>68</sup>: non è raro (eufemismo) che le critiche all'integrazione attraverso il diritto siano tacciate di *souvanismo* – additate come *tout court*

<sup>64</sup> Lo racconta E. PERILLO, *Alberto Trabucchi, europeista: un tratto ancora poco conosciuto del grande civilista*, ne *La formazione del diritto europeo. Giornata di studi per Alberto Trabucchi nel centenario della nascita*, Padova, Cedam, 2009, pp. 189-203.

<sup>65</sup> G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 1996, pp. 3-74.

<sup>66</sup> V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica* (1895) in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema* (1940) Milano, Giuffrè, 1954, p. 417 ss.; cfr. V. GUELLI, *Il concetto giuridico della rappresentanza politica e la "rappresentatività" degli organi di governo* (1942) in Id., *Scritti vari*, I, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 145-165, e L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello stato fascista*, in *Jus*, 19, 1968, pp. 46-88.

<sup>67</sup> A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, Bruylant, 2009, spec. p. 341 ss.

<sup>68</sup> Si permetta, per una disamina più approfondita, il rinvio a G. VOSA, *Il principio di essenzialità*, cit., spec. pp. 13 ss., 382 ss.

avverse all'Europa, quindi pericolose per la democrazia pluralista poiché veicolo per un ritorno dei nazionalismi novecenteschi.

In definitiva: oggi, una certa *path dependence* in capo agli studiosi si somma alla difesa istituzionale dell'*acquis* e alla paura di veder crollare l'intero castello che dall'*élite* europea viene riversata sui cittadini. Questi fattori fanno sì che l'irenesimo, consapevolmente o no, funga ancora da piattaforma su cui edificare la costruzione europea.

Se si seguisse questa lettura, la giurisprudenza che tutela la *rule of law* rivelerebbe il suo lato oscuro<sup>69</sup>: la difesa, per interesse, paura e incapacità di staccarsi da paradigmi scientifici consolidati, di modelli politici e giuridici propri di un'*élite* e congeniali alla perpetuazione della sua dominanza. Tali modelli però, allora ritenuti latori di benefici per i membri del consesso europeo, ora appaiono piuttosto all'affannosa ricerca di un *perché* che ne legittimi la preservazione. Di qui, allora, il tentativo di raccontare e applicare un diritto dell'Unione nuovo, affine ai canoni del costituzionalismo militante e recessivo proprio quanto alla garanzia di *tolleranza* che ha caratterizzato il «patrimonio costituzionale europeo»<sup>70</sup>. Dal canto suo, una certa parte della dottrina si studia di accreditare come opportuna e finanche doverosa questa svolta militante. Le posizioni di questi studiosi offrono un panorama frastagliato; per comodità, s'individuano due poli. Da un lato v'è chi, consapevole della delicata politicità che circonda l'opzione *europeista* e che sostiene il primato incondizionato del suo diritto, elenca ragioni soprattutto politiche a fondamento di entrambe<sup>71</sup>; e chiama *trasformazione strutturale* il passaggio, che ritiene necessario per reggere le sfide odierne, al *costituzionalismo patriottico* e ai toni *militant* in opposizione a quelli irenici che hanno sorretto l'integrazione<sup>72</sup>. Dall'altro lato si schiera chi vede come legittima evoluzione

<sup>69</sup> C. JOERGES, *Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project*, in C. JOERGES, N. SINGH GHALEIGH (a cura di) *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Traditions*, Hart, Oxford, 2003, pp. 167-191.

<sup>70</sup> Nella fortunata espressione di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002.

<sup>71</sup> J. BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Law of the Integration?*, Oxford University Press, 2018, pp. 27-51, 28.

<sup>72</sup> A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, Berlin, Suhrkamp, 2022, spec. pp. 21 ss., 37 ss., 285 ss.

del progetto originario l'uso degli strumenti e dei modelli argomentativi propri dell'*integration through law* malgrado ci si trovi al crepuscolo dell'irenismo – anzi, forse, proprio per quello<sup>73</sup>.

La Corte di giustizia segue quest'ultima linea: la tutela della *rule of law* è in perfetta continuità col cammino dell'integrazione e l'Unione persegue la supremazia del suo diritto in nome della tutela dei valori comuni. A dir il vero, però, l'esame della giurisprudenza, se da un lato certifica il lavoro dei giudici del Kirchberg per estendere l'ambito applicativo del diritto dell'Unione oltre i vincoli delle disposizioni positive, dall'altro offre elementi robusti per sostenere che l'avvento della *rule of law* come fattore *iusgenerativo* del diritto dell'Unione rappresenti cesura netta nella parabola dell'integrazione. Infatti, se la Corte, nel tutelare libertà economiche e diritti fondamentali, persegue l'obiettivo dell'integrazione giuridica – a tal fine indirizzando gli strumenti ermeneutici rispettivi – è altresì vero che l'irenismo è il postulato che lega tale obiettivo allo *status quo ante*, impedendo che ne derivi la rottura con le costituzioni nazionali e con il moto convergente che le coinvolge. Per cui, vuol sostenersi, irenismo e primato vanno insieme; se questo si imponesse in assenza di quello, ciò costituirebbe pretesa di modifica strutturale – *involutiva* – dell'assetto costituzionale dell'Europa.

### 3. La tutela della *rule of law*: il coronamento di un percorso

La linea tracciata dalla Corte di giustizia in difesa della *rule of law* è coerente col percorso già tracciato nei decenni addietro. Tale percorso esprime la funzione che la Corte si è intestata: promuovere l'integrazione attraverso il diritto, disapplicando la norma interna e preferendovi quella sovranazionale. Una funzione, che nell'ottica della Corte, fagocita ogni altro scopo, il quale – benché incluso nel ragionamento volta per volta condotto – si piega al fine superiore dell'unificazione giuridica: prima

<sup>73</sup> Ad es., *ex multis*, R.D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, in F. FABBRINI (a cura di) *The ECJ, the ECB and the Supremacy of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law (Special Issue)* 23:1, 2016, pp. 136-151; cfr. E. PERILLO, *Dalla saga Taricco all'affaire Weiss: primato del diritto dell'Unione, tra giudicati costituzionali non recognoscentes e la regola dello «squilibrio»*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2020, pp. 489-513, 504 ss.

la tutela delle libertà individuali, poi quella dei diritti fondamentali, ora quella dei valori.

Appare, infatti, a rovistare nella *cassetta degli attrezzi* del diritto dell'integrazione, che la tutela della *rule of law* aggiunga semplicemente un altro anello a una collana di argomenti il cui filo rosso, al netto delle libertà o diritti in gioco, è il perseguimento dello scopo unitario, soppiantandosi il diritto degli Stati in assenza di deliberazioni politiche – quindi, al margine del diritto scritto. Corollario, il rapporto fra norma e disposizione muta: l'argomento letterale viene prima sganciato dalla volontà degli Stati – presunta nel senso di procedere a un'integrazione sempre più stretta, quindi prodromica a un argomento teleologico – e poi marginalizzato *tout court*.

Prima di muovere all'analisi, pur succinta, di un tale processo, deve sgombrarsi il campo da un preconcetto alquanto diffuso, per ulteriore *path dependence*, fra gli studiosi di diritto costituzionale interessati alle "cose" comunitarie. Mentre in diritto costituzionale (statale) la forma politica precede la produzione giuridica e quindi la norma concreta, in diritto dell'Unione questa sta *prima*, logicamente e cronologicamente, di quella. Di conseguenza, non è la forma della *polity* europea a condizionare l'interpretazione della norma di diritto dell'Unione, ma il contrario: la raffigurazione dell'unità politica poggia, come un vestito più o meno rifinito, sulle variegate letture che del diritto dell'Unione continuamente offre la Corte di giustizia, proponendosi di offrirne una spiegazione e insieme un'anticipazione delle conseguenze successive.

Perciò, ai fini di questo lavoro, più che addentrarsi nel *mare magnum* delle ricostruzioni dottrinarie che in varia guisa rievocano moduli *federalisti* o comunque propri dello Stato composto, è opportuno scandagliare i rapporti fra argomenti avanzati in sede giudiziale e loro sistematizzazione in dottrina per quel che attiene, in special modo, alla teoria dell'interpretazione.

### ***3.1 Dal consenso iniziale al teleologismo etico, ovvero la crisi dell'argomento letterale***

Con le sentenze *Van Gend & Loos* e *Costa c./ENEL*, la Corte di giustizia getta le fondamenta dell'autonomia del diritto comunitario nei noti termini per cui la speciale volontà degli Stati di mettere insieme settori via

via più cospicui dell'economia e del diritto nazionali ha dato origine a un ordinamento giuridico di nuovo conio che non si rivolge solo agli Stati ma anche direttamente ai cittadini. Questa proclamazione di autonomia innesca un effetto peculiare quanto all'interpretazione del diritto comunitario. Fino a tutti gli anni Cinquanta – lo riporta, fra gli altri, Martti Koskenniemi<sup>74</sup> – il criterio dominante per interpretare il diritto internazionale è quello volontaristico, che si basa sull'esegesi del dato positivo e si rifà al consenso iniziale: non v'è diritto se non può provarsi la volontà degli Stati nel senso di obbligarsi in una certa direzione. Ora però, seguendo il ragionamento della Corte, se la volontà degli Stati può e deve presumersi come orientata nel verso di una sempre maggior integrazione – la *ever closer union* di cui al celebre *Preambolo* del Trattato CEE – allora l'argomento volontaristico del consenso iniziale va letto come un argomento finalistico teso ad ampliare il più possibile l'ambito di applicazione del diritto comunitario, giacché è proprio in tal direzione che si presume indirizzata la volontà originaria degli Stati fondatori. La ricostruzione che in dottrina più sottilmente coglie questa novità proviene dalla Scuola di Francoforte, già assai attiva, sia in sede di redazione dei Trattati, sia nel dibattito sulla forma politica della Comunità<sup>75</sup>. Autore può considerarsene Carl Friedrich Ophüls, il quale la riorganizza in un lavoro pubblicato in una raccolta di scritti sulla pianificazione giuridico-economica edita da Joseph Heinrich Kaiser<sup>76</sup>. Se la pianificazione – sulla scia di un contributo di Ulrich Scheuner pubblicato nella stessa raccolta<sup>77</sup> – è tratto caratteristico delle costituzioni, allora i Trattati comunitari, pianificando il graduale sviluppo comune di settori del diritto e dell'economia, sono costituzioni-piano (*Planungsverfassungen*).

<sup>74</sup> M. KOSKENNIEMI, *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2:2, 1997, pp. 215-263, 255; cfr. A. PELLET, *The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making*, in *Australian Yearbook of International Law*, 26, 1988-'89, pp. 22-53, 22.

<sup>75</sup> S. KADELBACH, *Frankfurt's Contribution to European Law*, in R. HOFMANN, S. KADELBACH (a cura di) *Law Beyond the State. Pasts and Futures*, Frankfurt-New York, Campus Verlag, 2016, pp. 49-70, 54 ss.

<sup>76</sup> C.F. OPHÜLS, *Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen*, in J.H. KAISER (a cura di) *Planung I*, Baden-Baden, Nomos, 1965, pp. 229-245.

<sup>77</sup> U. SCHEUNER, *Verfassungsrechtliche Probleme einer zentralen staatlichen Planung*, in J.H. KAISER (a cura di) *Planung I*, cit., pp. 67-90.

Essi, infatti, tendono al perseguimento di una forma politico-economica unitaria, e allo stesso tempo ne disegnano alcuni tratti salienti; esigono, quindi, che del diritto da essi derivato si dia lettura congruente con la loro impostazione, improntata a un'integrazione sempre crescente e volta a ampliare il più possibile l'ambito applicativo del diritto sovranazionale<sup>78</sup>. Stando così le cose, il dato testuale si legge in un'ottica allargata, che abbandona le strettoie del positivismo e amplia i propri orizzonti verso il cielo dei principi. Difatti, al fine di estendere, secondo la speciale volontà degli Stati, l'ambito applicativo del diritto comunitario, può e deve interpretarsi la lettera della disposizione nel modo più funzionale a tal estensione; altrimenti, si contraddirebbe la volontà di coloro che la posero.

Due sono le conseguenze principali di una siffatta costruzione.

In prima battuta, è reciso il nesso fra la disposizione scritta e la volontà normativa di colui che la pone. Se, nell'universo del positivismo, ciò che vogliono le parti deve ricavarsi in prima battuta dalla lettera del testo, ed è questa a sottoporsi, nel caso, ad interpretazione finalistica-sistematica, nel diritto comunitario il criterio teleologico pro-integrazione sta *prima* della lettera della norma, dal momento che (e allo stesso modo in cui) la volontà degli Stati sta *prima* del testo scritto. Per cui, all'*iper*-valorizzazione del consenso iniziale si abbina la parallela svalutazione dell'argomento letterale. Non è la lettera del testo a condizionare l'applicazione della norma in chiave teleologico-sistematica, ma il contrario: la disposizione è un mezzo per la ricostruzione di un fine già presunto nell'*an*, e va, quindi, letta allo scopo di garantirne il perseguimento. L'esigenza di avanzare nel progetto euro-unitario diviene così il canone che conforma l'intero processo interpretativo.

In secondo luogo, entra in gioco un fattore teleologico imperniato su una considerazione d'ordine morale: l'interpretazione di una disposizione nel senso di una maggior integrazione è preferibile a una che ne restringa l'ambito applicativo restando più fedele al testo scritto.

<sup>78</sup> Si permetta il rinvio, sul punto, a G. VOSA, *Sull'equilibrio costituzionale dell'Unione europea. La costituzione "nata dal cambiamento" e i limiti alla priorità applicativa del diritto sovranazionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2021, pp. 1-45, spec. 19 ss.

Si fa largo l'idea dell'integrazione *fine-in-sé*, al cui perseguimento s'orientano gli strumenti ermeneutici del diritto comunitario. La sovrapposizione consenso iniziale-teleologismo interpretativo fa sì che la volontà delle parti, presumendosi costantemente orientata alla maggior integrazione, si confonda con un pregiudizio etico positivo in tal senso, camuffando da *original intent* quel che è un *moral bias* favorevole all'*ever closer Union*. Così travisato, il consenso originario molla l'aggancio testuale e prende le forme d'un teleologismo fondato sulla preferibilità etica di un'integrazione sempre più cospicua.

Gli effetti pratici di un tale schema argomentativo sono evidenti. Mette conto di notare, infatti, come sulla scia del consenso originario la Corte costruisca numerosi ragionamenti di matrice teleologico-morale, che nel perseguire lo scopo di un'integrazione sempre più stretta rovesciano la logica del positivismo giuridico.

Emblema di un tale fenomeno può ritenersi l'effetto utile, che sin da subito mostra le sue potenzialità come canone interpretativo generale<sup>79</sup>; anzi, forse, un *meta-concetto*<sup>80</sup>, *trait d'union* fra tutti quelli che la Corte dispiega a sostegno dell'applicazione del diritto dell'Unione<sup>81</sup>. Si rilegga, a tal proposito, questo passo di *Reyners*:

«In mancanza di qualsiasi direttiva adottata (...) al fine di armonizzare le disposizioni interne relative, in particolare, alla professione forense, l'esercizio di questa resta disciplinato dal diritto dei vari Stati membri. L'eventuale applicazione delle restrizioni della libertà di stabilimento (...) va quindi valutata separatamente, per ciascuno Stato membro, tenuto conto delle disposizioni interne afferenti all'organizzazione e all'esercizio di tale professione. Tale valutazione deve tuttavia tener conto del carattere comunitario dei limiti posti (...) alle deroghe consentite al principio della libertà

<sup>79</sup> I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2017, pp. 57 ss., 75 ss., 116 ss.

<sup>80</sup> S. MAYR, *Putting a Leash on the Court of Justice? Preconceptions in National Methodology v Effet Utile as a Meta-Rule*, in *European Journal of Legal Studies*, 5:2, 2012, pp. 8-21.

<sup>81</sup> U. ŠADL, *The role of effet utile in preserving the continuity and authority of European Union law: evidence from the citation web of the pre-accession cases of the Court of Justice of the EU*, in *European Journal of Legal Studies*, 8:1, 2015, pp. 18-45, spec. 22 ss.

di stabilimento, al fine di evitare che l'effetto utile del Trattato non venga escluso da disposizioni unilaterali degli Stati membri<sup>82</sup>.

Quindi: in tema di diritto di stabilimento degli avvocati, pur in mancanza di normativa CEE, l'ordinamento degli Stati membri deve tener conto dell'effetto utile del diritto comunitario. "Utile", evidentemente, s'intende al raggiungimento della piena tutela della libertà di stabilimento degli avvocati: un obiettivo più ampio di quello che si ricaverebbe dal dato positivo e tuttavia preconetto, che condiziona per forza propria l'interpretazione del diritto statale. Per il criterio dell'effetto utile, insomma, che il diritto comunitario debba trovare la via per applicarsi è postulato dell'argomentazione, sennò non potrebbe dirsi raggiunto il suo scopo. Non occorre evidenziare che, nell'ottica del positivismo, il ragionamento sarebbe diametralmente opposto: una norma sarebbe abilitata a raggiungere il suo scopo solo qualora se ne accertasse giuridicamente doverosa l'applicazione.

Tale sovversione si verifica nitidamente per l'effetto diretto. La narrazione che lo accompagna parla, com'è noto, di tutela delle libertà individuali contro Stati riottosi<sup>83</sup>. Tuttavia, che dietro una retorica siffatta vi sia il rafforzamento della pretesa di affermare il primato in via generale e incondizionata<sup>84</sup> – sembra plausibile: lo dimostrerebbe la persistenza dell'argomento teleologico già riscontrato per l'effetto utile, al quale la difesa dei diritti e delle libertà dell'individuo fa solo da supporto – quando non da semplice *adorno ammanto*.

<sup>82</sup> CGUE, C-2/74, *Reyners c./ Regno del Belgio*, 21 giugno 1974, ECLI:EU:C:1974:68, par. 48-50.

<sup>83</sup> D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 15 ss., 213 ss. In generale, ne esiste una concezione soggettiva, per cui l'effetto diretto non può andare mai disgiunto dal riconoscimento di un diritto individuale (così ad es. J.A. WINTER, *Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 9:4, 1972, pp. 425-438) da una concezione oggettiva, che tende a sovrapporre effetto diretto e primato; quest'ultima maggioritaria nella dottrina tedesca, in virtù della costruzione oggettivistica dei diritti come *Schutznormen* afferenti alla personalità giuridica dell'individuo (cfr. C. WARIN, *Individual Rights under EU Law: A Study on the Relation between Rights, Obligations and Interests in the Case-Law of the Court of Justice*, Baden-Baden, Nomos, 2019, spec. p. 48 ss).

<sup>84</sup> Per tutti, P. PESCATORE, *The Doctrine of "Direct effect": an infant disease of Community Law* (1983) in *European Law Review*, 40:2, 2015, pp. 135-153.

L'incrocio tra i due argomenti è evidente in *Defrenne II*<sup>85</sup>: il Tribunale del Lavoro belga sottopone alla Corte una questione pregiudiziale sull'efficacia diretta dell'art. 119 TCEE – che così esordisce:

«[c]iascuno Stato membro assicura (...) l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro».

Per la Corte, «[l]a questione dell'efficacia diretta dell'art. 119 va esaminata alla luce della natura del principio della parità di retribuzione, dello scopo perseguito da detta disposizione e della sua collocazione nel sistema del Trattato»; sicché, il duplice scopo economico – evitare competizioni sleali con aziende di Stati che non applicano tale principio – e sociale, «promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come viene posto in rilievo nel preambolo del Trattato» ne conforma la natura e influisce direttamente sull'ambito applicativo della norma. Si noti: la disposizione si rivolge esplicitamente agli Stati, eppure il processo ermeneutico muove dall'assioma per cui essa esprima un principio la cui forza normativa trascende le barriere statali. Tal pregiudizio condiziona *a monte* l'interpretazione: dà per scontato che dalla disposizione in parola emerga una norma capace di superarne il tenore letterale, anche distaccandosene con chiarezza, pur di spingersi a una maggior integrazione. È tale presunzione, che non avrebbe ragion d'essere per i canoni del positivismo – e che rende palese il *moral bias* derivato, nei modi in cui si è detto, dal consenso iniziale – a pilotare tutto il ragionamento successivo. Per cui, secondo l'apprezzabilità etica del fine ricondotto alla norma, la condotta degli Stati inadempienti smette di essere un argomento *contro* la sua applicabilità diretta e diviene un argomento *a favore* di questa. Non è, infatti, tal inadempimento, indizio della carente volontà degli Stati d'impegnarsi in tal senso, ma elemento per rafforzare la doverosità giuridica di un'applicazione siffatta:

<sup>85</sup> CGUE, C-43/75, *Gabrielle Defrenne c./ Sabena (Defrenne II)*, 8 aprile 1976, ECLI:EU:C:1976:56, par. 4-6.

«(...) il principio della parità di retribuzione è uno dei principi fondamentali della Comunità (...) Nell'interpretare detta disposizione non si può quindi trarre argomento dagli indugi e dalle resistenze che hanno ritardato, in determinati Stati membri, l'applicazione effettiva di detto principio essenziale».

Senza la preferibilità intrinseca d'ogni misura rivolta in tal senso, non sarebbe lecito modulare il giudizio sull'apprezzamento delle libertà, diritti o interessi che astrattamente quei cittadini potrebbero rivendicare; ci si limiterebbe a prendere atto dell'inattuazione dell'art. 119 TCEE, ragionando sulle conseguenze per lo Stato inadempiente. Al contrario, il *moral bias* pro-integrazione induce l'interprete a presumere che l'art. 119 TCEE rechi un divieto di discriminazione più ampio di ciò che la disposizione consentirebbe di dedurre; indossando le vesti del riconoscimento di un diritto, tale pregiudizio permea lo strumento dell'effetto diretto. Non è, allora, la rivendicazione di posizioni individuali, caratteristica strutturale dell'effetto diretto, ma occasionale, benché frequentemente addotta; semmai, a ben vedere, è necessaria sul piano narrativo, ossia per articolare ragioni "più accettabili" al fine di giustificare la priorità applicativa del diritto dell'Unione in un novero sempre più ampio di fattispecie. L'origine di tale priorità, dunque, non sta nella pretesa di una miglior tutela dei diritti e delle libertà degli individui contro gli Stati, ma nel costruito per cui la speciale volontà degli Stati stessi di costruire un'*ever closer union* spoglia del suo sostrato positivistico l'argomento del consenso iniziale e lo applica sotto forma di una preferibilità etica per ogni atto che realizzi un'integrazione maggiore.

### *3.2 Interpretazione per valori e moto costituzionale convergente: i diritti fondamentali europei quale veicolo di un primato senza condizioni*

Allorché, con lo scorrere della pratica giuridica, la pretesa normativa del diritto comunitario viene a interferire con norme interne di rango costituzionale, la ricostruzione del consenso iniziale presuntivamente indirizzato a una sempre crescente integrazione si rivela insufficiente: l'approccio del *BVerfG* all'indomani di *Internationale Handelsgesellschaft* ne è testimonianza. Emerge, allora, una visione del fenomeno

comunitario che può spiegarsi con una definizione di Hans-Peter Ipsen. Ipsen sostiene che l'Europa, giacché *Zweckverband* – comunità di scopo: donde l'aggancio al consenso iniziale quale pregiudizio etico in favore di un'integrazione crescente<sup>86</sup> – si fonda su una *Wandel-Verfassung*, «costituzione in cambiamento», ovvero «che nasce dal cambiamento»<sup>87</sup>. “Giocando con le parole”, Ipsen accomuna la mutazione costituzionale degli Stati (*Verfassungswandlung*) a quello che, nella sua ottica, coinvolge la *costruenda* costituzione europea; equiparando, quindi, l'un processo all'altro. L'idea che anima questa ricostruzione può così ripercorrersi: le costituzioni degli Stati membri, lungi dall'essere meri insiemi di disposizioni, enucleano taluni valori, comuni a tutte, che ne pilotano l'evoluzione lungo direttrici convergenti<sup>88</sup>. Esiste, allora, un nucleo etico di *diritto costituzionale europeo* cui attingono tanto le Corti nazionali quanto la Corte di giustizia; e tale nucleo fa sì che questa, nell'interpretare il diritto comunitario, possa servirsi di tali valori là dove esso intercetti posizioni giuridiche di rango costituzionale, esattamente come farebbero – e anzi fanno – le Corti nazionali nell'interpretare il diritto statale<sup>89</sup>.

Se si segue questa linea, non c'è contrasto fra Corti nazionali e Corte di giustizia: questa non farebbe altro che sviluppare sul piano europeo gli stessi valori sviluppati, su scala ridotta, dai suoi colleghi statali<sup>90</sup>. Di più: il diritto costituzionale degli Stati, in uno alla ragnatela di equilibri giuridici, sociali, economici e politici che custodisce e disciplina, non è *altro* dal diritto costituzionale europeo<sup>91</sup>, poiché gli ordinamenti statali si

<sup>86</sup> H.-P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1972, spec. p. 196.

<sup>87</sup> H.-P. IPSEN, *Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration*, in J. SCHWARTZE (a cura di) *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Baden-Baden, Nomos, 1983, pp. 29-62, spec. 50 ss.

<sup>88</sup> Cfr. A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *Federalismi.it*, 2, 2018 (24 ottobre), pp. 1-27.

<sup>89</sup> Nella dottrina italiana, si veda la ricostruzione di F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Cedam, Padova, 2005, per il quale sulla «affermazione ed operatività» dei «principi supercostituzionali dell'Unione» si poggia l'applicazione della teoria delle forme di Stato all'Unione (p. 84 ss).

<sup>90</sup> Cfr. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2015, p. 173 ss.

<sup>91</sup> Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los estados miembros: dos relatos europeos*, in *AFDUAM*, 17, 2013, pp. 501-514.

sviluppano lungo un moto costituzionale convergente destinato, col tempo e con la pratica, ad immettersi in un bacino comune. Basta, dunque, il dialogo di argomenti giuridici, sotto l'egida della Corte di giustizia, per raggiungere un orizzonte di accettabile comunanza, tale da accomodare il conflitto nel caso concreto e, in prospettiva, cooperare alla costruzione di un ordinamento euro-unitario.

È questo il nocciolo dell'irenismo: la risolubilità del conflitto sul mero piano giurisprudenziale-sapientiale, anche al più alto livello, col solo interscambio di argomenti di diritto, in ordine al quale la Corte di giustizia si riserva l'ultima parola.

Due considerazioni s'impogono.

In primo luogo, non sfugge l'intreccio fra l'interpretazione costituzionale "per valori", capace di accantonare il positivismo giuridico su scala nazionale, e l'interpretazione "per valori" operata dalla Corte di giustizia, che da tali valori trae principi generali di cui configura un'applicazione diretta<sup>92</sup>. È, quindi, un unico filone di pensiero quello che da un lato interpreta le norme costituzionali come vettori di principi giuridici capaci di conformare la legislazione interna, e dall'altro lato attribuisce conseguenze analoghe ai principi giuridici ricavabili dalla presuntiva convergenza degli ordinamenti costituzionali nazionali verso un medesimo bacino valoriale. È il caso di notare che l'orizzonte comune a questi due profili è l'ostilità verso il diritto scritto.

In secondo luogo, se la finalità della Corte di giustizia non è la tutela dei diritti e delle libertà ma il primato, l'argomentare giuridico ruota (non attorno alla loro meritevolezza di tutela, ma) alla preferibilità etica *ex se* di ogni misura che realizzi "più" integrazione; e il suo fondamento giuridico non è il testo delle disposizioni delle costituzioni e dei Trattati che pongono diritti e libertà o ne intercettano l'alveo esplicativo, bensì la summenzionata sovrapposizione tra consenso iniziale e *moral bias pro-ever-closer-union*.

Che anche quando parli di diritti fondamentali la Corte di giustizia abbia in mente l'orizzonte del primato, è stato ribadito, da ultimo, con chiarez-

<sup>92</sup> P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e "integrazione" costituzionale in Europa – Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in *Id, Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 199-271.

za *tranchante*<sup>93</sup>. Almeno tre tappe, vorrebbe aggiungersi, segnano una tale evoluzione. Nella prima, si statuisce il legame fra diritto dell'Unione e tradizioni costituzionali comuni, con lo scopo di elidere il problema della sovranità e spostare sul piano materiale della tutela dei diritti la questione formale dei rapporti tra ordinamenti. Nella seconda, la tutela dei diritti costituzionali è assorbita al livello europeo, rispettando la peculiarità nazionale in cambio dell'attecchimento di un modello monista nei rapporti fra ordinamenti. Nella terza, la tutela dei diritti secondo il canone della maggior tutela, pur sancito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (art. 53) si piega all'osservanza del primato, palesandosi senza veli la natura recessiva di quella nei confronti di questo.

Si rilegga, a prim'acchito, questo passo di *Nold*<sup>94</sup>:

«I diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui [la Corte di giustizia] garantisce l'osservanza. La Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati».

L'ossequio alle tradizioni costituzionali comuni va letto a contrappunto dei rapporti tra ordinamenti, di cui l'irenismo offre la chiave, aprendo a uno scambio: rispetto delle specificità nazionali *versus* archiviazione della disputa formale sul confine tra i rispettivi campi operativi. Sicché, la questione non verte più su *chi* sia titolare legittimo dell'autorità decisionale; bensì su *come* si possano reciprocamente accomodare interessi e diritti in gioco nella vicenda concreta<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> R. BIN, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in *Quaderni costituzionali*, XL:4, 2020, pp. 861-872, a p. 865: «È chiaro che alla Corte di giustizia non importa nulla degli equilibri tra gli interessi costituzionali riconosciuti dal nostro ordinamento e amministrati dalla Corte costituzionale: il suo orizzonte si apre e si chiude con l'affermazione dell'ordinamento UE, la prevalenza di esso su ogni altra considerazione, l'uniforme applicazione del diritto europeo».

<sup>94</sup> CGUE, C-4/73, *Nold, Koblen- und Baustoffgroßbandlung c./ Commissione*, 14 maggio 1974, ECL:EU:C:1974:51, par. 13.

<sup>95</sup> Cfr. F. MODUGNO, *È illegittimo l'art. 189 del Trattato di Roma nell'interpretazione della Corte di giustizia delle comunità europee?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1979, pp. 916-

In altri termini, l'irenismo consente di spostare la contesa dal piano dei rapporti tra ordinamenti e tra fonti a quello delle relazioni fra norme concrete. Ne deriva la rivendicazione d'un assetto monista, ove il diritto applicabile promana dall'intreccio fra principi generali europei e diritti costituzionali<sup>96</sup>. Questi vengono attirati sul piano sovranazionale e sottoposti alle modalità di tutela del diritto dell'Unione, unico riferimento giuridico nello spazio europeo pur là dove nel merito cedesse alla peculiarità nazionale<sup>97</sup>.

Si rilegga questo passo di *Omega*<sup>98</sup>:

«(...) i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e che, a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (...) [L]'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana quale principio generale del diritto. Non vi sono dunque dubbi che l'obiettivo di tutelare la dignità umana è compatibile con il diritto comunitario, non essendo rilevante a tale proposito che, in Germania, il principio del rispetto della dignità umana benefici di uno *status* particolare in quanto diritto fondamentale autonomo».

Si noti la sottigliezza linguistica: la Corte non è più “tenuta ad ispirarsi” alle tradizioni costituzionali comuni ma “s’ispira”, in senso costitutivo – lasciando intendere che ogni soluzione rinvenuta è *ipso facto* conforme al parametro delle costituzioni nazionali. L'intreccio fra diritti costituzionali e principi europei fa sì che la Corte possa garantire l'osservanza di entrambi, quindi anche dei primi, in quanto parte (non del diritto nazionale, ma) del diritto dell'Unione. Pertanto, sebbene il risultato si conformi, nel

938, spec. 919, 928 ss.

<sup>96</sup> A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2009, pp. 1-25, spec. 16 ss.

<sup>97</sup> Cfr. E. HANCOX, *The Relationship Between the Charter and General Principles: Looking Back and Looking Forward*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 22, 2020, pp. 233-257.

<sup>98</sup> CGUE, C-36/02, *Omega Spielballen*, 14 ottobre 2004, ECLI:EU:C:2004:614, par. 32-33.

caso di specie, a quello raggiunto dall'ordinamento nazionale, il regime di tutela e lo schema argomentativo sono di matrice europea<sup>99</sup>.

La Corte cementa, in tal modo, la sua supremazia. Infatti, la misura delle limitazioni di sovranità in favore del diritto dell'Unione si trasforma nell'interpretazione di quest'ultimo. La differenza è ovvia: l'una, questione di diritto interno, non può sottrarsi alla giurisdizione statale; l'altra è pacificamente materia della Corte stessa, che resta così arbitra unica del confine reciproco<sup>100</sup>.

Che tale fosse, al netto di ogni retorica, l'obiettivo della Corte nel proteggere i diritti fondamentali sul piano europeo è chiarito da *Melloni*<sup>101</sup>, ove la c.d. miglior tutela – fiore all'occhiello del racconto per cui il diritto dell'Unione protegge libertà e diritti contro gli Stati – è nitidamente subordinata all'obiettivo di garantire l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione:

«(...) il giudice del rinvio considera innanzitutto l'interpretazione secondo la quale l'articolo 53 della Carta autorizzerebbe in maniera generale uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione. (...) Una simile interpretazione (...) non può essere accolta. Infatti, tale interpretazione (...) sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato. Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione (...) il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale,

<sup>99</sup> *Ibid.*, 35.

<sup>100</sup> F. RUBIO LLORENTE, *Divide et Obtempera? Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23/67, 2003, pp. 43-67.

<sup>101</sup> CGUE, C-399/11, *Melloni*, 26 febbraio 2013, ECLI:EU:C:2013:107, par. 56-59.

quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato».

Su questa scia, si è parlato di subordinazione dell'effetto diretto al primato, o *ipertrofia* di quest'ultimo<sup>102</sup>. Tale *ipertrofia* va letta nei termini di un rapporto *mezzo a fine*: l'obiettivo della Corte è soppiantare gli ordinamenti nazionali uniformandoli in un sol diritto comune, e a tal scopo si volgono molteplici strumenti che astraggono la norma dalla disposizione e ne ricostruiscono per via etica – ricondotta al consenso originario, svolto però in chiave tutta presuntiva – l'ambito di applicazione in senso massimamente allargato<sup>103</sup>.

*Rebus sic stantibus*, il ruolo della Carta nel rafforzamento dei diritti fondamentali sul piano europeo si delinea, forse, in una luce più piena<sup>104</sup>. Se, infatti, il processo fin qui descritto è stato accelerato dalla redazione della Carta, e dall'attribuzione ad essa di un valore giuridico pari a quello dei Trattati, ciò non può far dimenticare che la tutela dei diritti fondamentali europei era già avviata nei decenni precedenti, funzionalizzata – oggi come ieri – all'affermazione di un primato incondizionato sul diritto statale anche costituzionale. In tal senso, il motore che guida le argomentazioni della Corte di giustizia è la *preferibilità etica*, presunta ma inderogabile, di ogni istanza che realizzi una maggior integrazione – non già, per contro, la difesa delle libertà e dei diritti individuali. Questa preferibilità ha per matrice originaria l'idea secondo cui il consenso iniziale degli Stati *copre* l'interpretazione della norma volta alla massima integrazione; tale linea giustificativa, poi, è venuta a confluire in un ulteriore ragionamento, per il quale – avviatosi il processo d'integrazione – le costituzioni nazionali hanno preso ad evolvere lungo direttrici convergenti.

<sup>102</sup> D. GALLO, *L'efficacia diretta*, cit., p. 351 ss.

<sup>103</sup> M.E. BARTOLONI, *L'apporto delle tecniche di armonizzazione nella definizione dei rapporti tra sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2019, p. 55-84.

<sup>104</sup> *Ex multis*, R. ADAM, *La Carta dei diritti fondamentali. I vent'anni di uno strumento costituzionale dell'Unione europea*, in *EuroJus*, 7 dicembre 2020, pp. 1-5; B. NASCIBENE, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 6:1, 2021, pp. 81-99; G. DE BÚRCA, *The EU Charter of Fundamental Rights and Freedoms at 20*, in *Quaderni Costituzionali*, XL:4, 2020, pp. 849-854.

Se si segue la traiettoria fin qui ripercorsa, allora, non può dubitarsi della conclusione che segue: legittimità e legittimazione del primato così come perseguito dalla Corte di giustizia – cioè, mediante la sostituzione del consenso degli Stati con un sostrato valoriale presuntamente comune – poggiano per intero sulla tenuta dell'irenismo. È l'irenismo, infatti, a permettere la sovrapposizione fra consenso iniziale e integrazione sempre maggiore, lasciando che l'argomento teleologico eticamente fondato soppianti quello letterale di matrice volontaristica giuspositivista; ed è l'irenismo a far sì che – accantonando la questione sul titolare dell'autorità sovrana – il diritto statale lasci campo libero a una tutela europea dei diritti costituzionali, presumendo che le costituzioni degli Stati membri viaggiano su binari convergenti. In altre parole: il perdurare dell'irenismo ha reso possibile l'evoluzione dell'Unione nei binari dell'*integration through law*, che senza di esso avrebbe conosciuto l'opposizione strenua degli Stati sul piano politico, e dei giudici costituzionali nazionali sul crinale del diritto. Irenismo e primato, dunque, vanno insieme.

#### 4. *La tutela della rule of law: un diritto dell'Unione militante*

Con la tutela della *rule of law* si afferma un primato incondizionato generale del diritto dell'Unione sulla base d'un irenismo consolidato e durevole. Il punto è che lo si afferma proprio là dove l'irenismo viene meno, cioè dinanzi a conflitti lancinanti. La formula che battezza questo “nuovo corso” recita come segue:

«L'Unione raggruppa Stati che hanno liberamente e volontariamente aderito ai valori comuni di cui all'articolo 2 TUE, rispettano tali valori e si impegnano a promuoverli, sicché il diritto dell'Unione poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, detti valori»<sup>105</sup>.

Tale affermazione, sublimando la pretesa ad un primato incondizionato su base etica, mette in bella mostra il proprio piedistallo irenico; raffor-

<sup>105</sup> CGUE, C-619/18, *Commissione europea c./ Polonia*, 24 giugno 2019, ECLI:EU:C:2019:531, par. 42.

zato, peraltro, poiché ampliato a Stati che hanno aderito all'Unione in un momento di sopraggiunta maturità di quest'ultima, partendo peraltro da tradizioni costituzionali – nonché giuridiche, politiche ed economiche – per molti versi opposte a quelle che hanno strutturato l'Unione stessa.

La riflessione sulle conseguenze strutturali dell'allargamento dell'Unione a Est meriterebbe più spazio<sup>106</sup>; ai fini di questo scritto, tuttavia, si noti già come quel moto abbia immesso un seme di *conflittualità* nel consesso europeo, in disarmonia con l'irenesimo della costruzione comune<sup>107</sup>. Questa peculiarità diviene più evidente nei casi in cui – come per Romania e Bulgaria – non può, nemmeno per *fictio*, presumersi che gli Stati siano già allineati ai valori comuni, poiché vengono accertate numerose discrepanze rispetto all'*acquis communautaire*, che la Commissione s'incarica di monitorare.

Di qui una considerazione: per gli Stati dell'Europa centro-orientale, l'irenesimo è *ex se* fragile. Ciò dovrebbe indurre a una prudenza ancor maggiore nel ricostruire la portata degli obblighi che il diritto dell'Unione impone direttamente ai cittadini di quegli Stati, specie in settori che interferiscono con diritti fondamentali e/o principi strutturali costituzionali. In tali settori, infatti, il rischio che l'azione uniformatrice della Corte di giustizia infligga danni notevoli a posizioni di tal fatta, realizzando attraverso il diritto squilibri sostanziali tra Stati e popoli eguali e sovrani, aumenta. La Corte però, coerente con l'obiettivo del primato incondizionato, marcia in senso contrario, e trae dall'affermazione citata almeno tre rilevanti conseguenze.

La prima: dal fatto che l'Unione è un consesso di Stati vincolati al rispetto di valori comuni discende che il diritto dell'Unione “poggia” su una fiducia reciproca quanto al rispetto di tali valori.

La portata innovativa di una tal affermazione è evidente sol che la si rilegga alla luce dell'intera parabola dell'integrazione. Non è più attuale,

<sup>106</sup> Ad es. F. SCHIMMELFENNIG, *The EU, NATO and the Integration of Europe: Rules and Rhetoric*, Cambridge University Press, 2003, spec. pp. 63 ss., 273 ss.

<sup>107</sup> Cfr. R. PALLADINO, A. FESTA, *Il primato del diritto dell'Unione europea nei dissoi logoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, in *EuroJus*, 2, 2022, pp. 46-71.

quindi, dall'ottica della Corte, l'argomento della preferibilità etica del diritto dell'Unione come corollario del consenso iniziale degli Stati; nemmeno nella sua versione edulcorata, cioè quella del racconto dell'Unione tutrice di diritti e libertà degli individui contro gli Stati. Del pari, l'idea per cui le costituzioni degli Stati si evolvono attorno a valori comuni, di talché il diritto costituzionale europeo non è altro dal diritto costituzionale nazionale poiché questo tende a convergere in quello, può dirsi ormai superata. Questi due argomenti, di cui si è ripercorsa l'evoluzione, appaiono *trasfigurati*, come portati alle loro estreme conseguenze nel quadro di una *polity* europea che si dà ormai per perfetta. Sicché, il consenso iniziale, prestato *una tantum*, è ridotto ad appiglio formale, senza riguardo per l'attuale perduranza; e il moto costituzionale convergente si ha per completo, ritenendosi giuridificato il *corpus* di valori comuni al "rispetto" dei quali s'impegnano gli Stati membri – tutti: nuovi e vecchi, fondatori e spraggiunti.

Quindi: che dal postulato irenico del diritto dell'Unione si traggano le conseguenze più estreme proprio là dove l'irenismo è smentito dai fatti nel modo più clamoroso, esplodendo il conflitto con la massima radicalità, non pare seriamente contestabile.

Due: in particolare, dal momento che gli Stati si vincolano al rispetto della *rule of law*, ex art. 2 TUE, il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva di cui all'art. 19, par. 1 TUE assurge al rango di principio generale<sup>108</sup>, giacché ne costituisce diretta espressione<sup>109</sup>.

Quest'affermazione si regge su un duplice puntello. Il primo – già anticipato dalla Corte nell'*obiter dictum* di *ASJP* – afferma che «[l]'esistenza stessa di un controllo giurisdizionale effettivo destinato ad assicurare il rispetto del diritto dell'Unione è intrinseca a uno Stato di diritto»<sup>110</sup>. Il secondo riguarda il principio di leale cooperazione, che mantiene, con

<sup>108</sup> C. IANNONE, G. ETIENNE, *La Cour de justice de l'Union européenne et le respect du principe de l'indépendance du juge national*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2020, pp. 65-98.

<sup>109</sup> Cfr. M. KRAJEWSKI, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses: The Court of Justice and Athena's Dilemma*, in *European Papers*, 3:1, 2018, pp. 395-407, spec. 400.

<sup>110</sup> CGUE, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses c./ Tribunal de Contas*, 27 febbraio 2018, ECLI:EU:C:2018:117, par. 36.

riguardo alla tutela giurisdizionale effettiva, una postura ambigua<sup>111</sup>. Da un lato è corollario: la cooperazione sarebbe impossibile ove mancasse, per gli Stati, la fiducia nel comune rispetto della *rule of law*, *sub specie* “diritto alla tutela giurisdizionale effettiva”. Dall’altro lato è presupposto, perché gli Stati, nell’applicare il diritto dell’Unione, rispettano il principio di tutela giurisdizionale effettiva in forza del principio di leale cooperazione<sup>112</sup>.

Pertanto, ogni disposizione che, dall’ottica della Corte di giustizia, mini il requisito dell’indipendenza dei giudici, viola il diritto dell’Unione; e, nel violarlo, viola il principio di leale cooperazione, che ne risulta pure – ambigualmente, ma in modo inequivoco – pregiudicato.

Tre: il diritto dell’Unione è violato malgrado l’articolazione del potere giudiziario attenga alla separazione dei poteri, cardine della “struttura fondamentale politica e costituzionale” statale *ex art. 4, par. 2 TUE*, restando, invece, pacificamente esterna alle competenze dell’Unione.

Difatti, il raggio operativo dell’art. 19, par. 1 TUE, per effetto del valore dello Stato di diritto di cui all’art. 2 TUE, si estende a tutti i «settori disciplinati dal diritto dell’Unione»: formula talmente generica da rendere inoperoso il principio di attribuzione. È in tal modo aggirato in un duplice senso il limite posto dall’art. 51 della Carta dei diritti dell’Unione, a voce del quale le “disposizioni” della Carta si applicano agli Stati membri soltanto nell’attuazione del diritto dell’Unione e non attribuiscono ad essa nuove “competenze”: sia il riferimento alle “disposizioni”, sia il richiamo alle “competenze” attribuite risultano svuotati di significato.

In conclusione, sembra di poter arguire che la c.d. crisi della *rule of law* abbia fatto germogliare i semi, tanto a lungo coltivati dal Kirchberg, dell’affermazione di un primato incondizionato su base etica, svincolato dal dato positivo. La giurisprudenza relativa al “caso Romania” appare ancor più chiaramente orientata in questa direzione, proponendo tre ulteriori linee argomentative.

Uno: la Romania, com’è noto, aderisce all’Unione in seguito a una procedura *rafforzata* dallo speciale monitoraggio istituito dalla c.d. Decisione

<sup>111</sup> M.E. BARTOLONI, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell’art. 19, par.1, TUE*, ne *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2, 2019, pp. 245-259.

<sup>112</sup> CGUE, C-64/16, cit., par. 34.

MCV<sup>113</sup>, il cui art. 2 obbliga la Commissione a produrre, ogni sei mesi e fino al termine del periodo di monitoraggio, documenti rubricati come «osservazioni e conclusioni» che rendano conto a Parlamento europeo e Consiglio dei progressi compiuti dallo Stato transilvanico quanto al rispetto dei profili segnalati – fra cui l'indipendenza del giudiziario.

Questi atti pacificamente si riconducono al *genus* “raccomandazioni”, le quali, a tenore dell'art. 288 TFUE, non hanno effetti vincolanti. Peraltro, sono formalmente indirizzati a Parlamento europeo e Consiglio, non alla Romania; inoltre, *ex art. 4*, la Decisione MCV è indirizzata «alla totalità degli Stati membri» – quindi, non alla Romania, che non era uno Stato membro all'entrata in vigore della Decisione<sup>114</sup>. Tutto ciò malgrado, nel ragionamento della Corte, la lettera dei Trattati viene ignorata in due modi diversi.

Dapprima, in *Forumul Judecătorilor* – contro il parere dell'Avvocato Generale<sup>115</sup> – la Corte trae dal connubio tra i due atti citati effetti vincolanti per la Romania<sup>116</sup>. L'argomento addotto è duplice: da un lato fa leva sul dovere di leale cooperazione, e dall'altro valorizza il nesso funzionale tra Decisione MCV e adesione dello Stato transilvanico per non inciampare nell'assenza di quest'ultimo fra i destinatari dell'atto<sup>117</sup>.

Successivamente, l'atto oggetto di rinvio pregiudiziale da cui scaturisce la pronuncia della Corte muta, sicché la sorgente di obblighi diretti per la Romania non è costituita dalle raccomandazioni di cui all'art. 2 della

<sup>113</sup> Decisione della Commissione 2006/928 del 13 dicembre 2006, che istituisce un Meccanismo di Cooperazione e Verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione (MCV), in G.U. L 354, 14 dicembre 2006.

<sup>114</sup> L'art. 3, comma primo, del Protocollo relativo alle condizioni e modalità d'ammissione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all'Unione europea, allegato al Trattato di Adesione di Romania e Bulgaria, non contiene alcun specifico riferimento alla Decisione MCV e si limita a disporre che «[l]a Bulgaria e la Romania aderiscono alle decisioni ed agli accordi adottati dai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio».

<sup>115</sup> *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Michał Bobek, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» c./ Inspekția Judiciară*, 23 settembre 2020, ECLI:EU:C:2020:746; cfr. par. 153.

<sup>116</sup> CGUE, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» c./ Inspekția Judiciară*, 18 maggio 2021, ECLI:EU:C:2021:393, par. 170 ss.

<sup>117</sup> *Ibid.*, par. 155; par. 174.

Decisione MCV ma dall'allegato ad essa<sup>118</sup>. Tuttavia, quell'allegato – emerge da una semplice lettura – si limita a enunciare i settori dell'ordinamento interno oggetto di monitoraggio da parte della Commissione, presentandoli come obiettivi che la Romania ha da raggiungere in via autonoma – esattamente al contrario di come la Corte li interpreta<sup>119</sup>.

In definitiva, il palese sovvertimento della lettera del testo marca l'irrelevanza, nelle pretese della Corte, del diritto scritto a fronte dell'efficacia normativa dispiegata dagli articoli 2 e 19, par. 1 TUE e, in specie, dal valore dello Stato di diritto.

Due: il dovere di leale cooperazione viene presentato, all'esito d'un tortuoso itinerario argomentativo, quale principio a tutto tondo, presupposto-corollario della fiducia reciproca fra Stati membri che rispettano valori comuni – fra cui la *rule of law*. È, quindi, fondamento del primato del diritto dell'Unione, capace di esprimere, per la preminenza assiologica tributata alla *rule of law*, un inedito principio di “non regressione”, in virtù del quale «[u]no Stato membro non può modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto»<sup>120</sup>.

Sicché, il rapporto fra effetto diretto e primato “fiduciario” si palesa nell'autentica sua natura di *mezzo a fine* – essendo il fine, s'intende, l'uniformazione giuridica. Un doppio livello di ragionamento consolida questo risultato.

<sup>118</sup> Si veda CGUE, C-357/19 et alt., *Euro Box Promotion* (et. alt.) 21 dicembre 2021, ECLI:EU:C:2021:170, par. 137-140, nonché CGUE, C-430/21, *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, 22 febbraio 2022, ECLI:EU:C:2022:99, par. 56.

<sup>119</sup> Così l'Allegato (GU L 354/56, 14 dicembre 2006): «Parametri di riferimento di cui all'articolo 1 che la Romania deve rispettare: 1) Garantire una maggiore trasparenza e una maggiore efficienza dei procedimenti giudiziari, in particolare potenziando la capacità e la responsabilità del Consiglio superiore della magistratura. Riferire in merito all'impatto dei nuovi codici di procedura civile e penale ed effettuare i necessari controlli. 2) Creare, come previsto, un'agenzia di integrità responsabile della verifica delle proprietà, delle incompatibilità e dei potenziali conflitti d'interesse, nonché dell'emissione di decisioni obbligatorie su cui basare eventuali azioni dissuasive. 3) Sulla base dei progressi già compiuti, continuare a condurre indagini professionali e imparziali su accuse di corruzione ad alto livello. 4) Adottare ulteriori misure per prevenire e combattere la corruzione, in particolare all'interno delle amministrazioni locali».

<sup>120</sup> CGUE, C-824/18, 2 marzo 2021, *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)*, EU:C:2021:153, par. 108; CGUE, C-896/19, 20 aprile 2021, *Repubblica*, ECLI:EU:C:2021:311, par. 63; cfr. anche CGUE, *Forumul Judecătoria*, cit., par. 162, e CGUE, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion* et alt., 21 dicembre 2021, ECLI:EU:C:2021:1034, par. 162.

Primo: l'effetto diretto s'allontana dalla verifica dei requisiti formali della relativa disposizione (chiara, precisa, incondizionata) confondendosi con un'impresicata «diretta applicabilità» dell'«atto o misura» di diritto dell'Unione di cui si verte<sup>121</sup>. Dunque, tale applicabilità non risponde più alla lettera dell'art. 288 TFUE, venendo piuttosto a dipendere dall'apprezzamento del giudice del rinvio.

Secondo: a questo proposito, la Corte ha cura di precisare che non può impedirsi a tale giudice di seguire l'interpretazione del diritto dell'Unione da essa formulata in sede pregiudiziale, altrimenti verrebbe pregiudicato l'effetto utile dell'art. 267 TFUE<sup>122</sup>.

Quindi, dal primato “fiduciario” discende la disapplicazione diretta del diritto statale contrastante con “atti o misure” di diritto dell'Unione; e ciò non solo con riguardo a quegli istituti che si poggiano esplicitamente sulla fiducia reciproca, come il mandato d'arresto europeo, ma in via generale<sup>123</sup>. Tale disapplicazione avviene ogni volta che il giudice interno, se del caso in seguito a rinvio pregiudiziale, lo stimi doveroso; né può l'ordinamento statale vietargli di seguire l'interpretazione che del diritto dell'Unione offre la Corte di giustizia, poiché a tal fine vigila l'effetto utile dell'art. 267 TFUE – il quale, si noti, dal piano procedurale dei rapporti tra giurisdizioni scivola verso quello sostanziale per abbracciare l'intero universo giuridico, a mo' di *pendant* dell'innovativa interpretazione dell'art. 51 della Carta<sup>124</sup>.

Tre: la Corte di giustizia, ormai delineato lo schema d'un primato incondizionato eticamente sostenuto, sganciato dal consenso di popoli e Stati membri, si studia d'incastornarlo nella parabola dell'integrazione – come se non vi fossero mutamenti di paradigma rispetto alle premesse ireniche. Emblematico, in tal senso, che nelle sentenze “romene” si ricostruisca

<sup>121</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Collins in *RS*, cit., presentate il 20 gennaio 2022, ECLI:EU:C:2022:44, par. 78-80.

<sup>122</sup> CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., par. 257. Cfr. G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2020, pp. 249-266.

<sup>123</sup> CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., par. 159.

<sup>124</sup> Si permetta di rinviare, per una più analitica esposizione della giurisprudenza romena, a G. VOSA, *La tutela dello “Stato di diritto” in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell'Unione?*, in *Federalismi.it*, 22, 2022, pp. 184-225.

più volte l'intera vicenda del primato, e che la Corte affianchi, senza soluzione di continuità, *Van Gend & Loos* e *Costa c./ENEL* alle pronunce a tutela della *rule of law*<sup>125</sup>, come se tra quelle e queste scorresse un'unica linea evolutiva.

##### 5. *Conclusioni. Europa “potenza di valori”: oltre la rule of law?*

Giunti alla fine di quest'itinerario investigativo, si provi a mettere ordine fra i risultati acquisiti. Si è partiti dall'ipotesi per cui la guerra che sconvolge il confine est dell'Europa potrebbe indurre una trasvalutazione dei valori, *à la Nietzsche*, del consesso europeo. Dal conflitto potrebbe sorgere l'occasione per consolidare una tendenza già visibile nel diritto dell'Unione: una deriva *patriottica* nel quadro della difesa della *rule of law*. Di tal consolidamento, spinto dall'emergenza, si gioverebbero alcuni a danno di altri, mentre la *tolleranza* costituzionale verrebbe sovvertita in militanza *intollerante*; e una tale svolta renderebbe il diritto dell'Unione strumento nelle mani di chi volesse sostenere una battaglia geopolitica *di parte*, piuttosto che mezzo di pacifica convivenza tra uniti nella diversità. Si è detto che la tutela della *rule of law* è una nuova tappa di un cammino che impegna la Corte di giustizia fin dall'alba dell'integrazione, e che prevede l'instaurazione di un diritto comune fondato su radici etiche *anti-volontaristiche* – slegate, cioè, dal consenso degli Stati e dei popoli. A questo disegno l'irenismo ha offerto una ragione giustificativa e, al contempo, un limite di legittimità. Oggi, l'*idolo* del progetto europeo attraverso un tormentato *crepuscolo*; ciò nondimeno, la Corte non rinuncia a fondare su di esso i suoi argomenti, portandoli, anzi, alle più estreme conseguenze proprio là dove il conflitto si palesa più lancinante. Travestire da *pacificazione* quel che è in realtà *silenziamento* del conflitto è frutto d'un diritto “nuovo”, che non ha paura di esibire stigmate d'ordine morale né di rivolgersi – sul piano interno, come su quello esterno – verso obiettivi politici predeterminati, presentati come doverosi per l'etica e per il diritto, eppure nitidamente di parte. “Potenza di valori”, allora, si candida a nuovo motto di un'Europa che, nel proteggere la propria identità, si scoprirebbe *intollerante* ed *esclu-*

<sup>125</sup> Per tutte, CGUE, C-430/21, RS, cit., par. 43 ss., spec. par. 49.

*siva*. Sul versante interno, abbandonerebbe l'attitudine a tutelare il pluralismo di posizioni eterogenee, rivelandosi pronta a privilegiarne solo alcune; contemporaneamente, sul versante esterno, si farebbe forte d'un patriottismo militante per recitare un ruolo di parte, finanche sul piano militare, nel gioco geopolitico globale – un ruolo, tuttavia, le cui reali condizioni, sottratte al controllo dei parlamenti e, per la via tracciata dalla Corte, anche a quello delle giurisdizioni costituzionali, resterebbero interamente nelle mani di ristretti consessi esecutivi, ad onta del pericolo cui verrebbero esposti i cittadini dell'Unione stessa.

Vorrebbe suggerirsi che, se tali ragioni si consolidassero in diritto, la Corte di giustizia si sarebbe presa una responsabilità molto delicata: trascinare l'intero consesso europeo verso un'altra tappa della sua storia, spingendosi *oltre* la *rule of law*. In altri termini: servirsi dello "Stato di diritto" come concetto-guida del diritto di un'Unione *militante* rischia, col tempo, di condurre l'Unione stessa a disperdere proprio ciò che dichiarava di voler difendere. Se si ammette la diretta derivazione di regole da valori assunti *a priori* come supremi, infatti, la valutazione del giudice si distende in uno spazio *indefinito*, non perimetrabile se non *ex post* rispetto al caso da giudicare; sicché, la risposta del diritto segue argomenti imprevedibili, incapaci di occultare la loro debordante politicità.

In parole semplici: il diritto di un'Unione militante sarebbe un diritto *imprevedibile*, poiché basato sul «rispetto» di valori che si presumono comuni e slegato dal parametro oggettivo di una disposizione scritta. Per citare una fortunata formula di Gustavo Zagrebelsky, «alle regole si obbedisce, ai principi si aderisce»<sup>126</sup>; i valori, che ascendono a un cielo ancor più rarefatto, sono oggetto di un'adesione ancor più astratta<sup>127</sup>, condizionata in concreto al giudizio di bilanciamento<sup>128</sup>. Esigerne il «rispetto», come fossero prescrizioni puntuali, significa creare scompiglio

<sup>126</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia* (2008), Il Mulino, Bologna, 2017, p. 223.

<sup>127</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, Relazione a "I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale", Capri, 19 marzo 2006, in *Costituzionalismo.it*, pp. 1-30, e A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. AZZARITI (cur.), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 83-113, nonché gli altri scritti ivi raccolti.

<sup>128</sup> G. SCACCIA, *Gli strumenti della "ragionevolezza" nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 182 ss., 309 ss., 348 ss.

nelle relazioni tra valori, principi e regole<sup>129</sup>: un cortocircuito che pare districarsi solo ammettendo astrattamente la possibilità che il giudice si arroghi un margine di manovra talmente ampio da poter decidere la regola di diritto *ex post* rispetto al caso di specie.

Manuel Vial-Dumas, in un lavoro del 2018, cita il brocardo tardomedievale *odia restringi* per illustrare l'effetto d'una presunzione etica che si fa diritto in virtù d'una scelta politica, e che stravolge le relazioni fra ordini giuridici<sup>130</sup>. È appena il caso di notare, tuttavia, che lo spontaneismo tardomedievale, manifesto della *societas* europea in marcia verso la modernità, non è riproponibile nel contesto attuale: vi osta l'affermazione, pacifica in tutt'Europa a partire dalle costituzioni del secondo Novecento, della centralità della persona umana come *scopo in sé* – donde, la libertà eguale tra persone libere di auto-determinarsi, titolari, in principio, di eguali diritti ed eguali doveri<sup>131</sup>. Il rischio è, allora, che sarebbe proprio una siffatta eguaglianza, nel suo duplice versante a supporto dell'assetto dei poteri e della tutela dei diritti, la silenziosa vittima sacrificale di questa traiettoria, che, per sommo paradosso, nell'ansia di difendere lo “Stato di diritto” si disfarebbe sia dello Stato – almeno quello costituzionale di democrazia pluralista – sia del diritto stesso.

Evitare che la tutela della *rule of law* si spinga, con l'affanno emergenziale della guerra, *oltre sé* medesima, concretizzando cospicue torsioni autoritarie in nome di un malinteso, o ad arte strumentalizzato, patriottismo costituzionale, implica valorizzare le tradizioni costituzionali comuni quale elemento chiave dello scambio irenico fra tutela dei diritti e rapporti tra ordinamenti – ripristinandosi provvisoriamente, in caso di conflitto non giuridicamente risolvibile, il confine con l'ordinamento costituzionale nazionale, verso una risoluzione politica della controversia.

<sup>129</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, II, 2002, pp. 865-897.

<sup>130</sup> M. VIAL-DUMAS, *Los jueces y la ciencia del derecho en el nuevo orden constitucional: una comparación entre el mundo premoderno y la posmodernidad*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12, 2018, pp. 177-204, spec. 198 ss.

<sup>131</sup> *Ex plurimis*, S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2015, p. 140 ss.

In questo senso, meriterebbero ascolto le obiezioni mosse dal giudice romano<sup>132</sup>, dopo quello polacco<sup>133</sup>, e quello danese<sup>134</sup>, oltre che dal *BVerfG*, quanto alle sorti della certezza del diritto<sup>135</sup>. Dinanzi a tali posizioni, è opportuno che dal versante dell'Unione si sollevino doverosi interrogativi. In che senso è “certo” un diritto la cui prevedibilità si misura su base valoriale, e non sul parametro oggettivo di un testo scritto? Può una regola dirsi *giuridica* se tale sua qualità dipende dalla *consonanza* con l'universo etico rappresentato dal giudice? E, se così fosse, potrebbe mai parlarsi di regola *irretroattiva* e di giudice *naturale*, là dove l'ambito applicativo dell'una e la giurisdizione dell'altro si determinassero non in virtù di disposizioni scritte ma su base teleologico-sistematica ricondotta, in ultimo, a un pregiudizio morale – che, per di più, insegue dichiaratamente un obiettivo politico e al suo perseguimento funzionalità, condizionandola, l'interpretazione del “diritto”?

<sup>132</sup> *Curtea Constituțională*, sent. 390/2021, 8 giugno 2021.

<sup>133</sup> *Trybunał Konstytucyjny*, sent. K-3/21, 7 ottobre 2021.

<sup>134</sup> *Højesteret*, sent. 15/2014, 6 dicembre 2016.

<sup>135</sup> Peraltro, già trattato dalla Corte di giustizia in termini affatto diversi, ben più prossimi alle sensibilità delle costituzioni nazionali: cfr. M. L. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2019, pp. 767-791, spec. 783 ss., e P. MARTÍN RODRÍGUEZ, *The Principle of Legal Certainty and the Limits to the Applicability of EU Law*, in *Cahiers de Droit Européen*, 52:1, 2016, pp. 115-140. Si rilegga J. RAATIO, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht, Springer, 2003, che lo declina nei termini di *predictability* e *acceptability* (p. 347 ss).