Diritto pubblico europeo

diretta da Sveva del Gatto e Giulio Vesperini

Sezione
Studi e Ricerche

1

La Collana “Diritto Pubblico Europeo” è diretta da Sveva Del Gatto e Giulio Vesperini, professori di diritto amministrativo e pubblico nelle Università di Macerata e della Tuscia.

La direzione si avvale del supporto operativo di un comitato scientifico composto da professori di diritto costituzionale e di diritto amministrativo di diverse Università italiane, esperti delle tematiche del diritto europeo.

La Collana ospita lavori monografici, anche di giovani studiosi, e ricerche collettanee sui temi del diritto pubblico e del diritto amministrativo europeo con l’obiettivo di offrire un importante spazio di dibattito e riflessione e contribuire, in questo modo, alla diffusione della conoscenza e della ricerca in queste materie.

IUSTITIAM COLIMUS

Armin von Bogdandy

Trasformazioni strutturali del diritto pubblico

Genesi e democratizzazione della società europea

a cura di Barbara Randazzo

Giappichelli

© Copyright 2026 – G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111
http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 979-12-211-1773-8
ISBN/EAN 979-12-211-6537-1 (ebook - pdf)
ISBN/EAN 979-12-211-6854-9 (ebook - epub)

Titolo originale:
Armin Von Bogdandy, *The Emergence of European Society through Public Law. A Hegelian and Anti- Schmittian Approach*
Translated by Naomi Shulman, *Revised by* Theodor Shulman
Oxford University Press, 2024

La proposta di pubblicare il presente volume è stata approvata dal Comitato scientifico.
Il testo ha ricevuto la valutazione positiva dei Direttori della Collana e di due referee anonimi.

Funded by the European Union. Views and opinions expressed are however those of the author(s) only and do not necessarily reflect those of the European Union or of the European Commission. Neither the European Union nor the granting authority can be held responsible for them.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Co-funded by the European Union

G. Giappichelli Editore

Questo libro è stato stampato su carta certificata, riciclabile al 100%

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

Dedicato alla Tavola rotonda del martedì
e alla rete Ius Constitutionale Commune en América Latina

Indice

pag.

Note per il lettore XV

Presentazione. Le trasformazioni strutturali del diritto pubblico e la dottrina italiana di Barbara Randazzo XVII

I. Il contesto italiano XVII
II. L'opera e il suo Autore XXIII
III. Più che conclusioni, un auspicio XXXIII

Prefazioni XXXVII

Impostazione 1

1. Idea e progetto 1
2. La società europea 3
3. Le trasformazioni come oggetto di ricerca 8
4. Hegelismo europeo e pensiero schmittiano 11

I. Concetti 19

A. Il vecchio *Jus Publicum Europaeum* 19

5. Una risposta alla Guerra dei Trent'anni 21
6. Il *droit public de l'Europe* 23
7. Lo *Jus Publicum Europaeum* di Schmitt 27

B. Nuovi concetti per il nuovo diritto 30

8. La prima *età di soglia* 30
9. La *comunità di diritto* di Hallstein 33
10. Il diritto europeo di Mosler 38
11. L'Unione e l'unione 41

pag.

C. Diritto pubblico senza statualità 46

12. Il superamento di un dogma 46
13. La trasformazione della sovranità 53
14. *Il concetto di 'politico'* di Schmitt 54
15. Diritto pubblico e diritto privato 58

D. Diritto amministrativo senza Stato 62

16. Sull'ambivalenza dell'europeizzazione 62
17. Il *droit tout puissant* di Cassese 65
18. Lo *Zweckverband* di Ipsen 68
19. Diritto amministrativo democratico 71

E. Diritto costituzionale senza Carta costituzionale 74

20. La seconda *età di soglia* 74
21. La lenta avanzata della prospettiva costituzionale 78
22. Sulla portata del primato 85

F. Costituzionalismo trasformativo 87

23. Una società democratica come espressione di "*un'unione sempre più stretta*" 88
24. L'emersione di un nuovo concetto 90
25. Innovazioni dall'America Latina 94
26. Costituzionalismo trasformativo europeo 101
    26.1. Diritto trasformativo e costituzionalismo trasformativo 101
    26.2. La *governance* della trasformazione degli anni Novanta 103
    26.3. Il costituzionalismo trasformativo e l'economia di mercato 107

II. Princìpi 111

A. Prolegomena 111

27. La promessa 112
28. Valori e princìpi 114
29. Il nucleo costituzionale europeo 118
30. Da una società di individui a una società di cittadini 121

B. Princìpi e identità 125

31. Un tema spinoso 125
32. Alcune teorie sull'identità 128

pag.

33. Identità europea e identità nazionale 134
33.1. Gli sforzi di mediazione del Trattato 135
33.2. La resistenza di alcune corti nazionali 138
34. Il pluralismo dei princìpi 143

C. Lo Stato di diritto 145

35. La fiducia come chiave di volta 145
36. Legalità dell'azione dell'Unione 149
37. Effettività nel diritto nazionale 153
38. Rafforzare le statualità deboli 154

D. Il difficile cammino verso la democrazia europea 161

39. I dibattiti del primo periodo 161
40. La sentenza *Maastricht* del Secondo Senato 164
41. L'omogeneità e l'Europa di Heller 170

E. Una democrazia di molte mediazioni 172

42. In nome di chi? 173
43. Rappresentazione democratica 178
43.1. Diritti di voto diseguali 179
43.2. Un'aberrazione esecutiva del pensiero democratico? 181
43.3. I dubbi di Weiler 184
43.4. Il valore democratico dei triloghi 188
44. Un'ulteriore trasformazione democratica 195

F. Costituzionalismo trasformativo 200

45. Difficile, ma necessario 200
46. Il *focus* sulle carenze sistemiche 206
47. Strumenti 209

III. Corti 215

A. Un nuovo protagonista 215

48. Uno sviluppo inatteso 218
49. Modernità multiple 221
50. La leva della trasformazione 224
51. Tre esperienze: Germania, Italia e Francia 227

pag.

B. L'europeizzazione della giustizia costituzionale nazionale 239

52. L'europeizzazione del mandato delle Corti 240
53. Il pluralismo delle fonti 243
54. La cooperazione multilivello 245

C. Il ruolo delle Corti europee per la società europea 248

55. Il mandato originario 249
    55.1. La Corte di giustizia: un tribunale amministrativo europeo 249
    55.2. La Corte EDU: un argine contro la regressione autoritaria 252
56. Costruire l'unità: la Corte di giustizia 253
    56.1. Promuovere il diritto UE 255
    56.2. L'attuazione del diritto UE 261
    56.3. La leva procedurale 263
57. La giuridicizzazione dei diritti umani: la Corte EDU 265
    57.1. La *rights revolution* europea 265
    57.2. La leva procedurale 271
58. L'autorità del precedente europeo 273

D. Responsabilità condivisa ma differenziata 279

59. Le due Corti europee: due senati di una corte costituzionale 279
60. Foreste che crescono e alberi che cadono 283
61. Serrare i ranghi per far fronte a una minaccia comune 291

E. Corti e democrazia 294

62. Il mandato per la trasformazione strutturale 294
63. Procedure democratiche di selezione 301
64. In nome di chi? 306

F. Costituzionalismo trasformativo 310

65. Nuove risposte a vecchie sfide 310
66. I requisiti stabiliti dalla Corte EDU 318
67. La mobilitazione della Corte di giustizia 322

IV. Scienza 329

A. La *Gestalt* della scienza giuridica europea 329

68. L'autonomia 329
69. Schmitt e noi 331

70. Il problema dell'egemonia 337
71. L'identità 341

B. Una voce autonoma della ragione 344

72. Autonomia e democrazia 344
73. La concezione del diritto comparato di Eduard Gans 347
74. Il diritto comparato nella società europea 350

C. Metodi 354

75. Prassi 354
76. Critica 355
77. Teoria 357
78. Dottrina 361

D. Combattere il fuoco con il fuoco 365

79. L'autoritarismo governativo 365
80. La responsabilità penale dei giudici di regime 369
81. *Solange* 375

V. Quintessenza con Marius Ivaškevičius 381

Postfazione. La società europea nel 2025 di Armin von Bogdandy 383

I. Quante cose sono accadute! 383
II. Cosa significa società europea: un'interpretazione dell'articolo 2 TUE 386
III. Segue: considerazioni interdisciplinari 390
IV. Sul ruolo dei valori 393
V. Sul ruolo del diritto e dei giuristi 396
VI. Sulla democrazia 402
VII. Sul potenziale 406
VIII. Sulla società europea di fronte ai nazionalismi 411

Indice delle decisioni 413

Indice degli autori 425

Note per il lettore

Su richiesta dell'Autore, la presente traduzione si basa sull'edizione inglese, più recente, dell'opera di Armin von Bogdandy (*The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach*, Oxford University Press, Oxford, 2024), anziché su quella tedesca uscita nel 2022 (*Strukturwandel des öffentlichen Rechts: Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, Berlin).

Al fine di adattare il testo al pubblico italiano, sono state discusse e concordate con l'Autore talune modifiche, alle quali si debbono le discrepanze rispetto all'edizione inglese. Il tempo della discussione e del confronto con Armin von Bogdandy ha rappresentato un vero privilegio. Nella traduzione di un testo, specie di un testo giuridico, le scelte linguistiche possono risultare fallaci o financo arbitrarie, tradendo il pensiero dell'Autore o comunque compromettendone la comprensione. Poter contare sull'Autore ha alleggerito il peso della responsabilità di tali scelte che, tuttavia, non esito ad assumermi in pieno, seppur con qualche timore, considerato che: "*[t]utto nel diritto è parola; nulla, nel diritto e per il diritto, può uscire fuori dalla parola. […] Il problema del diritto s'identifica appieno con il problema del linguaggio*" (N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 81).

In considerazione della natura dell'opera si è preferito muovere dal titolo dell'edizione tedesca: il termine *Strukturwandel* è stato reso con il sostantivo 'trasformazione', anziché 'mutamento' o 'cambiamento' – termini che pure talora si sono utilizzati nel testo –, in coerenza con la versione inglese nella quale ricorre con frequenza il verbo to *transform* (1) in un caso sostantivato *transforming* (1) insieme a *transformation* (43) anche al plurale (12). Decisamente più raro, infatti, è rinvenire nel testo inglese il verbo *to change* e i relativi sostantivi (7). Si è preferito adottare il termine al plurale per restituire evidenza della molteplicità dei mutamenti che hanno concorso e concorrono a rimodellare il volto del diritto pubblico, in quanto "*trasformazioni strutturali*".

È opportuno, inoltre, segnalare che il termine 'trasformazione' non è

sovrapponibile al termine 'trasformativo' (*transformative*) riferito a una particolare declinazione del costituzionalismo, come è puntualmente chiarito nel testo dall'Autore.

Per una migliore resa stilistica in lingua italiana, si è preferito adottare una narrativa impersonale, anziché conservare quella alla prima persona singolare.

Una precisazione sulle citazioni: per quelle di opere già tradotte in lingua italiana si è fatto riferimento alle edizioni indicate in nota; si è utilizzata la versione ufficiale in lingua italiana degli atti normativi e delle pronunce ove disponibili; talora ci si è avvalsi di traduzioni disponibili sui siti ufficiali delle diverse istituzioni e corti. In ogni caso si è data evidenza della fonte, di tal che in assenza di un puntuale riferimento la traduzione si deve alla curatrice.

Come le edizioni tedesca e inglese, anche la presente sarà disponibile in *open access* sul sito della casa editrice per espresso desiderio dell'Autore, al fine di incoraggiare la discussione sull'opera oltre la ristretta cerchia dei cultori del diritto pubblico.

La curatrice

Milano, ottobre 2025

Presentazione
Le trasformazioni strutturali del diritto pubblico e la dottrina italiana

di Barbara Randazzo

Sommario:I. Il contesto italiano. – II. L'opera e il suo Autore. – III. Più che conclusioni, un auspicio.

I. Il contesto italiano

L'attenzione prestata alla vicenda europea dagli studiosi italiani, specie dei cultori del diritto pubblico, anche comparato, è ben nota e riconosciuta. Gli studi costituzionalistici in particolare si sono misurati con le problematiche poste dal processo di integrazione europea sin dalle sue origini, e specie dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht che ne rappresenta un vero e proprio "spartiacque" [1], costituendo una fase di transizione, per dirla con Armin von Bogdandy, una *età di soglia* (*Sattelzeit* [2]).

Della ricca produzione scientifica che ne attesta la consistenza, ci si

[1] Il Trattato di Maastricht ha costituito una svolta per la dimensione costituzionale europea. Vedi, in particolare, A. LA PERGOLA, *L'integrazione europea fra il mercato comune ed un modello tipo di confederazione. Osservazioni di un costituzionalista*, in AA.VV., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione* (Milano, 4-5 dicembre 1992), Cedam, Padova, 1995, il quale afferma: "*Il trattato di Maastricht diviene lo spartiacque fra due concezioni del processo integrativo. Prima abbiamo avuto l'integrazione del mercato o di altri comparti dell'economia, quali sono il carbone o l'acciaio, o l'energia atomica, o quale sarebbe stato un sistema unificato di difesa degli Stati membri. Prevista l'Unione, l'integrazione viene ad abbracciare una sfera, che possiamo definire come politica e di scopi generali, nella quale si riflettono in qualche modo le esigenze di una* polis *europea in via di formazione*" (*ivi*, p. 8). V. anche M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in AA.VV., *La costituzione europea*, Cedam, Padova, 2000. Secondo l'A., infatti, "*[d]opo Maastricht – e soprattutto dopo Amsterdam – lo scenario sembra mutare radicalmente e la dimensione sociale dell'Europa, per lungo tempo dimenticata, assumere una corposità sconosciuta*" (*ivi*, p. 507).

[2] Mutuando il concetto proposto da R. Kosellek.

limita qui a richiamare gli atti dei convegni annuali dell'Associazione italiana dei costituzionalisti. A partire dal 1992 e fino al 2025 essi dimostrano, significativamente, la continuità dell'impegno dell'Accademia [3], restituendo evidenza delle linee di tendenza comuni alle diverse fasi del processo. Accanto ai pochi che avvertirono ben presto l'esigenza di un nuovo strumentario concettuale [4], in molti si concentrarono sulla efficacia nazionale del diritto europeo [5], piuttosto che sulla dimensione costituzionale europea [6]. E, avvalendosi delle tradizionali categorie del diritto pubblico, non poterono che rilevare le 'singolarità' dell'esperienza europea [7]. Come scrisse Andrea

---

[3] Cfr. i contributi pubblicati negli atti dei numerosi convegni che l'Associazione italiana dei costituzionalisti ha dedicato al tema dal 1992 al 2025; e in particolare nell'Annuario 2025: *L'Unione europea a confronto con la Costituzione della Repubblica italiana*, in corso di pubblicazione; nell'Annuario 2016: *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: Sovranità, Rappresentanza, Territorio*, Jovene, Napoli, 2017; nell'Annuario 2015: *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Jovene, Napoli, 2017; nell'Annuario 2005: *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Cedam, Padova, 2007, pp. 3-456; nell'Annuario 1999: *La costituzione europea*, cit., pp. 3-633; negli atti 1992: *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, cit., pp. 3-328.

[4] Vedi G. SILVESTRI, *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, in AA.VV., *La costituzione europea,* cit., p. 176: "*Se* «l'Europe des États»*, di cui parlava De Gaulle, è ormai obsoleta, gli Stati Uniti d'Europa non ci sono ancora. Quali strumenti concettuali dovremo allora adoperare, per evitare il doppio rischio del tradizionalismo giuridico e del diritto futuribile?*".

[5] V. es. V. ANGIOLINI-N. MARZONA, *Diritto comunitario diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Cedam, Padova, 1990.

[6] Vedi già A. LA PERGOLA, *L'integrazione europea fra il mercato comune ed un modello tipo di confederazione*, cit., il quale afferma che "*Fin qui i cultori del diritto costituzionale hanno polarizzato l'attenzione sull'efficacia interna del trattato di Roma, istitutivo della Comunità economica, e sul diritto da esso derivato, lavorando intorno al sistema delle fonti statuali, ai dati del nostro ordinamento positivo, alla lettura che ne ha offerto la giurisprudenza costituzionale. Meno diffuso, forse, è stato il contributo dei costituzionalisti allo studio del sistema comunitario, delle sue caratteristiche strutture e procedure decisionali, in cui si intrecciano, come noto, gli schemi dell'ente sovranazionale e dell'organizzazione intergovernativa*" (*ivi*, pp. 7-8). Sul mancato sviluppo da parte della dottrina costituzionale italiana di un *diritto costituzionale internazionale*, vedi ancora A. LA PERGOLA, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1961, *passim*. Secondo G. AMATO, (*Riflessioni*, in AA.VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, cit., p. 174) "*quello che ha preso corpo è un processo di crescente ibridazione dei caratteri iniziali, di ibridazione perciò fra il maschio Trattato e la femmina Costituzione, che tuttavia non è giunto alla trasformazione dell'uno nell'altra, ma ha portato alla formazione di un ermafrodita. E l'ermafrodita ha finito per pretendere e ancora oggi pretende di essere riconosciuto e accettato come tale*".

[7] V. S. BARTOLE, *La nazione italiana e il patrimonio costituzionale europeo. Appunti per una prima riflessione*, in *Diritto pubblico*, 1996, pp. 1-26; ID., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004 e ID., *La Costituzione europea vivente*, EUT, Trieste, 2008; F. PALERMO, *La forma di stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Cedam, Padova, 2005; B. CARAVITA, *Quanto Europa c'è in Europa?*, Giappichelli, Torino, 2015.

Manzella "*al dilemma che ci è stato posto, Costituzione europea o Costituzioni nazionali, io rispondo: tutte e due, ma insieme. Questo non significa Stato federale, o superstato, perché dire Stato federale significa rientrare in una prospettiva statualistica, mentre noi siamo ora in una prospettiva post-statuale*" [8].

Una spiegazione di tale tendenza può trarsi sia dall'inevitabile riferimento alla Costituzione italiana, sia dal decisivo ruolo svolto dalla Corte costituzionale nel definire i rapporti tra i due orientamenti [9].

A fronte della stretta compenetrazione tra i sistemi nazionali e quello comunitario [10], Gaetano Silvestri giunge a riconoscere che "*ormai l'ordinamento europeo è una realtà unitaria a carattere generale che non vive separato dai singoli ordinamenti nazionali, limitandosi a proiettare dentro di essi gli effetti delle proprie statuizioni, ma li* pervade*, viene da essi* assorbito *e possiede una autonoma potestà decisionale che* sostituisce*, di volta in volta, quella degli organi nazionali di produzione giuridica*" [11]. Al riguardo, Silvestri evoca l'idea di un "*arcipelago*", sottolineando come le caratteristiche assunte dai rapporti tra i predetti ordinamenti siano "*tali da travolgere ogni schema piramidale*" [12]. In ciò in qualche misura anticipando la dottrina richiamata da Armin von Bogdandy nella prospettiva olistica prescelta. Con analoga lungimiranza, Cesare Pinelli descrive l'integrazione europea alla stregua di "*una vicenda di aggiramenti delle frontiere statali, che dentro e fuori l'Europa hanno mutato il paesaggio giuridico e le funzioni delle istituzioni più consolidate*". Secondo Pinelli proprio tali 'aggiramenti' "*accompagnano, e talvolta strutturano, la complessa formazione di un ordine costituzionale europeo*" [13].

La fioritura degli studi costituzionalistici sull'Unione europea si registrò

---

[8] A. MANZELLA, *Intervento*, in AA.VV., *La costituzione europea*, cit., p. 593.

[9] V. in particolare F. SORRENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, in AA.VV., *Le prospettive dell'Unione europea e la Costituzione*, cit., pp. 41-83. Significativa la continuità tra il titolo del convegno Aic svoltosi a Milano nel 1992 e quello o del convegno Aic svoltosi a Torino nell'ottobre scorso: "*L'Unione europea a confronto con la Costituzione della Repubblica italiana*". Sul decisivo ruolo della giurisprudenza costituzionale v. V. ONIDA, *"Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2002, pp. 549 ss.

[10] Sulla stretta compenetrazione tra i sistemi nazionali e comunitario, vedi G. SILVESTRI, *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, cit., secondo cui "*[l]'esistenza di due ordinamenti «distinti», ma «coordinati» rende estremamente difficile stabilire quale dei due sia sovrano. Né parlare di unico ordinamento mettendo da parte il problema teorico della sovranità aiuta granché*" (p. 173).

[11] *Ivi*, p. 177.

[12] *Ivi*, p. 183.

[13] C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo sulla Costituzione europea*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 81.

in particolare nel primo decennio del XXI secolo, in vista della redazione del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 2004 [14], poi fallito, e con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona insieme alla Carta dei diritti fondamentali nel 2009 [15].

Le riflessioni della dottrina italiana si concentrano sulle forme e sul contenuto delle limitazioni di sovranità, e dunque sul concetto stesso di sovranità, sul tema spinoso del *deficit* democratico, connesso al ridotto ruolo del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali, sulla questione dell'identità nazionale e dell'identità europea, nonché sull'esistenza di un popolo europeo. Largamente preponderanti i contributi sui rapporti tra le fonti e sulla tutela integrata dei diritti fondamentali.

Le più attente analisi sulla sovranità, e sulla sua crisi, già negli anni Novanta del secolo scorso, si misuravano con il processo di integrazione europea e di universalizzazione della tutela dei diritti [16]. Lo straordinario impatto

---

[14] Per una approfondita ricostruzione del dibattito sulla Costituzione europea di quegli anni v. ancora C. PINELLI, *Il momento della scrittura*, cit., pp. 183-234.

[15] Oltre agli atti dei convegni annuali dell'Aic già citati *supra*, nota 2, v. S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 2002. P. BILANCIA-F. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Giuffrè, Milano, 2002; G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari, 2003; E. CASTORINA (a cura di), *Profili attuali e prospettive di Diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2007. In una prospettiva interdisciplinare v. S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2006; G. MORBIDELLI-F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006. Nella prospettiva comunitarista v. anche il contributo di L. S. ROSSI, *Supremazie incrociate: Trattato costituzionale europeo e Costituzioni nazionali*, in *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, a cura di L. Danieli, ESI, Napoli-Roma, 2006, pp. 399 ss.

[16] V. M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1, 1996, pp. 124 ss., spec. pp. 171-187. Dopo aver constatato la crisi della politica connessa alla globalizzazione, l'A. riconosce potenzialità democratiche maggiori a organizzazioni sovranazionali come l'Unione europea in quanto meno disomogenee di altre e dunque "*aperte alla costruzione di un «demo possibile» e quindi di un governo sovranazionale democraticamente legittimato*" intesi come "*possenti mezzi di restaurazione della politica e della democrazia, al di là delle ragioni della nuda economia*" (*ivi*, p. 187). Vedi anche G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, *ivi*, pp. 3 ss., spec. 55-74. Secondo l'Autore "*[i]l capovolgimento ricercato dalla dottrina costituzionalistica della seconda metà del XX secolo consiste* nella sostituzione del fondamento di valore al fondamento di autorità. *I valori fondamentali della civiltà umana, conculcati dal totalitarismo, assumono la veste di* sovrani*: la loro sovranità* oggettiva *si impone su qualunque pretesa* soggettiva" (*ivi*, p. 56). E si osservi che, qualche anno più tardi, lo stesso Silvestri metteva in luce la centralità dei valori fondamentali nel rapporto tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti nazionali: "*il «verso» dell'apertura e della chiusura reciproche dell'ordinamento comunitario e di quelli nazionali è determinato dall'esigenza di tutelare, sempre e comunque, i valori fondamentali che stanno alla base dell'Unione in quanto elementi costitutivi delle «tradizioni costituzionali comuni». Come nei moderni Stati costituzionali, anche nell'ordinamento*

del diritto europeo sulla nozione di *sovranità* è colto anche dalla più attenta dottrina giusprivatistica italiana [17].

La dimensione costituzionale dell'Unione europea, una volta divenuta ineludibile, trova spazio anche nella manualistica [18]. L'approccio è in genere descrittivo e preposto a inserire nel contesto costituzionale anche il diritto primario UE, inquadrando le principali problematiche discendenti dall'integrazione europea sul piano delle fonti del diritto e della tutela dei diritti fondamentali.

Non mancano contributi più ambiziosi che propongono una nuova teoria della Costituzione [19].

In estrema sintesi, il dibattito della dottrina costituzionalistica italiana sull'Europa e sull'Italia in Europa ha visto e vede misurarsi due distinte prospettive: da una parte quella "*d'una cessione ulteriore di sovranità a favore delle istituzioni europee, la prospettiva europea-federalista; dall'altra sta la prospettiva opposta della riappropriazione di quanto in passato è stato ceduto, la prospettiva detta «sovranista»*" [20].

Con i necessari distinguo, gli argomenti a sostegno dell'una o dell'altra prospettiva si intravvedono, *mutatis mutandis*, anche nelle riflessioni svolte

---

europeo l'attribuzione di potere è subordinata al suo esercizio in modo conforme ai valori fondamentali per la tutela dei quali, in tali ordinamenti, si giustifica l'assunzione di autorità" (G. SILVESTRI, *La diretta applicabilità delle norme comunitarie: implicazioni teoriche*, cit., p. 185).

[17] Vedi N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, IV ed., Laterza, Roma-Bari, 2001, il quale afferma che "*i trattati europei prevedono e disciplinano* fonti produttive di norme*, le quali determinano* di per sé *(cioè senza la mediazione di leggi statali) la nascita di diritti soggettivi e di obblighi nella sfera dei singoli cittadini. Questa è un'autentica rivoluzione: da un lato, perché i trattati non si limitano a regolare rapporti tra Stati (i quali, soli, ne desumono diritti e obblighi reciproci); dall'altro, perché le norme prodotte da fonti comunitarie, indirizzandosi direttamente ai cittadini, rompono la* relazione di sovranità tra Stato e individui" (*ivi*, p. 21). Da una diversa prospettiva, v. anche P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, ESI, Napoli-Roma, 2006, spec. pp. 123 ss.

[18] Vedi M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2000; R. BIN-P. CARETTI, *Profili costituzionali dell'Unione europea. Cinquant'anni di processo costituente*, Il Mulino, Bologna, 2002. Più di recente, v. R. ROMBOLI (a cura di), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, I ed., Giappichelli, Torino, 2019. In una duplice prospettiva, sulla manualistica di Diritto amministrativo v. D.-U. GALETTA-J. ZILLER, *EU Administrative Law*, Edward Eldgar Publishing, Cheltenham, Glos, 2024; S. DEL GATTO-G. VESPERINI (a cura di), *Manuale di Diritto amministrativo europeo*, Giappichelli, Torino, 2024.

[19] F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea*, cit.; J. LUTHER, *Europa Costituenda. Studi di diritto, politica e cultura costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007. Più di recente, particolarmente illuminante la prospettiva di V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti. Diritti, sovranità, culture*, Giappichelli, Torino, 2016.

[20] G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Einaudi, Torino, 2018, p. 85. V. anche N. ZANON, *Introduzione*, in *Il controllo preventivo dei Trattati dell'Unione europea*, a cura di N. Zanon, Giuffrè, Milano, 2015.

in occasione dell'ultimo convegno dell'Associazione dei costituzionalisti [21]. Interlocutorio al riguardo pare l'intervento di apertura dei lavori di Renato Balduzzi, attuale Presidente dell'Associazione, che propone di sostituire la nota formula dell'*Integration through law* con una più limitata *Integration by law*: pur salvaguardando "*la funzione strumentale del diritto e delle regole*", la formula proposta avrebbe a suo dire il vantaggio di non correre "*il rischio di ridurre ad esse lo spazio della discussione politica e di quella culturale e scientifica*" [22]. Balduzzi sottolinea la necessità di saggiare la tenuta "*di alcune categorie scientifiche fondanti*", ad esempio con riguardo "*al tema della cosiddetta sovranità europea*", auspicando in conclusione che proprio l'Italia, "*[i[l Paese che non ha avuto bisogno di un* Europa-Artikel *[possa] essere il Paese da cui provengono ricostruzioni condivise e, perché no?, proposte di consolidamento innovativo della struttura istituzionale e politica dell'Unione stessa*". A tale considerazione Balduzzi perviene dopo aver paventato il rischio che l'"*assenza del riferimento cristico*" implichi un approccio che "*ignori o marginalizzi Roma e l'invenzione del diritto come consapevole strumento di ordinamento del caos*".

Anche la relazione di Giovanni Pitruzzella, Giudice costituzionale e già Avvocato generale della Corte di giustizia, soffermandosi su quello che definisce come *Il problema della democrazia europea,* rileva che l'Unione tende "*a rappresentarsi e ad essere percepita come una macchina giuridica, che vive di norme, interpretazioni, sentenze*". Un'Unione "*che parla il linguaggio del diritto non quello della politica*", esponendola così "*a forti rischi in presenza di crisi o delle sfide esistenziali che la Grande trasformazione che si sviluppa in questo secolo pone ai suoi Stati membri*" [23].

Sia Balduzzi che Pitruzzella sottolineano un elemento critico dell'integrazione europea che la dottrina costituzionalistica italiana ha spesso enfatizzato, in genere per sminuire la portata del processo di trasformazione in atto, vale a dire il suo persistente *deficit* democratico, il suo scollamento dalla realtà sociale. Al fondo sembra denunciarsi la pretesa funzione *potestativa* (anziché ordinativa) del diritto UE, che sarebbe (in gran parte o del tutto)

---

[21] Le cui relazioni (in versione provvisoria) sono disponibili sul sito dell'Associazione alla seguente pagina https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/it/attivita/convegni-annuali-aic/2025-l-unione-europea-a-confronto-con-la-costituzione-della-repubblica-italiana-torino.

[22] R. BALDUZZI, *Introduzione* (versione provvisoria), in AA.VV., *L'Unione europea a confronto con la Costituzione*, cit.. Il testo è disponibile alla pagina: https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2025_Torino/Renato_Balduzzi.pdf.

[23] G. PITRUZZELLA, *Il problema della democrazia europea* (versione provvisoria), in AA.VV., *L'Unione europea a confronto con la Costituzione*, cit.. Il contributo è disponibile alla pagina: https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2025_Torino/Giovanni_Pitruzzella.pdf.

indifferente alla realtà della società europea. Già nel 1999, Massimo Luciani avvertiva che "*[u]n popolo europeo può lentamente costruirsi anche grazie al diritto, ma puntare solo sull'integrazione in via normativa sarebbe un errore. Dal diritto possiamo attenderci molto*", precisava, "*ma non possiamo pretendere che la proclamazione normativa di un'unità politica surroghi la costruzione delle sue condizioni sociali*" [24].

La medesima preoccupazione è condivisa da Anna Maria Poggi, che insiste sull'esigenza di creare un *consenso sociale* su cui si fondi la futura convergenza delle politiche nazionali in settori cardine per la costruzione della solidarietà europea [25]. Del resto, anche per Joseph Weiler, che ha avuto e ha grande seguito nella dottrina italiana, "*[l]a direzione verso cui un ordinamento si muove dipende in larga misura dall'ethos politico e giuridico che anima coloro che esercitano le funzioni legislative e coloro che li controllano*" [26].

Ancora di recente, si registrano posizioni assai scettiche rispetto alla dimensione costituzionale europea [27].

In questo contesto, il lavoro di Armin von Bogdandy – giurista e filosofo tedesco, non privo di importanti legami con il nostro Paese – sembra a chi scrive poter rappresentare anche quella proposta "*di consolidamento innovativo della struttura istituzionale e politica dell'Unione*" auspicata dal Presidente dell'Associazione dei costituzionalisti. Essa ha l'indubbio merito di fornire al lettore una molteplicità di idee e di concetti, inediti o rivisitati, attraverso cui provare a 'fare ordine', rifuggendo da tentazioni restauratrici.

II. L'opera e il suo Autore

Se, come sostiene Armin von Bogdandy, il compito dello studioso di diritto è "*quello di alimentare il dibattito contemporaneo, senza temere di essere sconfessato*" [28], ben si comprendono le ragioni che hanno spinto chi scrive a offrire a un più ampio pubblico italiano le tesi maturate dall'Autore "*affinché*

---

[24] M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in AA.VV., *La costituzione europea*, cit., p. 554.

[25] A. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, cit., spec. pp. 372-378.

[26] Vedi J.H.H. WEILER, *L'unione e gli stati membri: competenze e sovranità*, in AA.VV., *La costituzione europea*, cit., p. 5.

[27] Vedi es. R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Franco Angeli, Milano, 2018, spec. pp. 69 ss.

[28] Il profilo intellettuale dell'Autore è ben restituito dal racconto autobiografico pubblicato in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Issue 3, July 2010, pp. 421-428, e disponibile *online* alla pagina https://doi.org/10.1093/icon/moq014.

siano discusse e criticate […] in un processo di apprendimento collettivo fatto di spinte in avanti e inevitabili frenate" [29].

E, per quanto l'opera di von Bogdandy sia già stata oggetto di dibattito e critiche specialmente da parte della dottrina italiana germanofona [30], essa merita senza dubbio di essere discussa anche in diverse sedi [31]. La profondità di analisi e di prospettiva, lo sforzo di concettualizzazione costituiscono, infatti, il frutto più maturo del pensiero di uno studioso che riflette sull'integrazione europea da una trentina di anni, aperto alla critica e al confronto costante con colleghi e giovani ricercatori non solo tedeschi, e non solo europei, come si evince dalle prefazioni alle precedenti edizioni del volume.

Con le "*Trasformazioni strutturali del diritto pubblico*", usando le parole con cui Natalino Irti descrive il buon giurista, von Bogdandy diviene 'artefice': il "*fare con 'arte' […] è stato dai giuristi piuttosto intuito che ragionato, e mai assunto a capitolo di teoria generale*", e gli antichi romani parlavano "*del diritto come* ars boni et equi*; e moderni dottori di arte del diritto. Dove* ars *o 'arte' non indicano l'opera lirica o la fantasia letteraria, ma una tecnica costruttiva di forme*" [32]. L'ambizione di dare forma alla costruzione europea si riflette nelle parole di Armin von Bogdandy, secondo cui l'attività dello studioso fluisce nel "*processo arduo, ma gioioso, di ridurre qualcosa di disordinato a un modello concettuale o matematico che fornisce una comprensione più profonda della realtà, compreso l'io conoscente*" [33]. Il venir meno di un diritto pubblico riferito in via esclusiva allo Stato con la nascita delle organizzazioni sovranazionali e internazionali ha spinto l'Autore a ricercare "*un'identità di diritto pubblico* tout court", capace di fondere, di ricondurre a unità "*il diritto pubblico nazionale, sovranazionale e internazionale*". Un obiettivo assai sfidante, rispetto al quale già nel 2011 von Bogdandy non

---

[29] F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea*, cit., p. 225.

[30] V. i contributi di R. Bifulco, F. Saitto, L. De Lucia, L.F. Pace, A. Sandulli, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2023, pp. 925-996; quelli di H. Caroli Casavola, G. Della Cananea, F. Lanchester, L.F. Pace, R. Picardi, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023, consultabili al seguente link: https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/; nonché gli scritti raccolti in L. MELLACE (a cura di), *Il diritto dell'Unione Europea, la sua legittimità e il suo futuro*, ESI, Napoli, 2023 e M. BOZZON, *L'invenzione della società europea. Democrazia sovranazionale e diritto pubblico (A proposito di A. von Bogdandy, Strukturwandel des öffentlichen Rechts)*, in *Quaderni fiorentini*, 52, 2023, pp. 1131-1153.

[31] L'Autore dialoga con la dottrina italiana, rispondendo alle critiche mosse all'opera, nella postfazione a questa edizione del lavoro, nella quale si misura altresì con i più importanti accadimenti sopravvenuti all'uscita della prima edizione del lavoro.

[32] N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 66.

[33] V. il profilo dell'A., in *International Journal of Constitutional Law*, cit. e disponibile online alla pagina https://doi.org/10.1093/icon/moq014.

esitava a dichiarare apertamente i propri riferimenti culturali, filosofici e giuridici [34], riconoscendo la tensione tra le ambizioni di durata dei primi e la contingenza dei secondi.

Una tensione che sembra ri-comporsi nell'opera qui tradotta, la cui *struttura* mette bene in luce la capacità dell'Autore di coniugare le esigenze di astrattezza, di concettualizzazione – in una prospettiva *top-down* – con le esigenze di concretezza, di analisi del dato normativo e giurisprudenziale applicato al caso di specie – in una prospettiva *bottom-up*. E ciò ha un valore in sé sul piano metodologico, a prescindere dai risultati raggiunti che si prestano a diverse letture e valutazioni.

Il "*viaggio intellettuale*" [35] proposto è scandito da quattro tappe fondamentali, i capitoli di cui si compone il lavoro: I. *Concetti*, II. *Principi*, III. *Corti* e IV. *Scienza.* Nell'introduzione viene chiarita l'*Impostazione* dell'opera, che ne rivela gli obiettivi e i punti di riferimento, nonché la tradizione culturale nel solco della quale essa si iscrive: l'hegelismo europeo. Il concetto di *trasformazione* o *mutamento strutturale* diviene oggetto di ricerca sulla scia degli studi pionieristici di Leibholz, Habermas e Friedmann e nutre una nuova generazione di studiosi, di giuristi europei.

Nel *singolare collettivo* 'società' dell'articolo 2 TUE, Armin von Bogdandy individua la 'chiave di volta' in grado di sostenere l'arcata dell'intera costruzione europea. L'ottimismo (nient'affatto ingenuo) che connota l'opera, trova nelle parole conclusive di Marius Ivaškevičius la propria *Quintessenza* [36].

Nonostante la sua indubbia complessità, l'opera non si presenta ostica alla lettura, la quale è invero agevolata da uno stile diretto. L'Autore rivela all'attento lettore, passo dopo passo, i tratti portanti e distintivi della propria costruzione: sempre contestualizzata, arricchita da riferimenti a vicende talora personali di questo o quel protagonista della storia del pensiero. Ripercorre la storia delle idee che lo hanno guidato anche attraverso il confronto

---

[34] Tra i quali, in edizione italiana: di I. KANT, *Critica della Ragion Pura* e *Per la pace perpetua*; di G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*; di J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo politico*; di N. LUHMANN, *Il diritto della società*; di MARTTI KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*.

[35] Per usare l'evocativa espressione di F. LANCHESTER, *Il costituzionalismo di Armin von Bogdandy*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3, 2023, p. 3.

[36] M. IVAŠKEVIČIUS, *Europa mit den Augen eines Verliebten*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (16 febbraio 2017). L'A. scrive: "*Avete accumulato una intera montagna di problemi. Sta schiacciando l'Europa e sta ostacolando tutto il bene che ne avete ricavato. […] Ma se guardate l'Europa attraverso i miei occhiali, i vostri occhi si rianimeranno, almeno un poco, perché c'è molta più luce, colore e voglia di vivere*".

dialettico con le tesi schmittiane. Esplora le straordinarie potenzialità del singolare collettivo 'società' in vista della elaborazione di una nuova teoria del diritto pubblico europeo fondata sull'articolo 2 TUE, i cui parametri – princìpi e valori – paiono suscettibili di essere utilizzati dalla Corte di giustizia anche a prescindere dalla loro combinazione con altre disposizioni dei Trattati o del diritto derivato [37].

Naturalmente il concetto di *società europea* [38] è strettamente legato al concetto di *diritto europeo*: *ubi societas ibi ius.* Muovendo dalla *teoria della società* di Georg Simmel, l'Autore ritiene che la diversità e il conflitto sociale non siano da considerarsi intrinsecamente negativi. Anzi, proprio in questa prospettiva reputa che i valori dell'articolo 2 del TUE facciano progredire la società europea per i conflitti che generano. Si riferisce alla crisi dello Stato di diritto, alla crisi dell'euro, alla migrazione e alla pandemia. Per quanto complesse, diverse e frammentate siano le società europee, Armin von Bogdandy valorizza il *singolare* 'società' utilizzato dagli Autori del Trattato, e ratificato dagli Stati membri. Egli muove, quindi, dal presupposto che la *società* sia in grado di sostenere l'intera costruzione europea, rivelando appieno la sua natura costituzionale grazie all'articolo 16 della Dichiarazione francese del 1789 ["*Ogni società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione*"]. Il concetto di *società* sostituisce quello di *Stato* e di *nazione* e supera anche il dualismo Stato-società. Rispetto al concetto di popolo (o nazione), la società è più aperta all'eterogeneità, include tutti gli individui residenti, non solo i cittadini e le cittadine. L'autocomprensione del concetto di società influenza anche la discussione sulla redistribuzione e sulla coesione sociale. Secondo l'Autore, il concetto di società deve essere riconcettualizzato nel contesto dell'Unione europea, che richiede di fare i conti *con meno unità, meno identità, più eterogeneità e più precarietà*. Cionondimeno, la società europea di Armin von Bogdandy fa emergere un'identità collettiva europea (non un "*noi*"). Per l'Autore, dunque è proprio la diversità a costituire la cifra

[37] Sulla giustiziabilità *ex se* dei valori dell'articolo 2 TUE v. *Conclusioni* dell'AG Ćapeta, 5 giugno 2025, C-769/22, *Commissione contro Ungheria*, spec. punti 143– 254. La Commissione aveva invocato l'articolo 2 TUE come motivo autonomo di ricorso. Sul tema l'A. ritorna ancora nella *Postfazione* al presente volume dal titolo *La società europea nel 2025,* nonché nell'*Editoriale* su *La società europea e i suoi antagonisti,* in *federalismi.it*, 1, 2026.

[38] Per una diversa prospettiva sul concetto di società europea v. LOÏC AZOULAI, *The Law of European society*, in *Common Market Law Review*, 2022, pp. 203 ss. Secondo Azoulai "*the kind of society upon which EU law has relied is something to be constructed and organized rather than a given. It is not real. Rather it worked as a conceptual metaphor. As such, it has been incredibly helpful in our endeavour to build a brand new world. However, what is striking now is that this has made us somewhat blind to the crises of the everyday in domestic societies*" (cit., p. 206).

distintiva della società europea. L'assunto non sembra collidere con quello di chi riteneva che soltanto organizzazioni sovranazionali "*minimamente omogenee*" fossero "*aperte alla costruzione di un «demo-possibile»*", riconoscendo espressamente le ricche potenzialità democratiche di "*realtà come l'Unione europea (soprattutto)*" [39].

Secondo la tradizione hegeliana, nella concettualizzazione di Armin von Bogdandy entrambi i concetti – *società europea* e *diritto europeo* – sono considerati in senso olistico: *i*) la "*totalità sociale*", che comprende gli individui, le diverse associazioni, le società private e pubbliche, le istituzioni nazionali ed europee; *ii*) il *diritto europeo*, che include il diritto dell'Unione, il diritto del Consiglio d'Europa (con la CEDU), il diritto degli Stati membri con le loro interazioni verticali (a livello nazionale e sovranazionale) e orizzontali (a livello nazionale e sovranazionale).

Ancora: sempre sulla base della *teoria* di Simmel della società (*Gesellschaft*) e della socializzazione (*Vergesellschaftung*), Armin von Bogdandy sottolinea il duplice processo di integrazione europea e di europeizzazione, il primo dei quali implica la creazione di istituzioni comuni e disposizioni comuni, mentre l'europeizzazione si riferisce all'integrazione indotta a livello nazionale. Invero, si potrebbe aggiungere che anche il diritto UE viene arricchito e influenzato dalle diverse modalità di attuazione a livello nazionale.

In altre parole, da un punto di vista giuridico, quindi, il diritto dei Trattati e il diritto derivato promuovono la società europea, la cui identità aperta e plurale trasforma anche il diritto nazionale e, allo stesso tempo, le modalità di attuazione nazionale del diritto europeo promuovono anch'esse la società europea.

Nel Capitolo I dedicato ai *Concetti*, l'Autore ripercorre le fasi del processo di integrazione europea alla luce dello sviluppo dello *Jus Publicum Europaeum*: da Hagemeier a Mably e Talleyrand, da Hallstein a Mosler. Si misura con l'idea di un diritto pubblico europeo senza uno Stato europeo, indugia sulla trasformazione del concetto di sovranità, sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, sul diritto amministrativo senza Stato e sul diritto costituzionale senza Costituzione. Affondando le radici della propria dottrina nel solco della tradizione giuspubblicistica tedesca, ricostruisce e classifica le due *età di soglia* del processo di integrazione europea in un serrato confronto con il pensiero di Carl Schmitt.

Valorizza la concezione del diritto pubblico europeo di Mosler, proponendo la visione olistica del diritto europeo che trova il suo corrispondente istituzionale nell'unione, con l'iniziale minuscola, comprendente gli Stati

[39] V. M. LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., p. 187.

membri e le Istituzioni europee, a fronte di un'Unione, con l'iniziale maiuscola, espressione soltanto di queste ultime.

È in tale contesto che von Bogdandy sviluppa il concetto di 'costituzionalismo trasformativo', quale leva per la trasformazione sociale. Quello europeo si incentra sull'articolo 2 TUE e rappresenta la possibile risposta alla messa in pericolo del carattere democratico della società europea, mirando a porre rimedio alle cosiddette carenze sistemiche. Lo sguardo sull'esperienza dell'America Latina in quest'ottica consente all'Autore di ri-leggere la vicenda dell'allargamento ai Paesi dell'Est e le regressioni democratiche in atto in Polonia e Ungheria.

Nel Capitolo II sui *Princìpi*, Armin von Bogdandy sviluppa le *promesse* della *società europea*, muovendo dall'analisi dell'articolo 2 TUE, assunto a fondamento positivo del nucleo costituzionale europeo. I parametri – ivi indicati come valori [40] – vengono anch'essi ricondotti nella categoria dei princìpi fondamentali così da poterli esaminare sotto l'aspetto storico, ricostruttivo, dogmatico, democratico, trasformativo, critico e sociale.

Ad avviso di chi scrive, il principio solidaristico meriterebbe invero un'analisi *ad hoc* in rapporto alla cittadinanza europea e all'esigenza di contemplare accanto al catalogo di diritti fondamentali anche i doveri, "*senza i quali*" come scrive Massimo Luciani "*manca la formalizzazione del vincolo sociale*" [41]. Della problematica Armin von Bogdandy mostra di avere consapevolezza, là dove discute il concetto di costituzionalismo trasformativo in rapporto all'economia di mercato (§ 26.3).

A partire dall'articolo 2 TUE, l'Autore affronta il tema "*spinoso*" del-

---

[40] La rilevanza della dimensione assiologica europea e la configurabilità di una *forma di stato* europea sono da tempo oggetto di analisi da parte della dottrina giuspubblicistica italiana: v. es. F. PALERMO (in *La forma di stato dell'Unione europea*, cit., p. 226), il quale afferma che "*anche l'interazione delle sfere costituzionali degli Stati membri e dell'Unione europea – ciascuna dotata di un proprio assetto di valori, compatibile nei contenuti, assai diverso nella forma, nella legittimazione e nel funzionamento – presenta un proprio impianto assiologico, minimo e presupposto che, pur non essendo scindibile dai momenti costituzionali che lo compongono, funziona da 'miccia integrativa' per mettere in moto e mantenere operativa la finalità permanente dell'integrazione che caratterizza gli ordinamenti comunitari, intendendosi con tale espressione l'Unione europea, gli Stati membri e, dove rilevanti, anche le rispettive articolazioni substatali*" (*ivi*, p. 226).

Sull'importanza della cooperazione nell'assicurare la prescrittività dei valori europei, lo stesso A. afferma che la garanzia dei valori nello spazio costituzionale integrato europeo "*risulta non compiutamente giuridica ma neppure esclusivamente politica. È una garanzia intermedia, sistemica, presupposta, singolarmente rimediale, fondata sulla sommatoria di interessi e sulla persuasione, sulla forza prescrittiva generata dalla debolezza di sistemi incompleti*" (*ivi*, p. 227); pertanto, "*[l]a giuridicità della forma di stato dell'integrazione è solo più complessa per la moltiplicazione degli attori costituzionali, comportando la necessità di convincere più che di imporre, di sedurre invece che di conquistare, di accettare volontariamente invece che di subire*" (*ivi*, p. 243).

[41] M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., p. 549.

l'identità, europea e nazionale, e dell'assenza di un "*We the people*" europeo, alla luce dello scopo ultimo dell'integrazione secondo uno dei più lungimiranti Padri fondatori, Jean Monnet, vale a dire "*unire non gli Stati, ma i cittadini*" [42].

Non banale, al riguardo, la scelta linguistica e concettuale di preferire l'espressione "*Autori del Trattato o dei Trattati*", anziché quella più evocativa di "*Legislatore del Trattato o dei Trattati*", peraltro non priva di solide basi dogmatiche, così evitando il rischio di indebite sovrapposizioni con quella di "*legislatori dell'Unione*".

La ricostruzione storica del "*difficile cammino verso la democrazia europea*" è assai illuminante, e persuasiva l'idea di una democrazia "*di molte mediazioni*". Più problematica, invece, è la lettura proposta del ruolo del Parlamento europeo e dei cosiddetti Triloghi, così come l'assenza di un'analisi dei parlamenti nazionali [43]. Sotto questo profilo, la lettura proposta può raccordarsi agli approdi più avanzati della dottrina costituzionalistica italiana, come la stimolante valorizzazione del "*metodo euro-nazionale*" formulata da Nicola Lupo [44]. Tesi, quest'ultima, rispetto alla quale anche la costruzione bogdandiana potrebbe nutrirsi di ulteriori fertili sviluppi.

Del resto, dalla disomogeneità e dalla frammentazione della rappresentanza politica non può farsi discendere *sic et simpliciter* una marginalizzazione degli organi rappresentativi; e ciò anche guardando con occhi disincantati alle dinamiche interne dei parlamenti nazionali. Se la funzione principale della rappresentanza politica è quella di collegare la *costituzione dello Stato* con la *costituzione della società*, occorre allora far uscire di nuovo dall'ombra il "*lato positivo*" del principio democratico rappresentativo. Quest'ultimo è concepito, infatti, per lo più nel suo "*valore negativo*", di mera contrapposizione al principio regio e aristocratico, anziché come volano per la valorizzazione delle migliori espressioni del corpo elettorale. Meritano di essere ricontestualizzate le riflessioni al riguardo di Santi Romano, secondo cui "*più aumentano gli elettori illuminati, più si sviluppa la coscienza civile e politica de' singoli, più aumenta in altri termini, la civiltà, e meno possibile diventa che l'eletto rappresenti gruppi così poco omogenei e numerosi*

---

[42] Lo ricordava G. AMATO, *Riflessioni*, cit., p. 174.

[43] Sul tema v. S. SICARDI, *Il problematico rapporto tra (vecchia e nuova) Unione Europea e Parlamenti nazionali: integrazione o contrapposizione?*, in AA.VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, cit., pp. 27 ss., spec. pp. 93-101.

[44] N. LUPO, *La costruzione del diritto dell'Unione europea e la legittimazione politica* (versione provvisoria), in AA.VV., *L'Unione europea a confronto con la Costituzione*, cit., spec. §§ 6 e ss.. La relazione è disponibile alla pagina: https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2025_Torino/Nicola_Lupo.pdf.

di individui" [45]. Resta comunque sullo sfondo l'esigenza di un ripensamento del principio di separazione dei poteri [46], o forse, più ragionevolmente, del sistema di *checks and balances*.

Queste problematiche si riflettono sul Capitolo III dedicato alle *Corti*, al loro ruolo e alla loro legittimazione. Al riguardo, si rende opportuna anzitutto una precisazione: sebbene la locuzione 'giurisdizione costituzionale' paia ormai attrarre le corti costituzionali nell'ambito del potere giudiziario, non va dimenticato che delle tre corti comparate da Armin von Bogdandy soltanto il Tribunale costituzionale federale tedesco vi appartiene formalmente [47]. E, in effetti, la prospettiva della corte tedesca permea largamente la comparazione proposta dall'Autore, che ripercorre gli snodi dello sviluppo della giustizia costituzionale. Anche i riferimenti dottrinali e talune letture delle diverse giurisprudenze nazionali ed europee disvelano la provenienza culturale dell'Autore: basti menzionare la citazione dell'opinione separata del giudice Verdross (austriaco), di poche righe, anziché quella del giudice Fitzmaurice (britannico), assai corposa e argomentata, nella storica decisione della Corte EDU sul caso *Golder c. Regno Unito* [48]. Non poche delle considerazioni generali svolte dall'Autore sulla giustizia costituzionale muovono invero dalla prospettiva di una corte costituzionale (il *Bundesverfassungsgericht*) che può essere adìta sia con ricorso individuale diretto sia tramite un altro giudice, in ciò significativamente differenziandosi sia dalla Corte costituzionale italiana sia dal *Conseil constitutionnel* francese. E ciononostante le predette considerazioni contribuiscono comunque alla ridefinizione di un sistema dal perimetro ancora incerto.

---

[45] Vedi S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* [Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella R. Università di Pisa, da *Rivista di diritto pubblico*, Milano 1920] ripubblicato in S. ROMANO, *Scritti minori*, I, pp. 311 ss., cit. p. 322.

[46] Al riguardo v. le lucide osservazioni di V. ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti*, cit., pp. 13-16. Secondo l'A. "*[le] dottrine giuridiche e costituzionali […] non hanno affrontato di petto gli interrogativi sulla sovranità, ma hanno piuttosto cercato di mettere a fuoco degli accorgimenti per arginare l'impatto della forza o del potere sovrano sui* «diritti fondamentali»*. Ed a tale scopo si è fatto leva, essenzialmente sulla divisione dei poteri, su di una spartizione di compiti di tutela tra autorità differenti […]. È stata rimodulata e riadattata ai tempi la divisione tripartita dei poteri in legislativo, esecutivo-amministrativo e giurisdizionale, secondo la classica raffigurazione di Montesquieu orami rivista e rettificata tanto da essere fin consunta*" (*ivi*, p. 14).

[47] V. N.d.c., *infra*, Cap. III, Sez. A. In proposito va menzionata la recente riforma della Legge Fondamentale approvata il 20 dicembre 2024 che ha rinforzato le garanzie a tutela del *Bundesverfassungsgerich*, sulla quale v. J. ZILLER, *La protection de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne contre un régression dèmocratique*, in *Revue politique et parlementaire*, 4, 2025, pp. 117 ss.

[48] V. *infra*, § 57.1.

Nella sistematica bogdandiana è evidente il posto centrale occupato dalle corti superiori, dai loro rapporti [49], dalla loro responsabilità condivisa. Corti supreme e costituzionali, nazionali ed europee, svolgono una funzione cruciale nell'ottica del costituzionalismo trasformativo europeo, anche in comparazione con quello sudamericano [50].

L'Autore si interroga sulla legittimità e sulla legittimazione delle giurisdizioni costituzionali in particolare [51], ricercandone decisivi elementi nei procedimenti di selezione e di nomina dei componenti. Assai stimolanti le riflessioni sulla possibile 'formula' da adottare per dare evidenza di una siffatta legittimazione, specie con riguardo alle corti europee, assunte anch'esse alla stregua di due Senati di un'unica corte costituzionale [52]: quale valenza potrebbe riconoscersi al loro giudicare "*in nome della società europea*"?

La ricostruzione proposta da Armin von Bogdandy dischiude una molteplicità di prospettive di analisi critica e di discussione sia in termini di *actio finium regundorum* tra le giurisdizioni superiori nazionali ed europee [53], sia nei loro rapporti con i giudici comuni, profondamente mutati nell'arco degli

---

[49] In particolare, su una delle vicende italiane più discusse in relazione al 'dialogo' tra le Corti, v. C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Giuffrè, Milano, 2018. V., volendo, il contributo ivi contenuto: B. RANDAZZO, *Le corti e la fascinazione del dialogo: tra cooperazione e negoziazione. A margine della vicenda Taricco e dintorni*, pp. 293 ss. Più in generale su tale dialogo v. E. NAVARRETTA-A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti. Principi e modelli di argomentazione*, Edizioni Plus – Università di Pisa, 2004.

[50] Al riguardo v. anche T. GROPPI, *Menopeggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2020, spec. pp. 219 ss.; R. ROMBOLI-A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, Giappichelli, Torino, 2019.

[51] Per approfondimenti sul tema v. T. KOOPMANS, *Courts and Political Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, spec. pp. 252 ss.; C. LANDFRIED (a cura di), *Judicial Power. How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, e in particolare M. M. SHAPIRO, *Judicial Power and Democracy*, *ivi*, pp. 21 ss.; M. ROSENFELD, *Judicial Politics versus Ordinary Politics. Is the Constitutional Judge Caught in the Middle?*, *ivi*, pp. 36 ss.; J. RESNIK, *Judging Methods of Mediating Conflicts. Recognizing and Accomodating Differencess in Pluralist Legal Regimes*, *ivi*, pp. 250 ss.; M. KUMM, *On the Representativeness of Constitutional Courts. How to Strengthen the Legitimacy Rights Adjudicating Courts without Undermining Their Independence*, *ivi*, pp. 281 ss.

[52] Natura costituzionale messa in discussione ancora di recente con riguardo alla Corte di giustizia da R. BALDUZZI, *Introduzione*, cit., ove l'A. segnala "*l'ambivalenza di ruolo e la problematica assimilazione, anche a seguito dell'incorporazione della Carta di Nizza nel sistema dei trattati, a una corte costituzionale*".

[53] V. N. ZANON (a cura di) con conclusioni di V. ONIDA, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana: avvicinamenti, dialoghi, dissonanze*, ESI, Napoli-Roma, 2006.

ultimi vent'anni [54]. Naturalmente da una più compiuta sistematizzazione dei ruoli giocati dalle due corti europee, discende la necessaria discussione dei relativi processi decisionali sia in termini di trasparenza sia di tempistiche, specie con riguardo alla Corte di Strasburgo.

Seppur con taluni non irrilevanti distinguo, nella dottrina costituzionalistica italiana Giovanni Pitruzzella sembra sposare la prospettiva di Armin von Bogdandy, riconoscendo che "*[l]'ordinamento dell'Unione e la sua Costituzione hanno bisogno del consenso della 'società europea' (cui si riferisce l'art. 2 TUE) e insieme del sostegno delle democrazie nazionali, di cui una componente essenziale è la giustizia costituzionale. […] in una prospettiva che può trarre ispirazione da quella teoria costituzionale che prende il nome di* 'Collaborative Constitutionalism'" [55].

Nel Capitolo IV dedicato alla *Scienza*, l'Autore si sofferma sulla metodologia giuridica e sui suoi strumenti, nonché sulle dinamiche dell'accademia e sul ruolo dei giuristi, invitati ad andare oltre il nazionalismo giuridico. A tal fine, sotto il profilo più squisitamente metodologico, Armin von Bogdandy sottolinea l'importanza e la complessità della comparazione nella dimensione multilivello, con i suoi sviluppi orizzontali e verticali. Egli promuove una scienza giuridica capace di "*varcare le frontiere*" territoriali, ma anche disciplinari [56]. L'Autore si misura con la delicata questione dell'autonomia della scienza giuridica e dei criteri che ne guidano la peculiare tecnica. Si ripropone il problema dell'unicità del metodo giuridico o piuttosto del pluralismo delle sue forme. Fino a che punto può spingersi lo studioso di diritto pubblico nell'avvalersi delle altre scienze senza smarrire la propria identità di (umile) giurista, per indossare le vesti regali di 'sacerdote' del diritto o della Costituzione? Dove si colloca la linea di demarcazione tra il rispetto dovuto alla tradizione e la sua necessaria trasgressione, affinché essa non si mummifichi [57]?

In quest'ottica va letto l'esercizio compiuto dall'Autore nella sezione conclusiva del capitolo, intitolata "*Combattere il fuoco con il fuoco*". Vi si

---

[54] V. B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, Giappichelli, Torino, 2021. Per una ricostruzione storica di tali rapporti v., volendo, B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Giappichelli, Torino, 2003, e in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 6, 2002, pp. 1303-1383.

[55] G. PITRUZZELLA, *Il problema della democrazia europea*, cit.

[56] In piena sintonia con S. CASSESE, *Varcare le frontiere. Un'autobiografia intellettuale*, Mondadori, Milano, 2024 e ID., *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 195 ss. e con il contributo scientifico di V. Onida, restituito da M. D'AMICO e B. RANDAZZO (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida,* Giuffrè, Milano, 2011.

[57] Su tale filo rosso, v. S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, cit., p. 196.

propone l'introduzione di una forma di responsabilità penale per i giudici 'di regime', vale a dire per quei giudici che si lasciano addomesticare da governi autoritari (§§ 79-81), così contravvenendo alle obbligazioni discendenti dal nucleo costituzionale europeo. La proposta nasce per far fronte alle note vicende che hanno interessato una parte dei giudici polacchi. A prescindere dalle problematicità teoriche e pratiche che essa pone, se ne trae la postura dell'Autore rispetto a ciò che è in grado di compromettere gravemente la tenuta democratica della società europea.

Le riflessioni sul ruolo della scienza giuridica europea dischiudono interessanti scenari anche nella lettura della giuspubblicistica italiana, nella quale si rinvengono ancora autorevoli voci di giuristi non disposte a rinunciare al dogma della statualità in rapporto alla garanzia del principio democratico, così rinunciando (o sottraendosi) allo sforzo di contribuire a plasmare l'identità della scienza giuridica europea, compito al quale Armin von Bogdandy, da studioso tedesco, attende con grande generosità, ben consapevole che da taluni l'integrazione europea è considerata una forma di avanzamento del dominio tedesco [58].

III. Più che conclusioni, un auspicio

Nella prospettiva del diritto costituzionale italiano, dunque, le '*promesse*' e i '*problemi*' della società europea e del diritto europeo, rievocando il suggestivo titolo dell'incontro svoltosi a Roma alla Università Luiss Guido Carli il 28 novembre 2024 [59], sembrano rappresentare due facce della stessa medaglia.

Se la società europea assurge a concetto chiave del costituzionalismo europeo, come propone Armin von Bogdandy, allora il costituzionalismo dell'Unione europea diviene concettualmente sostenibile.

La proposta dell'Autore sollecita la reazione di quella parte della dottrina costituzionalistica che manifesta ancora forte diffidenza nei confronti dell'Unione [60]. In

[58] V. *infra*, nel testo, spec. §§ 14 e 70. Sulle diverse fasi del movimento federalistico tedesco v. già S. ROMANO, *Oltre lo Stato* [Discorso inaugurale dell'anno accademico 1917-1918 nel R. Istituto di Scienze Sociali "Cesare Alfieri"], ora in S. ROMANO, *Scritti minori*, cit., pp. 345 ss.

[59] *European Society, its Promise and its Problems*.

[60] V. es. R. BIN, *Critica*, cit., e A. MORRONE, *Crisi economica e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2014 e ancora di recente ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Il riaccentramento*, cit., pp. 67 ss. La diffidenza nei confronti dell'Unione si intreccia in entrambi gli Autori con la critica al suprematismo giudiziario, anche quello della Corte di giustizia UE, specie in rapporto all'identità nazionale. Si segnala altresì

questo senso, pare significativo che un insigne costituzionalista, ora Giudice costituzionale, in un'opera volta a mettere "*ogni cosa al suo posto*", prescinda completamente dal processo di [trasformazione del diritto e in particolare del diritto pubblico in virtù della] integrazione europea [61], nell'ottica di "*restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*".

Già nel 1999, Andrea Manzella invece osservava: "*[s]e non è costituzionale, che cos'è quel fenomeno che passeggia per l'Europa, quel fenomeno che cambia le Costituzioni vecchie e nuove di tutto il continente, che crea all'interno di ciascuno Stato nuove ed autonome fonti del diritto, che affida ai giudici nazionali il compito di terminali rispetto ad un ordine giudiziario transnazionale, che sottrae alle istituzioni bancarie nazionali il compito di battere moneta, che costringe i Governi ad abbandonare le regole di politica di bilancio, i vecchi e gloriosi articoli 81, che oggi non significano più niente, che toglie agli Stati finanche il controllo del loro perimetro territoriale, e che dice che la loro cittadinanza è incompleta, e deve essere completata da una cittadinanza extrastatuale*" [62].

E a ragione Manzella precisava altresì che l'origine del processo di integrazione andasse cercata "*nella Costituzioni dei vinti, la Costituzione italiana e quella tedesca. Le prime che pongono all'interno del loro stesso tessuto il principio della limitazione della sovranità e così concludono la loro missione storica ponendo i principi di un nuovo costituzionalismo*" [63].

V'è da chiedersi allora come le trasformazioni del diritto pubblico prospettate da Armin von Bogdandy, in un'opera saldamente ancorata alla tradizione giuspubblicistica tedesca, possano affondare le proprie radici anche in quella italiana, che della prima è storica debitrice [64]. Una siffatta

---

il dibattito sulla "doppia pregiudizialità", specie a seguito della "*precisazione*" contenuta nella sentenza n. 269 del 2017 e della dottrina sul c.d. "*tono costituzionale*" elaborata dalla Corte costituzionale nel 2024 a partire dalla sentenza n. 181 (red. G. Pitruzzella). Di grande interesse anche le riflessioni emerse nell'incontro di studio con la Corte di giustizia svoltosi alla Corte costituzionale il 5 settembre 2022 su *L'Identità nazionale degli Stati membri e il primato del diritto dell'UE.*

[61] M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2023.

[62] A. MANZELLA, *Tavola rotonda. Esiste una Costituzione europea?*, in AA.VV., *La costituzione europea*, cit., p. 592. L'A. aggiungeva "N*on è un problema di rigidità o flessibilità costituzionale, perché il discorso è sostanziale, perché assistiamo al mutamento di istituti che formano la Costituzione di uno Stato, ed è mai possibile che questi fenomeni sistematici di cambiamento costituzionale non siano ordinabili a loro volta in ordinamento?*" (*ibidem*).

[63] A. MANZELLA, *Tavola rotonda*, cit., p. 610.

[64] Come è noto, difatti, è chiaramente influenzata dalla dottrina tedesca di Karl Friedrich von Gerber, Paul Laband e Georg Jellinek l'opera che getta le basi della giuspubblicistica italiana moderna: V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Ed. stereotipa, Barbera, Firenze,

ricostruzione sfugge – inevitabilmente – al perimetro di questa presentazione, ma non per questo ci si può sottrarre dal sottolineare la forza della tradizione giuspubblicistica nostrana, ricordando alcuni dei nomi dei giganti sulle cui spalle siamo seduti: Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano, Costantino Mortati, Egidio Tosato, Aldo Maria Sandulli, Antonio La Pergola, Massimo Severo Giannini, Leopoldo Elia.

Del resto, già agli albori del secolo scorso, Santi Romano affermava che "*[u]n ordinamento giuridico ha sempre la possibilità di rinnovarsi e di far posto a modificazioni anche radicali e profonde della sua struttura e del suo funzionamento. Se così non fosse, esso non sarebbe vitale. Come ogni edificio ha fondamenta, mura, tetti che ne assicurano la fermezza e in certo modo lo chiudono, ma ha inoltre porte, finestre, condutture, ventilatori che lo mantengono aperto al mondo esterno, ed è ad ogni modo suscettibile di ampliamenti, riduzioni, trasformazioni, così un ordinamento, un'istituzione, è un ente che, pur restando identico a se stesso, finché ha vita, si rinnova continuamente in tanti suoi elementi con processi ora lenti ora rapidi*" [65].

Anche secondo l'insegnamento di Antonio La Pergola, la "*consapevolezza storica*" deve permeare fortemente "*l'immaginazione sistematica*" [66].

È questo, dunque, il contesto della dottrina italiana entro cui vanno colti i *problemi* e le *promesse* della *società europea* di Armin von Bogdandy. Il problema migratorio, la pandemia, le regressioni democratiche di alcuni Paesi membri, la guerra in Ucraina, i dazi doganali e, non ultima, la nuova politica estera degli USA fanno emergere, seppur drammaticamente, quegli

---

1889. V. anche S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* (1914), ripubblicato da Giuffrè, Milano, 1988 e V.E. ORLANDO, *Santi Romano e la scuola italiana di diritto pubblico* [Discorso commemorativo di Santi Romano tenuto all'Università di Roma nel giugno 1948], ora in S. ROMANO, *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, pp. V.-XXIV. Vedi anche V.E. ORLANDO, *La rivoluzione mondiale e il diritto*, Giuffrè, Milano, 1947. La prolusione, svolta nell'aprile del 1947, sembra illuminare anche l'attuale situazione geopolitica, prefigurando il declino degli Stati nazionali nella loro dimensione territoriale.

[65] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Sansoni, Firenze, 1947, spec. pp. 86 ss. L'opera apparve per la prima vola in due fascicoli degli *Annali delle Università toscane* del 1917 e del 1918, come è noto in essa il Maestro, oltre a teorizzare il pluralismo degli ordinamenti giuridici, ne discute compiutamente la reciproca rilevanza e le possibili relazioni (spec. pp. 118 ss.).

[66] Un altro punto di riferimento fondamentale è il contributo di Antonio LA PERGOLA, dai suoi *Studi di diritto pubblico* (1959) alla più famosa opera su *Costituzione e adattamento del diritto interno al diritto internazionale* (1961). Dell'eminente accademico, discepolo di Costantino Mortati, CESARE PINELLI (in *Costituzionalisti del Novecento*, Quodlibet, Macerata, 2024, pp. 258-259) scrive "*Scandagliava la struttura profonda degli ordinamenti e le loro possibili evoluzioni nel quadro delle relative compatibilità giuridiche, che ridiscuteva e riaggregava fino a farne emergere potenzialità inaspettate, e raggiungere soluzioni originali. Non ha costruito un sistema, (...), ma le sue costruzioni sono frutto di una immaginazione sistematica fortemente permeata di consapevolezza storica*".

interessi comuni "*capaci di distinguere i popoli dell'Unione dagli altri, e di farli unire e tenerli uniti*" [67].

Che l'integrazione possa varcare una terza *età di soglia* sembra ormai un destino ineluttabile, si tratta di comprendere se avremo la forza di difendere il nostro modello di sviluppo che si contrappone frontalmente a quello nazionalista di stampo trumpiano [68].

L'ottimismo non ingenuo di Armin von Bogdandy, sembra risuonare ancora nelle parole di Santi Romano: "*E, intanto, nei momenti in cui si potrebbe rimanere più perplessi, dinanzi l'addensarsi e lo schierarsi in lotta degli elementi contrari, può soccorrere la fiducia, che il buon seme riuscirà sempre e comunque, presto o tardi, ad essere fecondato dalla paziente opera umana, che, senza lasciarsi fuorviare da fallaci illusioni o da egoistici interessi, ha la coscienza, o l'intuito, degli alti e puri ideali, cui essa è chiamata a dare vita*" [69].

---

[67] G. BOGNETTI, *Tavola rotonda. Esiste una Costituzione europea?*, cit., p. 605. Secondo L'A., infatti, "*[p]er realizzare […] un rafforzamento dell'Unione con figure nuove, non basta ciò che sembra dire Häberle, una condivisione di valori. Quella o c'è già, o è facilmente realizzabile. Bisogna che ci siano degli* interessi comuni*, capaci di distinguere i popoli dell'Unione dagli altri, e di farli unire e tenerli uniti*".

[68] V. M. DRAGHI (a cura di), *The Future of European Competitiveness* (Rapporto del settembre 2024), Unione europea, Lussemburgo, 2025, spec. pp. 19-21.

[69] S. ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* [Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella R. Università di Pisa], ora in S. ROMANO, *Scritti minori*, cit., p. 325.

Prefazione all'edizione tedesca

Quest'opera ricostruisce le trasformazioni strutturali del diritto pubblico nella genesi e democratizzazione della società europea. A tal fine si avvale in modo particolare della comparazione con l'esperienza dell'America Latina. Il riferimento fondamentale di diritto positivo è costituito dall'articolo 2 TUE.

Per quanto riguarda le prospettive, le precomprensioni e le zone d'ombra, va segnalato che chi scrive è un professore tedesco di diritto costituzionale, al quale Eberhard Grabitz e Claus-Dieter Ehlermann hanno trasmesso entusiasmo per l'integrazione europea. Al fine di conferire forza dialettica all'opera, la ricostruzione muove dal confronto con Carl Schmitt, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Joseph Weiler e il Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale.

Questo lavoro riprende, con puntuali riferimenti, riflessioni già confluite in precedenti contributi, alcuni dei quali pubblicati in collaborazione con Jürgen Bast, Sergio Dellavalle, Matthias Goldmann, Stephan Hinghofer-Szalkay, Laura Hering, Michael Ioannidis, Christoph Krenn, Davide Paris, Luke Dimitrios Spieker, René Urueña e Ingo Venzke. I miei ringraziamenti a Sabino Cassese, Philipp Dann, Rainer Forst, Klaus Günther, Reinhard Mehring, Alexander Somek e al vicedifensore civico polacco Maciej Taborowski, giurista esemplare e coraggioso, per le loro letture critiche. Devo molti spunti alla rete *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL) promossa da Mariela Morales Antoniazzi e al nostro 'gruppo del martedì'. Mi hanno supportato Eva Neumann, Michael Ioannidis, Giacomo Rugge, Dana Schmalz, Desirée Schmitt, Luke Dimitrios Spieker, Silvia Steininger, Benedict Vischer e in particolare Lea Berger, Yvonne Klein e Catharina Ziebritzki. La battaglia con *EndNote* è stata condotta da Ben Fridrich, Joshua Puhze ed Effi Spiegel. Sul piano editoriale, Jan-Erik Strasser ha realizzato il progetto.

Il volume è stato concepito nel contesto dell'*Exzellenzclusters Normative Ordnungen* diretto da Rainer Forst e Klaus Günther. Si basa sul mio *General Course* presso l'*Academy of European Law* dell'Istituto universitario europeo. I fondi del programma Leibniz della DFG hanno permesso lo sviluppo della rete ICCAL.

Heidelberg, giugno 2021

Prefazione all'edizione inglese

Questo lavoro ricostruisce le trasformazioni del diritto pubblico in Europa dopo il 1945. Esamina tale trasformazione, rilevando come essa rispecchi, e addirittura promuova, la genesi e la democratizzazione della società europea. Per dimostrare la tesi di fondo, compara la trasformazione europea con quella dell'America Latina. In termini di diritto positivo, si focalizza sull'articolo 2 TUE.

Chi scrive è uno studioso di diritto pubblico tedesco (*Staatsrechtslehrer*), fortemente influenzato da Eberhard Grabitz e Claus-Dieter Ehlermann, due grandi giuristi sostenitori della causa europea. Poiché gli aquiloni volano più in alto controvento, l'analisi si sviluppa nel contesto della tradizione di pensiero fondata da Georg Wilhelm Friedrich Hegel, con Carl Schmitt, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Joseph H. Weiler e il Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht*.

L'opera riprende e chiarisce le riflessioni tratte da miei precedenti contributi, alcuni dei quali pubblicati in collaborazione con Jürgen Bast, Sergio Dellavalle, Matthias Goldmann, Laura Hering, Stephan Hinghofer-Szalkay, Michael Ioannidis, Christoph Krenn, Davide Paris, Luke Dimitrios Spieker, René Urueña e Ingo Venzke. Ringrazio in particolare Sabino Cassese, Philipp Dann, Rainer Forst, Klaus Günther, Reinhard Mehring, Alexander Somek e il vicedifensore civico polacco Maciej Taborowski, un giurista esemplare e coraggioso, per le letture critiche del manoscritto. Devo molti spunti alla rete *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL), promossa da Mariela Morales Antoniazzi e al nostro 'gruppo del martedì'.

Ringrazio sentitamente anche Michael Ioannidis, Eva Neumann, Giacomo Rugge, Dana Schmalz, Desirée Schmitt, Luke Dimitrios Spieker, Silvia Steininger, Benedict Vischer e, in particolare, Lea Berger, Ben Fridrich, Yvonne Klein, Joshua Puhze, Philipp Sauter, Jasper Siegert, Effi Spiegel e Catharina Ziebritzki, che hanno affrontato con coraggio la battaglia con *EndNote*.

Questo lavoro approfondisce il mio *General Course* presso l'*Academy of European Law* dell'Istituto universitario europeo. È stato scritto nell'ambito del Frankfurt Cluster of Excellence "*Normative Orders*", guidato da Rainer Forst e Klaus Günther. Il finanziamento del programma Leibniz della *Deutsche Forschungsgemeinschaft* ha permesso lo sviluppo della rete ICCAL.

Suhrkamp ha pubblicato l'edizione tedesca di questo testo all'inizio del 2022.

Il libro ripercorre gli sviluppi fino al settembre 2021. Da allora, si sono verificati eventi significativi nel campo del diritto pubblico europeo che ne confermano la tesi di fondo. Il 16 febbraio 2022, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha stabilito in seduta plenaria che i valori enunciati nell'articolo 2 TUE "*definiscono l'identità stessa dell'Unione quale ordinamento giuridico comune*" (causa C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e causa C-157/21, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*). Il 27 luglio 2022, la Grande Sezione del Tribunale ha affermato che l'integrità democratica della società europea costituisce un obiettivo legittimo che merita protezione (causa T-125/22, *RT France c. Consiglio*). L'8 giugno 2023, la Commissione europea ha contestato la "*Lex Tusk*" della Polonia in quanto violava il principio di democrazia delineato negli articoli 2 e 10 TUE (IP/23/3134).

In ambito accademico, Loïc Azoulai ha inquadrato il diritto dell'UE in termini simili a quelli qui proposti, descrivendolo come "*The Law of European Society*" (in *Common Market Law Review*, 59, 2022, p. 203). Il genio della società democratica europea è uscito dalla lampada: possa quest'opera contribuire al suo fiorire.

Heidelberg, agosto 2023

Prefazione all'edizione italiana

Per la traduzione italiana, realizzata principalmente a partire dall'edizione in lingua inglese pubblicata con Oxford University Press nel 2024, i miei più sinceri ringraziamenti vanno alla curatrice Barbara Randazzo, nonché a Federico Barbagallo, Ander Maglica, Angelo Salerno e Rebecca Scaglia. L'edizione italiana mi ha offerto l'occasione di riflettere sugli sviluppi del concetto di società occorsi negli ultimi tre anni, sorprendenti anche per chi, come me, crede nelle sue potenzialità. Purtroppo, tali sviluppi sono determinati, per lo più, da un mondo che sembra andare nella direzione sbagliata.

Heidelberg, ottobre 2025

Impostazione

Sommario: 1. Idea e progetto. – 2. La società europea. – 3. Le trasformazioni come oggetto di ricerca. – 4. Hegelismo europeo e pensiero schmittiano.

1. Idea e progetto

Sono molti gli europei che faticano a comprendere dove li abbia condotti il processo di integrazione europea. La concettualizzazione della loro situazione come *sui generis* non regge più. La Brexit, la lotta contro il Covid-19, i conflitti sui trasferimenti finanziari tra Stati membri, sull'immigrazione o sulle problematiche riforme giudiziarie introdotte da alcuni Stati membri esigono ormai una risposta più articolata. A tale scopo, quest'opera ricostruisce il diritto pubblico europeo alla luce dell'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea (TUE) [1].

Secondo l'articolo 2 TUE, tutti gli europei oggi fanno parte di un'*unica* società. Il processo di integrazione europea non ha condotto alla nascita di uno Stato europeo o di un popolo europeo, ma ha contribuito a creare una società europea. Tra detta società e il diritto pubblico europeo vi è un intreccio profondo; per questa ragione il Legislatore del Trattato – vale a dire i sistemi politici dei ventisette Stati membri in collaborazione con le istituzioni dell'UE – si avvale dei princìpi costituzionali per definirla. Secondo l'articolo 2 TUE, la società europea è "*caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*", alla luce dei "*valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze*".

Questa disposizione può servire come manifesto dell'identità e del nucleo costituzionale di una società *democratica*. Una siffatta interpretazione

[1] Per una ricostruzione di natura psicologica, O. ANGELUCCI VON BOGDANDY, *Zur Ökologie einer Europäischen Identität. Soziale Repräsentationen von Europa und dem Europäer-Sein in Deutschland und Italien*, Nomos, Baden-Baden, 2003.

non è mera speculazione accademica. Secondo il *Memorandum* del governo tedesco sul Trattato di Lisbona, i valori dell'articolo 2 TUE "*costituiscono l'essenza di una società democratica*" [2]. Alla perplessità degli europei si potrebbe quindi rispondere che il processo di integrazione europea li ha condotti in una società democratica europea.

Ci si chiederà se l'articolo 2 TUE possa davvero fungere da nucleo costituzionale della società europea. Il suo *pot-pourri* concettuale riflette un compromesso, dato che, in effetti, tale disposizione media tra una pluralità di idee, identità, interessi, tradizioni e visioni del mondo. Ma nella tradizione hegeliana, nel cui solco si iscrive il presente lavoro, ciò rappresenta un pregio, non un difetto [3]. Secondo Hegel, infatti, una Costituzione ben funzionante regge un sistema di mediazioni [4]. In questa prospettiva, l'articolo 2 TUE stabilisce i valori in base ai quali la società europea deve ricercare i suoi compromessi: tali mediazioni costituiscono la cifra distintiva delle vere democrazie [5], mentre la promessa di immediatezza connota i regimi ibridi o autoritari [6].

Lo spirito di mediazione, insito nell'articolo 2 TUE, rappresenta il cuore democratico della società europea. In termini hegeliani, le negoziazioni che si svolgono a Bruxelles sono la sua essenza, sempre se conducono a compromessi che soddisfano i princìpi e i valori dell'articolo 2 TUE. In quanto compromessi, tali mediazioni saranno sempre oggetto di critica per le più svariate ragioni, ma è proprio tale critica a costituire di per sé una risorsa preziosa, perché sviluppa l'attitudine critica nella società europea.

Si assume, pertanto, che il diritto pubblico europeo fornisca la struttura normativa della società democratica europea. Certo, una siffatta interpretazione non è universalmente condivisa. Per uno studioso di diritto pubblico, Christoph Schönberger, tali idee sono "*fantascienza costituzionale*" [7], mentre il politologo Philip Manow giunge persino ad affermare che: "*chiunque invochi l'Europa è mosso da un intento ingannatore*" [8].

---

[2] *Memorandum* sul Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (BT-Drucks 16/8300), p. 153.

[3] G.W.F. HEGEL, *Lectures on the History of Philosophy (1837)*, Univ. of Nebraska Press, Lincoln (NE), 1, 1995, p. 35; trad. it. *Lezioni sulla storia della filosofia*, La nuova Italia, Firenze, 1964.

[4] G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, par. 302; trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bompiani, Milano, 2006.

[5] D. INNERARITY, *Democracy in Europe. A Political Philosophy of the EU*, Palgrave Macmillan, Cham, 2018, pp. 61 ss.

[6] G. FRANKENBERG, *Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven*, Suhrkamp, Berlin, 2020, pp. 255 ss.

[7] C. SCHÖNBERGER, *Hegemon wider Willen. Zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union*, in *Merkur*, 66, 2012, pp. 5-6 e 8.

[8] P. MANOW, *Ach, Europa-Ach, Demokratie*, in *Merkur*, 66, 2012, p. 26.

Orbene, è vero che le istituzioni europee, il diritto pubblico e la società presentano molteplici elementi di inadeguatezza [9]. È anche certo che un compromesso democratico può addirittura nuocere a una società democratica [10]. Si proverà quindi a illustrare alcune idee per ulteriori trasformazioni. In altre parole, nel ricostruire i tratti democratici del diritto pubblico europeo non si celebra lo *status quo*.

Sebbene, come si è detto, il presente contributo si inserisca nel solco della tradizione hegeliana, non presuppone che il progresso sia scontato. Le trasformazioni future possono seguire una molteplicità di direzioni, come del resto l'interpretazione dell'articolo 2 TUE. Pertanto, un costituzionalismo volto alla realizzazione di una società europea più democratica (cfr. § 26) rappresenta solo una delle possibilità. Altre possibilità includono una sorta di 'direttorio' di Paesi dominanti, l'egemonia di un solo Paese, un federalismo tecnocratico, la ricaduta nei particolarismi nazionali e financo una società con le idee incarnate da Viktor Orbán [11]. Una società democratica europea esiste, ma non sembra consolidata.

2. La società europea

In quest'opera il diritto pubblico europeo viene assunto come il diritto della società europea. Non si tratta di "*fantascienza costituzionale*", bensì di una ricostruzione di cui l'articolo 2 TUE costituisce il fondamento giuridico in virtù dell'uso del termine *società* [12] che in esso si rinviene.

Esistono numerose società europee, basti pensare alle oltre tremila aziende europee (come, per esempio, Airbus, BASF, Dior) costituite sotto forma

---

[9] R. MENASSE, *Die Haupstadt*, Suhrkamp, Berlin, 2017; trad. it. *La capitale*, Sellerio, Palermo, 2018; per maggiori dettagli, cfr. § 16.

[10] Sulle politiche del Consiglio europeo nei confronti di Polonia e Ungheria, vedi l'editoriale *Compromising (on) the general conditionality mechanism and the rule of law*, in *Common Market Law Review*, 58, 2021, p. 267; cfr. *infra* § 43.

[11] Per una visione d'insieme, cfr. G. LEV-D. PREDA (a cura di), *Euroscepticisms. Resistance and Opposition to the European Community/European Union*, Il Mulino, Bologna, 2019.

[12] Il termine è stato poco indagato dagli studiosi di diritto. A tal proposito, vedi C. CALLIESS, *Art. 2 EUV*, in C. CALLIESS-M. RUFFERT (a cura di), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, C.H. Beck, München, 2016, n. 30; M. KLAMERT-D. KOCHENOV, *Article 2 TEU*, in M. KELLERBAUER-M. KLAMERT-J. TOMKIN (a cura di), *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, n. 5; L. FUMAGALLI, *Commento Art. 2 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 14; ma vedi anche S. MANGIAMELI, *Article 2*, in H.-J. BLANKE-S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Springer, London, 2013, parr. 35-41.

giuridica di *Societas Europaea*, nonché alle migliaia di organizzazioni della società civile, come la Società europea di diritto internazionale, la Società europea di cardiologia e la Società europea per la regressione spirituale. Il vocabolo *società* nell'accezione dell'articolo 2 TUE comprende tutte queste forme di organizzazione sociale, ma non solo: si riferisce a qualcosa di più ampio, ossia a tutto il corpo sociale organizzato dal Trattato sull'Unione europea.

Per chiarire questo concetto di società, si dimostrerà che esso ha la medesima funzione del concetto ampio di Stato elaborato da Hegel, il quale distingue un concetto stretto e un concetto ampio di Stato. Il concetto stretto comprende solo le istituzioni pubbliche con i relativi funzionari, le procedure, gli strumenti e le prassi. Il concetto ampio, invece, comprende, oltre alle istituzioni pubbliche, anche tutti i cittadini e l'insieme delle loro relazioni sociali [13]. Nel corso del XIX secolo il concetto di società venne utilizzato sempre più di frequente per indicare questo stesso corpo sociale nella sua totalità [14]. Tale significato si trova già nell'articolo 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, una delle disposizioni fondanti del costituzionalismo europeo. In esso si afferma che: "*Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione*".

Dall'inizio del XX secolo, questa nozione ampia di società si è consolidata. Max Weber scrive con disinvoltura di autorità pubblica, burocrazia, governo e Stato nel suo testo seminale *Economia e società* [15]. Anche la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) dimostra quanto questa concezione sia oggi condivisa in Europa. Molte delle sue disposizioni contengono l'espressione "*una società democratica*" (così, ad esempio, l'articolo 6, paragrafo 1, l'articolo 8, paragrafo 2, l'articolo 9, paragrafo 2, l'articolo 10, paragrafo 2, e l'articolo 11, paragrafo 2), riferendosi principalmente alle istituzioni pubbliche degli Stati contraenti, esattamente come l'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino.

Se i termini *società* e *Stato* possono designare il medesimo corpo sociale, ciò non significa che la scelta dell'uno o dell'altro concetto sia irrilevante. Basti osservare che, mentre nel concetto di società il corpo sociale viene concepito

---

[13] A. VON BOGDANDY, *Hegel und der Nationalstaat*, in *Der Staat*, 30, 1991, p. 513.

[14] P. VOGEL, *Hegels Gesellschaftsbegriff und seine geschichtliche Fortbildung durch Lorenz von Stein, Marx, Engels und Lassalle*, Heise, Berlin, 1925.

[15] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1972, pp. 28 ss., 122 ss., 514 ss. trad. it. *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1995.

dal punto di vista degli individui che interagiscono tra loro, nel concetto di Stato esso è inteso dal punto di vista dell'autorità pubblica. Il concetto di società consente di immaginare una pluralità di forme di autorità (pubblica) atte a garantire l'unità politica, il che potrebbe dunque condurre al superamento del pensiero statalista.

Di più. Il concetto di società europea che si assume qui ha conseguenze significative sulla comprensione dei conflitti interni all'Unione europea. Mentre oggi molti di essi sono concepiti come conflitti *tra* Stati membri, secondo il nuovo approccio essi dovrebbero considerarsi piuttosto conflitti all'*interno* di un'unica società. Così, ad esempio, la crisi relativa allo Stato di diritto viene per lo più intesa come una crisi tra gli Stati membri liberali occidentali e alcuni Stati membri illiberali orientali: ebbene, la nuova cornice concettuale consente di rilevare invece che anche un considerevole numero di cittadini e di partiti dell'Europa occidentale condivide le opinioni di Viktor Orbán e Jarosław Kaczyński. Discorso analogo può essere fatto con riferimento alle politiche di solidarietà, oggi per lo più descritte in termini di contrapposizione conflittuale tra gli Stati membri del Sud e del Nord dell'Unione.

Naturalmente, resta aperta la questione se la società europea – una società che non dà forma a uno Stato – rappresenti una valida entità democratica. Molti ritengono che non lo sia (cfr. §§ 33, 40, 43). Si cercherà qui di dimostrare il contrario.

Pur immaginando una società europea senza uno Stato europeo, l'articolo 2 TUE non prevede una società senza Stato. Al contrario, la disposizione considera gli Stati membri come parti essenziali della società europea. Il concetto di *società* dell'articolo 2 TUE non è limitato alla sfera che Hegel denomina società *civile* (*bürgerliche*), cioè alla rete delle relazioni economiche che il diritto dell'Unione designa attraverso il termine "mercato interno" (articolo 3, paragrafo 3, TUE) [16]. Il termine del Trattato *società civile* (in tedesco *Zivilgesellschaft*, non *bürgerliche Gesellschaft*) fa riferimento alla sfera dell'impegno sociale o a quella delle organizzazioni senza scopo di lucro, come nell'articolo 11, paragrafo 2, TUE [17]. Il concetto di *società* evocato dall'articolo 2 TUE indica invece il corpo sociale, che comprende tutte le istituzioni dell'Unione e dei suoi Stati membri, nonché tutti i loro cittadini e gli altri residenti. Ai sensi dell'articolo 2 TUE, la società rappresenta dunque la totalità e il riferimento sociale ultimo del diritto dell'Unione.

---

[16] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 182.

[17] J. MENDES, *Participation and the Role of Law after Lisbon. A Legal View on Article 11 TEU*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, p. 1849.

Tale disposizione si riferisce alla società *europea* [18] – e non alle società degli Stati membri [19] – perché utilizza il singolare 'società'. Esso non allude alla società globale, perché rimanda agli Stati membri dell'Unione e ai valori democratici [20]. Il richiamo ai valori sottolinea anche che l'articolo 2 non concepisce la società in contrapposizione al concetto di *comunità*, perciò diviene irrilevante, ai fini della sua interpretazione, la dicotomia tra società e comunità, elaborata da Ferdinand Tönnies.

Ferdinand Tönnies distingue tra società e comunità, enfatizzando il significativo rilievo che i valori hanno per la comunità [21]. Secondo Tönnies, infatti, mentre la società è spesso concepita come un gruppo integrato solo attraverso il mercato, la comunità è un gruppo più coeso, proprio in quanto integrato dai valori. Ne discende che in una *società* i legami sono strumentali; per converso, quelli di una comunità sono solidi. Il percorso e la terminologia dei Trattati europei mostrano una logica del tutto opposta. Nel 1958, gli autori dei Trattati partirono dalla *comunità* con il Trattato che istituisce la Comunità economica europea (CEE), mentre nel 2007, dopo mezzo secolo di integrazione, hanno postulato una *società* basata sui valori (cfr. § 30).

La constatazione di fatto contenuta nell'articolo 2 TUE – ossia che esiste una società europea – è sociologicamente solida [22]. Naturalmente, rimangono aperti numerosi interrogativi sul concetto di società europea e sulle sue modalità di osservazione. Considerato che si tratta di un concetto base del pensiero europeo, esso è stato variamente teorizzato. Per interpretare l'articolo 2 TUE basta assumere la società come interazione sociale o pratica comunicativa [23]. I giuristi osservano tale interazione o pratica principalmente attraverso l'analisi di determinati testi: costituzioni, trattati, leggi, regolamenti, decreti, direttive, sentenze e pubblicazioni scientifiche. Questi materiali costituiscono la base empirica per la ricostruzione dottrinale del concetto di società europea che si propone.

---

[18] Conclusioni dell'AG Mengozzi, 27 febbraio 2014, causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, punto 40; innovativo, al riguardo, S. MANGIAMELI, *Article 2*, in H.J. BLANKE-S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Springer, Berlin, 2013, nn. 35-41.

[19] Così P.Y. MONJAL, *Le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe. Quels fondements théoriques pour le droit constitutionnel de l'Union européenne?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 40, 2004, pp. 453-454.

[20] Sulla scarsità di valori nella società globale, vedi N. LUHMANN, *Die Weltgesellschaft*, in *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 57, 1971, pp. 1 ss.

[21] M. RIEDEL, *Gesellschaft, Gemeinschaft*, in O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1975, spec. pp. 830 ss.

[22] Cfr. W. OUTHWAITE, *European Society*, Polity, Cambridge, 2008.

[23] H.P. MÜLLER, *Auf dem Weg in eine europäische Gesellschaft? Begriffsproblematik und theoretische Perspektiven*, in *Berliner Journal für Soziologie*, 17, 2007, p. 24.

I giuristi focalizzano la loro attenzione sulle controversie giuridiche, che rappresentano una forma particolarmente intensa di interazione sociale. In quest'ottica, la società europea si forma e si rivela nei numerosi conflitti che coinvolgono le espressioni utilizzate nell'articolo 2 TUE, contenziosi in cui i diritti *europei*, la giustizia *europea*, la solidarietà *europea*, la democrazia *europea* o lo Stato di diritto *europeo* diventano controversi. In effetti, nell'ambito di dette controversie, la società europea continua a svilupparsi [24]. Il diritto europeo svolge un ruolo costitutivo, in quanto configura i conflitti come conflitti europei, li civilizza nelle sue procedure e rende valide, efficaci e legittime le relative soluzioni giudiziarie.

Sorge un'altra questione cruciale. L'atto di concepire una società europea è esterno ai membri di questa società, oppure la società europea può intendersi come un atto di riflessione che gli europei fanno su loro stessi? Gli scettici non mancheranno di eccepire che l'articolo 2 TUE è stato concepito da un piccolo gruppo di persone nella 'bolla' di Bruxelles intorno a *Rue de la Loi*. A costoro si può replicare che la maggior parte delle costituzioni è nata in 'bolle' ancora più piccole. Molti processi di redazione di una Costituzione, infatti, sono stati meno pubblici, meno drammatici e meno politicizzati del processo che ha condotto al Trattato di Lisbona. Quest'ultimo ha visto la luce soltanto dopo una convenzione organizzata al fine di garantirne la più ampia pubblicità, dopo un primo drammatico fallimento dei referendum francese e olandese, due referendum irlandesi, le ratifiche degli Stati membri spesso con maggioranze qualificate e alcune inedite decisioni giudiziarie [25].

Nel 1987, lo studio pioneristico di Hartmut Kaelble sulla società europea constatò scarsa evidenza in ordine a processi autoriflessivi [26] e concluse che si trattasse di un'ascrizione meramente esterna. Nel 2020, tuttavia, lo stesso Kaelble osservò che le società nazionali avevano continuato a fondersi in modo 'sostanziale' [27]. Qui si sostiene che il termine *società*, indicato al singolare nella previsione dell'articolo 2 TUE del 2007, fa parte di processi di formazione di un'identità collettiva (cfr. §§ 9, 31-33).

---

[24] J. PŘIBÁŇ, *Introduction: on Europe's crises and self-constitutions*, in J. PŘIBÁŇ (a cura di), *Self-Constitution of European Society. Beyond EU politics, law and governance*, Routledge, Abingdon-on-Thames, 2016, p. 3.

[25] J.-C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 25-63; D. PHINNEMORE, *The Treaty of Lisbon. Origins and Negotiation*, Springer, London, 2013, spec. pp. 16 ss., 148 ss. e 178 ss.

[26] H. KAELBLE, *Auf dem Weg zu einer europäischen Gesellschaft. Eine Sozialgeschichte Westeuropas 1880-1980*, C.H. Beck, München, 1987.

[27] H. KAELBLE, *Eine europäische Gesellschaft? Beiträge zur Sozialgeschichte Europas vom 19. bis ins 21. Jahrhundert*, Vandenhoeck & Ruprech, Göttingen, 2020, p. 200.

3. Le trasformazioni come oggetto di ricerca

Spesso si concepisce il diritto europeo come un diritto di trasformazioni, di mutamenti strutturali [28]. La storia del concetto di *trasformazione* o *mutamento strutturale* aiuta a cogliere questa caratteristica. Basta ricordare gli studi pionieristici di Leibholz, Habermas e Friedmann.

Nel 1952 Gerhard Leibholz, studioso di diritto pubblico e giudice costituzionale, tenne a Karlsruhe una conferenza magistrale dal titolo "*Il mutamento strutturale della democrazia moderna*". Leibholz ebbe una vita movimentata: nel 1933 tentò di conciliare fascismo e democrazia [29]; nel 1938 fuggì dai nazionalsocialisti trasferendosi in Inghilterra; nel 1951, tornato in Germania, divenne uno dei primi membri del Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht*. In quest'ultima veste scrisse il famoso *Memorandum* che fornì le premesse al potente ruolo che il *Bundesverfassungsgericht* svolgerà nella Repubblica federale [30]. La conferenza di Leibholz a Karlsruhe fece emergere l'obiettivo che il Secondo Senato intendeva perseguire in virtù di tale ruolo: promuovere una trasformazione strutturale della democrazia attraverso il diritto giurisprudenziale. In altre parole, Leibholz scommise sulle potenzialità del Tribunale costituzionale per la democratizzazione della società tedesca.

Per oltre due decenni Leibholz fu l'artefice di una giurisprudenza che riconosceva ai partiti politici un ruolo di guida della Repubblica federale. Acutamente, egli ribaltò la critica della Repubblica di Weimar allo "*Stato dei partiti*", promuovendo un'interpretazione della Costituzione che portò la Germania dell'Ovest a trasformarsi praticamente in una *partitocrazia*, ma impegnando, al contempo, i partiti ad organizzarsi secondo i princìpi democratici [31]. Leibholz legittimò questo orientamento giurisprudenziale come risposta a una trasformazione strutturale: la democrazia di massa,

---

[28] Cfr. E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 75, 1981, p. 1; J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 2403; M. IOANNIDIS, *Europe's New Transformations. How the EU Economic Constitution Changed during the Eurozone Crisis*, in *Common Market Law Review*, 53, 2016, p. 1237.

[29] G. LEIBHOLZ, *Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1933, p. 79; trad. it. *La dissoluzione della democrazia liberale in Germania e la forma di Stato autoritaria*, Giuffrè, Milano, 1996.

[30] Sul *Memorandum* di Leibholz, cfr. C. SCHÖNBERGER, *Karlsruhe: Notes on a Court*, in M. JESTAEDT *et al.* (a cura di), *The German Federal Constitutional Court: The Court Without Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 9.

[31] A.-B. KAISER (a cura di), *Der Parteienstaat. Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz*, Nomos, Baden-Baden, 2013.

riconosciuta dalla Legge fondamentale, era "*completamente diversa […] nella sua struttura di base*" dalla democrazia liberale iscritta in molte costituzioni anteriori [32]. Un siffatto cambiamento fu così profondo da apparire 'trasformativo' [33].

Mediante la valorizzazione della trasformazione strutturale, Leibholz riuscì a far superare la diffidenza nei confronti dei partiti politici. Liquidò la relativa dottrina come uno 'zombie' e invitò a farsi carico, con serietà, della rappresentazione democratica reale [34].

Dopo Leiholz, la società tedesca ha continuato a trasformarsi. Oggi, è parte di una società europea nella quale la questione democratica si pone in forma diversa. L'Europa, infatti, non è caratterizzata dalla presenza di grandi partiti che formano le opinioni politiche dei cittadini. Già per tale ragione il pensiero di Leibholz non consente di comprendere come i centonovanta partiti rappresentati nel Parlamento europeo nel 2021 possano animare una vera democrazia [35]. Per inciso, il Secondo Senato (di cui fece parte Leibholz) è profondamente scettico riguardo al potenziale democratico del Parlamento europeo [36].

La concezione dei partiti di Leibholz è stata spesso criticata come eccessivamente restrittiva [37]. Nel contesto odierno, un modello che contempla solo pochi grandi partiti non può che apparire obsoleto. Una società democratica va concepita come un sistema di mediazioni assai più complesso; nell'articolo 2 TUE, gli autori dei Trattati hanno indicato i parametri di riferimento di un siffatto sistema (cfr. § II.E).

Un elemento si può già identificare: la propensione al compromesso. Ciò spiega il *pot-pourri* di parametri contenuto nell'articolo 2 (cfr. § 1) e la logica sottesa al funzionamento di un Parlamento composto da ben centonovanta partiti. La democrazia europea segue, quindi, un percorso diverso da quello delle democrazie britannica o statunitense, nelle quali due partiti determinano il destino dei cittadini. Nonostante il malcontento per la propria democrazia, sono pochi i cittadini europei che sosterrebbero che l'Unione dovrebbe prendere esempio da quelle democrazie.

---

[32] G. LEIBHOLZ, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie. Vortrag, gehalten in der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 30. April 1952*, C.F. Müller, Karlshrue, 1952, p. 16.

[33] *Ivi*, p. 8.

[34] *Ivi*, p. 7.

[35] PARLAMENTO EUROPEO, *Costituzione della nona legislatura del Parlamento europeo*, comunicato stampa del 2 luglio 2019.

[36] Cfr. *infra*, § III.

[37] W. HENNIS, *Die mißverstandene Demokratie*, Herder, Freiburg im Breisgau, 1973, pp. 81 ss.; W. HENNIS, *Der "Parteienstaat" des Grundgesetzes. Eine gelungene Erfindung*, in ID. (a cura di), *Auf dem Weg in den Parteienstaat. Aufsätze aus vier Jahrzehnten*, Reclam, Stuttgart, 1998, p. 107.

L'idea democratica è il fulcro anche della tesi di abilitazione di Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (*Il mutamento strutturale della sfera pubblica*), pubblicata dieci anni dopo il lavoro di Leibholz. Prescindendo dal tema dei partiti su cui quest'ultimo si era concentrato, Habermas elabora il concetto di sfera pubblica e politica deliberativa che nei decenni successivi diventerà un tema centrale del dibattito sulla democrazia europea [38]. La nozione di democrazia, su cui si fondano gli articoli da 9 a 12 TUE, attinge in larga parte a quelle discussioni. Infatti, quasi mezzo secolo dopo, lo stesso Habermas assunse il ruolo di paladino della causa democratica europea da autentico intellettuale pubblico europeo [39].

Il lavoro di Habermas del 1962 indica il metodo che si seguirà anche in quest'opera. In esso si spera di "*cogliere sistematicamente, al di là di una chiarificazione sociologica del concetto, la nostra stessa società prendendo le mosse da una delle sue categorie centrali*" [40]. La sfera pubblica, come dimostrerà nel suo successivo e celeberrimo scritto *Fatti e norme*, rientra a pieno titolo tra tali categorie. In quest'ottica, studiare le trasformazioni del diritto pubblico dovrebbe tanto illuminare quanto indagare la trasformazione della sfera pubblica, tenuto conto che "*[i]n nessun luogo l'Europa è più reale che nel diritto*" [41].

Nel 1962, come Leibholz nel 1952, Habermas si concentrò sulle trasformazioni che avvenivano entro i confini dello Stato hegeliano. Entrambi gli studiosi consideravano tale quadro concettuale così scontato da non indagare le strutture transnazionali. L'attenzione a queste ultime emerse nel 1964, con *The Changing Structure of International Law* di Wolfgang Friedmann. Grazie a tale contributo (ma non solo), l'ex giudice del Tribunale del lavoro di Berlino, fuggito dai nazisti, divenne uno studioso di riferimento nell'ambiente progressista della Scuola di diritto internazionale di Manhattan [42].

---

[38] Anche nell'ambito delle sentenze del Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht*. A questo proposito, cfr. BVerfGE 123, 267, *Lissabon* (*Lisbona*), parr. 249, 251; U. DI FABIO, *Staat im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 38-39.

[39] Vedi i contributi in J. HABERMAS, *Der gespaltene Westen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, pp. 43 ss.; trad. it. *L'Occidente diviso*, ed. digitale, Laterza, Roma-Bari, 2017; ID., *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, in *European Journal of International Law*, 23, 2012, pp. 339, 345.

[40] J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Luchterhand, Neuwied-Berlin, 1962, S. 17; trad. it. *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2020, pp. 14-15.

[41] Comité de Réflexion sur le Préambule de la Constitution, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution. Rapport du comité présidé par Simone Veil*, 2008, p. 41.

[42] Sulla scuola di Manhattan, vedi D. KENNEDY, *Tom Franck and the Manhattan School*, in *New York University Journal of International Law & Politics*, 35, 2003, spec. pp. 420 ss.

Nell'opera di Friedmann il diritto internazionale è rappresentato da una pluralità di livelli: al primo, quello di base, viene ricondotto il diritto internazionale tradizionale, in quanto diritto delle relazioni diplomatiche, teso principalmente a creare o mantenere la pace tra le potenze in competizione. Friedmann definisce questo livello come il diritto internazionale della *coesistenza*. Tuttavia, egli ritiene che la competizione tra le grandi potenze non esaurisca la portata del diritto internazionale, rinvenendo nuove componenti che si integrano e sovrappongono a quelle preesistenti. Friedmann individua, infatti, una componente aggiuntiva e più feconda del diritto internazionale, che definisce diritto internazionale della *cooperazione*, finalizzata al perseguimento di interessi comuni agli Stati attraverso istituzioni comuni.

Sempre secondo Friedmann, esiste un'ulteriore frontiera avanzata del diritto internazionale, oltre il diritto internazionale della cooperazione, vale a dire il diritto dell'*integrazione*, promosso dalle tre comunità europee: la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), la Comunità economica europea (CEE) e la Comunità europea dell'energia etomica (CEEA – Euratom). Per Friedmann dette comunità costituivano un'espressione della trasformazione necessaria alla realizzazione di una confederazione europea [43]. In tal modo egli prefigurò ciò che gli autori dei Trattati, quattro decenni più tardi, avrebbero sancito nell'articolo 2 TUE.

4. Hegelismo europeo e pensiero schmittiano

Una ricerca deve rendere espliciti i propri paradigmi epistemologici. Il solco entro cui si svilupperà il presente lavoro è quello tracciato dalla tradizione del diritto pubblico europeo che Georg Wilhelm Hegel inaugurò due secoli orsono con i *Lineamenti di filosofia del diritto*. Per quanto lontana possa apparire l'epoca di Metternich, la tradizione hegeliana può contribuire a comprendere più a fondo la nostra società [44]. Nel panorama del pensiero europeo contemporaneo questo lavoro può dunque collocarsi nel contesto di tale scuola.

Cosa si attingerà dal pensiero hegeliano? Hegel concettualizzò un progetto di trasformazione, quello delle riforme prussiane successive alle guerre

---

[43] W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, Stevens & Sons, London, 1964, pp. 18-19.

[44] H. MÜNKLER, *Hegel und wir*, in *Zeitschrift für Ideengeschichte*, 14, 2020, p. 5; A. HONNETH, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Suhrkamp, Berlin, 2011, spec. pp. 14 ss.; D. SCHMALZ, *Social Freedom in a Global World: Axel Honneth's and Seyla Benhabib's reconsiderations of a Hegelian perspective on justice*, in *Constellations*, 26, 2019, p. 301.

napoleoniche. Ebbene, tali riforme promettevano libertà, progresso e il superamento di strutture obsolete. La presente ricerca, analogamente, si focalizza su un progetto di trasformazione carico di promesse, come si evince dagli articoli 1, 2 e 3 TUE. Gli scritti di Hegel propongono una concezione ambiziosa di libertà, che va ben oltre l'idea liberista, e che si basa, invece, sull'intersoggettività. Tale ambiziosa concezione è qui condivisa [45]. Hegel rappresenta le costituzioni e la legislazione come forme di mediazione, fornendo così una chiave per comprendere la natura democratica del diritto europeo. In gran parte, la teoria di Hegel è volta alla elaborazione di concetti, e anche il presente lavoro si prefigge il medesimo obiettivo. Come nel pensiero hegeliano, anche la prospettiva che assume quest'opera non è astratta e deduttiva, ma storica e istituzionalista [46]. Secondo Hegel detto approccio implica una "*ricostruzione*" [47]; si seguirà quindi lo stesso metodo [48].

Una delle intuizioni hegeliane fondamentali è che, per comprendere i fenomeni sociali, se ne devono seguire gli sviluppi. La stessa intuizione va applicata alle trasformazioni oggetto del presente studio. Ciò implica un approccio evolutivo. Al contempo, con il concetto di trasformazione, ci si focalizza sulle discontinuità, sulle fasi di transizione e metamorfosi, non sulla continuità. Seguendo gli approdi del pensiero di Leibholz, Habermas e Friedmann, le trasformazioni che implicano cambiamenti fondamentali sono denominate *trasformazioni strutturali*.

Una ricerca che ha ad oggetto tali mutamenti strutturali esige che ci si interroghi su quali ne siano i fattori trainanti. Hegel faceva riferimento alla marcia di Dio sulla Terra, ma ai giorni nostri un simile approccio non pare persuasivo. Friedmann puntava al potere, ai valori, alle ideologie e agli interessi, ma lasciava irrisolto il problema delle loro relazioni [49]. Tra i fattori

---

[45] Sul concetto di libertà in Hegel, vedi E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 23 ss.; J. HABERMAS, *Noch einmal: Zum Verhältnis von Moral und Sittlichkeit*, in R. FORST-K. GÜNTHER (a cura di), *Normative Ordnungen*, Suhrkamp, Berlin, 2021, p. 25.

[46] H.F. FULDA, *Zum Theorietypus der Hegelschen Rechtsphilosophie*, in D. HEINRICH-R.P. HORSTMANN (a cura di), *Hegels Philosophie des Rechts: Die Theorie der Rechtsformen und ihre Logik*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1982, p. 393.

[47] G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie III (1819-1831)*, in E. MOLDENHAUER-K.M. MICHEL (a cura di), *Werke in zwanzig Bänden mit Registerband, Bd. 20*, Suhrkamp, Berlin, 1970, p. 505.

[48] Per approfondimenti, vedi M. GOLDMANN, *Dogmatik als rationale Rekonstruktion. Versuch einer Metatheorie am Beispiel völkerrechtlicher Prinzipien*, in *Der Staat*, 53, 2014, p. 373; M. PATBERG, *Suprastaatliche Verfassungspolitik und die Methode der rationalen Rekonstruktion*, in *Der Staat*, 53, 2014, p. 401.

[49] W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, cit., p. 45.

cruciali della trasformazione strutturale del diritto europeo, sono stati individuati i seguenti: i governi degli Stati nazionali [50], la logica della socializzazione transnazionale [51], le dinamiche del capitalismo [52], le dinamiche giuridiche interne [53] e il potere discorsivo di una buona idea [54].

In questa sede non si può determinare la relazione tra questi fattori. Tuttavia, si assume che il diritto non sia semplicemente una variabile dipendente da fattori esterni (cfr. §§ 48, 68). Da ciò discende il titolo del presente lavoro. L'espressione "*trasformazioni strutturali del diritto pubblico*" contiene sia un genitivo oggettivo che un genitivo soggettivo [55], dando evidenza a entrambi gli aspetti rilevanti [56]: da un lato, il mutamento del diritto pubblico implica che il diritto venga trasformato dalle complesse forze della società europea (*genetivus obiectivus*); dall'altro, implica che il diritto possa esso stesso generare un cambiamento sociale (*genetivus subiectivus*), non da ultimo in virtù della sua normatività trascendentale [57].

Il pensiero di Hegel contribuisce ancora oggi a comprendere il mondo contemporaneo. Allo stesso tempo, il suo pensiero risulta irrimediabilmente datato. Hegel descriveva le élite berlinesi del suo tempo, accademica e amministrativa, come l'avanguardia illuminata dello spirito mondiale. Ai nostri giorni, con tutto il dovuto rispetto, nessuno concepisce più in tal modo le élite che operano a Berlino, Bruxelles, Budapest, Karlsruhe, Lussemburgo, Parigi, Roma, Strasburgo, Varsavia o in qualsiasi altra città europea. Per Hegel, il progetto di trasformazione è razionale e legittimo proprio perché rappresenta la marcia di Dio sulla Terra. Si tratta di una interpretazione della famosa – per alcuni famigerata – tesi hegeliana secondo la quale il

---

[50] A. MORAVCSIK, *The Choice for Europe. Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Cornell University Press, Ithaca, 1998.

[51] E.B. HAAS, *The Uniting of Europe. Political, Social and Economical Forces, 1950-1957*, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 1958; G. DE BÚRCA, *Rethinking Law in Neofunctionalist Theory*, in *Journal of European Public Policy*, 12, 2005, p. 317.

[52] J. GALTUNG, *Europe in the Making*, Crane Russak, New York-London, 1989; T. NEGRI, *Faire l'Europe dans la mondialisation*, in *Multitudes*, 14, 2003, pp. 52-53.

[53] A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Presses de Sciences-Po, Paris, 2013.

[54] A. WIENER, *'European' Citizenship Practice. Building Institutions of a Non-State*, Westview, Boulder (CO), 1998, pp. 49 ss.

[55] G. MOHR-M. WILLASCHEK, *Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft*, De Gruyter, Berlin, 1998, p. 14.

[56] D. SCHINDLER, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Schulthess, Zürich, 1932.

[57] J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 15 ss.; trad. it., *Fatti e norme*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

reale è razionale. Oggi, soltanto l'idea di democrazia può giustificare un progetto di trasformazione, una idea pressoché assente nel pensiero hegeliano [58]. Hegel intende l'ordinamento giuridico come uno *spirito oggettivo*, qui si assumono le *strutture giuridiche alla luce dei princìpi di una società democratica* [59]. E mentre Hegel pretende di riconciliare tutti gli antagonismi, quest'opera mira a promuovere compromessi giustificabili alla luce dell'articolo 2 TUE.

Hegel concepisce il mondo e tutta la sua opera come *sistema*. In questa sede, invece, non si pretende che le diverse elaborazioni concettuali (cfr. §§ I.B-F), la formazione dei princìpi europei (cfr. §§ II.A-F), lo sviluppo della Corte di giustizia, prima della Comunità europea (CGCE) e poi dell'Unione europea (CGUE), della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) con le loro molteplici elaborazioni giurisprudenziali (cfr. §§ III.C, III.F), il rafforzamento delle corti costituzionali e del relativo network (cfr. §§ III.A-B, III.D-E) o l'europeizzazione della dottrina giuridica (cfr. §§ IV.A-C) formino parte di uno stesso fenomeno e che non ci siano contraddizioni tra di loro. Purtuttavia, l'opera si inserisce in un contesto epistemico volto alla sistematizzazione del materiale per discutere di un'unica idea, ossia la trasformazione del diritto pubblico europeo dal *diritto statale delle potenze europee* alla struttura normativa di una *società europea democratica*.

Al fondo di tale approccio vi è la convinzione che le strutture giuridiche esprimano strutture sociali. Tale premessa è radicata nella teoria hegeliana per la sua propensione istituzionalista e supportata da teorie sociologiche che concepiscono le strutture sociali come fondamentali delle interazioni umane [60]. Poiché tali strutture hanno spesso una dimensione giuridica, il diritto è parte integrante di molte interazioni sociali [61]. L'articolo 2 TUE stabilisce una relazione particolarmente stretta tra il diritto europeo e la società europea, in quanto stabilisce che la società europea è "*caratterizzata*" dai princìpi giuridici ivi richiamati.

Hegel fornì una narrazione potente per il progetto trasformativo prussiano, così fornendogli legittimazione. La trasformazione europea è priva di una tale narrazione e per molti ciò rappresenta un grave limite (cfr. §§ 31-32, 42). Secondo Albrecht Koschorke, esperto di narrazioni, sarebbe vero

---

[58] V. HÖSLE, *Hegels System. Der Idealismus der Subjektivität und das Problem der Intersubjektivität*, Felix Meiner, Hamburg, 1998, pp. 576-577; trad. it. *Il sistema di Hegel*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2012.

[59] Sulla storia concettuale vedi M. KROSS, *Struktur*, in J. RITTER-K. GRÜNDER (a cura di), *Historisches Wörterbuch der Philosophie. Vol. 10*, Schwabe & Co., Basel, 1998, colonne 303-334.

[60] J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, cit., pp. 46 ss.

[61] U. DI FABIO, *Herrschaft und Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 139 ss.

il contrario: a differenza della Prussia di Hegel, infatti, la società europea non necessita di una narrazione legittimante, perché è molto più integrata e perché dispone di una rete molto più fitta di rapporti giuridici [62]. La società europea, quindi, può permettersi di non imporre una narrazione generale (cfr. §§ 32-33) [63].

Molti dubiteranno che una democrazia europea possa funzionare senza una narrazione come base di un'identità comune europea (cfr. §§ 33, 42) e senza uno Stato europeo (cfr. § 12). E questo scetticismo è suffragato dal pensiero di Hegel, la cui filosofia del diritto sostiene che una società, per funzionare, esige l'esistenza di uno Stato [64]. Hegel è un rappresentante della tradizione giuspubblicistica tedesca Stato-centrica. Della medesima corrente di pensiero, Carl Schmitt è l'esponente più sfidante e influente [65]. Il confronto con i suoi scritti chiarisce dove si colloca quest'opera nel pensiero giuridico europeo.

Perché confrontarsi (con), e quindi riconoscere e così financo onorare, un autore tanto compromesso a causa del suo legame con l'autoritarismo in generale e con il nazionalsocialismo in particolare [66]? Innanzitutto, si possono prendere le distanze dalle posizioni politiche di un autore per confrontarsi con la sua opera [67]. Schmitt ha influenzato lo sviluppo del pensiero e dischiuso prospettive feconde. I suoi studi sono utili anche a studiosi che, pur rifiutando le sue premesse, il suo approccio, le sue posizioni e la sua etica, e lo stesso Schmitt, si iscrivono nel solco della tradizione hegeliana [68] e lo assumono come antagonista.

Postulando la centralità dello Stato nazionale [69], Schmitt considera errato

---

[62] A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, Suhrkamp, Berlin, 2015, pp. 202-206; ID., *Auf der Suche nach dem verlorenen Europa-Narrativ*, in C. FRANZIUS-F.C. MAYER-J. NEYER (a cura di), *Die Neuerfindung Europas. Bedeutung und Gehalte von Narrativen für die europäische Integration*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 29-31.

[63] A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, cit., pp. 149, 189.

[64] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., parr. 182 (aggiunta) e 258.

[65] Su Schmitt come hegeliano, R. MEHRING, *Pathetisches Denken. Carl Schmitts Denkweg am Leitfaden Hegels. Katholische Grundstellung und antimarxistische Hegelstrategie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989; R. MEHRING, *Denker im Widerstreit. Werk-Wirkung-Aktualität*, Karl Alber, Baden-Baden, 2017, pp. 201 ss.

[66] Per approfondimenti, vedi R. MEHRING, *Carl Schmitt: A Biography*, Polity, Cambridge, 2014; C. TOMUSCHAT, *Carl Schmitt's Diagnosis of the Situation of European Jurisprudence Reconsidered*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 80, 2020, p. 709.

[67] J. HABERMAS, *Der gespaltene Westen*, cit., pp. 133 ss., 187 ss.; M. KOSKENNIEMI, *Global Governance and Public International Law*, in *Kritische Justiz*, 37, 2004, p. 494.

[68] C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1925. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, pp. 427 ss.

[69] J.-W. MÜLLER, *A Dangerous Mind. Carl Schmitt in Post-War European Thought*, Yale University Press, New Haven, 2003, pp. 49 ss.; X. LIBIN-H. PATAPAN, *Schmitt Fever. The Use and*

utilizzare società come concetto fondamentale (cfr. § 2) [70]. Nella prospettiva schmittiana, pertanto, le promesse dell'Unione europea non possono essere mantenute. È proprio alludendo a Schmitt che Philip Manow giunge ad affermare che "*chiunque invochi l'Europa è mosso da un intento ingannatore*" (cfr. § 1).

Nel presente lavoro, non ci si misurerà con Schmitt in quanto pensatore di riferimento della destra europea [71], che aborre il compromesso politico, celebra le identità etniche e diffida delle istituzioni internazionali. Ci si confronterà con Schmitt per dialogare con studiosi democratici e liberali che assumono lo Stato nazionale come base dell'ordine sociale. Tra i molti, *in primis*, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Nel solco della tradizione hegeliana [72], Böckenförde adatta il pensiero di Schmitt alla democrazia della Repubblica federale, come fece Hans-Georg Gadamer con il pensiero di Martin Heidegger [73].

Seguendo la tradizione di Hegel e Schmitt, Böckenförde formula la teoria dell'omogeneità necessaria, che culmina in quella che può considerarsi l'affermazione più nota della teoria costituzionale tedesca dopo il 1945. Si tratta del *dilemma* che prende il nome del suo autore: "*lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non è in grado di garantire*" [74]. Questa osservazione è divenuta una preoccupazione centrale per numerose teorie di diritto pubblico. Molti ritengono che Böckenförde abbia colto nel segno, identificando un problema reale; i prerequisiti sociali che essi suggeriscono in risposta contemplano la nazione, un popolo, il senso di appartenenza, il

---

Abuse of Carl Schmitt in Contemporary China, in *International Journal of Constitutional Law*, 18, 2020, p. 130.

[70] C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963, pp. 24-25; trad. it. *Il concetto del 'politico'*, in G. MIGLIO-P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 101 ss.; ID., *Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, p. 20; trad. it. *Hugo Preuß. Il suo concetto di Stato e la sua posizione nella dottrina tedesca dello Stato*, in *Democrazia e liberalismo*, Giuffrè, Milano, 2001.

[71] A. DE BENOIST, *Die Aktualität Carl Schmitts*, in *Sezession*, 42, 2011, p. 14; P. LENDVAI, *Orbán. Hungary's Strongman*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 179.

[72] U. VOLKMANN, *Gespräche mit Hegel*, in *Der Staat*, 59, 2020, p. 489. Su tale relazione, vedi R. MEHRING, *"Welch gütiges Schicksal": Ernst-Wolfgang Böckenförde/Carl Schmitt: Briefwechsel 1953-1984*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2022.

[73] J. HABERMAS, *Urbanisierung der Heideggerischen Provinz. Laudatio auf Hans Georg Gadamer aus Anlaß der Verleihung des Hegel-Preises der Stadt Stuttgart*, in H.-G. GADAMER-J. HABERMAS (a cura di), *Das Erbe Hegels*, Suhrkamp, Berlin, 1979, p. 9.

[74] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in E. FORSTHOFF, *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, W. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, 1967, pp. 75-94, spec. p. 93; trad. it. *Diritto e secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 53.

cristianesimo, la redistribuzione operata dallo stato sociale o una sfera pubblica inclusiva.

Anche altre scuole di pensiero hanno cercato di precisare quali elementi tengano insieme la società. Per alcuni decenni, il comunitarismo nordamericano lo ha fatto con grande successo[75]. Esso, tuttavia, non pare avere alcun reale valore aggiunto rispetto alla tradizione hegeliana. E, infatti, la sua parabola è ormai in fase discendente [76]. Considerazioni del tutto analoghe valgono per il neorepubblicanesimo, la scuola di pensiero più in voga che ha sostituito il comunitarismo [77].

Il presente lavoro non esisterebbe senza Hegel, Schmitt e Böckenförde. La lettura delle loro opere è stata formativa e, tuttavia, condurrà chi scrive a sostenere che la trasformazione del diritto pubblico europeo ha modificato gli Stati nazionali, nel senso di un vero e proprio superamento hegeliano (*Aufhebung*) [78]. Benché gli Stati nazionali continuino a esistere come conquiste di civiltà, essi risultano trasformati e migliorati dalla loro progressiva adesione alla società democratica europea invocata dall'articolo 2 TUE.

---

[75] A. MACINTYRE, *After Virtue: A Study in Moral Theory*, University of Notre Dame Press, Notre Dame (IN), 1984; trad. it. *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Armando editore, Roma, 2007. Hegel costituisce, infatti, un punto di riferimento per molti pensatori comunitaristi.

[76] S. DELLAVALLE, *Per un concetto pluridimensionale di libertà. Il contributo della filosofia politica hegeliana al superamento della controversia tra liberalismo e comunitarismo*, in *Filosofia e questioni pubbliche*, 4, 1998, p. 31.

[77] Per un'applicazione all'UE, vedi R. BELLAMY, *A Republican Europe of States: Cosmopolitanism, Intergovernmentalism and Democracy in the EU*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

[78] G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, 1807, par. 113; trad. it. *Fenomenologia dello spirito*, Bompiani, Milano, 2000.

I.
Concetti

Sommario: A. Il vecchio *Jus Publicum Europaeum*. – 5. Una risposta alla Guerra dei Trent'anni. – 6. Il *droit public de l'Europe*. – 7. Lo *Jus Publicum Europaeum* di Schmitt. – B. Nuovi concetti per il nuovo diritto. – 8. La prima *età di soglia*. – 9. La *comunità di diritto* di Hallstein. – 10. Il diritto europeo di Mosler. – 11. L'Unione e l'unione. – C. Diritto pubblico senza statualità. – 12. Il superamento di un dogma. – 13. La trasformazione della sovranità. – 14. *Il concetto di 'politico'* di Schmitt. – 15. Diritto pubblico e diritto privato. – D. Diritto amministrativo senza Stato. – 16. Sull'ambivalenza dell'europeizzazione. – 17. Il *droit tout puissant* di Cassese. – 18. Lo *Zweckverband* di Ipsen. – 19. Diritto amministrativo democratico. – *E. Diritto costituzionale senza Carta costituzionale*. – 20. La seconda *età di soglia*. – 21. La lenta avanzata della prospettiva costituzionale. – 22. Sulla portata del primato. – F. Costituzionalismo trasformativo. – 23. Una società democratica come espressione di "*un'unione sempre più stretta*". – 24. L'emersione di un nuovo concetto. – 25. Innovazioni dall'America Latina. – 26. Costituzionalismo trasformativo europeo. – 26.1. Diritto trasformativo e costituzionalismo trasformativo. – 26.2. La *governance* della trasformazione degli anni Novanta. – 26.3. Il costituzionalismo trasformativo e l'economia di mercato.

A. Il vecchio *Jus Publicum Europaeum*

L'approccio di questa ricerca è ben restituito da una barzelletta. Un'accademia bandisce un premio per il miglior studio sui cammelli. Lo studioso francese si reca allo zoo, si siede su una panchina accanto ai cammelli, osserva gli animali per un pomeriggio e, la notte stessa, scrive un saggio riflessivo intitolato "*Le chameau et moi*" (Il cammello e io) [1]. La studiosa inglese trascorre sei mesi in Arabia, dove raccoglie numerosi dati e pubblica su *Nature* "*The camel in numbers*" (Il cammello in cifre). Lo studioso tedesco trascorre due anni in solitudine tra pile di libri ed elabora uno studio di quattrocento pagine "*Der Begriff des Kamels*" (Il concetto del cammello).

Una delle intuizioni di Hegel è che la comprensione richiede uno sforzo di astrazione ("*la fatica del concetto*"). Poiché la trasformazione del diritto

[1] Recentemente, questo stile scientifico è approdato anche in Germania. Cfr. U. HALTERN, *Europarecht und ich*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, p. 439.

pubblico europeo proposta si iscrive in tale scuola di pensiero, il presente lavoro si concentra sullo studio della trasformazione dei suoi concetti base. Si badi, non si tratta di un esercizio meramente linguistico. Il diritto è una costruzione sociale e dunque i suoi concetti assumono una funzione ontologica. I concetti non sono semplici parole atte a indicare qualcosa, ma stabiliscono un significato e creano conoscenza [2]. Dal punto di vista sociologico, concetti come diritto pubblico, società o democrazia sono considerati una "*cornice*" ("*frame*"). Come tali, consentono ai gruppi sociali di organizzare un discorso [3]. La trasformazione *dei* concetti fondamentali si deve intendere perciò come espressione di un genitivo oggettivo e di un genitivo soggettivo (cfr. §§ 1, 68): da un lato, la trasformazione di un concetto giuridico segue il cambiamento sociale, dall'altro, è essa stessa forza propulsiva del cambiamento sociale.

Per approfondire le dinamiche della trasformazione (o del mutamento) strutturale del diritto pubblico europeo è giocoforza muovere dal diritto Stato-centrico del Concerto europeo (cfr. § I.A), per soffermarsi poi sulla emersione di un nuovo diritto pubblico europeo, forgiatosi con le decisioni assunte dopo il Secondo conflitto mondiale (cfr. § I.B). La connotazione statalista del diritto pubblico sarà qui superata, valorizzando una delle contrapposizioni fondamentali della modernità: la dicotomia tra *pubblico* e *privato* (cfr. § I.C).

Il diritto pubblico si presenta in una duplice veste, amministrativa e costituzionale. Gli sviluppi concettuali che consentono di distinguere un diritto amministrativo europeo e un diritto costituzionale europeo concorrono, favorendo l'approfondimento della comprensione della complessiva trasformazione del diritto pubblico europeo. Il concetto di diritto amministrativo europeo non ha mai suscitato grandi diatribe e permette di confrontarsi con l'annosa questione della prepotenza delle burocrazie (cfr. § I.D). Il concetto di diritto costituzionale europeo, invece, si è rivelato assai controverso (cfr. § I.E). A conclusione della presente sezione, si introduce il concetto di *costituzionalismo trasformativo* per contestualizzare quella che sembra essere la risposta del diritto pubblico europeo alla più complessa delle sfide che è chiamato ad affrontare (cfr. § I.F).

Secondo Hegel, fu la Pace di Westfalia a fissare "*questo rapporto d'indipendenza delle parti*" [4], cioè l'indipendenza dei nascenti Stati moderni.

---

[2] R. KOSELLECK, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, III ed., Suhrkamp, Berlin, 1995, p. XXIII.

[3] R. VLIEGENTHART-L. VAN ZOONEN, *Power to the Frame. Bringing Sociology Back to Frame Analysis*, in *European Journal of Communication*, 26, 2011, p. 101.

[4] G.W.F. HEGEL, *Die Verfassung Deutschlands* (1800-1802), in E. MOLDENHAUER-K.M. MICHEL (a cura di), *Werke in zwanzig Bänden, Bd. 1 Frühe Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970,

L'interpretazione hegeliana resta ferma ancora oggi. Nell'auto-descrizione dell'Occidente, la Pace del 1648 rappresenta la soglia di una grande trasformazione. Si esaurisce la stagione dell'unità politica del mondo cristiano e si apre quella dello Stato sovrano [5]. Con il processo di formazione dello Stato nasce il diritto pubblico moderno, insieme al riconoscimento dell'autonomia della sfera politica, alla *raison d'état*, alle teorie della sovranità e a una concezione sempre più volontaristica del diritto [6]. La filosofia del diritto di Hegel sintetizzò questi sviluppi, riuscendo a orientare il pensiero giuridico fino al XXI secolo [7].

Il concetto di diritto pubblico europeo emerge sulla scia di questa trasformazione. Le pagine che seguono sono dedicate agli scritti che forniscono le coordinate per inquadrare la trasformazione successiva al 1945 e, in particolare, lo *Jus Publicum Europaeum* di Hagemeier e il *Droit public de l'Europe* di Mably e di Talleyrand che Ernst Rudolf Huber e Carl Schmitt denominarono *Jus Publicum Europaeum*.

5. Una risposta alla Guerra dei Trent'anni

La definitiva disintegrazione dell'unità politica dei cristiani comportò gravi conseguenze anche per la sua unità giuridica. Ciò emerge in modo emblematico dal diritto pubblico e non dal diritto privato, sul quale si concentrano la maggior parte degli storici del diritto. Dato che il diritto privato poggiava sullo *jus commune* romano, una certa unità giuridica persistette fino all'epoca delle codificazioni [8]. Il diritto pubblico, che invece non poteva contare su questa base, si rivolse al diritto comparato.

Lo *Juris Publici Europaei* di Joachim Hagemeier rappresenta probabilmente la prima opera di diritto comparato europeo. Si compone di otto volumi,

---

pp. 451-610, spec. p. 548; trad. it. *La costituzione della Germania*, in ID., *Scritti storici e politici*, Laterza, Roma-Bari, 1997, spec. p. 80.

[5] D. CROXTON, *Westfalia. The Last Christian Peace*, Palgrave Macmillan, London, 2013. La sezione seguente si basa su A. VON BOGDANDY-S. HINGHOFER-SZALKAY, *European Public Law – Lessons from the Concept's Past*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 30.

[6] M. STOLLEIS-T. DUNLAP, *Public Law in Germany. A Historical Introduction from the 16th to the 21st Century*, Oxford University Press, Oxford, 2017; M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

[7] A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, Suhrkamp, Berlin, 2015, pp. 47, 82-83.

[8] J. BASEDOW, *Hundert Jahre Rechtsvergleichung. Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung*, in *JuristenZeitung*, 71, 2016, p. 270.

pubblicati tra il 1677 e il 1680, contenenti rapporti sugli 'status' di vari Paesi e sui relativi sistemi di governo [9]. Il lavoro fornisce un'ampia panoramica del diritto pubblico in Europa [10].

Hagemeier non chiarisce gli obiettivi che si prefiggeva, ma la sua biografia fornisce indicazioni al riguardo. È certo che il suo interesse non fosse puramente accademico. Nato ad Amburgo, fu consigliere del conte di Oldenburg, poi consigliere imperiale e infine vicecancelliere e sindaco del Collegio dei Conti imperiali di Wetterau. In veste di inviato alla Dieta imperiale di Ratisbona, acquisì una profonda conoscenza delle strutture e della politica tedesca ed europea [11]. In questo contesto, il suo *Jus Publicum Europaeum* promosse quella mutua conoscenza necessaria alla creazione di un nuovo ordine post-unitario.

La dottrina del diritto pubblico europeo si sviluppò in modo induttivo, attraverso l'analisi dei rapporti sui singoli Paesi e la rilevazione delle peculiarità dei diversi sistemi giuridici. Esisteva invero un approccio alternativo: il più influente *Jus Publicum Universale* [12], ricavato in modo deduttivo da princìpi astratti nel solco della tradizione del diritto naturale aristotelico. Hagemeier, tuttavia, non cedette alla tentazione di affidarsi a un pensiero astratto, predilesse l'approccio istituzionalista che anche qui si adotta.

Lo *Jus Publicum Europaeum* di Hagemeier prefigura un altro dei pilastri sui quali si regge questo lavoro: la distinzione tra diritto privato e pubblico (cfr. § 15). Il suo *Jus Publicum Europaeum*, infatti, è lontano dallo *jus commune*, che costituiva il diritto privato condiviso nella maggior parte degli ordinamenti dell'Europa moderna. All'uniformità dello *jus commune* si contrapponevano

---

[9] Sulla metodologia utilizzata, vedi H. MOHNHAUPT, *"Europa" und "ius publicum" im 17. und 18. Jahrhundert*, in C. BERGFELD *et al.* (a cura di), *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1982, spec. pp. 219-224.

[10] Il titolo è *Juris Publici Europaei*, e non *Jus Publicum Europaeum*, perché è il genitivo dell'*Epistola*: J. HAGEMEIER, *Juris Publici Europaei de Trium Regnorum Septentrionalium Daniae, Norvvegiae & Sveciae Statu, Epistola Prima*, 1677; ID., *Juris Publici Europaei de Statu Galliae, Epistola II*, 1678; ID., *Juris Publici Europaei de Statu Angliae, Scotiae Et Hiberniae, Epistola III*, 1678; ID., *Juris Publici Europaei de Statu Imperii Germanici, Epistola IV*, 1678; ID., *Juris Publici Europaei de Statu Provinciarum Belgicarum, Epistola V*, 1679; ID., *Juris Publici Europaei de Statu Italiae, Epistola VI*, 1679; ID., *Juris Publici Europaei de Statu Regnorum Hungariae et Bohemiae, Epistola VII*, 1680; ID., *Juris Publici Europaei de Statu Regni Poloniae et Imperii Moscovitici, Epistola VIII*, 1680.

[11] H. SCHRÖDER, *Lexikon der hamburgischen Schriftsteller bis zur Gegenwart, Bd. 3. Günther-Kleye*, Verein für Hamburg. Geschichte, Hamburg, 1857. L'ortografia del nome varia; era comune anche la grafia *Hagemeyer*.

[12] Su questo tema, M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1. Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, 1988, pp. 267 ss. e pp. 291 ss.

le differenziazioni dello *Jus Publicum Europaeum*. Hagemeier contribuì così all'emancipazione del diritto pubblico, alla sua indipendenza.

Gli scritti di Hagemeier supportavano i negoziati per un nuovo ordine, senza riuscire a individuarlo e a prefigurarne la forma giuridica. Quello che oggi denominiamo "diritto internazionale" difficilmente giocò un ruolo nel suo *Jus Publicum Europaeum*. Esso, infatti, emerse soltanto nel XVIII secolo, quando divenne noto con il nome di *droit public de l'Europe*.

6. Il *droit public de l'Europe*

Secondo la narrativa dominante, un nuovo "*diritto internazionale*" consacrò l'ordine westfaliano dell'Europa [13]. Pur non contestando questa affermazione, si debbono svolgere alcune precisazioni per gli obiettivi di questo lavoro, concentrandosi sullo storico *droit public de l'Europe* (o *droit public européen*). Oggigiorno quel *droit public* può essere rilevante in due modi opposti. Secondo Christoph Schönberger, l'odierno diritto pubblico europeo riflette la medesima logica dell'originario *droit public* [14]. Qui si sostiene, invece, che il nuovo diritto pubblico europeo ha superato lo storico *droit public de l'Europe*.

Il termine *droit public de l'Europe* identifica il diritto internazionale dell'epoca 'francese' [15], che comprendeva non solo il diritto internazionale dell'epoca, ma anche una parte del diritto interno e, in particolare, i princìpi relativi all'autorità pubblica, gli ordini dinastici di successione, i contratti matrimoniali dinastici e le convenzioni di corte [16]. Pertanto, la componente giuridica dell'ordine europeo del XVII e XVIII secolo era costituita dal 'diritto interstatale', nonché dal diritto dinastico applicabile alle famiglie reali [17]. Dopo la Rivoluzione francese, gli elementi dinastici persero importanza e, di conseguenza, con il termine *droit public de l'Europe* ci si riferì con maggior frequenza soltanto a quegli elementi che oggi sono considerati afferenti al diritto internazionale.

---

[13] M. KOSKENNIEMI, *A History of International Law Histories*, in B. FASSBENDER-A. PETERS (a cura di), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 215.

[14] C. SCHÖNBERGER, *Hegemon wider Willen. Zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union*, in *Merkur*, 2012, pp. 5-6.

[15] W. GREWE, *The Epochs of International Law*, De Gruyter, Berlin, 2000, p. 27.

[16] *Ibidem*.

[17] C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum (1950)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 208; trad it. *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1991.

Fu l'abate Gabriel Bonnot de Mably, nella sua opera *Le droit public de l'Europe fondé sur les traités*, a elaborare la nozione più influente del concetto [18]. Mably fu un importante politico e intellettuale francese, come diplomatico ricoprì il ruolo di segretario del cardinale de Tencin e curò una raccolta di tutti i trattati europei a partire dal 1648. Quest'ultima costituì la base del suo *droit public de l'Europe* [19], che ne rappresenta l'opera di riferimento anche se, o forse proprio perché, la sua pubblicazione venne inizialmente vietata [20].

Mably fondò il suo *droit public* sui trattati intergovernativi, svincolando così il diritto internazionale dal diritto naturale cristiano. Lo fece a partire dai trattati di Münster e Osnabrück del 1648, come in seguito fece anche Hegel. In quanto "*leggi per l'Europa*" [21], tali trattati realizzarono una prima forma di unità europea. Mably illustrò questi e altri rilevanti trattati, contestualizzandoli e valorizzandoli per lo più in un'ottica squisitamente francese. Nel complesso, il suo *droit public* assumeva l'idea che le potenze europee, e quindi la potente Francia, potessero dare forma all'ordine giuridico europeo. Il *droit public* di Mably non prevedeva istituzioni transnazionali.

Dopo la Rivoluzione francese, Charles Maurice de Talleyrand-Périgord, uno dei più stimati statisti del suo tempo, sviluppò il concetto di *droit public européen* in chiave più costituzionale e marcatamente restauratrice. Dopo che la Santa Alleanza arrestò la trasformazione dell'Europa avviata con la Rivoluzione francese, Talleyrand promosse il legittimismo, la fedeltà alla monarchia, come principio guida del *droit public européen*, fornendo un'alternativa al principio della ragione del più forte temuto in tutte le capitali europee [22]. Nella visione di Talleyrand il *droit public européen* garantiva la sovranità monarchica proprio come il *droit public* nazionale garantiva la proprietà privata.

Esso venne utilizzato in un'accezione legittimistica. Prima ardente sostenitore della Rivoluzione e poi di Bonaparte, Talleyrand si schierò a favore degli interessi della restaurata monarchia francese. La concezione tradizionalista della legittimità monarchica, che egli dichiarava essere il principio

---

[18] G.B. DE MABLY, *Le droit public de l'Europe, fondé sur les traitez conclus jusqu'en l'année* (1740), 1746. Sull'importanza di Mably, cfr. M. KOSKENNIEMI, *The Public Law of Europe. Reflections on a French 18th Century Debate*, in H. LINDEMANN *et al.* (a cura di), *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, Nomos, Baden-Baden, 2012, p. 43.

[19] E.A. WHITFIELD, *Gabriel Bonnot de Mably*, Routledge, London, 1930.

[20] Cfr. G.B. DE MABLY, *Collection complète des œuvres de l'abbé de Mably*, Imprimerie de Ch. Desbriere, Paris, 1794/1795, p. 237.

[21] *Ivi*, p. 239.

[22] P.L. COUCHOUD-J.P. COUCHOUD (a cura di), *Mémoires de Talleyrand. Tome II*, Plon, Paris, 1957, pp. 436 ss.; W. GREWE, *The Epochs of International Law*, cit., pp. 430-431; D. COOPER, *Talleyrand*, Insel Verlag, Berlin, 1955, pp. 232-233.

fondamentale del *droit public européen* – e quindi dell'ordine europeo – si adattava agli interessi di tutti i governanti. Egli si prefiggeva così di promuovere un principio utile a tutti i monarchi che si opponevano alle idee progressiste, facendo avanzare gli interessi della Francia sconfitta.

Dopo la Seconda guerra mondiale, la nozione fu ripresa e sviluppata da Ernst Rudolf Huber, studioso di diritto pubblico. Sotto la supervisione di Carl Schmitt, Huber conseguì il dottorato nel 1926 e in seguito pubblicò il suo *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* (*Diritto costituzionale del Grande Reich tedesco*) [23], che rappresentò un'opera di riferimento per il diritto costituzionale nazionalsocialista. Ritenuto un semplice simpatizzante del regime nazista, dopo la guerra, Huber si dedicò allo studio della storia costituzionale. La sua opera fondamentale *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789* (*Diritto costituzionale tedesco dopo il 1789*) gli valse il riconoscimento dell'accademia anche nella neonata Repubblica federale. Nel I volume egli riconosceva allo *Jus Publicum Europaeum* sotto l'*Ancien Régime* una rilevanza sia nell'ambito del diritto interno sia in quello internazionale. Secondo Huber, lo *Jus Publicum Europaeum* dell'epoca era costituito dal diritto delle relazioni interstatali, ma anche dagli elementi 'inviolabili' di un diritto costituzionale europeo comune [24].

Huber, come Talleyrand, sosteneva l'impronta legittimista dello *Jus Publicum Europaeum*; di conseguenza, riteneva giustificato l'intervento delle monarchie europee nella Francia rivoluzionaria, dato che il rovesciamento e l'esecuzione di Luigi XVI avevano violato il principio costituzionale europeo di legittimità monarchica. Nella ricostruzione di Huber, la Costituzione comune europea limitava la sovranità degli Stati [25].

Sebbene il *droit public européen* fosse concepito in prevalenza come espressione della conservazione, se ne rinvenivano anche versioni progressiste. Nel 1856, il giornalista e politico Francisque Bouvet pubblicò la sua *Introduction à l'établissement d'un droit public européen*, in cui proponeva una visione europea della pace simile a quella di William Penn. Bouvet, definito "*une sorte d'abbé de Saint-Pierre républicain*" [26], aveva sposato gli ideali democratici durante il regno di Luigi Filippo e nel 1832 finì in

---

[23] E.R. HUBER, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1939.

[24] E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 1. Reform und Restauration. 1789 bis 1830*, Kohlhammer, Stuttgart, 1957, pp. 16 ss.

[25] *Ibidem*.

[26] P. LAROUSSE, *Grand dictionnaire universel du XIXe siècle, Tome II*, Larousse, Paris, 1867, p. 1165.

prigione per la sua opera *République et monarchie* [27]. Nel 1848 e nel 1849, gli anni della Rivoluzione, fu deputato all'*Assemblée nationale constituante* e alla *Assemblée nationale législative* [28]. In quegli anni partecipò ai congressi internazionali degli amici della pace a Bruxelles e a Parigi [29]. Già nel 1849 era noto come sostenitore della pace perpetua, prefigurando un congresso permanente di tutti i popoli preposto a risolvere i conflitti tra le nazioni. Dopo il colpo di Stato bonapartista del dicembre 1851, dapprima si ritirò dalla scena pubblica e più tardi divenne console dell'Impero a Mosul.

Nel 1856 pubblicò uno studio sull'idea di pace duratura. L'opera è composta da due parti: nella prima si descrivono le funzioni storiche della guerra; nella seconda Bouvet sostiene la propria concezione di *droit public européen*. Sullo sfondo della guerra di Crimea, egli auspica un sistema confederale europeo, sul modello della Confederazione tedesca [30], al centro del quale pose un'assemblea parlamentare (*diète ou congrès*) cui affidò la risoluzione delle questioni più spinose, idonee a generare conflitti. Considerando Napoleone I precursore di quest'ordine, egli contava su Napoleone III per realizzare le proprie idee [31]. Per Bouvet, la dimensione europea e quella cosmopolita non si contraddicevano reciprocamente. Come Wolfgang Friedmann un secolo dopo, Bouvet credeva che un'Europa forgiata secondo princìpi liberali avrebbe ispirato il mondo intero, che si sarebbe sviluppato insieme ad essa in virtù del progresso tecnologico [32]. La sua concezione del diritto pubblico europeo è progressista, ma fornisce soltanto una visione politica, non una ricostruzione giuridica. Essa rappresenta perciò una prospettiva opposta, quasi sotto ogni aspetto, a quella che dello *Jus Publicum Europaeum* di Carl Schmitt.

---

[27] F. BOUVET, *République et monarchie, ou Principes d'ordre social*, Impr. de A. Mie, Paris, 1832.

[28] Vedi la voce su Bouvet in Deux Journalistes, *Biographie des 750 représentants à l'Assemblée législative, élus le 13 mai 1849*, Pagnerre, Paris, 1849, p. 10; e il sito ufficiale dell'*Assemblée Nationale*.

[29] AA.VV., *Congrès des amis de la paix universelle, Réuni à Bruxelles en 1848*, Imp. de Th. Lesigne, Bruxelles, 1849, pp. 21 e 55; J. GRANIER, *Le mouvement en faveur de la paix*, in AA.VV., *Congrès des amis de la paix universelle, Réuni à Paris en 1849*, Guillaumin, Paris, 1850, p. 1.

[30] F. BOUVET, *Introduction à l'établissement d'un droit public européen*, Dentu, Paris, 1856, pp. XII e 189-190.

[31] *Ivi*, pp. 176 ss.

[32] *Ivi*, p. 187.

7. Lo *Jus Publicum Europaeum* di Schmitt

Tra tutti i contributi sullo *Jus Publicum Europaeum*, il più celebre è senza dubbio il *Nomos della Terra* di Schmitt [33]. In effetti, la locuzione deve a lui la sua rilevanza: sotto l'influenza di Schmitt, Huber scrisse di *Jus Publicum Europaeum*, non di *droit public de l'Europe*. Il concetto di Schmitt, come quello di Talleyrand e di Huber, comprendeva il diritto internazionale così come gli ordinamenti costituzionali degli Stati europei [34], entrambi posti a fondamento dell'ordine internazionale. Schmitt rappresentava lo *Jus Publicum Europaeum* come una grande conquista di civiltà dovuta alla saggezza di statisti, diplomatici, filosofi e giuristi europei.

Secondo Schmitt, la supremazia degli Stati Uniti aveva distrutto quest'ordine. Il suo *Jus Publicum Europaeum* suona quindi come un epitaffio oltre che una difesa [35]. Il 5 settembre 1948, Schmitt – l'unico importante studioso tedesco di diritto pubblico che rifiutò di essere 'denazificato' – dichiara: "*deporrò il 'Nomos della Terra' come un ramo fiorito della mia discriminazione sulla tomba del diritto internazionale europeo*" [36].

La legalità della guerra è un tema centrale del suo *Nomos*. Schmitt riteneva che la criminalizzazione *ex post* da parte degli Alleati *di una guerra di aggressione* fosse illegittima quanto l'uso della bomba atomica, e persino peggiore dei crimini di Hitler [37]. Sostenendo la legalità della guerra tra gli Stati, riteneva inoltre che la relativa criminalizzazione non conducesse affatto alla eliminazione delle guerre, ma producesse semmai l'effetto di renderle ancora più violente [38]. Considerato il dato elementare dell'inimicizia nelle relazioni internazionali (cfr. § 14), il vecchio diritto internazionale (lo *Jus Publicum Europaeum*) impediva almeno di dichiarare il nemico *hors-la-loi*, evitando così quella disumanità che una guerra 'giusta', combattuta in nome dell'umanità, può comportare [39].

---

[33] J. HOOCK, *Jus Publicum Europaeum. Zur Praxis des europäischen Völkerrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, in *Der Staat*, 50, 2011, p. 422.

[34] C. SCHMITT, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 592 ss.

[35] M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 1. Reichspublizistik und Policeywissenschaft 1600-1800*, C. H. Beck, Nördlingen, 2012, p. 204.

[36] C. SCHMITT, *Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, p. 196.

[37] *Ivi*, p. 191.

[38] C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963, pp. 36-37; trad. it. *Il concetto di 'politico'*, in G. MIGLIO-P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna, 2013, p. 118.

[39] Cfr. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 426; trad. it. *Il mite*

Lo *Jus Publicum Europaeum* di Schmitt descrive un sistema incentrato sulla volontà dello Stato di regolare la guerra, non di sopprimerla. A tal fine, nella visione schmittiana, esso stabilisce un ordine spaziale specifico e vincolante che rappresenta l'equivalente internazionale delle decisioni di un *pouvoir constituant* [40]. Questo ordine è regolato dagli Stati, perché lo *Jus Publicum* di Schmitt non contempla istituzioni sovranazionali [41].

Per molti versi, l'ordine dello *Jus Publicum Europaeum* di Schmitt rappresenta l'opposto di quello sotteso al Trattato sull'Unione europea. Nell'articolo 2 TUE, l'attuale diritto pubblico europeo implica una società democratica europea dotata di istituzioni proprie e caratterizzata dai princìpi del pluralismo, dei diritti umani e della tolleranza, compresi quelli della Carta delle Nazioni Unite con il divieto dell'uso della forza (articolo 21 TUE). Il contributo di Schmitt fa emergere i tratti distintivi del diritto pubblico europeo odierno, marcando la discontinuità tra il vecchio e il nuovo.

Al contempo, il diritto pubblico europeo odierno presenta alcune delle caratteristiche che Schmitt considerava decisive per il vecchio *Jus Publicum Europaeum*. Tra queste si annoverano la territorialità di un ordinamento giuridico, una comunità di Stati *particolare* piuttosto che *universale*, criteri di ammissione coerenti con una specifica concezione europea della statualità e, non da ultimo, strutture costituzionali comparabili [42].

Lo *Jus Publicum Europaeum* di Schmitt pone il diritto europeo odierno di fronte alla spinosa questione del suo impatto sulle relazioni dell'Europa con il resto del mondo. Se, da un lato, lo *Jus Publicum* di Schmitt civilizzava il conflitto all'interno dell'Europa, dall'altro, non impediva l'appropriazione e lo sfruttamento di altre regioni del mondo. La posta in gioco era "*spingere ai margini entrambe queste pericolose forme di guerra e inimicizia [guerra civile e guerra coloniale]*" [43]. Lo *Jus Publicum Europaeum* è quindi corresponsabile del colonialismo e dell'imperialismo europei, incluse le loro forme più brutali.

Quest'ultima dimensione del vecchio diritto pubblico europeo è stata oggetto di un importante dibattito [44], anche il diritto pubblico europeo odierno merita una riflessione al riguardo. Se per un verso il nuovo diritto

---

civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960, Laterza, Roma-Bari, 2012.

[40] C. SCHMITT, *The Nomos of the Earth*, cit., p. 147.

[41] Sulla polemica di Schmitt contro Georges Scelle e il suo costituzionalismo internazionale, vedi P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Edizioni di Comunità, Milano, 1982, p. 202.

[42] M. GOLDMANN, *Hopes of Progress: European Integration in the History of International Law*, in *MPIL Research Paper Series*, 26, 2018, p. 11.

[43] C. SCHMITT, *Glossarium*, cit., p. 250.

[44] M. GOLDMANN, *op. ult. cit*.

pubblico europeo, infatti, si impegna a rispettare il diritto internazionale universale, la solidarietà globale e il rispetto reciproco tra tutti i popoli (articolo 3, paragrafo 5, TUE), dall'altro, non può negarsi che tra i motori che hanno spinto l'integrazione europea vi fu anche il mantenimento della dominazione coloniale [45], obiettivo non estraneo neppure alla vigente legislazione europea sul commercio estero e sugli aiuti allo sviluppo [46].

Il concetto di *Jus Publicum* schmittiano, sebbene superato sotto molti aspetti, resta attuale, specie dopo l'estensione all'est europeo – con la caduta della cortina di ferro – della concezione occidentale di ordine. Nel 1991, Peter Häberle, evocando un nuovo *Jus Publicum Europaeum*, postulò l'avvento di un diritto costituzionale comune europeo [47] e vari progetti relativi a strutture costituzionali comuni di questo tipo ne mutuarono la denominazione, così ad esempio la *Societas Iuris Publici Europaei* e il progetto *Ius Publicum Europaeum* (IPE) [48].

Già nel 1954, Paul Guggenheim, studioso svizzero di diritto internazionale, identificò sia i problemi che le potenzialità di un nuovo diritto pubblico europeo [49]. Quanto al suo contenuto, egli stigmatizzava lo *Jus Publicum Europaeum* come "*un'interpretazione ideologica di numerose norme di diritto internazionale generale*", riferendosi, pur non citandolo, al *Nomos* schmittiano. Allo stesso tempo, Guggenheim presagì che la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) del 1952 avrebbe portato a un vero e proprio *Jus Publicum Europaeum*, da collocarsi tra il diritto internazionale universale e gli ordinamenti giuridici nazionali. Sul potenziale trasformativo di un siffatto diritto europeo, profetizza: "*sarebbe un'ironia non da poco nella storia del mondo se lo Stato sovrano […], che […] rimane il fattore più importante nella struttura politica […] del diritto internazionale, subisse una trasformazione strutturale a causa del fiorire dello* Jus publicum europaeum" [50]. Proprio ciò che è accaduto.

---

[45] B. OLIVI, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea 1948-2000*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 30 ss.

[46] P. DANN-A. HAMMEL, *The Law of Development Cooperation. A Comparative Analysis of the World Bank, the EU and Germany*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 43 ss.

[47] P. HÄBERLE, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 18, 1991, p. 263.

[48] H. SCHÄFFER, *Gründung einer Societas Iuris Publici Europaei (SIPE)*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 58, 2003, pp. 405-406; sul progetto IPE, vedi A. VON BOGDANDY, *Ius Publicum Europaeum* alla pagina https://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-publicum-europaeum.cfm.

[49] P. GUGGENHEIM, *Das Jus publicum europaeum und Europa*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 3, 1954, p. 1.

[50] *Ivi*, p. 14.

B. Nuovi concetti per il nuovo diritto

Per identificare le trasformazioni si devono definire cesure e transizioni [51]. L'istituzionalismo storico concettualizza queste ultime come *snodi critici* [52]. Ci si avvale qui della diversa nozione di *Sattelzeit* proposta da Koselleck. Letteralmente "*tempo della sella*", da intendersi come *soglia epocale* o *età di soglia, fase di transizione cruciale* (*période charnière*). Tale espressione si colloca nella tradizione hegeliana e collega strettamente la storia degli eventi con la storia dei concetti, come fa quest'opera [53].

Gli anni successivi alla sconfitta della Germania nel 1945 costituiscono la prima *soglia epocale* del nuovo diritto pubblico europeo. La fine della Seconda guerra mondiale condusse ai trattati istitutivi, che inaugurarono la prima era di questo nuovo diritto pubblico connotata dal concetto di *comunità di diritto* (*Rechtsgemeinschaft*). La seconda *soglia epocale* iniziò con il crollo del socialismo nel 1989, e culminò col Trattato di Maastricht che diede all'Europa una nuova struttura. In questo torno di tempo, la *comunità di diritto* divenne un'unione politica che nel 2007 affermò l'esistenza di una società europea, secondo i parametri dell'articolo 2 TUE. La crisi finanziaria del 2008 e la vittoria di Viktor Orbán nel 2010 potrebbero aver rappresentato una terza *soglia epocale* [54].

8. La prima *età di soglia*

Secondo l'insegnamento di Schmitt, la sconfitta tedesca rivoluzionò la situazione geopolitica, decretando la fine del vecchio diritto pubblico europeo. E, infatti, a partire dal 1945, le istituzioni più rilevanti del diritto internazionale operarono da New York e Washington. Per decenni la guerra fredda ebbe come protagonisti il Presidente degli Stati Uniti e il Segretario generale

---

[51] In particolare, O. DIGGELMANN, *The Periodization of the History of International Law*, in B. FASSBENDER-A. PETERS (a cura di), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 997.

[52] G. CAPOCCIA, *Critical Junctures*, in O. FIORETOS-T.G. FALLETI-A. SHEINGATE (a cura di), *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 89.

[53] R. KOSELLECK, *Einleitung*, in O. BRUNNER-W. CONZE-R. KOSELLECK (a cura di), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 1*, Klett-Cotta Verlag, Stuttgart, 1972, p. XV.

[54] M. MADSEN, *From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe*, in H. AUST-E. DEMIR (a cura di), *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical and Comparative Perspective*, Elgar, Cheltenham, 2020, p. 21; P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Seuil, Paris, 2020, spec. pp. 227-241.

del Partito Comunista dell'Unione Sovietica. Dagli anni Sessanta, infine, con la decolonizzazione, la rilevanza internazionale degli Stati europei si ridusse ulteriormente. Oggi appare financo anacronistico che Francia e Regno Unito abbiano un seggio permanente nel Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite [55]. Non è un caso che nel volume di Martti Koskenniemi, *Gentle Civilizer of Nations* – la più autorevole storia del diritto internazionale scritta da un europeo – la trasformazione del diritto internazionale dopo la Seconda guerra mondiale sia rappresentata come un declino [56].

Ma quando le vecchie strutture decadono, ne nascono di nuove: così il declino del vecchio diritto pubblico europeo consentì la transizione verso il nuovo. Del resto, lo stesso Koskenniemi non sostiene che l'Europa non svolga più alcun ruolo sotto il profilo del diritto internazionale. Il cambiamento geopolitico e alcune pressioni diplomatiche da parte degli Stati Uniti condussero alla creazione di istituzioni europee originali, in chiaro superamento dell'orizzonte del diritto internazionale prebellico [57]. La Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite iniziò la propria attività nel 1947, mentre l'Organizzazione per la Cooperazione economica europea (OECE) nel 1948 e il Consiglio d'Europa nel 1949 [58]. Il 9 maggio 1950 Robert Schuman, ministro degli esteri francese, chiese "*efforts créateurs*" per l'unificazione europea, 'sforzi creativi' che portarono a concludere il Trattato CECA, nucleo originario dell'attuale Unione europea [59]. Schuman contava su una burocrazia comune e un mercato comune, due potenti strumenti di creazione di una società, come insegnano Hegel e Max Weber [60].

Fino agli anni Settanta del secolo scorso, rimase aperta la questione di quale tra le varie organizzazioni – se mai ve ne fosse stata una – avrebbe dovuto svolgere il ruolo di guida che oggi ha l'Unione europea. "*Non c'era un piano generale*" – scrive un eminente storico studioso dell'integrazione europea – "*gli sviluppi sono stati il risultato di processi storici diversi, con i*

---

[55] A. ZIMMERMANN, *Article 27*, in B. SIMMA *et al.* (a cura di), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 871, par. 278.

[56] M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., pp. 413-480.

[57] L.V. MAJOCCHI, *La difficile costruzione dell'unità europea*, Jaca book, Milano, 1996, pp. 168 ss.

[58] Su tali organizzazioni, vedi la Convenzione di cooperazione economica europea del 16 aprile 1948, lo Statuto del Consiglio d'Europa del 5 maggio 1949, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950.

[59] R. SCHUMAN, *Déclaration du 9 mai*, 1950, https://www.robert-schuman.eu/fr/declaration-du-9-mai-1950.

[60] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1972, pp. 23, 834; trad. it. *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1995.

tipici colpi di scena, processi di apprendimento, vicoli ciechi e nuovi inizi" [61]. Non è così che si immagina una storia del *Weltgeist*.

Certo non sono mancati tentativi di creare una tale narrazione [62]. Ne rappresenta un esempio la decisione dei governi degli Stati membri dell'UE di celebrare la Giornata dell'Europa nell'anniversario della Dichiarazione di Schuman (articolo I-8, quinto comma, del fallito Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (TCE) del 2004). La commemorazione avrebbe dovuto introdurre un rito della società europea e dare origine a un senso di identità paragonabile al Giorno della Bastiglia in Francia, al Giorno della Liberazione dai tedeschi nella Repubblica Ceca, in Francia, in Italia, nei Paesi Bassi e in Slovacchia, al Giorno dell'indipendenza polacca e al Giorno della riunificazione tedesca. In ciascuna di queste occasioni, le società celebrano la loro unità e una transizione determinante.

L'iniziativa di Schuman operò in un contesto assai complesso: l'idea di un ordine di pace europeo duraturo giocò certamente un ruolo decisivo, giustificando l'articolo I-8, quinto comma, TCE, e persino la proposta di beatificazione di Schuman [63], ma giocò un ruolo anche la protezione dei possedimenti coloniali francesi [64]. Allora come oggi, le ragioni che muovono una trasformazione della società europea non sono sempre nobili. Per di più, all'epoca fu chiaro che gli Stati Uniti non avrebbero accettato la strategia iniziale della Francia di indebolire definitivamente la Germania.

Con il beneplacito americano, tali trattati inaugurarono una trasformazione che emancipò il diritto europeo dal diritto internazionale. Naturalmente, alcuni giuristi interpretano ancora l'Unione europea attraverso le categorie del diritto internazionale, e non si tratta soltanto di studiosi 'tradizionalisti', ma anche di studiosi di più ampie vedute [65]. Come intuì Friedmann (cfr. § 3), l'integrazione europea può rappresentare l'esperimento più riuscito di un costituzionalismo democratico oltre lo Stato: non un'utopia,

---

[61] K.K. PATEL, *Project Europe: A History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 13-49, citazione a p. 48; analogamente T. JUDT, *Postwar. A History of Europe Since 1945*, Penguin, London, 2005, p. 8.

[62] A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, cit., pp. 162-169.

[63] Cfr. VATICAN NEWS, *Robert Schuman, Father of European Unity, on Path to Sainthood* (19 giugno 2021), https://www.vaticannews.va/en/pope/news/2021-06/robert-schuman-father-of-european-unity-on-path-to-sainthood.html.

[64] B. OLIVI, *L'Europa difficile*, cit., pp. 30 ss.

[65] J. KLABBERS, *An Introduction to International Organizations Law*, IV ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2022, pp. 14 ss.; B. DE WITTE, *The European Union as an International Legal Experiment*, in G. DE BÚRCA-J.H.H. WEILER (a cura di), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 19.

ma una trasformazione possibile del diritto internazionale [66].

In ogni caso, la trasformazione del diritto europeo dipende dalla sua emancipazione dal diritto internazionale. Ancora una volta, Koskenniemi coglie nel segno, affermando che la politica estera degli Stati Uniti dopo il 1945 limitò fortemente l'autonomia del diritto internazionale. Per contro, l'autonomia del diritto europeo divenne centrale per la comunità di diritto europea. Infatti, l'autonomia del diritto comunitario fu il primo concetto a definire il nuovo diritto pubblico europeo, come elemento fondamentale della comunità di diritto.

9. La *comunità di diritto* di Hallstein

Il concetto di *comunità di diritto europea* è attribuito principalmente a Walter Hallstein. Professore di diritto privato e comparato a Francoforte (con tesi di dottorato sul Trattato di Versailles), fu uno dei principali consiglieri di Konrad Adenauer in politica estera, in particolare sul processo di integrazione europea. In qualità di Segretario di Stato del ministero degli esteri, partecipò a tutti i principali negoziati. Il suo impegno culminò con la nomina a primo presidente della Commissione CEE nel 1958.

Il concetto di *comunità di diritto europea* da lui coniato nel 1962 contribuì alla creazione di una nuova branca del diritto [67]. Molte delle lezioni di diritto europeo, almeno in Germania, si aprono ancora oggi con l'affermazione che l'Europa è una comunità di diritto e, in questa prospettiva, viene inquadrato il diritto europeo, così plasmando la formazione degli studenti. Il termine giuridico è entrato anche nel linguaggio comune e nel discorso politico [68]. Va osservato che il termine tedesco *Rechtsgemeinschaft* presenta una particolare densità semantica, mentre il lemma *communauté/comunità* non ha lo stesso peso teorico nelle lingue romanze (cfr. § 2) [69]. Il concetto di *comunità di diritto*

---

[66] M. GOLDMANN, *Hopes of Progress*, cit., p. 3; vedi anche A. VON BOGDANDY-M. GOLDMANN-I. VENZKE, *From Public International to International Public Law. Translating World Public Opinion into International Public Authority*, in *European Journal of International Law*, 28, 2017, p. 115.

[67] W. HALLSTEIN, *Die EWG-eine Rechtsgemeinschaft 1962*, in T. OPPERMANN (a cura di), *Europäische Reden*, Deutsche Verlags-Anstalt GmbH, Stuttagart, 1979, p. 341.

[68] Cfr. M. STOLLEIS, *Unsere Rechtsgemeinschaft*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (3 giugno 2016).

[69] Per il concetto di *Gemeinschaft*, F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen*, Fues, Leipzig, 1887; sul significato del lemma nella lingua francese, A. VAUCHEZ, *Brokering Europe. Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 75.

come tale non fu elaborato da Hallstein [70], ma egli per primo lo valorizzò in riferimento alla costruzione dell'*Europa* [71]. Ciò costituisce il suo lascito scientifico più significativo. In termini di strategia concettuale, rievoca il mutamento strutturale di Leibholz, aprendo anch'esso nuovi spazi di interpretazione e di attivismo giudiziari (cfr. § 3).

Hallstein non fu l'unico a plasmare il diritto pubblico europeo. Nel lavoro di Antoine Vauchez, *L'Union par le droit*, sono menzionati molti altri giuristi che, nei primi anni Sessanta, contribuirono a rendere una forza trasformatrice il diritto amorfo dei tre trattati istitutivi, elaborando nuove dottrine [72]. La Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite, l'Organizzazione per la cooperazione economica europea o il Consiglio d'Europa non ebbero una evoluzione giuridica comparabile. Proprio questa differenza ha reso l'Unione europea la più rilevante forza trasformativa per una società europea [73], il fulcro del suo sviluppo.

Hallstein legittimò questa comunità di diritto con grande enfasi. Affermò: "*[p]er la prima volta, il diritto sostituirà il potere e la sua manipolazione, l'equilibrio di varie forze, la ricerca dell'egemonia e il gioco delle alleanze*" [74]. Mentre da principio, il concetto di comunità di diritto europea rimase piuttosto vago [75], ben presto, tuttavia, fu arricchito di contenuti da altri giuristi. Il concetto di comunità di diritto venne così compiutamente delineato; esso includeva: l'unità del diritto comunitario (indipendentemente dal fatto che fosse al servizio di tre organizzazioni diverse), la sua autonomia, l'effetto diretto e il primato, le libertà del mercato e i diritti fondamentali, un *corpus* normativo in continua crescita con la Commissione e la Corte di giustizia come custodi. In questo modo, il diritto comunitario divenne una struttura sociale. Hegel avrebbe parlato di spirito oggettivo, Hauriou di istituzioni, Schmitt di ordine concreto e Bourdieu di un nuovo ramo del diritto.

---

[70] Cfr. W. BURCKHARDT, *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts*, II ed., Polygraphischer Verlag, Zürich, 1944.

[71] O. MAYER, *Europa als Rechtsgemeinschaft*, in G.F. SCHUPPERT-I. PERNICE-U. HALTERN (a cura di), *Europawissenschaft*, Nomos, Baden-Baden, 2005, p. 430. Claus-Dieter Ehlermann ha rivelato in un'intervista di aver fornito un supporto accademico nei suoi primi anni alla Commissione.

[72] A. VAUCHEZ, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe* Presses de Sciences Po, Paris, 2013; vedi anche la versione inglese ampliata: A. VAUCHEZ, *Brokering Europe*, cit.

[73] K.K. PATEL, *Project Europe*, cit., p. 40.

[74] W. HALLSTEIN, *Die EWG-eine Rechtsgemeinschaft*, cit., p. 344.

[75] W. HALLSTEIN, *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ, Berlin, 1973, p. 33.

Oggi è indubbio che questo *corpus* normativo ha avuto un effetto trasformativo [76]. Naturalmente, le mere dinamiche interne al mondo giuridico non hanno trasformato da sole le strutture sociali, è stato necessario il concorso delle forze politiche, economiche e sociali. Ma è legittimo sostenere che le innovazioni giuridiche abbiano contribuito a creare l'odierna società europea.

Sessant'anni dopo, il concetto di Hallstein comincia a perdere attualità, disvelando quanto il diritto comunitario si sia sviluppato, o meglio trasformato, nel corso dei decenni. La comunità di diritto di Hallstein si riferiva principalmente alla CEE come organizzazione eminentemente sovranazionale, quasi senza prendere in considerazione gli Stati membri [77]. Le criticità emerse quanto a tenuta dello Stato di diritto in Polonia e in Ungheria rendono evidente la miopia di tale prospettiva (cfr. §§ 26, II.F, III.F).

E non si tratta dell'unico problema. Uno dei meriti della *comunità di diritto* di Hallstein consente di assumere la natura *sui generis* dell'Unione europea, un ibrido tra una semplice organizzazione internazionale e uno Stato federale. L'idea di fondo è che, in virtù dell'originalità del proprio ordinamento, la CEE costituisca una comunità di diritto, a differenza di altre organizzazioni transnazionali con sistemi giuridici più deboli. A differenza di uno Stato, tuttavia, la CEE non aveva poteri coercitivi [78], il che riduceva significativamente la necessità di una legittimazione democratica.

La comunità di diritto di Hallstein è, infatti, una risposta ingegnosa al problema della legittimazione: si avvale della forza legittimante dell'idea di diritto, senza per questo comportare lo specifico onere giustificativo che accompagna la coercizione. Del resto, chi si opporrebbe a una comunità di diritto le cui istituzioni comuni organizzano pacificamente l'Europa e si astengono dalla coercizione? Ma l'Unione di oggi è dotata di strumenti coercitivi (cfr. § 12).

L'accresciuta politicizzazione rappresenta un'altra delle ragioni per le quali il concetto di Hallstein ha perso attualità. Dalla seconda *soglia epocale* le *policy* dell'Unione hanno acquisito una valenza propriamente politica. Dette *policy* si sono politicizzate tanto da fuoriuscire dal perimetro della

---

[76] I testi canonici sono americani: E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 75, 1981, p. 1; J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 2403.

[77] Cfr. F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review*, 56, 1993, p. 19.

[78] W. HALLSTEIN, *Die EWG*, cit., p. 348; I. PERNICE, *Begründung und Konsolidierung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft*, in M. ZULEEG (a cura di), *Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas. Referate zu Ehren von Walter Hallstein*, Nomos, Baden-Baden, 2003, p. 56.

comunità di diritto di Hallstein [79], che si iscriveva nel solco della tradizione di David Mitrany, fondatore del funzionalismo tecnocratico [80]. A dire il vero, la comunità di diritto di Hallstein non si oppone al parlamentarismo e il suo concetto, infatti, è stato utilizzato dalla Corte di giustizia UE per rafforzare il Parlamento europeo [81]. Per Hallstein, tuttavia, il carattere politico della CEE risiede principalmente nella regolamentazione dei processi economici [82]. In altre parole, egli la considerava politica, in quanto legiferava e determinava le politiche europee (si vedano, oggi, gli articoli da 26 a 197 TFUE), non perché dette politiche venissero pubblicamente discusse, contestate o respinte. In definitiva, il concetto di Hallstein non coglie la natura conflittuale della società europea odierna.

Il concetto di Hallstein mostra un altro segno del tempo, considerato che si regge sull'idea che il diritto avrebbe reso l'Europa sempre più unita [83], mentre oggi il diritto europeo è una forza anche divisiva. Basti menzionare i requisiti europei per la politica di bilancio nazionale, la legislazione in materia di immigrazione e rifugiati e il recesso del Regno Unito, causato proprio dalla sua avversione per il diritto europeo. Secondo la comunità di diritto di Hallstein, ogni atto espressione del diritto dell'Unione, in quanto tale, deve essere accolto con favore, il che oggi non è più né realistico né convincente.

In altre parole, la comunità di diritto di Hallstein non riesce a spiegare la conflittualità politica del diritto europeo odierno [84]. Il dibattito pubblico su temi di diritto europeo può determinare gli esiti delle elezioni degli Stati membri e, infatti, ha dato origine a una spaccatura profonda nel sistema europeo dei partiti [85]. La questione cruciale è rappresentata dalla capacità del diritto europeo di mediare i conflitti politici per imprimere svolte costruttive.

---

[79] Per ulteriori dettagli, vedi M. ZÜRN, *Politicization Compared: at National, European, and Global Levels*, in *Journal of European Public Policy*, 26, 2019, p. 977; R. HIRSCHL, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, in *Annual Review of Political Science*, 11, 2008, p. 93.

[80] O. MAYER, *Europa als Rechtsgemeinschaft*, cit., p. 432.

[81] Cfr., ad esempio, CGCE, 23 aprile 1986, *Les Verts c. Parlamento*, causa 294/83, punto 23, che reca testualmente l'espressione "comunità di diritto"; vedi anche M. ZULEEG, *Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 9, 1994, p. 548.

[82] W. HALLSTEIN, *Die Europäische Gemeinschaft*, cit.

[83] *Ivi*, p. 33.

[84] R. DEHOUSSE, *Constitutional Reform in the European Community: Are There Alternatives to the Majoritarian Avenue?*, in *West European Politics*, 18, 1995, p. 124; U. HALTERN, *Europarecht und das Politische*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 104 ss.

[85] M. DAWSON-F. DE WITTE, *From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU*, in *European Law Journal*, 22, 2016, p. 207.

Il concetto di comunità di diritto suggerisce di rispondere alla politicizzazione con più giuridificazione [86], come per esempio con il Patto di stabilità e crescita del 1997. Ma questo approccio è fortemente avversato [87] e, infatti, l'invocazione da parte dei tedeschi della comunità di diritto è spesso interpretata da altri come un paravento dietro al quale celano i loro interessi [88].

In definitiva, sebbene la *comunità di diritto* di Hallstein non consenta più di comprendere adeguatamente il diritto europeo odierno [89], non significa che debba essere del tutto abbandonata: il concetto dottrinale di *comunità di diritto* (per la Corte di giustizia, oggi, di *unione* di diritto) potrebbe ora rievocarsi nel necessario assoggettamento dei poteri pubblici al controllo giurisdizionale (articolo 19 TUE e articolo 47CDFUE) [90] [*]. Questa è effettivamente una caratteristica, insieme ad altre, dell'Unione europea [91]. In ogni caso, il concetto di Hallstein va contestualizzato storicamente e perciò ricondotto a un periodo del processo di europeizzazione ormai concluso. Sul piano del diritto positivo, infatti, gli autori dei Trattati non hanno mai fatto proprio il concetto di *comunità* di diritto. Nella seconda *soglia epocale*, nell'articolo 2 TUE, hanno adottato un concetto molto più forte: *Stato* di diritto (*Rechtsstaat*, *État de droit*, κράτος δικαίου). Si utilizza così un concetto proprio della dimensione statuale.

---

[86] F. SCHORKOPF, *Gestaltung mit Recht. Prägekraft und Selbststand des Rechts in einer Rechtsgemeinschaft*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 136, 2011, p. 323.

[87] M.K. BRUNNERMEIER-H. JAMES-J.P. LANDAU, *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton University Press, Princeton, 2016.

[88] O. POLLICINO, *The European "Market" for Constitutional Ideas: Abuse of a Judicial Dominant Position?*, in *Verfassungsblog* (9 ottobre 2020); S. CASSESE, *The Paths of European Legal Scholarship*, in *Verfassungsblog* (5 ottobre 2020); P. SONNEVEND, *How Not to Become Hegemonial: Self-preservation through Verfassungsdogmatik*, in *Verfassungsblog* (13 ottobre 2020); D. SARMIENTO, *On the Road to German Hegemony in EU Law?*, in *Verfassungsblog* (7 ottobre 2020); D. HALBERSTAM, *Anti-Hegemony and Its Discontents: On Germany in Europe*, in *Verfassungsblog* (14 ottobre 2020).

[89] Non compare, infatti, nel libro di A. JAKAB, *European Constitutional Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

[90] CGUE, 6 ottobre 2015, *Schrems*, causa C-362/14, punto 60.

[*] N.d.c. Si rileva che, mentre il testo inglese utilizza l'espressione "*union based on the rule of law*", il testo italiano utilizza, invece, "*Unione di diritto*".

[91] M. KOTTMANN, *Introvertierte Rechtsgemeinschaft. Zur richterlichen Kontrolle des auswärtigen Handelns der Europäischen Union*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2014, pp. 25 ss., 79 ss., 235 ss. e 296 ss.

10. Il diritto europeo di Mosler

Il diritto europeo non è solo il diritto dell'Unione. La struttura giuridica della società europea poggia su molteplici ordinamenti giuridici, essendo composta dal diritto dell'Unione, dal diritto del Consiglio d'Europa (in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali - CEDU) e, soprattutto, dagli ordinamenti giuridici nazionali [92]. Ciò suggerisce di sviluppare un concetto olistico di diritto europeo [93], come quello proposto da Hermann Mosler.

Per molti il termine *diritto europeo* indica soltanto il diritto dell'Unione europea o, in alternativa, il diritto dell'UE e quello del Consiglio d'Europa [94]. Il concetto di diritto europeo di Mosler è molto più ampio, perché include anche parte del diritto interno degli Stati membri. Si tratta con tutta evidenza di una definizione trasformativa, dato che la distinzione tra diritto interno e diritto internazionale costituisce un fondamento del diritto pubblico [95]. Naturalmente, prima della elaborazione di Mosler erano già state formulate teorie olistiche, come il monismo di Anzilotti e Kelsen e lo *Jus Publicum Europaeum* di Schmitt [96], ma Mosler elabora una concezione olistica modellata sul diritto europeo del dopoguerra [97].

Architetto della *Westbindung* tedesca, Mosler fu giurista di rilievo sia in

---

[92] Si tratta dell'intuizione centrale del pluralismo giuridico europeo. Cfr. D. HALBERSTAM, *Systems Pluralism and Institutional Pluralism in Constitutional Law. National, Supranational and Global Governance*, in M. AVBELJ (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 94 ss.

[93] L'attributo *olistico* descrive il carattere del diritto europeo come comprensivo di diversi ordinamenti giuridici; non si riferisce a una comprensione olistica della società. Cfr. A. VON BOGDANDY-S. DELLAVALLE, *Universalism and Particularism: A Dichotomy to Read Theories on International Order*, in S. KADELBACH-T. KLEINLEIN-D. ROTH-ISIGKEIT (a cura di), *System, Order, and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 482.

[94] In tal senso, B. STIRN-Y. AGUILA, *Droit public français et européen*, Dalloz, Paris, 2021, p. 371.

[95] H. TRIEPEL, *Völkerrecht und Landesrecht*, Hirschfeldt, Leipzig, 1899, pp. 12-22; trad. it. *Diritto internazionale e diritto interno*, UTET, Torino, 1913; P.M. DUPUY, *International Law and Domestic (Municipal) Law*, in R. WOLFRUM (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (online)*, 2011.

[96] D. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Cedam, Padova, 1927; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, F. Deuticke, Leipzig-Wien, 1934, pp. 129 ss.; trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto (1934)*, Einaudi, Torino, 2000; su Schmitt vedi *supra*, § 7.

[97] H. MOSLER, *Begriff und Gegenstand des Europarechts*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 28, 1968, p. 481; H. MOSLER, *European Law – Does it Exist?*, in *Current Legal Problems*, 19, 1966, p. 168. La discussione che segue si basa su A. VON BOGDANDY, *Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace*, in *European Constitutional Law Review*, 14, 2018, p. 675.

ambito accademico che professionale: professore all'Università di Francoforte, consulente di Adenauer e di Hallstein, fu direttore dell'Istituto Max Planck per il diritto pubblico comparato e internazionale. Come riconoscimento dei suoi meriti, nel 1959, venne nominato primo giudice tedesco della Corte europea dei diritti dell'uomo e, nel 1976, primo giudice tedesco della Corte internazionale di giustizia [98]. La sua carriera di giudice internazionale conferma la compiuta integrazione della Repubblica federale nel mondo occidentale.

Mosler elaborò la propria dottrina nel contesto di un duro conflitto tra la visione sovranista di Charles de Gaulle e quella federalista di Walter Hallstein. I primi successi di quest'ultimo portarono i paladini della sovranità nazionale a opporglisi: l'esempio più eclatante è restituito dalla politica della c.d. *chaise vide* adottata dal governo francese dal 30 maggio 1965 al 30 gennaio 1966 per bloccare il passaggio al voto a maggioranza nel Consiglio [99].

Il conflitto tra la visione di Hallstein e quella di de Gaulle si manifestò sotto una molteplicità di profili. L'opera di mediazione compiuta da Mosler si avvale del concetto olistico di diritto europeo, comprendente il diritto comunitario (ora diritto dell'Unione), la CEDU e anche una parte del diritto interno. L'approccio di Mosler fu induttivo e prudente, non incluse nel concetto l'intero ordinamento interno, ma soltanto gli atti nazionali di attuazione e gli atti autonomi degli Stati membri "*emanati in vista degli obiettivi dell'integrazione europea*" [100]. Ciononostante, si trattò di una impostazione trasformativa, perché presuppose un *corpus* normativo composto da diversi ordinamenti giuridici. Lo stesso Mosler riconobbe la radicalità del concetto, ammettendo che faceva "*saltare i confini tra diritto internazionale e diritto interno*" [101].

In che modo il carattere olistico del diritto europeo si ricollega al conflitto politico tra la visione sovranista e quella federalista dell'Europa? La visione di Hallstein – che contemplava istituzioni europee federali – si contrapponeva frontalmente all'*Europe des patries* di de Gaulle. Il concetto di Mosler si colloca a metà strada tra le due visioni, valorizzando entrambi i livelli e il loro scopo comune. In altre parole, Mosler anticipò ciò che sarebbe accaduto nei decenni successivi. Nel 1992, gli autori del Trattato di

---

[98] Su Mosler, vedi F. LANGE, *Between Systematization and Expertise for Foreign Policy: The Practice-Oriented Approach in Germany's International Legal Scholarship (1920-1980)*, in *European Journal of International Law*, 28, 2017, p. 535.

[99] Per approfondimenti, L. VAN MIDDELAAR, *The Passage to Europe: How a Continent Became a Union*, Yale University Press, New Haven-London, 2014, pp. 54 ss.

[100] H. MOSLER, *Begriff und Gegenstand des Europarechts*, cit., p. 500.

[101] *Ibidem*.

Maastricht avrebbero proclamato "*un'unione […] tra i popoli dell'Europa*" (articolo A, secondo comma, TUE, ora articolo 1, secondo comma, TUE; per approfondimenti, si rinvia al § 11). Nel 1996, il concetto di unione costituzionale (*Verfassungsverbund*) di Ingolf Pernice riprese e sviluppò la nozione di Mosler, trasformandola nell'elemento portante del dibattito costituzionale europeo degli anni Novanta del secolo scorso e dei primi anni del ventunesimo [102]. Una delle 'dottrine' più importanti della Corte di giustizia si fonda su questa base. La Corte europea, in un parere del 2011, riconobbe che ogni giudice di ciascuno Stato membro è anche giudice dell'Unione (*Unionsgericht*) o, nella più timida versione inglese, una "*'ordinary' [court] within the European Union legal order*" [103].

Sul piano oggettivo, il concetto olistico di Mosler comprendeva dunque, un *corpus* normativo che trascendeva i singoli ordinamenti giuridici. Sul piano soggettivo, riuniva i parlamentari e tutti gli operatori del diritto degli Stati membri, del diritto dell'Unione e della CEDU. Sotto quest'ultimo profilo, ricomprendeva in particolare i giudici delle corti supreme nazionali, delle corti costituzionali, della CGUE e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Trent'anni dopo, Andreas Voßkuhle, allora presidente del Tribunale costituzionale federale tedesco, coniò l'espressione inglese '*constitutional courts' multilevel cooperation*' [104], riferendosi invero all'originale tedesco *Verbund* (*Verfassungsgerichtsverbund*), che si sarebbe dovuto tradurre *unione di corti costituzionali*. In ogni caso, a prescindere dalla traduzione, il concetto di Voßkuhle evidenzia che gli operatori dei diversi ordinamenti giuridici condividono una comune responsabilità. Naturalmente, essi sono vincolati, innanzitutto, al rispetto dell'ordinamento cui afferiscono. Per tale ragione, la loro responsabilità risulta differenziata, anche le Corti, quindi, avranno responsabilità comuni e differenziate al contempo. Il concetto olistico di diritto europeo consente di comprendere e istruire la complessità del loro ruolo (cfr. § III.E).

Un siffatto concetto coglie quanto avviene nella realtà quotidiana dei rapporti giuridici che si instaurano all'interno della società europea. Assume che il diritto dell'Unione dipende dal diritto nazionale sotto plurimi aspetti,

---

[102] I. PERNICE, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, in *Europarecht*, 31, 1996, p. 27; I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, p. 703.

[103] CGUE, 8 marzo 2011, *Accord sur la création d'un système unifié de réglement des litiges en matière de brevets* (Progetto di accordo per la creazione di un sistema unico di risoluzione delle controversie in materia di brevetti), parere 1/09, punto 80; A. ROSAS, *The National Judge as EU Judge: Opinion 1/09*, in P. CARDONNEL-A. ROSAS-N. WAHL (a cura di), *Constitutionalising the EU Judicial System. Essays in Honour of Pernilla Lindh*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2012, p. 105.

[104] A. VOßKUHLE, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts*, in *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, p. 175.

non ultimo quello di garantire l'efficacia di milioni di rapporti giuridici. Considera, altresì, che molte delle operazioni che si svolgono nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri dipendono da componenti transnazionali del diritto europeo. I corsi universitari integrano sempre di più il diritto nazionale e quello transnazionale [105], riflettendo questa interdipendenza e incidendo sulla socializzazione dei futuri giuristi [106].

Per molto tempo, la dottrina ha studiato questo cambiamento strutturale principalmente nei rapporti tra singolo Stato membro (quello di appartenenza) e Unione europea, cioè nella dimensione verticale. Tuttavia, è ormai chiaro che anche l'intreccio orizzontale degli ordinamenti giuridici degli Stati membri è in trasformazione [107]. Le corti superiori nazionali, un tempo solitarie per definizione, si stanno integrando in reti europee (cfr. §§ III.B, III.D). Al contempo, in accademia, i corsi di diritto europeo comparato hanno sempre maggiore diffusione (cfr. § 74) [108].

11. L'Unione e l'unione

Il concetto olistico di diritto europeo disvela il significato di *unione* e, quindi, in qualche modo anche la finalità dell'integrazione europea. Nel diritto dell'UE si riconoscono l'*Unione* e l'*unione*, due termini correlati, ma non identici, che gli autori dei Trattati distinguono accuratamente indicandoli con la forma maiuscola o minuscola.

Mentre il vocabolo con la lettera maiuscola rappresenta un nome, quello con la lettera minuscola denota un concetto [109]. Gli Stati membri "*istituiscono […] un'Unione*", articolo 1, primo comma, TUE, creando "*un'unione sempre più stretta*", articolo 1, secondo comma, TUE. L'Unione, cioè l'Unione

---

[105] G. SYDOW, *Die Europarechtswissenschaft europäisieren? Überlegungen zur Strukturentwicklung der juristischen Fakultäten und zur Lehre des Europarechts*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, pp. 553-557.

[106] F. SCHORKOPF, *Selbstverständnis und Perspektiven der Europarechtswissenschaft. Eine Rechtswissenschaft für das organisierte Europa*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, pp. 540-541.

[107] I. PERNICE, *La Rete Europea di Costituzionalità. Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 70, 2010, p. 51.

[108] C. GREWE-H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995; A. WEBER, *European constitutions compared*, Hart Publishing, Oxford, 2019; C.D. CLASSEN, *Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union. Eine integrierte Darstellung von 27 Verfassungsordnungen*, Nomos, Baden-Baden, 2021; E. DI SALVATORE (a cura di), *Sistemi costituzionali europei*, Giuffrè, Milano, 2021.

[109] La distinzione emerge chiaramente in CGUE, 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, punto 49.

europea, è solo un elemento, o meglio uno strumento, di una "*unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa*". Questo concetto di unione corrisponde al concetto olistico di diritto europeo e costituisce una struttura di base della società europea.

La versione italiana valorizza il concetto sin dal 1957, con il preambolo del Trattato CEE che dichiara l'obiettivo di creare "*un'unione sempre più stretta*". "*Unione*" è un termine pregnante, al quale ricorrono anche altri ordinamenti continentali, come quella della Costituzione degli Stati Uniti, l'Unione Sovietica e l'Unione Indiana. Potrebbe dipendere da ciò la scelta, che si rinviene nella versione tedesca del Trattato CEE, di utilizzare il termine meno impegnativo *Zusammenschluss* (associazione), che sarà sostituito da *Union* soltanto nel 1992 con il Trattato sull'Unione. Il vocabolo in tedesco è con la lettera maiuscola, perché si tratta di un sostantivo, non perché rappresenta un nome proprio. Anche nella versione olandese dell'articolo 1, secondo comma, TUE non si rinviene il termine "*Unie*" (Unione) ma "*verbond*" (associazione).

Veniamo dunque al concetto di "*unione*", da non confondere con il soggetto giuridico di cui all'articolo 47 TUE, vale a dire l'*Unione*.

Il concetto evoca una "*unione […] tra i popoli dell'Europa*" e, trattandosi dei popoli degli Stati membri, se ne trae che l'unione comprende tali Stati. Di conseguenza, l'unione rappresenta l'insieme, nella sua interezza, di tutti gli Stati membri e dell'Unione europea. Oggi, molti usano questo concetto ampio per riferirsi a tale totalità, in particolare nella comunicazione pubblica o politica [110]. Per contro, la scienza politica e la dottrina giuridica hanno coniato diversi neologismi per riferirsi all'unione, spesso caratterizzati dai termini "*multilivello*" o "*rete*". La dottrina tedesca ha scelto il concetto di "*Verbund*" per descrivere l'insieme del diritto e delle istituzioni nazionali e dell'UE, facendosi carico delle criticità della sua traduzione nelle altre lingue. L'adozione del termine "*unione*" consente di superare ogni ambiguità e di promuovere un discorso europeo comune.

Il termine *unione* di cui all'articolo 1, secondo comma, TUE ha un significato simile a quello del termine tedesco *Gesamtstaat*, che indica la totalità composta dal livello federale e dalle entità federate (*Länder*). Pertanto, nella dimensione europea, il diritto europeo è il diritto di tale totalità, comprendendo il diritto dell'Unione e degli Stati membri.

L'unione di cui all'articolo 1, secondo comma, TUE trascende l'Unione europea, così come il diritto europeo si estende al di là del diritto dell'Unione. Purtuttavia, l'unione deve essere concettualizzata privilegiando il punto di

[110] CHARLEMAGNE, *Ever Farther Union*, in *The Economist* (27 febbraio 2016).

vista del diritto dell'Unione. Il diritto dell'Unione è costitutivo per l'unione come lo è per il diritto europeo, il che non vale invece per gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Come ha dimostrato la Brexit, l'unione non viene meno a seguito del recesso di uno Stato membro. Al contrario, un'unione europea senza l'Unione europea sarebbe un'entità completamente diversa. Lo stesso accadrebbe alla società europea.

Il diritto europeo di Mosler teorizza un'unione di diversi ordinamenti giuridici e ne articola la forte interdipendenza e la stretta interazione. Sebbene risalga al 1968, esso consente di comprendere come la maggior parte dei settori giuridici si sia trasformata nei cinque decenni successivi [111]. Oggi esiste un diritto pubblico europeo che ricomprende diversi ordinamenti giuridici (cfr. §§ I.C-I.E) e, nella stessa forma, un diritto privato europeo delle obbligazioni [112], un diritto europeo di famiglia e delle successioni [113], un diritto processuale civile europeo [114], un diritto del lavoro e sociale europeo [115], un diritto penale europeo [116]. Molte istituzioni statali sono integrate in reti modellate dal diritto dell'Unione e le stesse strutture istituzionali si sono europeizzate [117].

Numerose teorie concettualizzano questo fenomeno [118]: sono stati elaborati i concetti di *Verbund*, di pluralismo giuridico europeo e di *network*, di cooperazione intergovernativa di matrice liberale, di costituzionalismo multilivello e di federalismo europeo [119]. Gli studiosi di diritto amministrativo

---

[111] T. ACKERMANN, *Eine "ungeheure Jurisprudenz"? Die Europarechtswissenschaft und die Europäisierung des Rechts*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, p. 471.

[112] L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LÉON-A.M. MORALES MORENO-E. ROCA TRIAS, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Civitas, Madrid, 2002.

[113] K. BOELE-WOELKI *et al.*, *Principles of European Family Law Regarding Property, Maintenance and Succession Rights of Couples in de facto Unions*, Intersentia, Cambridge, 2019.

[114] A. DE LA OLIVA SANTOS-F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil europeo. Competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 1 ss.

[115] M. SCHLACHTER-H.M. HEINIG, *Europäisches Arbeits-und Sozialrecht*, II ed., Nomos, Baden-Baden, 2020.

[116] A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, III ed., Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2016.

[117] C. GRABENWARTER, *Zusammenfassung der Ergebnisse der vorangegangenen Sitzungen für den XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, in VERFASSUNGSGERICHTSHOF DER REPUBLIK ÖSTERREICH (a cura di), *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa. Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven*, 2014, p. 174.

[118] Sul dibattito tedesco, vedi F. WEBER, *Formen Europas. Rechtsdeutung, Sinnfrage und Narrativ im Rechtsdiskurs um die Gestalt der Europäischen Union*, in *Der Staat*, 55, 2016, p. 151.

[119] A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*, in *Columbia Journal of European Law*, 6, 2000, p. 27;

utilizzano concetti come *Verwaltungsverbund*, *Verwaltungsunion*, *administration mixte*, *coadministration* o *integrated administration* [120], concetti che, per quanto differenti sotto molti aspetti, considerano tutti la interconnessione tra gli ordinamenti giuridici tanto profonda da ri-modellare la loro stessa struttura.

Il concetto di diritto europeo di Mosler comprende non solo il diritto comunitario e degli Stati membri, ma anche la CEDU, inclusa la sua Corte. Ciò significa che la Corte europea dei diritti dell'uomo è essenziale per l'unione, sottoponendo tutti i rapporti di potere al rispetto dei diritti umani, e assumendo la prospettiva della tutela dei diritti come fondamentale per la società europea cui si riferisce l'articolo 2 TUE (cfr. § 57).

Molte costituzioni nazionali adeguano gli standard interni di protezione dei diritti ai parametri fissati dalla CEDU [121]. La Convenzione – come interpretata dalla Corte europea dei diritti – è stata fondamentale soprattutto per la trasformazione democratica degli Stati membri dell'UE del Centro e dell'Est Europa [122]. In coerenza con il concetto di Mosler, l'articolo 6, paragrafi 2 e 3, TUE riconosce la rilevanza giuridica della CEDU per il diritto dell'Unione [123]. Per tale ragione, si assume qui che la Corte di giustizia UE e la Corte europea dei diritti rappresentino due fronti di un'unica trasformazione (cfr. § 59).

La concezione olistica qui adottata, in linea con quella mosleriana, si differenzia da altre concezioni olistiche che cercano di superare la dicotomia tra diritto internazionale e diritto interno, come il monismo di Anzilotti o Kelsen o il diritto transnazionale di Jessup [124], così come le visioni di un

---

R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism: the Changing Structure of European Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2009; C. MÖLLERS, *Die Europäische Union als demokratische Föderation*, Bittner, Köln, 2019.

[120] E. SCHMIDT-AßMANN-B. SCHÖNDORF-HAUBOLD (a cura di), *Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005; C. FRANCHINI, *Les notions d'administration indirecte et de coadministration*, in J.B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHÉRE (a cura di), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 252 ss.

[121] A. STONE SWEET-H. KELLER, *The Reception of the ECHR in National Legal Orders*, in A. STONE SWEET-H. KELLER (a cura di), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 3.

[122] I. MOTOC-I. ZIEMELE (a cura di), *The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe. Judicial Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

[123] F.J. GARCÍA ROCA, *La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Pamplona, 2019, pp. 139-140.

[124] P.C. JESSUP, *Transnational Law*, Yale University Press, New Heaven, 1956; B. KINGSBURY-N. KRISCH-R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005, p. 15.

diritto globale [125], di un diritto dell'umanità [126], di un diritto cosmopolita, di un *droit mondial* [127] o di un *Weltinnenrecht* [128]. Il concetto di Mosler ha un potenziale ricostruttivo di gran lunga superiore a questi approcci, grazie allo straordinario sviluppo del suo oggetto. Soltanto il diritto europeo ha trovato una applicazione giuridica concreta.

Due ulteriori peculiarità connotano questa concezione dell'unione e del diritto europeo. Da un lato, essa si oppone all'approccio tradizionale che spiega tutti i fenomeni giuridici attraverso la lente della sovranità statale [129]. Dall'altro, rifiuta di considerare gli sviluppi europei come un'istanza di *governance* globale, paragonabile a regimi internazionali come quelli dell'Organizzazione mondiale del commercio, delle Nazioni Unite, dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), dell'Associazione delle Nazioni del Sud-est asiatico o del Mercosur. È vero che l'interdipendenza non è un fenomeno puramente europeo, ma un concetto chiave delle relazioni internazionali [130]; tuttavia, non si trova altrove un'unione istituzionale e giuridica che assomigli alla società europea. Le aspettative di una "*comunità globale di giudici*" [131] non si sono concretizzate [132].

Sebbene questa concezione del diritto europeo assuma gli ordinamenti giuridici come strettamente intrecciati, essa non li concepisce come parti di un unico ordinamento giuridico europeo [133]. Alcuni studiosi sostengono un approccio monistico [134], secondo il quale il diritto europeo integrerebbe il

---

[125] C.W. JENKS, *The Common Law of Mankind*, Stevens and Sons, London, 1958.

[126] S. BENHABIB, *The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms*, in S. BENHABIB-R. POST (a cura di), *Another Cosmopolitanism. The Berkeley Tanner Lectures*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 13.

[127] M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, Paris, 1998.

[128] J. HABERMAS, *Der gespaltene Westen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2004, pp. 143, 159 ss.; trad. it. *L'Occidente diviso*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

[129] C. HILLGRUBER, *Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs*, in *JuristenZeitung*, 57, 2002, p. 1072.

[130] R.O. KEOHANE-J.S. NYE, *Power and Interdependence. World Politics in Transition*, Little Brown, Boston-Toronto, 1977.

[131] A.M. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004, p. 100.

[132] A. WIENER-P. LISTE, *Lost Without Translation? Cross-Referencing and a New Global Community of Courts*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 21, 2014, p. 263.

[133] Sul concetto di ordinamento giuridico, D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund. Theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 15-20 e 220-243.

[134] W.D. GRUSSMANN, *Grundnorm und Supranationalität*, in T. VON DANWITZ *et al.* (a cura di), *Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit*, Boorberg, Stuttgart, 1993, pp. 58 ss.; G. LETSAS, *Harmonic Law. The Case against Pluralism*, in J. DICKSON-P. ELEFTHERIADIS (a cura di), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 77.

diritto dell'Unione e quello degli Stati membri, come il diritto tedesco integra il diritto federale e quello regionale (*Länder*) in Germania [135]. Ma l'insistenza dell'autonomia giuridica nazionale nei confronti del diritto dell'Unione si oppone a una fusione di questo tipo [136], e vi si oppone altresì l'esigenza del diritto dell'Unione di presidiare la propria autonomia [137].

La pratica quotidiana costituisce un altro argomento contro la fusione dei diversi ordinamenti giuridici. Nella prassi giuridica europea, ogni atto giuridico deve essere ricondotto a uno specifico ordinamento che ne determina la validità, la legalità, gli effetti giuridici o la legittimità. Nella Repubblica federale tedesca, ogni atto di questo tipo è saldamente inserito nell'ordinamento giuridico federale che è plasmato dalla Legge fondamentale. L'articolo 2 TUE non consente di giungere alla ricostruzione di un simile ordine giuridico europeo. I fenomeni di ulteriore fusione, soprattutto nel Sistema europeo delle banche centrali (articoli 282-283 TFUE), sono rimasti finora un'eccezione.

Pertanto, il concetto olistico di diritto europeo assunto in questa sede non elimina la differenziazione. Esso restituisce piuttosto l'inedita complessità che definisce l'unione dell'articolo 1, secondo comma, TUE, consentendo così di articolare la struttura pluralistica dell'unione e della società europea.

C. Diritto pubblico senza statualità

12. Il superamento di un dogma

Il diritto pubblico europeo organizza la società europea, ma non uno Stato europeo. L'europeizzazione ha dato vita a potenti istituzioni pubbliche europee non considerate alla stregua di organismi statali. In questo modo, il diritto pubblico ha reciso il legame che lo univa indissolubilmente alla statualità, il che implica una profonda trasformazione concettuale.

In primo luogo, è importante sottolineare che l'Unione europea non è considerata uno Stato, e ciò benché una statualità europea sia presente nella mente degli europei da secoli. Molti hanno inteso l'integrazione

---

[135] F. OSSENBÜHL, *Rechtsquellen*, in H. KUBE *et al.* (a cura di), *Leitgedanken des Rechts. Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg-Hamburg, 2013, p. 317.

[136] Sull'autonomia del diritto UE, vedi N. NIC SHUIBHNE, *What is the Autonomy of EU Law, and Why Does that Matter?*, in *Nordic Journal of International Law*, 88, 2019, p. 9.

[137] CGUE, 18 dicembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH* (Adesione alla CEDU), parere 2/13.

europea come il processo di costruzione di uno Stato. Churchill evocò uno Stato federale europeo nel discorso di Zurigo del 1947, uno dei più celebri eventi della prima *età di soglia* dell'integrazione europea [138]. Non si trattava però di un semplice progetto del conservatore britannico. Invero, un progetto di Stato federale ispirò in egual misura il programma della sinistra italiana e della giovane Unione cristiano-democratica tedesca (CDU) [139], mobilitò la società [140], e fu presto istituzionalizzato (cfr. § 8). Già negli anni Cinquanta, a proposito della CECA, Jean Monnet dichiarò: "*gli Stati Uniti d'Europa hanno avuto inizio*" [141]. E nel 1969, Walter Hallstein affermò che era sorto uno Stato federale europeo anche se "incompiuto" [142].

Considerato che nei decenni successivi l'Europa ha continuato a integrarsi in modo straordinario, dovremmo sorprenderci di quanto l'idea di statualità europea si sia affievolita [143]. La natura di Stato federale dell'odierna Unione europea, infatti, si potrebbe assumere muovendo dal consolidato concetto di statualità. Il diritto pubblico europeo sarebbe allora il diritto di quello Stato; sarebbe il diritto dello Stato, o *Staatsrecht* per usare un concetto tedesco.

L'Unione europea soddisfa tutti gli elementi convenzionali della statualità: territorio, cittadini e autorità [144]. Naturalmente, l'Unione è diversa dagli Stati Uniti, dall'Unione Indiana, dall'Unione Sovietica o dalla Repubblica federale tedesca. Ma i criteri per la statualità sono flessibili, come dimostra il caso della Bosnia-Erzegovina. Quest'ultima è considerata uno Stato anche se fondata da un trattato internazionale e sottoposta alla vigilanza di un organismo internazionale; è suddivisa in repubbliche e costituita da

---

[138] W. CHURCHILL, *European Unity. "Something That Will Astonish You", Zurich, 19 September 1946*, in D. CANNADINE (a cura di), *The Speeches of Winston Churchill*, Penguin Books, London, 1990, p. 309.

[139] Per approfondimenti, vedi A. BANCE, *The Idea of Europe: From Erasmus to ERASMUS*, in *Journal of European Studies*, 22, 1992, pp. 10 ss.

[140] M.G. LOSANO, *Una "rivoluzione federale europea" alla fine della Seconda guerra mondiale*, in U. CAMPAGNOLO (a cura di), *Verso una costituzione federale per l'Europa. Una proposta inedita del 1943*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 3.

[141] J. MONNET, *Les États-Unis d'Europe ont commencé: la communauté européenne du charbon et de l'acier. Discours et allocutions 1952-1954*, Laffont, Paris, 1955.

[142] W. HALLSTEIN, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Econ, Dusseldorf-Wien, 1969.

[143] Ma non è mai scomparso, come dimostra il famoso discorso di Humboldt del Ministro degli Esteri tedesco Fischer: J. FISCHER, *Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*, in *Bulletin der Bundesregierung*, 29-1, 24 maggio 2000.

[144] G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen (1882). Herausgegeben und eingeleitet von Walter Pauly*, Keip Verlag, Goldbach, 1996, pp. 179 ss.

popoli tra loro ostili [145]. L'Unione europea, dunque, rassomiglia molto di più a uno Stato sotto tutti e tre gli aspetti.

Fin dal 1968, la CEE istituì un *territorio* doganale europeo [146] e, da allora, tutte le merci devono attraversare una frontiera esterna, fisica e controllata, che delimita uno *spazio* unico (articolo 29 TFUE, articolo XXIV dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT)). Questo distingue lo spazio europeo dai concetti di spazio giuridico globale, dagli spazi virtuali o dagli spazi deterritorializzati di diritto privato [147]. Il passo successivo, nel 1987, fu l'istituzione di un mercato *interno* come spazio economico unico (articolo 26, paragrafo 2, TFUE).

Il Trattato di Amsterdam del 1997 estese questa logica alla circolazione delle persone [148], e il Trattato di Lisbona del 2007 ha istituito uno spazio interno (*space*, *espace*, *Raum*) di libertà, sicurezza e giustizia. Il Codice delle frontiere di Schengen, un atto legislativo dell'UE, regola l'ingresso di cittadini di Stati terzi [149]. Anche durante la pandemia da Covid-19, quando gli Stati membri hanno riattivato i controlli alle frontiere, il principio di uno spazio senza confini non è mai stato messo in discussione [150], e tutti gli impedimenti sono stati considerati eccezionali e transitori.

La territorialità europea ha trasformato quella degli Stati membri, i cui confini sono divenuti costruzioni comuni di ordinamenti giuridici interconnessi, tanto che la loro protezione rappresenta ora una responsabilità comune (articolo 7 del Regolamento Frontex 2019/1896) [151]. Gli europei di Haarlem,

---

[145] Sulla Bosnia-Erzegovina, vedi C. GREWE, *Constitutional Jurisdiction in Ex-Yugoslavia in the Perspective of the European Legal Space*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 74-75.

[146] Nell'attuale Codice doganale si tratta dell'articolo 4 del Regolamento (UE) 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 ottobre 2013, che istituisce il Codice doganale dell'Unione.

[147] K. GÜNTHER-S. KADELBACH, *Recht ohne Staat?*, in K. GÜNTHER-S. KADELBACH (a cura di), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Campus Verlag, Frankfurt-New York, 2011, pp. 10 ss.

[148] Comunicazione della Commissione su un nuovo patto sulla migrazione e l'asilo (COM(2020) 609 final, 23 settembre 2020).

[149] Regolamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (Codice delle frontiere di Schengen).

[150] M. MÜLLER, *Die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie*, in W. WEIDENFELD-W. WESSELS (a cura di), *Jahrbuch der Europäischen Integration 2020*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 59.

[151] D. FERNÁNDEZ-ROJO, *EU Migration Agencies. The Operation and Cooperation of FRONTEX, EASO and EUROPOL*, Elgar, Cheltenham, 2021.

Helsinki, Heidelberg o Huelva ora riconoscono Evros, in Grecia, come il loro confine esterno, invero più effettivo di molti altri confini di Stato [152].

Tutto considerato, si può quindi ritenere esistente una territorialità europea, e il termine 'territorio' dell'Unione, infatti, si rinviene nel Trattato (articolo 153, paragrafo 1, lettera *g*, TFUE), che ne prevede la difesa (articolo 42, paragrafo 7, TUE). Naturalmente, è lecito chiedersi se l'Unione sia in grado di difendersi da sola, per esempio di fronte a una aggressione russa, ma se fosse questo il criterio per determinare la sussistenza della statualità, nessuno Stato in Europa lo avrebbe soddisfatto tra il 1945 e il 1991, salvo l'URSS (cfr. § 14).

La statualità richiede cittadini, sudditi, nazionalità, popoli. Quanto alla cittadinanza europea, come è noto, essa fu riconosciuta fin dall'origine: già nel 1951, Walter Hallstein si avvalse di tale concetto per descrivere la libera circolazione dei lavoratori [153] e, nel 1964, Ipsen e Nicolaysen coniarono il concetto di cittadinanza di mercato [154], criticato in quanto forma apolitica di cittadinanza. Gli europei divennero cittadini nel 1979, con le prime elezioni dirette del Parlamento europeo. Dal 1993 il Trattato definisce cittadini dell'UE gli elettori in coerenza con il pensiero di Altiero Spinelli, pioniere del federalismo europeo [155].

All'epoca, taluni guardarono alla cittadinanza europea con scetticismo [156]. Tuttavia, ben presto i suoi effetti divennero tangibili e gli studiosi più lungimiranti [157], insieme alla Corte di giustizia, la valorizzarono sotto il profilo sociale, elaborando dottrine atte a considerare gli europei veri cittadini, non meri operatori del mercato comune. Il Trattato di Lisbona ha posto la

---

[152] V. MORENO-LAX, *Accessing Asylum in Europe: Extraterritorial Border Controls and Refugee Rights under EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 38; J. OLTMER, *Die Grenzen der EU. Europäische Integration, "Schengen" und die Kontrolle der Migration*, Springer, Wiesbaden, 2021, p. 1.

[153] W. HALLSTEIN, *Der Schuman-Plan. Nachschrift des am 28. April 1951 in der Aula der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main gehaltenen Vortrags*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1951, p. 18.

[154] H.P. IPSEN-G. NICOLAYSEN, *Haager Kongreß für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 17, 1964, p. 340.

[155] Risoluzione del PE del 14 febbraio 1984 su un trattato che istituisce l'Unione europea; S. PISTONE, *Altiero Spinelli and the Strategy for the United States of Europe*, in L. LEVI (a cura di), *Altiero Spinelli and Federalism in Europe and in the World*, Franco Angeli, Milano, 1990, p. 133.

[156] J.H.H. WEILER, *Citizenship and Human Rights*, in J.A. WINTER *et al.* (a cura di), *Reforming the Treaty on European Union. The Legal Debate*, Kluwer, The Hague, 1996, p. 65.

[157] J. SHAW, *Citizenship of the Union. Towards a Post-National Membership?*, in ACADEMY OF EUROPEAN LAW (a cura di), *Collected Courses of the Academy of European Law. Vol. 6. Book 1*, Kluwer, The Hague, 1998, p. 237.

cittadinanza dell'UE al centro della democrazia europea (articolo 9 TUE; cfr. § 42), postulando altresì il relativo *singolare collettivo*: la società europea dell'articolo 2 TUE (cfr. § 2).

La cittadinanza dell'UE non è indipendente, essa si consegue e si aggiunge alla cittadinanza degli Stati membri (articolo 9, secondo periodo, TUE). Tuttavia, poiché la cittadinanza opera in modo analogo in altre federazioni, questa dipendenza non inficia la statualità europea [158]. Lo stesso può affermarsi per la mancanza di un popolo europeo (cfr. § 42). Persino negli Stati Uniti v'è chi interpreta l'espressione "*popolo*", contenuta nella Costituzione federale, come riferita ai popoli dei singoli Stati; secondo questa lettura anche l'Unione degli Stati Uniti non ha un popolo [159].

Il terzo elemento convenzionale della statualità è l'autorità, e anche tale elemento è ben sviluppato a livello federale europeo: i Trattati europei delineano un legislatore, potenti organi esecutivi (la Commissione, la Banca Centrale Europea e varie agenzie) e una Corte forte. Tali istituzioni possono imporre la loro volontà, avvalendosi di un efficace apparato sanzionatorio [160]. Dal 2021 esiste anche una procura europea [161] e le violazioni del diritto dell'UE da parte degli Stati possono comportare enormi perdite finanziarie [162]. I cittadini greci possono certo testimoniare il potere delle istituzioni europee nella loro gravissima crisi finanziaria del 2015 [163]. Si aggiunga che, a livello internazionale, quasi tutti i governi del mondo riconoscono come

---

[158] V.C. JACKSON, *Citizenship and Federalism*, in T.A. ALEINIKOFF-D. KLUSMEYER (a cura di), *Citizenship Today. Global Perspectives and Practices*, Carneige endowment for international peace, Washington DC, 2001, p. 182.

[159] USSC, *U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton*, 514 U.S. 779, 846 n. 1 (1995) (Thomas, J., dissenting). Vedi anche D.J. MAHONEY, *Preamble*, in L.W. LEVY-K.L. KARST-D.J. MAHONEY (a cura di), *Encyclopedia of the American Constitution*, Collier Mcmillan Publishers, London, 1986, p. 1435 (notando che la parola "popolo" stava per i popoli dei singoli Stati perché non era chiaro, al momento della stesura della Costituzione, quali Stati avrebbero fatto parte dell'Unione quando la Costituzione sarebbe entrata in vigore).

[160] S. BITTER, *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union. Der Begriff und seine Funktion im europäischen Rechtsschutzsystem*, Springer, Heidelberg, 2011, pp. 121 ss.

[161] Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea (EPPO).

[162] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione; J. ŁACNY, *The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020 – Is it all About the Money?*, in *The Hague Journal on the Rule of Law*, 13, 2021, p. 1.

[163] Comunicato stampa della BCE del 28 giugno 2015, *ELA to Greek Banks maintained at its current level*, https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150628.en.html; Comunicato stampa della BCE del 6 luglio 2015, *ELA to Greek Banks Maintained*, https://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2015/html/pr150706.en.html.

ambasciatore il diplomatico a capo della delegazione dell'UE [164], e l'ambasciatore è di regola l'inviato di un sovrano, di uno Stato.

Ciò che manca all'autorità dell'Unione sono mezzi propri di coercizione fisica, non avendo l'Unione né agenti di polizia né soldati. Ma c'è da considerare che è stata istituita Frontex, vale a dire un'agenzia [165] autorizzata a usare "*la forza, inclusi il porto e l'uso delle armi d'ordinanza, delle munizioni e dell'equipaggiamento*" (articolo 82, paragrafo 8, Regolamento Frontex), che fornisce squadre per la gestione delle frontiere (articolo 2, paragrafo 18, Regolamento Frontex), per la gestione della migrazione (articolo 2, paragrafo 19 e articolo 40 Regolamento Frontex) e per il rimpatrio (articolo 2, paragrafo 29 e articolo 52 Regolamento Frontex). Più in generale, l'articolo 4, paragrafo 3, TUE obbliga gli Stati membri a far rispettare il diritto dell'Unione alla stessa stregua del diritto nazionale, di tal che per l'individuo il diritto dell'Unione è vincolante e coercitivo quanto il diritto interno.

In conclusione, sussistono buone ragioni per concepire l'Unione europea come uno Stato federale [166]. L'idea di uno Stato europeo non è svanita per mancanza di evidenze in tal senso, ma a causa di un dogma che contiene una grande verità: non esiste una volontà generale tesa a fondare uno Stato federale europeo [167].

E, infatti, nonostante gli evidenti elementi a sostegno della statualità europea, la maggioranza degli europei non è stata pronta a riconoscerla [168]: il Trattato costituzionale del 2004 – che ben avrebbe potuto essere interpretato come espressione di una siffatta volontà [169] – è fallito. Sul piano ricostruttivo, la dottrina giuridica deve tenerne conto, e qui se ne terrà conto, dato che in una società democratica, forme di statalizzazione 'furtiva' non sono auspicabili.

La terminologia è importante. Gli attuali Trattati non si aprono con l'espressione "*We the people*", ma con il Re dei Belgi e, infatti, nell'articolo

---

[164] J. WOUTERS-S. DUQUET, *The EU and International Diplomatic Law: New Horizons?*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 7, 2012, pp. 44-45.

[165] Regolamento (UE) 2019/1896 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2019, relativo alla guardia di frontiera e costiera europea e che abroga i Regolamenti (UE) 1052/2013 e (UE) 2016/1624.

[166] F. SCHORKOPF, *Der europäische Weg. Geschichte und Gegenwart der Europäischen Union*, III ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, p. 223.

[167] J.M. FERRY, *La question de l'État européen*, Gallimard, Paris, 2000, spec. pp. 277 ss.

[168] COMMISSIONE EUROPEA, *Eurobarometro standard 79 – Public Opinion on the European Union* (primavera 2013); V. GISCARD D'ESTAING, *Rapport oral présenté au conseil européen de Thessalonique, le 20 juin 2003* (2003).

[169] A. VON BOGDANDY, *The Prospect of a European Republic. What European Citizens Are Voting For*, in *Common Market Law Review*, 42, 2005, p. 913.

1, primo comma, TUE si legge: "*le Alte Parti contraenti istituiscono tra loro*" un'Unione europea. I Trattati rispettano quindi la linea rossa tracciata per evitare di realizzare la statalizzazione dell'Unione [170], come dimostrano anche le disposizioni che dispongono il procedimento di modifica dei Trattati (es. l'articolo 48 TUE, che lascia inalterate le competenze degli Stati membri), la rigida e parca costituzione finanziaria e la mancanza di coercizione federale nei confronti degli Stati membri [171].

La rinuncia alla statualità europea può contare su buone ragioni giuridiche che vanno oltre il rispetto del processo democratico, consente di evitare il processo di formazione di uno Stato continentale, con tutti i relativi prevedibili costi e pericoli, non ultimo la possibile violenza di chi vi si opporrebbe.

Sembra più fecondo concepire l'europeizzazione come il superamento hegeliano, cioè come la conservazione delle conquiste degli Stati nazionali e, allo stesso tempo, l'addomesticamento del loro potenziale distruttivo [172]. Il concetto di società europea – nonostante sia un singolare collettivo simile a Stato, popolo o nazione – richiede meno omogeneità o identità (cfr. §§ 31-33). Si tratta di una straordinaria e liberatoria conquista di civiltà, perché significa che l'Unione non ha bisogno di una grande narrazione o di un'ideologia condivisa come molti ritengono necessario, invece, per uno Stato [173].

Il diritto pubblico europeo opera, quindi, sulla base di una differenziazione concettuale: solo gli Stati membri sono Stati, mentre l'Unione europea (cfr. § 11) non lo è. Il diritto pubblico europeo, pertanto, deve essere teorizzato senza una statualità europea.

Non necessariamente sarà sempre così. Non è dato prevedere le reazioni a gravi crisi economiche, conflitti civili, catastrofi ecologiche o aggressioni militari. I progetti per uno Stato continentale sono sul tavolo [174]. Non si tratta del mero auspicio di accademici sognatori strenui sostenitori del federalismo, lo dimostra il discorso alla Sorbona di Emmanuel Macron nel 2017 [175].

---

[170] BVerfGE 123, 267, *Lissabon (Lisbona)*, parr. 179, 232 ss. e 244 ss.

[171] Per una analisi di uno dei protagonisti, vedi G. AMATO, *From the Years of the Convention to the Years of Brexit. Where Do We Go from Here?*, in N.W. BARBER-M. CAHILL-R. EKINS (a cura di), *The Rise and Fall of the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2019, pp. 13-14.

[172] 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, Cambridge, 2003, p. 7.

[173] A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, cit., p. 197.

[174] U. GUÉROT, *Warum Europa eine Republik werden muss! Eine politische Utopie*, Dietz, Bonn, 2016, pp. 81 ss.; G. VERHOFSTADT, *Europe's Last Chance. Why the European States Must Form a More Perfect Union*, Basic Books, New York, 2017, pp. 229 ss.

[175] Su tale discorso, vedi J.P. JACQUÉ, *Deux discours, une vision?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 53, 2017, p. 629; C. VIEILLEDENT, *Deux voix pour l'Europe. Pour une relance de l'Union*

13. La trasformazione della sovranità

Il concetto di sovranità si è trasformato insieme a quello di Stato. Per lungo tempo, esso ha sorretto la concezione tradizionale tanto di Stato, come di ordine internazionale, di diritto pubblico interno e di diritto pubblico internazionale. Sia per Hegel che per Jellinek tutti ciò è spiegato dalla sovranità e sulla base della sovranità [176]. Da questo punto di vista, la sovranità fonda tutto il diritto sulla volontà dello Stato e pone il potere dello Stato al di sopra di tutte le altre sfere sociali [177]. In quanto sovranità *del popolo*, essa pone il principio democratico a fondamento dell'intero ordinamento giuridico [178]. Rivolta verso l'esterno, invece, in quanto sovranità di *diritto internazionale*, essa preserva lo Stato, riservando alla sua volontà l'assunzione degli obblighi internazionali. Questa concezione di sovranità plasma perciò sia il diritto pubblico interno sia il diritto pubblico internazionale, ma lo fa in modi opposti: il diritto pubblico interno sostiene una struttura verticale di autorità, mentre il diritto internazionale permette l'esistenza di una struttura orizzontale di cooperazione.

Gli accadimenti descritti nel § 12 hanno minato le fondamenta della concezione tradizionale di sovranità, la sentenza Lisbona resa nel 2009 dal Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht* ne restituisce evidenza. Il Secondo Senato, infatti, pone la sovranità in primo piano, riaffermando con fermezza la sovranità tedesca. Ma allo stesso tempo circoscrive la sua portata alla protezione di aspetti essenziali dell'ordinamento costituzionale tedesco, individuando quei settori che non possono essere rimessi alla politica europea. Quindi anche il 'sovranismo' del Secondo Senato adotta una concezione molto ristretta di sovranità, ben lontana dai concetti di Hegel e Jellinek.

Sebbene trasformato, il concetto di sovranità resta essenziale, specie per difendersi dai timori di una dominazione straniera. Molte società, soprattutto nell'Europa centrale e orientale, ricordano ancora vividamente e

---

européenne, in *Futuribles*, 423, 2018, p. 7; W.T. EIJSBOUTS-J.H. REESTMAN, *European Sovereignty*, in *European Constitutional Law Review*, 14, 2018, p. 1.

[176] G. JELLINEK, *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, cit., p. 36; G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, par. 278; trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), Bompiani, Milano, 2006.

[177] A. RANDELZHOFER, *Staatsgewalt und Souveränität*, in J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II Verfassungsstaat*, C.F. Müller, Heidelberg, 2004, par. 17, nn. 25 ss. e 35 ss.

[178] H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats-und Völkerrechtsm*, Gruyter & Co, Berlin-Leipzig, 1927, pp. 70 ss.; D. GRIMM, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin University Press, Berlin, 2009, pp. 35 ss.; trad. it. *Sovranità: origine e futuro di un concetto chiave*, Laterza, Bari-Roma, 2023.

dolorosamente le epoche della dominazione ottomana, asburgica, russa, tedesca e sovietica. Strumentalizzando questi ricordi, alcuni governi si oppongono agli obblighi discendenti dall'appartenenza all'UE, denunciandoli come espressione di dominio straniero, dunque inaccettabili per la sovranità nazionale [179]. Per contrastare queste rappresentazioni, l'Unione deve dimostrare le sue 'credenziali' democratiche e proteggere l'Europa dal dominio dell'America, della Cina, della Russia o di qualsiasi Stato membro.

Il concetto di sovranità, come quello di identità (cfr. § 27), sovente caratterizza progetti considerati populisti [180]. Per tale ragione, sia dal punto di vista concettuale che politico, l'evocazione da parte di Macron della sovranità rispetto al progetto europeo sembra avveduta [181]. Come nel caso dell'identità, tuttavia, anche questo tentativo potrebbe contribuire ad accreditare il pensiero schmittiano.

14. *Il concetto di 'politico'* di Schmitt

Per Schmitt, il diritto pubblico senza Stato (e sovranità) è impossibile o distopico. Ciò deriva dalle condizioni che egli postula per l'esistenza di un diritto pubblico. Schmitt elabora la nota tesi secondo cui soltanto lo Stato nazionale è in grado di fornire il consenso e la lealtà necessari a un ordine sociale stabile. In tale ottica, il presente lavoro potrebbe ritenersi un'impresa inutile, se non addirittura perniciosa. Ma si dimostrerà che la tesi schmittiana, pur suggestiva, non è affatto persuasiva.

La tesi è elaborata da Schmitt in *Il concetto di 'politico'* [182], un'opera giuridica tra le più note e influenti [183], ove si sostiene che una comunità politica esige omogeneità sociale per poter funzionare, che una comunità politica è in conflitto con altre comunità e che pertanto un ordinamento che si estende oltre una comunità omogenea è necessariamente precario. Questi assunti non sostengono necessariamente modelli autoritari di governo (cfr. § 4). Tuttavia, impongono di concepire il diritto pubblico europeo a partire dalla

---

[179] Su tali accuse, P.M. KACZYŃSKI, *Is the European Union Truly Like the Soviet Union?*, in *Euractiv* (8 febbraio 2021).

[180] P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme*, cit., spec. p. 10.

[181] J.P. JACQUÉ, *Deux discours, une vision?*, cit., p. 629; C. VIEILLEDENT, *Deux voix pour l'Europe*, cit., p. 7; W.T. EIJSBOUTS-J.H. REESTMAN, *European Sovereignty*, cit.

[182] C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit.

[183] L'idea di fondo si trova già in H. MORGENTHAU, *Die internationale Rechtspflege, ihr Wesen und ihre Grenzen*, Noske, Leipzig, 1929, p. 69; cfr. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., p. 436.

prospettiva degli Stati membri, salva la formazione di uno Stato europeo [184]. Si tratta di una questione cruciale, che emerge anche nel contesto dell'identità collettiva (cfr. § 32) e della democrazia europea (cfr. §§ 40-43), e che esige di essere discussa e confutata.

Il concetto di 'politico' di Schmitt radicalizza l'approccio incentrato sullo Stato nazionale, postulando il conflitto duro come il perno del diritto pubblico: "*il concetto di Stato presuppone quello di 'politico'*" [185]. Si tratta del noto passo che suggerisce che il diritto pubblico nazionale (come il diritto pubblico internazionale) deve essere compreso, interpretato e applicato nella logica del conflitto. Schmitt definisce il concetto di politico in termini *modali* e *fenomenici*, ossia come la *più intensa* di tutte le relazioni umane [186]: in politica, l'altro è amico o nemico [187].

Schmitt avanza innanzitutto un argomento antropologico a sostegno del primato del conflitto violento, stante l'aggressività innata degli esseri umani [188] o, più precisamente, degli uomini, poiché le donne non rivestono alcun ruolo nella sua teoria. In *Il concetto di 'politico'*, è assunta come valida "*la constatazione stupefacente e per molti versi sicuramente inquietante che tutte le categorie politiche in senso proprio presuppongono l'uomo come 'cattivo'*" [189]. L'aggressività così postulata risulta un presupposto ontico, ma è anche apprezzata data la sua dinamica creativa: rappresenta anche un valore.

La seconda argomentazione di Schmitt è di natura epistemica: solo analizzando situazioni eccezionali si può ottenere una reale comprensione. Egli ammette che le lotte per la vita e la morte non sono onnipresenti ma, piuttosto, sono rare. Tuttavia, sono quelle che contano: il fatto che un caso "*si verifichi solo eccezionalmente non inficia il suo carattere determinante, anzi lo conferma ancora di più*" [190].

Questo approccio ha conseguenze profonde sulla nozione di diritto pubblico. L'autorità di governo è un elemento centrale del diritto pubblico

---

[184] C. SCHMITT, *Hugo Preuß. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, pp. 14-17.

[185] C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 101.

[186] E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der Begriff des Politischen as Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts*, in H. QUARITSCH (a cura di), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, pp. 284 ss.

[187] C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., pp. 110 ss.

[188] *Ivi*, p. 146.

[189] *Ibidem*.

[190] *Ivi*, p. 118; il testo centrale è C. SCHMITT, *Political Theology (1922)*, University of Chicago Press, Chicago, 2005, pp. 1 ss.

nazionale, su cui si concentra l'opera del 1932. Schmitt sostiene un'interpretazione della Costituzione di Weimar che consente un esecutivo forte con poteri potenzialmente dittatoriali. Schmitt afferma che il pluralismo appartiene alla sfera internazionale, non alla politica interna. Anzi, sostiene che il pluralismo interno, sia esso di natura sociale o politica, ponga in pericolo la stessa esistenza dello Stato.

L'opera di Schmitt giunge a conclusioni analoghe anche in relazione al diritto internazionale. Le organizzazioni internazionali possono fornire un'utile opportunità per i negoziati interstatali, ma non più di questo [191]. Nell'ottica schmittiana, infatti, non può esistere un diritto pubblico internazionale, transnazionale o europeo che autorizzi le istituzioni, internazionali, transnazionali o europee, a promuovere il bene comune, internazionale, transnazionale o europeo. Egli considera tali istituzioni, come l'allora Società delle Nazioni, strumenti di politica estera di Stati potenti [192]. È così che Marine Le Pen e Matteo Salvini hanno descritto l'Unione europea negli ultimi anni: come uno strumento nelle mani dei politici tedeschi, piegato ai loro interessi [193].

In tal modo Schmitt rinnova la vecchia visione del mondo, connotata dal particolarismo, in rapporto a un'epoca caratterizzata dalla democrazia di massa e dall'interdipendenza internazionale. Egli riformula gli assunti particolaristici presenti nel pensiero politico da duemila anni: il primato della politica estera, la debolezza di un ordine internazionale basato su regole, l'onnipresenza del conflitto, la necessità della *leadership* e l'omogeneità come precondizione dell'ordine interno, nonché il richiamo all'eroismo, al sacrificio e alla comunità e, da ultimo, il malcontento per una società mercificata e meccanizzata [194]. *Il concetto di 'politico'* di Schmitt consente una più piena comprensione di siffatte nozioni e del ruolo che esse giocarono nel plasmare il diritto nel 1932 come nel 2020. Le tesi schmittiane sono tuttora da taluni condivise, anche se raramente nella loro radicalità.

Il concetto di 'politico' non affronta la questione dell'ordine europeo. Durante la Seconda guerra mondiale, all'epoca delle conquiste tedesche, Schmitt teorizzò un ordine internazionale basato sui *Großräume*, che scomparvero dai

---

[191] C. SCHMITT, *Il concetto dl 'politico'*, cit., p. 141.

[192] *Ivi*, pp. 140 ss.

[193] M. LE PEN, "*L'Union européenne est dirigée par l'Allemagne […] L'euro, la monnaie européenne, est calquée pour l'Allemagne. Elle a été fabriquée par l'Allemagne et pour l'Allemagne*", servizio televisivo su France 2 (Télé Matin), 15 maggio 2014; M. SALVINI, "*L'euro è stato un errore, si è avvantaggiata solo la Germania*", servizio televisivo su Rete 4, 26 maggio 2020.

[194] C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen. Vorwort von 1971 zur italienischen Ausgabe*, in H. QUARITSCH (a cura di), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*, cit., pp. 269-274 e spec. pp. 271-272.

suoi scritti dopo la sconfitta della Germania. Dopo il 1945, Schmitt non formulò alcuna proposta per la costruzione dell'Europa.

Nonostante ciò, è opportuno indugiare sui fondamenti sui quali si regge il suo pensiero. Contrariamente alle premesse antropologiche schmittiane, un'abbondante letteratura psicologica, sociologica e antropologica ha dimostrato che il comportamento cooperativo è comune tanto quanto quello conflittuale [195]. Questo vale anche per l'argomento epistemico, secondo cui solo il caso eccezionale rivelerebbe il "*nocciolo della questione*" [196]: benché sia indubbio che lo studio delle circostanze eccezionali, dei momenti di transizione o degli snodi critici fornisca l'occasione di una più profonda comprensione, ciò non può prescindere dal fatto che non v'è eccezione senza normalità e che non può esistere un primato epistemico in una relazione di reciproca dipendenza.

Anche la riflessione schmittiana sui dualismi inconciliabili non appare persuasiva. Pur riconoscendo che i dualismi strutturano la conoscenza e generano dinamiche intellettuali, nella tradizione hegeliana i dualismi in conflitto possono essere utilizzati per contribuire alla comprensione e allo sviluppo del diritto, della politica e della società [197]. Nell'ottica angusta di Schmitt, essi possono soltanto combattersi [198].

Da ultimo, significativamente, la stessa esperienza europea consente di confutare l'insistenza intransigente di Schmitt sullo Stato nazionale. Le recenti crisi appaiono emblematiche in proposito. A prima vista, la crisi dell'euro, del debito sovrano, dei rifugiati, della Brexit e del Covid-19 sembravano convalidare la tesi di Schmitt [199]: lo Stato al centro della scena, l'Unione europea e il suo diritto in secondo piano. In seguito, tuttavia, le istituzioni europee hanno elaborato risposte europee [200], seppure in modo

---

[195] C.D. PARKS-J. JOIREMAN-P.A.M. VAN LANGE, *Cooperation, Trust, and Antagonism. How Public Goods Are Promoted*, in *Psychological Science in the Public Interest*, 14, 2013, p. 119. Questa obiezione era già stata formulata da L. STRAUSS, *Anmerkungen zu Carl Schmitt, Der Begriff des Politischen*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 67, 1932, p. 732.

[196] C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., p. 118.

[197] H. BRUNKHORST, *The Co-evolution of Cosmopolitan and National Statehood. Preliminary Theoretical Considerations on the Historical Evolution of Constitutionalism*, in *Cooperation and Conflict*, 47, 2012, p. 176.

[198] C. SCHMITT, *Political Theology*, cit., pp. 45-46 e 51-52.

[199] Vedi C. JOERGES, *Europe's Economic Constitution in Crisis and the Emergence of a New Constitutional Constellation*, in *German Law Journal*, 15, 2014, p. 985; D. THYM, *The "Refugee Crisis" as a Challenge of Legal Design and Institutional Legitimacy*, in *Common Market Law Review*, 53, 2016, p. 1545.

[200] Cfr. F. BIERMANN *et al.*, *Political (Non-)Reform in the Euro Crisis and the Refugee Crisis. A Liberal Intergovernmentalist Explanation*, in *Journal of European Public Policy*, 26, 2017, p. 1; A.

frammentario, mediante procedure macchinose e attraverso delicati compromessi non esenti da critiche. Il diritto pubblico europeo, quindi, non è un fenomeno buono soltanto 'per la bella stagione', ma permette all'Europa di affrontare – o almeno di contenere – anche i conflitti più impegnativi.

Non si rinviene nulla in *Il concetto di 'politico'* di Schmitt che possa opporsi all'idea qui sostenuta di diritto pubblico europeo. Al contempo non è esclusa la rilevanza, anche in tale prospettiva, di molti aspetti fondamentali del suo pensiero; basti menzionare l'eterogeneità delle visioni del mondo, degli interessi e delle identità, il pericolo di istituzioni pubbliche deviate e di una burocratizzazione alienante, la realtà di conflitti violenti, di vincitori e vinti. Si tratta di intuizioni utili per orientare l'analisi delle istituzioni, delle procedure e degli standard europei.

15. Diritto pubblico e diritto privato

Considerato che il diritto pubblico europeo, oggetto di questo lavoro, non può essere definito in relazione a uno Stato europeo, occorre adottare un altro approccio. Verrà definito per differenza dal diritto privato [201], in virtù del dualismo tra diritto pubblico e privato. Questo dualismo rispecchia una differenziazione fondamentale delle società moderne. L'agire privato e quello pubblico appartengono a due sfere sociali diverse, operano secondo logiche diverse e richiedono giustificazioni diverse [202]. I Presidenti della Repubblica francese, della Commissione europea o della Corte europea dei diritti dell'uomo sono tenuti al perseguimento di interessi pubblici, mentre l'amministratore delegato della società tedesca di *software* SAP, il direttore dell'*Economist* o il presidente del consiglio internazionale di Amnesty International agiscono nel contesto della libertà privata. La distinzione tra pubblico e privato si rinviene pressoché in tutti gli ordinamenti giuridici e in tutte le società. La Corea del Nord forse rappresenta l'eccezione che conferma la regola.

La filosofia del diritto hegeliana fornisce un contributo essenziale alla

---

ALEMANNO, *The European Response to COVID-19: From Regulatory Emulation to Regulatory Coordination?*, in *European Journal of Risk Regulation*, 11, 2020, p. 307; M. LUDWIGS-S. SCHMAHL (a cura di), *Die EU zwischen Niedergang und Neugründung. Wege aus der Polykrise*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

[201] B. STIRN, *Towards a European Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 155 ss. Questo paragrafo si ispira a A. VON BOGDANDY-M. GOLDMANN-I. VENZKE, *From Public International to International Public Law*, cit.

[202] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., parr. 182 ss.; A. HONNETH, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Suhrkamp, Berlin, 2011, parr. 317 ss.

ridefinizione dei due perimetri, superando la concezione illuminista che fondava il diritto pubblico sul contratto, forma giuridica che ha origine nel diritto privato. In tal modo Hegel diede impulso allo sviluppo autonomo delle teorie di diritto pubblico, risultando centrale la distinzione tra pubblico e privato sia dal punto di vista analitico che dal punto di vista normativo. Secondo Habermas si tratta di una distinzione costitutiva di una società democratica [203] e, infatti, Schmitt la ritenne superata con l'avvento del *Führerstaat* nazionalsocialista [204].

La sfera privata e quella pubblica non sono prive di punti di contatto. Infatti, acquistando sostanza soltanto in dialettica tra loro, esse sono costitutive l'una dell'altra, si generano a vicenda [205]. Sebbene i processi di globalizzazione e digitalizzazione abbiano affievolito la rilevanza della distinzione, essa tuttavia è già sopravvissuta a molteplici sfide e aspre critiche, e la sua resilienza ne attesta l'utilità anche sul piano pratico. Per illustrare la concezione di diritto pubblico che qui si sostiene, non resta che discutere proprio le sfide e le critiche cui detta distinzione è sottoposta.

Per Kant e Kelsen è pubblico tutto il diritto adottato dalle istituzioni pubbliche [206]. In tale ottica, il codice civile italiano, la legge tedesca sulle società per azioni o il Regolamento europeo (CE) 2157/2001 relativo allo statuto della Società Europea (SE) vi appartengono in egual misura. Questa concezione del diritto pubblico si sovrappone in toto a quella di diritto positivo e, nelle società democratiche, di diritto democratico. Perciò risulta troppo ampia rispetto alle finalità perseguite in questa sede, sottovalutando altresì una differenziazione cruciale per le società moderne.

Un'altra critica alla distinzione tra pubblico e privato è mossa in ragione dell'esistenza di soggetti ibridi, come ad esempio le *partnership pubblico-privato* che l'Unione europea utilizza per promuovere la ricerca scientifica [207].

---

[203] J. HABERMAS, *The Structural Transformation of the Public Sphere. An Inquiry into a Category of Bourgeois Society*, MIT Press, Cambridge, 1989, p. 141; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit. 178. Sitzung am 12. Juli 1972 a Düsseldorf*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1973.

[204] C. SCHMITT, *Die geschichtliche Lage der deutschen Rechtswissenschaft*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 41, 1936, p. 21.

[205] J. MENDE, *Privatheit und Global Governance in der Internationalen Politischen Theorie*, in *Zeitschrift für Politische Theorie*, 6, 2015, p. 207.

[206] I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, in W. WEISCHEDEL (a cura di), *Werkausgabe, Bd. VIII*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1977, pp. 427 ss.

[207] Vedi l'articolo 25 del Regolamento (UE) 1291/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che istituisce il programma quadro di ricerca e innovazione (2014-2020) – Orizzonte 2020 e abroga la decisione n. 1982/2006/CE; i singoli partenariati sono elencati su COMMISSIONE EUROPEA, *European Partnerships in Horizon Europe*, https://ec.

A una più attenta analisi, tuttavia, la presenza di soggetti ibridi semmai rafforza, non indebolisce la distinzione, dato che per identificare un'entità ibrida, è necessario che *privato* e *pubblico* abbiano un autonomo significato: un veicolo ibrido è un veicolo con un motore a combustione *e* un motore elettrico, così come un mulo è un incrocio tra un cavallo *e* un asino. Il fatto che alcuni fenomeni possano essere difficili da qualificare non rende meno rilevante la distinzione di cui si discute.

Un ulteriore aspetto critico che si imputa alla distinzione *pubblico-privato* è rappresentato dal fatto che talora viene utilizzata come argomento per impedire al diritto democratico di penetrare in alcune sfere della società. È infatti ben possibile che della distinzione ci si avvalga ideologicamente, allo scopo di salvaguardare il potere privato [208]; così, ad esempio, potrebbe essere usata per contrastare la regolamentazione democratica di relazioni asimmetriche, che si tratti di famiglie, aziende, *value chain* o il potere di imprese in mercati consolidati [209].

Ebbene, il fenomeno del potere privato non priva di utilità la distinzione tra diritto pubblico e privato; al contrario, ne conferma la rilevanza. Mette in risalto la differenza tra la legislazione pubblica, di matrice parlamentare, e la creazione di regole da parte di aziende come Facebook [210], tra la Commissione europea e gli istituti di normazione privati come Moody's, tra la BCE e la Deutsche Bank o tra i funzionari di Frontex e i dipendenti di una società di sicurezza privata. La ricostruzione della dottrina giuridica non può prescindere dal fatto che le istituzioni private e pubbliche siano soggette a regimi giuridici diversi. Sebbene alcuni aspetti concernenti i diritti umani si applichino direttamente ai soggetti privati, le due sfere continuano, invero, a operare secondo una logica diversa [211]. In termini giuridici, eliminare la

---

europa.eu/info/research-and-innovation/funding/funding-opportunities/funding-programmes-and-open-calls/horizon-europe/european-partnerships-horizon-europe_en.

[208] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit., pp. 280 ss.

[209] D. KENNEDY, *The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 130, 1982, p. 1352; J. MENDE, *Global Governance und Menschenrechte. Konstellationen zwischen Privatheit und Öffentlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 17.

[210] A.V.H. SCHWEITZER, *Digitale Plattformen als private Gesetzgeber. Ein Perspektivwechsel für die europäische "Plattform-Regulierung"*, in *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 31, 2019, p. 1.

[211] CONSIGLIO DEI DIRITTI UMANI, Rapporto del Rappresentante speciale del Segretario generale sulla questione dei diritti umani e delle società transnazionali e altre imprese commerciali, John Gerard Ruggie, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations' Protect, Respect and Remedy' Framework* (UN Doc A/HRC/17/31, 21 marzo 2011); J.G. RUGGIE, *Business and Human Rights. The Evolving International Agenda*, in *American Journal of International Law*, 101, 2007, p. 819.

distinzione implicherebbe essenzialmente l'equiparazione del potere privato e dell'autorità pubblica [212], ma nel diritto europeo non si rinvengono indicazioni in tal senso, nonostante la corposa legislazione antidiscriminatoria. La risposta adeguata agli abusi è quella di regolamentare il potere privato secondo i parametri dell'articolo 2 TUE, come è avvenuto proprio attraverso la legislazione antidiscriminatoria dell'UE, senza per ciò dover abbandonare la distinzione pubblico-privato.

Taluni utilizzano il diritto privato per sottrarsi alla regolamentazione, creando un corpo normativo che Gunther Teubner definisce una nuova *lex mercatoria*, vale a dire un diritto privato transnazionale forgiato su misura degli interessi delle imprese [213]. Rispetto alla regolamentazione pubblica, tale *corpus* è largamente autonomo e sfrutta le differenze e la concorrenza tra i diversi ordinamenti giuridici, generando gravi problemi [214]. Il fatto che il diritto pubblico europeo riesca a regolare, almeno in parte, il potere privato è un successo di non poco conto [215]. Il diritto europeo, quindi la società europea, ha creato istituzioni pubbliche che consentono di riprodurre in ambito transnazionale la dialettica tra pubblico e privato.

Ciò detto, qualificare una norma come pubblica o privata è operazione assai complessa e dipende dalla sfera sociale a cui appartiene. L'astrazione di due sfere sociali non si traduce facilmente nel linguaggio giuridico che opera nella concretezza delle relazioni sociali. Tuttavia, la dottrina ha elaborato una serie di criteri idonei a delinearne la distinzione, verificando ad esempio se una norma si rivolge principalmente a un soggetto giuridico pubblico o privato, se stabilisce una relazione verticale (cioè di subordinazione) od orizzontale, se si concentra su interessi pubblici o sulla strutturazione privatistica delle relazioni [216]. Anche le concezioni tradizionali possono essere d'ausilio [217]. Sebbene questi criteri non aiutino sempre a distinguere 'al di là di

---

[212] B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 240.

[213] G. TEUBNER, *Breaking Frames. Economic Globalization and the Emergence of lex mercatoria*, in *European Journal of Social Theory*, 5, 2002, p. 199.

[214] K. PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Princeton, 2019; trad it. *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, LUISS UP, Roma, 2021.

[215] A. BRADFORD, *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, New York, 2020; trad. it. *L'effetto Bruxelles. Come l'Unione europea regola il mondo*, Franco Angeli, Milano, 2021.

[216] M. RUFFERT, *Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts*, in C. MÖLLERS-A. VOßKUHLE-C. WALTER (a cura di), *Internationales Verwaltungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, p. 402.

[217] BVerfGE 11, 192, *Beurkundungswesen*, par. 33.

ogni ragionevole dubbio' le norme pubbliche da quelle private, la distinzione resta comunque rilevante, caratterizzando la maggior parte degli ordinamenti giuridici.

Benché vi siano organizzazioni private, come *Amnesty International* o *Transparency International*, che perseguono interesse generali, invero le loro attività sono dirette in via esclusiva dai (soli) membri dell'organizzazione, non dalla società nel suo complesso. Esse sono assoggettate a standard di legalità e legittimità diversi da quelli delle istituzioni pubbliche. E, infatti, se le classifiche di *Transparency International* sono manifestazione della libertà di espressione, al contrario, le classifiche della Commissione europea, come il Quadro di valutazione della giustizia nell'UE (cfr. § 38), richiedono una base legale *ad hoc*.

In virtù di una siffatta distinzione, è dunque possibile ricostruire la nozione di diritto pubblico a prescindere da quella di Stato. Ciò chiarito, si deve ora indugiare sulla partizione più significativa del diritto pubblico, vale a dire quella tra diritto amministrativo e diritto costituzionale. Si tratta di due concetti fondamentali, in quanto dividono in due il mondo del diritto pubblico. Pur avendo una base comune, le loro differenze, e non da ultimo la loro diversa europeizzazione, mettono in luce una trasformazione del diritto pubblico europeo.

D. Diritto amministrativo senza Stato

16. Sull'ambivalenza dell'europeizzazione

Amministrazione pubblica è stata a lungo sinonimo di amministrazione statale, di conseguenza il diritto amministrativo rappresentava una parte del diritto statale (*Staatsrecht*). Oggi, gli autori dei Trattati ricorrono al termine amministrazione europea per indicare gli organi e le attività amministrative dell'Unione (ad esempio, nell'articolo 298 TFUE e nell'articolo 41 CDFUE). Le espressioni "*diritto amministrativo europeo*" e "*diritto amministrativo dell'Unione europea*" sono ormai consolidate, nonostante non esista alcuno Stato europeo da amministrare. Ciò esige di chiarire come si sia trasformato il concetto di diritto amministrativo e cosa riveli della società europea, dato che il suo sviluppo genera insieme speranza e preoccupazione.

Da un lato, l'europeizzazione del diritto amministrativo contribuisce a istituzionalizzare una razionalità oltre gli Stati, servendo in tal modo un bene comune transnazionale. In quest'ottica, la pubblica amministrazione si avvale di organismi e azioni posti saldamente nelle mani di funzionari pubblici

dotati di specifica formazione e competenza, così da garantire autonomia all'amministrazione rispetto alle irrazionalità della politica, sia nazionale che internazionale. Questa fiduciosa percezione dell'amministrazione può contare su Hegel [218]. In risposta alle due guerre mondiali, il funzionalismo di David Mitrany ha sviluppato questa visione per la sfera internazionale [219]. Ernst B. Haas, politologo statunitense nato e cresciuto a Francoforte, ne propose un'applicazione su misura proprio al momento dell'entrata in vigore del Trattato CEE, delineando così il primo grande modello di integrazione europea [220].

D'altra parte, tuttavia, vi è il timore che il diritto amministrativo europeo affidi il governo dell'Europa a dei burocrati. Taluni temono che gli organismi europei designati come pubblica amministrazione possano creare una burocrazia non trasparente, distante e insensibile ai bisogni dei cittadini, minando le conquiste degli assetti sociali del dopoguerra. Già nel 1954, Massimo Severo Giannini, fondatore del diritto amministrativo italiano nella sua concezione democratica, riteneva che l'integrazione europea avrebbe portato a una "*unione amministrativa*" nella forma, ma a una "*dittatura federale*" nella sostanza [221].

La metafora dell'amministrazione europea come "*mostro*" burocratico [222] esprime questa preoccupazione e assume due diversi significati. Quello meno problematico può farsi risalire a Samuel von Pufendorf, il più accreditato studioso del Sacro Romano Impero della Nazione tedesca. Pufendorf, primo professore di diritto internazionale in Germania e contemporaneo di Hagemeier (cfr. § 5), descrisse l'Impero come un corpo mostruoso, perché non se ne poteva teorizzare la struttura [223]. Con riguardo al caso europeo, la 'mostruosità' denuncia la mancanza di concetti idonei a cogliere le peculiarità di un corpo politico, che è preferibile, in realtà, considerare *sui generis*.

---

[218] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., parr. 287 e 297; A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, cit., pp. 174-178.

[219] D. MITRANY, *A Working Peace System*, Quadrangle Books, Chicago, 1943; D. MITRANY, *The Functional Approach to World Organization*, in *International Affairs*, 24, 1948, p. 350.

[220] E.B. HAAS, *The Uniting of Europe. Political, Social and Economical Forces 1950-1957*, Stanford University Press, Standford, 1958.

[221] M.S. GIANNINI, *Brevi osservazioni sul Trattato per la Comunità europea di difesa*, in *Società*, 10, 1954, p. 527.

[222] H.M. ENZENSBERGER, *Gentle Monster Brussels: or the Disenfranchisement of Europe*, Seagull, London, 2011.

[223] F. SALOMON, *Severinus de Monzambano (Samuel von Pufendorf). De statu Imperii Germanici*, 1910, al cap. VI, par. 9, p. 126.

Tuttavia, la maggior parte dei critici dei poteri dell'Unione nutre preoccupazioni più serie del solo fatto che si tratti di un corpo politico *sui generis*. Ernst-Wolfgang Böckenförde considera il diritto amministrativo europeo come "*una costruzione tecnica e pragmatica della razionalità economica*" completamente asservita alla logica del mercato europeo [224]. Secondo Aldo Sandulli, il diritto dell'Unione monetaria europea soffoca la società europea [225]. In quest'ottica, la trasformazione strutturale del diritto pubblico non conduce a una società democratica europea, bensì a costruzioni distopiche [226].

Ma lo sviluppo dell'amministrazione europea non è l'unico motivo di preoccupazione. Questione altrettanto delicata è l'europeizzazione delle amministrazioni nazionali e del diritto amministrativo nazionale. Il diritto amministrativo europeo allenta i legami di un'amministrazione nazionale con il relativo Stato, con il relativo popolo e con il relativo parlamento. Nel diritto pubblico tedesco, come in quello di molti altri Stati membri, la legge è la più importante fonte di legittimazione democratica dell'amministrazione. Secondo il diritto amministrativo europeo, invece, le amministrazioni nazionali devono attuare i regolamenti dell'Unione, adattare la loro organizzazione e le loro procedure al diritto dell'Unione ed eseguire anche le misure di altri Stati membri [227]. Da una prospettiva interna, pertanto, l'indebolimento della legittimazione democratica dell'amministrazione nazionale appare fin troppo evidente.

Per poter avanzare rispetto a una questione critica, è spesso utile fare un passo indietro, concettualizzando il fenomeno. Come si può quindi comprendere il diritto amministrativo europeo? Alla stregua di ogni diritto amministrativo, esso non è di facile definizione [228]. Alcuni considerano il diritto amministrativo europeo come "*l'applicazione delle disposizioni del diritto comunitario in situazioni concrete*" [229]. Ma questa definizione è troppo ristretta,

---

[224] E.W. BÖCKENFÖRDE, *Kennt die europäische Not kein Gebot?*, in E.W. BÖCKENFÖRDE (a cura di), *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgerichtm*, 2011, p. 302.

[225] A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 59 ss.

[226] W. STREECK, *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, II ed., Verso, New York, 2017, pp. 165-189.

[227] L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 245 ss.

[228] E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1. Allgemeiner Teil*, X ed., C.H. Beck, München, 1973, p. 1.

[229] U. MAGER, *Entwicklungslinien des europäischen Verwaltungsrechts*, in P. AXER *et al.* (a cura di), *Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase. Systembildung – Disziplinierung – Internationalisierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, pp. 13-14.

perché non comprende, ad esempio, l'attività normativa affidata all'amministrazione ai sensi dell'articolo 290 TFUE. Eberhard Schmidt-Aßmann e Thomas von Danwitz ritengono che il diritto amministrativo europeo ricomprenda anche l'attività normativa dell'amministrazione e la normativa sulla cooperazione interordinamentale tra gli organi amministrativi [230]. Così rendendo evidente la complessità del diritto amministrativo europeo, ma non le sue criticità. È Sabino Cassese, allievo di Massimo Severo Giannini, a cogliere nel segno quando descrive il diritto amministrativo come un *droit tout puissant* [231].

17. Il *droit tout puissant* di Cassese

La qualificazione del diritto amministrativo come *droit tout puissant*, proposta da Cassese, ne enfatizza il ruolo di potente strumento nelle mani dell'amministrazione per l'attuazione delle decisioni politiche [232]. Cassese ne descrive lo sviluppo, muovendo dal modello francese [233]. A partire dal XVII secolo, la monarchia francese sviluppò un'amministrazione gerarchica e centralizzata che utilizzava un diritto speciale per il perseguimento degli obiettivi politici del monarca nei confronti della società. Si trattava di un diritto speciale, perché derogava al diritto comune e sottraeva l'amministrazione statale al potere dei giudici.

Nel XVIII secolo, il modello francese si diffuse in gran parte del continente. A dimostrazione del suo successo, in tutta l'Europa continentale vennero costruiti palazzi sul modello di Versailles. L'Inghilterra costituì un'importante eccezione, dato che la precoce parlamentarizzazione e la *Glorious Revolution* del 1688-1689 impedirono lo sviluppo di una legge speciale che privilegiasse l'autorità pubblica [234].

---

[230] E. SCHMIDT-AßMANN, *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts. Einleitende Problemskizze*, in E. SCHMIDT-AßMANN-W. HOFFMANN-RIEM (a cura di), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 32; T. VON DANWITZ-K. RITGEN, *Europäisches Verwaltungsrecht*, Springer, Berlin, 2008, pp. 4 ss.

[231] S. CASSESE, *"Le droit tout puissant et unique de la société". Paradossi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 59, 2009, p. 879.

[232] J.B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHÉRE, *Introduction générale*, in J.B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHÉRE (a cura di), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 4.

[233] S. CASSESE, *The Administrative State in Europe*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 57; G. DELLA CANANEA, *Verwaltungsrechtliche Paradigmen im europäischen Rechtsraum*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. III Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 447.

[234] J.B. AUBY, *The Transformation of the Administrative State and Administrative Law*, in A.

Sul continente, molte monarchie procedettero alla creazione di burocrazie statali e di un corrispondente diritto speciale. Come notò Alexis de Tocqueville, la Rivoluzione francese non ostacolò ma, al contrario, promosse lo sviluppo di un diritto speciale dell'apparato statale [235]. Con la Costituzione dell'anno VIII (1799), per rafforzare il suo governo, Napoleone istituì il *Conseil d'État* che divenne l'istituzione paradigmatica del diritto amministrativo e del diritto pubblico del XIX e di gran parte del XX secolo [236].

L'esecuzione del diritto speciale venne affidata a un apposito gruppo di esperti che conferiva allo Stato uno specifico modello di razionalità amministrativa [237]. Gli esperti, guidati dai membri del *Conseil d'État*, godevano di una notevole autonomia, anche dalla politica [238]. Né il Parlamento né il governo, ma soltanto i membri del *Conseil d'État* modellavano le strutture del diritto amministrativo attraverso le loro decisioni e i loro studi. Ancora oggi, il diritto amministrativo francese viene insegnato utilizzando manuali che spiegano i *grands arrêts* [239], non le strutture della legislazione pertinente.

Nel 1870, quando la Terza Repubblica abolì l'autoritarismo del Secondo Impero, mantenne intatte sia la concezione del diritto amministrativo come diritto speciale che la posizione del *Conseil d'État*. In ciò sta l'essenza della sentenza *Blanco* del *Tribunal des conflits*, oggi considerata il punto di avvio della democratizzazione del diritto amministrativo francese [240]. Il Tribunale, istituito da una legge repubblicana del 1872 e composto da giudici della *Cour de cassation* e da membri del *Conseil d'État* in pari numero, affermò che il diritto amministrativo era un diritto speciale affidato al *Conseil d'État* [241].

Un siffatto diritto sembrava paradigmatico dell'amministrazione di uno

---

VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 605.

[235] A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Michel Lèvy Frères, Paris, 1856; trad. it. *L'antico regime e la Rivoluzione*, Rizzoli, Milano,1996.

[236] J.B. AUBY-M. MORABITO, *Evolution and Gestalt of the French State*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 176, 178 ss. e spec. 186-187.

[237] P. CHRÉTIEN, *Frankreich. § 59*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, p. 81, n. 7.

[238] K. MARX, *Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte (1852). Kommentar von Hauke Brunkhorst*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2007, pp. 142, 172-173.

[239] F. COLIN, *L'essentiel des grands arrêts du droit administratif*, Gualino, Issy-les-Moulineaux, 2018.

[240] Tribunal des conflits, Arrêt Blanco du 8 février 1873, in M. LONG *et al.* (a cura di), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, XXI ed., Dalloz, Paris, 2017, p. 1.

[241] J.B. AUBY-M. MORABITO, *Evolution and Gestalt of the French State*, cit., pp. 184-185.

Stato nazionale forte, sul quale molti giuristi del XIX e XX secolo concentrarono gli studi, non solo in Francia: il concetto di *puissance publique* costituì il perno delle riflessioni. Il tentativo progressista di Léon Duguit di sostituire il concetto di *puissance publique* con quello di *service public* non riuscì a farsi strada nemmeno tra i suoi seguaci [242], e la democratizzazione dello Stato non pose fine al dominio burocratico.

Il modello francese divenne paradigmatico: può ben affermarsi che "*Parigi svolse per il diritto amministrativo lo stesso ruolo che Roma svolse per il diritto privato*" [243]. Lo dimostra il fatto che il *Conseil d'État* sia servito da esempio per la Corte di giustizia e che i francesi abbiano guidato la burocrazia europea per decenni [244]. Così, Émile Noël, diplomato all'*École Normale Supérieure* di Parigi, plasmò la Commissione europea più di chiunque altro, ricoprendo la carica di primo Segretario generale dal 1958 al 1987 [245].

Il predominio del diritto amministrativo francese nel XIX e nel XX secolo non ha portato tuttavia all'armonizzazione del diritto amministrativo, che a livello nazionale ha seguito percorsi diversi [246]. Si pensi che Otto Mayer, considerato da molti il fondatore del diritto amministrativo tedesco, seguì il modello francese nel costruire un diritto amministrativo per la Germania, ma optò per una versione nettamente più autoritaria di quella della Terza Repubblica, in linea con le caratteristiche generali del neonato Impero tedesco.

Il diritto amministrativo fu quindi considerato come uno strumento insensibile, e forse anche ostile, a finalità democratiche. Nella prefazione alla terza edizione del suo testo fondamentale sul diritto amministrativo, Otto Mayer scrisse: "*Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht*" (il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo resta) [247]. L'affermazione,

---

[242] L. HEUSCHLING, *The Complex Relationship between Administrative and Constitutional Law: A Comparative and Historical Analysis*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 510.

[243] S. CASSESE, *Le droit tout puissant*, cit., pp. 882-883.

[244] MINISTÈRE DES AFFAIRES ETRANGÈRES, *Rapport de la Délégation française sur le Traité et la Convention signés à Paris*, 1951, p. 32.

[245] L. VAN MIDDELAAR, *The Passage to Europe*, cit., p. 271.

[246] M. FROMONT, *A Typology of Administrative Law in Europe*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, 2017, Oxford University Press, Oxford, p. 579; P. SCHIERA, *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts und seiner Wissenschaft. § 68*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, p. 399.

[247] O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1*, Duncker & Humbolt, München, 1924, Preface VI; L. HEUSCHLING, *The Complex Relationship between Administrative and Constitutional*, cit., pp. 502 ss.

divenuta una dei più famosi *dicta* del diritto amministrativo, dimostra altresì che una burocrazia autoritaria può resistere a una trasformazione democratica. L'affermazione di Mayer giustificò la resistenza dell'azione pubblica alla politica democratica realizzata vigente la Costituzione di Weimar. Ciò consente di comprendere quanto fu rilevante per Carl Schmitt essere nominato da Hermann Göring membro del Consiglio di Stato prussiano l'11 luglio 1933.

Uno degli obiettivi primari della Repubblica federale, pertanto, fu quello di democratizzare l'amministrazione e il diritto amministrativo [248]. Per questo motivo, la Legge fondamentale tedesca – nell'interpretazione del *Bundesverfassungsgericht* – richiede sempre una legge del Parlamento per regolare questioni considerate essenziali. L'europeizzazione e il diritto amministrativo europeo compromettono questa democratizzazione. Ne restituisce evidenza il concetto di Europa come *Zweckverband funkioneller Integration* di Hans Peter Ipsen.

18. Lo *Zweckverband* di Ipsen

Il *droit tout puissant* di Cassese si concentra sul diritto amministrativo europeo come diritto del potere esecutivo. Hans Peter Ipsen, nel suo *Zweckverband funkioneller Integration*, dimostra cosa ne può derivare. Il concetto è di difficile traduzione, letteralmente designa un'"*associazione di scopo per l'integrazione funzionale*". Nella sostanza suggerisce di concepire il diritto europeo come il diritto di un'agenzia esecutiva suprema. Questa concezione acuisce la preoccupazione che il diritto dell'Unione consenta politiche elusive delle procedure democratiche.

Il diritto comunitario è stato il veicolo di politiche di trasformazione che sarebbero state pressoché impossibili da attuare a livello nazionale a causa dei meccanismi di *checks and balances* previsti negli Stati membri. Il programma del mercato unico europeo del 1985 ne fornisce un chiaro esempio. Con una moltitudine di regolamenti, direttive e decisioni, il Consiglio e la Commissione hanno modificato profondamente le economie degli Stati membri [249], ponendo fine al capitalismo del dopoguerra, tanto che taluni ritengono che il diritto dell'Unione continui tutt'oggi a promuovere trasformazioni neoliberali [250].

---

[248] R. WAHL, *Herausforderungen und Antworten. Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, De Gruyter Rech, Berlin, 2006, pp. 16 ss.

[249] COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Il completamento del mercato interno: Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo* (Milano, 28-29 giugno 1985) (COM(85) 310).

[250] F.W. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999; S. PALOMBARINI, *L'Italie, un laboratoire politique européen*, in *Le Monde diplomatique*, 66, 2021, pp. 12-13.

In questo contesto, la concezione del diritto europeo come diritto dell'amministrazione rende problematiche le due dottrine più note del diritto dell'UE: il principio dell'effetto diretto e quello del primato (cfr. §§ 37, 56). Si tratta di dottrine – considerate in genere conquiste storiche – che esigono che il diritto degli Stati membri non venga applicato quando risulta in conflitto con il diritto dell'Unione. Considerato che per lungo tempo il diritto comunitario è stato emanato principalmente dalle istituzioni esecutive – il Consiglio e la Commissione – e che spesso ha sostituito disposizioni legislative nazionali, può ritenersi che si tratti di una sorta di diritto di prerogativa dell'esecutivo. Inoltre, i giudici nazionali non possono invalidare gli atti dell'Unione; solo la Corte di giustizia – un giudice consacrato al nuovo centro di potere, nella concezione di Ipsen – è abilitata a farlo.

A ciò si aggiunga che i Trattati forniscono scarne basi giuridiche esplicite da porre a fondamento delle menzionate dottrine. Queste ultime, compresa quella relativa al monopolio della Corte di giustizia, sono una creazione giurisprudenziale della medesima Corte. E fino al 2020, sono state giustificate principalmente con un argomento funzionale: esse sono necessarie per l'effettiva e uniforme applicazione del diritto delle Comunità europee (ora dell'Unione) [251]. In questa prospettiva, il diritto comunitario (e dell'Unione) presenta le caratteristiche di un diritto speciale dell'esecutivo volto a realizzare trasformazioni sociali [252].

In Germania, la *Zweckverband funktioneller Integration* di Ipsen rappresenta la più nota articolazione giuridica di questa concezione. Ipsen, per molti anni collega di Schmitt, fu uomo influente, decano del diritto europeo tedesco e presidente onorario della potente Associazione dei professori tedeschi di diritto pubblico (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*) [253]. A lui si deve il primo grande trattato tedesco sul diritto comunitario, ove si qualifica la CEE come "*associazione di scopo per l'integrazione funzionale*" [254], rievocando le idee di Ernst Haas (cfr. § 16). Schmitt, non senza

[251] CGCE, 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, causa 314/85, punti 15 ss. Per approfondimenti, P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes* (1972), Brulyant, Bruxelles, 2005, punto 78. Sul cambiamento del 2020, vedi K. LENAERTS, *No Member State Is More Equal than Others. The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, in *MPIL Research Paper Series*, 43, 2020, p. 42.

[252] K.K. PATEL, *Project Europe*, cit., pp. 116-145.

[253] Sul rapporto di Ipsen con Schmitt, C. JOERGES, *Europe as a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project*, in C. JOERGES-N.S. GHALEIGH (a cura di), *Darker Legacies of Law in Europe. The shadow of national socialism and fascism over Europe and its legal traditions*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2003, pp. 182-183.

[254] H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1972, pp. 196 ss., 1055.

amarezza, rispettò il lavoro di Ipsen [255]. Più di vent'anni anni dopo, il politologo fiorentino Giandomenico Majone concepì in modo simile la Comunità europea, comparandola alle *authorities* statunitensi [256].

Per Ipsen, la distanza del diritto comunitario dai processi democratici costituiva un suo punto di forza, il che lo portò a opporsi a una sua parlamentarizzazione. Si può riconoscere un elemento di stampo schmittiano nell'idea che il diritto comunitario consenta agli esecutivi di mantenere il predominio sulla società, garantendo così la sua vitalità. Il successo del pensiero di Ipsen dimostra come il diritto pubblico europeo corresse il rischio di promuovere il predominio dell'esecutivo. Il che non avrebbe certo prodotto una società europea democratica.

In realtà, la politica europea prese un'altra direzione. Gli autori dei Trattati hanno costituzionalizzato e parlamentarizzato il diritto dell'Unione, ricollegandolo in tal modo alle società nazionali e alla nascente società europea. Pertanto, l'approccio di Ipsen, così come quello di Majone, non consente di cogliere i princìpi fondamentali dell'odierno diritto dell'Unione. Ciononostante, il pensiero dei due Autori resta influente [257], tanto che il Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht* continua a interpretare il diritto dell'Unione mediante le categorie del diritto amministrativo (cfr. §§ 33, 40).

Talune politiche europee nei confronti della Grecia, dei rifugiati o della riforma universitaria dimostrano la persistenza dei pericoli insiti in discipline di origine burocratica di cui nessuno si assume la responsabilità [258]. Nell'insieme, però, il diritto dell'Unione è diventato il diritto democratico della società europea (cfr. § II.E), e non il diritto speciale di un'agenzia suprema di regolazione.

I Trattati concepiscono il diritto amministrativo europeo in modo ampio: gli articoli 197 e 291 TFUE non utilizzano il concetto ristretto di *applicazione*, ma quello più ampio di *attuazione* per definire i compiti dell'amministrazione.

---

[255] C. SCHMITT, *The Legal World Revolution*, in *Télos*, 73, 1987, pp. 85 ss.

[256] G. MAJONE, *The European Community as a Regulatory State*, in ACADEMY OF EUROPEAN LAW (a cura di), *Collected Courses of the Academy of European Law. Vol. 5. Book 1*, Martinus Nijhoff publishers, The Hague-Boston-London, 1996, p. 357.

[257] P.L. LINDSETH, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 251 ss.; F. SCHORKOPF, *Value Constitutionalism in the European Union*, in *German Law Journal*, 21, 2020, pp. 957-958.

[258] M. IOANNIDIS, *Debt Restructuring in the Light of Pringle and Gauweiler – Flexibility and Conditionality*, in EUROPEAN CENTRAL BANK (a cura di), *ESCB Legal Conference 2016*, European Central Bank, Frankfurt am Main, 2017, p. 78; C. ZIEBRITZKI, *The Integrated EU Hotspot Administration and the Question of the EU's Liability*, in M. KOTZUR *et al.* (a cura di), *The External Dimension of EU Migration and Asylum Policies. Border Management, Human Rights and Development Policies in the Mediterranean Area*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 253.

Una amministrazione preposta, dunque, all'attuazione delle decisioni politiche [259]. Al di là dell'applicazione delle norme nel caso concreto, ciò include l'attuazione mediante atti esecutivi, la prestazione di servizi e la *governance* attraverso informazioni, classifiche o *best practice*. Il codice modello della Rete di ricerca sul diritto amministrativo dell'UE (ReNEUAL) contiene un intero volume sul processo decisionale amministrativo, uno sui contratti e uno sulla gestione delle informazioni amministrative.

Il *droit tout puissant* di Cassese comprende diversi strumenti di attuazione burocratica volti ad aiutare le burocrazie a trattare in modo effettivo e uniforme gli *administrés*, secondo il suggestivo termine francese con cui si indicano i cittadini [260]. Ma il problema rimane: anche se il diritto europeo non si è sviluppato come il diritto di un'agenzia regolatoria suprema, molti *administrés* si trovano di fronte a un vasto e forse alienante complesso di burocrazie dell'Unione e degli Stati membri [261]. Conformare il diritto amministrativo europeo ai princìpi dell'articolo 2 TUE, e ricostruirlo alla loro luce, continua a rappresentare un compito arduo.

19. Diritto amministrativo democratico

Una società democratica europea esige che il diritto amministrativo sia democratico. Quest'ultimo, pertanto, deve essere il frutto di una decisione parlamentare. Le sue basi giuridiche devono essere poste da una maggioranza democratica. Ma ciò non basta: un diritto amministrativo pienamente democratico richiede qualcosa di più della sua mera parlamentarizzazione. Per comprendere cos'altro è necessario, occorre indagare lo sviluppo storico del termine *diritto amministrativo*.

Mentre per alcuni autori il diritto speciale dell'amministrazione del XVIII secolo costituisce già un diritto amministrativo [262], la maggior parte degli

---

[259] R. MAYNTZ (a cura di), *Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte*, Verlagsgruppe, Königstein, 1980.

[260] Su questo concetto, vedi P. CHRÉTIEN, *Frankreich*, cit., nn. 16 e 52.

[261] M.A.P. BOVENS-D. CURTIN-P. 'T HART, *Studying the Real World of EU Accountability. Framework and Design*, in M.A.P. BOVENS-D. CURTIN-P. 'T HART (a cura di), *The Real World of EU Accountability. What deficit?*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 31.

[262] B. LEITL-STAUDINGER, *Österreich. § 62*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, nn. 1 ss.; A. JAKAB, *Ungarn. § 67*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, nn. 1 ss.; WASILEWSKI, *Polen. § 63*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, nn. 1 ss.

studiosi ne fa risalire la nascita al XIX secolo. Questo permette di tenere conto delle innovazioni che hanno caratterizzato la trasformazione del diritto dell'amministrazione. Di particolare importanza è il riconoscimento in capo ai cittadini della titolarità di diritti nei rapporti con l'amministrazione [263]. Ciò ha consentito la fioritura di contributi sul diritto speciale del potere esecutivo nella prospettiva dei cittadini (*ex parte civium*), non solo dell'esecutivo (*ex parte principis*).

Sebbene gli studi di diritto pubblico del XVIII secolo abbiano attinto dall'Illuminismo, essi si riferivano per lo più a filoni di pensiero che consideravano un esecutivo forte indispensabile per la costruzione dello Stato (cfr. § 5) e si ponevano così al servizio dell'espansione dell'autorità monarchica [264]. Come fu dimostrato dalla Rivoluzione francese, a ciò si oppose un nuovo gruppo di soggetti che Hegel concepì come società civile (cfr. § 2), i cui successi vennero sanciti dai nuovi assetti costituzionali in Francia come altrove.

Nel XIX secolo, il nuovo termine *diritto amministrativo* indicò gli sforzi degli studiosi tesi a promuovere l'attuazione di tali nuovi assetti, in modo che venissero applicati in concreto nei rapporti ordinari tra i cittadini e il potere esecutivo [265]. Robert von Mohl (1799-1875), importante giurista tedesco e influente politico liberale, ne è un buon rappresentante. Egli divenne il riferimento scientifico obbligato in relazione al concetto di *Rechtstaat*, di Stato di diritto [266]. Mohl concepì la disciplina giuridica di riferimento come *diritto amministrativo*, anziché come *diritto di polizia* (*Policeyrecht*), per segnalarne un significativo sviluppo: la trasformazione di un rapporto di mera subordinazione all'amministrazione in un vero e proprio rapporto giuridico. La controparte dell'amministrazione si trasformò da semplice sottoposto a soggetto giuridico, divenne una *persona* titolare di diritti. Si trattò evidentemente di una conquista giuridica storica, la cui importanza è rimarcata dalla filosofia del diritto di Hegel che, nei suoi *Lineamenti di filosofia*

---

[263] J.B. AUBY, *The Transformation of the Administrative State and Administrative Law*, cit., p. 603.

[264] M. STOLLEIS, *Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft*, in W. HOFFMANN-RIEM-E. SCHMIDT-AßMANN-A. VOßKUHLE (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1*, C.H. Beck, München, 2006, § 2, nn. 18 ss.

[265] Vedi in particolare J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Spanien. § 66*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, p. 323, n. 3; D. ZACHARIAS, *Der Begriff des Verwaltungsrechts in Europa. § 72*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, nn. 58 ss.

[266] M. STOLLEIS, *Public Law in Germany, 1800-1914*, Berghahn Books, New York, 2001.

del diritto, enuncia un solo dovere assoluto: "*sii una persona e rispetta gli altri come persone*" [267].

Per Patrice Chrétien, la nascita del diritto amministrativo francese doveva farsi risalire alla costituzione liberale della Terza Repubblica, cioè al 1873, allorché il *Conseil d'État* – che aveva fornito consulenza giuridica a due governanti autoritari, come Napoleone Bonaparte e Luigi Napoleone – si trovò ad affrontare una crisi di legittimazione dopo la caduta di Luigi nel 1870, e quindi decise di liberalizzare la propria giurisprudenza sotto la guida di Edouard Laferrière [268]. A tal fine, il *Conseil* sviluppò princìpi a tutela dei cittadini, riconoscendo loro uno *status* giuridico. Cento anni dopo la Corte di giustizia avrebbe intrapreso un percorso analogo [269].

Con ciò non si intende sostenere che la dottrina amministrativistica si sia concentrata esclusivamente sull'emancipazione dei cittadini, né nel XIX secolo né oggigiorno. Otto Mayer, per alcuni il vero padre del diritto amministrativo tedesco, fu fermo sostenitore dell'esecutivo, tanto che il suo principale biografo, Reimund Schmidt-De Caluwe, ritiene che intendesse "*legalizzare lo Stato di polizia*" [270]. Quando la formazione di uno Stato si trova ancora in una fase iniziale di sviluppo, molti studiosi enfatizzano la componente autoritaria del diritto amministrativo. Così, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, il diritto amministrativo in Italia riconobbe il 'subordinato' come soggetto giuridico, ma sempre focalizzandosi sulle esigenze di rafforzamento del potere dell'autorità [271]. Anche da tale sviluppo può trarsi un parallelismo con lo sviluppo del diritto amministrativo europeo: nel conflitto tra gli interessi del cittadino e quelli delle istituzioni europee, la Corte di giustizia ha privilegiato a lungo questi ultimi [272].

---

[267] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 36.

[268] P. CHRÉTIEN, *Frankreich*, cit., nn. 13 ss.

[269] Così, ad esempio, Jürgen Schwarze considera i princìpi generali del diritto amministrativo come il nucleo della disciplina; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, rev. I ed., Sweet and Maxwell, London, 2006, pp. CX ss. e CXIV ss.

[270] R. SCHMIDT-DE CALUWE, *Der Verwaltungsakt in der Lehre Otto Mayers. Staatstheoretische Grundlagen, dogmatische Ausgestaltung und deren verfassungsbedingte Vergänglichkeit*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, pp. 49, 262.

[271] B.G. MATTARELLA, *Evolution and Gestalt of the Italian State*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 332 ss., spec. pp. 338 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE-D.U. GALETTA, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Italien. § 131*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-L. MARCUSSON (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. VIII Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen und Verfahren*, C.F. Müller, Heidelberg, 2019, nn. 9 ss., spec. n. 14.

[272] A. WARD, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 318 ss.

Il diritto amministrativo del XIX secolo fu emancipatorio nella misura in cui creava e dava corpo a istituzioni giuridiche capaci di formalizzare i compromessi tra forze liberali e autoritarie [273]. Questo programma rimase valido anche per il XX secolo, specie in circostanze difficili. A partire dagli anni Cinquanta, infatti, nella Spagna franchista si sviluppò una ricca riflessione dottrinale di diritto amministrativo intorno alla figura di Eduardo García de Enterría. Tale dottrina ricostruì le poche aree di libertà, gettando le basi di un diritto amministrativo democratico vigente la Costituzione del 1978 [274]. Anche nella Polonia socialista, durante i periodi di cauta liberalizzazione, si sviluppò un importante filone dottrinale [275]. In sintesi, due elementi connotano un diritto amministrativo democratico: la nascita dalla volontà della maggioranza e il riconoscimento dell'individuo nei cui confronti è diretto.

Sarà soprattutto il nuovo diritto costituzionale a fornire un impulso alla democratizzazione del diritto amministrativo in questo duplice senso. Ciò impone di affrontare la questione concettuale più controversa del diritto pubblico europeo: la sua trasformazione dopo il 1945 ha prodotto un diritto costituzionale europeo e, in particolare, dell'Unione europea? Qui si ritiene di dare una risposta affermativa, dato che nessun altro concetto mostra in modo parimenti persuasivo la trasformazione del diritto pubblico europeo.

E. Diritto costituzionale senza Carta costituzionale

20. La seconda *età di soglia*

Lo sviluppo di un diritto costituzionale dell'Unione europea costituisce il risultato giuridico più rilevante della seconda *età di soglia* del diritto europeo. La transizione dalla prima alla seconda è ben descritta dalla tesi di dottorato di Joseph H. Weiler. Nato in Sudafrica, cresciuto in Israele e formatosi in Inghilterra, Weiler lavorò presso l'Istituto Universitario Europeo (IUE) dal 1978 al 1985, ove promosse per Mauro Cappelletti il fondamentale *Florence Integration Project Series* [276]; ricoprì in seguito incarichi presso le università del Michigan, di Harvard e di New York. La sua tesi, scritta

[273] P. SCHIERA, *Die gemeineuropäische Geschichte*, cit., nn. 1 ss.

[274] J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Spanien*, cit., nn. 67 ss.

[275] A. WRÓBEL, *Polen. § 47*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. III Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, nn. 49 ss.

[276] M. CAPPELLETTI-M. SECCOMBE-J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, W. de Gruyte, Berlin, 1985-1988.

all'Istituto, proponeva una teoria dell'equilibrio volta a spiegare il successo del diritto comunitario. Nessun altro contributo evidenzia meglio la trasformazione giuridica dell'Europa durante il primo periodo [277].

Weiler dimostrò come la crisi determinata dal conflitto tra Hallstein e de Gaulle (cfr. § 9) avesse condotto a un compromesso i cui successi si raccolsero nei due decenni successivi. La crisi si attenuò quando, nel famoso (o, per alcuni, famigerato) compromesso di Lussemburgo del 1966, il Consiglio accettò di astenersi dal decidere a maggioranza [278]. Apparentemente ciò produsse un paradosso: nel considerare la CEE, la maggior parte dei giuristi vi riconobbe un ordinamento giuridico autonomo, emancipato dal diritto internazionale grazie all'effetto diretto, al primato e a una autorevole Corte di giustizia (cfr. §§ 9, 37, 57); alcuni vi intravvidero addirittura un ordinamento proto-federale. Per contro, la maggior parte dei politologi continuò a considerare la CEE solo una delle tante organizzazioni internazionali, stante il requisito dell'unanimità richiesto per le decisioni del Consiglio. Weiler, tuttavia, sostenne che non si trattava affatto di un paradosso, quanto piuttosto di una più profonda chiave di lettura. Secondo Weiler, l'unanimità in seno al Consiglio forniva il sostegno politico necessario per l'emancipazione del diritto comunitario dal diritto internazionale. E tale emancipazione consentì ai politici europei di sperimentare nuove tecniche di politica legislativa (cfr. § I.D).

Il requisito dell'unanimità assicurò ai governi degli Stati membri che la CEE avrebbe perseguito solo politiche condivise e di loro forte interesse. Per questo si impegnarono a far rispettare decisioni faticosamente negoziate: la comunità di diritto (cfr. § 9) fornì gli strumenti per il raggiungimento dei loro obiettivi politici. Così concepita, la CEE divenne sede del coordinamento europeo, trasformando molti settori del diritto e delle società nazionali. Il modello di Weiler rese plausibili le ragioni per le quali, all'inizio degli anni Settanta, i capi di Stato e di governo scelsero la CEE come centro di coordinamento delle politiche europee [279], coordinamento che produsse quella interconnessione tra i vari ordinamenti giuridici descritta dal concetto di diritto europeo di Mosler (cfr. § 10).

L'unanimità, tuttavia, aveva un prezzo, spesso troppo alto, anche per la

---

[277] J.H.H. WEILER, *The Community System. The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European law*, 1, 1981, p. 267; e, nella monografia, J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo politico*, Il Mulino, Bologna, 1985.

[278] J. ZILLER, *Defiance for European Influence – the Empty Chair and France*, in A. JAKAB-D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values. Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 422.

[279] *Report by the Foreign Ministers of the Member States on the problems of political unification* (Rapporto Davignon – Boll. CE 11-1970, 9).

sovranista Margaret Thatcher, all'epoca Primo Ministro britannico [280]. L'Atto unico europeo del 1986 espresse la volontà comune degli Stati membri di superare il compromesso di Lussemburgo, consentendo al Consiglio di assumere decisioni a maggioranza in settori politici importanti. In questo modo divenne politicamente possibile superare l'opposizione dei singoli Stati membri. Ciò intaccò l'equilibrio della teoria weileriana, provocando una nuova ondata di trasformazioni strutturali, con problematiche costituzionali – e in particolare quella della legittimazione democratica – che divennero esplosive.

La caduta della cortina di ferro nel 1989 richiese una riorganizzazione profonda dell'Europa che accelerò la trasformazione già in corso. L'allargamento e il rafforzamento dell'unione non era certo l'unica opzione. In quegli anni vennero presentate proposte diverse [281], ma – con il beneplacito degli Stati Uniti – alla fine gli Stati membri si accordarono per estendere e rinsaldare la loro unione [282]. Il Trattato di Maastricht del 1992 rappresentò una svolta epocale: esso trasformò la Comunità in Unione [283] e optò per una unione monetaria. In questo modo, la politica europea uscì definitivamente dall'ambito della politica di piccolo cabotaggio. Controversie inedite politicizzarono l'Europa, e la loro elaborazione contribuì a far emergere la società europea. Al contempo, il Consiglio d'Europa e la CEDU assunsero un nuovo ruolo complementare all'interno dell'UE (cfr. §§ 26, 29, 44).

La teoria della fiducia consente di comprendere la transizione. Già secondo Hegel, le istituzioni pubbliche sussistono soltanto in virtù della "*fiducia*", cioè della coscienza che l'interesse di ciascuno "*sia garantito e contenuto nell'interesse e nel fine di un altro*" [284]. E in molti consideravano la generazione di tale fiducia come il compito proprio dello Stato nazionale. Carl Schmitt evocò l'amicizia tra i cittadini di uno Stato (cfr. § 14), e non si tratta di un'idea proto-fascista: anche per Alexander Somek l'amicizia civica

---

[280] I dettagli del processo storico appena descritto sono, invero, ben più complessi. Vedi L. VAN MIDDELAAR, *The Passage to Europe*, cit., pp. 73 ss. e 100 ss.

[281] G.J. IKENBERRY, *After Victory. Institutions, Strategic Restraint, and the Rebuilding of Order After Major Wars*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2001, pp. 215 ss.

[282] Per approfondimenti, L. VAN MIDDELAAR, *The Passage to Europe*, cit., pp. 181 ss. Dal punto di vista dei contemporanei, ciò era molto meno chiaro. Basti ricordare la famosa formulazione "*caos costituzionale*"; vedi D.M. CURTIN, *The Constitutional Structure of the Union. A Europe of Bits and Pieces*, in *Common Market Law Review*, 30, 1993, p. 67.

[283] Il che è stato un processo faticoso. Vedi A. VON BOGDANDY-M. NETTESHEIM, *Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1995, p. 2324.

[284] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 268; U. VOLKMANN, *Gespräche mit Hegel*, in *Der Staat*, 59, 2020, p. 490.

rappresenta la chiave di volta di una comunità democratica [285].

Il fenomeno della fiducia *oltre lo* Stato nazionale costituisce un oggetto di riflessione piuttosto recente [286], così come la questione correlata dell'identità transnazionale (cfr. § 33). Gli studiosi distinguono tra *affidamento* (confidence) e *fiducia* (trust). Non tutte le forme di comportamento cooperativo sono espressione di fiducia. In un contesto politico, si dovrebbe parlare di fiducia solo allorché un soggetto rimetta volontariamente nelle mani di un altro, il fiduciario, il potere sui suoi interessi essenziali, come la sua vita o il suo benessere, il che spiega anche la veemenza delle reazioni a fronte di delusioni [287].

Il concetto di fiducia illumina le novità del secondo periodo del diritto pubblico europeo. Nel primo, le politiche di regolamentazione europee non coinvolsero molto i cittadini europei, limitandosi a richiedere loro un consenso permissivo piuttosto che la fiducia [288]. Nel secondo, tuttavia, questo non fu più sufficiente, come dimostrano le controversie sulle risposte europee alla crisi finanziaria, alla crisi del debito sovrano, alla crisi dei rifugiati, alla crisi dello Stato di diritto e alla crisi Covid-19 [289]. Si spiega così, almeno in parte, la ragione che ha spinto la Corte di giustizia a riconoscere un ruolo cardine alla tutela della fiducia reciproca tra tutte le istituzioni pubbliche [290].

L'Eurobarometro misura la fiducia dei cittadini. I risultati sono sconfortanti. Secondo Eurobarometro 2019, solo il 44% dei cittadini dell'UE ha fiducia nelle istituzioni europee. Questo dato non è certo positivo, ma non è un argomento che gioca a favore dello Stato nazionale, dal momento che la fiducia media degli intervistati nel proprio governo e nel parlamento

---

[285] A. SOMEK, *Postnational European Democracy. Aristotelian Caveats*, in H. KRUNKE-H. PETERSEN-I. MANNERS (a cura di), *Transnational Solidarity. Concept, Challenges and Opportunities*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 229, spec. pp. 235-239.

[286] J. RUZICKA-V.C. KEATING, *Going Global. Trust Research and International Relations*, in *Journal of Trust Research*, 5, 2015, p. 8; G.M. GENNA, *Images of Europeans. Transnational Trust and Support for European Integration*, in *Journal of International Relations and Development*, 20, 2017, p. 358.

[287] T. MICHEL, *Time to Get Emotional. Phronetic Reflections on the Concept of Trust in International Relations*, in *European Journal of International Relations*, 19, 2012, p. 870.

[288] M. ZÜRN, *Politicization Compared*, cit., pp. 978-979.

[289] F. SCHORKOPF, *Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?*, in *Europarecht*, 51, 2016, p. 156.

[290] CGUE, *Adesione alla CEDU II*, cit., punti 168 e 191; *LM*, cit., punti 35 ss.; K. LENAERTS, *La vie après l'avis. Exploring the Principle of Mutual (Yet not Blind) Trust*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, p. 805; E.M. KULLAK, *Vertrauen in Europa. Entwicklung und Funktion als Verfassungsgrundsatz des Unionsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 199 ss.

nazionale è, con il 34% ciascuno, più bassa di 10 punti percentuali [291]. Oggigiorno i cittadini hanno in media più fiducia nell'Unione che nel proprio Stato.

Dagli anni Novanta del secolo scorso, le controversie sull'affidabilità delle istituzioni europee e nazionali si sono concentrate soprattutto sui parametri codificati nell'articolo 2 TUE. La maggior parte degli europei ritiene che un ordinamento affidabile debba rispondere ai princìpi stabiliti in tale disposizione: giustizia, solidarietà, dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto e tutela delle minoranze.

Tuttavia, perché un periodo possa essere considerato una fase di transizione cruciale, una *età di soglia* (*Sattelzeit*), nel senso di Koselleck, debbono rinvenirsi aggiustamenti concettuali, non semplicemente fenomeni nuovi. Nel diritto pubblico europeo si pose dunque il problema se il diritto primario dell'Unione dovesse essere concepito come diritto costituzionale [292].

Il tema è divenuto di stringente attualità all'inizio del XXI secolo. Basti evocare gli *Humboldt Speeches on Europe*, organizzati da Ingolf Pernice e poi da Matthias Ruffert, nell'ambito dei quali politici di primo piano hanno espresso la loro visione del futuro dell'Europa, misurandosi con tale delicata questione [293]. Di rado l'accademia ha promosso un confronto politico di così significativa portata.

21. La lenta avanzata della prospettiva costituzionale

A prima vista, sembrerebbe piuttosto agevole riconoscere natura costituzionale alle norme fondamentali del diritto pubblico europeo. Gli approcci costituzionalistici al diritto internazionale hanno un'origine autorevole e risalente[294]. Già nel 1964, Wolfgang Friedmann assunse il Trattato

---

[291] COMMISSIONE EUROPEA, *Standard Eurobarometer 91 – Public Opinion on European Union* (primavera 2019). Sulla solidità dei dati, K.A. BLÄSER, *Europa im Spiegel der öffentlichen Meinung. Bilanz und Perspektiven des Eurobarometers nach 40 Jahren*, in *Leviathan*, 41, 2013, p. 351; criticamente, M. HÖPNER-B. JURCZYK, *Kritik des Eurobarometers. Über die Verwischung der Grenze zwischen seriöser Demoskopie und interessengeleiteter Propaganda*, in *Leviathan*, 40, 2012, p. 326.

[292] J.C. PIRIS, *Does the European Union Have a Constitution? Does It Need One?*, Harvard Law School, Cambridge, 2001.

[293] I. PERNICE (a cura di), *Europa-Visionen*, Berlin Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2007; M. RUFFERT (a cura di), *Europa-Visionen. Perspektiven auf Europa vor, während und nach der Krise*, Nomos, Baden-Baden, 2019. Sul dibattito europeo, R. DEHOUSSE, *Une Constitution pour l'Europe?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002.

[294] T. KLEINLEIN, *Konstitutionalisierung im Völkerrecht. Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre*, Springer, Heidelberg, 2012, spec. pp. 5 ss.

CEE come *diritto costituzionale internazionale* [295], sulla base di detta tradizione. Non si tratta di un volo pindarico, di una mera fantasia accademica. Hermann Mosler e Carl Friedrich Ophüls, consulenti giuridici di Adenauer, sin da principio interpretarono i Trattati utilizzando categorie costituzionali [296]; difatti, nel presentare il Trattato CEE al *Bundestag*, il governo federale tedesco dichiarò che esso "*dava vita a un'entità europea di natura costituzionale*" [297].

Nel 1981 Eric Stein, emigrato dalla Repubblica Ceca e professore all'Università del Michigan, elaborò quella che divenne la prima paradigmatica concezione costituzionale del diritto comunitario, attraverso la ricostruzione della giurisprudenza della Corte di giustizia come "*una Costituzione transnazionale in formazione*" [298]. La sua opera fu così persuasiva che l'*American Journal of International Law* smise di pubblicare articoli sul diritto interno della CEE. La terminologia costituzionale venne consacrata per via giudiziale nel 1986, allorché la Corte di giustizia definì il Trattato CEE "*carta costituzionale*" [299] della Comunità.

Tuttavia, Stein e la Corte di giustizia adottarono una concezione debole, principalmente incentrata sull'autorità del diritto comunitario e sul funzionamento della Corte di giustizia; essa descriveva un sistema di amministrazione federale piuttosto che una mediazione legittima tra interessi, valori e idee. Con la riorganizzazione del continente negli anni Novanta del secolo scorso, questa concezione si sgretolò: l'ampliamento dei poteri dell'Unione previsto dal Trattato di Maastricht pose la questione della sua legittimazione democratica.

L'orientamento del dibattito sui concetti mutò profondamente. A lungo i sostenitori dell'integrazione avevano affermato che le norme fondamentali del diritto comunitario erano dotate di natura costituzionale per ribadirne la legittimazione [300]; ora, i difensori dello Stato nazionale sostenevano invece

---

[295] W.G. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, Stevens and Sons, London, 1964, pp. 153 ss. e spec. p. 158. Per una valutazione contemporanea del diritto interamericano, vedi M.A. GÓMEZ DE LA TORRE, *Derecho Constitucional Interamericano. Vol. 1*, Ed. Universitaria, Quito, 1964, pp. 225 ss.

[296] Per una ricostruzione storica, vedi A. BOERGER-M. RASMUSSEN, *Transforming European Law. The Establishment of the Constitutional Discourse from 1950 to 1993*, in *European Constitutional Law Review*, 10, 2014, pp. 201 ss.

[297] BT-Drucks. 2/3340, p. 108.

[298] E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, cit. Su Stein, A. BOERGER, *At the Cradle of Legal Scholarship on the European Union. The Life and Early Work of Eric Stein*, in *The American Journal of Comparative Law*, 62, 2014, p. 859.

[299] CGCE, *Les Verts c. Parlamento*, cit. punto 23.

[300] Conclusioni dell'AG Lagrange, 25 giugno 1964, causa 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, p. 1161.

che il diritto comunitario mancava del carattere costituzionale, a vantaggio del primato del diritto costituzionale interno, sul quale ritenevano trovasse fondamento ogni legittimazione democratica.

Ebbene, il diritto costituzionale e il diritto amministrativo sono entrambi parte del diritto pubblico, ma hanno scopi diversi. In breve: il diritto amministrativo dà esecuzione all'autorità pubblica, mentre il diritto costituzionale la costituisce e la legittima. Nella sua forma più ardita, il diritto costituzionale trasforma l'esercizio di autorità per le istituzioni pubbliche in un esercizio di autodeterminazione dei cittadini ("*We the People*").

Esistono due approcci al riguardo. Uno è quello formulato da Paul Kirchhof, relatore della sentenza *Maastricht* del Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco, che individua nella questione della democrazia europea il nodo della trasformazione europea (cfr. § 40). "*In una democrazia*" – scrive Kirchhof – "*il libero cittadino determina le decisioni della comunità. Nell'insieme della comunità di una nazione (Staatsvolk), egli è anche un governante e non solo un suddito*" [301]. Da questo punto di vista, una costituzione è concepibile solo come costituzione di uno Stato. Ernst-Wolfgang Böckenförde, un altro giudice del Secondo Senato che partecipò alla decisione, elaborò al riguardo una famosa teoria giuridica sul tema, secondo la tradizione hegeliana e schmittiana (cfr. § 32) [302].

Il secondo approccio è quello di Christoph Möllers che invece si colloca in un'altra tradizione, quella non incentrata sullo Stato. Möllers sostiene che il concetto di Costituzione, per rispettare la sua spinta emancipatrice, deve essere interpretato nella tradizione delle rivoluzioni americana e francese. Quindi, una costituzione non richiede necessariamente uno Stato o un *demos*, ma esige un processo di autodeterminazione collettiva che permetta la "*politicizzazione democratica del processo legislativo attraverso la fondazione di un sistema di governo completamente nuovo*" [303].

Dai due approcci paradigmatici illustrati pare trarsi un concetto di diritto costituzionale europeo riduttivo o del tutto ideologico. Qualsiasi pretesa di trasformazione strutturale nella direzione di un diritto costituzionale europeo parrebbe superficiale, inutile o fuorviante, mancando una nazione, un

---

[301] P. KIRCHHOF, *The European Union of States*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011, p. 737.

[302] E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in ID., *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1967, pp. 75-94.

[303] C. MÖLLERS, *Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2011, p. 171. Da allora la sua posizione è cambiata: C. MÖLLERS, *Die Europäische Union als demokratische Föderation*, cit.

popolo o un *demos* europeo (Kirchhof) o un atto che possa essere inteso come autodeterminazione collettiva degli europei (Möllers).

Entrambe le posizioni trovano avallo nel fatto che il Trattato del 2004 che istituiva una Costituzione per l'Europa venne abbandonato nel 2005, venendo sostituito dal meno ambizioso Trattato di Lisbona [304]. Sulla base della volontà dei capi di Stato e di governo, tale Trattato ha rinunciato al "*progetto costituzionale*" [305]. Il fallimento del Trattato costituzionale nel 2005 fu una esperienza così determinante da indurre i leader politici a evitare del tutto la questione costituzionale anche nel 2020, quando si discusse nuovamente del futuro dell'Europa [306].

Tuttavia, quel fallimento non pregiudica la formazione di un diritto costituzionale dell'UE, per molteplici ragioni. Al Consiglio europeo, organo governativo che non ha alcun potere legislativo (articolo 15, paragrafo 1, TUE), non può spettare l'ultima parola sul carattere costituzionale dei Trattati [307]. Di più: il parere reso dal Consiglio europeo su ciò che compone il "*progetto costituzionale*" è assai fragile dal punto di vista giuridico. Secondo le conclusioni della Presidenza, tale progetto "*consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato «Costituzione»*" [308]. Ne discenderebbe che né la Germania (la cui Costituzione è denominata *Legge fondamentale*), né l'Austria (con le sue oltre cento leggi costituzionali federali) avrebbero una Costituzione [309]. Inoltre, il Consiglio europeo non ha mai messo in discussione la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia [310]. Infine, ma non meno significativamente, i concetti giuridici sono autonomi e indipendenti, a prescindere da qualsiasi riconoscimento formale.

---

[304] Per approfondimenti, vedi G. DE BÚRCA, *General Report*, in H.F. KÖCK-M.M. KAROLLUS (a cura di), *Vorbereitung der Europäischen Union für die Zukunft. Notwendige Änderungen des Primärrechts nach der Nicht-Ratifizierung des Vertrags über eine Verfassung für Europa*, Nomos-Facultas-WUV, Baden-Baden-Wien, 2008, pp. 391 ss.

[305] Consiglio europeo del 21/22 giugno 2007, Conclusioni della Presidenza (11177/1/07 REV 1), Allegato I. Mandato per la CIG, par. 1.

[306] M. DE LA BAUME, *Conference on the Future of Europe: Don't mention the T word*, in *Politico* (21 gennaio 2020); Consiglio dell'Unione europea, Dichiarazione comune sulla Conferenza sul futuro dell'Europa del 5 marzo 2021 (6796/21).

[307] Consiglio europeo del 21/22 giugno 2007, Conclusioni della Presidenza, cit., par. 3.

[308] *Ivi*, par. 1; *Memorandum* del governo federale tedesco sul Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, p. 134 (BR-Drucks. 928/07).

[309] E. WIEDERIN, *Österreich. § 7*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, nn. 44-45.

[310] M. DOUGAN, *The Treaty of Lisbon 2007. Winning Minds, not Hearts*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 698.

Ma si può concepire il diritto primario dell'UE come diritto costituzionale dell'UE? Ad avviso di chi scrive, l'argomento più solido al riguardo è da rinvenirsi nella scelta degli autori dei Trattati di fondare l'Unione, e con essa la società europea, sui concetti base del costituzionalismo democratico. Cominciarono con il Trattato di Amsterdam (1997), in particolare con l'articolo 6, paragrafo 1, TUE. Nel 2007, con il Trattato di Lisbona, il 'Legislatore del Trattato' si pose in linea di continuità con l'articolo 2 TUE, mettendo al centro la dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, insieme alla giustizia, alla solidarietà, all'uguaglianza tra donne e uomini, al pluralismo, alla non discriminazione e alla tolleranza.

Non si tratta di parole vuote. Oggigiorno, tali termini ricorrono in molti dibattiti rilevanti per la società europea, sia che si tratti della crisi dell'euro, della crisi migratoria, della crisi dello Stato di diritto o della crisi da Covid-19. I concetti fondamentali del costituzionalismo democratico giocano sempre un ruolo centrale nella ricerca della migliore reazione a una crisi. Il fatto che il loro significato sia controverso, sotto il profilo in questione, non fa che enfatizzarne l'importanza, poiché le diatribe contribuiscono a costituire e integrare la società europea.

Questa lettura costituzionalistica si basa sulla positivizzazione dei princìpi costituzionali e sulla loro rilevanza nelle controversie europee, ma non solo. Essa può mettere in luce anche aspetti di carattere strutturale. Il diritto primario dell'Unione, infatti, stabilisce un'autorità pubblica, istituisce una gerarchia di norme e legittima gli atti giuridici, crea una cittadinanza, garantisce diritti fondamentali azionabili e regola il rapporto tra gli ordinamenti giuridici, tra l'autorità pubblica e l'economia e tra il diritto e la politica [311]. In sintesi, stabilisce un sistema di mediazione, che è la funzione propria di una costituzione nella tradizione hegeliana [312].

I processi politici sottesi ai Trattati di Amsterdam e di Lisbona non soddisfano tutte le aspettative di autodeterminazione democratica, ma nemmeno la Costituzione degli Stati Uniti, tra i cui padri fondatori vi erano proprietari di schiavi, né la Legge fondamentale della Repubblica federale, che all'epoca non era neppure sovrana. A ben vedere, probabilmente, la maggior parte delle costituzioni non supera il test dell'autodeterminazione, se applicato in modo rigoroso. Non da ultimo, tra il 2001 e il 2009, la mobilitazione

[311] Per un confronto, vedi G. FRANKENBERG, *The Return of the Contract. Problems and Pitfalls of European Constitutionalism*, in *European Law Journal*, 6, 2000, p. 257.

[312] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 302.

politica nel processo costituzionale europeo è stata forse più consistente della mobilitazione nella maggior parte dei processi di elaborazione o revisione costituzionale negli Stati membri dell'UE.

Le crisi a volte aiutano a far emergere l'essenziale. Nelle crisi del secondo decennio del XXI secolo, la giurisprudenza della Corte di giustizia (si pensi al parere 2/13 [313] e alle decisioni *ASJP* [314], *Achmea* [315], *LM* [316], *Commissione c. Polonia* [317], *Wightman* [318] e *CETA* [319]) ha dato un enorme impulso al progetto di ricostruzione costituzionale. La Corte di giustizia ora concepisce l'UE anche come Unione di valori, non da ultimo allo scopo di difenderne le fondamenta dalle tendenze autoritarie sviluppatesi [320]. Il contenuto dell'articolo 2 TUE, oggi, va ben oltre l'estetica costituzionale [321] o un semplice *pathos* [322].

Questa giurisprudenza ha aggiunto una logica genuinamente costituzionale alla precedente logica funzionale del diritto dell'Unione, ossia la logica dell'effettività (*effet utile*), di cui sono esempio le celebri dottrine dell'effetto diretto e del primato del diritto dell'UE, che hanno a lungo rappresentato la peculiarità del diritto dell'Unione [323]. Attualmente, tali dottrine sono riconsiderate alla luce del principio costituzionale di uguaglianza, sia dei cittadini dell'Unione che degli Stati membri [324].

Nel secondo periodo del diritto pubblico europeo, i dibattiti sulla società europea sono stati sempre più spesso inquadrati secondo categorie costi-

---

[313] CGUE, *Adesione alla CEDU II*, cit., punto 168.

[314] CGUE, 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, causa C-64/16, punti 30-32.

[315] CGUE, 6 marzo 2018, *Achmea*, causa C-284/16, punto 34.

[316] CGUE, *LM*, cit., punti 35, 48, 50.

[317] CGUE, 24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia*, causa C-619/18, punti 42, 47.

[318] CGUE, 10 dicembre 2018, *Wightman*, causa C-621/18, punti 62 ss.

[319] CGUE, 29 gennaio 2019, *Accord ECG UE-Canada (CETA)*, parere 1/17, punto 110.

[320] J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La Unión Europea como comunidad de valores. A vueltas con la crisis de la democracia y del Estado de Derecho*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 2019, pp. 126-127.

[321] J.H.H. WEILER, *On the Power of the Word. Europe's Constitutional Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2005, p. 173.

[322] U. HALTERN, *Pathos and Patina. The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination*, in *European Law Journal*, 9, 2003, p. 14.

[323] P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, cit., pp. 84 ss.; per un approfondimento, cfr. *infra*, §§ 37 e 56.

[324] K. LENAERTS-J. GUTIÉRREZ FONS-S. ADAM, *Exploring the Autonomy of the European Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 81, 2021, p. 47.

tuzionali. Una delle riviste europee più prestigiose è la *European Constitutional Law Review*, con sede nei Paesi Bassi e pubblicata in Inghilterra. Gli studiosi spagnoli curano la *Revista de derecho constitucional europeo* e tutte le riviste di diritto costituzionale più autorevoli pubblicano una grande quantità di articoli sul diritto primario dell'Unione europea. Sembra dunque che l'opposizione a una ricostruzione costituzionale del diritto primario dell'Unione si stia affievolendo, e ciò a prescindere dalle modalità con cui le diverse posizioni riemergono (anche se trasformate): il nuovo campo discorsivo è oggi plasmato da concetti costituzionali.

Qualsiasi approccio costituzionale dovrebbe ricostruire il diritto primario come cornice di riferimento per la politica, sistematizzandolo alla luce delle teorie e delle dottrine costituzionali, così da esplorarne i fondamenti legittimanti, mediare tra i discorsi sociali e giuridici e sviluppare una corrispondente comprensione della disciplina [325]. L'approccio costituzionale consente di adottare varie prospettive, in corrispondenza ai diversi punti di vista che circolano nella società europea, contribuendo ad articolarne le differenti posizioni, a risolvere le controversie e adottare decisioni legittime.

La teoria di Hegel supporta questo approccio, rappresentando una costituzione come un risultato evolutivo, in contrapposizione a un atto volontaristico [326], e attribuendo scarsa importanza al concetto di potere costituente o ai momenti fondativi. Al contrario, Hegel pone l'accento sui processi storici e sulle prassi ad essi connesse, come la maggior parte delle teorie istituzionaliste. Ciò permette di comprendere la positivizzazione (costituzionalizzazione) nel diritto primario di molte pratiche europee, quali il Consiglio europeo, l'assunzione dell'Assemblea come parlamento, l'espansione delle politiche europee, i diritti fondamentali, il primato del diritto UE e la fusione di diverse organizzazioni in un'unica Unione: prima la pratica, poi, spesso decenni dopo, la positivizzazione nei Trattati.

Il processo di costituzionalizzazione europea, al contempo, appare comunque incompleto, non da ultimo per il fallimento del Trattato costitu-

---

[325] T. GIEGERICH, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß. Wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung*, Springer, Berlin, 2003; R. SCHÜTZE, *European Constitutional Law*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2016; A. ROSAS-L. ARMATI (a cura di), *EU Constitutional Law. An Introduction*, III ed., Hart Publishing, Oxford, 2018; S. BESSON, *Droit constitutionnel européen. Précis de droit et résumés de jurisprudence*, Stampfli, Berne, 2019; Y. GÓMEZ SÁNCHEZ-C. ELÍAS MÉNDEZ, *Derecho constitucional europeo*, Aranzadi, Pamplona, 2019.

[326] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 271. Sui numerosi difetti del concetto di Costituzione di Hegel, N. BOBBIO, *La costituzione in Hegel*, in N. BOBBIO (a cura di), *Studi hegeliani*, Einaudi, Torino, 1981, p. 69.

zionale. Questo rilevante aspetto può essere compreso ricorrendo al solo concetto di *diritto costituzionale*, non di *Costituzione* europea. Così, mentre la Corte di giustizia si riferisce a princìpi costituzionali, il concetto di "*legislatore costituzionale*" compare soltanto in un parere di un Avvocato generale fortemente federalista [327] e in alcune decisioni del Tribunale [328]. Attualmente prevale l'espressione neutra di *autori dei Trattati* o del *Trattato* [329]. Tuttavia, nella versione tedesca di alcuni pareri degli Avvocati generali si rinviene l'evocativo singolare collettivo *Vertragsgesetzgeber*, *Legislatore dei Trattati*, per riferirsi ai sistemi politici uniti nel loro ruolo costitutivo ai sensi degli articoli 48 e 54 TUE [330]. Poiché questo singolare collettivo si adatta bene al singolare collettivo di società europea, è stato e verrà talvolta utilizzato nel presente lavoro come sinonimo di autori.

22. Sulla portata del primato

L'articolo 2 TUE stabilisce le basi del diritto pubblico europeo, come l'articolo 1 della Costituzione italiana o gli articoli 1 e 20 della Legge fondamentale tedesca per i loro ordinamenti giuridici. Ciò comporta che le sue previsioni prevalgano su tutto il resto del diritto. Questo primato implica una trasformazione strutturale.

Fino alla metà del XX secolo, le costituzioni della maggior parte degli Stati europei furono documenti di natura politica più che strettamente giuridica [331]. Soltanto nella seconda metà del secolo, il primato giuridico del diritto costituzionale si affermò lentamente come caratteristica generale. L'esplicita subordinazione gerarchica della legislazione alla costituzione, la nascita della giustizia costituzionale (cfr. § 48) e il rafforzamento dei

---

[327] Conclusioni dell'Avvocato generale Mancini, 2 giugno 1986, causa C-34/86, *Consiglio c. Parlamento*, p. 2161.

[328] TCE, 27 giugno 2000, *Salamander e altri c. Parlamento e Consiglio*, cause riunite T-172/98 *e* da T-175/98 a T-177/98, punto 75 ("potere costituente comunitario"; in tedesco: "*Verfassungsgeber der Gemeinschaft*") e TUE, 23 aprile 2018, *One of Us e altri c. Commissione*, causa T-561/14, punti 113-114 ("potere costituente"; in tedesco: "*Verfassungsgebende Gewalt*").

[329] CGUE, 3 ottobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento e Consiglio*, causa C-583/11, punto 70.

[330] Conclusioni dell'AG Geelhoed, 21 febbraio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop*, punto 28; conclusioni dell'AG Kokott, 17 gennaio 2013, causa C-583/11, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento e Consiglio*, punti 111-112.

[331] Per la Germania, cfr. R. WAHL, *Der Vorrang der Verfassung*, in *Der Staat*, 20, 1981, spec. pp. 502 ss.

diritti (cfr. § 57) costituiscono i pilastri portanti di questa evoluzione. Così, i diritti fondamentali e umani sono diventati rilevanti in innumerevoli conflitti sociali e hanno portato a costituzionalizzare e, quindi a trasformare, il significato di leggi, di regolamenti, del diritto consuetudinario e della giurisprudenza [332]. Ulteriori elementi di tale trasformazione si rinvengono nella concettualizzazione dei princìpi costituzionali come valori sociali e nella promozione di un'etica costituzionale non solo tra i giuristi e i funzionari pubblici, ma in tutta la società (cfr. § 30).

Quest'ultimo elemento corrisponde a un'esigenza che nasce con il costituzionalismo moderno. Già nel 1791, Talleyrand (cfr. § 6), all'epoca ancora progressista, pretese che il popolo imparasse a conoscere la Costituzione per radicare la Repubblica nel cuore di tutti i cittadini [333]. Anche Hegel scrive del sentimento politico e del patriottismo come atteggiamenti normativi elementari [334]. Nel 1970, il politologo Dolf Sternberger coniò l'espressione "*patriottismo costituzionale*", in seguito fatta propria e divulgata da Jürgen Habermas [335].

Esistono differenze significative tra i processi di costituzionalizzazione degli Stati membri dell'UE (cfr. § 49) e, purtuttavia, tutti gli ordinamenti degli Stati membri si sono sviluppati in questa direzione, anche per merito dell'europeizzazione (cfr. § III.B). In effetti, l'articolo 4, paragrafo 2, TUE ha senso solo in presenza di questa comunanza, poiché riflette il ruolo sostanziale del diritto costituzionale interno nell'esprimere l'identità degli Stati membri.

Anche l'articolo 2 TUE è debitore di questa concezione, saldandosi alle norme costituzionali destinate a formare la società europea [336]. Kris

---

[332] G.F. SCHUPPERT-C. BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des 'einfachen' Rechts*, Nomos, Baden-Baden, 2000.

[333] L. HEUSCHLING, *Frankreich. § 28*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, n. 4.

[334] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 268.

[335] D. STERNBERGER, *Verfassungspatriotismus*, Suhrkamp, Berlin, 1990, spec. pp. 17 ss., 24, 30-31; J. HABERMAS, *Historical Consciousness and Post-Traditional Identity: Remarks on the Federal Republic's Orientation to the West*, in *Acta Sociologica*, 31, 1988, p. 9; per l'UE, J.H.H. WEILER, *Federalism Without Constitutionalism. Europe's Sonderweg*, in K. NICOLAÏDIS-R. HOWSE (a cura di), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 63.

[336] P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 8 ss.; C. PINELLI, *Alla ricerca dell'autenticità perduta. Identità e differenze nei discorsi e nei progetti di Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 40.

Grimonprez dimostra come questa disposizione possa essere il punto di caduta della formazione democratica nella società europea [337]. Per questo motivo, le previsioni dell'articolo 2 TUE sono alla base del costituzionalismo trasformativo nell'UE.

F. Costituzionalismo trasformativo

Anche se per ragioni diverse, e financo contraddittorie, molti cittadini ritengono che né il diritto europeo né la società europea soddisfino pienamente l'ideale di società democratica restituito dai parametri dell'articolo 2 TUE. Il dibattito sulle carenze e sulle soluzioni atte a superarle costituisce un elemento essenziale per la società europea. Il diritto europeo fornisce un quadro di riferimento, ma può anche divenire una forza del cambiamento (cfr. § 4). La sua forma più problematica è il costituzionalismo trasformativo.

Per spiegare il costituzionalismo trasformativo, occorre muovere dalla spiegazione di un fenomeno più generale, vale a dire il possibile ruolo trasformativo del diritto. Una siffatta potenzialità è stata sempre presente nel diritto europeo, concepito come un fattore di trasformazione. Per molto tempo si è pensato che tale trasformazione consistesse soprattutto nell'armonizzazione e nella centralizzazione. Questa concezione ormai non è più attuale e deve essere sostituita da una concezione incentrata sull'articolo 2 TUE (cfr. § 23). In quest'ottica, il diritto europeo può agire da costituzionalismo trasformativo per affrontare quello che è forse il problema più grave dell'Europa: la messa in pericolo del carattere democratico della società europea da parte di taluni Stati membri (cfr. § 24). Per spiegarne le implicazioni, è opportuno soffermarsi prima sul costituzionalismo trasformativo latino-americano (cfr. § 25) e poi, su questa base, riflettere sul percorso europeo degli ultimi tre decenni e sulle prospettive future (cfr. § 26).

23. Una società democratica come espressione di *"un'unione sempre più stretta"*

Il linguaggio dei Trattati europei è laconico. Ma c'è un motto che ha plasmato l'immaginario collettivo del progetto europeo: l'"*unione sempre più*

[337] K. GRIMONPREZ, *The European Union and Education for Democratic Citizenship. Legal Foundations for EU Learning at School*, Nomos, Baden-Baden, 2020, spec. pp. 339 ss.

stretta" [338]. La sua spinta trasformativa è formidabile. L'idea informava già l'articolo 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa che, dal 1949, affida a quest'ultimo, seppur timidamente, di "*attuare un'unione più stretta fra i membri*". Ma è la formula della CEE che ha catturato l'attenzione dell'Europa e si è trasformata in un vero e proprio motto: dal 1957, gli Stati membri dichiarano, nel primo considerando del preambolo del Trattato CEE (ora Trattato TFUE), di essere "*determinati a porre le fondamenta di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei*". Questo impulso alla trasformazione ha dato i suoi frutti: ventisette Stati membri, molti dei quali si sono distinti per secoli per le loro reciproche antipatie [339], si considerano ora parte di un'unica società, e lo proclamano nell'articolo 2 TUE (cfr. § 2).

La Dichiarazione del 1957 vige e vive, non è una reliquia del passato. Nel 1992, il Trattato UE addirittura rafforzò l'obiettivo enunciato nel 1957. Il suo preambolo esprime la volontà di "*segnare una nuova tappa nel processo di integrazione europea*" e di "*portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa*". Inoltre, quello stesso Trattato si prefiggeva "un'*unione sempre più stretta*" come obiettivo giuridico dei Trattati, all'articolo 1, secondo comma, TUE. Durante le turbolenze della crisi del debito europeo, la Corte di giustizia, in formazione plenaria, sottolineò questo aspetto, dichiarando che la "*realizzazione del processo di integrazione […] costituisce la ragion d'essere dell'Unione stessa*" [340]. Per alcuni si è diventati "*sempre più vicini*" a sufficienza [341]. Il Regno Unito premeva addirittura per l'eliminazione di queste espressioni dai Trattati [342] e, tuttavia, non l'ha ottenuta e ha lasciato l'Unione.

Per molto tempo, l'unione sempre più stretta è stata intesa come sempre maggiore armonizzazione e centralizzazione. Hallstein concepì la CEE come una tappa del percorso verso uno Stato federale europeo [343]. La metafora della bicicletta, secondo cui l'Unione cade se non avanza, esprime in modo

---

[338] Sulla distinzione tra *unione* e *Unione*, cfr. § 11.

[339] K.W. DEUTSCH, *The Growth of Nations. Some Recurrent Patterns of Political and Social Integration*, in *World Politics*, 5, 1953, p. 168.

[340] CGUE, *Adesione alla CEDU II*, cit., punto 172. C.D. CLASSEN, *Unionsrecht als Integrationsrecht verstehen! Zu Selbstverständnis und Perspektiven der Europarechtswissenschaft*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, p. 489.

[341] CHARLEMAGNE, *Ever Farther Union*, cit.; H.H. KLEIN, *Integration und Verfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 139, 2014, pp. 192-193.

[342] V. MILLER, *"Ever Closer Union" in the EU Treaties and Court of Justice case law*, in *House of Commons Briefing Papers*, 2015, pp. 13 ss.; D. CAMERON-T. ROSS, *David Cameron: the EU Is not Working and We Will Change it*, in *The Telegraph* (15 marzo 2014).

[343] W. HALLSTEIN, *Die Europäische Gemeinschaft*, cit., p. 36.

particolarmente suggestivo il concetto di "*sempre più stretta*" [344]. Nel 2015, Matthias Ruffert scrisse che il diritto europeo "*è sempre stato il diritto concepito per rafforzare […] l'integrazione europea*" [345].

L'idea della spinta trasformativa non è più convincente. Non è in grado di spiegare le innovazioni giuridiche che contrastano la centralizzazione, come il principio di sussidiarietà, la protezione dell'identità nazionale degli Stati membri, i limiti rispetto alle competenze dell'Unione (articoli 4 e 5 TUE) e la possibilità di recesso (articolo 50 TUE). Il diritto europeo, inoltre, contiene anche il diritto interno (cfr. § 10), che è ancora più esplicito allorché si tratti di limitare l'armonizzazione e difendere l'identità nazionale di uno Stato membro (cfr. § 33). Nei dibattiti pubblici è sempre più ricorrente l'interrogativo volto a chiarire se per affrontare un problema sociale sia necessaria più o meno 'Europa', e talora detti interrogativi sono in grado di influire sull'esito delle elezioni di uno Stato membro [346]. Più o meno 'Europa' è divenuta una contrapposizione politica importante quanto quella tra destra e sinistra.

L'obiettivo del diritto europeo non dovrebbe trovarsi su un solo lato di questa linea di demarcazione. Si registra un vivace dibattito su interpretazioni alternative dell'unione sempre più stretta [347]. In passato, chi scrive ha sostenuto che il concetto di spazio giuridico europeo potesse favorire tale comprensione [348]. Qui se ne propone un ulteriore sviluppo, assumendo i parametri dell'articolo 2 TUE come scopo del diritto europeo. Questi parametri sono decisivi per il perseguimento dell'obiettivo di un'unione sempre più stretta (cfr. § 29). L'unione *è sempre più stretta* se si conforma in modo *sempre più perfetto* ai princìpi su cui si fonda. Quando invece se ne allontana, il costituzionalismo trasformativo può dare risposta ai problemi che emergono.

---

[344] Cfr, W. HALLSTEIN, *Mitten auf dem Weg zur Einheit Europas. Zum zehnten Jahrestag der Unterzeichnung des EWG-Vertrags in Rom am 25. März 1957*, in *Europa-Archiv*, 22, 1967, p. 195.

[345] M. RUFFERT, *Europäische Währungspolitik als Herausforderung für das Recht*, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Bonn, 2015, p. 37.

[346] M. DAWSON-F. DE WITTE, *From Balance to Conflict*, cit., p. 207.

[347] Per il dibattito tedesco, vedi U. HALTERN, *On Finality*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, p. 205; S. KADELBACH (a cura di), *Die Europäische Union am Scheideweg. Mehr oder weniger Europa?*, Nomos, Baden-Baden, 2015; G. KIRCHHOF-H.E. KUBE-R. SCHMIDT (a cura di), *Von Ursprung und Ziel der Europäischen Union. Elf Perspektiven*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.

[348] A. VON BOGDANDY, *Ways to Frame the European Rule of Law: Rechtsgemeinschaft, Trust, Revolution, and Kantian Peace*, cit.

24. L'emersione di un nuovo concetto

La Costituzione degli Stati Uniti d'America mira a una "*Unione più perfetta*" fin dal 1789. Negli anni Cinquanta, divenne chiaro anche ai giudici della Corte Suprema che ciò richiedeva di affrontare, e superare, le strutture sociali non democratiche. La sentenza *Brown v. Board of Education* dimostrò al Paese e al mondo che le corti supreme possono svolgere un ruolo in tale processo. La decisione si misurò con la più grave lacuna strutturale della società americana: la discriminazione a sfondo razziale nei confronti di un gruppo di cittadini [349]. *Brown v. Board of Education* rappresenta la decisione trasformativa più nota della storia del diritto, forse la più celebrata di tutte le decisioni giudiziarie a livello mondiale.

Brown v. Board of Education e la giurisprudenza che ne seguì ispirarono quello che, una generazione dopo, sarebbe emerso in America Latina come costituzionalismo trasformativo e, infatti, molti dei suoi protagonisti avevano studiato la *US rights revolution* [350]. Considerato che la discriminazione razziale sistemica affligge ancora gli Stati Uniti, è evidente che le sole decisioni giudiziarie non riescono a trasformare una società, ma possono contribuire a promuoverne una trasformazione [351]. In altre parole, il ruolo delle corti va oltre l'ordinaria risoluzione di casi individuali e il consolidamento dello *status quo*. *Brown v. Board of Education* dimostra che il diritto, con i suoi numerosi attori (individui e istituzioni), può svolgere un ruolo nelle trasformazioni sociali, certo con i propri limiti, i propri paradossi e i propri fallimenti.

La Costituzione degli Stati Uniti non è la sola ad avere una spinta trasformativa. Molte altre costituzioni mirano alla trasformazione democratica in modo ancora più esplicito: la Costituzione messicana del 1917 e quella di Weimar del 1919 furono pioniere in questo senso [352]. Esse si prefiggevano

---

[349] USSC, *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954); J. SEIGENTHALER, *Brown v. Board of Education: Making a More Perfect Union*, in *Stetson Law Review*, 34, 2005, p. 457.

[350] Y. DEZALAY-B.G. GARTH, *The Internationalization of Palace Wars. Lawyers, Economists and the Contest to Transform Latin American States*, University of Chicago Press, Chicago-London, 2002, pp. 110 ss.

[351] S. MOYN, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2018, spec. pp. 173 ss.; S. LEVITSKY-D. ZIBLATT, *How Democracies Die*, Penguin Books, New York, 2019, pp. 251 ss.

[352] R. GROTE, *The Mexican Constitution of 1917: An Early Example of Radical Transformative Constitutionalism*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 149; R. VOIGT (a cura di), *Aufbruch zur Demokratie. Die Weimarer Reichsverfassung als Bauplan für eine demokratische Republik*, Nomos, Baden-Baden, 2020.

chiaramente di trasformare non solo l'autorità pubblica, ma la società nel suo complesso. Molte delle costituzioni vigenti perseguono obiettivi altrettanto ambiziosi.

Tuttavia, un costituzionalismo trasformativo richiede non solo obiettivi ambiziosi, ma implica anzitutto una prassi giudiziaria che radichi il diritto nella società. Una siffatta prassi, e con essa il concetto di costituzionalismo trasformativo, è emersa soltanto negli anni Novanta del secolo scorso, con il fallimento del socialismo sovietico, il fiorire del discorso sui diritti umani e la diffusione della giurisdizione costituzionale come fenomeno globale. In quegli anni giocarono un ruolo anche il consenso di Washington sulla politica economica e l'egemonia degli Stati Uniti [353], la cui relazione col costituzionalismo trasformativo resta da stabilire.

Il costituzionalismo trasformativo aprì un varco nel Sud globale. Sono emblematiche al riguardo la giurisprudenza della Corte costituzionale colombiana e quella della Corte costituzionale sudafricana, istituite rispettivamente nel 1991 e nel 1993 [354]. Entrambe le Corti avallarono nuovi metodi di interpretazione costituzionale allo scopo di fronteggiare gravi carenze sistemiche. In Colombia, le deficienze strutturali derivavano dalla guerra civile e dalla criminalità organizzata, in Sudafrica dall'*apartheid*.

Karl Klare, esponente dei *Critical Legal Studies* statunitensi, coniò l'espressione 'costituzionalismo trasformativo' in riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale del Sudafrica. Klare lo definì come un processo a lungo termine di redazione, interpretazione e applicazione di una Costituzione, preposto a trasformare le istituzioni politiche e sociali e i rapporti di potere in modo da renderli più democratici, inclusivi ed equi [355]. Si sviluppò così un concetto straordinario.

Ma quali sono le idee alla base di questo concetto? Klare descrive il costituzionalismo trasformativo sudafricano come un diritto marcatamente post-liberale [356]. Al contrario, il costituzionalista sudafricano Theunis Roux sostiene che la Costituzione sudafricana si iscriva nel contesto del costituzionalismo liberale del Nord globale [357]. La concezione di Roux

---

[353] P.W. KAHN, *Speaking Law to Power. Popular Sovereignty, Human Rights, and the New International Order*, in *Chicago Journal of International Law*, 1, 2000, p. 1.

[354] D. BONILLA MALDONADO, *Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

[355] K.E. KLARE, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in *South African Journal on Human Rights*, 14, 1998, p. 150.

[356] *Ivi*, pp. 150 ss.

[357] T. ROUX, *Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution. Distinction without a Difference?*, in *Stellenbosch Law Review*, 20, 2009, p. 258; T.

venne corroborata in America Latina, dove un fenomeno simile fu denominato *neo-costituzionalismo.* Esso si propone essenzialmente di realizzare una società veramente democratica, nonostante la complessità delle circostanze [358]. Seguendo questo filone di pensiero, si elaboreranno qui strategie volte a realizzare l'articolo 2 TUE in contesti europei che presentano carenze sistemiche o strutturali.

Ma come si concilia questo approccio con quello hegeliano? Hegel manifestò un profondo scetticismo nei confronti dell'idea che una nuova Costituzione potesse rivoluzionare la società [359]. Allo stesso tempo, però, riconosceva il potenziale trasformativo di una nuova costituzione [360] e, anche sotto questo profilo, il pensiero hegeliano ha gettato le fondamenta per la costruzione di percorsi tra loro assai diversi [361].

Il presente lavoro segue la strada tracciata dalla scuola liberale di Hegel nel periodo tedesco del *Vormärz* (1815-1848), che comprende Eduard Gans (cfr. § 73), Rudolf Haym e Lorenz von Stein. Questa scuola contribuì in modo significativo alla redazione della Costituzione tedesca del 1849, una pietra miliare del costituzionalismo democratico [362]. Poiché quella Costituzione fallì, la scuola ne condivise le sorti e per decenni le opere dell'hegelianesimo liberale rimasero nelle biblioteche a prendere polvere, mentre prevalevano l'hegelianesimo di destra e di sinistra [363] e il positivismo costituzionale.

ROUX, *A Brief Response to Professor Baxi*, in O. VILHENA VIEIRA-B. UPENDRA-F. VILJOEN (a cura di), *Transformative Constitutionalism: Comparing the Apex Courts of Brazil, India and South Africa*, PULP, Pretoria, 2013, p. 51.

[358] P. COMANDUCCI, *Formas de (neo) constitucionalismo. Un análisis metateórico*, in M. CARBONELL SÁNCHEZ (a cura di), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 75; sui vari significati, vedi H. KLUG, *Transformative Constitutionalism as a Model for Africa?*, in P. DANN-M. RIEGNER-M. BÖNNEMANN (a cura di), *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 141.

[359] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 273; seguendo questa strada, K. MARX, *Critique of Hegel's 'Philosophy of Right' (1843/1844)*, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, p. 112; K. MARX, *"Zur Judenfrage", Marx-Engels-Werke. Bd. 1*, Dietz Verlag, Berlin, 1981, pp. 347-377; trad. it. *Sulla questione ebraica*, Bompiani, Milano, 2007.

[360] G.W.F. HEGEL, *On the English Reform Bill*, 1831, in L. DICKEY-H. NISBET (a cura di), *Hegel: Political Writings*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 234-279.

[361] Cfr. H. OTTMANN, *Individuum und Gemeinschaft bei Hegel, Bd I Hegel im Spiegel der Interpretationen*, De Gruyter, Berlin-New York, 1977.

[362] M. STOLLEIS, *Public Law in Germany*, cit., pp. 248 ss.

[363] K. LÖWITH, *Von Hegel zu Nietzsche. Der revolutionäre Bruch im Denken des neunzehnten Jahrhunderts*, W. Meiner, Hamburg, 1995, pp. 65 ss.; trad. it. *Da Hegel a Nietzsche. La frattura rivoluzionaria nel pensiero del secolo XIX*; Einaudi, Torino, 2010; H. KIESEWETTER, *Von Hegel zu Hitler. Die politische Verwirklichung einer totalitären Machtstaatstheorie in Deutschland (1815-1945)*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1995, pp. 135 ss.

A partire dalla fine del XIX secolo, un gruppo di studiosi americani dovette affrontare le crisi della società statunitense e, a tal fine, sostenne la necessità di liberare il diritto pubblico statunitense dalle concezioni costituzionali settecentesche. Rispolverarono le opere della scuola liberale di Hegel e ne aggiornarono le mediazioni tra diritti individuali e benessere generale, società e Stato, diritto e morale. John Dewey, Frank Goodnow e molti altri [364] democratizzarono dette mediazioni e le adeguarono alla vitalità della società americana. Il loro pensiero portò al pragmatismo americano, al *New Deal* e agli inizi di uno Stato sociale democratico, nonché ai *Critical legal studies* [365].

Per il diritto pubblico europeo confrontarsi con il pragmatismo e con il diritto costituzionale progressista statunitense significa riappropriarsi della scuola liberale hegeliana. In tale ottica, Jürgen Habermas rappresentò il ritorno in Europa di questo hegelismo riformato [366]. Le sue idee divennero una vera e propria forza nell'opinione pubblica nazionale ed europea sulle principali questioni interne, europee e internazionali. Il che permette di essere ottimisti: l'interpretazione di Hegel – che chi scrive concluse nel 1986 all'ombra del muro di Berlino – trasmise già allora il fiducioso presentimento che quel muro sarebbe caduto [367].

Il costituzionalismo trasformativo non è una filosofia della storia, né rappresenta una teoria della modernizzazione (cfr. § 4). È un concetto giuridico che interpreta e applica le norme costituzionali con l'obiettivo di contribuire alla trasformazione sociale. Se ne possono distinguere due concezioni. La prima, meno impegnativa, riconosce il costituzionalismo trasformativo in qualsiasi giurisprudenza costituzionale che promuova trasformazioni democratiche (cfr. § 13) [368]. La seconda, più esigente, richiede in aggiunta di provare ad affrontare le carenze sistemiche, anche se tali deficienze non devono necessariamente avere la portata della discriminazione razziale negli Stati Uniti, dell'*apartheid* sudafricano o del collasso dello Stato colombiano. In

---

[364] B. EMERSON, *The Public's Law. Origins and Architecture of Progressive Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

[365] D. KENNEDY, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, in *Buffalo Law Review*, 28, 1979, p. 210; P. HAMBURGER, *Is Administrative Law Unlawful?*, Chicago University Press, Chicago-London, 2014; E. SCHMIDT-AßMANN, *Das Verwaltungsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika. Grundlagen und Grundzüge aus deutscher Sicht*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 51 ss.

[366] J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Suhrkamp, Frankfurt am Main-Boston, 1981; trad it. *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 2022; J. HABERMAS, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum (1950)*, Suhrkamp, Berlin, 1997; trad. it. *Fatti e norme*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

[367] A. VON BOGDANDY, *Hegels Theorie des Gesetzes*, Verlag Karl Alber, Freiburg-München, 1989, p. 250.

[368] M. HAILBRONNER, *Transformative Constitutionalism. Not only in the Global South*, in *American Journal of Comparative Law*, 65, 2017, p. 527.

quanto maggiormente esplicativo, si assume qui il concetto più esigente, ossia quello più restrittivo.

Il costituzionalismo trasformativo mira a porre rimedio a carenze sistemiche. Per quanto riguarda la società europea, tali carenze si rinvengono soprattutto in alcuni Stati membri, a causa della debolezza delle istituzioni pubbliche o dei difetti della loro struttura democratica. Sebbene le circostanze attuali non siano paragonabili alla situazione di molti cittadini afroamericani negli Stati Uniti, all'*apartheid* sudafricano o alla precarietà dello Stato in Colombia, esse rappresentano comunque una minaccia per la società europea (cfr. §§ 26, II.F, III.F). L'esperienza latino-americana contribuisce a rendere operativo il costituzionalismo trasformativo nella società europea.

25. Innovazioni dall'America Latina

Alcuni studiosi riscontrano una trasformazione dell'Europa in senso latino-americano [369]. Non è questo l'oggetto delle riflessioni cui è rivolto il presente lavoro, che si concentra piuttosto sulle innovazioni costituzionali latino-americane (sintetizzate come costituzionalismo trasformativo) nell'affrontare carenze sistemiche. Si illustrerà di seguito, pertanto, il modo in cui la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti, la Commissione europea e la Commissione di Venezia, gli attivisti e gli studiosi di diritto, i giudici nazionali e i difensori civici contrastano le disfunzioni sistemiche della società europea, come quelle del governo polacco guidato dal Prawo i Sprawiedliwość (PiS, *Diritto e Giustizia*).

L'esperienza latino-americana è illuminante, perché anch'essa si avvale di un diritto comune e di istituzioni comuni per fronteggiare deficit costituzionali. Sebbene non esista un'organizzazione regionale come l'Unione europea che crea un'unità politica [370], si rinvengono processi regionali volti a promuovere i princìpi costituzionali. Il costituzionalismo trasformativo latino-americano, dunque, opera su due livelli, quello statale e quello regionale.

---

[369] A. TAUSCH, *The City on the Hill? The Latin Americanization of Europe and the Lost Competition with the U.S.A.*, Rozenberg Pub, Amsterdam, 2007; T. FOTOPOULOS, *The Latin-Americanization of Greece and the Lessons for the European South*, in *International Journal of Inclusive Democracy*, 6, 2010, p. 1.

[370] Su questo tema, vedi i contributi di A.A. Salazar, A.D. de Klor, J.E. Durán Lima, T. Fischer, R. Grote, A. Fuentes Hernández, E.I. Highton, A. Malamud, H.G. Preusse e R. Vigil Toledo in A. VON BOGDANDY-C. LANDA ARROYO-M. MORALES ANTONIAZZI (a cura di), *¿Integración suramericana a través del derecho? Un análisis interdisciplinario y multifocal*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

A livello regionale spiccano due istituzioni: la Commissione interamericana e la Corte interamericana dei diritti umani (Corte IDH) [371]. Esiste altresì una fitta rete orizzontale di istituzioni nazionali trasformative, e in particolare, giudici, difensori civici, procure e apparati burocratici dedicati, nonché organizzazioni di base e non governative, che generano gran parte delle dinamiche trasformative. Questi gruppi e istituzioni traducono il costituzionalismo in una prassi sociale che va ben oltre la mera lettera delle disposizioni normative. Di seguito si approfondirà il contributo innovativo fornito dalla Corte interamericana.

La base giuridica della Corte si rinviene nella Convenzione americana sui diritti umani del 1969, in vigore dal 1978. Tale Convenzione non si prefiggeva di realizzare un costituzionalismo trasformativo [372]. Nessuno immaginava nel 1969 che la Convenzione potesse risultare particolarmente efficace, dato che meno della metà degli undici Stati che la sottoscrissero da principio aveva governi democraticamente eletti. La Convenzione assume valore simbolico contro la Rivoluzione cubana. I governi che aderirono probabilmente pensarono che si sarebbe rivelata irrilevante sul piano interno, come era all'epoca la CEDU, che funse da modello [373].

Tuttavia, la Corte interamericana incarnò il proprio ruolo interpretando la Convenzione come uno strumento atto ad accompagnare il processo di democratizzazione latino-americana iniziato nei primi anni Ottanta. Tale democratizzazione poggiava su decisioni politiche epocali, proprio come quella dell'Europa centrale e orientale un decennio dopo. Per l'America Latina, gli anni Ottanta del secolo scorso rappresentarono una fase di transizione, una congiuntura critica, nel senso di *Sattelzeit*, paragonabile a quella europea dopo la caduta della cortina di ferro.

La tradizione costituzionale latino-americana risale agli inizi del XIX secolo. A lungo, tuttavia, i diritti fondamentali ebbero un ruolo marginale, ornamentale. La situazione mutò profondamente a causa dell'oppressione governativa degli anni Settanta, quando la rivendicazione dei diritti divenne

---

[371] R. UPRIMNY, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: Tendencias y desafíos*, in C.A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (a cura di), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2011, p. 114.

[372] Da questo punto di vista, è simile alla Corte di giustizia, alla Corte europea dei diritti dell'uomo e a molte Corti costituzionali (cfr. §§ III.A e III.C).

[373] Su quanto segue, in particolare, X. SOLEY ECHEVERRÍA, *The Transformation of the Americas. The Rise of Human Rights and the Inter-American System*, tesi di dottorato, Johann Wolfgang Goethe – Universitat Frankfurt am Main, Frankfurt am Main, 2020 (pubblicata nel 2021), cap. 1C. e cap. 2.A.3; S. RAGONE, *The Inter-American System of Human Rights. Essential Features*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 281 ss.

uno strumento di resistenza, il che fece loro acquisire peso politico e di spinta sociale. I rapporti su quell'oppressione, i cui titoli recitavano "*Nunca más*" (mai più) in relazione alle gravi violazioni dei diritti umani, divennero un punto di riferimento, un caposaldo, per la riforma e per la prassi costituzionale [374]. Nella transizione verso la democrazia, i concetti elaborati nell'esperienza dell'oppressione resero necessaria una trasformazione. La tutela dei diritti umani e la democratizzazione divennero profondamente interconnesse e i giudici iniziarono ad affrontare i problemi strutturali.

I casi giudiziari aventi questo obiettivo si inserirono in un più ampio processo di riforma costituzionale. Basti ricordare la nuova Costituzione del Brasile del 1988, e soprattutto quella colombiana del 1991, che diede vita alla più significativa giurisprudenza costituzionale trasformativa della regione. Come numerose altre costituzioni nuove o emendate, esse vennero concepite per superare un'eredità cupa e dolorosa. Entrambe le costituzioni contengono cataloghi completi di diritti fondamentali, incrementano la partecipazione democratica dei cittadini e rafforzano altresì le istituzioni indipendenti, specie la magistratura [375].

Queste riforme riflettono quindi una nuova concezione del diritto. Prima degli anni Ottanta del secolo scorso, nella regione molti ritenevano che il diritto servisse principalmente a consolidare il potere dell'élite e a impedire il cambiamento sociale [376]. Dopo il 1980, invece, molti iniziarono a riconoscere le sue potenzialità nel *sostenere* la trasformazione sociale, cioè per garantire i diritti nella vita quotidiana e per rafforzare la partecipazione democratica [377]. Il discorso di apertura del Presidente colombiano, César Gaviria, all'Assemblea Costituente del 1991, enfatizzò il ruolo del diritto, cioè la responsabilità dei giuristi, nella transizione del Paese verso una società democratica [378]. Ciò implicava una nuova autoconsapevolezza professionale, nuove dottrine e nuove tecniche di ragionamento giuridico [379]. Il

---

[374] X. SOLEY ECHEVERRÍA, *The Transformation of the Americas*, cit., cap. 2 B. e cap. 4. Probabilmente il rapporto più famoso è quello della Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas, *Nunca más: Informe Final de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (1984).

[375] C. RODRÍGUEZ-GARAVITO-D. RODRÍGUEZ-FRANCO, *Radical Deprivation on Trial. The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in the Global South*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 12.

[376] E. NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 1975.

[377] R. UPRIMNY, *Las transformaciones constitucionales*, cit.

[378] C. GAVIRIA TRUJILLO, *Informe al Congreso*, 1° dicembre 1991, citato in M.J. CEPEDA ESPINOSA, *Introducción a la constitución de 1991. Hacia un nuevo constitucionalismo*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1993, p. 335.

[379] C.S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico*

formalismo giuridico tradizionale venne considerato un ostacolo importante, il che spiega l'entusiasmo con cui fu accolto il pensiero di Robert Alexy [380]. La sua formalizzazione del principio di proporzionalità forniva un modo per consentire alla cultura giuridica formalista di diventare socialmente più reattiva.

Una siffatta spinta trasformativa sarebbe potuta rimanere confinata alla stregua di un fenomeno di diritto costituzionale interno, come avvenne in Sudafrica. Essa, invece, divenne un fenomeno regionale a seguito della scelta delle costituzioni latino-americane nuove o riformate di incorporare i diritti umani. La dottrina del blocco costituzionale ("*bloque de constitucionalidad*") collega le costituzioni nazionali alla Convenzione americana sui diritti umani [381]: su questa base, infatti, la costituzione nazionale affida al sistema interamericano di tutela dei diritti umani il compito di contribuire alla trasformazione democratica della società [382].

Il costituzionalismo trasformativo latino-americano è dunque il prodotto congiunto del diritto costituzionale nazionale e della tutela internazionale dei diritti umani. Questo costituzionalismo multilivello formalizza un'esperienza chiave maturata in tempi di repressione: come osservato da Keck e Sikkink, in Argentina, Cile e Messico, molti protagonisti latino-americani contavano su istituzioni internazionali e straniere per contrastare l'oppressione [383]. L'incorporazione costituzionale dei diritti umani consolidò questa strategia [384].

La giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani costituisce un esempio di costituzionalismo trasformativo. Un filone giurisprudenziale

---

de la práctica constitucional, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992; J.A. COUSO, *The Transformation of Constitutional Discourse and the Judicialization of Politics in Latin America*, in J.A. COUSO-A. HUNEEUS-R. SIEDER (a cura di), *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 152 ss.

[380] R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986; trad. it., *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012; R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1983; trad. it. *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 1998.

[381] C. BINDER, *¿Hacia una Corte Constitucional Latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías*, in A. VON BOGDANDY-E. FERRER MAC-GREGOR-M. MORALES ANTONIAZZI (a cura di), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ciudad de México, 2010, p. 159.

[382] M.E. GÓNGORA MERA, *Inter-American Judicial Constitutionalism on the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Inter-American Institute of Human Rights, San José, 2011.

[383] M.E. KECK-K. SIKKINK, *Activists Beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Cornell University Press, Ithaca-London, 1998, pp. 79 ss.

[384] X. SOLEY ECHEVERRÍA, *The Transformation of the Americas*, cit., pp. 209 ss.

investe la rimozione delle forze repressive dal potere per stabilizzare i regimi democratici. La Corte impone agli Stati l'obbligo di perseguire le gravi violazioni dei diritti umani, come sparizioni, esecuzioni e torture, individuando, perseguendo e punendo i responsabili e risarcendo le vittime e le loro famiglie. Nel 1988, con la sua prima sentenza, la Corte riconobbe la responsabilità del governo honduregno per la scomparsa di uno studente, Angel Manfredo Velásquez Rodríguez, avvenuta nel 1981 [385]. Ne seguì il divieto di leggi di amnistia generalizzate, così che il governo democratico di transizione del Perù promosse la decisione *Barrios Altos c. Perú*, con la quale la Corte dichiarò due leggi di amnistia del regime di Fujimori contrarie al diritto internazionale, e persino nulle e prive di effetti [386]. In questo modo la decisione supportò il nuovo governo nella lotta contro le forze repressive.

Molte delle decisioni della Corte interamericana non hanno precedenti nella storia del diritto. Né la Corte europea dei diritti né la Corte di giustizia hanno mai dichiarato nullo il diritto nazionale [387]. Al pari innovativa è la giurisprudenza della Corte IDH in materia di risarcimenti, considerato che le sentenze non si limitano a dichiarare la violazione e a stabilire una somma a titolo di equa soddisfazione, ma ordinano anche risarcimenti collettivi o l'introduzione di una legislazione specifica, dando priorità alle misure concrete per le vittime [388]. Alcune forme di risarcimento mirano a consolidare la democrazia e a rafforzare la memoria collettiva. Ad esempio, imponendo la celebrazione di cerimonie pubbliche volte a ricordare alla società le verità storiche, la intitolazione di strade o di scuole alle vittime, la istituzione di siti commemorativi, o richiedendo ad alti funzionari statali di riconoscere le violazioni dei diritti umani perpetrate.

Ma la Corte interamericana non si occupa esclusivamente di terrorismo di Stato. Essa promuove anche la democrazia, con la separazione dei poteri, l'indipendenza della magistratura, la libertà di espressione, il diritto all'accesso alle informazioni e a un equo processo [389]. Un'altra pietra miliare della

---

[385] Corte IDH, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, decisione (merito) del 29 luglio 1988. Tutte le decisioni della Corte IDH sono disponibili online all'indirizzo http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/jurisprudencia (ultima visita 8 settembre 2022).

[386] Corte IDH, *Barrios Altos c. Perù*, decisione (merito) del 14 marzo 2001. Cfr. anche Corte IDH, *Almonacid Arellano et al. c. Cile*, decisione (eccezioni preliminari, merito, riparazioni e spese) del 26 settembre 2006 e *La Cantuta c. Perù*, decisione (merito, riparazioni e spese) del 29 novembre 2006.

[387] A. SKORDAS-L.M. SPIEKER, *Supranational Law*, in A. PETERS (a cura di), *Max-Planck-Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2021, n. 30.

[388] Corte IDH, *Claude Reyes et al. c. Cile*, decisione (merito, riparazioni e spese) del 19 settembre 2006.

[389] Corte IDH, *Apitz Barbera et al. c. Venezuela*, decisione (eccezioni preliminari, merito,

giurisprudenza della Corte interamericana riguarda la protezione delle persone vulnerabili, consentendo loro di partecipare allo Stato di diritto democratico. La Corte IDH impone agli Stati l'obbligo di adottare misure di protezione per i giovani, le donne, gli anziani, le persone indigene, le persone con disabilità, le comunità di origine africana, le persone della comunità LGBTQI, i detenuti, gli sfollati interni e i giornalisti. Un'importante pronuncia fece valere la responsabilità per femminicidio. La Corte obbligò il Messico, nel caso *González y otras* ("*Campo Algodonero*"), a indagare sulla scomparsa e sull'omicidio di donne a Ciudad Juarez da una prospettiva di genere e ad adottare misure preventive per combattere la discriminazione contro le donne [390]. È significativo che si tratti probabilmente della prima sentenza internazionale adottata da una Corte composta in prevalenza da donne.

Un più recente orientamento della giurisprudenza della Corte IDH riguarda i diritti economici, sociali, culturali e ambientali. Nel 2017, nella causa *Lagos del Campo c. Perú*, la Corte ha riconosciuto la giustiziabilità di tali diritti, valorizzando l'interdipendenza fra tutti i diritti civili e politici, da un lato, e i diritti economici, sociali, culturali e ambientali, dall'altro [391].

Nel 2006, la Corte rafforzò ulteriormente il suo impatto mediante la dottrina del controllo di convenzionalità [392], che impone ai giudici nazionali l'obbligo di applicare la Convenzione come interpretata dalla Corte interamericana. In un primo tempo, sembrava che tutti i giudici dovessero accordare alla Convenzione il primato sulla legge [393]. In risposta alle numerose critiche suscitate [394], la Corte dichiarò che il controllo di convenzionalità doveva essere esercitato solo entro i parametri della giurisdizione dei giudici nazionali in base al diritto interno [395]. Il costituzionalismo trasformativo della

---

riparazioni e spese) del 5 agosto 2008; *Reverón Trujillo c. Venezuela*, decisione (eccezioni preliminari, merito, riparazioni e spese) del 30 giugno 2009; *Chocrón Chocrón c. Venezuela*, decisione (eccezioni preliminari, merito, riparazioni e spese) del 1° luglio 2011.

[390] Corte IDH, *González et al. c. Messico*, decisione (eccezioni preliminari, merito, riparazioni e spese) del 16 novembre 2009.

[391] Corte IDH, *Lagos del Campo c. Perù*, decisione (eccezioni preliminari, merito, riparazioni e spese) del 31 agosto 2017.

[392] Corte IDH, *Almonacid-Arellano et al. c. Cile*, cit.; E. FERRER MAC-GREGOR, *The Conventionality Control as a Core Mechanism of the Ius Constitutionale Commune*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 321.

[393] Corte IDH, *Almonacid-Arellano et al. c. Cile*, cit.

[394] D. GARCÍA-SAYÁN, *Cambiando el Futuro. Testimonios*, Lápix Editores, Lima, 2017. García-Sayán è stato giudice della Corte IDH dal 2004 al 2015 e presidente della Corte dal 2010 al 2014.

[395] Corte IDH, *Cabrera García e Montiel-Flores c. Messico*, decisione (eccezioni preliminari, merito, riparazioni e spese) del 26 novembre 2010, par. 225; Corte IDH, *Gelman c. Uruguay*,

Corte è dunque fondato su princìpi, ma strategicamente viene utilizzato in modo flessibile.

Si tornerà sugli argomenti che gli europei possono trarre dalla esperienza della giurisprudenza della Corte interamericana per promuovere i princìpi dell'articolo 2 TUE (cfr. § 65). Per concludere la riflessione sui concetti, deve indugiarsi ora su due questioni strutturali: il rapporto tra giuridificazione e politicizzazione e i prerequisiti del costituzionalismo trasformativo.

Per taluni, la giuridificazione implica necessariamente una depoliticizzazione che impedisce di affrontare con successo problemi sociali radicati [396]. Tuttavia, la giuridificazione delle questioni sociali in America Latina dimostra il contrario. In quel contesto, la giuridificazione ha contribuito a creare un linguaggio nuovo e nuove sedi per denunciare pubblicamente carenze strutturali e per approntare possibili soluzioni, caratteristiche tipiche della politicizzazione piuttosto che della depoliticizzazione. La Corte interamericana, come altre corti, non si limita a giudicare controversie individuali concrete; essa affronta esplicitamente carenze strutturali e fornisce impulsi trasformativi alla società nel suo complesso, promuovendo così l'avvio di processi politici. In altre parole, può esistere un legame costruttivo tra giuridificazione e politicizzazione.

L'esperienza dell'America Latina contribuisce a individuare i presupposti che consentono di far interagire giuridificazione e politicizzazione, definendo la portata di un costituzionalismo trasformativo guidato dalle Corti. L''*hardware*' è rappresentato dalle istituzioni fondamentali di uno Stato democratico di diritto: una costituzione vigente ed efficace che tuteli i diritti fondamentali, libere elezioni e una magistratura realmente indipendente, possibilmente supportata da istituzioni internazionali che ne condividano le idee. Il '*software*' richiede un'opinione pubblica che lo sostenga, e un gruppo di giuristi lungimiranti e perseveranti che promuovano casi pilota per affrontare le carenze sistemiche presenti nella loro società [397]. Le trasformazioni richiedono azione *e* struttura.

---

decisione (merito e riparazioni) del 24 febbraio 2011, par. 193; R. URUEÑA, *Domestic Application of International Law in Latin America*, in C.A. BRADLEY (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 565.

[396] R. HIRSCHL, *The Judicialization of Mega-Politics*, cit.

[397] M. GARCÍA VILLEGAS, *El constitucionalismo aspiracional y las estrategias políticas de transformación social*, in M. GARCÍA VILLEGAS-M.A. CEBALLOS BEDOYA (a cura di), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*, Dejusticia, Bogotà, 2016, p. 83.

26. Costituzionalismo trasformativo europeo

26.1. Diritto trasformativo e costituzionalismo trasformativo

Il diritto pubblico europeo è connotato da una dinamica trasformativa. Già nel 1983, Ipsen interpretò i Trattati comunitari come una Costituzione con un mandato trasformativo (una *Wandelverfassung*) [398]. Per Weiler i Trattati hanno addirittura una funzione messianica [399]. Giuliano Amato, uno dei più autorevoli costituzionalisti della sua generazione, nonché già Presidente del Consiglio italiano, vicepresidente della Convenzione europea e Presidente della Corte costituzionale italiana, si spinge ancora più in là, interpretando la storia dell'integrazione europea come una "*constructing utopia*" [400].

Non si tratta di speculazioni accademiche di ingenui sognatori, ma del pensiero di insigni studiosi di diritto positivo. I Trattati prevedono un mandato trasformativo, come si è chiarito discutendo dell'"*unione sempre più stretta*" (cfr. § 23). Il preambolo del Trattato sull'Unione europea conferma la spinta trasformativa il cui obiettivo è la realizzazione di un'Europa caratterizzata da solidarietà, progresso economico e sociale, pace e sicurezza [401]. Il preambolo del TFUE aggiunge "*il miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione*", la riduzione delle "*disparità fra le differenti regioni*" e "*lo sviluppo del massimo livello possibile di conoscenza*". I Trattati promettono ai cittadini che la loro vita è destinata a migliorare (cfr. § 41). Tale teleologia trasformativa è destinata a guidare l'interpretazione delle disposizioni dei Trattati e delle politiche dell'Unione.

Tuttavia, non si può concepire lo sviluppo del diritto europeo nel suo primo periodo come costituzionalismo trasformativo. Dopo il fallimento della Comunità europea di difesa di fronte all'Assemblea nazionale francese il 30 agosto 1954, si intraprese la strada dell'integrazione del mercato. Gli aspetti costituzionalistici del processo divennero secondari rispetto alla logica dominante della creazione di un mercato comune europeo, sebbene fossero

---

[398] H.P. IPSEN, *Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration*, in J. SCHWARZE (a cura di), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz. Referate und Diskussionsberichte der Tagung des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. in Hamburg vom 2.-4. Juni 1983*, Nomos, Baden-Baden, 1983, pp. 29, 32 e 51.

[399] J.H.H. WEILER, *Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration. An Exploratory Essay*, in J. DICKSON-P. ELEFTHERIADIS (a cura di), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 146 ss.

[400] G. AMATO *et al.*, *Introduction*, in G. AMATO *et al.* (a cura di), *The History of the European Union. Constructing Utopia*, Bloomsbury Publishing, London, 2019, p. 1.

[401] S. KADELBACH, *Präambel EUV*, in H. VON DER GROEBEN-J. SCHWARZE-A. HATJE (a cura di), *Europäisches Unionsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015.

rilevanti per le questioni dell'allargamento, dell'identità e dei diritti fondamentali. Già nel 1962, il Parlamento europeo si avvalse di argomenti costituzionalistici per impedire l'adesione della Spagna di Franco [402], ma è solo verso la fine degli anni Novanta del secolo scorso, nel secondo periodo del diritto pubblico europeo, che l'Unione si impegnò anche sul piano costituzionale (cfr. § I.E). Lo stesso può dirsi per il Consiglio d'Europa. Sin dal 1949, ebbe il mandato di "*attuare un'unione più stretta fra i Membri per tutelare e promuovere gli ideali e i principi che sono loro comune patrimonio*", ma riuscì a concretizzare questa missione soltanto nella seconda *età di soglia* (cfr. § 57).

Il costituzionalismo trasformativo, nella definizione qui assunta, affronta le carenze sistemiche. Queste trasformazioni di diritto costituzionale sono un fenomeno soltanto del secondo periodo del diritto pubblico europeo. Esse ebbero inizio allorché le società dell'Europa centrale e orientale manifestarono la volontà di superare le proprie strutture autoritarie, trasformandosi secondo i valori consacrati nell'articolo 2 TUE. Tali società affidarono alle proprie costituzioni, ma anche al diritto dell'Unione e al diritto del Consiglio d'Europa, il compito di realizzare una trasformazione conforme ai predetti valori. Nonostante gli indiscutibili successi che un siffatto costituzionalismo ha consentito di conseguire, le strutture democratiche di taluni Paesi sono rimaste fragili. Tra le questioni decisive che angustiano il nostro tempo, campeggia quella volta a comprendere se il rafforzamento delle forze autoritarie preannunci una nuova (e molto più oscura) soglia epocale ovvero se un rinnovato costituzionalismo trasformativo possa consolidare la società democratica europea. Per rispondere a tale questione è necessario ripercorrere il processo di trasformazione iniziato nel 1990.

26.2. La *governance* della trasformazione degli anni Novanta

All'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, tutto sembrava scontato. Il costituzionalismo trasformativo europeo prese le mosse dalla liberazione dell'Europa centrale e orientale dal regime autoritario, come accadde in America Latina negli anni Ottanta. La maggior parte dei cittadini chiedeva uno Stato di diritto democratico che fosse conforme agli standard comuni europei [403] e, per tale ragione, si registrò un'ampia ricezione del diritto costituzionale

---

[402] K.K. PATEL, *Project Europe*, cit., pp. 155 ss.; R. JANSE, *The Evolution of the Political Criteria for Accession to the European Community, 1957-1973*, in *European Law Journal*, 24, 2018, p. 57.

[403] G. HALMAI, *Ungarn. § 12*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*,

dell'Europa occidentale [404]. La rivalorizzazione del concetto di *Ius Publicum Europaeum* ebbe un inizio promettente (cfr. § 7). Le istituzioni europee ben presto sostennero la trasformazione in atto.

La maggior parte dei protagonisti e degli osservatori confidava nel fatto che le società dell'Europa centrale e orientale a ovest dell'*ex* Unione Sovietica sarebbero divenute democrazie liberali. Questo *Zeitgeist* fu espresso in particolare dalla teoria sulla "*fine della storia*" di Francis Fukuyama e dal concetto di "*rivoluzione in corso*" di Jürgen Habermas [405]. Allo stesso tempo, fu evidente che lo *Zeitgeist* dipendesse dalle istituzioni transnazionali: se da principio si guardò soprattutto alla Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa (CSCE) [406], ben presto fu chiaro che era necessario un livello di istituzionalizzazione maggiore di quello che quest'ultima poteva offrire [407].

Nel 1993, i governi dell'Europa occidentale si accordarono sulla *governance* europea, che avrebbe riorganizzato l'Europa unendo le risorse delle varie organizzazioni europee. Espressione di tale accordo fu la decisione del Consiglio europeo del 21 e 22 giugno 1993 con cui si promise agli Stati in via di trasformazione l'adesione sulla base dei cosiddetti criteri di Copenaghen, vale a dire i parametri poi confluiti nell'articolo 2 TUE [408]. Nella stessa ottica, il Consiglio d'Europa adottò la Dichiarazione di Vienna dei capi di Stato e di governo del 9 ottobre 1993 [409]. Si tratta dei documenti

---

C.F. Müller, Heidelberg, 2007, nn. 9-28; P. TULEJA, *Polen. § 8*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, nn. 6-21; su una concettualizzazione nel senso del costituzionalismo trasformativo, P. SONNEVEND, *Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis. Lessons from the Hungarian Case*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 123.

[404] S. HARTWIG, *Staatslegitimation durch Verfassungsrezeption in Mittel-und Osteuropa*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 59, 1999, p. 919.

[405] F. FUKUYAMA, *The End of History?*, in *The National Interest*, 16, 1989, p. 3; J. HABERMAS, *Die nachholende Revolution*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990.

[406] Vedi il *Concluding Document of the Vienna Follow-Up Meeting* del 15 gennaio 1989 (parr. 18-19 della sezione *Principles*); anche la *Charter of Paris* del 21 novembre 1990 (parr. 5 ss).

[407] Vedi C. MOSER-A. PETERS, *Legal Uncertainty and Indeterminacy: Immutable Characteristics of the OSCE?*, in M. STEINBRÜCK PLATISE-C. MOSER-A. PETERS (a cura di), *The Legal Framework of the OSCE*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 3.

[408] Consiglio europeo del 21/22 giugno 1993, Conclusioni della Presidenza (SN 180/1/93 REV 1), p. 13. Per approfondimenti, vedi C. HILLION, *The Copenhagen Criteria and their Progeny*, in C. HILLION (a cura di), *EU Enlargement. A Legal Approach*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2004, p. 1.

[409] CONSIGLIO D'EUROPA, Dichiarazione di Vienna del 9 ottobre 1993.

con cui furono gettate le fondamenta politiche del processo di trasformazione.

Su queste basi, l'Unione europea, il Consiglio d'Europa e la CSCE [divenuta Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE) nel 1994] svilupparono di fatto una politica di costituzionalismo trasformativo, pur senza considerarla espressamente tale. I protagonisti di quella trasformazione furono politici, burocrati e altri professionisti qualificati [410]. Nonostante alcune tensioni, le diverse organizzazioni formularono e implementarono in modo cooperativo i princìpi occidentali dello Stato di diritto democratico nei confronti di quegli Stati. Tale politica ebbe successo, perché prometteva l'adesione all'Unione europea tanto agognata da molti cittadini dell'Europa centrale e orientale.

Orbene, i processi di trasformazione democratica spesso non sono pienamente rispondenti agli standard dello Stato di diritto democratico. Il costituzionalismo trasformativo europeo di quegli anni fu caratterizzato dall'egemonia dell'Europa occidentale [411]. Per mitigare questo problema, si fecero operare i criteri nell'ambito del Consiglio d'Europa e dell'OSCE, cioè nell'ambito di organizzazioni di cui gli Stati in trasformazione divennero presto membri. Tuttavia, l'egemonia degli Stati membri dell'UE è attestata dal fatto che essi non si sottomisero a quei criteri in egual misura [412].

I criteri di trasformazione vennero attuati mediante diversi strumenti [413]. La Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali, adottata in seno al Consiglio d'Europa tra il 1993 e il 1995, fu fondamentale per affrontare un tema assai delicato [414]. Gli Stati dovettero ratificare e applicare tale Convenzione per soddisfare i criteri di Copenaghen e l'articolo O TUE (Trattato di Maastricht; ora articolo 49 TUE) sulla protezione delle minoranze [415], come attuato dalle raccomandazioni dell'OSCE e da quelle del

---

[410] Per il contributo della Corte EDU, cfr. §§ 57 e 66.

[411] Una prima articolazione è contenuta nel Documento della Riunione di Copenaghen della Conferenza sulla dimensione dei diritti umani della CSCE del 29 giugno 1990, punto 1.

[412] Sul progetto austriaco del 26 novembre 1991 e sul progetto di Bolzano dell'Unione federale delle nazionalità europee per un protocollo aggiuntivo alla CEDU, R. HOFMANN, *Minderheitenschutz in Europa. Völker-und staatsrechtliche Lage in Überblick*, Braumuller, Wien, 1995, p. 43.

[413] In particolare, A. DUXBURY, *The Participation of States in International Organisations. The Role of Human Rights and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, spec. pp. 114-164.

[414] CONSIGLIO D'EUROPA, Convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali del 1° febbraio 1995. È entrata in vigore il 1° febbraio 1998.

[415] S. SASSE, *Minority Rights and EU Enlargement. Normative overstretch or effective conditionality?*, in G.N. TOGGENBURG (a cura di), *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, Open Society Institute, Budapest, 2004, pp. 61, 68 e 72.

Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e della sua Assemblea parlamentare. Ciò dimostra la stretta collaborazione che si realizzò tra le diverse istituzioni europee.

L'istituzione chiave per la declinazione degli standard costituzionali europei, allora come oggi, è la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto (Commissione di Venezia), fondata proprio nel 1990 nell'ambito del Consiglio d'Europa [416] e composta principalmente da giudici ed *ex* giudici. Da principio, per la sua grande autorevolezza, ebbe il compito di fornire consulenza ai governi e ai parlamenti degli Stati in fase di trasformazione. Dopo il 2010, assunse anche l'ulteriore compito di contrastare le carenze sistemiche (cfr. §§ 47 e 61).

Il costituzionalismo trasformativo europeo degli anni Novanta divenne burocratico. Molti attribuiscono a ciò una delle cause delle carenze poi emerse [417]. La Commissione europea fu la principale responsabile della trasformazione [418]; i suoi rapporti sui progressi compiuti fissavano standard vincolanti, decisivi non solo per l'eventuale adesione dei futuri Stati membri, ma anche per godere di un sostegno finanziario immediato. Poiché il costituzionalismo trasformativo della Commissione si rivelò tecnocratico, esso contribuì poco alla trasformazione della cultura costituzionale nelle società interessate.

Nessuno Stato in trasformazione, e tanto meno i suoi cittadini, disponeva di strumenti per contestare le decisioni della Commissione, alcune delle quali discriminatorie o palesemente errate [419]. La trasformazione si rivelò, quindi, asimmetrica [420]. I cittadini degli Stati non avevano né diritti né tutela

---

[416] In particolare, C. GRABENWARTER, *The Venice Commission: Its Nature, Functioning, and Significance in the Multi-Level Cooperation of Constitutional Courts*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

[417] K.E. SMITH, *Western Actors and the Promotion of Democracy*, in J. ZIELONKA-A. PRAVDA (a cura di), *Democratic Consolidation in Eastern Europe, Bd. II International and Transnational Factors*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 31.

[418] D. KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 85-295.

[419] Il caso Gotovina durante la procedura di adesione della Croazia ne è un esempio: M. RÖTTING, *Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union und seine Auswirkungen am Beispiel der Gotovina-Affäre im kroatischen Beitrittsverfahren*, Springer, Dordrecht-Heidelberg, 2009, pp. 184 ss.

[420] M. KRYGIER, *Introduction*, in W. SADURSKI-A. CZARNOTA-M. KRYGIER (a cura di), *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement for the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, Springer, Dordrecht, 2005,

legale. Il processo non è stato pertanto all'altezza dell'ideale della "*democrazia attraverso il diritto*".

Per alcuni studiosi, tale trasformazione si è conclusa con un fallimento [421], ma si tratta di un errore di valutazione. Gli indici internazionali attestano che il costituzionalismo trasformativo europeo ha portato notevoli progressi in termini di democrazia e Stato di diritto. Tutti gli Stati post-socialisti, infatti, hanno abbandonato gran parte delle proprie strutture autoritarie [422]. Al contempo, tuttavia, le regressioni sono fin troppo evidenti, in particolare in Ungheria e in Polonia. Secondo il rapporto "*Nazioni in transito*" di *Freedom House*, negli ultimi dieci anni l'Ungheria da "*democrazia consolidata*" si è trasformata in un "*regime ibrido*" [423]. Il V-Dem giunge addirittura a definire l'Ungheria una "*autocrazia elettorale*" [424]. Altri indici includono l'Ungheria e la Polonia nel gruppo di Stati che stanno registrando il crollo della democrazia [425]. Come dimostrano le due proposte di procedura *ex* articolo 7 TUE, sussistono ragionevoli dubbi sul fatto che tali Stati soddisfino ancora i valori dell'articolo 2 TUE [426].

Numerosi osservatori concordano sul fatto che queste regressioni non siano dovute esclusivamente alle capacità politiche di Viktor Orbán e Jarosław Kaczyński, ma debbano trovare una spiegazione anche nella insufficienza della trasformazione [427]. Alcuni sostengono che sia stata troppo elitaria e che la cultura giuridica non sia riuscita a tenere il passo [428]. Altri

---

p. 12; D. KOSAŘ-J. BAROŠ-P. DUFEK, *The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe. Technocratic Governance and Populism*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, p. 427.

[421] I. KRASTEV-S. HOLMES, *The Light that Failed. A Reckoning*, Allen Lane, London, 2019; sui problemi di questo studio, A. ASSMANN, *Let's Go East!*, in *Merkur*, 839, 2019, p. 15.

[422] ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *Democracy Index 2010: Democracy in retreat*, p. 3.

[423] FREEDOM HOUSE, *Nations in Transit 2020: Dropping the Democratic Facade*, p. 3.

[424] V-DEM INSTITUTE, *Autocratization Surges – Resistance Grows: Democracy Report 2020*, p. 16.

[425] Tra i "*10 principali Paesi in corso di autocratizzazione*", cfr. *ibidem*. Vedi anche WORLD JUSTICE PROJECT, *Rule of Law Index: 2020 Insights*, p. 20.

[426] COMMISSIONE EUROPEA, Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sullo Stato di diritto in Polonia (COM(2017) 835 final) parr. 6 ss.; Risoluzione del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL)).

[427] H. GRABBE, *Six Lessons of Enlargement Ten Years On. The EU's Transformative Power in Retrospect and Prospect*, in *Journal of Common Market Studies*, 52, 2014, p. 40; D. ADAMSKI, *The Social Contract of Democratic Backsliding in the "New EU Countries"*, in *Common Market Law Review*, 56, 2019, p. 623.

[428] A. JAKAB, *Institutional Alcoholism in Post-Socialist Countries and the Cultural Elements of the Rule of Law. The Example of Hungary*, in A. BAKARDJIEVA ENGELBREKT-X. GROUSSOT (a cura

sostengono che ha deluso molti, perché, inaspettatamente, ha portato difficoltà economiche anziché prosperità [429]. Sono degni di nota anche i sussidi con cui l'Unione europea sostiene i governi di Orbán e Kaczyński, i cospicui investimenti dell'industria tedesca in questi Paesi e la logica di potere del Partito popolare europeo che ha protetto il governo ungherese per lungo tempo [430].

In quanto studioso di diritto tedesco, chi scrive non ha la pretesa di individuare le cause profonde di tali regressioni e neppure di formulare raccomandazioni su cosa fare in Paesi che conosce appena. Purtuttavia, è certo che i percorsi che saranno intrapresi da queste società in futuro influenzeranno il diritto pubblico e la società europei. Vi sono aspetti, invero, che uno studioso di diritto tedesco è comunque in grado di affrontare, come la fattibilità giuridica di alcune innovazioni idonee a facilitare una seconda transizione democratica (cfr. § II.F) e, tra questi, la ridefinizione del discusso rapporto tra il costituzionalismo trasformativo e la costituzione economica europea per un'economia di libero mercato.

26.3. Il costituzionalismo trasformativo e l'economia di mercato

La trasformazione degli anni Novanta e dei primi anni Duemila tentò di democratizzare le società dell'Europa centrale e orientale. Essa si basava su una costituzione incentrata sul libero mercato, in grado di soddisfare la domanda di prosperità. Secondo molti, a far vacillare la transizione democratica sono state le difficoltà economiche inaspettate dovute alle riforme sul mercato e la nuova disuguaglianza sociale. Per tale ragione è opportuno indugiare sul rapporto tra costituzionalismo trasformativo ed economia di mercato.

I Trattati dell'UE stabiliscono i parametri del costituzionalismo democratico all'articolo 2 TUE e fissano i princìpi di una costituzione economica decisamente liberale all'articolo 3, paragrafo 3, TUE e all'articolo 119 TFUE. Vigente tale costituzione economica, la disuguaglianza sociale è aumentata in tutta la società europea, connotando la seconda fase del diritto pubblico europeo [431]. Ciò potrebbe compromettere l'applicazione del concetto di

---

di), *The Future of Europe. Political and Legal Integration Beyond Brexit*, Hart Publishing, Oxford, 2019, p. 209.

[429] P. SONNEVEND, *Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism*, cit., pp. 132 ss.; D. KOSAŘ, J. BAROŠ-P. DUFEK, *The Twin Challenges to Separation of Powers in Centrale Europe*, cit., p. 427.

[430] C. GYŐRY, *Ein Freund, ein guter Freund*, in *Verfassungsblog* (22 dicembre 2020).

[431] EUROSTAT, *Quality of Life Indicators: Material Living Conditions*, 26 maggio 2020, pp. 3-4; K. BONESMO FREDRIKSEN, *Income Inequality in the European Union*, in OECD Economics Department Working Papers No. 952, 2012.

costituzionalismo trasformativo alla trasformazione del diritto pubblico europeo. Karl Klare, in effetti, nell'elaborare il concetto di costituzionalismo trasformativo, gli attribuì una accezione post-liberale (cfr. § 24).

Ad avviso di chi scrive, questa accezione non è persuasiva. La Costituzione sudafricana del 1993 e, in misura ancora maggiore, quella colombiana del 1991 combinano il costituzionalismo trasformativo con un'economia di libero mercato. Il programma democratico di entrambi gli Stati non considera quindi tale economia incompatibile con la trasformazione della struttura sociale, al contrario, esso si basa sull'idea che l'economia contribuisca a realizzare la trasformazione [432].

Il legame tra il costituzionalismo trasformativo e una costituzione basata sul mercato appare plausibile. Molti associano la democrazia alla prosperità; in tal guisa prosperità sociale e stabilità democratica risultano strettamente correlate (cfr. § 41). Il costituzionalismo trasformativo è costoso, perché promuove la solidarietà e quindi richiede ingenti risorse finanziarie e, in base alle conoscenze sinora raggiunte, soltanto un'economia di libero mercato è in grado di generare le necessarie risorse. Naturalmente, possono determinarsi tensioni tra il costituzionalismo trasformativo e le politiche di libero mercato [433]. Per tradurre in termini giuridici dette tensioni, è necessario concettualizzarle alla luce dei parametri costituzionali enunciati nell'articolo 2 TUE. Essi determinano ciò che in ultima analisi definisce la società europea, compresa la sua economia.

---

[432] Á. ZÁRATE, *El derecho económico internacional y el ICCAL frente al constitucionalismo económico latinoamericano*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional. De la tensión al diálogo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2018, pp. 303-307.

[433] R. URUEÑA, *Global Water Governance and the Rise of the Constitutional Regulatory State in Colombia*, in N.K. DUBASH-B. MORGAN (a cura di), *The Rise of the Regulatory State of the South. Infrastructure and Development in Emerging Economies*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 26; M.P. SAFFRON, *Can Constitutional Courts be Counterhegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court*, in *Seattle Journal for Social Justice*, 5, 2007, p. 533; H. BRUNKHORST, *Das doppelte Gesicht Europas. Zwischen Kapitalismus und Demokratie*, Suhrkamp, Berlin, 2014.

II.
Princìpi

Sommario: *A. Prolegomena*. – 27. La promessa. – 28. Valori e princìpi. – 29. Il nucleo costituzionale europeo. – 30. Da una società di individui a una società di cittadini. – *B. Princìpi e identità*. – 31. Un tema spinoso. – 32. Alcune teorie sull'identità. – 33. Identità europea e identità nazionale. – 33.1. Gli sforzi di mediazione del Trattato. – 33.2. La resistenza di alcune corti nazionali. – 34. Il pluralismo dei princìpi. – *C. Lo Stato di diritto*. – 35. La fiducia come chiave di volta. – 36. Legalità dell'azione dell'Unione. – 37. Effettività nel diritto nazionale. – 38. Rafforzare le statualità deboli. – *D. Il difficile cammino verso la democrazia europea*. – 39. I dibattiti del primo periodo. – 40. La sentenza *Maastricht* del Secondo Senato. – 41. L'omogeneità e l'Europa di Heller. – *E. Una democrazia di molte mediazioni*. – 42. In nome di chi?. – 43. Rappresentazione democratica. – 43.1. Diritti di voto diseguali. – 43.2. Un'aberrazione esecutiva del pensiero democratico?. – 43.3. I dubbi di Weiler. – 43.4. Il valore democratico dei triloghi. – 44. Un'ulteriore trasformazione democratica. – *F. Costituzionalismo trasformativo*. – 45. Difficile, ma necessario. – 46. Il *focus* sulle carenze sistemiche. – 47. Strumenti.

A. Prolegomena

Nel diritto pubblico europeo, poche associazioni scientifiche sono influenti quanto l'Associazione dei professori tedeschi di dottrina dello Stato (*Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*). Fu fondata nel 1922 dai più eminenti studiosi della disciplina per confrontarsi sulle trasformazioni introdotte dalla Costituzione di Weimar. Si prefiggeva obiettivi accademici e politici al contempo, e la scelta dei temi e dei relatori era spesso strategica [1]. Nel 1964, un anno dopo la storica sentenza della Corte di giustizia nella causa *van Gend en Loos* (cfr. § 56), la Conferenza di Kiel discusse su "*Preservazione e mutamento della struttura costituzionale democratica e dello Stato di diritto nelle comunità internazionali*". Il consiglio direttivo dell'associazione, guidato da Werner Weber, allievo di Schmitt, scelse come relatore il promettente Peter Badura.

[1] Heinrich Triepel ne fu protagonista. Per la sua posizione sulla democrazia liberale, vedi A. VON BOGDANDY-R. MEHRING (a cura di), *Heinrich Triepel – Parteienstaat und Staatsgerichtshof. Gesammelte verfassungspolitische Schriften zur Weimarer Republik*, Nomos, Baden-Baden, 2021.

Badura, probabilmente il più giovane relatore nella storia dell'associazione, tracciò le linee di sviluppo della materia per i successivi decenni. Egli convinse molti studiosi che, "*data l'inevitabile internazionalizzazione dell'amministrazione economica e militare, la preservazione delle strutture costituzionali democratiche richiede che le idee di democrazia e di Stato di diritto superino i confini dello Stato nazionale*" [2]. Le riflessioni di Joseph H. Kaiser, corelatore di Badura, andavano nella stessa direzione (cfr. § 35).

La Conferenza diede il via alla proverbiale ondata europeista di Kiel, che contribuì a sconfiggere l'euroscetticismo di molti studiosi tedeschi di diritto pubblico, incluso quello di alcuni membri della Scuola di Schmitt [3]. Il loro sforzo collettivo concorse a realizzare le trasformazioni concettuali descritte nel secondo Capitolo.

Sul solco di tali sviluppi, in questo Capitolo si descriverà la trasformazione del nucleo costituzionale o, come direbbero in molti, dell'identità costituzionale. Per Badura, nel 1964, detto nucleo consisteva nella democrazia e nello Stato di diritto. Mezzo secolo più tardi, gli autori dei Trattati valorizzarono questo approccio nell'articolo 2 TUE, in una prospettiva più ampia, arricchendo la nozione di democrazia e di Stato di diritto con la dignità umana, la libertà, la non discriminazione, l'eguaglianza tra uomini e donne, il rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, nonché con i valori del pluralismo, della tolleranza, della giustizia e, non da ultimo, della solidarietà. Oggi, a quasi sessant'anni dalla relazione di Badura, la trasformazione dello Stato di diritto, della democrazia e degli altri princìpi è sempre in divenire, sebbene siano stati mossi considerevoli passi in avanti.

27. La promessa

L'articolo 2 TUE stabilisce le basi giuridiche essenziali della società europea. Ciò consente di qualificare i suoi parametri come princìpi fondamentali, sebbene il Trattato si riferisca ad essi come valori (cfr. § 28). La scienza giuridica, impegnandosi su tali princìpi, favorisce la comprensione, la

---

[2] P. BADURA, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 23, 1966, p. 38.

[3] F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970*, Oldenbourg, München, 2004; A.K. MANGOLD, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011. Lo stesso Schmitt rimase profondamente scettico: C. SCHMITT, *The Legal World Revolution* (1978), in *Télos*, 72, 1987, pp. 85-86.

realizzazione e la trasformazione delle strutture sociali sotto diversi aspetti [4].

L'*aspetto storico* consente di acquisire una comprensione delle trasformazioni osservando come mutano i princìpi nel tempo. Come si è detto, gli autori dei Trattati optarono per i princìpi costituzionali nella seconda età di soglia (cfr. § I.E), ma ci volle molto prima che questa decisione fosse veramente compresa dalla maggioranza dei giuristi. Infatti, a lungo si continuò a fare riferimento non a princìpi costituzionali bensì a princìpi generali, un concetto noto al diritto privato, amministrativo e internazionale (articolo 38, paragrafo 1, dello Statuto della Corte internazionale di giustizia – CIG). Ancora nel ventunesimo secolo, due monografie di riferimento sull'argomento sono dedicate ai princìpi generali [5]. La decisione di fondare l'Unione su parametri costituzionali è ancora in fase di implementazione.

Sotto l'*aspetto ricostruttivo*, questo ritardo è significativo, perché le dottrine dei princìpi sono determinanti. Il principio democratico ne rappresenta un buon esempio. Sebbene sia evidentemente essenziale, restano aperte questioni fondamentali, tra le quali, come interpretare una democrazia in cui manchino sia il popolo che l'uguaglianza di voto e in cui l'esecutivo agisce come rappresentante democratico (cfr. §§ 42-43). La ricostruzione giuridica del principio di democrazia partecipa al processo sociale di creazione di significati e sensibilità [6].

Quanto all'*aspetto dogmatico*, occorre osservare che la dogmatica dei princìpi organizza il materiale giuridico, elaborando strutture per una mole di disposizioni giuridiche e di provvedimenti giudiziari [7]. Tali strutture sono particolarmente significative per il diritto europeo, data la sua frammentazione. In passato, sotto il primato del diritto privato, gli studiosi di diritto assumevano tali strutture principalmente come rigide gerarchie concettuali (cfr. § 78). Oggi, la maggior parte degli studiosi costruisce sistemi flessibili guidati da princìpi. Anche la Corte di giustizia descrive l'ordinamento giuridico dell'Unione come "*una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti*" [8].

---

[4] Sul diritto internazionale, J. RAUBER, *Strukturwandel als Prinzipienwandel. Theoretische, dogmatische und methodische Bausteine eines Prinzipienmodells des Völkerrechts und seiner Dynamik*, Springer, Berlin, 2017.

[5] X. GROUSSOT, *General Principles of Community Law*, Europa Law Pub Netherlands, Groningen, 2006; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

[6] R. KOSELLECK, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, pp. 119-120; trad. it. *Futuro passato. Sulla semantica del tempo storico*, CLUEB, Bologna, 2007, pp. 84 ss.

[7] I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, Felix Meiner, Hamburg, 1998, pp. 355 ss., spec. p. 358; trad. it. *Critica della ragion pura*, Adelphi, Milano, 1976.

[8] CGUE, 18 dicembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH* (*Adesione dell'Unione alla CEDU)*, parere 2/13, punto 167; 10 dicembre 2018, *Wightman et al.*, causa C-621/18, punto 45.

Sotto l'*aspetto democratico*, si segnala il contributo della dottrina dei princìpi alla stessa democrazia. Essa contribuisce a costituzionalizzare l'ordinamento giuridico (cfr. § 22), diffondendo le decisioni politiche fondamentali in tutti gli ambiti del diritto. Il che è tanto più significativo in quanto in alcuni settori è ancora vigente il diritto elaborato da precedenti regimi politici. Ciò vale anche per il diritto dell'Unione, che per decenni è stato il diritto del solo potere esecutivo (cfr. § 16).

Con riguardo all'*aspetto trasformativo*, la dottrina dei princìpi consente di collegare in modo proattivo il diritto a condizioni, interessi e convinzioni sociali in evoluzione. Promuovendo inedite concezioni dei princìpi, gli studiosi possono introdurre nel diritto nuove idee, aspettative e istanze provenienti dalla società. Tali ricostruzioni possono fungere da canali di collegamento dell'ordinamento giuridico ai discorsi sociali. Le ricostruzioni dei princìpi talora giungono persino ad alimentare il costituzionalismo trasformativo (cfr. §§ 4, II.F, III.F, IV.D). Di conseguenza, i princìpi possono sia formare le strutture del diritto vigente sia contribuire alla loro trasformazione.

Sotto l'*aspetto critico*, i princìpi costituzionali consentono altresì una critica intrinseca al diritto. Tale critica si differenzia dalla critica politica generale, basandosi su argomenti giuridici. Per questo essa opera dall'interno del diritto senza richiedere una legislazione formale. L'articolo 2 TUE, rassomigliando a un manifesto, esige una siffatta critica (cfr. § 76).

Infine, sotto l'*aspetto sociale*, la dottrina dei princìpi consente di strutturare la società europea. Gli autori dei Trattati nutrono grandi aspettive sui princìpi dell'articolo 2 TUE (cfr. § 31), che non solo si applicano ma *caratterizzano* la società europea. Il che assegna a questi princìpi un ruolo costitutivo per l'ordinamento giuridico europeo, e quindi per l'intera società europea.

Tutte queste operazioni scientifiche sono operazioni della società europea, anzi, producono la società europea (cfr. § 2).

28. Valori e princìpi

Ma i *valori* dell'articolo 2 TUE sono davvero princìpi *giuridici*? Non è affatto evidente, dato che tale disposizione del Trattato definisce i propri parametri come valori e non come princìpi, e in genere i valori sono considerati convinzioni etiche, non norme giuridiche [9]. Molti distinguono categoricamente tra princìpi e valori, sostenendo che solo i primi appartengono al

[9] H.P. MÜLLER, *Auf dem Weg in eine europäische Gesellschaft? Begriffsproblematik und theoretische Perspektiven*, in *Berliner Journal für Soziologie*, 7, 2007, p. 17.

diritto [10]. Il diritto attiene alla legalità, dicono, mentre i valori indicano ciò che è buono o cattivo. Ancora nel 2018, la Commissione ritenne che "*[o]ltre ad avere il compito di assicurare il rispetto del diritto dell'Unione*", essa "*è responsabile, insieme al Parlamento europeo, agli Stati membri e al Consiglio, di garantire il rispetto dei valori comuni dell'Unione*" [11].

Ma la distinzione tra diritto e valori dell'articolo 2 TUE non è convincente e, del resto, la stessa Commissione ha modificato il proprio approccio. I valori dell'articolo 2, primo periodo, TUE fanno parte del diritto [12]: sono inseriti nel Trattato sull'Unione europea, un testo giuridico [13]; sono applicati dalle istituzioni pubbliche; altre norme (come gli articoli 3, 7, 13 e 49 TUE) vi fanno riferimento; la loro violazione può essere sanzionata. Sono giuridicamente vincolanti, come confermano i lavori preparatori su quello che ora è l'articolo 2 TUE [14]. Si devono distinguere i parametri dell'articolo 2 TUE dalle *best practice* di buona *governance*, dalle ideologie, dalle visioni del mondo, dalla moralità politica e dall'etica, perché la loro validità, la loro interpretazione e applicazione sono soggette al ragionamento giuridico.

Non può condividersi, pertanto, il concetto di "*costituzionalismo dei valori*" di Frank Schorkopf in riferimento alla giurisprudenza basata sull'articolo 2 TUE [15]. Tale concetto confonde i confini tra ciò che è giuridico e ciò che non lo è. Schorkopf fa riferimento a un *buon* ordine, ma la posta in gioco è l'ordine *giuridico*. Un "*costituzionalismo dei valori*" è problematico anche

---

[10] J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992, pp. 309 ss.; trad. it. *Fatti e norme*, Laterza, Roma-Bari, 2013; E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Critique of the Value-based Grounding of Law* (1990), in ID., *Constitutional and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 217 ss. Per una panoramica, vedi L. MEZZETTI, *Valori, principî, regole*, in ID. (a cura di), *Principî Costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1.

[11] Considerando (3) della raccomandazione (UE) 2018/103 della Commissione, del 20 dicembre 2017, relativa allo Stato di diritto in Polonia complementare alle raccomandazioni (UE) 2016/1374, (UE) 2017/146 e (UE) 2017/1520.

[12] Per approfondimenti, A. VON BOGDANDY, *Principles of a Systemic Deficiencies Doctrine. How to Protect Checks and Balances in the Member States*, in *Common Market Law Review*, 57, 2020, p. 716.

[13] G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, par. 3; trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), Bompiani, Milano, 2006; R. POSCHER, *The Hand of Midas: When Concepts Turn Legal, or Deflating the Hart-Dworkin Debate*, in J.C. HAGE-D. VON DER PFORDTEN (a cura di), *Concepts in Law*, Springer, Berlin, 2009, p. 99.

[14] A. PILETTE-E. DE PONCIS, *Valeurs, objectives et nature de l'Union*, in G. AMATO-H. BRIBOSIA-B. DE WITTE (a cura di), *Genése et destinée de la constitution européenne. Commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 300-301.

[15] F. SCHORKOPF, *Value Constitutionalism in the European Union*, in *German Law Journal*, 21, 2020, p. 956.

in termini politici, perché consente di sostenere che le misure per l'attuazione dell'articolo 2 TUE sono ideologiche o il frutto di mere scelte politico-partitiche [16].

Dal punto di vista dottrinale, i parametri dell'articolo 2 TUE si qualificano come princìpi [17]. Il Trattato di Amsterdam attribuisce loro tale natura (articolo 6, paragrafo 1, TUE) e non v'è motivo di ritenere che gli autori dei Trattati abbiano ridimensionato la loro rilevanza giuridica con il Trattato di Lisbona. In quanto princìpi giuridici, l'interpretazione dell'articolo 2 TUE rientra nella sfera di competenza della Corte di giustizia, il cui ruolo è quello di assicurare il rispetto del diritto (articolo 19, paragrafo 1, TUE) [18]. Che cosa sono, dunque, i princìpi? I princìpi sono assunti da chi scrive semplicemente come norme giuridiche di particolare importanza [19].

Naturalmente, è sempre possibile considerare i parametri dell'articolo 2, primo periodo, TUE come convinzioni etiche della società europea. La distinzione tra princìpi giuridici ed extragiuridici non implica una loro netta separazione. Nella maggior parte delle società, e specie in quelle democratiche, norme giuridiche e orientamenti etici si sovrappongono. In effetti, gli autori dei Trattati, utilizzando il termine valore, lasciano intendere che le previsioni dell'articolo 2 TUE sono profondamente radicate nella società europea e nel processo di integrazione europea (cfr. § 26). In tal guisa, le previsioni dell'articolo 2, primo periodo, TUE si sono saldate a oltre mezzo secolo di discorsi, esperienze e decisioni politiche. Pertanto, i parametri dell'articolo 2, primo periodo, TUE rivestono un ruolo di grande rilievo [20].

Ma che dire invece dei parametri dell'articolo 2, secondo periodo, TUE? Il Trattato non li definisce valori e, a differenza di quelli dell'articolo 2, primo periodo, TUE, essi non costituiscono un prerequisito per l'adesione, non possono essere imposti nelle procedure dell'articolo 7 TUE e non compaiono tra gli obiettivi indicati nell'articolo 3, paragrafo 1, TUE e nell'articolo 13,

---

[16] Cfr. Ufficio di Gabinetto del Primo Ministro, *They want to make Soros's man the President of the Commission* (2 luglio 2019) https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/news/they-want-to-make-soros-s-man-the-president-of-the-commission.

[17] CGUE, 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, punti 70-72.

[18] Cfr. *ivi*, punto 50. Talvolta la CGUE utilizza il termine "valore" come sinonimo di principio giuridico. Cfr. *ivi*, punto 48; 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri*, causa C-336/19, punti 41, 47 e 77.

[19] A. JAKAB, *Re-Defining Principles as 'Important Rules' – A Critique of Robert Alexy*, in M. BOROWSKI (a cura di), *On the Nature of Legal Principles. ARSP Beiheft 119*, Franz Steiner Verlag-Nomos, Stuttgart-Baden-Baden, 2010, p. 145.

[20] Per un'opinione opposta, vedi C. MÖLLERS-L. SCHNEIDER, *Safeguarding Democracy in the European Union. A Study on a European Responsibility*, Heinrich-Böll-Stiftung, Berlin, 2018, pp. 79-80.

paragrafo 1, TUE. Nessun'altra disposizione dei Trattati fa riferimento all'articolo 2, secondo periodo, TUE. Allo stesso tempo, la maggior parte dei suoi parametri trova riscontro nei Trattati, ad esempio la non discriminazione nell'articolo 21 CDFUE e in tutta la Parte II del TFUE, e la solidarietà, la giustizia e l'uguaglianza tra uomini e donne nell'articolo 3, paragrafo 3, secondo comma, TUE e in altre disposizioni. Il pluralismo è richiamato nell'articolo 11, paragrafo 2, CDFUE, soltanto la tolleranza non viene menzionata altrove.

Per quanto riguarda la loro natura giuridica, la portata, la giustiziabilità e l'ambito di applicazione, le previsioni dell'articolo 2, secondo periodo, TUE sollevano le medesime problematiche dottrinali di quelle dell'articolo 2, primo periodo, TUE (cfr. § 67). Sebbene molte questioni rimangano aperte, due aspetti sembrano evidenti. In primo luogo, la codificazione nel Trattato legittima le istanze politiche di solidarietà, pluralismo, giustizia, non discriminazione e tolleranza. Il Trattato incoraggia tutti coloro che sono sotto la sua giurisdizione a utilizzare questi termini per sviluppare le loro idee, per perseguire i loro interessi e i loro valori. In secondo luogo, i parametri dell'articolo 2, secondo periodo, TUE sono funzionali all'interpretazione dell'articolo 2, primo periodo, TUE. Se la società europea condivide i valori di cui all'articolo 2, primo periodo, TUE e, allo stesso tempo, è caratterizzata da pluralismo, tolleranza, solidarietà, giustizia e non discriminazione, allora i parametri dell'articolo 2, secondo periodo, TUE devono informare i valori dell'articolo 2, primo periodo, TUE [21]. In sintesi, i parametri dell'articolo 2, secondo periodo, TUE sono norme giuridiche di particolare importanza e, dunque, possono considerarsi princìpi giuridici [22].

L'articolo 2, secondo periodo, TUE rafforza i valori dell'articolo 2, primo periodo, TUE, arricchendoli specialmente con il riferimento alla solidarietà. Infatti, il legislatore europeo fa riferimento all'articolo 2 TUE, nella sua interezza, in un atto fondamentale, per contrastare le tendenze autoritarie presenti nella società europea [23]. Pertanto, i dodici princìpi dell'articolo 2 TUE costituiscono, tutti insieme, il nucleo costituzionale europeo.

---

[21] Per quanto riguarda il *pluralismo*, CGUE, 6 ottobre 2020, *Privacy International*, causa C-623/17, punto 62; 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e altri*, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, punto 114. Per quanto riguarda la *giustizia*, CGUE, 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, causa C-64/16, punto 30.

[22] Vedi l'articolo 2, lettera a), del Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione; conclusioni dell'AG Kokott, 23 aprile 2020, causa C-93/19 P, *SEAE* c. *Hebberecht*, punto 36.

[23] Considerando (1) del preambolo del Regolamento 2020/2092, cit.

29. Il nucleo costituzionale europeo

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia, alla stregua di molti studiosi, riconobbe scarsa rilevanza all'articolo 2 TUE. La prassi giudiziaria e la dottrina giuridica assunsero l'articolo 2 TUE quasi alla stregua di una mera dichiarazione politica o un considerando, non come una disposizione idonea a restituire il nucleo costituzionale europeo. Tale approccio è mutato durante le molteplici crisi succedutesi e, infatti, nel 2019, la Corte di giustizia affermò che l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione discende dalla "*circostanza che l'Unione è dotata di un quadro costituzionale che le è proprio. Rientrano in tale quadro i valori fondatori enunciati nell'articolo 2 TUE, ai sensi del quale l'Unione «si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani», i principi generali del diritto dell'Unione, le disposizioni della Carta, nonché le disposizioni dei trattati UE e FUE, che contengono, segnatamente, le norme sull'attribuzione e la ripartizione delle competenze, le norme sul funzionamento delle istituzioni dell'Unione e del sistema giurisdizionale di quest'ultima, nonché le norme fondamentali nei settori specifici, strutturate in modo da contribuire alla realizzazione del processo di integrazione ricordato nell'articolo 1, secondo comma, TUE*" [24].

Tale affermazione riconosce la centralità dell'articolo 2 TUE nel quadro costituzionale dell'Unione. Sebbene quest'ultimo discenda da una giurisprudenza risalente e consolidata, l'articolo 2 TUE gli conferisce ora un'autentica connotazione costituzionale, trasformando il diritto dell'Unione. La costituzionalizzazione del diritto comunitario ebbe inizio sin dagli anni Sessanta, con l'elaborazione di princìpi formali, non sostanziali, come l'autonomia, l'effetto diretto e il primato (cfr. §§ 9, 37, 56).

I valori dell'articolo 2, primo periodo, TUE sono fondamentali per il diritto europeo, come attestano altre disposizioni del Trattato (articoli 7, 13 e 49 TUE). Dato che il Trattato fonda l'Unione su di essi – e solo su di essi – tali valori costituiscono la fonte di legittimazione dell'azione pubblica europea [25]. L'articolo 2 TUE è quindi fondamentale [26], il suo ruolo rievoca quello del potere costituente in alcune dottrine nazionali [27].

---

[24] CGUE, 30 aprile 2019, *CETA*, parere 1/17, punto 110.

[25] J. MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, PUF, Paris, 2005, p. 24; A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2015, p. 21.

[26] N. LUHMANN, *Are There Still Indispensable Norms in Our Society?*, in *Soziale Systeme*, 14, 2008, p. 28.

[27] Per un quadro teorico sull'argomento, M. PATBERG, *Constituent Power in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 41 ss.

Il numero di princìpi espressi nell'articolo 2 TUE ne conferma la natura di fondamento costituzionale. La disposizione elenca dodici princìpi. Il dodici è il numero simbolico per antonomàsia, designando il cerchio chiuso, le dodici tribù di Israele, i dodici apostoli di Gesù, le dodici porte della Gerusalemme celeste, nonché le dodici stelle, disposte a forma di corona, della donna vestita di sole dell'Apocalisse. L'articolo 2 TUE riprende quindi il simbolismo della bandiera europea, le cui dodici stelle dorate, disposte in cerchio su uno sfondo blu, sono promessa di salvezza [28].

I princìpi dell'articolo 2, primo periodo, TUE svolgono un ruolo fondamentale anche al di fuori del diritto dell'Unione, perché il diritto europeo nel suo complesso dipende in ultima analisi dal diritto dell'Unione (cfr. § 10). Di conseguenza, l'articolo 2 TUE stabilisce il nucleo costituzionale non solo dell'Unione, ma dell'Europa. Descritto in termini hegeliani, l'articolo 2 TUE stabilisce la "*idealità reale*", "*l'anima*" e l'"*identità*" del diritto europeo [29], il che impone, tuttavia, un'importante precisazione: per determinare veramente l'identità europea, i princìpi dell'articolo 2 TUE devono dare forma a tutte le relazioni sociali.

Con l'articolo 2 TUE, il Trattato ha stabilito parametri ambiziosi, il che può essere rischioso data la inevitabile distanza che esiste tra il modo in cui il Trattato caratterizza la società europea nell'articolo 2 TUE e la realtà sociale che molti cittadini vivono. Se la distanza diventa abissale, l'Unione perde credibilità (cfr. § 46). Un'unione fondata su valori, infatti, è ben più impegnativa di un'unione fondata sul danaro. Ciò rende evidente la portata delle sfide poste dalle vicende ungheresi e polacche (cfr. § 26).

Il nucleo costituzionale europeo dell'articolo 2 TUE comprende dodici princìpi, sei dei quali sono individuati come valori dall'articolo 2, primo periodo, TUE: "*rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze*". L'articolo 2, secondo periodo, TUE aggiunge altri sei princìpi: "*pluralismo*", "*non discriminazione*", "*tolleranza*", "*giustizia*", "*solidarietà*" e "*parità tra donne e uomini*". Ne discende l'esigenza di chiarirne il rapporto. Facendo tutti parte di un unico articolo del Trattato, non debbono essere interpretati separatamente l'uno dall'altro. Essi possono essere letti come aspetti diversi di un unico fenomeno,

---

[28] C. BRÜTSCH, *Die Offenbarung Jesu Christi*, Zwingli-Verlag, Zürich, 1955, pp. 56 ss.; M. GÖLDNER, *Politische Symbole der europäischen Integration. Fahne, Hymne, Hauptstadt, Pass, Briefmarke, Auszeichnungen*, Peter Lang, Lausanne, 1988.

[29] G.W.F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik, Bd. 2. Die subjektive Logik (1816)*, Felix Meiner, Hamburg, 1975, p. 375; trad. it. *La scienza della logica (1816)*, II, VIII ed., Laterza, Bari, 1924, p. 824.

ossia il nucleo costituzionale della società europea. Una teoria calzante al riguardo è quella di Habermas sulla co-origine della democrazia e dei diritti umani: "*[l]a genesi logica di questi diritti forma un processo circolare, all'interno del quale il codice giuridico (o forma giuridica) e il meccanismo generativo di diritto legittimo (cioè il principio democratico) si costituiscono fin dall'inizio* co-originariamente" [30].

Il secondo considerando del preambolo della Carta dei diritti fondamentali avalla questa concezione, come fanno anche le istituzioni europee, in particolare nel fronteggiare tendenze autoritarie. Le istituzioni invocano in genere lo Stato di diritto, e si riferiscono altresì alla democrazia, al pluralismo e ai diritti fondamentali. La Commissione di Venezia, con la *Rule of Law Checklist,* ha inaugurato siffatto orientamento[31]. Nel 2020, il legislatore europeo ha dato forza normativa a questa concezione con l'articolo 2 del Regolamento 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 sulla condizionalità, ad oggi l'atto legislativo più rilevante sul nucleo costituzionale europeo. Secondo l'articolo 2 di tale Regolamento, lo *"Stato di diritto"* si riferisce al "*valore dell'Unione sancito nell'articolo 2 TUE. In esso rientrano i principi di legalità, in base alla quale il processo legislativo deve essere trasparente, responsabile, democratico e pluralistico; certezza del diritto; divieto di arbitrarietà del potere esecutivo; tutela giurisdizionale effettiva, compreso l'accesso alla giustizia, da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali, anche per quanto riguarda i diritti fondamentali; separazione dei poteri; non-discriminazione e uguaglianza di fronte alla legge. Lo Stato di diritto è da intendersi alla luce degli altri valori e principi dell'Unione sanciti nell'articolo 2 TUE*".

Il nucleo costituzionale europeo non è solo complesso, è anche pluralistico. Il Trattato di Lisbona ha fondato l'Unione sui diritti umani (anche come sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e non sui diritti fondamentali (come sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali). Si tratta di una decisione assai significativa, dato che i diritti fondamentali costituiscono le garanzie interne di una comunità politica, mentre i diritti umani sono universali e per lo più positivizzati dal diritto internazionale. Questo pluralismo normativo corrisponde al percorso del diritto pubblico europeo, basato su due pilastri: sul diritto dell'Unione e sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (cfr. §§ 8, 10, 59).

---

[30] J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., pp. 121-122.

[31] COMMISSIONE EUROPEA PER LA DEMOCRAZIA ATTRAVERSO IL DIRITTO (COMMISSIONE DI VENEZIA), *Rule of Law Checklist*, 106° sessione plenaria (Venezia, 11-12 marzo 2016). Per approfondire, vedi M. FUCHS, *Die Vermessung der Rechtsstaatlichkeit. Die 'Rule of Law Checklist' der Venedig-Kommission des Europarates*, in *Europäische Grundrechtezeitschrift*, 45, 2018, p. 237.

30. Da una società di individui a una società di cittadini

Questi prolegomeni suffragano la tesi secondo cui l'articolo 2 TUE riflette la trasformazione della società europea da società di individui a società di cittadini. Lo dimostra il confronto tra l'articolo 2 TUE nella versione del 2007 e l'articolo 2 del Trattato CEE del 1957.

L'articolo 2 del Trattato CEE mirava alla creazione di un mercato comune, alla convergenza delle politiche economiche nazionali, allo sviluppo armonioso della vita economica, a una espansione continua ed equilibrata dell'economia, a una maggiore stabilità, a una accelerazione dell'aumento del tenore di vita e a relazioni più strette tra gli Stati membri. L'articolo 2 TUE del 2007 non fa riferimento a nessuno di questi obiettivi. Le questioni in discussione divengono il pluralismo, la non discriminazione, la tolleranza, la giustizia, la solidarietà e l'uguaglianza tra donne e uomini, nonché la dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze, il tutto all'interno di un'unica società. La trasformazione delle categorie di riferimento è evidente.

L'articolo 3 TUE, la disposizione più rilevante sugli obiettivi del diritto dell'Unione e quindi in qualche modo l''erede funzionale' dell'articolo 2 del Trattato CEE, conferma questa trasformazione. L'articolo 3, paragrafo 1, TUE stabilisce che il primo obiettivo dell'Unione è la promozione dei suoi valori, insieme alla pace e al benessere dei suoi popoli.

Il Trattato colloca l'Unione nella tradizione repubblicana delle rivoluzioni americana e francese, le cui finalità erano "*vita, libertà e ricerca della felicità*" e "*libertà, uguaglianza e fraternità*". Già Kant e persino il monarchico Hegel consideravano i princìpi repubblicani destinati a una società di cittadini [32]. In termini di storia dei concetti, i capi di Stato e di governo mossero quindi da basi solide quando si riunirono sotto il nome di "*status Europaeae rei publicae*" il 29 ottobre 2004, dopo aver firmato il Trattato costituzionale [33]. L'espressione latina "*status Europaeae rei publicae*" può essere tradotta in vari modi, sia come "*la condizione di Stato europeo*" sia come "*la costituzione della Repubblica europea*"; stante la riluttanza a fondare uno Stato (cfr. § 12),

[32] Sul repubblicanesimo di Kant, H. DREIER, *Kants Republik*, in *JuristenZeitung*, 59, 2004, p. 745. Su Hegel, K. VIEWEG, *Die Revolution der Freiheit. 250 Jahre Hegel*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 8, 2020, p. 109. Sulla storia di questo concetto, vedi T. THIEL, *Republikanismus und die Europäische Union. Eine Neubestimmung des Diskurses um die Legitimität europäischen Regierens*, Nomos, Baden-Baden, 2012.

[33] Vedi la foto su PARLAMENTO EUROPEO, *Progetto di trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (non ratificato)*, https://www.europarl.europa.eu/about-parliament/de/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/draft-treaty-establishing-a-constitution-for-europe.

quest'ultima traduzione parrebbe la più plausibile. Benché il progetto di Trattato costituzionale fallì, nel 2009 gli autori dei Trattati determinarono di fatto l'entrata in vigore dell'articolo I-2 del Trattato costituzionale, facendolo confluire, senza modifica alcuna, nell'articolo 2 TUE.

Il passaggio dall'articolo 2 del Trattato CEE all'articolo 2 TUE corrisponde a una trasformazione del concetto di società europea. L'articolo 2 del Trattato CEE, probabilmente la prima articolazione giuridica di società europea, è stato interpretato come il progetto di una società di diritto privato, cioè di individui. Questa concezione risale alla scuola ordoliberale, alla quale apparteneva Hallstein [34]. Per questo motivo, alcuni ravvisarono il cuore del diritto europeo in uno *ius commune* plasmato dal diritto privato [35]. Nel 1964, la Società Max Planck fondò addirittura un istituto dedicato a questa idea: l'Istituto Max Planck di Francoforte per la storia giuridica europea. Il suo fondatore e direttore fu Helmut Coing, studioso di diritto privato e di diritto romano, e alla rivista dell'Istituto venne dato l'evocativo titolo *Jus Commune* [36].

Secondo tale concezione, l'integrazione europea è volta a sviluppare una società di diritto privato e di individui. Tale società è meno esigente rispetto a una società definita dai princìpi del diritto pubblico. All'inizio degli anni Sessanta, venne valutata l'eventuale adesione della Turchia e persino di Israele[37]. La Comunità economica europea avrebbe quindi potuto svilupparsi come l'OECE (ora OCSE), che oggi contribuisce a promuovere le relazioni tra le più forti economie della società globale. Tuttavia, lo sviluppo della CEE ha seguito un percorso diverso (cfr. §§ I.E, 32, 56), conducendo gli autori dei Trattati a decidere, nel 2007, di fondare l'Unione su parametri di diritto pubblico.

Anche la giurisprudenza restituisce evidenza di questa evoluzione. Per tutto il primo periodo del diritto pubblico europeo, il mercato comune (interno)

---

[34] F. BÖHM, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in *Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 17, 1966, p. 75; E.-J. MESTMÄCKER, *Recht in der offenen Gesellschaft. Hamburger Beiträge zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschafts-und Medienrecht*, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 60 ss.; K. RIESENHUBER, *§ 1. Privatrechtsgesellschaft. Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht*, in ID. (a cura di), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009, pp. 11 ss.

[35] R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in *JuristenZeitung*, 47, 1992, p. 8.

[36] T. DUVE, *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in *Rechtsgeschichte – Legal History*, 20, 2012, pp. 21 ss. L'Istituto ha abbandonato questo orientamento, divenendo nel 2021 il *Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory*.

[37] K.K. PATEL, *Project Europe: A History*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, p. 41.

costituì l'obiettivo dominante. Nel 1987, la Corte di giustizia riteneva ancora che l'obiettivo di istituire un mercato interno rientrasse fra "*le finalità essenziali perseguite dal Trattato [CEE]*" [38]. Nel 2017, tale obiettivo non rappresentava che una delle numerose "*norme fondamentali nei settori specifici, strutturate in modo da contribuire alla realizzazione del processo di integrazione*" [39].

La filosofia del diritto di Hegel e la distinzione di Marx tra *bourgeois* e *citoyen* danno corpo a questa trasformazione repubblicana. Secondo una delle intuizioni principali di Hegel, quella che egli definisce società *borghese* (*bürgerliche*) – vale a dire l'economia di mercato con le sue istituzioni specifiche – da sola non può raggiungere la stabilità. Per Hegel, una siffatta stabilità richiede un più profondo radicamento istituzionale, sostanzialmente costituzionale, che riconosce nello Stato [40]. Karl Marx ne ricava la celebre distinzione tra il *borghese*, guidato dagli affari, dall'interesse personale e dal profitto, e il *cittadino* con mentalità repubblicana [41].

Sebbene il Trattato non abbia istituito uno Stato europeo (cfr. § 12), ha comunque istituito una cittadinanza europea e istituzioni pubbliche secondo i parametri costituzionali dell'articolo 2 TUE. Pertanto, dal confronto tra l'articolo 2 TUE e l'articolo 2 Trattato CEE emerge che la società europea è stata trasformata: da una società di relazioni economiche private è divenuta una società di cittadini. Non si tratta di una società in senso marxista, poiché la società europea riconosce la libertà economica dei privati. Gli autori dei Trattati si sono affidati sia al *bourgeois* che al *citoyen*. La mediazione è realizzata dal concetto di economia sociale di mercato come evocato nell'articolo 3, paragrafo 3, TUE. Le tensioni tra 'sociale' e 'mercato' sono materia di politica europea, da mediare secondo i princìpi dell'articolo 2 TUE. L'articolo 2 TUE rappresenta quindi anche il fondamento dell'intera costituzione economica europea (cfr. § 44) [42].

La libertà postulata dall'articolo 2, primo periodo, TUE va oltre l'autonomia privata; il Trattato esige una libertà uguale per tutti [43], come conferma

---

[38] CGCE, 29 settembre 1987, *Giménes Zaera*, causa 126/86, punto 10.

[39] CGUE, 30 aprile 2019, *CETA*, parere 1/17, punto 110.

[40] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 258.

[41] K. MARX, *Zur Judenfrage*, in *Karl Marx, Friedrich Engels: Werke. Bd. 16*, Dietz, Berlin, 1981, pp. 347-377; trad. it. *Sulla questione ebraica (1843)*, Bompiani, Milano, 2007.

[42] Per un primo approccio, vedi A. VON BOGDANDY, *Founding Principles*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 14 ss.

[43] G.P. CALLIESS, *Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips*, in B. ZÖCHLING-JUD *et al.* (a cura di), *Jahrbuch Junger*

il richiamo alla dignità umana, all'uguaglianza e agli altri princìpi di cui all'articolo 2, secondo periodo, TUE. Un'analisi storico-terminologica corrobora questa interpretazione: la versione inglese del Trattato di Amsterdam indica il termine *liberty*, mentre la versione inglese del Trattato di Lisbona utilizza *freedom.* In genere a *liberty* si riconducono solo le libertà negative, si tratta di una categoria concettuale del diritto privato, mentre *freedom* indica un concetto più complesso, proprio della tradizione del diritto pubblico [44].

La giurisprudenza della Corte di giustizia evidenzia come la libertà, intesa nel senso di *freedom*, si addica meglio al diritto dell'Unione. Come si conviene a una società democratica, la Corte interpreta il divieto generale di discriminazione, e così la cittadinanza dell'Unione, la libera circolazione dei lavoratori o il divieto di discriminazione negli accordi di associazione, alla luce dell'eguale libertà (*equal freedom*) [45]. L'articolo 2 TUE protegge la libertà contrattuale, ma giustifica interventi normativi allorché il diritto privato generi relazioni sociali asimmetriche (cfr. § 15). L'idea che una società democratica debba evitare disparità estreme è comune tanto al socialismo democratico quanto all'ordoliberalismo [46].

Non si può affermare che la trasformazione democratica della società europea sia completa. Le sue carenze sono evidenti. La ricerca sui princìpi è parte integrante della loro individuazione e risoluzione [47].

Zivilrechtswissenschaftler 2000. Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar-Dresden, 2001, pp. 90 ss.

[44] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Staat als sittlicher Staat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1978, pp. 23 ss.; A. HONNETH, *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2011, pp. 232 ss. Esistono certamente altre traduzioni. Vedi, ad esempio, A. KOCHAROV, *Republican Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 77 ss.

[45] CGCE, 12 dicembre 1974, *Walrave e Koch c. Association Union cycliste internationale e altri*, causa 36/74; 15 dicembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association e altri c. Bosman*, causa 415/93; 11 dicembre 2007, *The International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen Union ("Viking")*, causa C-438/05; 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri*, causa C-341/05.

[46] H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, p. 26; trad. it., *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti (1928-1933)*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017; D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth-Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 232 ss.

[47] Allo stesso modo, dal punto di vista del diritto privato, vedi T. ACKERMANN, *Eine "ungeheure Jurisprudenz"? Die Europarechtswissenschaft und die Europäisierung des Rechts*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 481 ss.

B. Princìpi e identità

31. Un tema spinoso

L'aspetto forse più delicato dei princìpi costituzionali concerne il loro rapporto con il tema dell'identità. L'integrazione europea non ha mai riguardato solo l'economia o i conflitti valutati e risolti in termini monetari. Il concetto di identità, come pochi altri, racchiude in sé molti dei più aspri conflitti che vengono quindi considerati conflitti sui princìpi.

La delicatezza di questo tema discende dal concetto stesso di identità. Esso oscilla tra ciò che è e ciò che dovrebbe essere, tra descrizione e prescrizione [48]. È spesso utilizzato in modo cripto-normativo, con affermazioni normative mascherate da risultati analitici. L'identità, inoltre, è di frequente legata a posizioni politiche opinabili.

Il decreto n. 1, con cui Augusto Pinochet giustificò nel 1973 il proprio colpo di Stato militare, affermava che le forze armate avrebbero difeso l'identità storica e culturale dello Stato cileno [49]. Nella società europea odierna, i cosiddetti movimenti identitari cercano di difendere l'identità del proprio Stato dalla presunta invasione degli stranieri (*Überfremdung*) [50]. La Legge fondamentale ungherese di Orbán del 2011, che avvia una nuova fase del diritto costituzionale della società europea, assegna a questo concetto un ruolo cruciale (preambolo, articolo D, articolo R, paragrafo 4, articolo XVI, paragrafo 1) [51]. Nel Parlamento europeo, un gruppo politico denominato "*Identità e democrazia*" riunisce i partiti nazionalisti come l'*Alternative für Deutschland* tedesca, la *Lega* italiana, il *Rassemblement National* francese e il partito austriaco *Freiheitliche Partei Österreichs*.

Questo uso del concetto di identità ostacola il suo riconoscimento come cardine del diritto costituzionale democratico [52]. Tuttavia, la ricostruzione

---

[48] L. NIETHAMMER, *Kollektive Identität. Heimliche Quellen einer unheimlichen Konjunktur*, Rowohlt Taschenbuch, Reinbek bei Hamburg, 2000; anche E. TUGENDHAT, *Self-Consciousness and Self-Determination*, MIT Press, Cambridge (MA), 1986, pp. 254 ss.

[49] R. BARROS, *Constitutionalism and Dictatorship. Pinochet, the Junta and the 1980 Constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 76-77.

[50] G. HENTGES-K. NOTTBOHM-H.-W. PLATZER (a cura di), *Europäische Identität in der Krise? Europäische Identitätsforschung und Rechtspopulismusforschung im Dialog*, Springer, Berlin, 2017.

[51] Sul ruolo di tale concetto nella giurisprudenza ungherese, vedi G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity*, in *Review of Central and East European Law*, 43, 2018, p. 23; B. BAKÓ, *The Zauberlehrling Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court's Case Law on Identity-, Ultra Vires- and Fundamental Rights Review in Hungary*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 78, 2018, p. 863.

[52] A. VON BOGDANDY, *Europäische und nationale Identität. Integration durch Verfassungsrecht?*,

dogmatica non può ignorare tale concetto, tanto più che l'identità è un tema cruciale nella lotta per una società europea democratica.

Il fatto che il concetto di identità sia così significativo si deve anche a un'iniziativa comune europea promossa dai leader degli Stati membri, che gli assegnarono un ruolo chiave nella Dichiarazione sull'identità europea del 1973 [53]. La Dichiarazione stabiliva un legame profondo tra identità e princìpi, proclamando che "*i principi della democrazia rappresentativa, dello stato di diritto, della giustizia sociale – obiettivo del progresso economico – e del rispetto dei diritti umani […] sono elementi fondamentali dell'identità europea*". La Dichiarazione restituisce quanto grande sia stato il ruolo dei princìpi europei fin dai primi anni Sessanta, basti pensare, ad esempio, al ruolo che giocarono per impedire l'adesione della Spagna franchista (cfr. § 26).

Poche dichiarazioni hanno inciso tanto profondamente sulla storia dell'integrazione europea. Essa ha sullo sfondo il ridimensionamento dell'influenza degli Stati Uniti a seguito della sconfitta nella guerra del Vietnam [54], le aspettative sociali sfociate nella *rivoluzione dei diritti* (cfr. § 57) e le difficoltà economiche di quegli anni. In questo contesto, i capi di Stato e di governo individuarono la strada che poi avrebbe condotto alla società europea dell'articolo 2 TUE. L'identità divenne un concetto cruciale sia per la posizione della Comunità europea nel mondo che per le sue relazioni con i cittadini, rievocando la Dichiarazione d'indipendenza americana.

Da allora, la formazione di una identità europea ha rappresentato un importante ambito di discussione politica a livello europeo [55]. Si consideri che la Commissione UE, nel 2019, inaugurò i propri lavori con il motto "*Promozione dello stile di vita europeo. Proteggere i nostri cittadini e i nostri valori*" [56]. E, nel 2021, il Parlamento, il Consiglio e la Commissione istituirono la "*Conferenza sul futuro dell'Europa*" con l'obiettivo di coinvolgere i cittadini europei nello spirito della politica identitaria democratica [57].

---

in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 62, 2003, p. 157; M. POLZIN, *Verfassungsidentität. Ein normatives Konzept des Grundgesetzes?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2018, pp. 133 ss., spec. 224-225.

[53] Dichiarazione sull'identità europea (Boll. CE 12-1973), p. 118.

[54] K.K. PATEL, *Project Europe*, cit., pp. 72, 155 ss. e 165.

[55] U. HALTERN, *Europarecht und das Politische*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 199 ss.

[56] COMMISSIONE EUROPEA, *Promozione dello stile di vita europeo. Proteggere i nostri cittadini e i nostri valori*, https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life_it.

[57] CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Dichiarazione congiunta sulla Conferenza sul futuro dell'Europa*, doc. n. 6796/21 (5 marzo 2021). Per una ricostruzione teorica, vedi J. HABERMAS, *Historical Consciousness and Post-Traditional Identity: Remarks on the Federal Republic's Orientation to the West*, in *Acta Sociologica*, 31, 1988, pp. 11 ss.

Il concetto di identità fece quindi il suo ingresso in Europa per promuovere l'integrazione europea. Ben presto, la sua funzione è diventata più complessa, poiché invocato anche dalle istituzioni nazionali. Le corti costituzionali di alcuni Stati membri hanno svolto un ruolo importante al riguardo, richiamando il concetto di identità costituzionale per rivendicare la propria competenza a sindacare gli atti europei alla luce dei princìpi nazionali. Nasce così la dialettica tra identità europea e identità nazionale.

Già un anno dopo la dichiarazione dei capi di Stato e di governo, nel 1974, il Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco pronunciò la sentenza *Solange I*. In essa si affermò che l'articolo 24, primo comma, della Legge fondamentale, all'epoca la base normativa per l'integrazione europea della Germania, non autorizzava a "*modificare la struttura fondamentale della Costituzione, su cui si basa la sua identità, senza una modifica della Costituzione*". Inoltre, il Tribunale costituzionale chiarì che l'articolo 24 della Legge fondamentale vieta qualsiasi modifica del Trattato "*che comprometta l'identità della vigente Costituzione della Repubblica federale tedesca, violandone le strutture che la costituiscono*" [58].

Nella decisione *Solange II* del 1986, il medesimo Tribunale sostenne in modo ancor più categorico che l'articolo 24 della Legge fondamentale "*non consente, mediante la cessione a istituzioni internazionali di diritti dell'autorità sovrana, di compromettere l'identità dell'ordinamento costituzionale vigente della Repubblica federale, violandone le strutture fondamentali che lo costituiscono*" [59]. Il Secondo Senato ha consolidato e ampliato questo orientamento con le sentenze *Maastricht* [60] e *Lisbona* [61], nonché nelle decisioni sul debito sovrano e sulla crisi dell'euro [62], sul mandato d'arresto europeo [63], sui programmi OMT (*Outright Monetary Transactions*) e PSPP (*Public Sector Purchase Programme*) della BCE [64], e sull'Unione bancaria [65]. Il Tribunale costituzionale ha assunto, invero, una posizione ancora più radicale, giungendo ad affermare che nemmeno una modifica costituzionale potrebbe trasferire

[58] BVerfGE 37, 271, *Solange I*, par. 43.

[59] BVerfGE 73, 339, *Solange II*, par. 104.

[60] BVerfGE 89, 155, *Maastricht*, parr. 91 ss.

[61] BVerfGE 123, 267, *Lissabon (Lisbona)*, parr. 216 ss.

[62] BVerfGE 129, 124, *EFS (EFSF)*, parr. 120 ss.; BVerfGE 132, 195, *Europäischer Stabilitätsmechanismus (Meccanismo europeo di stabilità)*, parr. 109 ss.; BVerfGE 135, 317, *ESM-Vertrag (Trattato MES)*, parr. 159 ss.

[63] BVerfGE 140, 317, *Identitätskontrolle (Controllo dell'identità I)*.

[64] BVerfGE 142, 123, *OMT-Programm (Programma OMT)*; BVerfGE 146, 216, *PSPP-Vorlagebeschluss (Ordinanza preliminare PSPP)*.

[65] BVerfGE 151, 202, *Europäische Bankenunion (Unione bancaria europea)*.

determinate competenze (cfr. § 33). Per taluni il Tribunale tedesco rappresenta l'ultimo paladino del costituzionalismo democratico [66].

È controverso se questo orientamento sull'identità metta a repentaglio l'esistenza stessa dell'Unione. Per il Secondo Senato non sarebbe così, dato che si tratta di conflitti che insorgono di rado e che si può fare ricorso al rinvio pregiudiziale per attenuare la tensione [67]. L'Avvocato generale della Corte di giustizia, Pedro Cruz Villalón (già presidente del Tribunale costituzionale spagnolo), è invece di parere opposto. Egli scrive: "*mi sembra che sarebbe un compito pressoché impossibile preservare questa Unione, quale la conosciamo oggi, se si pretendesse di assoggettarla ad una riserva assoluta, a mala pena specificata e in pratica lasciata alla discrezionalità di ciascuno Stato membro, sotto forma di una categoria denominata «identità costituzionale», tanto più ove si proclami quest'ultima differente dall'«identità nazionale» di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE*" [68]. Il Secondo Senato sottolinea proprio questa differenza [69].

I princìpi costituiscono il fulcro dei conflitti d'identità che danno forma alla società europea. La doppia funzione dell'identità è significativa: un concetto introdotto per far progredire l'integrazione europea si è rivelato cruciale anche per le istituzioni nazionali. Il fatto che le preoccupazioni nazionali siano discusse in tutta Europa con una terminologia uniforme favorisce la discussione anche a livello europeo. In tali controversie, si forma la società europea e si trasforma il diritto pubblico (cfr. § 1).

Ma cosa c'è in gioco esattamente? Non occorre essere machiavellici o teorici di *public choice* per sospettare che le parti in causa sollevino, negozino e difendano i propri interessi individuali (cfr. § 51). Tuttavia, come dimostra un'analisi del concetto, il conflitto non si esaurisce qui.

32. Alcune teorie sull'identità

Nel corso dei decenni, l'identità si è rivelata un concetto chiave per la politica europea e il diritto europeo. Più di ogni altro concetto, essa è oggi invocata per limitare l'europeizzazione. Un coro di voci diverse postula un

---

[66] Cfr. H.H. RUPP, *Ausschaltung des Bundesverfassungsgerichts durch den Amsterdamer Vertrag?*, in *JuristenZeitung*, 53, 1998, pp. 215-217; U. HALTERN, *Ultra-vires-Kontrolle im Dienst europäischer Demokratie*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 39, 2020, p. 817.

[67] BVerfGE 140, 317, *Controllo dell'identità I*, cit., parr. 40 ss.

[68] Conclusioni dell'AG Cruz Villalón, 14 gennaio 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e altri*, punti 59 ss.

[69] BVerfGE 134, 366, *OMT-Beschluss (Decisione OMT)*, par. 29.

"*noi*" (una identità collettiva forte, uno Stato nazionale) come presupposto della democrazia, giungendo alla conclusione che una democrazia europea sia impossibile (cfr. §§ 4, 14).

La questione del "*noi*" europeo funge quasi da cartina di tornasole del diritto pubblico europeo. Non intendendo eluderla, se ne toccheranno due aspetti. In primo luogo, chi scrive reputa eccessivo condizionare la stessa possibilità di un sistema di governo democratico all'emersione tra la popolazione di un senso generale del "*noi*". Al contempo, si intravvedono comunque gli albori di un'identità collettiva europea.

Deve premettersi un chiarimento concettuale. Come ogni concetto fondamentale, identità ha molte accezioni, il che spiega in larga misura la vaghezza dei dibattiti sull'identità nazionale o europea. Per comprendere il legame tra princìpi e identità, occorre distinguere tra due significati che derivano dal latino *idem*, radice della parola identità [70].

Il primo significato di identità si riferisce a un insieme di caratteristiche che distinguono qualcosa o qualcuno. In questo senso, una persona, un gruppo o una costituzione hanno una identità. Carl Schmitt usa il termine identità costituzionale per descrivere le caratteristiche fondamentali di una costituzione, una concezione condivisa da molti [71]. Secondo tale accezione, l'identità costituzionale è sinonimo di nucleo costituzionale (cfr. § 29), per lo più concepito come un insieme di princìpi fondamentali. Ne sono un esempio l'articolo 2 TUE, l'articolo 1 della Costituzione italiana e l'articolo 79, terzo comma, della Legge fondamentale tedesca [72].

L'altra accezione del termine identità indica gli atteggiamenti interiori di una persona [73]. Si riferisce a un processo mentale dal quale scaturisce un senso di appartenenza e un coinvolgimento [74]. Per Böckenförde, come per

---

[70] G. SCHMIDT, *Identität. Gebrauch und Geschichte eines modernen Begriffs*, in *Muttersprache*, 86, 1976, p. 333; J. STERCK, *Sameness and Selfhood. The Efficiency of Constitutional Identities in EU Law*, in *European Law Journal*, 24, 2018, p. 281.

[71] C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), XI ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2017, pp. 103, 205, 215, 235; trad. it. *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984; analogamente, P. HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, Nomos, Baden-Baden, 1994, pp. 9 ss.; P. KIRCHHOF, *§ 19. Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten*, in P. KIRCHHOF-J. ISENSEE (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II. Verfassungsstaat*, C.F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 775.

[72] K.-P. SOMMERMANN, *Art. 20 GG*, in H. VON MANGOLDT-F. KLEIN-C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II*, Vahlen, München, 2018, n. 3; per approfondimenti, M. POLZIN, *Verfassungsidentität*, cit., pp. 85 ss.

[73] E.H. ERIKSON, *Psychological Issues: Identity and the Life Cycle*, International Universities Press, New York, 1959; E.H. ERIKSON, *Identity, Psychosocial*, in D.L. SILLS (a cura di), *International Encyclopedia of the Social Sciences. Vol. 7*, Macmillan, New York, 1968, p. 61.

[74] G. SCHMIDT, *Identität. Gebrauch und Geschichte eines modernen Begriffs*, cit., p. 338; J.

molti studiosi, questo processo figura tra i presupposti di uno Stato democratico (cfr. § 4). Secondo la tradizione hegeliana: "*una costituzione […] è l'idea e la coscienza del razionale*", che dipende "*dalla modalità e dalla formazione dell'autocoscienza del popolo stesso*" [75]. Il concetto di identità *collettiva* si riferisce principalmente a questa concezione.

Il Tribunale costituzionale tedesco, ad esempio, parla di "*identificazione dei cittadini con i valori fondamentali simboleggiati dalla bandiera*", da cui dipende la Repubblica federale tedesca [76]. Anche questa concezione di identità considera cruciali per l'identità i princìpi (o valori) fondamentali, ma sulla base di un'argomentazione diversa rispetto a quella utilizzata nell'altra accezione. In quest'ottica, i princìpi sono cruciali perché consentono i processi cognitivi.

Come possono i princìpi costituzionali diventare rilevanti per l'identità di una persona? Come possono i cittadini sviluppare un'identità costituzionale? L'identità di una persona non è direttamente osservabile dall'esterno, né direttamente accessibile con l'introspezione. Qualsiasi risposta richiede una concezione di ciò che costituisce l'identità di una persona, come si forma e come essa si manifesta [77].

La domanda "*chi sono io?*" non è teorica ma pratica, poiché generalmente attiene ad azioni future dell'individuo [78]. Si immagini che A dica a B: "*Tu mi conosci*". Di solito significa: "*Tu sai come mi comporterò in una certa situazione*". Dato che le azioni di un individuo si rivolgono agli altri, l'identità si forma in relazione e con il concorso degli altri. In breve, l'identità dipende dall'intersoggettività (cfr. § 4). Hegel formalizza questa intuizione filosofica fondamentale – che confuta gran parte della teoria sociale della *rational choice* – nei seguenti termini: "*Io che è Noi, e Noi che è Io*" [79]. La psicologia sociale odierna descrive la somma degli elementi con cui le

---

HABERMAS, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1976, pp. 63 ss. e 92 ss.

[75] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 274 e aggiunta al par. 274.

[76] BVerfGE 81, 278, *Bundesflagge*, par. 50; vedi anche BVerfGE 124, 300, *Wunsiedel*, par. 66, p. 329.

[77] E. TUGENDHAT, *Self-Consciousness and Self-Determination*, cit., pp. 23 ss.

[78] *Ivi*, pp. 26 e 168.

[79] G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, 1807, p. 145; trad. it. *Fenomenologia dello spirito* (1807), Einaudi, Torino, 2008, p. 127; C. TAYLOR, *Quellen des Selbst. Die Entstehung der neuzeitlichen Identität*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, pp. 639 ss.; R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, III ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1994, pp. 125, 136, 189, 219 ss.; D. SUHR, *Bewußtseinsverfassung und Gesellschaftsverfassung. Über Hegel und Marx zu einer dialektischen Verfassungstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, pp. 302 ss.

persone si posizionano e agiscono in una società come la loro identità sociale [80].

Considerato che i contesti intersoggettivi sono modellati dai ruoli, l'identità di una persona si sviluppa attraverso i ruoli che essa assume [81]. Tali ruoli sono fenomeni normativi, in quanto consistono nelle aspettative sociali legate a un individuo (cfr. § 37). Poiché la legge dà forma a molte aspettative, la costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico (cfr. § I.E) può rappresentare un processo di identità costituzionale. L'importanza dei princìpi costituzionali in questo contesto è evidente, dato che essi sono alla base della costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico. I princìpi formano l'identità quando modellano le disposizioni riguardanti ruoli [82]. Ad esempio, il fatto che sia il diritto costituzionale che quello dell'Unione richiedano l'uguaglianza tra uomini e donne ha probabilmente contribuito alla trasformazione dell'autocomprensione delle relazioni di genere negli ultimi decenni [83].

Occorre ora esaminare la questione dell'identità collettiva. L'identità collettiva consiste in processi psicologici convergenti in base ai quali le persone si percepiscono come membri di un gruppo. Il senso del "*noi*" è la forma più forte di questo fenomeno. L'identità collettiva è un'appartenenza sociale consapevole e riflessiva. Ma quanto è necessaria per la sostenibilità di una democrazia?

Una società democratica richiede una certa unità politica, anzitutto affinché le decisioni della maggioranza siano accettate come legittime [84]. Una molteplicità di concetti esprime questa necessità: omogeneità (cfr. § 4), legittimazione [85], comunità [86], consenso di base [87], fiducia sociale (cfr. § 20), sfera

---

[80] O. ANGELUCCI VON BOGDANDY, *Zur Ökologie einer Europäischen Identität. Soziale Repräsentationen von Europa und dem Europäer-Sein in Deutschland und Italien*, Nomos, Baden-Baden, 2003, pp. 33 ss.

[81] E. TUGENDHAT, *Self-Consciousness and Self-Determination*, cit., 1989, pp. 235-236, 241; BVerfGE 96, 152, *Parteilehrer*, par. 36.

[82] K. GRIMONPREZ, *The European Union and Education for Democratic Citizenship: Legal Foundations for EU Learning at School*, Nomos, Baden-Baden, 2020, spec. pp. 339 ss.

[83] U. SACKSOFSKY, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*, Nomos, Baden-Baden, 1996; E. MUIR, *EU Equality Law: The First Fundamental Rights Policy of the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 4 ss.

[84] H. HELLER, *Europa und der Faschismus*, De Gruyter, Berlin-Leipzig, 1929, p. 10; trad. it. *L'Europa e il fascismo*, Giuffrè, Milano, 1987.

[85] J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 2403.

[86] C. TAYLOR, *Wieviel Gemeinschaft braucht die Demokratie? Aufsätze zur politischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001, pp. 273-274.

[87] A. VON BOGDANDY, *Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses?*, in *Der Staat*, 39, 2000, p. 163.

pubblica [88], patriottismo costituzionale (cfr. § 22) e identità collettiva. Molti orientamenti, spesso di tradizione hegeliana, sostengono che solo un'identità collettiva pienamente sviluppata permetta una società democratica (cfr. § 4). Questa posizione spiega i tentativi di forgiare un'identità europea. In effetti, già il preambolo del progetto di Trattato che istituisce la Comunità politica europea del 1952 prospettava un "*Noi*" europeo, e l'Assemblea parlamentare della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) lo approvò senza un solo voto contrario.

Ebbene, molte società debbono accontentarsi di scarsi livelli di legittimazione sociale, comunità, consenso di base, fiducia sociale, sfera pubblica comune o identità collettiva. Ciò non significa, tuttavia, che queste società non siano in grado di realizzare un sistema democratico.

L'idea che un "*noi*" sia essenziale per la democrazia sembra un postulato, più che una constatazione [89], rispetto al quale non si rinvengono argomenti convincenti. Al contrario, vi sono elementi persuasivi che conducono a ritenerlo errato [90]. Come dimostrano Dahrendorf, dal punto di vista sociologico, e Frankenberg, dal punto di vista costituzionale, una sana democrazia può basarsi sulla differenza e sul conflitto, a condizione che vi siano processi e procedure pubblici di *decision-making* [91] adeguati. Volkmann, adottando una prospettiva hegeliana, sostiene addirittura la necessità di una cultura democratica del conflitto [92]. Quanto all'articolo 2 TUE, la società ivi evocata non presuppone un'identità collettiva (poiché gli autori dei Trattati non la postulano). Tuttavia, questa disposizione potrebbe rientrare in un processo che genera una coscienza collettiva (cfr. §§ 2, 4).

Il dibattito sulla necessità della "*we-ness*" (il "*noi*") è tutt'altro che sopito. Ai fini che qui interessano, occorre muovere da alcune tesi ampiamente condivise: la prima è che i princìpi fondamentali sono importanti: assumono

---

[88] D. GRIMM, *The Constitution of European Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 15 ss., 58-59.

[89] Sul dibattito negli studi di psicologia, vedi J.L. SULLIVAN-J.E. TRANSUE, *The Psychological Underpinnings of Democracy: A Selective Review of Research on Political Tolerance, Interpersonal Trust, and Social Capital*, in *Annual Review of Psychology*, 50, 1999, p. 625.

[90] F. NEIDHARDT, *Formen und Funktionen gesellschaftlichen Grundkonsenses*, in G.F. SCHUPPERT-C. BUMKE (a cura di), *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens*, Nomos, Baden-Baden, 2000, pp. 16-17, 26-27; A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, cit., pp. 189 ss., 202 ss.

[91] R. DAHRENDORF, *The Modern Social Conflict: An Essay on the Politics of Liberty*, Grove Press, New York, 1988, pp. 28-29, 187 ss.; G. FRANKENBERG, *Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1996, spec. pp. 32 ss., 133 ss., 213 ss.

[92] U. VOLKMANN, *Gespräche mit Hegel*, in *Der Staat*, 59, 2020, pp. 509-510; A. FARAHAT, *Transnationale Solidaritätskonflikte. Eine vergleichende Analyse verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung in der Eurokrise*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, II, § 2.

rilievo sia per stabilire un'identità collettiva, sia per fornire i parametri di processi decisionali efficaci. Sotto entrambi gli aspetti i princìpi fondamentali sono vitali per i processi di riflessione sociale.

Se si guarda ai dibattiti europei attraverso le categorie delle teorie sociopsicologiche, si ha evidenza di una emergente coscienza collettiva europea. Anche in questo caso, la critica a Schmitt contribuisce a chiarire il punto. Schmitt si concentra sui sentimenti positivi, in particolare sull'amicizia (cfr. § 14). Sotto questo aspetto, vi sono poche prove di una coscienza collettiva europea, stanti i numerosi conflitti presenti nella società europea. Tuttavia, importanti teorie di psicologia sociale adottano un approccio diverso, enfatizzando la dimensione cognitiva, vale a dire la percezione di appartenenza alla stessa categoria sociale.

Tali teorie definiscono l'identità sociale anzitutto attraverso la consapevolezza individuale dell'appartenenza al gruppo [93]. In questo modo, l'elemento emotivo schmittiano (l'amicizia) perde rilevanza. Certo, i processi emotivi di valorizzazione del proprio gruppo rimangono importanti, ma non sono dominanti. Contrariamente a quanto postulato da Schmitt, inoltre, gli atteggiamenti verso i gruppi stranieri non sono necessariamente ostili e possono essere invece connotati da tolleranza e apprezzamento [94].

L'identità collettiva spesso scaturisce dai ricordi collettivi, che possono essere considerati come voci di un vocabolario specifico del gruppo con cui ogni membro ha una qualche familiarità [95]. Tali voci si riferiscono a esperienze condivise di eventi significativi [96]. In questo modo plasmano l'identità sociale e contribuiscono alla formazione del gruppo [97]. Pertanto, le politiche identitarie, così come la politica identitaria, hanno riscosso successo in molte società.

Tuttavia, il vocabolario per la società europea non può assomigliare a

---

[93] H. TAJFEL-J. TURNER, *An Integrative Theory of Intergroup Conflict*, in W.G. AUSTIN-W. STEPHEN (a cura di), *The Social Psychology of Intergroup Relations*, Psychology Press, Hove, 1979, p. 33; J.C. TURNER, *Some Current Issues in Research on Social Identity and Self Categorization Theories*, in N. ELLEMERS-B. DOOSJE-R. SPEARS (a cura di), *Social Identity. Context, Commitment, Content*, Blackwell's, Oxford, 1999, p. 6; V. KAINA, *Wir in Europa. Kollektive Identität und Demokratie in der Europäischen Union*, Springer VS, Wiesbaden, 2009, spec. pp. 39 ss.

[94] A. MUMMENDEY, *Social Discrimination and Tolerance in Intergroup Relations: Reactions to Intergroup Difference*, in *Personality and Social Psychology Review*, 3, 1999, p. 158.

[95] F. CERRUTI-E. RUDOLPH (a cura di), *Un'anima per l'Europa. Lessico di un'identità politica*, ETS, Pisa, 2002.

[96] O. DAVID-D. BAR-TAL, *A Sociopsychological Conception of Collective Identity: The Case of National Identity as an Example*, in *Personality and Social Psychology Review*, 13, 2009, p. 354.

[97] J. ASSMANN, *Cultural Memory and Early Civilization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 111 ss.; P. RICŒUR, *Reflections on a New Ethos for Europe*, in *Philosophy & Social Criticism*, 21, 1995, pp. 6 ss.

quelli sviluppati per le nazioni europee nel XVIII e XIX secolo (cfr. §§ 2, 4). Ma non è nemmeno necessario aspirare a un forte "*noi*" europeo, giacché la trasformazione del diritto pubblico europeo non equivale a un processo di costruzione di uno Stato e di una nazione (cfr. § 12). L'idea è che l'identità europea e quella nazionale possano coesistere, comunicando tra loro.

33. Identità europea e identità nazionale

Nel paragrafo precedente, si è sostenuto che il diritto costituzionale europeo può contribuire a far emergere l'identità europea. Sotto questo profilo molto è cambiato rispetto al 2002, quando chi scrive ha approfondito l'argomento per la prima volta. Si ricordi che all'epoca esistevano quattro organizzazioni diverse, la CECA, la CE, la CEEA e l'Unione europea, la cui natura era del tutto oscura [98]. I cittadini europei difficilmente potevano riconoscersi in questo confuso panorama istituzionale. Nel 2009, tuttavia, il Trattato di Lisbona mise fine a queste incertezze. Oggigiorno praticamente tutti i cittadini identificano l'Unione europea come l'autorità di riferimento, il che implica una semplificazione dei processi cognitivi. Inoltre, i princìpi dell'articolo 2 del Trattato di Lisbona costituiscono un fondamento idoneo a rafforzare l'identità dei cittadini [99]. Lo stesso può dirsi anche per la Carta dei diritti fondamentali, che ha portato a decisioni della Corte di giustizia riprese dai media e quindi accessibili ai cittadini europei.

Le recenti crisi hanno contribuito a rendere più influente e conosciuta l'Unione europea (cfr. §§ 21, 46). Nel complesso, la politicizzazione dell'Unione (cfr. § 9) ha accresciuto la sua rilevanza cognitiva, e i processi di formazione dell'identità europea ora sono chiaramente visibili. Come si è detto, l'Eurobarometro 2019 ha mostrato che ben il 73% degli intervistati – tra cui ancora i cittadini britannici – si sente cittadino dell'Unione [100] e ha spesso più fiducia nelle istituzioni dell'Unione che in quelle

---

[98] D.M. CURTIN, *The Constitutional Structure of the Union. A Europe of Bits and Pieces*, in *Common Market Law Review*, 30, 1993, p. 17; A. VON BOGDANDY, *The Legal Case for Unity. The European Union as a Single Organization with a Single Legal System*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, p. 887.

[99] Sull'importanza del testo scritto (*Verurkundlichung*), G. FRANKENBERG, *The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism*, in *European Law Journal*, 6, 2000, pp. 261 ss.

[100] COMMISSIONE EUROPEA, *Standard Eurobarometer 91, Spring 2019, First Results: Public Opinion in the European Union* (giugno 2019), p. 39, https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2253. Sulla solidità dei dati, cfr. § 20.

del proprio Stato membro [101]. La società europea postulata dal Trattato nel 2007 ha quindi una dimensione socio-psicologica concreta.

La risoluzione di un problema spesso ne genera di nuovi. Così, l'emergere dell'identità europea potrebbe influenzare e persino danneggiare le identità nazionali, non da ultimo proprio a causa dei princìpi fondamentali dell'Unione. Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità (*ex* articolo 18 TFUE) ne fornisce un chiaro esempio, implicando una minore rilevanza della nazionalità. La Corte di giustizia è giunta financo a configurare la cittadinanza europea come uno *status* di eguaglianza [102]. Ciò facilita il processo di formazione di un collettivo europeo, ma riduce, al contempo la rilevanza delle identità nazionali.

33.1. Gli sforzi di mediazione del Trattato

Gli autori dei Trattati hanno cercato di risolvere questi conflitti muovendo dall'idea che l'identità europea e quelle nazionali, anziché escludersi a vicenda, siano complementari. Per tale motivo, l'articolo 4, paragrafo 2, TUE impone il rispetto dell'identità nazionale e l'articolo 9, secondo periodo, TUE fonda la cittadinanza dell'Unione sulla cittadinanza degli Stati membri. Il Trattato mira quindi a creare identità collettive multiple, con le identità nazionali ricomprese nella comune identità europea.

La psicologia sociale conferma la possibilità di identità multiple [103], e la ricerca empirica lo ha dimostrato proprio nel caso europeo [104], soprattutto fra i giovani [105]. Tra questi ultimi, infatti, anche le differenze tra Europa orientale e occidentale sono minori di quelle esistenti tra le persone più anziane [106]. È più comune che le giovani generazioni percepiscano l'UE come un elemento

---

[101] COMMISSIONE EUROPEA, *Standard Eurobarometer 93, Summer 2020, Report: Public Opinion in the European Union* (estate 2020), https://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/91061 (ultima visita 14 agosto 2022).

[102] CGCE, 20 settembre 2001, *Grzelczyk*, causa C-184/99, punto 31.

[103] C.F. GRAUMANN, *Soziale Identitäten*, in R. VIEHOFF-R.T. SEGERS (a cura di), *Kultur Identität Europa. Über die Schwierigkeiten und Möglichkeiten einer Konstruktion*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1999, p. 67; S.E. MARTINY-T. KESSLER, *Managing One's Social Identity. Successful and Unsuccessful Identity Management*, in *European Journal of Social Psychology*, 44, 2014, p. 748.

[104] D. FUSS-M.A. GROSSER, *What Makes Young Europeans Feel European? Results from a Cross-Cultural Research Project*, in I.P. KAROLEWSKI-V. KAINA (a cura di), *European Identity. Theoretical Perspectives and Empirical Insights*, LIT Verlag, Münster, 2006, p. 209.

[105] P. JUGERT-J. ŠEREK-J. STOLLBERG, *Contextual Moderators of the Link Between National and European Identity Among European Youth*, in *Journal of Youth Studies*, 22, 2019, p. 436.

[106] B. CEKA-A. SOJKA, *Loving it but not feeling it yet? The State of European Identity after the Eastern Enlargement*, in *European Union Politics*, 17, 2016, p. 482.

rilevante della propria identità. La fiducia nelle istituzioni europee promuove anche la formazione di un'identità europea [107].

E tuttavia si teme che l'identità europea possa minacciare o danneggiare l'identità nazionale. Spesso i partiti e i movimenti politici di destra alimentano queste preoccupazioni [108] e il loro successo elettorale dimostra che sono condivise da molti cittadini. Alcune corti costituzionali, e in particolare il Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco, si fanno carico di detti timori, fornendo ai loro sostenitori uno spazio pubblico e dottrine sull'identità costituzionale di cui divengono paladine. Sebbene ciò possa contribuire a contenere le paure, e quindi in definitiva a sostenere la legittimità delle politiche europee [109], l'approccio delle corti può anche alimentare narrazioni nazionaliste, dando luogo a problematici orientamenti giurisprudenziali [110].

Anche i politici si fanno carico del timore che l'Unione possa pregiudicare l'identità nazionale. Già nel 1992, gli autori dei Trattati imposero all'Unione il dovere di rispettare le identità degli Stati membri. Nel 2007, con il Trattato di Lisbona, la protezione è stata rafforzata, connettendo l'identità degli Stati membri alla loro "*struttura fondamentale, politica e costituzionale*" (articolo 4, paragrafo 2, TUE). Così i princìpi fondamentali degli Stati membri assumono un ruolo centrale.

L'identità ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, primo periodo, TUE comprende i concetti che rientrano in entrambe le accezioni di identità (cfr. § 32). La formulazione di tale articolo dimostra che il termine identità nazionale si riferisce anzitutto alla *sostanza* dell'identità, ma protegge anche i processi di identificazione nella misura in cui rappresentano un presupposto per lo Stato.

Il concetto di "*nazionale*" di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE avvalora questa interpretazione. Si tratta di un concetto ricco di sfaccettature tanto quanto quello di identità, e si sovrappone ampiamente ad esso nei suoi due

---

[107] S. VERHAEGEN-M. HOOGHE-E. QUINTELIER, *The Effect of Political Trust and Trust in European Citizens on European Identity*, in *European Political Science Review*, 9, 2017, p. 161; F. STOECKEL, *Contact and Community. The Role of Social Interactions for a Political Identity*, in *Political Psychology*, 37, 2016, p. 431.

[108] Vedi G. HENTGES-K. NOTTBOHM-H.-W. PLATZER (a cura di), *Europäische Identität in der Krise?*, cit.; G. LEVI-D. PREDA (a cura di), *Euroscepticisms. Resistance and opposition to the european community/european union*, Il Mulino, Bologna, 2019.

[109] A. VOßKUHLE, *Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 47, 2020, p. 170.

[110] Cfr., ad esempio, i contributi di A. von Bogdandy, B. Çalı, S. Cassese, P. Cruz Villalón, D. Halberstam, B. Iancu, A. Jakab, M. Queralt Jimenez, H. Keller, S. Bates, K. Lenaerts, R. Miller, O. Pollicino, D. Sarmiento, A. Śledzińska-Simon, P. Sonnevend, M. Steinbeis, A. Vauchez, J.H.H. Weiler e M. Wyrzykowski in A. VON BOGDANDY *et al.*, *German Legal Hegemony?*, in *MPIL Research Paper*, 43, 2020.

principali significati [111]. Una prima accezione di nazione ruota attorno a elementi comuni come la lingua, la storia, il destino, l'etnia e le istituzioni politiche [112]; l'altra concezione si focalizza sulla volontà di appartenenza degli individui, il proverbiale "*plébiscite de tous les jours*" [113].

L'articolo 4, paragrafo 2, TUE non determina l'identità nazionale dei singoli Stati membri. Tuttavia, facendo riferimento alla loro "*struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali*", fornisce comunque un quadro di ciò che garantisce. Non tutte le disposizioni costituzionali si considerano espressione dell'identità nazionale ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, primo periodo, TUE: lo sono solo quelle fondamentali [114], il che corrisponde a quanto stabilito dalla giurisprudenza della maggior parte delle corti costituzionali [115].

Considerato che l'articolo 4, paragrafo 2, primo periodo, TUE protegge le caratteristiche nazionali che formano l'identità degli Stati membri, esse possono essere specifiche di un solo Paese, e pertanto non devono essere anche menzionate nell'articolo 2 TUE [116]. Si pensi al divieto di titoli nobiliari previsto dall'articolo 4, settimo comma, della Costituzione greca, divieto addirittura non suscettibile di modifica. Una disposizione analoga nel diritto austriaco ha dato origine a uno dei primi casi in cui la Corte di giustizia ha invocato l'articolo 4, paragrafo 2, TUE [117], chiarendo che tale divieto non può ritenersi un principio comune europeo, stante l'esistenza di numerose monarchie nella società europea.

Al contempo, vi sono dei limiti a ciò che l'Unione è tenuta a rispettare ai

---

[111] S. DELLAVALLE, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 94.

[112] F. HANSCHMANN, *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft. Zur These von der Notwendigkeit homogener Kollektive unter besonderer Berücksichtigung der Homogenitätskriterien "Geschichte" und "Sprache"*, Springer, Berlin, 2008, spec. pp. 149 ss.

[113] Questa è la nota metafora di E. Renan, anche se ambivalente; E. RENAN, *Qu'est-ce qu'une nation? (1882)*, Honoré Champion Éditeur, Paris, 2020, p. 51.

[114] Conclusioni dell'AG Poiares Maduro, 8 ottobre 2008, causa C-213/07, *Michaniki*, punto 33; E. DI SALVATORE, *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri. Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 35 ss.

[115] BVerfGE 123, 267, *Lisbona*, cit., parr. 216 ss., 240; Ústavní soud (Corte costituzionale ceca), Pl. ÚS 19/08, *Lisbona I*, parr. 93, 94, 110; Ústavní soud, Pl. ÚS 29/09, *Lisbona II*, par. 112 ("nucleo materiale"); Trybunał Konstytucyjny (Tribunale costituzionale polacco), K32/09, *Lisbona*, par. 2.1.

[116] CGCE, 14 ottobre 2004, *Omega*, causa C-36/02, punti 37 ss. e sentenze *ivi* citate; 14 febbraio 2008, *Dynamic Medien*, causa C-244/06, punti 44 ss.; CGUE, 2 giugno 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, causa C-438/14, punto 73.

[117] CGUE, 22 dicembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, causa C-208/09, punti 83, 91.

sensi dell'articolo 4, paragrafo 2, primo periodo, TUE. Tali limiti discendono dai princìpi di cui all'articolo 2, primo periodo, TUE, che debbono essere rispettati da tutti gli Stati membri senza riserve o eccezioni. La società europea è pluralista, infatti, ma non radicalmente pluralista. Il Trattato limita le corti degli Stati membri: l'articolo 4, paragrafo 2, TUE, infatti, è una disposizione del diritto dell'Unione sulla quale la Corte di giustizia ha l'ultima parola (articoli 267 e 344 TFUE) [118].

Queste linee definiscono la mediazione tra identità nazionale e integrazione europea che gli autori dei Trattati probabilmente immaginavano [119]. La Corte di giustizia determina la portata della protezione fornita dall'articolo 4, paragrafo 2, primo periodo, TUE, tenendo conto della giurisprudenza elaborata dalla Corte costituzionale competente sull'identità nazionale del proprio Paese. Secondo quanto previsto dall'articolo 24 del proprio Statuto, la Corte può rivolgersi agli Stati membri per ottenere chiarimenti sulla portata delle disposizioni nazionali rilevanti. Se la Corte di giustizia riscontra una violazione dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, può annullare la disposizione dell'UE o stabilire che il suo primato sia sospeso per lo Stato membro interessato.

33.2. La resistenza di alcune corti nazionali

Il tentativo degli autori dei Trattati – vale a dire dei governi e dei parlamenti degli Stati membri di concerto – di incorporare nel diritto dell'UE la giurisprudenza delle proprie corti in materia di identità nazionale ha incontrato resistenze proprio da talune corti (cfr. § 60). La Corte di giustizia può aver contribuito a generare una siffatta resistenza, avendo svilito la protezione dell'identità nazionale di cui all'articolo 4, paragrafo 2, TUE, allorché l'ha ridotta a un mero fattore del proprio *test di proporzionalità*. Malgrado ciò rappresenti un aspetto negativo, non può ritenersi in contrasto con l'articolo 4, paragrafo 2, TUE, dato che il dovere ivi previsto non gode di protezione assoluta, a differenza di quanto stabilito dall'articolo 1, paragrafo 1, secondo comma, della Legge fondamentale tedesca [120].

---

[118] L.S. ROSSI, *2, 4, 6 (TUE) … l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'Unione*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union, Le long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 858; conclusioni dell'AG Cruz Villalón, C-62/14, cit.

[119] Per approfondimenti, A. VON BOGDANDY-S.W. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy. Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, p. 1417.

[120] Cfr., ad esempio, CGUE, 5 giugno 2018, *Coman et al.*, causa C-673/16, punti 42 ss.

Per molte corti costituzionali, non solo quella tedesca, una tale relativizzazione dell'identità è inaccettabile. La posta in gioco tocca il cuore della loro costituzione, elementi che per la maggior parte sfuggono al bilanciamento e che certamente costituiscono più di una mera valutazione tra le tante. Ma è soprattutto avversato il procedimento di mediazione previsto. Esse non accettano che sia la Corte di giustizia a decidere in ultima istanza sul conflitto. Il Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco, in particolare, esige di avere l'ultima parola [121].

Tale resistenza si fonda sulla distinzione tra l'identità nazionale dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE e l'identità costituzionale degli Stati membri. Le corti nazionali considerano quest'ultima un concetto autonomo la cui definizione spetta loro in via esclusiva [122], il che conferisce alle stesse il potere di elaborare e imporre la propria concezione di identità costituzionale rispetto ai Trattati europei, agli atti giuridici dell'UE e alle decisioni della Corte di giustizia o della Corte europea dei diritti dell'uomo. Sotto questo profilo, la corte più attiva è il *Bundesvergassungsgericht,* il Secondo Senato.

La maggior parte delle corti resistenti si limita a dichiarare in generale che le azioni dell'Unione non possono violare i princìpi nazionali supremi [123]. La Corte costituzionale ceca è una delle poche che si è spinta oltre. Facendo riferimento all'articolo 1, paragrafo 1, e all'articolo 9, paragrafo 2, della Costituzione ceca, essa ha affermato che devono essere tutelati i "*fondamenti della sovranità dello Stato […] o gli attributi essenziali dello Stato di diritto democratico*" [124], le minoranze nazionali ed etniche, il principio di uguaglianza e la libera concorrenza tra i partiti [125].

Quanto a determinazione, il Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco non ha pari al riguardo. Nella sentenza *Lisbona* si afferma che l'identità nazionale tedesca impone limitazioni che vincolano anche modifiche costituzionali in base alla c.d. *clausola di eternità* dell'articolo

---

[121] *Ex plurimis*, vedi 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, 1999, p. 351; D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy. The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J.L. DUNOFF-J.P. TRACHTMAN (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 326.

[122] Cfr. BVerfGE 134, 366, *Decisione OMT*, cit., par. 29; più conciliante BVerfGE 123, 267, *Lisbona*, cit., parr. 216 ss., 240.

[123] Cfr., ad esempio, Conseil Constitutionnel, decisione n. 2006-540 DC del 27 luglio 2006 – *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, par. 19.

[124] Ústavní soud (Corte costituzionale ceca), Pl. ÚS 50/04; Pl. ÚS 66/04, par. 53.

[125] Ústavní soud (Corte costituzionale ceca), Pl. ÚS 19/08, *Lisbona I*, cit., par. 208.

79, terzo comma, della Legge fondamentale [126]. L'affermazione appare piuttosto sorprendente: da una disposizione, introdotta in ragione dell'esperienza della fine di Weimar e volta a evitare che la Germania ricadesse in una dittatura, ora si ricava il divieto di adempiere al mandato costituzionale di promuovere la "*realizzazione*" di un'Europa unita (preambolo e articolo 23, primo comma, della Legge fondamentale). La stravaganza di questa mossa giudiziaria risulta ancora più evidente se si pensa che nel programma politico della CDU per decenni si era indicato l'obiettivo di uno Stato federale europeo. La sentenza *Lisbona* del Secondo Senato fa apparire il partito di Konrad Adenauer come un nemico della Legge fondamentale, come un partito anticostituzionale.

In questo contesto, ci si potrebbe aspettare che il Secondo Senato si limiti a perseguire una concezione minimalista dell'identità costituzionale tedesca [127]. Invece, è vero il contrario. Il Senato stabilisce un ampio ambito di protezione, volto a garantire uno spazio sufficiente "*per la determinazione politica delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali*" [128]. Ciò riguarda "*gli ambiti che danno forma alle condizioni di vita dei cittadini e, soprattutto, la sfera privata dell'autonomia e della sicurezza personale e sociale, protetta dai diritti fondamentali, nonché le decisioni politiche che dipendono in modo particolare da precomprensioni culturali, storiche e linguistiche e che si sviluppano dialetticamente in uno spazio politico pubblico organizzato a livello partitico e parlamentare*" [129].

Nel fissare limiti concreti all'azione dell'UE, il Secondo Senato si è spinto più in là di qualsiasi altra Corte costituzionale [130]. Tali limiti riguardano la cittadinanza [131], nonché "*le decisioni relative al diritto penale sostanziale e formale (1), il monopolio della forza da parte della polizia all'interno e dell'esercito all'esterno (2), le decisioni fondamentali in materia fiscale relative alle entrate e alle spese pubbliche, in particolare quelle motivate da ragioni di*

---

[126] BVerfGE 123, 267, *Lisbona*, cit., parr. 216 ss., 239 ss.

[127] Così Ústavní soud (Corte costituzionale ceca), Pl. ÚS 19/08, *Lisbona I*, cit., par. 109.

[128] BVerfGE 123, 267, *Lisbona*, cit., par. 249.

[129] *Ibidem*.

[130] Vedi D. HALBERSTAM-C. MÖLLERS, *The German Constitutional Court Says "Ja zu Deutschland!"*, in *German Law Journal*, 10, 2009, pp. 1249 ss.; M. KOTTMANN-C. WOHLFAHRT, *Der gespaltene Wächter? Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 69, 2009, pp. 460-461, 466; C. SCHÖNBERGER, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, in *German Law Journal*, 10, 2009, pp. 1209-1210. Per una posizione in linea con il Tribunale costituzionale tedesco, vedi K.F. GÄRDITZ-C. HILLGRUBER, *Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen. Zum Lissabon-Urteil des BVerfG*, in *JuristenZeitung*, 64, 2009, p. 872.

[131] BVerfGE 123, 267, *Lisbona*, cit., par. 249.

politica sociale (3), l'organizzazione delle condizioni di vita da parte dello Stato sociale (4) e le decisioni di particolare rilevanza culturale, ad esempio in materia di diritto di famiglia, sistema scolastico ed educativo o rapporti con le comunità religiose (5)" [132].

Le persuasive critiche [133] che molti studiosi hanno rivolto all'interpretazione della identità costituzionale elaborata dal Tribunale costituzionale tedesco non si sono ancora sopite. Dieci anni dopo, Matthias Ruffert ribadiva che la decisione *Lisbona* sconvolgeva l'integrazione più del fallimento della Comunità di difesa, della politica della 'sedia vuota' di De Gaulle, dell'eurosclerosi e del fallimento del Trattato costituzionale [134].

La comparazione tra le diverse corti costituzionali proposta da Dimitri Spieker consente di comprendere più a fondo l'*iter* argomentativo seguito dal Secondo Senato [135], ma al contempo dimostra quanto sia estremo. L'approfondimento risulta determinante, considerato che il Senato presenta la propria giurisprudenza come espressione della tendenza prevalente tra le corti costituzionali. Spieker compara le Corti costituzionali belga, ceca, francese, italiana, polacca, spagnola, tedesca e ungherese [136], dato che il Secondo Senato tedesco valorizza le relative giurisprudenze per sostenerne l'ampia concordanza [137]. Spieker confuta questa conclusione, comparando puntualmente le giurisprudenze costituzionali sull'identità, il tipo di atto giuridico censurato e di sindacato.

Per quanto riguarda l'identità, alla luce dell'articolo 2 TUE, vale la pena osservare che tutte le Corti, eccetto quella ungherese [138], fondano il proprio controllo esclusivamente su princìpi universali, il che conferma la struttura di base del diritto pubblico europeo: i princìpi fondamentali dell'articolo 2

---

[132] *Ivi*, par. 252.

[133] In argomento, vedi M. NETTESHEIM, *Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 39, 2009, pp. 2868-2869; C. TOMUSCHAT, *Lisbon – Terminal of the European Integration Process? The Judgment of the German Constitutional Court of 30 June 2009*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 70, 2010, pp. 272-273, 278-279.

[134] M. RUFFERT, *Eine Binnenperspektive auf die deutsche Europawissenschaft – zehn Jahre nach der großen Erschütterung*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, pp. 515-516.

[135] L.D. SPIEKER, *Framing and managing constitutional identity conflicts: How to Stabilize the Modus Vivendi between the Court of Justice and National Constitutional Courts*, in *Common Market Law Review*, 57, 2020, p. 387.

[136] Vedi, *ivi*, pp. 365 ss. Sugli specifici orientamenti giurisprudenziali nazionali, C. CALLIESS-G. VAN DER SCHYFF (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

[137] BVerfGE 140, 317, *Controllo dell'identità I*, cit., parr. 40 ss., spec. p. 50.

[138] G. HALMAI, *Abuse of Constitutional Identity*, cit.

TUE costituiscono, infatti, i parametri di riferimento di tutti gli ordinamenti giuridici europei (ad eccezione di quello ungherese). Ciò rende evidente che il pluralismo giuridico europeo non è radicale.

Per quanto riguarda gli atti giuridici censurati, resta da chiarire anzitutto se una corte costituzionale possa sindacare anche modifiche costituzionali che estendano la portata del diritto dell'Unione. Solo la Corte costituzionale italiana, quella ceca [139] e quella tedesca si spingono a tanto. Inoltre, il Secondo Senato fonda le limitazioni sull'articolo 79, terzo comma, della Legge fondamentale, consolidando in tal modo la propria giurisprudenza. Così ragionando, neppure una modifica costituzionale potrebbe trasferire tali competenze. Soltanto il potere costituente originario, adottando una nuova Costituzione, potrebbe superare l'obiezione del Secondo Senato [140].

La terza dimensione riguarda il tipo di sindacato. Il Secondo Senato ha sviluppato una triade: con la dottrina *Solange*, protegge i diritti fondamentali tedeschi; con il controllo *ultra vires*, salvaguarda le competenze tedesche e con il controllo sull'identità, difende l'identità costituzionale tedesca. Soltanto le Corti polacche e ungherese esercitano un controllo altrettanto rigoroso, le altre, invece, si limitano alla tutela dei diritti fondamentali, con alcune estensioni in Belgio e in Spagna.

In sintesi, il sindacato compiuto dal Secondo Senato è unico e, si sarebbe portati a ritenere, idiosincratico. Non ci sono argomenti a giustificazione dell'ampiezza e unicità che caratterizzano il concetto di identità costituzionale elaborato dal Tribunale tedesco. Nonostante le carenze di una dottrina così estrema dell'identità costituzionale, la dottrina in quanto tale svolge tuttavia un ruolo costruttivo nel diritto pubblico europeo, esprimendone il pluralismo. Essa può garantire pesi e contrappesi nella società europea e salvaguardare la democrazia, a condizione che le corti cooperino (cfr. § 60).

A causa di questo sviluppo, l'articolo 4, paragrafo 2, TUE non è assurto a disposizione chiave della mediazione tra le identità costituzionali nazionali e il diritto dell'Unione. Sono piuttosto le corti nazionali ed europee a integrare le proprie interpretazioni dei princìpi fondamentali [141].

---

[139] Y. ROZNAI, *Legisprudence Limitations on Constitutional Amendments? Reflections on The Czech Constitutional Court's Declaration of Unconstitutional Constitutional Act*, in *ICL Journal*, 8, 2014, p. 29.

[140] P.M. HUBER, *Art. 146 GG*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, C.H. Beck, München, 2018, nn. 9, pp. 18 ss. Per proposte su come far funzionare questo modello, T. SCHILLING, *Eine neue Verfassung für Deutschland. Art. 146 GG und die Rolle des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, 53, 2014, p. 95.

[141] A. VOßKUHLE, *Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft*, Bittner, Köln, 2018, p. 30; K. LENAERTS, *Die Werte der Europäischen Union in der Rechtsprechung des Gerichtshofs*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 44, 2017, p. 640.

34. Il pluralismo dei princìpi

Comprendere il pluralismo europeo è essenziale per comprendere i princìpi europei e le loro interpretazioni. Questo pluralismo deriva anzitutto dal dualismo istituzionale dell'Unione e del Consiglio d'Europa con la Corte europea dei diritti dell'uomo. Nato come una contingenza storica (cfr. § 8), tale dualismo è poi divenuto una struttura del diritto europeo (cfr. § 10). Il Trattato gli conferisce uno *status* costituzionale con la decisione di fondare l'Unione sui diritti umani piuttosto che su quelli fondamentali (cfr. § 29).

Il dualismo dell'Unione e del Consiglio d'Europa riflette l'identità europea: da un lato, l'identità della società europea è incentrata sull'Unione; dall'altro lato, Dmitri Shostakovich, Emir Kusturica e l'Eurovision Song Contest possono influire sulla percezione che i cittadini europei hanno di loro stessi come europei [142]. Se l'Unione europea è al centro della società europea descritta nell'articolo 2 TUE, questa società, a differenza di una nazione, non è delimitata in modo netto dal confine esterno dell'Unione e dall'attribuzione della cittadinanza. Mentre il pensiero scientifico che segue la tradizione di Carl Schmitt si rammaricherà di questa indeterminatezza, chi scrive, insieme ad Albrecht Koschorke e Joseph Weiler, la considera una conquista [143].

Inoltre, il pluralismo tra gli Stati membri alimenta il pluralismo europeo. Sebbene tutti gli ordinamenti giuridici, con i loro princìpi costituzionali, si impegnino a rispettare i valori dell'articolo 2 TUE, esistono enormi differenze nel loro significato e nella loro istituzionalizzazione. La comprensione europea dei princìpi deve restituire tale diversità.

Ci sono repubbliche e monarchie tra gli Stati membri, sistemi parlamentari e semipresidenziali, parlamenti forti e deboli, strutture partitiche forti e deboli, ordinamenti unitari e federali, corti costituzionali forti, deboli o inesistenti, divergenze significative nelle garanzie istituzionali dell'indipendenza della magistratura, dei diritti fondamentali e dei sistemi elettorali e, infine, tradizioni costituzionali cattoliche, protestanti, laiche, socialiste, stataliste, anarcosindacali, civiche, ottomane e post-coloniali. La società europea non si nutre certo di tutti gli aspetti di queste tradizioni, ma si alimenta della sua diversità pluralistica e delle sue molteplici modernità [144]. Oggi il diritto pubblico

---

[142] Per la ricchezza di studi su quest'ultimo aspetto, vedi D. VULETIC, *Postwar Europe and the Eurovision Song Contest*, Hart Publishing, Oxford, 2018.

[143] Cfr. *infra*, § 59; A. KOSCHORKE, *Hegel und Wir*, cit., pp. 194 ss.; J.H.H. WEILER, *Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in K. NICOLAÏDIS-R. HOWSE (a cura di), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 54.

[144] B. EISENSTADT, *Multiple Modernities*, in *Daedalus*, 129, 2000, p. 1.

europeo non può fungere da strumento di modernizzazione unificante [145].

Ciò vale anche per le teorie dei princìpi [146]. I princìpi dell'articolo 2 TUE svolgono un ruolo fondamentale, benché la loro portata sia più limitata di quelli corrispondenti che si rinvengono nella maggior parte delle costituzioni nazionali. La diversità europea non è folklore. Già l'uso del termine *valore* nell'articolo 2 TUE suggerisce che i princìpi ivi recati vadano considerati come molto aperti. Siffatta vaghezza priva le istituzioni dell'Unione del potere di sviluppare i valori in un progetto preciso e vincolante per le costituzioni nazionali.

I requisiti costituzionali nazionali relativi all'Unione europea devono essere interpretati con ancora maggiore moderazione [147]. La Germania rappresenta in modo emblematico questa necessità. L'articolo 23, primo comma, della Legge fondamentale consente la partecipazione della Germania a un'Unione che "*si impegna a rispettare i princìpi democratici, dello Stato di diritto, sociali e federali, nonché il principio di sussidiarietà, e garantisce un livello di tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equiparabile a quello previsto dalla presente Legge fondamentale*". Se questi princìpi richiedessero all'Unione lo stesso che richiedono agli Stati federati tedeschi (*Länder*), l'Unione sarebbe il clone della Germania. La Legge fondamentale, quindi, non imporrebbe una Germania europeizzata, ma un'Europa germanizzata (cfr. § 70).

Le teorie, le dottrine, le interpretazioni e le applicazioni dei princìpi europei devono essere sensibili al contesto. Per l'attuazione dell'art. 2 TUE si debbono distinguere quattro diversi ambiti. Nel primo, i princìpi dell'articolo 2 TUE si applicano agli organi dell'Unione e possono dunque essere più stringenti (cfr. §§ 36, II.E). Nel secondo operano nei confronti delle istituzioni degli Stati membri nel perimetro di applicazione del diritto dell'Unione (cfr. § 37) e, sebbene essi giustifichino previsioni dettagliate, queste ultime debbono rispettare l'autonomia costituzionale degli Stati membri. Il controllo costituzionale generale sugli Stati membri, di cui è espressione emblematica l'articolo 7 TUE (cfr. §§ 38, II.F, 67, 80), rappresenta il terzo ambito e in siffatto contesto i requisiti devono essere molto più basilari. L'azione esterna costituisce il quarto ambito, poiché il legislatore del Trattato subordina la politica estera dell'UE ai valori del TUE (articolo 8,

---

[145] W. ZAPF, *Die Modernisierungstheorie und unterschiedliche Pfade gesellschaftlicher Entwicklung*, in *Leviathan*, 24, 1996, p. 63.

[146] F. SCHORKOPF, *Value Constitutionalism in the European Union*, cit.

[147] Sull'opinione britannica degli anni Sessanta secondo cui la CEE doveva essere soggetta alla Casa di Windsor perché la Gran Bretagna potesse diventarne membro, vedi W. HALLSTEIN, *Die Europäische Gemeinschaft*, Econ Verlag, Düsseldorf, 1973, p. 67.

paragrafo 1; articolo 21, paragrafo 2, e articolo 32 TUE). Appare evidente che in questo caso i parametri dell'articolo 2 TUE debbono essere ancora più laschi. Pertanto, il Trattato non impone all'UE di esigere una democrazia costituzionale dalla Cina o dallo Stato della Città del Vaticano come dalla Polonia o dall'Ungheria.

Il pluralismo della società europea, quindi, richiede teorie, dottrine, interpretazioni e applicazioni dei princìpi differenziate a seconda dei diversi ambiti. In questo modo, i princìpi possono cogliere, inquadrare e affrontare la questione dirompente dell'identità.

C. Lo Stato di diritto

35. La fiducia come chiave di volta

Come nessun altro concetto, la comunità di diritto di Hallstein restituisce la trasformazione del diritto pubblico europeo nel suo primo periodo (cfr. §§ 8, 12). Questa comunità di diritto europea era considerata un punto di partenza per la creazione dello Stato di diritto europeo. Joseph H. Kaiser, esecutore testamentario di Schmitt, concluse le sue riflessioni alla Conferenza di Kiel del 1964, in cui fu relatore insieme a Badura, con il seguente appello: "*È la vocazione del nostro tempo creare uno Stato di diritto europeo*" (*Rechtsstaat*) [148].

Kaiser elaborò uno *Zeitgeist* che ispirò molti giuristi. Una generazione dopo, il Trattato di Amsterdam costituzionalizzò le teorie frutto della sua attività di ricerca. La versione inglese del Trattato, che evoca la *rule of law*, quasi nasconde il significato del passo compiuto dal Trattato nel 1997. Del resto, *rule of law* rappresenta un concetto anche nel diritto internazionale [149], ma la maggior parte delle altre lingue contribuisce a sottolineare la portata della decisione: invece di usare concetti come *prééminence du droit* o *Herrschaft des Rechts*, il Trattato ricorre a *Stato di diritto*, *État de droit* e *Rechtsstaatlichkeit*. In tal modo l'UE ha conquistato almeno un elemento fondamentale

[148] J.H. KAISER, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 23, 1966, pp. 28, 33.

[149] G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law (Volume 92)*, in HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW (a cura di), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden, 1957; H. KRIEGER-G. NOLTE, *The International Rule of Law-Rise or Decline?-Approaching Current Foundational Challenges*, in H. KRIEGER-G. NOLTE-A. ZIMMERMANN (a cura di), *The International Rule of Law. Rise or Decline?*, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 3.

della statualità, pur non essendo uno Stato (cfr. § 12). La trasformazione che si determinò rispetto al 1964 è profonda, anche perché quasi nessuno contestò la decisione del 1997.

Il concetto europeo di Stato di diritto si nutre di elementi dottrinali e istituzionali eterogenei. Detto pluralismo è reso evidente dalle diverse forme di controllo giurisdizionale sull'azione amministrativa [150] e dal modello di giustizia costituzionale adottato [151] nei vari ordinamenti giuridici [152]. Per tale ragione, non è agevole ricavare da questo principio elementi concreti che si adattino a tutti gli ordinamenti giuridici [153], come sottolineano di frequente i governi degli Stati membri accusati di aver violato il principio dello Stato di diritto [154].

---

[150] Vedi i contributi di J.-B. Auby, G. Biaggini, M. Bobek, A. von Bogdandy/P.M. Huber, S. Cassese, M. Fromont, L. Heuschling, S. Hinghofer-Szalkay, I. Borrajo Iniesta, H. Küpper, M. Loughlin, B.G. Mattarella, M. Borabito, W.J. Novak, B. Schindler, J.H.H. Weiler, E. Wiederin in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017; T. Ackermann, J. Barnes, A. Cassatella, S. Cassese, L. de Lucia, M. Eifert, A. Gaillet, M. Guttner/S. Waldmann, L. Hering, H.C.H. Hofmann, M. Kayser, H. Keller/C. Marti, B. Schindler, K.-P. Sommermann, B. Stepanek, S. Storr, S. Unger, C. Waldhoff, F. Wollenschläger in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IX, Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Gemeineuropäische Perspektiven und supranationaler Rechtsschutz*, C.F. Müller, Heidelberg, 2021.

[151] Per approfondimenti, vedi i contributi di M.L. Amaral/R.A. Pereira, C. Behrendt, L.F.M. Besselink, G. Biaggini, R. Bifulco/D. Paris, A. von Bogdandy/C. Grabenwarter/P.M. Huber, A. Farahat, C. Grabenwarter, P.M. Huber, O. Jouanjan, P.E. Quint, J.L. Requejo Pagés, L. Sólyom, P. Tuleja, K. Tuori, I. Ziemele/A. Spale/L. Jurcēna in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume III. Giudizio costituzionale: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020; A. von Bogdandy/C. Krenn, A. von Bogdandy/C. Grabenwarter/P.M. Huber, M. Claes/B. de Witte, P. Cruz Villalón, M. de Visser, A. Farahat, C. Grabenwarter, C. Grewe, R. Grote, A. Jakab, C. Landfried, J. Martín y Pérez de Nanclares, D. Paris, M. Vašek in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

[152] Vedi i contributi di S. Biernat/D. Dąbek, P. Craig, P.-M. Efstratiou, P. Gonod, C. Grabenwarter, M. Holoubek, P.M. Huber, T. Jaag, W. Kahl, M. Kayser, G. Marcou, L. Marcusson, G. Melis/A. Meniconi, O. Mir, C. Möllers, G. Napolitano, V. Pereira da Silva/A. Salgado de Matos, D. de Pretis, M. Ruffert, K.-P. Sommermann, Z. Szente, J. Ziller in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V, Verwaltungsrecht in Europa*, C.F. Müller, Heidelberg, 2014.

[153] COMMISSIONE EUROPEA PER LA DEMOCRAZIA ATTRAVERSO IL DIRITTO (COMMISSIONE DI VENEZIA), Relazione sullo Stato di diritto, 86° sessione plenaria (Venezia, 25-26 marzo 2011), parr. 4-5; R. GROTE, *Rule of law, Rechtstaat and "Etat de Droit"*, in C. STARCK (a cura di), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A Comparative Analysis*, Nomos, Baden-Baden, 1999, p. 269.

[154] J. VARGA, *Facts You Always Wanted to Know about Rule of Law but Never Dared to Ask*, *Euronews* (22 novembre 2019); Discorso del Primo Ministro Viktor Orbán nel dibattito sul

Tuttavia, come si è detto, il pluralismo europeo non è radicale. Lo Stato di diritto di cui all'articolo 2 TUE non si riferisce a una formula contingente. Un'operazione concertata tra le diverse istituzioni dell'UE ha condotto a individuare una serie di contenuti, che includono i princìpi di legalità, di certezza del diritto, il divieto di assumere decisioni arbitrarie e l'accesso a un giudice indipendente e imparziale. Secondo le istituzioni europee, lo Stato di diritto, interpretato alla luce degli altri princìpi dell'articolo 2 TUE (cfr. § 29), richiede anche procedure legislative trasparenti, democratiche e pluralistiche, la separazione dei poteri e la tutela dei diritti fondamentali (cfr. § 67).

In questo paragrafo ci si concentrerà sul principio di legalità che conferisce allo Stato di diritto un primato logico sugli altri princìpi elencati dall'articolo 2 TUE, garantendo che le norme svolgano la loro funzione sociale [155].

Come suggerito dalla tradizione hegeliana [156] e da molte altre dottrine [157], questa funzione si fonda sulla fiducia sociale. Per consentire un'interazione sociale costruttiva e una pratica comunicativa (cfr. § 2), le società creano e stabilizzano aspettative che indicano ciò che è presumibilmente e socialmente accettato. A differenza delle aspettative cognitive, le aspettative normative vengono mantenute anche quando vengono deluse e, in questo modo, esse facilitano e, anzi, rendono possibile l'azione sociale, aprendo la strada alla fiducia sociale (cfr. § 20).

Le aspettative normative sono costitutive della società. Nelle società odierne, profondamente differenziate, il diritto svolge un ruolo fondamentale nel creare e stabilizzare tali aspettative. Ciò vale in particolare per la società europea, che non corrisponde a una nazione o a un popolo ed è meno omogenea. Per questo è sempre stata riconosciuta grande rilevanza al ruolo costitutivo del diritto europeo [158]: "*l'Europe n'est nulle part plus réelle que dans le domaine du droit*" ("*In nessun luogo l'Europa è più reale che nel diritto*") [159].

---

cosiddetto rapporto Sargentini (11 settembre 2018), www.miniszterelnok.hu/address-by-prime-minister-viktor-orban-in-the-debate-on-the-so-called-sargentini-report/.

[155] Considerando (6) del preambolo del Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, cit.

[156] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 268; U. VOLKMANN, *Gespräche mit Hegel*, cit., p. 490.

[157] S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 76, 81; N. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993, pp. 150 ss.; J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, II ed., Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 222.

[158] W. HALLSTEIN, *Die EWG – eine Rechtsgemeinschaft (1962)*, in T. OPPERMANN (a cura di), *Europäische Reden*, Deutsche Verlags-Anstalt, München, 1979, p. 341; cfr. § 9.

[159] Così il Comité de Réflexion sur le Préambule de la Constitution, *Redécouvrir le Préambule*

Il principio dello *Stato di diritto* richiede che sia il *diritto a governare*. Un ordinamento giuridico è governato dallo Stato di diritto solo se le sue norme guidano le condotte effettive. Solo allora la legge svolge la sua funzione di creare fiducia. Lo Stato di diritto, dunque, richiede che i parametri dell'articolo 2 TUE siano più che parole su un pezzo di carta o slogan di un discorso politico.

Lo Stato di diritto esige che tutti i poteri pubblici siano esercitati in conformità alla legge. Pertanto, tutti gli ordinamenti giuridici europei riconoscono le dottrine che nel diritto tedesco evocano il primato del diritto parlamentare (*Gesetzesvorrang*) e la riserva di legge (ordinaria) per materie di particolare importanza (*Gesetzesvorbehalt*) [160]. In Germania, queste due dottrine rappresentano in modo emblematico la trasformazione del diritto pubblico occorsa nel XIX secolo [161]. All'epoca, esse limitarono l'amministrazione, che era per lo più sotto il controllo monarchico, e ne permisero una progressiva democratizzazione. Ciò ha comportato l'affermazione del primato del diritto parlamentare, ossia la subordinazione del potere esecutivo al Parlamento, e la riserva di legge, soprattutto per quanto riguarda gli interventi dello Stato sulla libertà personale o sulla proprietà come sull'imposizione di tributi. Lo Stato di diritto regola e razionalizza l'autorità pubblica e rappresenta quindi un fattore di progresso (cfr. § 19).

---

de la Constitution. Rapport du comité présidé par Simone Veil, 2008, p. 41; anche G.A. BERMANN, *The Role of Law in the Functioning of Federal Systems*, in K. NICOLAÏDIS-R. HOWSE (a cura di), *The Federal Vision. Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 191; A. DE TOCQUEVILLE, *Democracy in America (1835)*, Random House, New York, 1994; trad. it., *La democrazia in America (1835)*, Rizzoli, Milano, 1999.

[160] Vedi P. GONOD, *Frankreich. § 75*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V, Verwaltungsrecht in Europa*, C.F. Müller, Heidelberg, 2014, nn. 81 ss.; D. DE PRETIS, *Italien, § 78*, *ivi*, nn. 101 ss.; R. DREIER, *Deutschland. § 1*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I. Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, nn. 121 ss.; M. LOUGHLIN, *Großbritannien. § 4*, *ivi*, n. 26; M. DOGLIANI-C.PINELLI, *Italien. § 5*, *ivi*, n. 112; L.F.M. BESSELINK, *Niederlande. § 6*, *ivi*, nn. 82 ss.; E. WIEDERIN, *Österreich. § 7*, *ivi*, nn. 91 ss., spec. n. 101; P. TULEJA, *Polen. § 8*, *ivi*, nn. 33, 77; M. MEDINA GUERRERO, *Spanien. § 11*, *ivi*, n. 61; G. HALMAI, *Ungarn. § 12*, *ivi*, n. 43; R. NEHMELMAN, *Niederlande. § 32*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, n. 10; in sintesi, D. ZACHARIAS, *Terminologie und Begrifflichkeit, § 40*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, nn. 27, 33.

[161] M.J. SIEMEK, *Hegel als Philosoph des modernen Rechtsstaates*, in *Hegel-Jahrbuch*, De Gruyter, Berlin, 2008, p. 169; E.-W., BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs (1969)*, in ID. (a cura di), *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2006, p. 143.

Tutti gli ordinamenti giuridici includono in qualche forma le dottrine del primato del diritto parlamentare e della riserva di legge. Ciò non significa, tuttavia, che il concetto europeo di Stato di diritto sia una copia fedele di quello tedesco, come dimostra il confronto con la concezione francese repubblicana. Basti pensare al precipuo scopo del controllo giurisdizionale: se in Germania, infatti, il *bourgeois* difende i propri diritti individuali, in Francia il *citoyen* difende l'ordinamento democratico [162].

Il diritto progredisce grazie alle violazioni della legge. Negli ordinamenti giuridici funzionanti, l'azione illecita suscita risposte sociali e istituzionali che confermano le aspettative normative, contribuendo così alla loro rilevanza e al loro sviluppo. Senza le sentenze della Corte di giustizia, il diritto dell'Unione non sarebbe quello che è oggi e non esisterebbe la società europea (cfr. § 56). Tre aspetti sono particolarmente rilevanti: il principio di legalità (cfr. § 36), il principio di effettività (cfr. § 37) e la funzionalità degli Stati membri (cfr. § 38).

36. Legalità dell'azione dell'Unione

Lo Stato di diritto di cui all'articolo 2 TUE implica il principio di legalità. Il principio di legalità dell'Unione, in coerenza con la tradizione costituzionale europea, ha una dimensione negativa e una positiva [163]. Si suole riferirsi ad esse come al primato della legge superiore e alla riserva di legge (in genere ordinaria) per importanti interventi pubblici (ad esempio, l'articolo 52, paragrafo 1, CDFUE). In questa sede si indugerà sulla prima dimensione, che dimostra in modo emblematico l'emancipazione dell'UE dal diritto delle organizzazioni internazionali.

Il principio di legalità esige che ogni azione delle istituzioni dell'Unione (compresa la ratifica di trattati internazionali) sia conforme a tutto il diritto primario (articolo 13, paragrafo 2, TUE) [164]. Questo primato stabilisce una

---

[162] L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, Dalloz, Paris, 2002; J. MASING, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997; C. GREWE-H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Presses Universitaires de France, Paris, 1995, pp. 22 ss.

[163] A. VON BOGDANDY-J. BAST, *The European Union's Vertical Order of Competences: The Current Law and Proposals for its Reform*, in *Common Market Law Review*, 39, 2002, p. 227; J. BAST, *Art. 5 EUV [Prinzipien der Kompetenzordnung]*, in E. GRABITZ-M. HILF-M. NETTESHEIM (a cura di), *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 2020, nn. 10 ss.

[164] CGCE, 23 aprile 1986, *Les Verts c. Parlamento*, causa 294/83, punto 23; 14 dicembre 1991, *Accordo SEE I*, parere 1/91, punto 21; CGUE, 16 maggio 2017, *Accordo di libero scambio con Singapore*, parere 2/15, punto 235.

rigida gerarchia interna come struttura di base dell'ordinamento giuridico dell'Unione: tutto il diritto prodotto dagli organi dell'Unione è subordinato al diritto primario e deve quindi conformarsi a quest'ultimo. Ciò vale senza eccezioni, poiché il diritto costituzionale dell'UE gode di un primato assoluto, corrispondente al primato della Costituzione di uno Stato membro nella maggior parte degli ordinamenti giuridici nazionali.

Il fatto che questo primato sembri oggi evidente riflette la profondità della trasformazione avvenuta, poiché non era affatto evidente per la Comunità degli inizi [165]. Nella maggior parte delle organizzazioni internazionali, il primato del trattato istitutivo sugli atti della relativa istituzione è spesso precario, come dimostrano le Nazioni Unite [166]. Il rigoroso primato dei Trattati dell'UE è il frutto della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale sin da subito affermò che la procedura di modifica dei Trattati (ora articolo 48 TUE) costituisce l'unico modo per emendarne le disposizioni, il che impedisce di impingere in altro modo sulle aspettative normative create dai Trattati UE, sia da parte delle istituzioni europee che degli Stati membri.

Il principio di legalità, quindi, protegge sia l'Unione che gli Stati membri. Solo il legislatore dei Trattati – e cioè tutti gli Stati membri in collaborazione con gli organi dell'Unione (articoli 5, paragrafo 1, 48 e 49 TUE) – può modificare i Trattati [167]. Nelle organizzazioni internazionali una siffatta disciplina, se si rinviene, è al più embrionale [168].

Pertanto, la validità dei Trattati non può essere sospesa da accordi tra gli Stati membri [169], e le istituzioni dell'UE non possono derogare o disapplicare il diritto primario [170]. Anche le decisioni adottate all'unanimità dal Consiglio

---

[165] K. CARSTENS, *Die kleine Revision des Vetrages über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 21, 1961, pp. 1 e 14.

[166] G. NOLTE, *Lawmaking through the UN Security Council. A Comment on Krika de Wet's Contribution*, in R. WOLFRUM-V. RÖBEN (a cura di), *Developments of International Law in Treaty Making*, Springer, Berlin, 2005, pp. 239 ss.

[167] CGCE, 15 novembre 1994, *Accords annexés à l'accord OMC (OMC)*, parere 1/94, punto 52; 28 marzo 1996, *Adhésion de la Communauté à la CEDH (Adesione dell'Unione alla CEDU)*, parere 2/94, punto 30; CGUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, causa C-370/12, punti 33-36; 5 ottobre 2016, *F. Hoffmann-La Roche*, causa C-572/15, punto 30.

[168] P. REUTER-P. CAHIER, *Introduction au droit des traités*, III ed., Graduate Institute Publications, Geneva, 1995, parr. 210 ss.; H.G. SCHERMERS-N.M. BLOKKER, *International Institutional Law*, Brill, Leiden, 2018, § 1163.

[169] CGCE, 13 novembre 1964, *Commissione c. Belgio e Lussemburgo*, cause riunite 90/63 e 91/63, p. 634; 8 aprile 1976, *Defrenne c. SABENA*, causa 43/75, punto 58; 6 aprile 1995, *RTE e ITP c. Commissione*, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, punto 86.

[170] CGCE, 28 aprile 1988, *LAISA c. Consiglio*, cause riunite 31/86 e 35/86, punto 12; 23 febbraio 1988, *Regno Unito c. Consiglio*, causa 68/86, punto 24; CGUE, 25 ottobre 2017, *Commissione c. Consiglio (WRC-15)*, causa C-687/15, punto 41.

sono soggette al diritto primario [171]. È perciò inesatta l'interpretazione dell'articolo 352 TFUE che attribuisce al Consiglio la competenza a *integrare* il Trattato.

A volte i rappresentanti degli Stati membri, anche quando sono riuniti in Consiglio, non agiscono come 'Consiglio' dell'UE, ma come Conferenza di Stati. Metaforicamente parlando, essi 'cambiano cappello' e agiscono al di fuori del diritto dell'Unione (ad esempio, in base al diritto internazionale), il che permette decisioni non consentite dal diritto dell'Unione. Tali decisioni assunte dai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in Consiglio non sono atti dell'UE, ma piuttosto trattati internazionali o protocolli d'intesa. Spesso sono politicamente importanti e molto efficaci [172].

La Corte di giustizia si avvale in modo sistematico della dottrina del primato del diritto dell'Unione per opporsi ai tentativi di elusione del diritto dell'Unione [173]. In rari casi, tuttavia, si è astenuta dal farlo, come ad esempio quando rifiutò di sindacare la cosiddetta Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016, rilasciata dai membri del Consiglio europeo insieme alle loro controparti turche [174]. Molti criticarono tale decisione proprio sulla base del principio di legalità dell'UE [175], sottolineando la sua importanza per la normatività del diritto dell'UE.

Il principio di legalità ha un impatto significativo sullo *status* e sulla capacità di azione degli Stati membri. In quanto attori che creano e modificano il diritto primario dell'UE, essi hanno una libertà pressoché assoluta nel plasmare l'Unione, ma solo attraverso le rigorose procedure di cui agli articoli 48 e 49 TUE. Il che rende evidenza dell'autonomia dell'ordinamento costituzionale dell'Unione. In quanto attori delle istituzioni dell'Unione, in particolare del Consiglio europeo e del Consiglio, hanno ampi poteri nel forgiare l'ordinamento giuridico dell'UE, ma sono rigidamente vincolati al rispetto del diritto primario. Questa simultanea esclusione e inclusione dei '*Signori dei Trattati*' rassomiglia alla legalità costituzionale degli Stati membri, le cui costituzioni si connotano per il primato sulla legge: il parlamento

---

[171] CGCE, 17 dicembre 1970, *Commissione c. Italia*, causa 38/69, punti 12 ss.

[172] M. GOLDMANN, *Internationale öffentliche Gewalt. Handlungsformen internationaler Institutionen im Zeitalter der Globalisierung*, Springer, Berlin, 2015, pp. 319 ss.

[173] CGCE, 15 gennaio 1986, *Hurd c. Jones*, causa 44/84, punto 39; CGUE, *Pringle*, cit., punto 69.

[174] CGUE, 28 febbraio 2017, *NF c. Consiglio europeo*, causa T-192/16; 28 febbraio 2017, *NG c. Consiglio europeo*, causa T-193/16; 28 febbraio 2017, *NM c. Consiglio europeo*, causa T-257/16; 12 settembre 2018, *NF e altri c. Consiglio europeo*, cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P.

[175] J. BAST, *Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen?*, in *Verfassungsblog* (3 marzo 2017); S. CARRERA-L. DEN HERTOG-M. STEFAN, *It Wasn't Me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Deal*, in *CEPS Policy Insights*, 15, 2017.

rappresenta il popolo sovrano, ma è vincolato al rispetto della costituzione [176]. Il Regno Unito rappresenta una eccezione, ma la sua Costituzione non è più rappresentativa del diritto pubblico europeo.

Nel diritto dell'Unione, come negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la dimensione positiva del principio di legalità coesiste con la sua dimensione negativa. La riserva di legge, perciò, integra il primato della legge. L'Unione europea è un'autorità pubblica in quanto ha il potere di imporre obblighi. Questo potere è soggetto al principio di legalità positiva che, per il diritto dell'Unione, trova la sua concretizzazione più importante nel principio di attribuzione (articolo 5, paragrafo 1, TUE). Di conseguenza, gli atti giuridici degli organi dell'Unione devono sempre avere una base legale [177]. Essa può derivare direttamente da una disposizione dei Trattati o da un atto di diritto derivato riconducibile ad essi. Mentre la legalità negativa limita semplicemente l'autorità pubblica, il requisito della competenza aggiunge un elemento ulteriore di natura squisitamente costituzionale, richiedendo un requisito specifico di validità.

Una competenza rappresenta un potere politico formalizzato. Ciò spiega l'intensità dei conflitti sulle competenze (cfr. §§ 33, 56) e il fatto che la legalità positiva diviene sempre più marcata in corrispondenza dell'ampliamento delle attribuzioni dell'Unione. In risposta alle contestazioni delle istituzioni nazionali, in particolare di alcune corti costituzionali (cfr. § 60), gli autori dei Trattati hanno delimitato sempre più le competenze dell'UE, avendo cura di proteggere quelle degli Stati membri. Il Trattato di Lisbona riconosce il ruolo costitutivo degli Stati membri (articolo 1, primo comma, TUE) e stabilisce vincoli importanti, come i princìpi di attribuzione, sussidiarietà e proporzionalità (articolo 5 TUE).

Il principio di legalità protegge gli Stati membri anche sotto un ulteriore profilo, impegnando il processo politico interno alle istituzioni europee a prevedere procedimenti che garantiscano che la voce degli Stati membri sia ascoltata. Il controllo della Corte di giustizia su questi procedimenti è stringente [178], così da tutelare il carattere policentrico e orizzontale del sistema politico come sistema di mediazione (cfr. § 43). Tutto ciò contribuisce a infondere fiducia nelle istituzioni dell'UE.

---

[176] N. LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in *Rechtshistorisches Journal*, 9, 1990, pp. 176 ss.

[177] J. BAST, *Art. 5 EUV*, cit., nn. 15 ss.

[178] CGCE, 23 febbraio 1988, *Regno Unito c. Consiglio*, cit., punto 24.

37. Effettività nel diritto nazionale

Il diritto dell'Unione crea e stabilizza le aspettative normative dei cittadini soprattutto attraverso le istituzioni degli Stati membri. Per garantire questa mediazione tra gli Stati, la Corte di giustizia ha sviluppato quelle che sono forse le dottrine più note del diritto comunitario: l'autonomia, il primato e l'effetto utile. Siffatte dottrine rappresentano le elaborazioni fondamentali del primo periodo. All'epoca, esse vennero formulate in termini funzionali e non costituzionali (cfr. §§ 16, 20, 23, 56), mentre oggigiorno, queste dottrine devono essere ricostruite alla luce dell'articolo 2 TUE, come manifestazioni del principio dello Stato di diritto [179].

Niente connota il diritto dell'Unione più del suo effetto utile, del suo principio di effettività. I dati quantitativi lo dimostrano: il termine "*Wirksamkeit*" (effettività) ricorre in 9.219 documenti (tedeschi) sulle decisioni della Corte di giustizia, molto più di qualsiasi altro concetto chiave. Il termine correlato "*Geltung*" (validità) compare 6.395 volte, "*Vorrang*" (primato) 3.820 volte e "*Autonomie*" (autonomia) 1.121 volte, mentre "*Rechtsstaalichkeit*" (Stato di diritto) è citato in 131 documenti [180]. L'effettività ha plasmato le relazioni tra l'Unione e gli Stati membri più di qualsiasi altro principio. È infatti l'effettività del diritto comunitario che ha portato alla genesi e alla democratizzazione della società europea.

Il principio di effettività impone agli Stati membri l'obbligo di realizzare la finalità normativa di una disposizione comunitaria. Questo principio generale è alla base di dottrine fondamentali come l'effetto diretto delle disposizioni dei Trattati [181], delle decisioni [182], delle direttive [183] e degli impegni internazionali [184], nonché dei requisiti di effettiva implementazione [185], dell'interpretazione del diritto nazionale in conformità al diritto dell'Unione [186],

---

[179] K. Lenaerts-J.A. Gutiérrez Fons-S. Adam, *Exploring the Autonomy of the European Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 81, 2021, p. 47.

[180] Sul punto si può far riferimento al link: https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf.

[181] CGCE, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, causa 26/62, punti 24-25.

[182] CGCE, 6 ottobre 1970, *Grad c. Finanzamt Traunstein*, causa 9/70, punto 5.

[183] CGCE, 19 gennaio 1982, *Becker*, causa 8/81, punti 29-30.

[184] CGCE, 30 aprile 1974, *Haegeman contro Stato belga*, causa 181/73, punti 2 ss.

[185] CGCE, 21 settembre 1983, *Deutsche Milchkontor GmbH*, cause riunite da 205/82 a 215/82, punto 22.

[186] CGUE, 6 novembre 2018, *Max Planck Society for the Advancement of Science*, causa C-684/16, punto 59.

della responsabilità dello Stato [187] e di giurisdizioni indipendenti [188]. Anche l'autonomia del diritto dell'Unione e il suo primato sul diritto degli Stati membri [189] furono giustificati con il principio dell'*effet utile*.

Per la concezione tedesca di *Rechtsstaat*, lo Stato di diritto è volto principalmente a limitare l'autorità governativa, meno a garantirne l'effettività: la posta in gioco nel XIX secolo era la regolazione e il controllo delle autorità amministrative esistenti, per lo più istituite dai precedenti processi di formazione dello Stato (cfr. § I.A). All'inizio degli anni Sessanta, invece, non esisteva un'autorità consolidata delle istituzioni comunitarie. Basata com'era sul diritto internazionale, l'autorità pubblica della Comunità non costituiva lo sfondo dello Stato di diritto europeo; piuttosto, essa dipendeva dall'affermazione dello Stato di diritto europeo. L'effettività distingue i Trattati dell'UE dalla maggior parte dei Trattati internazionali, in primo luogo dalla Carta delle Nazioni Unite, che taluni concepiscono come la Costituzione della società globale [190].

Rispetto al diritto internazionale, lo Stato di diritto dell'Unione brilla di luce propria. È emancipatorio, in quanto trasforma i cittadini in soggetti di un ordinamento giuridico sovranazionale che garantisce maggiore libertà (cfr. §§ 19, 30). Ma lo Stato di diritto europeo sarebbe ancora più forte se lo fosse in tutti gli Stati membri come lo è nell'Unione. È proprio sotto questo aspetto che si rinvengono le carenze più significative. L'Unione, tuttavia, ha riconosciuto il problema e di conseguenza ha cominciato ad affrontare le carenze nazionali dello Stato di diritto.

38. Rafforzare le statualità deboli

La natura composita del diritto europeo fa sì che lo Stato di diritto dell'Unione dipenda dallo Stato di diritto degli Stati membri. Fino al secondo periodo del diritto pubblico europeo, lo Stato di diritto negli Stati membri doveva misurarsi principalmente con il problema della piena attuazione del diritto dell'Unione [191]. Oggigiorno, invece, sono le tendenze autoritarie a

---

[187] CGCE, 19 novembre 1991, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, punti 33 ss.

[188] CGUE, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, cit., punti 36 ss.

[189] CGCE, 15 luglio 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, causa 6/64, p. 1269; 9 marzo 1978, *Simmenthal c. Commissione*, causa 92/78, punto 39.

[190] B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Brill, Leiden, 2009.

[191] Vedi H. SIEDENTOPF-J. ZILLER (a cura di), *L'Europe des administrations? La mise en oeuvre*

rappresentare il problema principale (cfr. §§ II.F, III.F, IV.D), così come i fenomeni di crisi dello Stato dovuti a fragilità istituzionali [192].

Non sono le violazioni occasionali della legge a indebolire lo Stato di diritto (cfr. § 35), quanto piuttosto le violazioni ricorrenti che diventano 'normali'. Ciò può accadere quando le istituzioni pubbliche non reagiscono adeguatamente, a causa della debolezza istituzionale o della corruzione. Ne sono un esempio le imprese che eludono regolarmente la normativa fiscale, del lavoro o ambientale, la cattiva condotta dei funzionari pubblici che rimane impunita e le cause giudiziarie che si trascinano per molti anni. Questi fenomeni minano lo Stato di diritto, perché a un certo punto l'ordinamento giuridico cessa di svolgere la propria funzione centrale di sostegno alle aspettative normative. La fiducia viene meno, dando così origine a una *carenza sistemica* nello Stato di diritto.

Una carenza sistemica nello Stato di diritto si differenzia da una mera violazione (vedi § 46). Quando si verifica una violazione 'ordinaria' della legge, gli individui mantengono le aspettative normative deluse, mentre è probabile che modifichino le loro aspettative quando si tratta di carenze sistemiche. In questo caso, percepiranno la legge e le istituzioni pubbliche non in una prospettiva di fiducia, ma con cinismo o mancanza di rispetto, cessando di aspettarsi che il comportamento richiesto dalla legge sia la regola. Altri meccanismi di stabilizzazione (ricorso a ordinamenti stranieri, pagamento anticipato, clientelismo, organizzazioni mafiose) assumeranno maggiore rilievo. Talenti e capitali emigreranno. La democrazia e tutti gli altri princìpi dell'articolo 2 TUE saranno – nel migliore dei casi – precari, il che conferma il ruolo primario dello Stato di diritto (cfr. § 39).

Si ha una carenza sistemica dello Stato di diritto quando la legge non è in grado di stabilizzare le aspettative normative in settori vitali della società. Gli indicatori delle scienze sociali forniscono ausilio per determinare quando ne ricorrono le condizioni. I *Worldwide Governance Indicators* (WGI), elaborati dalla Banca Mondiale, rappresentano dati significativi al riguardo [193]. Essi comprendono il controllo della corruzione, la qualità della regolamentazione, lo Stato di diritto e l'efficacia dell'azione di governo. Il *World Justice*

---

de la législation communautaire dans les Etats members, Bruylant, Paris, 1988; e, da una diversa prospettiva, M. BOBEK, *Europeanization of Public Law*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 631.

[192] Le riflessioni che seguono si basano su M. IOANNIDIS-A. VON BOGDANDY, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, 51, 2014, p. 59.

[193] Cfr. BANCA MONDIALE, *Control of Corruption*, http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/cc.pdf (ultima visita 14 agosto 2022).

Project ha un approccio simile. Esso elabora il *Rule of Law Index* che monitora i vincoli al potere esecutivo, l'assenza di corruzione, l'ordine e la sicurezza, la tutela dei diritti fondamentali, l'*open government*, l'applicazione delle normative e la giustizia civile e penale [194].

Questi indicatori forniscono molti spunti di riflessione. In primo luogo, lo Stato di diritto non è una questione di risorse finanziarie: ci sono Stati a medio reddito che ottengono risultati significativamente migliori rispetto agli Stati membri dell'UE con redditi di gran lunga più elevati. Secondo i dati della Banca Mondiale, Stati come il Costa Rica, l'Uruguay e la Malesia osservano lo Stato di diritto più fedelmente della Bulgaria, della Grecia, dell'Italia o della Romania [195]. In secondo luogo, esistono discrepanze abissali tra gli Stati membri dell'UE: secondo la Banca Mondiale, l'efficacia del governo danese è al 99,04° percentile, mentre quello rumeno è al 40,38° percentile. (Un percentile del 99,04 significa che il 99,04% dei Paesi considerato nella popolazione statistica si colloca al di sotto del Paese in questione). Per quanto riguarda il criterio dello Stato di diritto, la Finlandia occupa il primo posto a livello mondiale, mentre la Bulgaria occupa solo un posto intermedio tra gli oltre 200 Stati e territori [196].

Va sottolineato che nessuno Stato membro dell'UE è uno Stato a rischio o debole nella comparazione globale [197]. Tuttavia, lo Stato di diritto di cui all'articolo 2 TUE richiede agli Stati membri dell'UE qualcosa di più del mantenimento di *standard* che li distinguano dalla Repubblica Democratica del Congo. La Bulgaria o la Romania non sono Stati deboli nel senso del diritto internazionale, purtuttavia, sono membri deboli nel senso del diritto dell'Unione [198].

Tali carenze incidono sui diritti individuali, come il diritto a una buona

---

[194] Cfr. World Justice Project, http://worldjusticeproject.org/what-rule-law (ultima visita 14 agosto 2022).

[195] L'indice è disponibile alla pagina BANCA MONDIALE, *Worldwide Governance Indicators*, http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home (ultima visita 14 agosto 2022).

[196] Cfr. BANCA MONDIALE, *World Governance Indicators*, 2019, http://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Reports (ultima visita 14 agosto 2022).

[197] Cfr. THE FUND FOR PEACE, *Fragile States Index. Measuring Fragility: Risk and Vulnerability in 179 Countries*, https://fragilestatesindex.org/; BROOKINGS INSTITUTION, *Index of State Weakness in the Developing World*, https://www.brookings.edu/research/index-of-state-weakness-in-the-developing-world/; CENTER FOR SYSTEMIC PEACE AND CENTER FOR GLOBAL POLICY – UNIVERSITY OF MARYLAND, *State Fragility Index*, 2018, http://www.systemicpeace.org/inscr/SFImatrix2018c.pdf.

[198] M. IOANNIDIS, *Weak Members and the Enforcement of EU Law*, in A. JAKAB-D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values: Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 480 ss.

amministrazione (articolo 41 CDFUE), a un ricorso effettivo e a un tribunale imparziale (articolo 47 CDFUE). Si potrebbe dire che ledono il diritto (*right*) europeo di avere diritti europei [199]. Forse il diritto più fondamentale garantito dal diritto dell'Unione è quello di vivere veramente sotto il diritto (*law*) dell'UE; esso è dunque violato da carenze sistemiche nello Stato di diritto [200]. Il diritto ai diritti conferma il primato logico dello Stato di diritto sugli altri princìpi e, di conseguenza, rende la debolezza di uno Stato una preoccupazione europea.

A causa della crisi dell'euro, il caso della Grecia è stato studiato a fondo [201]. Il 26 febbraio 2012, il *New York Times* pubblicò un rapporto intitolato "*The Failing State of Greece*" [202], ove si descrivevano episodi in cui la polizia e la magistratura sembravano incapaci di prevenire la distruzione di proprietà pubbliche e private, i saccheggi e gli incendi dolosi, come pure di perseguirne gli autori. Anche fenomeni meno violenti ma comuni, come la corruzione diffusa o l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari, sono diventati una questione europea. L'inefficienza delle autorità fiscali greche venne considerata una delle cause della crisi finanziaria in Grecia, crisi che portò l'UE sull'orlo del baratro all'inizio del 2010 [203]. Sebbene la Grecia non sia mai stata uno Stato debole o a rischio secondo gli standard internazionali, molti – anche tra i cittadini greci – si domandano se in realtà sulla base degli standard europei la Grecia debba considerarsi uno Stato 'debole' [204].

I rapporti per la Grecia della *Task Force* dell'UE, nel contesto dei programmi di aggiustamento dell'Unione e del Fondo Monetario Internazionale (FMI), confermano tali dubbi [205]. Sebbene le riforme, concordate con i partner europei e internazionali e adottate dal Parlamento greco, abbiano

---

[199] H. ARENDT, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, Europäische Verlagsanstalt, Frankfurt am Main, 1955, p. 479; trad. it. *Le origini del totalitarismo*, Einaudi, Torino, 2009. Sul diritto fondamentale europeo di avere diritti europei, A.M. RUSSO, *La cittadinanza "sostanziale" dell'UE alla luce della proposta del gruppo di Heidelberg: verso una "reverse Solange"?*, in *federalismi.it*, 8, 2014, pp. 7 ss.

[200] CGUE, 25 luglio 2018, *LM*, cit., punti 36-37, 48 ss. (che affronta la costellazione parallela delle tendenze autoritarie).

[201] K. FEATHERSTONE-D. PAPADIMITRIOU, *The Limits of Europeanization: Reform Capacity and Policy Conflict in Greece*, Springer, Berlin, 2008, p. 5.

[202] R. DONADIO, *The Failing State of Greece*, in *The New York Times* (26 febbraio 2012), p. 8.

[203] La lotta all'evasione fiscale è diventata una delle priorità dell'UE. Vedi le conclusioni del Consiglio europeo del 23 maggio 2013 (EUCO 75/1/13 REV 1).

[204] K. FEATHERSTONE, *The JCMS Annual Lecture: The Greek Sovereign Debt Crisis and EMU: A Failing State in a Skewed Regime*, in *Journal of Common Market Studies*, 49, 2011, p. 193; N. MALKOUTZIS, *Is Greece a Failed State?*, in *Foreign Policy* (2 marzo 2012).

[205] TASK FORCE FOR GREECE, *First Quarterly Report*, p. 14.

portato dei miglioramenti, i progressi rimangono lenti [206]. Secondo la Banca Mondiale, nel 2019 la Grecia si colloca ancora solo al 60,58° percentile in base al criterio dello Stato di diritto e solo al 56,25° percentile in base al criterio della lotta alla corruzione [207].

Inoltre, la Grecia è al 146° posto per l'esecuzione dei contratti nella classifica *Doing Business* della Banca Mondiale [208]. Anche i dati del Consiglio d'Europa mostrano le debolezze del sistema giudiziario greco in riferimento agli articoli 6 e 13 CEDU. Ad esempio, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che la Grecia non è in grado di fornire una protezione giudiziaria tempestiva ed effettiva [209], riconoscendo la "*natura cronica e persistente*" del problema e sottolineando che la situazione greca "*potrebbe di fatto essere considerata di denegata giustizia*" [210]. E ciò che rileva è che il problema persiste [211].

Anche l'Italia affronta problemi analoghi [212]. Secondo il WGI della Banca Mondiale, molte istituzioni italiane hanno prestazioni ben al di sotto della media europea per quanto riguarda lo Stato di diritto, l'efficacia dell'azione di governo, il controllo della corruzione e l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari. Nel 2019, l'Italia ha superato di poco la Grecia in termini di Stato di diritto e di lotta alla corruzione [213]. I problemi legati alla lunghezza dei

---

[206] COMMISSIONE EUROPEA, *EU Financial Assistance*, http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/index_en.htm.

[207] BANCA MONDIALE, *World Governance Indicators*, cit.

[208] BANCA MONDIALE, *Doing Business*, https://www.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/enforcing-contracts?data%2520PointCode=DB_ec_time/.

[209] Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Vassilios Athanasiou e altri c. Grecia*, ric. n. 50973/08; vedi anche le sentenze pilota del 3 aprile 2012, *Michelioudakis c. Grecia*, ric. n. 54447/10 e del 30 ottobre 2012, *Glykantzi c. Grecia*, ric. n. 40150/09.

[210] Corte EDU, *Vassilios Athanasiou e altri c. Grecia*, cit., punti 44, 52; M. MITSOPOULOS-T. PELAGIDIS, *Understanding the Crisis in Greece. From to Boom to Bust*, Springer, Berlin, 2011, pp. 103-104.

[211] COMMISSIONE EUROPEA, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Relazione sullo Stato di diritto 2020. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Grecia, che accompagna il documento* "*Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*", Bruxelles, 30 settembre 2020 (SWD/2020/307 final), p. 4.

[212] Sul dibattito sulla riforma italiana, S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Il Mulino, Bologna, 2011, pp. 82-94, 110; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 70, 2020, p. 159; L. CASINI, *Politica e amministrazione: "the Italian Style"*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 69, 2019, p. 13.

[213] BANCA MONDIALE, *World Governance Indicators*, cit.; M. DELSIGNORE-M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 69, 2019, p. 61.

procedimenti giudiziari sono ben noti [214]. L'Italia è al 122° posto nella classifica *Doing Business* della Banca Mondiale per l'esecuzione dei contratti [215], e l'*EU Justice Barometer* conferma questi dati [216].

La Bulgaria e la Romania, entrambi Stati membri dell'UE dal 2007, presentano debolezze ancora più gravi. Secondo l'indicatore sullo Stato di diritto della Banca Mondiale, Bulgaria e Romania sono molto indietro rispetto a tutti gli altri Stati membri dell'UE di recente adesione [217]. Entrambi i Paesi hanno ottenuto un punteggio basso per quanto riguarda la lotta alla corruzione, la qualità della regolamentazione e l'efficacia dell'azione di governo. Ne discende, pertanto, che i meccanismi con cui l'Unione europea prepara i Paesi candidati all'adesione non sono stati sufficienti per consentire loro di raggiungere gli standard dell'articolo 2 TUE (cfr. § 26). I dati del Consiglio d'Europa confermano i problemi di Bulgaria e Romania [218].

Le criticità dello Stato di diritto in questi Paesi sono da tempo note, e tuttavia sono state a lungo e ampiamente tollerate. Forse si presupponeva, sulla base della filosofia hegeliana della storia o sulla teoria della modernizzazione, che una volta entrati a far parte della società europea, gli Stati si sarebbero trasformati alla luce del *mainstream* europeo. Tale convinzione è svanita. La trasformazione di questi Stati membri in Stati di diritto è diventata obiettivo delle politiche europee [219]. Nel 2016, la Commissione istituì al suo interno una propria unità per lo Stato di diritto e venne istituita financo una direzione generale separata per il sostegno alle riforme strutturali (DG REFORM). A partire dal 2020, detta trasformazione ha avuto ulteriore impulso in virtù di due nuovi strumenti, ognuno dei quali dotato di un potenziale trasformativo a sé stante: la Procura europea e la condizionalità dello Stato di diritto per i finanziamenti dell'UE [220].

---

[214] COMMISSIONE EUROPEA, *Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Relazione sullo Stato di diritto 2020*, cit., p. 7.

[215] BANCA MONDIALE, *Doing Business*, cit.

[216] COMMISSIONE EUROPEA, *Quadro di valutazione UE della giustizia 2020. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni* (COM/2020/306 final), pp. 8 ss.

[217] BANCA MONDIALE, *World Governance Indicators*, cit.

[218] CONSIGLIO D'EUROPA (Comitato dei Ministri), *Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights 2020 – 14th Annual Report of the Committee of Ministers*, 2021, pp. 58-59.

[219] E. CRABIT-A. PEREGO, *L'État de droit: une politique de l'Union européenne*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 20, 2019, p. 7.

[220] Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»); Regolamento (UE) 2020/2092, cit.

Esempi importanti di tali politiche europee di trasformazione sono quelli che hanno riguardato il sistema giudiziario e amministrativo greco [221]. Le condizioni che hanno accompagnato i tre pacchetti di salvataggio della Grecia (2010, 2012 e 2015) sembrano aver inciso in qualche misura nella direzione del rafforzamento dello Stato, e in particolare dell'apparato amministrativo e del giudiziario [222]. La Grecia, tra le altre cose, ha riformato in modo sostanziale il proprio sistema giudiziario, introducendo la registrazione e la tracciabilità telematiche dei procedimenti giudiziari, intervenendo sull'organizzazione dei tribunali e sull'esecuzione delle decisioni giudiziarie. Molti ritengono inoltre che nel 2021 (anno di stesura dell'edizione originale in tedesco di questo lavoro), le autorità greche siano riuscite a vaccinare la popolazione contro il Covid-19 con maggior successo rispetto alle loro omologhe tedesche.

Affrontare in modo efficace le carenze sistemiche è un processo trasformativo che si protrae nel tempo [223], e potrebbe ricondursi nell'ambito del costituzionalismo trasformativo (cfr. § II.F). Tuttavia, ciò richiede che siano i princìpi costituzionali, e non solo i criteri di effettività, a guidare il rafforzamento del sistema giudiziario e dell'amministrazione (cfr. § 29). Di conseguenza, le politiche europee in materia di Stato di diritto devono uscire dall'ambiguità, chiarendo se perseguono principalmente il buon funzionamento del mercato interno o piuttosto lo Stato di diritto democratico. Al riguardo sono significative le carenze delle politiche di trasformazione degli anni Novanta del secolo scorso (cfr. § 26).

Jürgen Habermas descrisse la modernità come un progetto incompiuto [224]. Questa definizione restituisce perfettamente lo Stato di diritto nella società europea. Considerato, dunque, che lo Stato di diritto è essenziale per la statualità moderna (cfr. §§ 29, 35), si potrebbe affermare che alcune società degli Stati membri non hanno ancora completato la loro trasformazione in uno Stato (cfr. § 5) e che potrebbero realizzarla solo come parte della società europea. Lo stesso vale per la democrazia.

---

[221] D. DIMITRAKOPOULOS-A.G. PASSAS, *Reforming Greece's Tax Administration during the Financial Crisis: The Paradox of Power Asymmetry*, in *South European Society and Politics*, 25, 2020, p. 27.

[222] M. IOANNIDIS, *The Judiciary*, in K. FEATHERSTONE-D.A. SOTIROPOULOS (a cura di), *The Oxford Handbook of Modern Greek Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 117.

[223] S. WEINZIERL, *Die EU-Task-Force für Griechenland: Internationale Beratung am Beispiel der griechischen Steuerverwaltung*, in U.-D. KLEMM-W. SCHULTHEIß (a cura di), *Die Krise in Griechenland. Ursprünge, Verlauf, Folgen*, Campus Verlag, Frankfurt-New York, 2015, p. 458.

[224] J. HABERMAS, *Modernity: An Unfinished Project*, in C.J. CALHOUN *et al.* (a cura di), *Contemporary Sociological Theory*, Blackwell, Malden (MA), 2007, p. 444.

D. Il difficile cammino verso la democrazia europea

39. I dibattiti del primo periodo

Il cammino per la realizzazione della democrazia europea è ancora più arduo di quello per la realizzazione dello Stato di diritto europeo. Dopo tutto, già negli anni Cinquanta del secolo scorso era pacifico che i princìpi dello Stato di diritto si applicassero *direttamente* alle azioni delle Comunità (cfr. § 35) [225]. Dalla fine degli anni Sessanta, lo stesso vale per la tutela dei diritti fondamentali che, per merito della Corte di giustizia, vincolano direttamente le istituzioni comunitarie [226].

Il cammino per la realizzazione del principio democratico è assai più lungo. Per molto tempo, la questione della legittimazione democratica della Comunità venne risolta facendo riferimento alla natura democratica dei suoi Stati membri, il che implicava che la sua legittimazione fosse soltanto *indiretta*. L'argomentazione prevalente fino agli anni Novanta si reggeva sull'idea che, in termini giuridici, la Comunità non necessitasse di legittimazione democratica [227].

Naturalmente, i federalisti europei chiesero subito un parlamento potente per fornire legittimazione democratica alla Comunità [228]. Ma la richiesta di rafforzamento del Parlamento europeo proveniva anche da ambienti diversi. Un significativo esempio si trae dal rapporto del 1972 del Gruppo Vedel, di cui facevano parte alcuni degli esponenti più influenti del diritto pubblico europeo [229]. Il rapporto riconosceva che la parlamentarizzazione

---

[225] Per la prima sentenza in tal senso, cfr. CGCE, 12 luglio 1957, *Algera e altri c. Assemblée commune*, causa 7/56, punto 118; H. LECHELER, *Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971.

[226] I. PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht. Ein Beitrag zum gemeinschaftsimmanenten Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof*, Nomos, Baden-Baden, 1979; J.H.H. WEILER, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 61, 1986, p. 1103; G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 71, 1988, p. 574.

[227] A. RANDELZHOFER, *Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft*, in P. HOMMELHOFF-P. KIRCHHOF (a cura di), *Der Staatenverbund der Europäischen Union. Beiträge und Diskussionen des Symposions am 21./22. Januar 1994 in Heidelberg*, C.F. Müller, Heidelberg, 1994, p. 40.

[228] A. SPINELLI, *Rapporto sull'Europa*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965.

[229] COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Relazione del gruppo* ad hoc *per l'esame del problema dell'ampliamento delle competenze del Parlamento europeo, "Relazione Vedel"* (Bull. CE suppl. 4-72), 1972, p. 7; sulla relazione, vedi J.A. FROWEIN, *Erinnerungen an die "Groupe*

della Comunità fosse una condizione necessaria, seppur non sufficiente, per la legittimazione democratica delle politiche europee.

Se oggigiorno guardiamo alla democrazia europea, vi intravvediamo molto di quel che raccomandava il rapporto Vedel. Certo la sua realizzazione è stata lenta a causa dello scetticismo di coloro che dubitavano della stessa possibilità di una democrazia europea. E, difatti, la strada per raggiungerla è lastricata di compromessi.

Si pensi all'"*Atto relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto*" del 20 settembre 1976. L'Atto rappresentò una svolta democratica, perché introdusse l'elezione diretta del Parlamento europeo, come suggerito dal Rapporto Vedel. Al contempo, esso fu il frutto di un tipico compromesso tra i federalisti e le forze Stato-centriche, poiché non menziona mai il termine 'democrazia' e perché nel testo dell'Atto la denominazione dell'istituzione che ricorre è quella di 'Assemblea', non di 'Parlamento' [230]. Non sorprende quindi che la Corte di giustizia abbia esitato a invocare il principio di democrazia [231].

Sebbene forze rilevanti spingano affinché l'Unione si doti di istituzioni democratiche proprie, altre manifestano forti riserve. Secondo alcuni la democrazia richiederebbe un'identità collettiva (cfr. § II.B). Questioni non meno difficili riguardano l'individuazione del soggetto democratico, la possibilità di una rappresentanza democratica senza popolo e senza uguaglianza elettorale e, in ultima analisi, il significato stesso di democrazia.

Nessuno esprime questi dubbi meglio di Joseph Weiler nel suo fondamentale saggio del 1991 "*The Transformation of Europe*" [232]. Sono molteplici i fattori che contribuirono a determinare l'influenza che ebbe quest'opera: la pubblicazione in una delle riviste più autorevoli al mondo (lo *Yale Law Journal*) proprio durante la seconda fase di transizione del diritto pubblico europeo, la reputazione del suo autore, la sua sinteticità e riluttanza a offrire suggerimenti concreti. Soprattutto, il saggio ritrae uno studioso europeista che rifiuta la classica risposta data dalle forze europeiste alla questione democratica.

Vedel", in U. BECKER *et al.* (a cura di), *Verfassung und Verwaltung in Europa. Festschrift für Jürgen Schwarze zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, 2014, p. 57.

[230] Atto relativo all'elezione dei rappresentanti nell'Assemblea a suffragio universale diretto del 20 settembre 1976.

[231] CGCE, 29 ottobre 1980, *Roquette c. Consiglio*, causa 138/79, punto 33; 11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, causa C-300/89, punto 20; su questo sviluppo K. LENAERTS, *The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 62, 2013, p. 271.

[232] J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, cit. Vedi anche i contributi in M. POIARES MADURO-M. WIND (a cura di), *The Transformation of Europe. Twenty-Five Years On*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

Weiler ribadisce la tesi del deficit democratico europeo: i Trattati conferiscono troppi poteri all'esecutivo, sul quale i parlamenti nazionali esercitano un controllo troppo limitato. Alla fine degli anni Ottanta, il passaggio al processo decisionale a maggioranza in seno al Consiglio esacerbò il problema (cfr. § 20). Weiler rifiuta, tuttavia, la soluzione comune pro-europea, consistente nel rafforzamento del Parlamento europeo. Si tratta, per lui, di una strada sbagliata.

Secondo Weiler, il rafforzamento del Parlamento europeo è inadeguato, mancando dei requisiti democratici essenziali come "*vicinanza, reattività, rappresentatività e responsabilità*" e come "*appartenenza*" [233]. Il significato sociale, l'appartenenza e l'identità restano per lui fenomeni nazionali [234]. La sua posizione può farsi rientrare nella corrente di pensiero che richiede una forte identità collettiva per il funzionamento della democrazia (cfr. § 32). Sebbene Weiler non sia hegeliano, e tanto meno schmittiano, la sua posizione sembra potersi ricondurre al comunitarismo (cfr. § 4) [235].

Infine, Weiler mette in guardia dal lato oscuro che avrebbe accompagnato il successo della democratizzazione dell'Unione, vale a dire la formazione di uno Stato federale europeo. Per Weiler, questo sviluppo avrebbe vanificato il risultato epocale dell'integrazione europea: arginare il potenziale distruttivo dello Stato nazionale, mantenendone le conquiste in termini di civiltà democratica.

La proposta alternativa di Weiler è quella di rinunciare all'idea di un'Unione democratica. Per lo studioso, l'Unione trova la sua legittimazione nel fatto che essa consente la vita democratica negli Stati membri, contenendo i lati oscuri dello Stato nazionale.

Weiler convinse molti accademici, ma non gli autori dei Trattati di Maastricht, Amsterdam, Nizza o Lisbona. Secondo i relativi preamboli, tutti questi Trattati mirano a rafforzare la democrazia nell'Unione e, in particolare, a farlo attraverso una maggiore parlamentarizzazione. Essi hanno nobilitato l'Assemblea della Comunità europea, trasformandola in un parlamento con un ruolo centrale nella maggior parte dei settori politici, e hanno introdotto la cittadinanza dell'Unione. Tuttavia, ciò non è bastato a convincere gli

---

[233] J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, cit., pp. 2470-2471.

[234] J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor?" and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 249-251, 340-342; ID., *Bread and Circus. The State of European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 4, 1998, p. 225.

[235] J.H.H. WEILER, *Not on Bread Alone Doth Man Liveth (Deut. 8:3; Mat 4:4): Some Iconoclastic Views on Populism, Democracy, the Rule of Law and the Polish Circumstance*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, Springer, Berlin, 2020, p. 3.

scettici. Al contrario, il Trattato di Maastricht diede vita a un nuovo dibattito in cui il principio democratico assunse un ruolo inedito: la difesa dello Stato nazionale.

40. La sentenza *Maastricht* del Secondo Senato

Con la storica sentenza *Maastricht*, il Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht* diede il primo importante contributo giurisprudenziale a questo dibattito [236]. Sebbene la sentenza non incida direttamente sulla validità del Trattato, essa getta le basi per la resistenza giudiziaria alle istituzioni europee. Alla luce di quanto già illustrato nel paragrafo 33, se ne esamina ora l'argomento decisivo, cioè il riferimento al principio democratico.

Il Secondo Senato adottò la sentenza *Maastricht* il 12 ottobre 1993, nel pieno della seconda *età di soglia* del diritto pubblico europeo (cfr. § 20). La cortina di ferro era appena caduta. La negoziazione e la ratifica del Trattato di Maastricht avevano politicizzato l'integrazione europea, come dimostrato dal fallimento del primo referendum danese e dalla ridotta prevalenza dei voti favorevoli su quelli contrari nel referendum francese. Il procedimento davanti alla Corte di Karlsruhe si inseriva nella disputa paneuropea sul significato di "*unione sempre più stretta*" [237].

In Germania, tale disputa fu particolarmente significativa, perché riguardava una nazione recentemente riunificata che, in aggiunta, aveva solo da poco riacquisito piena sovranità [238]. Con la riunificazione, la globalizzazione e il venir meno della minaccia sovietica, un'unione europea sempre più stretta avrebbe potuto esaurire il suo fascino per la Germania. L'integrazione globale, negoziata nell'*Uruguay Round* dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (GATT) in vista della creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), avrebbe potuto offrire una prospettiva alternativa. Il Regno Unito avrebbe deciso di seguire questa strada venticinque anni dopo. Ma i decisori politici tedeschi optarono per la via

---

[236] BVerfGE 89, 155, *Maastricht*, cit. Sul suo impatto, J. BAQUERO CRUZ, *The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement*, in *European Law Journal*, 14, 2008, p. 389. I materiali del procedimento sono presentati in I. WINKELMANN (a cura di), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993. Dokumentation des Verfahrens mit Einführung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

[237] Sul dibattito paneuropeo, vedi M. FRANKLIN-M. MARSH-L. MCLAREN, *Uncorking the Bottle. Popular Opposition to European Unification in the Wake of Maastricht*, in *Journal of Common Market Studies*, 32, 1994, p. 455.

[238] B. OLIVI, *L'Europa difficile. Storia politica dell'integrazione europea 1948-2000*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 338-339, 341-342, 361 ss.

europea, e lo fecero con una maggioranza schiacciante: 543 membri del *Bundestag* votarono a favore del Trattato di Maastricht, mentre i contrari furono solo 17.

Manfred Brunner, politico del *Frei Demokratische Partei* (FDP) ed *ex* capo di gabinetto del Commissario europeo Bangemann, insieme a Claudia Roth, poi presidente federale del partito *Bündnis 90/Die Grünen* e vicepresidente del *Bundestag* tedesco, non furono soddisfatti di quel risultato e presentarono un reclamo costituzionale. Con una mossa strategica magistrale, prima di decidere, il Secondo Senato attese di avere l'ultima parola. Aspettò lo svolgimento di tutti i referendum, le deliberazioni di tutti i parlamenti, le pronunce delle altre corti, così da attirare su Karlsruhe l'attenzione dell'opinione pubblica europea. Alcuni apparvero visibilmente imbarazzati dalla ribalta mediatica: il presidente federale Richard von Weizsäcker inviò la ratifica tedesca del Trattato al governo italiano (depositario) subito dopo la sentenza.

La pronuncia fu dirompente e giustificò in pieno la tensione con cui venne preannunciata. Il Secondo Senato respinse i reclami costituzionali contro la legge del 28 dicembre 1992 di ratifica del TUE e l'emendamento della Legge fondamentale del 21 dicembre 1992 che ne consentiva la ratifica. In tal modo, rimosse l'ultimo ostacolo che si frapponeva a un salto di qualità del diritto pubblico europeo. Al contempo, esso si riconobbe – molto più di tutte le altre corti costituzionali (cfr. § 33) – detentore di un potere di veto, così da imporre sia alle istituzioni tedesche che a quelle dell'UE limiti la cui portata sarà precisata nella sentenza *Lisbona*. Il Secondo Senato rivendicò, quindi, l'ultima parola sugli ulteriori passi dell'integrazione europea. Si tratta di una delle più grandi manifestazioni di potere nella storia della giustizia costituzionale giustificata in virtù del principio di democrazia.

La sentenza suscitò molte reazioni, alcune entusiastiche [239], altre di netto rifiuto [240]. Anche Weiler si espresse in modo estremamente critico, sebbene

---

[239] P.M. HUBER, *Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen. Die Bananenmarktordnung und das Grundgesetz*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, pp. 518 ss.; F.W. SCHARPF, *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?*, Campus Verlag, Frankfurt-New York, 1999, pp. 19-20; T.C. HARTLEY, *The Foundations of European Community Law*, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 240; H. RASMUSSEN, *The European Court of Justice*, GadJura, Copenhagen, 1998, pp. 272 ss.

[240] Per una raccolta di tali posizioni, vedi H.-P. FOLZ, *Demokratie und Integration. Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof über die Kontrolle der Gemeinschaftskompetenzen*, Springer, Berlin, 1999, p. 4; KOOPMANS, *Rechter, D-mark en democratie. Het Bundesverfassungsgericht en de Europese Unie*, in *Nederlands Juristenblad*, 69, 1994, p. 245; N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil. Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, 1, 1995, p. 259; A. LÓPEZ CASTILLO, *Constitución e integración. El fundamento constitucional de la integración supranacional europea en España y en la R.F.A*, CEPC, Madrid, 1996, pp. 193 ss., 354 ss.;

le premesse della sentenza fossero coerenti con la sua posizione sulla democrazia europea [241]. Nessun'altra sentenza di una corte nazionale ha suscitato un'analoga reazione in tutta Europa. In definitiva, la decisione della Corte di Karlsruhe ha contribuito a formare la società europea (cfr. §§ 2, 4, 32).

La motivazione della pronuncia è profondamente ambivalente: da un lato, delinea un modello dualistico di legittimazione democratica degli atti dell'Unione, in cui il modello di legittimazione nazionale e quello autenticamente europeo si integrano a vicenda; dall'altro, tuttavia, assume una concezione di democrazia che richiede l'esistenza di un popolo, di una nazione [242]. Proprio in ragione di tale ambivalenza, una più puntuale analisi della decisione consente di comprendere la democrazia europea.

Il Tribunale costituzionale tedesco, come è noto, giudica solo su questioni che investono la Legge fondamentale, e pertanto la sentenza non poté che basarsi su una delle disposizioni di quest'ultima. Il Secondo Senato costruisce il proprio ragionamento a partire dall'articolo 38 [243] che, tra l'altro, garantisce e disciplina il diritto di voto per il parlamento federale. Le doglianze relative alle violazioni di altri diritti vennero invece dichiarate infondate o inammissibili. In questo modo, il Tribunale costituzionale intese enfatizzare la violazione del principio democratico, in quanto problema fondamentale dell'Unione. Tale approccio riscosse un enorme successo nell'affrontare la questione del deficit democratico, divenuta cruciale per il futuro costituzionale della società europea. Ci si potrebbe domandare come si sarebbe sviluppato l'assetto costituzionale europeo se la Corte costituzionale italiana o spagnola avessero attribuito un ruolo simile al principio di solidarietà [244].

Va precisato che l'articolo 38 della Legge fondamentale, sulla cui base il Secondo Senato fondò il proprio ragionamento, non menziona affatto l'Unione europea. Esso si limita a garantire il diritto di voto alle elezioni del

---

F. MANCINI, *Europa: Gründe für einen Gesamtstaat*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 81, 1998, pp. 393-394.

[241] J.H.H. WEILER, *The State 'über alles' Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in O. DUE-M. LUTTER-J. SCHWARZE (a cura di), *Festschrift für Ulrich Everling, Bd. 2*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 1654-1655.

[242] B.-O. BRYDE, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, in *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 5, 1994, p. 305. In italiano il titolo reciterebbe: "*La democrazia popolare della Repubblica Federale Tedesca come errore della teoria democratica*".

[243] Non esiste una traduzione ufficiale di tale sentenza in italiano; per una chiara traduzione in lingua inglese, vedi G. WEGEN-C. KUNER, *Text of Decision: Judicial and Similar Proceedings: Germany: Federal Constitutional Court. Decision Concerning the Maastricht Treaty*, in *International Legal Materials*, 33, 1995, p. 395 e spec. pp. 409 ss.

[244] Sul metodo controfattuale negli studi giuridici, vedi I. VENZKE, *What If? Counterfactual (Hi)Stories of International Law*, in *Asian Journal of International Law*, 8, 2018, p. 403.

Bundestag tedesco. La ragione di questa scelta discende dal fatto che con un reclamo costituzionale possono farsi valere soltanto violazioni di diritti garantiti dalla Legge fondamentale e non anche violazioni di meri princìpi come quello democratico (articolo 20, primo e secondo comma, della Legge fondamentale). Con un'interpretazione fortemente creativa, dunque, il Secondo Senato ha dedotto dal diritto di voto il diritto a un parlamento dotato di poteri significativi. Su questa sola base, il Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco si è affermato come uno dei principali organi decisionali a livello europeo mediante un'estensione della propria giurisdizione che ha suscitato enormi critiche [245].

Il Secondo Senato definì il nucleo inviolabile della democrazia parafrasando l'articolo 20, secondo comma, primo periodo, della Legge fondamentale, per il quale "*[t]utto il potere statale emana dal popolo*". Ne trasse come "*elemento inviolabile del principio di democrazia che lo svolgimento delle funzioni statali e l'esercizio dell'autorità statale derivino dal popolo dello Stato e che debbano, in linea di principio, essere giustificati da tale popolo*". Si noti la minima ma rilevante aggiunta: mentre l'articolo 20 della Legge fondamentale si limita a evocare il "*popolo*", il Tribunale costituzionale si riferisce al "*popolo dello Stato*" ("*Staatsvolk*"), così enfatizzando la connotazione statalista del concetto.

Una siffatta definizione di democrazia ha natura formale, insistendo sulla promanazione e sulla responsabilità. Il terzo passaggio logico dell'argomentazione del Secondo Senato introdusse anche un criterio sostanziale, richiedendo "*un grado sufficiente di legittimazione democratica*". A sostegno di ciò, il Tribunale costituzionale citò Ernst-Wolfgang Böckenförde, all'epoca uno dei giudici del Secondo Senato chiamato a decidere, e la sua dottrina della "*catena di legittimazione*" che rappresenta uno dei principali contributi al pensiero della Repubblica federale, nonché un importante adattamento degli scritti schmittiani (cfr. § 4) [246].

Il Secondo Senato assunse dunque una decisione di vasta portata che condusse a concepire la Comunità (l'attuale Unione) alla stregua di un'istituzione di diritto amministrativo. Va ricordato che proprio la dottrina della "*catena di legittimazione*" ha svolto un importante ruolo nella democratizzazione dell'amministrazione tedesca (cfr. § I.D). Del resto, anche il controllo *ultra vires* del Secondo Senato si basa su una dottrina di diritto

---

[245] I. WINKELMANN (a cura di), *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993*, cit., pp. 61 ss.; C. TOMUSCHAT, *Die Europäische Union unter Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 20, 1993, p. 489.

[246] E.-W., BÖCKENFÖRDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II*, C.F. Müller, Karlsruhe, 2004, nn. 11 ss.

amministrativo, in questo caso di diritto amministrativo inglese [247]. Lo stesso può dirsi per la dottrina della "*caduta di influenza*" (*Einflussknick*) [248]. Ma l'Unione non può essere ridotta a un'amministrazione. Si sono già evidenziati i limiti di questo approccio, discutendo della concezione esecutiva della Comunità di Ipsen (cfr. § 18). Attualmente, invero, l'Unione rappresenta un sistema politico transnazionale dotato di un proprio parlamento e di una propria cittadinanza.

Su quella base concettuale, tuttavia, il Secondo Senato chiese di garantire al popolo tedesco la legittimazione democratica del, e l'influenza sul, processo politico dell'unione sovranazionale. Dunque, il principio di democrazia tedesco richiede il controllo tedesco. Ne discende che l'atto tedesco di approvazione del Trattato di Maastricht non è idoneo a trasferire all'Unione la competenza di assegnare le competenze (*Kompetenz-Kompetenz*), e che il Consiglio deve rimanere un organo decisionale centrale.

Secondo i critici della decisione, fu un errore invocare "*il popolo*" come singolare collettivo, considerato che la vera questione democratica investe l'esigenza di favorire la partecipazione dei singoli cittadini (al governo) [249]. Pur comprendendosi il senso di questa critica, una ricostruzione alla luce dei Trattati dell'UE induce a riconoscere che anche gli autori dei Trattati attribuiscono un ruolo significativo al popolo o, più precisamente, ai popoli degli Stati membri che sono essenziali per la democrazia europea (cfr. § 42).

Anche l'ulteriore definizione dell'Unione come "*associazione di Stati*" (*Staatenverbund*, tradotto altresì come "*alleanza di Stati*", "*comunità di Stati*", "*comunità intergovernativa*"), sempre adottata dal Tribunale costituzionale federale tedesco, ha suscitato critiche, perché minimizza il ruolo dell'Unione come autorità o sistema politico indipendente. Una tale definizione, infatti, fa quasi scomparire l'Unione, suffragando la posizione Statocentrica del Secondo Senato [250]. Anche le successive pronunce confermano

---

[247] M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The Chicago University Press, Chicago, 1981, p. 116.

[248] BVerfGE, *Programma OMT*, cit., punto 131. Per un articolo che pone le basi del ragionamento della Corte, vedi P.M. HUBER, *Das europäisierte Grundgesetz*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 124, 2009, p. 576.

[249] B.-O. BRYDE, *Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie*, cit., pp. 308-309, 324; J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 141-142; M. ZULEEG, *What Holds a Nation Together? Cohesion and Democracy in the United States of America and in the European Union*, in *The American Journal of Comparative Law*, 45, 1997, pp. 523-524. Si noti che quest'ultimo Autore era all'epoca giudice tedesco della CGCE.

[250] Per approfondimenti, A. VON BOGDANDY, *Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung: Gängige Missverständnisse des Maastricht-Urteils und deren Gründe (BVerfGE89, 155 ff.)*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 83, 2000, p. 284.

questo orientamento (cfr. § 33) [251], così come quelle sulla già menzionata dottrina della "*caduta di influenza*" [252].

A differenza della più radicale giurisprudenza adottata in seguito dal Secondo Senato, nella sentenza *Maastricht* si rinvengono due diverse concezioni di democrazia, che riflettono forse il compromesso raggiunto dal Senato (nella composizione di allora) per assumere all'unanimità la decisione. Le due concezioni si comprendono alla luce delle tre principali prospettive con le quali si suole affrontare la questione democratica nel processo di integrazione europea: nell'ottica di uno Stato federale, nell'ottica di una terza via e in un'ottica incentrata sulle nazioni.

L'approccio che tende ad uno Stato federale sostiene che un Parlamento europeo, come la Camera dei deputati belga, il *Bundestag* tedesco o il Consiglio nazionale austriaco, possa e debba farsi carico in via principale del peso democratico [253]. In questo caso, la volontà politica e l'ingegneria istituzionale forniscono la soluzione alla questione della legittimazione democratica dell'Unione europea. Non sorprende che la sentenza del Secondo Senato non contenga alcuna eco di queste voci. L'approccio federalista si rinviene, invece, nella sentenza *Matthews c. Regno Unito*, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo si riferisce al Parlamento europeo come all'organo democratico centrale dell'Unione [254], lasciando così intendere una critica alla decisione *Maastricht* del Tribunale costituzionale federale tedesco.

A differenza della prospettiva federale, la terza via implica una struttura dualista di legittimazione, come proposto dal Rapporto Vedel nel 1972 (cfr. § 39). Nella interpretazione di chi scrive, la valutazione del Parlamento europeo da parte del Secondo Senato, alle pagine 419-421, rispecchia questa visione. Essa sottolinea la "*necessità*" del Parlamento europeo, riconoscendo già nel 1993 che dovesse essere tale organo a fornire legittimazione democratica all'Unione. Inoltre, si sostiene che il ruolo legittimante del Parlamento si sarebbe rafforzato se si fossero soddisfatti alcuni "*prerequisiti*", come

---

[251] Sulla giurisprudenza relativa al salvataggio dell'Euro, vedi A. FARAHAT, *Transnationale Solidaritätskonflikte*, cit., pp. 181 ss.

[252] Ma vedi A. VOßKUHLE, *Über die Demokratie in Europa*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 62, 2012, p. 3.

[253] M. SCHULZ, *Parlamente in Not?*, in C. FRANZIUS-F.C. MAYER-J. NEYER (a cura di), *Modelle des Parlamentarismus im 21. Jahrhundert. Neue Ordnungen Von Recht und Politik*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 42-43; U. GUÉROT, *Warum Europa eine Republik werden muss! Eine politische Utopie*, Dietz, Bonn, 2016, pp. 81 ss.; G. VERHOFSTADT, *Europe's Last Chance: Why the European States Must Form a More Perfect Union*, Basic Books, New York, 2017, pp. 229 ss.

[254] Corte EDU, 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito,* ric. n. 24833/94, punto 52; G. RESS, *Das Europäische Parlament als Gesetzgeber. Der Blickpunkt der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2, 1999, p. 226. All'epoca, Ress era il giudice tedesco presso la Corte europea dei diritti dell'uomo.

un'opinione pubblica europea formatasi in uno spazio comunicativo europeo, in altre parole, come se fosse esistita una società europea. A differenza delle successive decisioni del Secondo Senato, la sentenza non mette mai in discussione la natura del Parlamento europeo, né il suo ruolo democratico.

È ben vero che il Tribunale costituzionale afferma che i parlamenti nazionali conferiscono, in prima istanza, una legittimazione democratica. Il che potrebbe ritenersi una mera valutazione fattuale sul funzionamento della legittimazione democratica del 1992, o potrebbe rappresentare il consolidamento giuridico dello *status* dei parlamenti nazionali. La prima interpretazione sembra più convincente, poiché alla seconda mancherebbe una base giuridica. Inoltre, la prima troverebbe ampio consenso, stante la difficoltà di contestare che, nel 1992, la legittimazione democratica dell'Unione abbia avuto origine nei parlamenti nazionali, con la ratifica dei Trattati, legittimando così i rappresentanti dei governi nel Consiglio.

Il Secondo Senato prefigurò quindi la graduale realizzazione di una doppia struttura di legittimazione, riconoscendo che la necessità di una legittimazione democratica attraverso il Parlamento europeo aumenta "*in considerazione del grado di crescita sempre più stretta delle nazioni europee*".

Ma nella sentenza si rinvengono tracce anche della terza prospettiva e, in effetti, molti vi leggono una manifestazione della visione incentrata sullo Stato nazionale. Subito dopo il passaggio poc'anzi citato, la logica argomentativa dei giudici cambia, lasciando intendere che sono solo i popoli degli Stati membri a fornire legittimazione, e scompare la legittimazione attraverso il Parlamento europeo. Il *demos statale* diviene così soggetto decisivo ed esclusivo della democrazia.

41. L'omogeneità e l'Europa di Heller

La sentenza *Maastricht* fu interpretata da molti come espressione della visione incentrata sullo Stato nazionale, anche perché in essa si allude al concetto di omogeneità (cfr. §§ 4, 32). Secondo il Tribunale costituzionale, infatti, "*gli Stati necessitano di ambiti di competenza propri sufficientemente significativi, nei quali il rispettivo popolo possa svilupparsi e articolarsi in un processo di formazione della volontà politica da esso legittimato e guidato, in modo da dare espressione giuridica a ciò che lo unisce – in modo relativamente omogeneo – dal punto di vista intellettuale, sociale e politico (cfr. H. HELLER,* Politische Demokratie und soziale Homogenität, Gesammelte Schriften*, Vol. 2, 1971, pp. 427 ss.)*" [255].

[255] BVerfGE 89, 155, *Maastricht*, cit.

Il Secondo Senato fa dunque assurgere lo Stato nazionale a chiave di volta del principio di democrazia [256]? La principale preoccupazione del Tribunale costituzionale in questo passaggio della motivazione non era il processo democratico europeo ma quello tedesco. Non sostiene, infatti, che "*l'omogeneità relativa*", una nazione o uno Stato, siano prerequisiti essenziali di qualsiasi processo democratico. L'unico elemento a suggerire che il Secondo Senato abbia formulato una considerazione generale è che la citazione poc'anzi richiamata rappresenta il solo riferimento teorico espresso, ciò potrebbe implicare che da esso il Tribunale costituzionale derivi la sua concezione di democrazia. Se il passo citato fosse attribuito esclusivamente a Hermann Heller, un democratico integerrimo, non avrebbe suscitato tanto allarme. Molti, invece, ritengono che possa attribuirsi anche a Carl Schmitt, dato che in quel passaggio Heller cita *Il concetto di 'politico'*. Per questo si è sostenuto che la concezione della democrazia del Secondo Senato è fondamentalmente schmittiana [257]. Se ciò fosse vero, ne discenderebbe che per il Tribunale costituzionale tutti i tentativi di realizzazione di una vera democrazia europea sarebbero destinati a fallire e, di conseguenza, sarebbero assai pericolosi (cfr. § 14).

Il lavoro di Heller prese in esame i presupposti della democrazia nel contesto dei conflitti sociali della Repubblica di Weimar. Come molti teorici di tradizione hegeliana [258], Heller considerò senz'altro essenziale per una democrazia funzionante l'esistenza di un'identità collettiva (vedi § 32). Superò, tuttavia, l'idea che a tal fine si dovesse fare riferimento ai fattori tradizionali che contribuiscono a determinare l'identità, come una lingua, una storia e una cultura condivise, trattandosi di fenomeni del passato. E lo spiegò ricorrendo al tempo del verbo più estremo del passato, il piuccheperfetto (trapassato prossimo): "*[n]ell'Europa moderna […], una lingua, una cultura e una storia politica condivise erano stati i fattori più importanti dell'allineamento socio-psicologico*" [259]. Heller usa il piuccheperfetto perché per lui la posta in gioco nella Repubblica di Weimar era di ben altra natura.

Per Heller, infatti, le sorti della repubblica democratica erano appese a un unico filo: le classi dirigenti dovevano convincere i membri della classe

---

[256] Vedi F. MANCINI, *Europa: Gründe für einen Gesamtstaat*, cit., pp. 393-394; J.H.H. WEILER, *The State 'über alles' Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, cit., pp. 1654-1655; J. SCHWARZE, *Europapolitik unter deutschem Verfassungsrichtervorbehalt*, in *Neue Justiz*, 48, 1994, p. 1.

[257] M.D. DUBBER, *The German Jury and the Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology*, in *American Journal of Comparative Law*, 43, 1995, pp. 259 ss.

[258] H. HELLER, *Hegel und die deutsche Politik*, in *Zeitschrift für Politik*, 13, 1924, p. 132.

[259] H. HELLER, *Politische Demokratie und soziale Homogenität (1928)*, in M. DRATH-C. MÜLLER (a cura di), *Gesammelte Schriften, Bd. 2*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1971, p. 429.

operaia di poter migliorare la propria condizione con le procedure e i princìpi della Costituzione di Weimar. Ricerche successive hanno confermato lo stretto nesso tra stabilità democratica e condizioni materiali dei singoli individui [260]. Ancora, Heller postulò uno Stato federale europeo come opzione politica. Già nel 1928, cioè prima della catastrofe della Seconda guerra mondiale, scrisse: "*nell'Europa del dopoguerra [cioè della Prima guerra mondiale] l'idea di Stato nazionale sovrano ha perso gran parte della sua persuasività tra tutte le classi. La questione che è diventata altamente problematica per la stessa classe dirigente è se l'odierno Stato nazionale serva all'autoconservazione della nazione meglio di uno Stato federale europeo. Molto presto, quindi, l'idea nazionale si rivelerà insufficiente a legittimare la formazione democratica dell'unità*" [261].

Non può sfuggire l'ironia di questa citazione da parte del Secondo Senato. Già prima della catastrofe della Seconda guerra mondiale, Hermann Heller, autorità accademica di riferimento per il Secondo Senato in tema di democrazia, considerava uno Stato federale europeo un'opzione sostenibile per gestire i conflitti sociali e salvaguardare la democrazia [262]. Secondo Heller, uno Stato federale di questo tipo avrebbe dato origine a un'identità collettiva se avesse stabilito con mezzi democratici lo Stato *sociale* di diritto [263]. Questa (pre)visione somiglia molto a quella che gli autori dei Trattati adottarono prima nel Trattato di Amsterdam del 1997 e poi, ancora più esplicitamente, nel Trattato di Lisbona del 2007: dopo l'esperienza del fascismo, del nazionalsocialismo, dell'autoritarismo iberico e greco e del comunismo sovietico, la visione di Heller è in gran parte confluita nei dodici princìpi dell'articolo 2 TUE.

E. Una democrazia di molte mediazioni

La prima posizione paradigmatica della seconda *età di soglia* considera la democrazia europea come la salvezza della democrazia nazionale, come

---

[260] D. ACEMOGLU-J.A. ROBINSON, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, Profile Books, London, 2013; D. ACEMOGLU *et al.*, *Democracy Does Cause Growth*, in *Journal of Political Economy*, 127, 2019, p. 47.

[261] H. HELLER, *Politische Demokratie*, cit., p. 433.

[262] Sul contesto dei dibattiti durante il periodo di Weimar, vedi A. OSIANDER, *Missionare oder Analytiker? Versuch einer Neubewertung der "idealistischen" Schule in der Lehre von den internationalen Beziehungen*, in J. STEFFEK-L. HOLTHAUS (a cura di), *Jenseits der Anarchie. Weltordnungsentwürfe im frühen 20. Jahrhundert*, Campus Verlag, Frankfurt-New York, 2014, p. 25.

[263] H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, cit., pp. 9, 26.

aveva prefigurato Hermann Heller. La seconda, esemplificata da Weiler e dal Secondo Senato, esprime invece forti dubbi sulla possibilità di una democrazia sovranazionale. Negli anni che seguirono, la società europea discusse ampiamente la questione nei media, nei partiti politici e nei circoli accademici [264]. Nel 2007, gli autori dei Trattati adottarono una mediazione tra le molteplici posizioni, e gli articoli 2 e da 9 a 12 TUE ne evidenziano i tratti essenziali. Ed è bene che sia stata positivizzata una democrazia di mediazioni. Gli autori dei Trattati optarono per un sistema di governo complesso che manca proprio di ciò che il pensiero autoritario rivendica come promessa principale della democrazia: l'immediatezza [265].

Il Trattato stabilisce che l'Unione opera come una democrazia rappresentativa (articolo 10, paragrafo 1, TUE). Questa decisione implica una ricostruzione del concetto di democrazia, ripercorrendo un sentiero irto, tra utopia e apologia (cfr. § 4) [266]. Essenziale per l'analisi è la comparazione giuridica, dato che il principio democratico dell'articolo 2 TUE deve conformarsi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (cfr. §§ 34, 74).

Si deve affrontare anzitutto il problema di come le istituzioni rappresentative possano funzionare senza un *demos* europeo (cfr. § 42). Si chiarirà poi come le elezioni senza parità sul piano elettorale possano portare a un parlamento rappresentativo, perché i Consigli siano rappresentativi e perché i triloghi, spesso malvisti, rappresentino una conquista democratica (cfr. § 43). Infine, si suggerirà come promuovere ulteriormente la trasformazione democratica (cfr. § 44).

42. In nome di chi?

Etimologicamente, democrazia significa governo del popolo. Pur non esistendo *un* popolo europeo, né nei Trattati europei né per la maggior parte

---

[264] B. KOHLER-KOCH-B. RITTBERGER, *Charting Crowded Territory. Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, in B. KOHLER-KOCH-B. RITTBERGER (a cura di), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2007, p. 1; per la svolta rappresentativa sostenuta in questa opera, vedi S. KRÖGER-D. FRIEDRICH, *Introduction: the representative turn in EU studies*, in *Journal of European Public Policy*, 20, 2013, p. 155; S. NÄSSTRÖM, *Where is the representative turn going?*, in *European Journal of Political Theory*, 10, 2011, p. 501.

[265] G. FRANKENBERG, *Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2020, pp. 255 ss.

[266] F.W. SCHARPF, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Universitätsverlag Konstanz, Konstanza, 1970; D. INNERARITY, *Democracy in Europe. A Political Philosophy of the EU*, Palgrave Macmillan, London, 2018, pp. 61 ss.

dei cittadini europei (cfr. §§ 2, 31, 33) [267], il Trattato definisce comunque l'Unione come una democrazia. Ci si può trovare pertanto su un terreno insidioso, costruendo istituzioni pseudo-democratiche per una società che potrebbe dirsi democratica soltanto di nome.

Una diversa interpretazione sembra più persuasiva. In questa prospettiva si assume che il Trattato sia riuscito in quello che Peter Badura indicò, già nel 1964, come la chiave per un futuro democratico (cfr. § 27): liberare la democrazia (compresa la sua teoria) dal contesto dello Stato nazionale [268]. Per fare ciò, gli autori dei Trattati non hanno demolito l'edificio già esistente di istituzioni, teorie e concezioni democratiche, ma hanno aperto dei varchi nell'edificio, così da permetterne un'espansione in grado di ospitare ventisette democrazie nazionali sotto un nuovo tetto. Questo tetto, che copre quasi un intero continente, crea una nuova dimensione della democrazia, ossia una società europea democratica, come recita l'articolo 2 TUE.

Per costruire una democrazia europea, gli autori dei Trattati si sono basati su ciò che già esisteva: anziché postulare *un* popolo europeo, il Trattato evoca i "*popoli dell'Europa*" (articolo 1, secondo comma, TUE) e, al contempo, li trasforma, poiché l'articolo 3, paragrafo 1, TUE fa riferimento ai popoli dell'Unione (i "*suoi popoli*"). Di conseguenza, ogni popolo non appartiene solo al proprio Stato membro, ma anche all'Unione.

Il Trattato UE assegna ai popoli degli Stati membri un ruolo centrale nella democrazia europea. Il Trattato dà certamente valore alla democrazia nazionale, del resto i popoli legittimano l'Unione come soggetto democratico attraverso l'atto di ratifica dei Trattati, le adesioni e le risorse finanziarie (articolo 48-9 TUE, articolo 311 TFUE) e partecipando, tramite i propri governi, al Consiglio europeo e al Consiglio (articolo 10, paragrafo 2, secondo comma, TUE). Il ruolo forte dei parlamenti nazionali e dei Consigli è fondamentale per garantire la democrazia nell'UE: esso risponde a una preoccupazione già espressa da Kant, ossia che un governo continentale centralizzato potesse rivelarsi particolarmente dispotico [269].

Il concetto di popolo, dunque, continua a svolgere un ruolo decisivo, ma su una trama nuova. Si consideri che il Trattato utilizza questo termine al

---

[267] Un *demos* europeo è tuttavia postulato da A. AUGUSTIN, *Das Volk der Europäischen Union. Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000. Vedi anche le conclusioni dell'AG Sharpston, 31 ottobre 2019, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione europea c. Polonia e altri*, punto 253 (in reazione al voto sulla Brexit).

[268] P. BADURA, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, cit., p. 38; M. NETTESHEIM, *Demokratisierung der Europäischen Union und Europäisierung der Demokratietheorie*, in H. BAUER-P.M. HUBER-K.-P. SOMMERMANN (a cura di), *Demokratie in Europa*, Springer, Berlin, 2005, p. 143.

[269] I. KANT, *Zum ewigen Frieden (1795)*; trad. it. *Per la pace perpetua*, Feltrinelli, Milano, 2013.

plurale e non, come la maggior parte delle costituzioni, al singolare. Tale cambiamento si riflette nella proposta di concepire l'Unione come una *demoicrazia*. L'Unione rappresenta il governo di ventisette popoli anziché di uno solo [270].

Concepire la democrazia come *demoicrazia* non ne fa venir meno l'idea, come dimostra l'analisi comparata. Anche il pensiero costituzionale delle democrazie continentali degli Stati Uniti e dell'India contiene una concezione plurale di "*popolo*" [271]. Uno dei capisaldi della Costituzione boliviana del 2009, volta a portare la democrazia in un Paese eterogeneo, è proprio l'idea di Stato plurinazionale. Se ne trae, dunque, che lo Stato nazionale non è mai stato l'unico edificio in grado di ospitare la democrazia.

Concepire l'Unione come una democrazia di popoli, come una *demoicrazia*, è il primo passo per comprendere le scelte politiche indicate nell'articolo 10 TUE. Ma da solo non basta a spiegare le strutture democratiche del Trattato UE. Per restare alla metafora della casa, la *demoicrazia* coglie solo le aperture laterali, non l'ulteriore piano comune.

Il Trattato fonda la legittimazione democratica dell'Unione non solo sui propri popoli, ma anche sulla cittadinanza dell'Unione. Ciò rientra nella tradizione del pensiero democratico, come emerge dalla critica di Bryde alla sentenza *Maastricht* (cfr. § 40), e ha radici profonde anche in Germania: in uno dei suoi saggi più famosi, Peter Häberle concepisce la democrazia tedesca proprio come una "*democrazia dei cittadini*", non come una "*democrazia del popolo*" [272].

Ciò è coerente con il Trattato UE, il cui Titolo II, recante "*Disposizioni relative ai principi democratici*", all'articolo 9, si apre con la previsione della cittadinanza dell'Unione. Una siffatta cittadinanza transnazionale, come base democratica dell'autorità pubblica, costituisce un ulteriore passo in avanti. L'articolo 10 TUE precisa che "*il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa*" e stabilisce che "*i cittadini sono direttamente rappresentati […] nel Parlamento europeo*".

---

[270] K. NICOLAÏDIS, *The New Constitution as European "Demoi-cracy"?*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 7, 2004, p. 76; F. CHENEVAL-F. SCHIMMELFENNIG, *The Case for Demoicracy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 51, 2013, p. 334.

[271] P. DANN-A. THIRUVENGADAM, *Comparing Constitutional Democracy in the European Union and India: An Introduction*, in P. DANN-A.K. THIRUVENGADAM (a cura di), *Democratic Constitutionalism in India and the European Union. Comparing the Law of Democracy in Continental Polities*, Elgar, Cheltenham, 2021, p. 2. Per quanto riguarda gli Stati Uniti, cfr. § 31.

[272] P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *JuristenZeitung*, 30, 1975, p. 302.

Il Trattato fonda la legittimità democratica delle istituzioni dell'Unione nei popoli degli Stati membri *e* nei cittadini dell'Unione [273]. L'articolo 10, paragrafo 2, TUE stabilisce due canali di rappresentanza democratica, uno incarnato dal Consiglio europeo e dal Consiglio, l'altro dal Parlamento europeo, eletto direttamente dai cittadini dell'Unione. Si può dunque a buon titolo parlare di doppia legittimazione [274].

La doppia legittimazione democratica va oltre l'autorità "*in nome del popolo*" (cfr. § 64). Secondo l'idea di unione espressa nell'articolo 1, secondo comma, TUE (cfr. § 11), l'Unione europa trae la propria legittimazione democratica dall'interazione tra le diverse istituzioni dei diversi ordinamenti giuridici. La legittimazione democratica delle istituzioni dell'Unione è complessa. La sua struttura pluralistica non è inficiata dall'idea che, in ultima analisi, gli stessi individui votano sia come cittadini dello Stato che come cittadini dell'Unione [275], dato che le mediazioni democratiche europee avvengono tramite istituzioni e procedure diverse, che riflettono i molteplici ruoli e le molteplici identità degli individui rappresentati [276].

Dei due canali democratici, quello che riunisce i ventisette sistemi nazionali assume una rilevanza maggiore, basti pensare alla ratifica dei Trattati e al ruolo chiave del Consiglio europeo. Sotto questo aspetto, la valutazione del Trattato coincide con quella del Secondo Senato nella sentenza *Maastricht* (cfr. § 40). L'attribuzione agli Stati membri di un ruolo tanto centrale nella democrazia europea esige che l'Unione vigili sulle credenziali democratiche degli stessi Stati membri. Pertanto, l'interesse dell'Unione rispetto alle condizioni democratiche degli Stati membri è basilare e giustificato (cfr. §§ II.F, III.F, IV.D). La Corte di giustizia se ne è occupata spesso in relazione a questioni delicate: la Brexit e le controversie tra lo Stato centrale spagnolo e i separatisti catalani ne sono esempi emblematici [277]. La tutela

---

[273] S. OETER, *Federalism and Democracy*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 66.

[274] Probabilmente il primo a utilizzare tale espressione è stato W. KLUTH, *Die demokratische Legitimation der Europäischen Union. Eine Analyse der These vom Demokratiedefizit der Europäischen Union aus gemeineuropäischer Verfassungsperspektive*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995, pp. 67 ss.

[275] I. PERNICE, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 60, 2001, p. 176; J. VON ACHENBACH, *Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union. Theorie und Praxis der dualen Legitimationsstruktur europäischer Hoheitsgewalt*, Springer, Berlin, 2014, p. 463.

[276] J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law*, in *European Journal of International Law*, 23, 2012, pp. 342 ss.

[277] CGUE, *Wightman et al.*, cit., punto 66; 19 dicembre 2019, *Junqueras Vies*, causa C-502/19, punto 63.

della democrazia in alcuni Stati membri è diventata forse il compito più impegnativo per l'Unione [278].

Per quanto rilevante, il canale democratico ancorato al livello nazionale non è sufficiente. Solo alcune voci sostengono un'Unione costituita unicamente dai Consigli, senza il Parlamento europeo [279]. Il Trattato, invece, assegna al Parlamento un ruolo costitutivo, ponendolo al vertice delle istituzioni dell'Unione: sia l'articolo 10 TUE che l'articolo 13 TUE lo indicano anche prima del Consiglio europeo.

Le istituzioni rappresentative dell'Unione rappresentano i popoli e i cittadini dell'Unione. Rappresentano quindi un "*noi*" democratico? L'interrogativo è significativo quanto quello sul popolo europeo. Sebbene molti autori non esigano l'esistenza di un popolo nella loro concezione della democrazia, tuttavia, essi richiedono l'esistenza di un'identità collettiva nel senso di un "*noi*" (cfr. § 32), postulando l'autodeterminazione collettiva come fine ultimo della democrazia [280].

Ma benché la politica europea miri a creare un'identità collettiva europea (cfr. § 31), nessun elemento consente di assumere che gli autori dei Trattati abbiano condizionato la democrazia europea a un "*noi*" europeo. Si tratta di una considerazione realistica: sebbene esistano processi autoriflessivi nella società europea (cfr. §§ 2, 32), pressoché nessuno giunge a sostenere che esista un "*noi*" europeo espressione di una autodeterminazione collettiva. Il "*We the People*" della Costituzione americana può anche essere nella mente degli europei (si pensi al preambolo del Trattato che istituiva la Comunità politica europea), ma non compare nel testo dei Trattati europei, che si aprono con i riferimenti a Sua Maestà il Re del Belgio, seguito da Sua Maestà la Regina di Danimarca.

Concepire la democrazia come autodeterminazione collettiva conduce a ritenere l'Unione incapace di democrazia. Questa visione è presente nella società europea e alimenta il suo atteggiamento autocritico. Essa certamente rappresenta un'idea meritevole di rispetto [281], ma non è utile per interpretare l'articolo 2 e l'articolo 10 TUE, poiché non riesce a restituire la decisione

---

[278] Vedi i contributi di B. Bakó, S. Biernat, A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, M. Bonelli, I. Canor, C. Dupré, A. Frackowiak-Adamska, P. Filipek, J. Kirchmayr, J. Łacny, A. Nowak-Far, J. Polakiewicz, G. Rugge, W. Sadowski, M. Schmidt, W. Schroeder, P. Sonnevend, D. Spieker, M. Taborowski, J.H.H. Weiler, M. Wiacek in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, Springer, Berlin, 2021.

[279] N. KLAUSMANN, *Nur Populismus? AfD will das Europäische Parlament "abschaffen"*, in *Polis Blog* (23 maggio 2019).

[280] C. MÖLLERS, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 28 ss.

[281] J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 118.

politica alla base di queste disposizioni. Per tale ragione, uno studioso che voglia ricostruire il diritto positivo (cfr. §§ 4, IV.D) deve affidarsi ad altre teorie.

Non aderendo alla concezione della democrazia come autodeterminazione, gli autori del Trattato sull'UE non hanno tradito la democrazia. Esistono numerose teorie accreditate che concepiscono la democrazia non come autodeterminazione collettiva, ma come processo di una società pluralistica [282]. I cittadini dell'Unione che percepiscono l'Unione come una democrazia condividono implicitamente questa visione (cfr. § 44).

La decisione di non concepire la democrazia come autodeterminazione non implica l'assunzione di un concetto minimalista [283]. L'articolo 2 TUE esige che gli atti dell'Unione siano conformi ai princìpi del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia, della solidarietà e dell'uguaglianza tra donne e uomini, del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Si tratta di una concezione ricca ed esigente, che si addice alle complessità della società europea.

Sebbene il Trattato non risponda alla domanda su chi sia il soggetto democratico, è però chiaro sul fatto che le istituzioni dell'Unione, pur non rappresentando un popolo europeo, rappresentano quasi 450 milioni di individui che sono contemporaneamente cittadini degli Stati membri, cittadini dell'Unione e membri della società europea.

43. Rappresentazione democratica

Ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 2, TUE, il Parlamento europeo, il Consiglio europeo e il Consiglio garantiscono la rappresentanza democratica [284]. Resta da chiarire se questa affermazione tradisca le tradizioni costituzionali degli Stati membri. Infatti, il Trattato opta per un'elezione diseguale del Parlamento europeo e per una composizione dei Consigli formata dai membri

---

[282] H. PREUß, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Julius Springer, Berlin, 1889; H.J. LASKI, *The Foundations of Sovereignty*, Harcourt, New York, 1921, p. 251; A. VOßKUHLE, *Hugo Preuss als Vordenker einer Verfassungstheorie des Pluralismus*, in *Der Staat*, 50, 2011, p. 251.

[283] Sugli approcci minimalisti, vedi J. HABERMAS, *Legitimation Crisis (1973)*, Beacon Press, Boston, 1992, pp. 123 ss.

[284] Sulla rappresentanza democratica della Commissione europea, vedi G. RUGGE, *Trilogues: The Democratic Secret of European Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021, cap. VI.2.d.

degli esecutivi nazionali. Inoltre, ad alcuni la vita politica delle istituzioni appare priva di sostanza democratica.

Si assume qui una diversa visione. Essa si basa su una concezione complessa della democrazia che comprende molte mediazioni e trascende Schmitt, Leibholz e la *partisanship* che caratterizza il modello Westminster. Scegliendo tra i grandi teorici della democrazia, ci si avvale della nemesi di Schmitt, Hans Kelsen, per il quale il compromesso costituisce il cuore della democrazia [285].

Onde evitare l'impressione di un'apologia, va chiarito che questa sezione si concentra sulla dimensione classificatoria della democrazia e, pertanto, riflette sull'opportunità di qualificare l'Unione come un sistema di governo democratico o non democratico. Non si intende sostenere che quello europeo è il migliore di tutti i sistemi di governo democratici possibili o che non debba accrescere le proprie credenziali democratiche (vedi § 44).

43.1. Diritti di voto diseguali

Chi dubita della natura rappresentativa del Parlamento europeo richiama l'autorevole voce del Tribunale costituzionale tedesco. Nella sentenza *Lisbona*, il Secondo Senato ritiene che gli autori dei Trattati abbiano commesso un errore concettuale denominando "*Parlamento*" tale istituzione [286]. Si è già avuto modo di confutare la dottrina per la quale un vero parlamento europeo richiederebbe un popolo europeo (cfr. § 42), ma lo svilimento del Parlamento europeo da parte del Tribunale costituzionale si fonda anche sul fatto che non tutti i voti espressi per la sua elezione hanno lo stesso peso.

Ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 3, TUE, infatti, i membri del Parlamento europeo sono eletti a suffragio universale, ma non uguale. La disuguaglianza deriva innanzitutto dal fatto che le leggi degli Stati membri che regolano le elezioni differiscono tra loro (come negli Stati Uniti). Il problema è ben noto, ed è per questo che l'articolo 223, paragrafo 1, TFUE impone l'adozione di una disciplina uniforme [287].

---

[285] H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1929, p. 57; trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2004; R.C. VAN OOYEN, *Verfassungsrealismus als sozial-liberal-demokratisches Projekt: Lassalle – Kelsen – Fraenkel – Loewenstein*, in ID. (a cura di), *Verfassungsrealismus. Das Staatsverständnis von Karl Loewenstein*, Nomos, Baden-Baden, 2007, p. 103.

[286] BVerfGE 123, 267, *Lisbona*, cit., parr. 276 ss.

[287] Sulle ragioni, S. ALONSO DE LEÓN, *Four Decades of the European Electoral Act: A Look Back and a Look Ahead to an Unfulfilled Ambition*, in *European Law Review*, 42, 2017, p. 353.

Le argomentazioni per screditare il Parlamento europeo fanno riferimento in particolare all'articolo 14, paragrafo 2, TUE, secondo cui la rappresentanza nel Parlamento europeo è "*degressivamente proporzionale*". La proporzionalità degressiva significa che gli Stati membri più popolosi hanno proporzionalmente meno rappresentanti di quelli meno popolosi. In media, un seggio al Parlamento europeo rappresenta circa 630.000 cittadini, ma i numeri variano notevolmente tra i diversi Stati membri. Ad esempio, ognuno dei novantasei seggi tedeschi rappresenta circa 860.000 abitanti, mentre ognuno dei sei seggi maltesi rappresenta circa 77.000 abitanti. Il valore di un voto tedesco rispetto a quello maltese ricorda il valore di un voto della terza classe rispetto a quello della prima classe nell'antidemocratico sistema elettorale prussiano a tre classi della fine del XIX secolo.

L'attuale sistema elettorale del Parlamento europeo non è certo un modello di parlamentarismo democratico, ma ha ampi margini di miglioramento [288]. Gli autori dei Trattati non hanno adottato un modello pre-democratico di rappresentanza per classe [289] o un dominio dei maltesi sui tedeschi. Il Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco sembra aver dimenticato che il requisito dell'uguaglianza elettorale è nato per contrastare il privilegio delle classi sociali [290]. Ma la sovrarappresentazione delle popolazioni dei piccoli Stati membri non privilegia una classe, riflette piuttosto il pluralismo e la protezione delle minoranze, entrambi sanciti dall'articolo 2 TUE [291]. Pluralismo e protezione delle minoranze giustificano anche, ad esempio, la sovrarappresentazione delle minoranze danese e soraba ai sensi della Costituzione tedesca [292], come in altre federazioni democratiche. Vi sono buone ragioni democratiche per non assolutizzare l'uguaglianza di voto. L'accordo

---

[288] F. ARNDT, *Ausrechnen statt aushandeln: Rationalitätsgewinne durch ein formalisiertes Modell für die Bestimmung der Zusammensetzung des Europäischen Parlaments*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 68, 2008, p. 247.

[289] Al riguardo, vedi G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 301.

[290] M. MORLOK, *Art. 38 GG*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar, Bd. 2*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, nn. 57 e 99.

[291] J. HABERMAS, *Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen. Eine Notiz aus Anlass der Frage nach der Legitimität der ungleichen Repräsentation der Bürger im Europäischen Parlament*, in *Der Staat*, 53, 2014, p. 167; C. LORD-J. POLLAK, *Unequal but democratic? Equality according to Karlsruhe*, in *Journal of European Public Policy*, 20, 2013, p. 190.

[292] Paragrafo 6, terzo comma, parte 2 BWahlG (Legge elettorale federale tedesca); paragrafo 3, primo comma, parte 2 LWahlG Schleswig-Holstein (Legge elettorale dello Schleswig-Holstein); paragrafo 3, primo comma, parte 2 BbgLWahlG (Legge elettorale del Brandeburgo); per un'analisi comparativa vedi S. PENNICINO, *Elections*, in R. GROTE *et al.* (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, n. 17.

europeo confluito nell'articolo 14, paragrafo 2, TUE è democratico nella sostanza, e non solo perché ha ricevuto il beneplacito di tutti i parlamenti nazionali.

43.2. Un'aberrazione esecutiva del pensiero democratico?

La legittimazione democratica delle politiche europee ha un secondo canale che si apre con le elezioni nazionali e si riflette poi nel Consiglio europeo e nel Consiglio. I rappresentanti che compongono questi due organi fanno parte degli esecutivi nazionali. Non sono quindi eletti per tale funzione dai parlamenti degli Stati membri, come nel caso del Consiglio federale austriaco e, fino al 1913, del Senato degli Stati Uniti (articolo 35 della Legge costituzionale federale austriaca, articolo I, sezione 3, della Costituzione statunitense, modificato dal 17° emendamento). Poiché il Consiglio europeo e il Consiglio sono composti da esponenti dei governi degli Stati membri, essi assomigliano al *Bundesrat* tedesco. Vi è tuttavia una differenza essenziale: mentre l'articolo 10, paragrafo 2, TUE qualifica il Consiglio europeo e il Consiglio organi di rappresentanza democratica, la Legge fondamentale tedesca non contiene un'analoga qualificazione.

Considerato che i due Consigli sono composti da rappresentanti dell'*esecutivo* nazionale, l'articolo 10, paragrafo 2, TUE potrebbe, ancora una volta, non considerarsi conforme alle tradizioni democratiche nazionali. Una siffatta impressione si basa sull'idea che le istituzioni rappresentative siano fondamentalmente distinte dagli organi esecutivi, idea che connota le tradizioni costituzionali in cui i parlamenti hanno dovuto lottare contro il controllo monarchico del governo [293]. E, tuttavia, questa battaglia è stata vinta. In tutti gli Stati membri, soprattutto nelle monarchie europee, i governi richiedono la fiducia parlamentare. Ciò ha rafforzato i governi nazionali, che sono divenuti un vero centro di potere idoneo a realizzare un regime democratico [294].

Quest'ultimo aspetto spiega la nascita e il rafforzamento del Consiglio europeo, rivelando una profonda trasformazione del sistema europeo di governo [295]. Nei primi decenni dell'integrazione, il metodo comunitario, nell'ambito del quale la Commissione orientava e faceva progredire la politica europea, costituì il paradigma, ma non funzionò mai. Con grande

---

[293] C. SCHÖNBERGER, *Das Parlament im Anstaltsstaat. Zur Theorie parlamentarischer Repräsentation in der Staatsrechtslehre des Kaiserreichs (1871-1918)*, De Gruyter, Berlin, 1997, pp. 13 ss.

[294] Vedi A. VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 39 ss., 107 ss.

[295] J. WERTS, *The European Council*, John Harper, London, 2008, pp. 184-185.

rammarico di molti federalisti europei, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, il Consiglio europeo ha colmato tale vuoto [296]. Nel secondo periodo, il Consiglio europeo assunse vieppiù il ruolo che le costituzioni degli Stati membri attribuiscono ai titolari delle cariche che lo compongono, cioè i leader politici. Molte costituzioni – e molti cittadini – concepiscono l'esecutivo come un centro di potere volto a determinare l'orientamento generale in settori politici complessi, ad assicurare che le decisioni vengano adottate e addirittura ad assumere direttamente le decisioni più rilevanti. Un siffatto sviluppo ha solide credenziali democratiche, dato che senza capacità di azione politica non c'è democrazia [297].

Oggi il Consiglio europeo, più di ogni altra istituzione, garantisce l'indirizzo dell'Unione, fornendo linee guida, come modellatore, mediatore e gestore di crisi e come comunicatore pubblico [298]. Si tratta quindi di una delle svolte più sorprendenti della trasformazione europea: un'istituzione che dapprima sembrava indicare l'atrofia intergovernativa dell'UE è diventata probabilmente il motore più potente di un'unione sempre più stretta [299]. Non errano i media, quindi, nel descrivere il Consiglio europeo come la quintessenza della macchina europea per realizzare compromessi.

In generale i compromessi sono preziosi per la democrazia, ma talora possono anche danneggiarla (cfr. § 1). I parametri costituzionali per valutare la bontà di un compromesso sono enunciati nell'articolo 2 TUE. Giocoforza sollevare dubbi sul Consiglio europeo, considerato che il principio della separazione dei poteri costituisce un elemento dello Stato di diritto di cui al predetto articolo 2 TUE.

Secondo alcuni, l'influenza del Consiglio europeo sul Regolamento 2020/2092 (cfr. §§ 25, 28, 47), cioè su un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, ha rappresentato un abuso di potere [300]. Ma pare difficile criticare il Consiglio europeo per aver svolto un ruolo di primo piano nel corso di una procedura legislativa così delicata e importante. La questione, come è noto, tocca interessi essenziali degli Stati membri (cfr. § 45), perciò il ruolo centrale svolto dal Consiglio europeo è conforme al sistema europeo di governo. L'articolo 15, paragrafo 1, primo

---

[296] P. PESCATORE, *Some Critical Remarks on the Single European Act*, in *Common Market Law Review*, 24, 1987, pp. 11 ss.

[297] S. CASSESE, *Il buon governo. L'età dei doveri*, Mondadori, Milano, 2020, pp. 6-11.

[298] L. VAN MIDDELAAR, *Alarums & Excursions. Improvising Politics on the European Stage*, Agenda Publishing, Newcastle, 2019, pp. 178 ss.

[299] Per una storia scritta interamente da questa prospettiva, vedi L. VAN MIDDELAAR, *The Passage to Europe. How a Continent Became a Union*, Yale University Press, New Haven, 2014.

[300] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, cit.

periodo, TUE, infatti, affida al Consiglio europeo il compito di definire "*gli orientamenti e le priorità politiche generali*" dello sviluppo dell'Unione e di darvi "*gli impulsi necessari*" [301].

In questo modo, tuttavia, il Consiglio europeo potrebbe eludere le procedure legislative stabilite dal Trattato per garantire la legittimazione democratica [302]. Ma il Consiglio europeo non può annullare il pluralismo del sistema europeo di governo. L'articolo 15, paragrafo 1, secondo periodo, TUE esclude espressamente che il Consiglio europeo possa esercitare funzioni legislative, proteggendo così il ruolo del Parlamento e del Consiglio, i due colegislatori. Se le conclusioni del Consiglio europeo determinassero nel dettaglio ciò che il legislatore europeo deve adottare, verrebbero compromesse le funzioni democratiche ad esso attribuite. Nel caso del Regolamento 2020/2092, le conclusioni del Consiglio europeo erano assai dettagliate, contenendo financo i requisiti per la sua applicazione [303].

Se atti specifici del Consiglio europeo possono ragionevolmente destare qualche preoccupazione, tuttavia, non può destare preoccupazione il ruolo generale assegnatogli dall'articolo 15, paragrafo 1, TUE. Tale ruolo corrisponde a quello riconosciuto nei sistemi di governo nazionale della maggior parte degli Stati membri e, anzi, è in linea con la tendenza alla c.d. presidenzializzazione [304]. Il che non significa che il capo del governo venga eletto direttamente, ma richiama l'attenzione piuttosto sul fatto che tale soggetto ha acquisito potere e autorità a discapito di altre istituzioni. Ciò ha poco a che vedere con la volontà di personalità carismatiche o a tendenze autoritarie. Piuttosto deriva dalla crescente complessità sociale, dalla globalizzazione, dalla mediatizzazione della politica, dalle dinamiche delle campagne elettorali, dalla debolezza delle strutture di partito tradizionali e, non da ultimo, dall'esistenza stessa del Consiglio europeo.

La presidenzializzazione consente un indirizzo democratico che, a sua volta, fornisce una giustificazione democratica. Inoltre, essa garantisce la responsabilità democratica, come dimostrano gli ex regimi socialisti del-

[301] Vedi, ad esempio, le linee guida stabilite dal Consiglio europeo nel contesto della gestione delle ripercussioni finanziarie della pandemia da Covid. Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020, EUCO 10/20, punti 15 ss.

[302] In senso contrario, vedi C. HILLION, *Compromising (on) the general conditionality mechanism and the rule of law*, in *Common Market Law Review*, 58, 2021, p. 267 (per la violazione); B. DE WITTE, *The European Union's COVID-19 recovery plan: The Legal Engineering of an Economic Policy Shift*, in *Common Market Law Review*, 58, 2021, pp. 667 ss., 681 (per la non violazione).

[303] Conclusioni del Consiglio europeo dell'11 dicembre 2020, EUCO 22/20, pp. 1-4.

[304] T. POGUNTKE, *Die Präsidentialisierung des politischen Prozesses: Welche Rolle bleibt den politischen Parteien?*, in J. KRÜPER-H. MERTEN-T. POGUNTKE (a cura di), *Parteienwissenschaften*, Nomos, Baden-Baden, 2015, p. 261.

l'Europa centrale e orientale. A seguito delle loro trasformazioni democratiche, il governo si è rafforzato rispetto al partito al potere [305]. Dopo il 2015, uno dei motivi per cui la situazione polacca appariva critica, discendeva proprio dal fatto che il politico più potente del Paese, Jarosław Kaczyński, non faceva parte del governo (fino all'autunno del 2020), sebbene determinasse il destino del Paese come leader del partito. In quanto tale, non aveva mai dovuto rendere conto del suo operato al Consiglio europeo, ove avrebbe affrontato suoi pari.

Un confronto con il Consiglio federale tedesco, il *Bundesrat*, getta ulteriore luce sul ruolo democratico dei due Consigli. Il *Bundesrat* è composto da membri dei governi degli Stati federati. Ma contrariamente all'articolo 10, paragrafo 2, secondo comma, TUE, la Legge fondamentale tedesca non qualifica il *Bundesrat* organo di rappresentanza democratica, e la teoria costituzionale tedesca maggioritaria gli nega tale ruolo [306]. Secondo la tesi prevalente è il popolo tedesco, rappresentato unicamente dal *Bundestag*, a farsi carico dell'intero onere di legittimazione democratica. Del resto, la Repubblica tedesca è considerata uno Stato federale *unitario* [307] a differenza dell'Unione europea pluralista, che valorizza i propri ventisette popoli. Concepire il federalismo esecutivo dell'Unione pluralista come democratico non tradisce il principio democratico, al contrario, semmai ne consente un'evoluzione [308].

43.3. I dubbi di Weiler

Il Trattato assume il Parlamento e i Consigli come istituzioni democratiche. Ma un Trattato non può da solo creare una democrazia funzionante. È indubbio che una sana democrazia richieda qualcosa di più, e molti dubitano che l'UE abbia al riguardo le carte in regola.

Se alcuni dubitano che la democrazia europea esista, nessuno può dubitare che la politica europea sia vitale e che le istituzioni dell'Unione siano in fermento. Di più, il processo politico europeo è stato politicizzato, è oggetto dunque di

---

[305] K.H. GOETZ-H. WOLLMANN, *Governmentalizing Central Executives in Post-communist Europe: a Four-country Comparison*, in *Journal of European Public Policy*, 8, 2001, p. 864.

[306] Sul dibattito, vedi A. HANEBECK, *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, pp. 199-205, 279-282, 312-313.

[307] K. HESSE, *Der unitarische Bundesstaat*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1962; H. HESTERMEYER, *Eigenständigkeit und Homogenität in föderalen Systemen. Eine vergleichende Studie der föderalen Ordnungen der Bundesrepublik Deutschland, der Vereinigten Staaten und der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 115 ss.

[308] Sul federalismo esecutivo, vedi P. DANN, *The Political Institutions*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 243 ss.

contestazioni ed è divenuto di interesse pubblico (cfr. §§ 9, 20). Molti negano, tuttavia, che le istituzioni del TUE consentano un processo democratico. I dubbi manifestati negli ultimi trent'anni da Joseph Weiler appaiono emblematici [309]. Il confronto con tali dubbi consente di chiarire ulteriori caratteri della democrazia europea.

Per Weiler democrazia significa che siamo *noi* a decidere attraverso le elezioni. La concezione di democrazia che sottende il "*noi*" esige, come si è detto, una forte identità collettiva. Secondo Weiler, il significato delle elezioni risiede in ultima analisi nel fatto che siamo *noi* a decidere tra diversi candidati alla carica di capo del governo. In tal modo, le elezioni determinano la *nostra* volontà e il *nostro* destino. Si noti bene: Weiler non sostiene la democratizzazione dell'Unione in questo senso, perché implicherebbe uno Stato federale europeo e un popolo europeo, proprio ciò che egli rifiuta (cfr. § 39). La concezione della democrazia di Weiler serve solo a criticare l'Unione, ma non suggerisce né il percorso per la realizzazione di un'Unione più democratica, né come interpretare l'articolo 2 o l'articolo 10 TUE.

A differenza di Weiler, chi scrive sostiene che la decisione degli autori del Trattato a favore di una democrazia europea priva di identità collettiva e di strutture simili a Westminster sia teoricamente sostenibile, sia conforme alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e goda di legittimità democratica (cfr. §§ 32, 42). Lo stesso vale per le elezioni che non decidono chi diventerà il capo del governo.

Il Trattato fa propria una democrazia delle molte mediazioni, del compromesso, della concordanza, del consenso e del negoziato [310]. Basti pensare alla composizione e alle modalità di voto nei due Consigli e nel Parlamento europeo, alla composizione della Commissione e all'interdipendenza di queste istituzioni. La *ratio* dell'articolo 15, paragrafo 4, dell'articolo 16, paragrafo 4, e dell'articolo 17, paragrafo 7, TUE costringe la politica europea a considerare gli interessi di molti schieramenti politici. La democrazia europea comprende e utilizza il potere legittimante del consenso [311]. L'idea di una

---

[309] Cfr. § 39; J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, cit.; ID., *Deciphering the Political and Legal DNA of European Integration: An Exploratory Essay*, in J. DICKSON-P. ELEFTHERIADIS (a cura di), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 137; ID., *The Crumbling of European Democracy*, in M.A. GRABER-S. LEVINSON-M. TUSHNET (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 629.

[310] P. DANN, *The Political Institutions*, cit.; S. OETER, *Federalism and Democracy*, cit.; sulle diverse posizioni, M.G. SCHMIDT, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, Springer, Berlin, 2019, pp. 319-328.

[311] C. REH, *European Integration as Compromise: Recognition, Concession and the Limits of Cooperation*, in *Government and Opposition*, 47, 2012, p. 414.

competizione tra *Spitzenkandidaten* (candidati leader), in base alla quale il candidato del gruppo più numeroso del Parlamento europeo dovrebbe presiedere la Commissione, è conforme a una democrazia del compromesso, della concordanza, del consenso e della negoziazione [312].

Per Weiler, invece, la decisione degli autori del Trattato a favore di una democrazia delle molte mediazioni tradisce l'idea di democrazia. Una siffatta posizione potrebbe essere giustificata se le elezioni degli Stati membri determinassero di solito il capo del governo, e portassero a una scelta tra politiche di destra o di sinistra, ma questo non è certo il caso. Nella maggior parte degli Stati membri, la legge elettorale è arrivata a riflettere il pluralismo sociale e la decisione elettorale è solo una tappa di un percorso spesso lungo e segnato da imprevisti in vista di un governo e di un programma governativo [313]. La ricerca del compromesso, del consenso, della concordanza e del negoziato attualmente caratterizza la politica di molti Stati membri. Sebbene nessuno contesti i problemi che ne derivano [314], nessuno mette in discussione la natura democratica degli Stati membri. Se un governo fosse democratico solo se le elezioni decidessero direttamente chi deve diventare il capo del governo, sarebbe necessario avviare una procedura ai sensi dell'articolo 7 TUE contro molti Stati membri.

Analogamente, alcuni sostengono che il processo decisionale nell'UE non è democratico perché è così complesso che quasi nessuno è in grado di comprenderlo [315]. Si tratta di una affermazione non condivisibile. L'opinione pubblica percepisce Bruxelles come il luogo di ardue lotte per il compromesso. In effetti, di norma, i Consigli decidono tutte le questioni importanti per consenso. Solo raramente, come *extrema ratio*, approvano la legislazione a maggioranza contro gli Stati membri contrari e, quando succede, anche questo avviene in base a una formula complessa che richiede ampie

---

[312] Per un'analisi recente, vedi N. LUPO, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in P. CARETTI *et al.* (a cura di), *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione. Vol. VI. Diritto costituzionale eurounitario e comparazione costituzionale*, Consulta OnLine, Genova, 2020, p. 25; J.H. REESTMAN-L. BESSELINK, *Editorial. Spitzenkandidaten and the European Union's System of Government*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, p. 609.

[313] A. LIJPHART, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven, 2012, pp. 130-157; ma vedi anche A. RENWICK-V. WEICHSEL, *Im Interesse der Macht: Ungarns neues Wahlsystem*, in *Osteuropa*, 62, 2012, p. 3.

[314] Sulla somiglianza dei problemi che affliggono la Repubblica federale tedesca e l'UE, vedi F. MEINEL, *Vertrauensfrage. Zur Krise des heutigen Parlamentarismus*, C.H. Beck, München, 2019, p. 25.

[315] C. MÖLLERS, *Die Europäische Union als demokratische Föderation*, Bittner, Köln, 2019, p. 24.

coalizioni. L'Unione appare, pertanto, come un sistema di consenso che si basa sul voto a maggioranza qualificata. Si tratta di una scelta ragionevole, che sfrutta la legittimità intuitiva del consenso ed è anche ben nota, dato che i media e i politici usano per lo più questo linguaggio per illustrare i risultati europei.

Weiler mette in discussione anche le elezioni del Parlamento europeo, sottolineando la bassa affluenza alle urne. A suo avviso, ciò confermerebbe che le elezioni europee non sono significative [316]. È ben vero che l'affluenza alle urne è scesa dal 63% del 1979 al 51% del 2019, toccando il punto più basso con il 43% nel 2014 e, purtuttavia, queste percentuali di affluenza difficilmente supportano la tesi di Weiler. Le elezioni nei Länder tedeschi hanno generalmente tassi di affluenza altrettanto bassi, eppure nessuno dubita della legittimità dei parlamenti e dei governi dei *Länder*. Anche nella madrepatria della democrazia moderna, gli Stati Uniti d'America, le elezioni con la più alta partecipazione, vale a dire le elezioni presidenziali, hanno avuto un'affluenza alle urne di appena il 55% (nel 2016) e il 66% (nel 2020), dato quest'ultimo che registra l'affluenza più alta degli ultimi decenni. Inoltre, solo il 38% e il 49% dell'elettorato ha partecipato alle elezioni di *midterm* del 2012 e del 2018.

Per Weiler le elezioni europee sono prive anche di un significato propriamente europeo [317]. In effetti, molti elettori sembrano decidere come votare in base alla politica interna, prestando poca attenzione ai programmi elettorali europei. Ma si tratta di una evenienza ragionevole, dato che le elezioni europee consentono agli elettori di orientare le politiche del proprio governo nei due Consigli. Inoltre, gli elettori hanno ragione di credere che i rappresentanti di un partito al Parlamento europeo perseguano politiche simili a quelle nazionali. Tali considerazioni confluiscono nelle numerose mediazioni del processo politico europeo e contribuiscono a determinare il modo in cui i cittadini dell'Unione vengono governati. In gioco di solito non c'è una scelta netta tra destra e sinistra: le elezioni del Parlamento europeo sono solo uno dei tanti elementi di mediazione, e come tali devono essere considerate.

Weiler, infine, critica ciò che avverte come un'assenza di forme di responsabilità politica nell'Unione, dato che nessuno può "*buttare fuori le canaglie*" [318]. Ma uno sguardo più attento dimostra il contrario. Ogni membro del Parlamento per poter essere rieletto deve rendere conto agli elettori. La

---

[316] J.H.H. WEILER, *The Crumbling of European Democracy*, cit., p. 630.

[317] J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, cit., p. 350.

[318] J.H.H. WEILER, *Europe in Crisis – On "Political Messianism", "Legitimacy" and the "Rule of Law"*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 22, 2012, p. 252.

Commissione ha un mandato limitato e può essere censurata ai sensi dell'articolo 234 TFUE, vale a dire con un meccanismo che assomiglia al procedimento di *impeachment* contro il Presidente degli Stati Uniti ai sensi dell'articolo I, sezione 3, della Costituzione statunitense, ma di più ampia portata. Anche i Consigli sono responsabili, in quanto legati ai sistemi democratici nazionali, nei quali le politiche europee del governo giocano spesso un ruolo decisivo [319].

Il sistema europeo di governo ha molti meccanismi di responsabilità democratica. È vero che, in quanto democrazia di compromesso, esso non mira alla catarsi politica. Le elezioni statunitensi del 3 novembre 2020 sono invece un esempio di una siffatta catarsi: la maggioranza degli americani le considera probabilmente una purificazione, una liberazione e una scelta di direzione per il popolo americano. Ma non pochi americani credono che vi siano stati brogli elettorali, ritenendo così illegittimo il nuovo governo. E taluni sono pronti a resistere anche con la forza [320].

La vera differenza tra la società americana e quella europea non sta nella loro rispettiva eterogeneità, ma nella logica con cui essa viene affrontata. Per intenderci, l'attuale sistema politico statunitense è definito dalla sua *partigianeria*, dallo schema schmittiano dell'amico e del nemico (cfr. § 14), mentre il sistema europeo è definito dalle sue molte mediazioni [321]. Dall'altra parte dell'Atlantico, il compromesso appare come un tradimento della causa; da questa parte, è considerato una virtù politica.

43.4. Il valore democratico dei triloghi

Secondo una dottrina propria del diritto pubblico europeo, le leggi (*lois*, *Gesetze*) costituiscono l'architrave dell'ordinamento giuridico, considerato che la legislazione fonde le molteplici volontà individuali nella *volontà generale* [322]. Quasi nessun altro principio dà forma al diritto della democrazia

---

[319] Su questa connessione, vedi C. PINELLI, *Il doppio cappello dei governi fra Stati e Unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, p. 639.

[320] BRIGHT LINE WATCH, *A Democratic Stress Test – The 2020 Election and Its Aftermath: Bright Line Watch November 2020 Surveys*, http://brightlinewatch.org/a-democratic-stress-test-the-2020-election-and-its-aftermathbright-line-watch-november-2020-survey/.

[321] J. GREENWOOD-C. ROEDERER-RYNNING, *Taming Trilogues: The EU's Law-Making Process in a Comparative Perspective*, in O. COSTA (a cura di), *The European Parliament in Times of EU Crisis. Dynamics and Transformations*, Palgrave Macmillan, London, 2019, p. 121; C.J. MARTIN, *Conditions for Successful Negotiation: Lessons from Europe*, in J. MANSBRIDGE-C.J. MARTIN (a cura di), *Political Negotiation. A Handbook*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2016, p. 199.

[322] A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Franz Deuticke, Leipzig-Wien, 1929, pp. 34-35; R.

come l'articolo 6 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: "*[l]a legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno il diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione*".

Il faticoso e ancora incompleto cammino verso una vera e propria legislazione europea evidenzia il percorso della società europea verso la democrazia [323]. Già il Trattato CECA del 1951, seguito dal Trattato CEE del 1957, autorizzava la promulgazione di norme generali e astratte, non sotto forma di leggi, ma solo di regolamenti e direttive. Negli Stati membri, i regolamenti e le direttive sono, come le leggi, norme generali e astratte, ma esprimono solo la volontà del potere esecutivo. Per questo motivo, non hanno la dignità e la legittimità di un atto legislativo, che può avere origine solo in parlamento.

Il concetto di 'legislatore' è stato introdotto nel Trattato solo nel 1997, in posizione del tutto subordinata e, ironia della sorte, in relazione al ruolo legislativo del Consiglio, non del Parlamento, come invece ci si sarebbe potuti aspettare. Nel 2004, la politica europea tentò un grande balzo in avanti con il Trattato costituzionale. In base a quel trattato, il legislatore dell'Unione avrebbe emanato leggi dell'Unione (*lois*, *Gesetze*) attraverso una procedura legislativa. Come è noto, il tentativo fallì.

La reazione degli autori dei Trattati a questo fallimento connota l'emergere tortuoso, ma infine riuscito, della società democratica europea. Con il consenso di tutti i parlamenti nazionali, l'Unione attualmente esercita una "*funzione legislativa*" (articolo 14 TUE; nella versione tedesca "*Gesetzgeber*"), adottando "*atti legislativi*" (articolo 12 TUE) secondo la "*procedura legislativa*" ordinaria (articolo 289 TFUE). Il Trattato attribuisce alla legislazione la stessa posizione che occupa nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri, e pertanto essa viene sempre menzionata per prima, a riprova della sua fondamentale funzione pubblica (articoli 14 e 16 TUE) [324]. Peraltro, il Trattato di Lisbona non si riferisce agli atti legislativi dell'Unione come a leggi (*lois*, *Gesetze*), ma continua a usare i termini *regolamento* e *direttiva*. L'incompiuta trasformazione terminologica è rappresentativa dell'incompiutezza generale della trasformazione democratica dell'Unione.

CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Sirey, Paris, 1931; M. STOLLEIS, *Im Namen des Gesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 14.

[323] J. BAST, *Europäische Gesetzgebung – Fünf Stationen in der Verfassungsentwicklung der EU*, in C. FRANZIUS-F.C. MAYER-J. NEYER (a cura di), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2010, p. 171.

[324] Gli approcci che si concentrano sugli effetti hanno difficoltà a cogliere questo fenomeno. Vedi, ad esempio, L. VAN MIDDELAAR, *The Passage to Europe*, cit.

Con riguardo alla procedura legislativa europea, un ruolo fondamentale è svolto dai cosiddetti triloghi. Sebbene diversi studiosi mettano in discussione le credenziali democratiche di tale procedimento [325], in questo lavoro, invece, si sostiene che il ruolo affidato ai triloghi non tradisce affatto la democrazia europea, rappresentandone, anzi, una significativa innovazione.

La procedura legislativa dell'Unione è complessa, in quanto basata sul concetto di doppia legittimazione. Un atto legislativo richiede l'"*adozione congiunta […] da parte del Parlamento europeo e del Consiglio su proposta della Commissione*" (articolo 289, paragrafo 1, TFUE). Ciò risponde all'approccio hegeliano che si fonda sulla mediazione. La tradizione hegeliana, infatti, valorizza la cooperazione tra i poteri, non la loro separazione [326].

Il Trattato prevede una procedura legislativa che richiede un grande sforzo di mediazione tra le istituzioni. A tal fine, istituisce il Comitato di conciliazione quale luogo ove far convergere in una volontà europea generale interessi, preferenze e posizioni diversi. Il Comitato "*riunisce i membri del Consiglio […] ed altrettanti membri rappresentanti il Parlamento europeo*" e ha "*il compito di giungere ad un accordo […] a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio […] e a maggioranza dei membri rappresentanti il Parlamento europeo entro un termine di sei settimane dalla convocazione*" (articolo 294, paragrafo 10, TFUE). Con una media di centoventi atti legislativi all'anno, ci si aspetterebbe che questo luogo, questa agorà, questo mercato di democrazia europea fosse pieno, vivace, rumoroso. Invece è vuoto, sonnolento, silenzioso.

Nel 2019 e nel 2020, il Comitato di conciliazione non si è mai riunito. La situazione è simile in Germania, ove la commissione per l'esame congiunto dei progetti di legge ai sensi dell'articolo 77, secondo comma, della Legge fondamentale – che dovrebbe mediare tra il *Bundestag* e il *Bundesrat* – ha concluso solo sei procedure di mediazione nell'ultima legislatura, ossia nell'arco di quattro anni. Ciò consente di comprendere meglio la significativa innovazione della democrazia europea rappresentata dai triloghi.

Il declino dell'importanza della commissione di mediazione tedesca è una conseguenza della frammentazione del panorama politico-partitico [327]. Secondo la concezione di democrazia di Leibholz, le mediazioni sociali avvengono principalmente all'interno del partito di governo (cfr. § 3). Questo

---

[325] D. CURTIN-P. LEINO, *In Search of Transparency for EU Law-making: Triloge on the Cusp of Dawn*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, p. 1673; J. VON ACHENBACH, *Verfassungswandel durch Selbstorganisation: Triloge im europäischen Gesetzgebungsverfahren*, in *Der Staat*, 55, 2016, p. 1.

[326] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., parr. 272, 300.

[327] F. MEINEL, *Vertrauensfrage*, cit., pp. 35-36.

modello non è più adatto alla Repubblica federale, dato che il sistema dei partiti si è frammentato. Sebbene tale frammentazione non abbia certamente posto fine allo Stato dei partiti, essa ha comunque trasformato la politica tedesca. Oggi, più che in passato, le mediazioni politiche coinvolgono più partiti, spesso anche l'opposizione [328], e i partiti negoziano direttamente, da qui l'irrilevanza della commissione di mediazione.

Con centonovanta partiti al Parlamento europeo, la legislazione dell'UE non può essere negoziata come quella tedesca. Per tale ragione, l'Unione ha sviluppato un altro strumento, di fatto più democratico: il trilogo [329]. Esso trova base legale nell'articolo 295 TFUE che disciplina la cooperazione interistituzionale; una forma di cooperazione risalente nel tempo, che può rinvenirsi già nella metà degli anni Settanta del secolo scorso.

I triloghi sono incontri che riuniscono rappresentanti del Consiglio, del Parlamento e della Commissione. Sono molto più piccoli del Comitato di conciliazione. Vi partecipa la Presidenza del Consiglio dell'Unione, assistita dal Segretariato generale. Il Parlamento europeo invia il relatore competente, accompagnato dai relatori ombra degli altri gruppi politici. La Commissione è presente con il proprio personale amministrativo di alto livello. Di norma, le riunioni coinvolgono meno di trenta persone. Si tratta di un fattore essenziale: il ridotto numero di partecipanti favorisce un dialogo franco e un vero negoziato sul merito. In questo senso, il trilogo si differenzia dal Comitato di conciliazione, molto più ampio, che riunisce più del doppio dei componenti. Anche il fatto che le riunioni non siano aperte al pubblico e che non ci siano verbali facilita il dialogo e i negoziati. Il che non significa che tali riunioni siano segrete: l'opinione pubblica viene tenuta informata. Di più: i relatori ombra, spesso critici, possono informare il pubblico sui lavori [330].

Un trilogo non è un'istituzione, poiché non può decidere nulla, ma i partecipanti possono raggiungere un accordo provvisorio. Tale accordo ha grande influenza, considerato che tutte le fasi successive della procedura legislativa in genere rappresentano una mera formalità. La proposta legislativa, nel testo concordato, viene trasmessa al Consiglio e al Parlamento, che quasi sempre la

---

[328] M.G. SCHMIDT, *Demokratietheorien*, cit., p. 319. Per le critiche ai cosiddetti governi di larga coalizione, E.-W, BÖCKENFÖRDE, *Sozialer Bundesstaat und parlamentarische Demokratie*, in J. JEKEWITZ-M. MELZER-W. ZEH (a cura di), *Politik als gelebte Verfassung: Aktuelle Probleme des modernen Verfassungsstaates*, Springer, Berlin, 1980, pp. 191-192.

[329] Le osservazioni che seguono si basano sulla tesi di G. RUGGE, *Trilogues*, cit.

[330] Sui problemi con i parlamentari dei partiti euroscettici, vedi A. RIPOLL SERVANT-L. PANNING, *Eurosceptics in trilogue settings: interest formation and contestation in the European Parliament*, in *West European Politics*, 42, 2019, p. 755.

approvano, senza ulteriore dibattito, come volontà generale europea.

L'elevato tasso di successo dimostra che vi è un'enorme pressione su tutti i partecipanti, affinché pervengano a un accordo. Dimostra altresì la forza del mandato loro conferito, un mandato con piena autorità. Tutti i partecipanti possono contare sul fatto che il Parlamento e il Consiglio adotteranno il risultato conseguito nell'ambito del mandato, che spesso richiede importanti negoziati preliminari all'interno delle istituzioni. Esse avvieranno un trilogo soltanto quando tutte potranno contare su un mandato forte. Ciò spiega perché sinora non sia stato avviato alcun trilogo sulla proposta di riforma del diritto europeo dei rifugiati presentata dalla Commissione nel 2016: il Consiglio non è stato in grado di formulare un mandato negoziale, dato che le posizioni ormai cristallizzate al suo interno risultano troppo eterogenee.

Il Parlamento europeo determina il mandato del proprio rappresentante tramite quello che può definirsi un 'sistema a doppio filtro': il negoziatore deve essere sostenuto sia dalla maggioranza del gruppo politico di appartenenza sia dalla maggioranza dei membri della commissione parlamentare competente [331]. Un siffatto sistema di formazione della volontà mira a ottenere ampie maggioranze, analogamente alla procedura del Consiglio. Per cogliere l'aspetto democratico del procedimento, è importante sottolineare che i gruppi politici e le commissioni parlamentari non servono solo a formalizzare accordi raggiunti altrove, ma sono spesso anche il luogo effettivo della mediazione. Pertanto, i membri del Parlamento europeo in genere garantiscono una più autentica rappresentanza democratica rispetto agli omologhi nazionali, poiché sovente questi ultimi sono tenuti a sostenere la linea del governo [332]. Ad avviso di chi scrive, uno dei punti di forza della democrazia europea è che consente questo pluralismo, e non riduce i singoli conflitti a un unico conflitto generale [333].

Inoltre, dato che l'Unione non ha una forma di governo parlamentare, la sua logica istituzionale spinge la delegazione parlamentare a proporre un'alternativa politica alla Commissione e al Consiglio, aumentando così la consapevolezza dell'opinione pubblica sul profilo politico dei parlamentari. In questo modo si reagisce a una importante carenza del processo politico europeo, vale a dire l'argomentazione tecnocratica secondo cui non esistono

---

[331] G. RUGGE, *Trilogues*, cit., p. 50.

[332] P. MAIR-J. THOMASSEN, *Political Representation and Government in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 17, 2010, pp. 23 ss.

[333] Ma vedi C. MÖLLERS, *Die Europäische Union als demokratische Föderation*, cit., p. 18 (che la considera una debolezza, non un punto di forza).

alternative a una specifica proposta politica [334]. La logica del parlamentarismo europeo è quella di proporre alternative che potrebbero avere un impatto su una determinata politica.

I triloghi suscitano numerose critiche [335]. Essi coinvolgono parlamentari che sono sconosciuti alla maggioranza dei cittadini e nominati relatori in procedure oscure volte a elaborare un testo con la Presidenza del Consiglio, in un processo non trasparente di accordi e compromessi raggiunti lontano dagli occhi del pubblico. Oltretutto, detto testo diventa quasi automaticamente la *volonté générale* europea. Giacomo Rugge ha però dimostrato che le procedure di trilogo costituiscono l'equivalente funzionale di partiti forti, e presentano persino diversi vantaggi democratici [336].

Secondo il modello tradizionale di parlamentarismo, il parlamento determina la volontà generale dopo un dibattito in seduta pubblica che porta alla soluzione migliore. La realtà delle democrazie parlamentari del XX secolo non è all'altezza di questo modello, come sottolineato da Schmitt, delegittimando il parlamentarismo liberale [337]. Gerhard Leibholz trasforma la critica di Schmitt in senso costruttivo (cfr. § 3), concependo la negoziazione tra partiti come il centro della politica democratica [338]. Questa concettualizzazione ha contribuito a rappresentare la Repubblica federale come un sistema politico democratico. Analoghe rielaborazioni sono avvenute anche in altri Stati europei [339].

Tuttavia, la mediazione di Leibholz ha luogo al di fuori delle istituzioni e non è disciplinata da procedure codificate. Dato che i partiti politici sono associazioni private, le pertinenti disposizioni della legge tedesca non disciplinano il loro processo decisionale sulle proposte legislative. Non esiste perciò l'obbligo di informare il pubblico, l'accesso alla mediazione non è

---

[334] R. DEHOUSSE, *Constitutional reform in the European community: Are there alternatives to the Majoritarian avenue?*, in *West European Politics*, 18, 1995, pp. 122, 124-125; L. VAN MIDDELAAR, *The Passage to Europe*, cit., p. 240.

[335] D. CURTIN-P. LEINO, *In Search of Transparency for EU Law-Making*, cit., p. 1712; J. VON ACHENBACH, *Verfassungswandel durch Selbstorganisation*, cit., p. 39.

[336] G. RUGGE, *Trilogues*, cit., capp. V, VI.

[337] C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Duncker & Humblot, Berlin, 1926. Su questa concezione, A. VON BOGDANDY, *Parlamentarismus in Europa. Eine Verfalls- oder Erfolgsgeschichte?*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 130, 2005, p. 445.

[338] G. LEIBHOLZ, *Der Strukturwandel der modernen Demokratie. Vortrag, gehalten in der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 30. Aprile 1952*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1952. Sul ruolo di Leibholz, vedi A.-B. KAISER (a cura di), *Der Parteienstaat. Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz*, Nomos, Baden-Baden, 2013.

[339] M.G. SCHMIDT, *Demokratietheorien*, cit., pp. 439 ss.; P. SCOPPOLA, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Il Mulino, Bologna, 1997.

regolamentato e l'opposizione è per lo più esclusa, a meno che non sia richiesta la sua partecipazione. Il che le rende difficile esercitare un controllo sull'operato del governo. Per questi motivi, ci sono pochi controlli sull'esercizio del potere interno al partito.

I triloghi sono più democratici. Sia l'accesso ad essi che la loro procedura sono regolamentati, ad esempio nella "*Dichiarazione comune sulle modalità pratiche della procedura di codecisione*", nel Regolamento del Parlamento europeo e nel "*Codice di condotta per la negoziazione nel contesto della procedura legislativa ordinaria*". I detrattori sottolineano che il pubblico non ha accesso al trilogo e che i negoziatori principali non devono giustificare pubblicamente il modo in cui conducono i negoziati. Tuttavia, essi sono tenuti a informare il Parlamento [340], e sono monitorati dai relatori ombra dei partiti. In altre parole, l'opposizione è sempre coinvolta. Come dimostra Rugge, il sistema europeo di governo compie l'impresa di istituzionalizzare uno spazio di informalità in un contesto democratico che consente una mediazione effettiva. È difficile contestare la natura democratica di questo procedimento, soprattutto se lo si confronta con la Germania.

Ciò è particolarmente vero se si considerano i triloghi nel loro contesto costituzionale, anziché in modo isolato. Un trilogo è solo una tappa di un lungo processo di mediazioni democratiche. La prima fase prevede la negoziazione e le ratifiche nazionali delle competenze e degli obiettivi dei Trattati. La seconda fase consiste nelle mediazioni del Consiglio europeo sotto forma di "*impulsi*", "*orientamenti*" e "*priorità*" per la legislazione europea. L'accordo sulla tabella di marcia annuale relativa a quest'ultima, negoziata da Parlamento, Consiglio e Commissione, rappresenta la terza fase [341]. Su questa base, la Commissione presenta proposte che il Consiglio e il Parlamento elaborano internamente, mediando tra interessi, preferenze e posizioni diverse prima di articolare un mandato che renda possibile un trilogo. Solo allora il trilogo può consolidare i vari interessi, preferenze e posizioni nella volontà generale della società europea.

Tali mediazioni apparirebbero antidemocratiche se la volontà generale riflettesse una maggioranza compatta. Ma in una società pluralista, maggioranze compatte di questo tipo non esistono quasi mai. Oggigiorno una maggioranza è in genere più fluida e diversificata, cioè un compromesso [342]. Ma

---

[340] G.J. BRANDSMA, *Transparency of EU Informal Trilogues through Public Feedback in the European Parliament: Promise Unfulfilled*, in *Journal of European Public Policy*, 26, 2019, p. 1464.

[341] Accordo interistituzionale "*Legiferare meglio*" tra il Parlamento europeo, il Consiglio dell'Unione europea e la Commissione europea, firmato il 13 aprile 2016.

[342] P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Points,

non va svilito il compromesso, etichettandolo come un accordo al ribasso, anzi, se rispetta i princìpi dell'articolo 2 TUE, andrebbe celebrato in quanto espressione di democrazia europea.

44. Un'ulteriore trasformazione democratica

Finora ci si è concentrati sulla dimensione classificatoria del concetto di democrazia, discutendo se l'Unione sia un sistema di governo democratico o meno. Ma detto concetto non ha solo una dimensione classificatoria, ha anche una dimensione comparativa. Si può essere più o meno democratici [343] e, in effetti, il progressivo miglioramento è tipico delle democrazie (cfr. §§ 4 23, 27). Per l'Unione, rappresenta un vero e proprio obbligo: Il Trattato impegna le istituzioni a far progredire la democrazia europea (articolo 13, paragrafo 1, TUE), il che esige di discutere la necessità di ulteriori trasformazioni [344].

Secondo l'Eurobarometro 2019, il 55% degli intervistati è soddisfatto della democrazia dell'UE [345]. Si tratta di un consenso notevole, viste le critiche che le rivolgono influenti accademici, corti e alcuni partiti politici (cfr. §§ 40-43). Al contempo, non si tratta di un dato soddisfacente, se si considera che con il 55% le istituzioni dell'UE si collocano nella parte bassa della classifica, mentre al primo posto la democrazia danese ha un tasso di soddisfazione del 95%, quella irlandese dell'80% e quella tedesca del 74%. Si deve però considerare altresì che la soddisfazione per la democrazia francese è al 53%, per quella italiana al 49%, per quella greca al 35%, e per quella croata al 33%, dunque percentuali peggiori di quella dell'UE. Le varie componenti della democrazia europea non sono soltanto diverse, ma sono anche diversamente apprezzate [346].

L'Unione deve diventare più democratica. Questo obiettivo sembra vago

---

Paris, 2008, pp. 10-12; trad. it. *Le legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, Rosenberg & Sellier, Torino, 2015.

[343] H.-J. LAUTH, *Demokratie und Demokratiemessung. Eine konzeptionelle Grundlegung für den interkulturellen Vergleich*, Springer, Berlin, 2004. Vedi, in concreto, l'indice di democrazia Freedom House, https://freedomhouse.org/report/freedom-world; Varieties of Democracy (V-Dem), https://www.v-dem.net/; Bertelsmann Transformation Index, https://bti-project.org/de/?&cb=00000.

[344] S. GOULARD-M. MONTI, *La democrazia in Europa. Guardare lontano*, Rizzoli, Milano, 2012; A. VAUCHEZ, *Démocratiser l'Europe*, Seuil, Paris, 2014; C. MÖLLERS, *Die Europäische Union als demokratische Föderation*, cit.

[345] COMMISSIONE EUROPEA, *Standard Eurobarometer 91*, cit.

[346] *Ivi*, p. 141.

sotto molti aspetti, mentre sotto altri non lo è. Ad esempio, quasi nessuno propone di modellare l'Unione secondo il sistema di governo americano, britannico o svizzero, e neppure cinese o russo. La società europea, infatti, sta forgiando il proprio percorso democratico.

L'obiettivo del Trattato di far progredire la democrazia europea acquista sostanza se letto alla luce di tutte le disposizioni dei tre titoli introduttivi del Trattato UE. Esse restituiscono l'idea di una democrazia rappresentativa che riflette i dodici princìpi dell'articolo 2 TUE e che promuove le finalità dell'articolo 3 TUE. È evidente che la vita sociale, i processi politici e il diritto non sono pienamente conformi a questa idea. Si rendono perciò necessarie ulteriori trasformazioni.

Tuttavia, il mandato dell'articolo 13, paragrafo 1, TUE non autorizza modifiche costituzionali, né consente alle istituzioni di ignorare specifiche disposizioni dei Trattati (cfr. § 36). Il principio dello Stato di diritto e gli articoli 4 e 48 TUE lo attestano con limpidezza [347]. Le disposizioni dei Trattati sono il frutto di compromessi democratici ed esprimono il pluralismo europeo. Inoltre, gli autori dei Trattati tengono le istituzioni dell'UE al 'guinzaglio' su questioni importanti, ed è per questo che molte disposizioni dei Trattati sono piuttosto precise e dettagliate [348].

In tale contesto, si debbono affrontare tre distinte tematiche. La prima riguarda il principio di democrazia nelle istituzioni dell'Unione. La seconda mira a ricostruire, alla luce dell'articolo 2 TUE, il diritto primario relativo a specifiche politiche dell'UE. La terza attiene alla spinta trasformativa dell'articolo 2 TUE per gli Stati membri che soffrono di carenze sistemiche (cfr. § II.F).

Sugli strumenti volti a rafforzare la legittimità democratica europea si può aggiungere molto. Come Heller, e come confermato dall'Eurobarometro, il quesito più rilevante riguarda la consapevolezza della maggior parte dei cittadini in ordine alla propria situazione concreta, alla sicurezza e alle prospettive di miglioramento [349]. Ciò spiega il ruolo preminente degli obiettivi dell'articolo 3 TUE.

Per quanto concerne la natura democratica del funzionamento delle istituzioni dell'Unione, va detto che il graduale rafforzamento del Parlamento europeo sta trasformando il sistema di governo dell'UE. Ancora con il

---

[347] CGCE, *Adesione alla CEDU I*, cit., punti 10 ss.; CGUE, 5 ottobre 2020, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, causa C-376/98, punti 76 ss.; 4 maggio 2016, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, causa C-358/14, punti 31 ss.

[348] J.-C. PIRIS, *The Constitution for Europe: A Legal Analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 59.

[349] Sulla dignità democratica di tali elementi, vedi F.W. SCHARPF, *Regieren in Europa*, cit.

Trattato di Amsterdam del 1997 si poteva dubitare che vi fosse l'impegno su un modello costituzionale di legislazione parlamentare. Pur attribuendo molte competenze al Parlamento, in vari settori il Trattato di Amsterdam riservava la legislazione sempre al Consiglio. Non c'era alcuna disposizione che prevedesse come regola la co-legislazione da parte del Consiglio e del Parlamento. Per questo motivo, fu respinta l'interpretazione secondo cui, in caso di dubbio, la procedura legislativa dovesse includere la partecipazione del Parlamento [350].

Un siffatto principio è stato introdotto soltanto nel 2007 con il Trattato di Lisbona (articolo 10 TUE). Esso impone di dare la preferenza, in caso di dubbio, alla competenza che prevede l'intervento del Parlamento [351]. La presunzione di partecipazione parlamentare, tuttavia, non si limita alla legislazione, dato che l'articolo 10, paragrafo 1, TUE copre l'intero "*funzionamento*" dell'Unione. Pertanto, esso avalla le interpretazioni volte a rafforzare i poteri di supervisione del Parlamento. La politica estera e di sicurezza europea ne fornisce emblematici esempi [352].

L'articolo 10, paragrafo 1, TUE costituisce dunque un parametro giuridico per la critica democratica. A titolo esemplificativo, basti pensare alle modalità di raccolta e assegnazione di fondi per superare le conseguenze della pandemia da Covid-19, affidate al solo Consiglio, o anche all'elezione dei giudici della Corte di giustizia (cfr. § 63) [353].

La democrazia europea non si esaurisce nella rappresentanza. Ai sensi dell'articolo 11 TUE, gli organi di governo dell'Unione devono operare in modo aperto, partecipativo, dialogico e trasparente per rafforzare la democrazia europea. Non si tratta certo di una questione secondaria e, difatti, trova eco nella prima disposizione del Trattato. Ai sensi dell'articolo 1 TUE, l'Unione deve adottare le sue decisioni "*nel modo più trasparente possibile e il più vicino possibile ai cittadini*". Ciò genera scetticismo, dato che molte consultazioni dell'UE sembrano essere volte più alla pubblicità che al

[350] CGCE, 11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, cit., punti 20 ss.; diversamente già all'epoca le conclusioni dell'AG Tesauro, 13 marzo 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, pp. I-2892-2893; cfr. anche la sentenza del 2 ottobre 2001, *Martinez e altri c. Parlamento*, cause riunite T-222/99, T-327/99 e T-329/99, punti 196, 200.

[351] CGCE, 11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, cit., punto 20; sui limiti, CGUE, 19 luglio 2012, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-130/10, punto 79.

[352] CGUE, 14 giugno 2016, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-263/14, punti 70-71. Sulla non univocità degli orientamenti giurisprudenziali della Corte, vedi C. MOSER-B. RITTBERGER, *The CJEU and EU (De)constitutionalization – Unpacking Jurisprudential Strategies*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Paper Series*, 9, 2021, pp. 15 ss.

[353] M. NETTESHEIM, *"Next Generation EU": Die Transformation der EU-Finanzverfassung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 145, 2020, p. 434.

dialogo. Ma è possibile rendere funzionale il principio: la disciplina dell'UE sulla trasparenza mostra come burocrazie opache possano essere trasformate in amministrazioni più democratiche [354].

Alcune politiche dell'Unione forniscono un possibile terreno di trasformazione democratica, anche perché il loro regime giuridico risulta in tensione con il nucleo costituzionale. Si pensi ai princìpi dell'articolo 2 TUE, da un lato, e alle disposizioni costituzionali sulla politica economica e monetaria, dall'altro. Tale tensione deriva per lo più dal venir meno di molti dei presupposti teorici e ideologici su cui si basa l'Unione economica e monetaria creata nel 1992 [355]. Una trasformazione in tal senso è stata ormai avviata [356]. Le misure adottate dall'UE, per fronteggiare la pandemia da Covid-19, potrebbero dare nuovo impulso a questa trasformazione, promuovendo la solidarietà europea [357].

Tali trasformazioni richiedono ricostruzioni dottrinali che informino la costituzione economica e monetaria dell'Unione ai princìpi dell'articolo 2 TUE. L'articolo 3, paragrafo 3, TUE, l'articolo 119 TFUE e le disposizioni che li concretizzano devono essere interpretati alla luce degli articoli 2 e 3, paragrafo 1, TUE. La Costituzione economica e monetaria può così conformarsi alla democrazia europea.

Il ruolo del nucleo costituzionale europeo nell'interpretazione dell'Unione economica e monetaria suggerisce di riconoscere piena legittimità al passo forse più trasformativo mai compiuto dalle istituzioni dell'Unione: la dichiarazione "*whatever it takes*" di Mario Draghi. Una siffatta interpretazione non solo è conforme ai Trattati [358], ma riflette financo la logica

---

[354] CGCE, 1° luglio 2008, *Svezia e Turco c. Consiglio*, causa C-39/05 P; CGUE, 17 ottobre 2013, *Consiglio c. Access Info Europe*, causa C-280/11; 4 settembre 2018, *ClientEarth c. Commissione*, causa C-57/16 P; 22 marzo 2018, *De Capitani c. Parlamento*, causa T-540/15; G. RUGGE, *Trilogues and Access to Documents: De Capitani v. Parliament*, in *Common Market Law Review*, 56, 2019, p. 237.

[355] D. DOBRE, *Constitución económica: una propuesta al debate conceptual*, in *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 3, 2021, p. 157; A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 59 ss.

[356] M. IOANNIDIS, *Europe's new transformations: How the EU economic constitution changed during the Eurozone crisis*, in *Common Market Law Review*, 53, 2016, p. 1237; M. IOANNIDIS, *Between Responsibility and Solidarity. COVID-19 and the Future of the European Economic Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 80, 2020, p. 773.

[357] Il primo intervento si è avuto con il Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020 che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19. Vedi le Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020, cit. e J. HABERMAS, *30 Jahre danach: Die zweite Chance*, in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, 9, 2020, p. 41.

[358] In questa prospettiva, vedi le argomentazioni contenute nella pronuncia del BVerfGE 142,

giuridica a cui la società europea deve la sua esistenza.

La citazione completa recita: "*nell'ambito del nostro mandato, la BCE è pronta a fare tutto il necessario per preservare l'euro*" [359]. Il mandato si fonda sugli articoli 127, paragrafo 1, e 282, paragrafo 2, TFUE, interpretati teleologicamente [360]. L'articolo 127, paragrafo 1, TFUE fa riferimento all'articolo 3 nella sua interezza, ossia includendo l'articolo 3, paragrafo 1, TUE. Inoltre, l'articolo 13, paragrafo 1, TUE e l'articolo 127 TUE impongono alla BCE il dovere di promuovere i princìpi fondamentali. Su questa base, diventa evidente che un'unione monetaria in via di disintegrazione avrebbe potuto provocare una dinamica simile a quella della crisi finanziaria mondiale dei primi anni Trenta sulla Germania[361].

Detta ricostruzione delle disposizioni costituzionali economiche e monetarie richiede l'abbandono di quella concezione che interpreta il diritto primario dell'UE principalmente come espressione di una costituzione fondata sul principio del libero mercato di stampo monetarista [362]. Un tale superamento risulta ormai ben avviato. Ne fornisce un emblematico esempio la giurisprudenza della Corte di giustizia sul libero mercato che conduce al prossimo Capitolo. Se in passato le libertà erano funzionali all'integrazione economica, oggi lo sono anche rispetto alla democrazia europea, inclusa quella negli Stati membri [363].

123, *Programma OMT*, cit., parr. 16 ss. Vedi anche M. RUFFERT, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 48, 2011, p. 1777.

[359] BANCA CENTRALE EUROPEA, *Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank at the Global Investment Conference in London, 26 July 2012*, https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html.

[360] CGUE, 16 giugno 2015, *Gauweiler*, causa C-62/14, punti 32 ss.

[361] M. GOLDMANN, *La grande ricorrenza. Karl Polanyi and the Crises of the European Union*, in *European Law Journal*, 23, 2017, p. 272.

[362] E.-J. MESTMÄCKER, *Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union*, in R.H. HASSE-J. MOLSBERGER-C. WATRIN (a cura di), *Ordnung in Freiheit. Festgabe für Hans Willgerodt zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 1994, p. 263; P.-C. MÜLLER-GRAFF, *§ 1 Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht: Das System*, in P.-C. MÜLLER-GRAFF (a cura di), *Enzyklopädie Europarecht, Bd. 4, Europäisches Binnenmarkt- und Wirtschaftsordnungsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2021, nn. 25 ss.

[363] CGUE, 18 giugno 2020, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, causa C-78/18; cfr. *infra* § 65.

F. Costituzionalismo trasformativo

45. Difficile, ma necessario

Il paragrafo 37, dedicato agli Stati membri con carenze sistemiche, si è concentrato sulle debolezze istituzionali. In questa sede si esamineranno le carenze dovute a tendenze autoritarie. Le due tipologie di carenze si sovrappongono, ad esempio in riferimento alla corruzione, e purtuttavia ha senso distinguere un ambito peculiare di supervisione costituzionale europea [364]. Quest'ultima è tesa a contrastare tendenze autoritarie e solleva problematiche giuridiche di estrema complessità.

Nel 2007, il Trattato ha rinominato e riclassificato i princìpi fondamentali, qualificandoli come valori europei. In questo modo, li ha posti come norme giuridiche, ma anche come princìpi etici (o morali) ampiamente condivisi e radicati, che non solo sono alla base dell'ordinamento giuridico europeo, ma che "*caratterizzano*" anche la società europea (cfr. § 28). Questa scelta è stata probabilmente mossa dall'intento di rivendicare per il diritto dell'Unione una nuova fonte di legittimità e di stabilità. Attualmente, però, stabilire un'unione di valori si sta rivelando rischioso quanto stabilire un'unione monetaria. Il discorso europeo sui valori, da espressione di autocompiacimento, è divenuta fonte di crisi e di preoccupazione [365].

Ciò è dovuto alle misure adottate da alcuni governi nazionali per indebolire i *checks and balances* interni [366]. Mentre le istituzioni denunciano minacce allo Stato di diritto, anche i diritti umani e la democrazia sono a rischio (cfr. § 29). I politologi considerano tali misure sintomatiche di democrazie deficitarie [367].

Secondo l'articolo 49 TUE, uno Stato che aderisce all'Unione "*rispett[a] i valori di cui all'articolo 2 e si impegn[a] a promuoverli*". Ciò implica la presunzione che, a partire dall'adesione, tutti gli Stati membri si conformino sempre a tali valori. La presunzione alimenta l'autocomprensione della

---

[364] Sul concetto vedi M. SCHMIDT, *Verfassungsaufsicht in der Europäischen Union. Eine akteurszentrierte Analyse der Rechtsstaatlichkeitskrise der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2021.

[365] A. VOßKUHLE, *Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft*, cit., pp. 16 ss.

[366] Le riflessioni che seguono si avvalgono dei contributi di B. Bakó, S. Biernat, A. von Bogdandy, P. Bogdanowicz, M. Bonelli, I. Canor, C. Dupré, A. Frackowiak-Adamska, P. Filipek, J. Kirchmayr, J. Łacny, A. Nowak-Far, J. Polakiewicz, G. Rugge, W. Sadowski, M. Schmidt, W. Schroeder, P. Sonnevend, D. Spieker, M. Taborowski, J. Weiler, M. Wiacek in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States*, cit.

[367] W. MERKEL *et al.*, *Defekte Demokratie*, in W. MERKEL *et al.* (a cura di), *Defekte Demokratie*, Springer, Berlin, 2003, p. 65.

società europea come unione di democrazie liberali, legittima il processo decisionale nell'UE, giustifica il riconoscimento reciproco delle decisioni e stabilisce la fiducia reciproca nella legalità dell'azione di tutte le istituzioni pubbliche. Finché questa presunzione regge, le violazioni del diritto dell'Unione non mettono in discussione l'ordinamento giuridico europeo (cfr. § 35).

Oggigiorno, diversi Stati membri mettono a dura prova detta presunzione. La Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto del Consiglio d'Europa (Commissione di Venezia, cfr. § 26) documenta tali problemi negli otto rapporti sull'Ungheria (Stato di diritto, diritti fondamentali, libertà dei media), nei sei sulla Polonia (sistema giudiziario, separazione dei poteri) e nei cinque sulla Bulgaria (corruzione, Stato di diritto), su Malta (separazione dei poteri, diritti umani) e sulla Romania (corruzione, sistema giudiziario), e questo solo negli ultimi cinque anni [368]. Particolarmente preoccupante è la situazione ungherese [369].

Ciononostante, a far scattare un controllo costituzionale da parte delle istituzioni europee è stato l'indebolimento dell'indipendenza e dell'autonomia del potere giudiziario polacco messo in atto dal governo PiS [370]. Tra i primi provvedimenti adottati nel 2015 dalla nuova maggioranza, vi furono misure volte, tra l'altro, a ridefinire la composizione del Tribunale costituzionale polacco con la nomina di giudici filogovernativi, così da asservire tale Corte alle esigenze dell'esecutivo, trasformandola in uno strumento nelle mani del governo [371]. La maggioranza intervenne poi sul Consiglio nazionale della magistratura, disponendo il pensionamento di centocinquanta dei settecento presidenti e vicepresidenti delle corti territoriali, nonché quasi il 40% dei giudici della Corte Suprema, aumentando il numero dei componenti di quest'ultima. È stata inoltre istituita una nuova sezione disciplinare, composta da giudici filogovernativi, con poteri sanzionatori nei confronti di tutti

[368] Disponibile all'indirizzo https://www.venice.coe.int/WebForms/documents/by_opinion.aspx?v=countries.

[369] Risoluzione del Parlamento europeo del 12 settembre 2018 su una proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione (2017/2131(INL)).

[370] COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia* (COM(2017) 835 final); J. KOŚCIERZYŃSKI (a cura di), *Justice under pressure – repressions as a means of attempting to take control over the judiciary and the prosecution in Poland. Years 2015-2019*, 2020 (Relazione dell'associazione dei giudici polacchi "Iustitia"); W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 1-34.

[371] E. ŁĘTOWSKA, *A Tragic Constitutional Court Judgment on Abortion*, in *Verfassungsblog* (12 novembre 2020).

gli altri giudici. Con l'ausilio di tale sezione, il governo polacco cerca di impedire i rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia sulla legittimità delle misure adottate, privando così la magistratura polacca del sostegno della Corte di Lussemburgo. Le sanzioni disciplinari disposte nei confronti di Igor Tuleya, figura di spicco dei giudici critici nei confronti del governo, sono emblematiche al riguardo [372]. Il Ministro della giustizia polacco giunse addirittura a chiedere al Tribunale costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità dell'articolo 267 TFUE quando il rinvio pregiudiziale ha ad oggetto disposizioni che riguardano l'organizzazione della magistratura polacca [373]. Drastiche misure sono state adottate dal governo anche nei confronti di un secondo baluardo dei *checks and balances* che connota lo Stato di diritto democratico: la libertà di stampa (cfr. § 79).

L'osservanza dei princìpi europei da parte degli Stati membri è una presunzione giuridica, ma non una finzione giuridica. La differenza tra una presunzione e una finzione è che la prima è confutabile, mentre la seconda non lo è. Infatti, nel linguaggio comune, la parola finzione spesso indica qualcosa privo di una base fattuale. Se l'osservanza dei princìpi da parte degli Stati membri diviene fittizia in tal senso, l'identità della società europea è a rischio (cfr. § 26).

In definitiva, il nodo da sciogliere è se la società europea *abbracci* o *combatta* le democrazie con carenze sistemiche. Entrambe le scelte comportano una trasformazione. Se le istituzioni europee restano inerti, anche siffatte democrazie contribuiranno all'interpretazione dei princìpi dell'articolo 2 TUE, in virtù del principio di uguaglianza degli Stati membri (articolo 4, paragrafo 2, TUE) e del ruolo delle tradizioni costituzionali comuni. Per evitare ciò, il diritto pubblico europeo deve sviluppare meccanismi di controllo costituzionale e sostenere le trasformazioni democratiche in tali Stati membri.

Ma ha senso il controllo costituzionale dell'UE? In una delle più celebri affermazioni della teoria costituzionale tedesca, Böckenförde (cfr. § 4) ha sostenuto che un ordinamento giuridico liberale non può garantire le sue condizioni di esistenza [374]. Böckenförde probabilmente riteneva che solo la

---

[372] I. WERNER, *Kampf um die Unabhängigkeit der Gerichte in Europa: Interview mit Beata Morawiec und Igor Tuleya*, in *Deutsche Richterzeitung*, 2021, p. 142; COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sullo Stato di diritto 2020. Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Polonia* (SWD(2020) 320 final), p. 7.

[373] Si tratta del caso K 7/18. Vedi S. BIERNAT-M. KAWCZYŃSKA, *Though This be Madness, Yet there's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court*, in *Verfassungsblog* (26 ottobre 2019).

[374] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in ID., *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, p. 94; al riguardo, vedi J.-W. MÜLLER, *What the Dictum Really Meant-and What it*

fede cristiana potesse offrire una siffatta garanzia. Se oggi ciò è poco convincente [375], sembra invece ragionevole riconoscere un ruolo fondativo alla coscienza civica (*politische Gesinnung*) dei cittadini (cfr. § 32). L'articolo 2 TUE dà voce a questa concezione, fondando l'Unione sui valori, ossia sulle convinzioni etiche diffuse (cfr. § 28). Di più, la tradizione hegeliana sostiene che le politiche pubbliche possano promuovere tale coscienza: Hegel intende la *politische Gesinnung* come "*il risultato delle istituzioni sussistenti nello Stato*" [376]. Böckenförde, che non era né fatalista né contrario all'educazione civica, non avrebbe contestato tale conclusione.

Pertanto, una politica di rafforzamento dei princìpi democratici e di promozione delle relative strutture sociali può funzionare. Si tratta comunque di politiche complesse che richiedono tempo. Lo scetticismo di Hegel nei confronti delle politiche costituzionali imposte dall'esterno è noto: egli evoca come principale esempio il fallimento della modernizzazione napoleonica in Spagna. Le difficoltà delle trasformazioni costituzionali individuate da Hegel sono oggi ampiamente documentate e, ciononostante, nella seconda metà del XX secolo [377], la promozione della democrazia è divenuta un obiettivo politico.

Una figura chiave fu Karl Loewenstein, un costituzionalista di Monaco. Nel 1943, rifugiatosi negli Stati Uniti, coniò il termine "*democrazia militante*" [378]. Dopo la sconfitta della Germania, partecipò alla politica statunitense di democratizzazione che comprendeva anche l'educazione alla democrazia. Su queste basi, Löwenstein sostenne l'arresto di Schmitt e l'imposizione nei suoi confronti di un divieto di pubblicare [379], considerato che la dottrina giuridica influenza la coscienza politica di una società (anche per quanto riguarda l'ulteriore procedimento contro Schmitt, cfr. §§ 4, 68).

In Germania, la politica degli alleati smentì lo scetticismo categorico di Hegel nei confronti delle politiche costituzionali esogene. La democratizzazione di stampo americano si rivelò un successo in Germania, e le idee di

---

Could Mean for Us, in *Constellations*, 25, 2018, p. 196; J. HABERMAS, *Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaats?*, in J. HABERMAS-J. RATZINGER (a cura di), *Dialektik der Säkularisierung. Über Vernunft und Religion*, Herder, Freiburg im Breisgau, 2005, p. 15.

[375] U. VOLKMANN, *Gespräche mit Hegel*, cit., pp. 502 ss.

[376] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 268.

[377] *Ivi*, par. 274 aggiunta.

[378] K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights, I*, in *The American Political Science Review*, 31, 1937, p. 417; ID., *Verfassungslehre*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1959, pp. 449 ss.

[379] R. MEHRING, *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall*, C.H. Beck, München, 2009, p. 442.

Löwenstein divennero elementi fondanti del costituzionalismo moderno. La promozione della democrazia è divenuta un importante ambito della politica transnazionale, ottenendo successi e patendo fallimenti. La pressione dall'esterno può aiutare le transizioni democratiche, e spesso è indispensabile per il successo di una trasformazione (cfr. §§ 25, 26). I Trattati europei hanno dunque raccolto l'eredità di Löwenstein [380].

Qualsiasi politica europea nei confronti della Polonia deve tenere conto del fatto che dal 2015 la maggioranza di governo polacca si è radicata in molte istituzioni, ed è stata ulteriormente rafforzata dalla vittoria nelle elezioni parlamentari del 2019 e in quelle presidenziali del 2020. Molti fattori suggeriscono che la trasformazione democratica della società polacca, avviata nei Cantieri Navali di Danzica all'inizio degli anni Ottanta, si sia arrestata (cfr. § 26). Non esiste, quindi, una soluzione rapida, ma è necessaria una trasformazione profonda delle strutture sociali (cfr. § 24).

Una trasformazione del genere incontrerà molteplici difficoltà. Le istituzioni polacche contestano con veemenza la legalità e la legittimità delle misure adottate dall'UE, e hanno perciò mobilitato il Tribunale costituzionale polacco per un contrattacco [381]. Nel 2017, anche l'ambasciatore polacco a Berlino ha dichiarato che la Polonia sostiene tutti i valori europei: "*Il problema è di interpretazione. Bruxelles è troppo ideologicamente orientata dalla sinistra liberale*" [382]. Ma anche voci esterne al governo polacco considerano problematica la risposta europea [383]. Secondo Weiler vi sarebbe un problema di legittimità, perché l'Unione non si atterrebbe ai valori che chiede ai suoi membri di rispettare [384]. Anche il Parlamento europeo ha criticato l'unilateralità dell'approccio adottato dalla Commissione [385].

---

[380] F. SCHORKOPF, *Die Maßnahmen der XIV EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich*, Springer, Berlin, 2002, pp. 119 ss.; J.-W. MÜLLER, *The EU as a Militant Democracy, or: Are There Limits to Constitutional Mutants Within EU Member States?*, in *Revista de Estudios Políticos*, 165, 2014, p. 141; M. KLAMT, *Die Europäische Union als streitbare Demokratie. Rechtsvergleichende und europarechtliche Dimensionen einer Idee*, Utzverlag, München, 2012.

[381] Vedi M. STEINBEIS, *The Deed, not the Doer*, in *Verfassungsblog* (3 febbraio 2018). Su tale mobilitazione, cfr. § 79.

[382] Citato in A. VOßKUHLE, *Die Idee der Europäischen Wertegemeinschaft*, cit., p. 17.

[383] F. SCHORKOPF, *Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise?*, in *Europarecht*, 51, 2016, p. 159.

[384] J.H.H. WEILER, *Epilogue: Living in a Glass House: Europe, Democracy and the Rule of Law*, in C. CLOSA-D. KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 326.

[385] Considerando (K) della Risoluzione del Parlamento europeo del 14 novembre 2018 sulla necessità di un meccanismo globale dell'UE per la protezione della democrazia, lo Stato di diritto e i diritti fondamentali (2018/2886(RSP)).

La difesa dei princìpi costituzionali deve essere legale e legittima [386]. Ma, allo stesso tempo, l'inerzia di fronte all'illegalità non è un'opzione per l'UE [387], dato che le istituzioni sono tenute a "*promuovere*" i suoi valori (articoli 3, paragrafo 1, e 13, paragrafo 1, TUE). Di fronte alla patente violazione di tali valori da parte della Polonia, il silenzio delle istituzioni europee denuncerebbe che la società europea non è quella che professa di essere, e potrebbe persino lasciare intendere che le misure polacche siano conformi ai valori europei. In tal caso, l'autocomprensione della società europea verrebbe messa a dura prova e si paventerebbe il rischio di una sua crisi d'identità.

L'azione non si giustifica soltanto a garanzia dell'identità europea. Secondo la Carta dei diritti fondamentali, l'Unione "*pone la persona al centro della sua azione*". L'Unione ha dunque un mandato di protezione che include i cittadini polacchi nei confronti delle autorità nazionali, anche se la minaccia del terrorismo di Stato non si è ancora manifestata [388]. I cittadini dell'Unione hanno diritto al godimento effettivo dei diritti europei (cfr. § 38). L'84% della popolazione polacca si considera parte della società europea [389], e sono in molti a battersi per il costituzionalismo democratico. È tempo che la cittadinanza europea dimostri la propria reale valenza.

Anche il principio della fiducia reciproca richiede un controllo costituzionale da parte delle istituzioni europee. La fiducia è una risorsa essenziale nelle società (cfr. § 35). La necessità di fiducia caratterizza il secondo periodo del diritto pubblico europeo (cfr. § 20). Senza fiducia reciproca, l'attuale integrazione della società europea non è sostenibile [390]. La Corte di giustizia ha stabilito il principio secondo cui tutti gli Stati membri devono avere fiducia nel rispetto del diritto dell'Unione da parte degli altri Stati membri, e in particolare dei suoi diritti fondamentali [391]. Ma la fiducia richiesta non è cieca, poiché è accompagnata da strumenti, come il controllo di costituzionalità, volti a promuoverla e a stabilizzarla.

---

[386] E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 31, 1978, p. 1883; P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

[387] C. HILLION, *Overseeing the rule of law in the European Union: Legal Mandate and Means*, in C. CLOSA-D. KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing Rule of Law*, cit., pp. 60-64.

[388] C. FRANZIUS, *Der Kampf um Demokratie in Polen und Ungarn – Wie kann und soll die Europäische Union reagieren?*, in *Die öffentliche Verwaltung*, 71, 2018, p. 384.

[389] COMMISSIONE EUROPEA, *Standard Eurobarometer 91*, cit., p. 17.

[390] CGUE, 21 dicembre 2011, *N.S. e altri*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, punto 83; 16 febbraio 2017, *C.K. e altri*, causa C-578/16 PPU, punto 95.

[391] Così CGUE, 18 dicembre 2014, *Adesione dell'Unione alla CEDU*, cit., punto 191; K. LENAERTS, *La vie après l'avis. Exploring the Principle of Mutual (Yet not Blind) Trust*, in *Common Market Law Review*, 54, 2017, p. 805.

In base al diritto dell'Unione, il controllo costituzionale europeo è, in linea di principio, legale e legittimo. Tuttavia, esso deve rispettare tutto il diritto dell'Unione, incluso il principio della tutela dell'identità nazionale e il pluralismo europeo (cfr. § 33). L'articolo 2 TUE non deve diventare una clausola di omogeneità per gli Stati membri, simile all'articolo 28 della Legge fondamentale tedesca o all'articolo IV, paragrafo 4, e agli articoli da XIII a XV della Costituzione statunitense [392]. Non può imporre agli Stati membri requisiti molto stringenti o spingerli a conformarsi a quelle che le istituzioni dell'UE considerano le migliori pratiche (cfr. § 34). Non vi è alcun mandato per sviluppare i princìpi dell'articolo 2 TUE in un progetto paneuropeo di diritto costituzionale degli Stati membri: l'omogeneizzazione costituzionale è fuori discussione.

Un controllo costituzionale dal perimetro più circoscritto potrà invece raccogliere il sostegno della società europea. Tale sostegno è essenziale, perché il tentativo di imbrigliare il governo eletto di uno Stato membro rischia di generare gravi conflitti. Basti ricordare l'*escalation* che ha accompagnato l'esercizio del controllo costituzionale da parte dello Stato centrale spagnolo nei confronti della maggioranza di governo catalana nel 2017 [393]. Le misure europee incontrano ancora più difficoltà, dato che non possono contare né su un "*noi*" nazionale né su una esecuzione armata (federale), elementi che hanno sostenuto l'azione dello Stato spagnolo contro il governo catalano. Ciò accresce l'importanza che il maggior numero possibile di istituzioni e forze sociali sostenga il controllo costituzionale europeo e, proprio a tal fine, è necessario che tale controllo si concentri sulle carenze sistemiche.

46. Il *focus* sulle carenze sistemiche

Il Tribunale costituzionale tedesco, ragionando in termini di democrazia, ha vietato al *Land* Schleswig-Holstein di assimilare i poteri dei consigli del personale negli uffici amministrativi a quelli dei consigli del personale nelle imprese private, dato che una siffatta estensione sarebbe intollerabile democraticamente: un ministro, nell'organizzare la propria amministrazione, deve avere margini di azione più ampi di quelli di cui gode l'amministratore delegato di una società privata [394]. Differente è il perimetro del controllo

[392] In una prospettiva comparata, F. PALERMO-K. KÖSSLER, *Comparative Federalism. Constitutional Arrangements and Case Law*, Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 321 ss.

[393] M.J. GARCÍA MORALES, *Federal Execution, Article 155 of the Spanish Constitution and the Crisis in Catalonia*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 73, 2018, p. 791.

[394] BVerfGE 93, 37, *Mitbestimmung Schleswig-Holstein*, p. 66.

costituzionale dell'Unione, che deve limitarsi a sindacare le problematiche più gravi, cioè le *carenze sistemiche* [395]. Una carenza sistemica, e le espressioni ad essa correlate (*minacce strutturali*, *generali* o *sistemiche*, *carenze*, *problemi*, *difetti* o *debolezze*) si riferiscono a una situazione che mette in discussione il nucleo costituzionale (cfr. § 29). Tale concetto è stato ricostruito dalla dottrina nei termini che seguono.

L'articolo 7 TUE è il perno costituzionale di una siffatta concettualizzazione. Esso conferisce all'Unione il potere di esigere dagli Stati membri il rispetto dei princìpi dell'articolo 2 TUE, e gli Stati membri non vi si possono sottrarre facendo leva sulla loro identità nazionale (articolo 4, paragrafo 2, TUE). Quando si tratta di violazioni dell'articolo 2 TUE, non v'è alcuna giustificazione possibile, nessun *domaine réservé*, nessuna riserva di sovranità per gli Stati membri [396]. Nella società europea, ogni atto delle pubbliche autorità deve rispettare i princìpi fondamentali del diritto dell'Unione. L'articolo 7 TUE non opera soltanto in riferimento alle misure nazionali di attuazione del diritto dell'Unione, perché l'articolo 51, paragrafo 1, primo periodo, CDFUE non è applicabile nella specie. Ne discende, in altre parole, che il controllo costituzionale dell'Unione sugli Stati membri è limitato nella sua intensità, non nel suo ambito di applicazione. Una misura nazionale può, pertanto, costituire una carenza sistemica ai sensi del diritto dell'UE, a prescindere dal settore che regola.

L'articolo 7 TUE chiarisce che una carenza sistemica esige qualcosa di più grave di una semplice violazione del diritto dell'Unione. La sua attivazione richiede l'"*evidente rischio di una violazione grave*" dei valori dell'articolo 2 TUE, mentre l'eventuale comminazione delle sanzioni richiede una "*violazione grave e persistente*". I predetti requisiti sono posti a salvaguardia dell'autonomia costituzionale degli Stati membri, cui è riservata la responsabilità primaria del rispetto dei valori dell'articolo 2 TUE, secondo il principio di sussidiarietà (articolo 5, paragrafo 3, TUE). La logica sottesa a tali qualificazioni dà forma al concetto di carenza sistemica, e al regime giuridico di qualsiasi strumento di controllo costituzionale.

L'aggettivo *sistemica* contribuisce a implementare questa logica, escludendo le normali violazioni del diritto dal perimetro del controllo costituzionale. Una

---

[395] M. IOANNIDIS-A. VON BOGDANDY, *Systemic Deficiency in the Rule of Law: What it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, 51, 2014, pp. 66 ss. Per una trattazione esaustiva, vedi M.G. SCHMIDT, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, cit.

[396] Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo in merito all'articolo 7 del Trattato sull'Unione europea – Rispettare e promuovere i valori sui quali è fondata l'Unione (COM/2003/0606 final), p. 5; Convenzione europea, Nota del Presidium: Progetto di articoli da 1 a 16 del trattato costituzionale (CONV 528/03), p. 1.

normale violazione è caratterizzata dal fatto che le istituzioni pubbliche vi possono reagire con gli strumenti ordinari a ciò preposti, dato che essa non pregiudica la tenuta dell'ordinamento [397]. Le situazioni in cui le violazioni possono essere qualificate come *sistemiche*, *strutturali* o *generalmente carenti* sono accomunate dal fatto di trascendere la normalità. La loro criticità costituisce una minaccia per la tenuta dell'ordinamento giuridico in quanto tale. Ne sono un esempio il terrorismo di Stato, i colpi di Stato, le rivolte armate, ma anche lo smantellamento dei *checks and balances*, come nel caso ungherese e polacco.

Il termine *sistemico*, nel linguaggio biologico e medico dal quale trae origine, si riferisce all'*intero organismo*; esso si contrappone a *isolato*, *occasionale*, *locale* o *casuale*. Nel linguaggio giuridico, le carenze *sistemiche* sono violazioni perpetrate con regolarità, diffuse o profondamente radicate, o espressione della politica delle più alte autorità. Fenomeni di questo tipo non costituiscono più eccezioni, ma piuttosto caratteristiche di un sistema [398]; e, difatti, la Corte di giustizia usa i termini *sistemico* e *generale* come sinonimi [399].

La Commissione europea esclude dal quadro dello Stato di diritto le violazioni isolate dei diritti fondamentali o gli errori giudiziari [400], tuttavia, anche un fenomeno individuale – come un singolo caso di tortura o un omicidio politico – può essere sintomatico di una carenza sistemica. Ciò vale soprattutto allorché non vi sia una reazione istituzionale adeguata alla violazione, il che denuncia un disfunzionamento sistemico. Segnali in tal senso si sono riscontrati a Malta dopo l'omicidio della giornalista Daphne Caruana Galizia nel 2017, e in Slovacchia dopo gli omicidi del giornalista Ján Kuciak e della sua compagna Martina Kušnírová nel 2018 (cfr. § 79).

Anche eventuali gravi ricadute su altri sistemi sociali possono denunciare l'esistenza di una *carenza sistemica*. La normativa europea in materia di regolamentazione bancaria intende i *rischi sistemici* come "*rischi di turbativa dei servizi finanziari […] che potenzialmente possono avere serie conseguenze negative per il mercato interno e l'economia reale*" [401]. In quest'ottica, le

---

[397] M. IOANNIDIS-A. VON BOGDANDY, *Systemic deficiency in the rule of law*, cit., pp. 71 ss.

[398] Vedi le voci "sistemico" nel *Dizionario Merriam-Webster* e in Wikipedia e "systemisch" nel *Duden* e nel Wiktionary.

[399] CGUE, *LM*, cit., punti 34, 61, 68; 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, causa C-404/15, punti 89, 93, 104.

[400] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto (COM(2014) 158 final), p. 7.

[401] Considerando (27) del Regolamento (UE) n. 1092/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario

carenze sistemiche negli Stati membri provocano esternalità, incidendo sull'autocomprensione della società europea, sulla legittimità del processo decisionale nell'UE e sulla possibilità di riconoscimento reciproco delle decisioni. Il controllo costituzionale europeo è preposto a contrastare tali problemi. Considerato che le carenze sono spesso radicate nella società, la risposta europea spesso assume i tratti del costituzionalismo trasformativo (cfr. § 26).

47. Strumenti

Il diritto pubblico europeo è un fenomeno plurale, dato che include anche il diritto pubblico degli Stati membri. Ma sono gli strumenti di cui l'Unione può avvalersi a tal fine che costituiscono il perno del controllo costituzionale. Dal punto di vista dottrinale, ciò deriva dalla posizione chiave dell'articolo 2 TUE (cfr. § 29), ma vi sono anche ragioni pragmatiche. Se è l'Unione ad esercitare il controllo, gli altri Stati membri non vengono coinvolti nel conflitto, che pertanto non assurge a conflitto tra Stati membri. Considerati gli antagonismi storici tra questi ultimi, e il rischio di esplosione di tali rapporti, non è certo una giustificazione di poco conto [402].

Mentre l'Unione non ha mai esitato a esercitare un controllo costituzionale sui Paesi candidati, ha a lungo evitato di farlo nei confronti degli Stati membri. Nel 2013, nella sua dichiarazione forse più nota, il Presidente della Commissione Barroso definì l'applicazione dell'articolo 7 TUE una "*opzione nucleare*", stigmatizzando così di fatto lo strumento come illegittimo [403]. L'Unione lasciò quindi al Consiglio d'Europa la censura delle carenze sistemiche dei propri Stati membri, evitando alle proprie istituzioni di farsi carico di conflitti difficili e forse paralizzanti [404]. Anche la Corte di giustizia inizialmente eluse il problema. Si limitò, ad esempio, a vagliare solo sotto il profilo della compatibilità con la Direttiva 2000/78 sulla lotta alla discriminazione l'asservimento della magistratura ungherese da parte di Orbán [405], evitando in

nell'Unione europea e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico; J. KLEINOW, *Systemrelevante Finanzistitute. Systemrisiko und Regulierung im europäischen Kontext*, Springer, Berlin, 2016, pp. 19-20.

[402] J.W. MÜLLER, *Should the EU Protect Democracy and the Rule of Law inside Member States?*, in *European Law Journal*, 21, 2015, p. 145.

[403] M. BARROSO, *Discorso sullo Stato dell'Unione 2013*, 11 settembre 2013, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-684_en.htm; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion (Ist C.J. Reports 1996), pp. 226-267.

[404] K. TUORI, *From Copenhagen to Venice*, in C. CLOSA-D. KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing Rule of Law*, cit., p. 237.

[405] CGUE, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, cit., punti 24 ss. Sul fallimento

questo modo di invocare il nucleo costituzionale e la reale posta in gioco.

Il contesto è ormai mutato. Sia la Commissione che il Parlamento hanno avviato procedimenti contro gli Stati membri con carenze sistemiche rilevanti ai sensi dell'articolo 7 TUE. Nel 2020, il legislatore europeo ha introdotto il regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione, in base al quale le violazioni dello Stato di diritto possono comportare gravi perdite finanziarie [406]. Poiché alcune delle carenze riguardano fenomeni di corruzione sistemica, l'avvento della Procura europea rappresenta un ulteriore passo avanti [407]. La Commissione ha istituito strumenti di monitoraggio, come il quadro sullo Stato di diritto, il *quadro di valutazione della giustizia* [408] e le relazioni nell'ambito del semestre europeo [409]; il Consiglio ha istituito un dialogo istituzionalizzato sullo Stato di diritto [410] e anche il Parlamento europeo può vagliare tali orientamenti [411]. Le 'famiglie' dei partiti politici europei, inoltre, possono esercitare pressioni sui propri membri [412].

Detti strumenti di controllo costituzionale sono legittimi o l'articolo 7 TUE è l'unico strumento valido per far valere l'articolo 2 TUE nei confronti degli Stati membri? I governi polacco e ungherese hanno sostenuto la seconda tesi nel ricorso contro il Regolamento (UE) 2020/2092.

Tuttavia, la posizione polacca e ungherese si scontra con uno dei più antichi princìpi del diritto comunitario: il fatto che il Trattato stabilisca una

---

di questo approccio, G. HALMAI, *The Early Retirement Age of the Hungarian Judges*, in F. NICOLA-B. DAVIES (a cura di), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 471.

[406] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092, cit. In proposito, vedi J. ŁACNY, *The Rule of Law Conditionality Under Regulation No 2092/2020 – Is it all About the Money?*, in *The Hague Journal on the Rule of Law*, 13, 2021, pp. 1 ss.

[407] Regolamento (UE) del Consiglio 2017/1939, cit.

[408] Vedi la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Banca centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, Quadro di valutazione UE della giustizia 2018 (COM(2018) 364 final), pp. 2 ss.

[409] Documento di lavoro – Country Report Poland 2018, che accompagna il documento Comunicazione della Commissione, Semestre europeo 2018: valutazione dei progressi in materia di riforme strutturali, prevenzione e correzione degli squilibri macroeconomici e risultati degli esami approfonditi a norma del Regolamento (UE) 1176/2011 (SWD(2018) 219 final).

[410] Conclusioni del Consiglio dell'Unione europea e degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio sulla garanzia del rispetto dello Stato di diritto (16 dicembre 2014).

[411] Regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014 relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee.

[412] Pertanto, l'articolo 9 dello Statuto del PPE consente le esclusioni, ma non definisce i motivi di esclusione.

procedura specifica per combattere un particolare problema non impedisce che vengano introdotti anche ulteriori strumenti [413]. Proprio sulla base di tale logica, la decisione *Van Gend en Loos* [414] chiarì che la procedura di rinvio pregiudiziale è uno strumento per l'applicazione del diritto comunitario e per il controllo degli Stati membri in aggiunta alla procedura di infrazione, adottata dagli autori dei Trattati con tale obiettivo (cfr. § 56). La medesima logica ha consentito alla Corte di giustizia di sviluppare la dottrina della responsabilità degli Stati membri [415].

L'articolo 7 TUE non vieta dunque il ricorso a ulteriori strumenti, limitandosi soltanto a circoscriverne l'applicazione. Che l'articolo 7 TUE rappresenti la forma più intensa di controllo costituzionale risulta con chiarezza dalla estrema complessità delle procedure ivi previste [416]. L'Unione, dunque, non potrebbe introdurre strumenti più severi, come l'espulsione dello Stato membro [417] o la destituzione del suo governo, come accadde nel 2017 al governo catalano ribelle per decisione del governo spagnolo.

Il controllo costituzionale dell'Unione non opera in via esclusiva. Anche le istituzioni degli Stati membri possono difendere e promuovere i princìpi europei. Gli Stati membri possono rifiutarsi di cooperare con uno Stato membro che presenti carenze sistemiche, esercitando così una pressione su di esso, come ad esempio, significativamente, mediante la mancata cooperazione nell'ambito del mandato d'arresto europeo [418]. Anche il Tribunale costituzionale tedesco ha riconosciuto questa interpretazione [419].

Gli Stati membri potrebbero valutare altresì il ricorso a strumenti di politica estera per esercitare pressioni sugli Stati inadempienti, mediante rappresaglie, la sospensione o l'interruzione della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e, per le violazioni più gravi, interventi umanitari [420].

---

[413] J. BAST, *Grundbegriffe der Handlungsform in der EU*, Springer, Berlin, 2006, pp. 60 ss.

[414] CGCE, *Van Gend e Loos*, cit., punto 26.

[415] CGCE, *Francovich*, cit., punti 33 ss.

[416] In questo senso, CGUE, *LM*, cit., punti 70-73.

[417] Ma vedi T. STEIN, *Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat*, in V. GÖTZ *et al.* (a cura di), *Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85. Geburtstag*, Springer, Berlin, 1998, pp. 873, 890; B. BLAGOEV, *Expulsion of a Member State from the EU after Lisbon: Political Threat or Legal Reality?*, in *Tilburg Law Review*, 16, 2011, p. 191.

[418] CGUE, *LM*, cit.

[419] BVerfG, Beschluss 1° dicembre 2020, 2 BvR 1845/18, *Europäischer Haftbefehl II (Mandato d'arresto europeo II)* – BVerfGE 156, 182 – *Rumänien II*. La Corte ha così abbandonato l'approccio adottato nella sentenza *Controllo dell'identità I*, cit. Cfr., in particolare, § 59.

[420] Su questa dottrina molto discussa, vedi INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, *Final Report on Aggression and the Use of Force*, 2018, pp. 20 ss.

Tuttavia, il diritto dell'UE impone limiti rigorosi a tali azioni. Nel 2000, infatti, l'azione di quattordici Stati membri dell'UE, volta a impedire che un partito di destra facesse parte del governo austriaco, fu ritenuta in violazione del diritto dell'Unione [421].

Anche il Consiglio d'Europa dispone di strumenti rilevanti, in particolare se applicati in collaborazione con l'UE (cfr. § 61). I pareri della Commissione di Venezia (cfr. § 26) sono uno strumento rapido e d'impatto per individuare carenze costituzionali; sono previste anche risoluzioni e raccomandazioni dell'Assemblea parlamentare, del Comitato dei Ministri e del Commissario per i diritti umani.

L'Europa dispone dunque di una molteplicità di strumenti di controllo costituzionale, in grado di affrontare le carenze sistemiche e di promuovere le necessarie trasformazioni. Particolare attenzione al riguardo meritano le decisioni delle corti, proprio perché a prima vista il loro ruolo di queste ultime potrebbe apparire marginale. Alexander Hamilton, come è noto, considerava il giudiziario il più debole dei poteri [422]. E in effetti, sotto il profilo qui in esame, la Corte di giustizia è rimasta in secondo piano per diversi anni. Soltanto il 27 febbraio 2018 la Corte emise la sentenza *Associação Sindical dos Juízes Portugueses c. Tribunal de Contas* [423], che condusse il controllo costituzionale europeo sulla Polonia e, invero, tutto il diritto europeo in una dimensione nuova.

La sentenza del 2018 non riguarda le carenze sistemiche riscontrate negli Stati dell'Europa centrale, essa investe la denuncia di un sindacato di giudici portoghesi contro i tagli salariali dovuti alle misure di austerità. Ma nella decisione la Corte di giustizia afferma, con portata generale, la giustiziabilità dei valori dell'articolo 2 TUE. Molte dichiarazioni rese dai componenti del collegio giudicante confermano l'impressione che il vero obiettivo del passo compiuto dalla Corte fosse quello di colpire lo smantellamento dei *checks and balances* messo in atto dal governo polacco [424]. Una siffatta reazione

---

[421] A questo proposito, vedi M. AHTISAARI-J.A. FROWEIN-M. OREJA, Rapporto adottato a Parigi l'8 settembre 2000 ("Rapporto dei Saggi"), par. 116; K. LACHMAYER, *Questioning the Basic Values-Austria and Jörg Haider*, in A. JAKAB-D. KOCHENOV (a cura di), *The Enforcement of EU Law and Values – Ensuring Member States' Compliance*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 436.

[422] A. HAMILTON, *Federalist No. 78*, in *The Federalist Papers*, 1788.

[423] CGUE, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, cit.

[424] Vedi, ad esempio, K. LENAERTS, *Upholding the Rule of Law through Judicial Dialogue*, in *Yearbook of European Law*, 38, 2019, p. 3; L.S. ROSSI, *La valeur juridique des valeurs. L'articolo 2 TUE: relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 3, 2020, p. 639; T. VON DANWITZ, *Values and the Rule of Law: Foundations of the European Union – An Inside Perspective from the ECJ*, in *Revue du droit*

della magistratura riflette una delle trasformazioni istituzionali più significative del diritto pubblico europeo degli ultimi cinquant'anni: il rafforzamento della giustizia costituzionale.

de l'union européenne, 4, 2018, p. 263; E. LEVITS, *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft. Art 2 iVm Art 7 des Vertrages über die Europäische Union als Grundlage und Begrenzung des Staatsordnungsmodells des demokratischen Verfassungsstaates der Mitgliedstaaten*, in T. JAEGER (a cura di), *Europa 4.0? Die EU im Angesicht politischer und technologischer Herausforderungen*, Jan Sramek Verlag KG, Wien, 2018, p. 239; M. SAFJAN, *The Rule of Law and the Future of Europe*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2019, p. 425.

III.
Corti

Sommario: *A. Un nuovo protagonista*. – 48. Uno sviluppo inatteso. – 49. Modernità multiple. – 50. La leva della trasformazione. – 51. Tre esperienze: Germania, Italia e Francia. – *B. L'europeizzazione della giustizia costituzionale nazionale*. – 52. L'europeizzazione del mandato delle Corti. – 53. Il pluralismo delle fonti. – 54. La cooperazione multilivello. – *C. Il ruolo delle Corti europee per la società europea*. – 55. Il mandato originario. – 55.1. La Corte di giustizia: un tribunale amministrativo europeo. – 55.2. La Corte EDU: un argine contro la regressione autoritaria. – 56. Costruire l'unità: la Corte di giustizia. – 56.1. Promuovere il diritto UE. – 56.2. L'attuazione del diritto UE. – 56.3. La leva procedurale. – 57. La giuridicizzazione dei diritti umani: la Corte EDU. – 57.1. La *rights revolution* europea. – 57.2. La leva procedurale. – 58. L'autorità del precedente europeo. – *D. Responsabilità condivisa ma differenziata*. – 59. Le due Corti europee: due senati di una Corte costituzionale. – 60. Foreste che crescono e alberi che cadono. – 61. Serrare i ranghi per far fronte a una minaccia comune. – *E. Corti e democrazia*. – 62. Il mandato per la trasformazione strutturale. – 63. Procedure democratiche di selezione. – 64. In nome di chi? – *F. Costituzionalismo trasformativo*. – 65. Nuove risposte a vecchie sfide. – 66. I requisiti stabiliti dalla Corte EDU. – 67. La mobilitazione della Corte di giustizia.

A. Un nuovo protagonista

Nel Capitolo 2 di quest'opera si è ricostruita la trasformazione del diritto pubblico europeo nella prospettiva dei concetti; nel Capitolo 3 da quella dei princìpi. L'approccio hegeliano, tuttavia, richiede di andare oltre concetti e princìpi. Questi ultimi costituiscono soltanto il punto di partenza per riflessioni più concrete, in particolare sulle istituzioni della società e sul loro funzionamento (cfr. § 4). La dottrina giuspubblicistica può fornire un contributo a tali riflessioni, analizzando le istituzioni cui l'ordinamento giuridico conferisce pubblici poteri.

Nello studio dell'integrazione europea, sembra naturale concentrarsi sulle istituzioni dotate di poteri esecutivi. Gli autori dei Trattati della prima età di soglia (*Sattelzeit*), infatti, hanno posto le basi del nuovo diritto pubblico europeo istituendo l'Alta Autorità della CECA, un organo totalmente esecutivo. Ancora oggi, molti sostengono che le istituzioni pubbliche europee

rappresentano una mera espansione dell'esecutivo; ciò vale per i due Consigli (il Consiglio dei capi di Stato e di governo e il Consiglio dei ministri, in cui gli esecutivi nazionali svolgono il ruolo di attori dell'UE), per la Commissione, per la BCE, per le molteplici agenzie e, naturalmente, per i governi degli Stati membri con il loro complesso apparato burocratico. Meritano di essere ricordati alcuni dei protagonisti che hanno contribuito a trasformare l'Europa in una macchina operosa; si pensi a uomini come Schuman, Hallstein, Giscard, Schmidt, Delors e Draghi, e a donne come Thatcher, Merkel, von der Leyen e Lagarde, oltre alle migliaia di funzionari pubblici. Molti concepiscono il sistema di governo della società europea come un federalismo esecutivo transnazionale [1] o come una cooperazione amministrativa multilivello (cfr. § I.D). In sostanza l'esecutivo è stato profondamente europeizzato.

Tuttavia, la trasformazione dei parlamenti non è meno significativa di quella dei governi e delle amministrazioni. A partire dagli anni Cinquanta, oltre alle assemblee nazionali, operano due assemblee transnazionali: l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa e l'Assemblea parlamentare della CECA, divenuta un Parlamento a tutti gli effetti durante la seconda fase del diritto pubblico (cfr. § 43). Anche i parlamenti nazionali sono cambiati: si sono trasformati in parlamenti di *Stati membri*, hanno creato reti tra loro e hanno iniziato a vigilare sulla politica europea [2]. Non di rado, ormai, parlamentari nazionali influenti hanno svolto un mandato anche al Parlamento europeo, così sensibilizzandosi alla dimensione europea della rappresentanza politica. Sono lontani i tempi in cui un mandato al Parlamento europeo era segno della fine ingloriosa di una carriera politica [3].

La trasformazione istituzionale del diritto pubblico europeo può essere ricostruita sia dalla prospettiva del potere esecutivo che del potere legislativo. In questa sede, tuttavia, si adotterà la prospettiva del giudiziario [*] e, in

---

[1] S. OETER, *Federalism and Democracy*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007, p. 55; J. HABERMAS, *Jürgen Habermas, Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Berlin, 2011, pp. 48 ss.

[2] P. DANN, *Parlamente im Exekutivföderalismus. Eine Studie zum Verhältnis von föderaler Ordnung und parlamentarischer Demokratie in der Europäischen Union*, Springer, Berlin, 2004, spec. pp. 163 ss., 279 ss.; vedi anche, in inglese, P. DANN, *European Parliament and Executive Federalism: Approaching a Parliament in a Semi-Parliamentary Democracy*, in *European Law Journal*, 9, 2003, p. 549; sulla crisi dell'euro, vedi S. RAGONE (a cura di), *Managing the Euro Crisis. National EU policy coordination in the debtor countries*, Routledge, Abingdon, 2017.

[3] P. RÜTTERS, *"Verbleib" von in Deutschland gewählten Europa-Abgeordneten*, in *Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl)*, 44, 2013, p. 783.

[*] N.d.c. Si noti che si tratta di un concetto ampio, dato che né nella Costituzione italiana né in quella francese la giurisdizione costituzionale è ricondotta nei titoli dedicati rispettivamente

particolare della giurisdizione costituzionale. La scelta potrebbe apparire incoerente con la teoria qui adottata, considerato che nella filosofia del diritto di Hegel non si rinvengono riferimenti a siffatta giurisdizione. Tuttavia, la giurisdizione costituzionale può essere concettualizzata quale istituzione che, secondo Hegel, implementa "*ciò che è già deciso*" [4]. Dopo la Seconda guerra mondiale, le prime "*decisioni*" rilevanti per la giurisdizione costituzionale si riferiscono alla decisione delle costituzioni post-belliche di istituire uno Stato di diritto democratico. È questo che le giurisdizioni sono tenute a "*sostenere e sviluppare*" attraverso le loro pronunce [5].

Si potrebbe obiettare che Hegel costituisca un riferimento inappropriato in una ricerca che enfatizza l'indipendenza della magistratura (cfr. § 79). Infatti, per Hegel il giudiziario è parte dell'esecutivo, non un terzo potere indipendente. Hegel considera la separazione dei poteri un'idea fuorviante dell'Illuminismo e sostiene non la separazione, ma una strutturazione delle istituzioni che ne indirizzi il potenziale in una missione comune (Gewalten*gliederung* piuttosto che Gewalten*teilung*) [6]. Ma ricondurre concettualmente il giudiziario nell'ambito del potere esecutivo non implica che esso debba soggiacere alle volontà del governo [7]. Anche nella teoria hegeliana, come in generale per ogni teoria giuridica, il concetto di giudice indica una istituzione connotata da indipendenza e imparzialità (cfr. § 50).

L'approccio di Hegel illumina il ruolo delle corti, in particolare delle

---

alla *Magistratura* e all'*Autorité judiciaire*, a differenza di quanto previsto dall'articolo 92 della Legge fondamentale tedesca.

[4] G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, par. 287; trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), Bompiani, Milano, 2006. La traduzione citata recita: "*[d]alla decisione sono distinte l'attuazione e l'applicazione delle decisioni del sovrano e, in generale, la prosecuzione e la buona conservazione di ciò che è già deciso, delle leggi vigenti, delle organizzazioni e istituzioni per fini comuni, ecc.*".

[5] Sulle tendenze regressive, vedi E.S. TĂNĂSESCU, *Can Constitutional Courts Become Populist?*, in M. BELOV (a cura di), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven International Publishing, The Hague, 2019, p. 305; Z. SZENTE, *Subverting Judicial Independence in the New Authoritarian Regimes: Comparing Polish and Hungarian Judicial Reforms*, in M. BELOV (a cura di), *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven International Publishing, The Hague, 2019, p. 341. Vedi, *infra* §§ 4.6 e 5.4.

[6] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 300.

[7] Hans Kelsen, fondatore della giustizia costituzionale, è analogamente sprezzante verso la tradizionale dottrina della separazione dei poteri, vedi S.P. HWANG, *Rechtsanwendung in der pluralistischen Demokratie: Hans Kelsens Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung seiner Demokratietheorie*, in *Der Staat*, 46, 2007, p. 442; analogamente, N. LUHMANN, *Funktionen der Rechtsprechung im politischen System*, in *Politische Planung: Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1971, p. 46.

corti costituzionali, più della dottrina meccanicistica della separazione dei poteri [8], dato che quest'ultima non riesce a cogliere il ruolo trasformativo del potere giurisdizionale. L'approccio hegeliano, invece, suggerisce di prendere in considerazione anche la prosecuzione "*di ciò che è già deciso*" [9]. Di conseguenza, si presta a uno studio su come i giudici promuovano la trasformazione della società alla luce della decisione costituzionale di scegliere uno Stato di diritto democratico.

In questo Capitolo si delineano i processi attraverso i quali le società democratiche hanno riconosciuto alle corti ampi poteri, tra cui quello di produzione normativa (cfr. § III.A). Si toccherà altresì il tema della europeizzazione delle corti (cfr. § III.B) prima di concentrarsi sul ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea (Corte di giustizia o CGUE) e della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) nella genesi e nella democratizzazione della società europea (cfr. § III.C). Poiché diverse giurisdizioni operano nella società europea, questa parte del lavoro approfondisce le loro responsabilità comuni e quelle peculiari di ciascuna giurisdizione (cfr. § III.D). Si indugerà sul mandato per la trasformazione strutturale conferito alle corti (cfr. § III.E) e si concluderà il Capitolo discutendo la delicata questione del costituzionalismo trasformativo (cfr. § III.F).

48. Uno sviluppo inatteso

Il ruolo delle giurisdizioni nella società europea può comprendersi mediante una riflessione su come le corti abbiano accresciuto il loro potere in molte società nazionali. Oggi, il potere giudiziario (in particolare le corti superiori o *apex courts*) non si limita a risolvere controversie individuali, né agisce solo alla stregua di "*legislatore negativo*" secondo la dottrina kelseniana [10]. Quasi ovunque, tali corti si misurano con questioni rilevanti, così promuovendo trasformazioni strutturali che di rado sono strettamente predeterminate. Lo testimonia Giuliano Amato, il quale ha confessato di avere più

---

[8] A. VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, pp. 147 ss., 422 ss.; C. MÖLLERS, *Three Branches: a Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 51 ss.

[9] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., par. 287.

[10] P. CRUZ VILLALÓN, *The Evolution of Constitutional Adjudication in Europe*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 1-50; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1932.

potere di plasmare la società italiana in veste di giudice della Corte costituzionale, di quanto ne avesse avuto in veste di Presidente del Consiglio dei ministri. Michael Stolleis è giunto a definire i due Senati del Tribunale costituzionale federale "*il cuore pulsante della Repubblica*" [11].

Tale potere restituisce evidenza di una trasformazione strutturale. Nel diritto pubblico europeo di un tempo, il ruolo dei giudici era assai limitato. Per Hegel, lo "*spirito del popolo*" e le istituzioni politiche, ma non i giudici, garantiscono la Costituzione [12]. Nello *Jus Publicum Europaeum* di Carl Schmitt si cita una sola sentenza, nella sua *Teoria costituzionale* se ne rivengono poche di più. A lungo, i giudici britannici raramente si sono occupati di diritto pubblico [13]. Il *Conseil d'État* francese, tribunale di diritto pubblico per antonomasia del XIX secolo, aveva competenza a giudicare l'operato della pubblica amministrazione, ma non del governo. Infine, anche i tribunali amministrativi tedeschi, istituiti nel XIX secolo, avevano armi spuntate rispetto al sindacato sugli organi di governo (erano 'addomesticati') [14]. La più celebre pronuncia (la sentenza *Kreuzberg*) del Tribunale amministrativo superiore prussiano aveva ad oggetto un ordine di polizia che inibiva la realizzazione di un progetto di costruzione [15].

Il limitato ruolo delle giurisdizioni nel diritto costituzionale ha costituito il modello europeo per gran parte del XX secolo [16]. Il controllo giurisdizionale sulla legislazione rispetto a parametri come quelli indicati nell'articolo 2 TUE rappresentava un istituto meramente *opzionale* delle costituzioni democratiche. Molti ritenevano un imperativo democratico sottrarre la legislazione, cioè le leggi del Parlamento, al controllo giurisdizionale [17].

---

[11] M. STOLLEIS (a cura di), *Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 2011.

[12] G.W.F. HEGEL, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Dritter Teil. Die Philosophie des Geistes (1830)*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970, par. 540.

[13] J.E.K. MURKENS, *Verfassungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. VI, Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, C.F. Müller, Heidelberg, 2016, p. 795.

[14] Per un'ampia disamina, vedi B. SCHAFFARZIK-K.P. SOMMERMANN (a cura di), *Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, Springer, Berlin, 2019.

[15] PrOVGE 9, 353, decisione del Tribunale amministrativo superiore prussiano del 14 giugno 1882.

[16] Sulla funzione paradigmatica del diritto pubblico tedesco, inglese e francese, vedi S. CASSESE, *The Administrative State in Europe*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 57, 60 ss.; M. FROMONT, *A Typology of Administrative Law in Europe*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 585 ss.

[17] Si tratta di riflessioni molto autorevoli; vedi É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la*

All'epoca della Seconda guerra mondiale, solo in pochi Stati europei – Norvegia, Austria e Svizzera – era già stato introdotto il sindacato di costituzionalità sulle leggi, mentre se ne discuteva in Cecoslovacchia, nella Seconda Repubblica spagnola e nella Repubblica di Weimer. Anche dopo la Seconda guerra mondiale, la diffusione del sindacato di costituzionalità è stata lenta. Solo la Legge fondamentale tedesca introdusse una Tribunale costituzionale senza un approfondito dibattito, in ragione dei crimini dei nazionalsocialisti e delle imposizioni degli Alleati. Nell'Italia post-fascista, invece, l'istituzione della Corte costituzionale fu molto dibattuta. In seno all'Assemblea Costituente, il già Presidente del Consiglio Francesco Saverio Nitti definì la Corte costituzionale come una delle "*novità assurde*" della Costituzione in corso di approvazione che "*non esiste […] in alcun altro paese*", un'istituzione "*inutile e dannosa*" per un "*Paese serio*" [18].

La posizione di Nitti non venne condivisa dalla maggioranza dell'Assemblea Costituente, che nel 1947 approvò la Costituzione, istituendo la Corte costituzionale. Tuttavia, per decenni la giurisdizionale costituzionale fu una rarità in Europa [19]. La Conferenza delle Corti costituzionali europee venne fondata nel 1972 con solo quattro membri: le Corti austriaca, tedesca, italiana e jugoslava [20].

Si ebbe in seguito una grande trasformazione [21]. Ad oggi la Conferenza delle Corti costituzionali europee conta quaranta membri, molti dei quali sono chiamati a risolvere delicate controversie che plasmano la società. Questa trasformazione ha riscontrato un largo consenso popolare: nelle classifiche sulla fiducia che l'opinione pubblica ripone nelle istituzioni pubbliche,

---

lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, M. Giard, Paris, 1921.

[18] Vedi R. BIFULCO-D. PARIS, *The Italian Constitutional Court*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 450-451; D. KOSAŘ-L. VYHNÁNEK, *The Constitutional Court of Czechia*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 122 ss.

[19] Sulla Corte costituzionale jugoslava, vedi C. GREWE, *Constitutional Jurisdiction in Ex-Yugoslavia in the Perspective of the European Legal Space*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 51.

[20] Cfr. www.confeuconstco.org (ultima visita 29 luglio 2022).

[21] Si tratta di un fenomeno globale: vedi D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. TRUBEK-A. SANTOS (a cura di), *The New Law and Economic Development – A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 63.

le corti costituzionali sono in genere molto ben posizionate, precedendo di gran lunga gli attori politici [22]. E se un tempo la magistratura era anonima e in qualche modo invisibile, oggi le corti superiori, e persino i giudici comuni, interagiscono con il pubblico, spiegando, giustificando e difendendo le proprie decisioni [23]. Talvolta, giungono financo a fornirne l'interpretazione.

49. Modernità multiple

Questa trasformazione è tutt'altro che uniforme: presenta varie declinazioni e sfumature. Le molteplici istituzioni cui è affidata la giurisdizione costituzionale nella società europea sono connotate da evidenti differenze. Tali peculiarità spiegano le ragioni di interesse per uno studio incentrato sul contenzioso costituzionale anziché sulle corti costituzionali. Solo diciannove Stati membri dell'UE hanno una vera e propria corte costituzionale, se si considera tale anche il *Conseil constitutionnel* [24], mentre otto Stati membri dell'Unione europea, vale a dire Cipro, Danimarca, Estonia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Paesi Bassi e Svezia, non l'hanno istituita [25]. La diversità delle forme del contenzioso costituzionale conferma la teoria delle "*modernità multiple*" anche in riferimento al ristretto gruppo di Stati di cui si compone la società europea (cfr. § 30). L'idea di un'unica modernità che trova emblematica realizzazione in un'unica società (come la Prussia per Hegel) è obsoleta.

Anche a livello europeo si rinviene una differenza tra il modello di corte suprema e quello di corte costituzionale: da un lato, alla Corte di giustizia, come alle corti supreme, è attribuita la risoluzione di tutte le questioni di

---

[22] C. LANDFRIED, *Constitutional Review in the European Legal Space: A Political Science Perspective*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023, p. 591.

[23] Sulle ricadute giuridiche di tali pratiche, vedi J. JAHN, *Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 60 ss.

[24] O. JOUANJAN, *Constitutional Justice in France*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 235-237.

[25] Sulle ragioni, vedi K. TUORI, *Constitutional Review in Finland*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 204, 207-209, 219; L. BESSELINK, *Constitutional Adjudication in the Netherlands*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 578 ss.

diritto, come per la Corte estone, quella irlandese e la Corte Suprema degli Stati Uniti. Dall'altro lato, alla Corte europea dei diritti dell'uomo è attribuita la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali del singolo, principale competenza affidata alla maggior parte delle corti costituzionali. Anche gli innumerevoli volti del contenzioso costituzionale in Europa non sembrano ispirarsi a un unico modello, e in particolare non al c.d. modello europeo di giustizia costituzionale, vale a dire a quello kelseniano [26].

Sono molteplici le ragioni che spiegano le varie forme del contenzioso costituzionale negli Stati membri. Una di queste è che le relative istituzioni sono state introdotte in tempi diversi e in contesti diversi, sviluppandosi di conseguenza, come spiega l'istituzionalismo storico mediante ii concetti di snodi critici e di dipendenza dal percorso [27]. Il perimetro si estende dallo *Hoge Raad* olandese, istituito dopo le guerre napoleoniche con la Costituzione del 1815, alla Corte costituzionale austriaca del 1920, fino alle corti costituzionali post-socialiste degli Stati membri dell'Europa centrale e orientale degli anni Novanta [28].

Si possono distinguere tre contesti principali nei quali si sviluppò la giustizia costituzionale a livello nazionale. In alcuni Stati, in particolare in Austria, in Belgio, e a Cipro, ma anche in Svizzera, essa costituì il riflesso di un assetto federale. In molti altri Stati, l'istituzione di una corte costituzionale dipese da una reazione alle esperienze di regimi autoritari che avevano acuito la preoccupazione di proteggere la democrazia come, ad esempio, in Germania, Italia, Portogallo, Spagna e in molti Stati post-socialisti. In un terzo gruppo, come in Francia, nei Paesi Bassi o negli Stati nordici, la giustizia costituzionale si sviluppò negli anni Settanta, contestualmente al rafforzamento della tutela dei diritti individuali, implementata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

---

[26] Su questo modello, vedi V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, Yale University Press, New Haven, 2009, pp. 111 ss.; L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova, 2009, pp. 1, 5 ss.

[27] G. CAPOCCIA, *Critical Junctures*, in O. FIORETOS-T.G. FALLETI-A. SHEINGATE (a cura di), *The Oxford Handbook of Historical Institutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 89; N. GROSCHE-E.E. WAGNER, *Einführung in das Tagungsthema. Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, in MAINZER ASSISTENTENTAGUNG ÖFFENTLICHES RECHT E.V (a cura di), *Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle*, Nomos, Baden-Baden, 2016, p. 11.

[28] J.A. FROWEIN-T. MARAUHN (a cura di), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel-und Osteuropa*, Springer, Berlin, 1998; O. LUCHTERHANDT-C. STARCK-A. WEBER (a cura di), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel-und Osteuropa*, Nomos, Baden-Baden, 2007; C. GREWE, *Constitutional Jurisdiction in Ex-Yugoslavia*, cit.

Le attribuzioni delle corti variano di conseguenza [29]. In alcuni ordinamenti giuridici, il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi conduce alla mera disapplicazione della legge nel singolo caso. In altri, le corti agiscono alla stregua di un "*legislatore negativo*", dichiarando l'invalidità della legge censurata. Alcune corti hanno anche il potere di adottare decisioni manipolative, sostitutive o additive. La tutela dei diritti individuali può essere assicurata attraverso procedimenti incidentali, rispetto ai quali la partecipazione della parte non assume un ruolo decisivo (come in Italia o nell'UE), oppure quella di procedimenti *ad hoc* promossi dal soggetto che lamenta la violazione di un diritto (come il ricorso costituzionale in Germania e in Polonia o il ricorso diretto individuale dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo). Una diversità ancora maggiore si riscontra per quanto riguarda i conflitti di attribuzione tra i poteri.

Alla luce di questa varietà di forme, ci si può chiedere se vi sia una corte che rappresenti un modello per tutte. Le proposte includono il *Conseil constitutionnel* [30] e il Tribunale costituzionale tedesco, dato il potere e l'autorità

---

[29] P. CRUZ VILLALÓN, *The Evolution of Constitutional Adjudication in Europe*, cit.; per approfondimenti sui singoli Stati (in ordine alfabetico), M.L. AMARAL-R.A. PEREIRA, The *Portuguese Constitutional Court*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 673; C. BEHRENDT, *The Belgian Constitutional Court*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 71; L. BESSELINK, *Constitutional Adjudication in the Netherlands*, cit.; G. BIAGGINI, *Constitutional Adjudication in Switzerland*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 779; R. BIFULCO-D. PARIS, *The Italian Constitutional Court*, cit.; A. FARAHAT, *The German Federal Constitutional Court*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 279; C. GRABENWARTER, *The Austrian Constitutional Court*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 19; O. JOUANJAN, *Constitutional Justice in France*, cit.; J.E.K. MURKENS, *Verfassungsgerichtsbarkeit im Vereinigten Königreich*, cit.; J.L. REQUEJO PAGÉS, *The Spanish Constitutional Tribunal*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 719; L. SÓLYOM, *The Constitutional Court of Hungary*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 357; P. TULEJA, *The Polish Constitutional Tribunal*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 619; K. TUORI, *Constitutional Review in Finland*, cit.

[30] É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, II ed., Dalloz, Paris, 2013, spec. pp. 197 ss.

di cui gode quest'ultimo [31]. Un modello, tuttavia, deve poter essere riprodotto, il che significa che la Corte di Karlsruhe non può fungere da modello. Il peso del Tribunale costituzionale tedesco è dovuto a una combinazione unica di diverse circostanze: la guerra perduta, l'esperienza del totalitarismo, la fiducia dei tedeschi nelle autorità, un'abile politica giudiziaria e molti decenni di maggioranze governative stabili [32]. La scarsa propensione della Corte di Karlsruhe a fungere da modello è restituita anche dalle enormi difficoltà incontrate da alcune delle corti costituzionali che ad essa si sono ispirate[33]. In ultima analisi, la pretesa assunzione di un 'modello europeo' appare poco convincente [34].

50. La leva della trasformazione

Montesquieu, Hamilton e Kelsen, il triumvirato della teoria giudiziaria, non concepivano le giurisdizioni come istituzioni in grado di plasmare e trasformare una società. Secondo Montesquieu, il potere dei giudici era "*en quelque façon nulle*", mentre Hamilton lo considerava come il più debole dei tre. Kelsen concepisce le corti costituzionali solo come "*legislatore negativo*". In base al suo modello, gli organi di giustizia costituzionale possono invalidare una legge, ma non partecipare alla produzione normativa. In particolare, le corti non approvano norme astratte, ma decidono controversie concrete. Ma ciò non impedisce loro di plasmare una società, mediante la forza normativa degli argomenti posti a sostegno delle loro decisioni [35].

L'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali è un'innovazione settecentesca volta a controllare il giudiziario [36]. Per Hegel, questo dovere è importante quanto la promulgazione delle leggi e la pubblicità delle

---

[31] S. ISSACHAROFF, *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, Cambridge University Press, New York, 2015, pp. 138 ss.

[32] C. SCHÖNBERGER, *Karlsruhe: Notes on a Court*, in M. JESTAEDT *et al.* (a cura di), *The German Federal Constitutional Court: The Court Without Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 7 ss.

[33] Sulla crisi in Spagna e in Ungheria, vedi J.L. REQUEJO PAGÉS, *The Spanish Constitutional Tribunal*, cit., e L. SÓLYOM, *The Constitutional Court of Hungary*, cit.

[34] A. VOßKUHLE, *Die Zukunft der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Europa*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 47, 2020, p. 165.

[35] M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago University Press, Chicago-London, 1981, pp. 28 ss.

[36] D. WERKMÜLLER, *Urteilsbegründung*, in A. ERLER-E. KAUFMANN-D. WERKMÜLLER (a cura di), *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte. V. Band: Straftheorie – Zycha*, E. Schmidt, Berlin, 1998, pp. 611-614.

sentenze [37], ma non lo considera affatto prodromico alla creazione – che rifiuta – di leggi per via giudiziaria [38]. Eppure, oggi, la motivazione rappresenta forse lo strumento più importante di cui le corti superiori dispongono per plasmare le strutture sociali. Per ironia della sorte, un dovere destinato a limitare il potere giudiziario si è trasformato nel suo strumento più potente.

Il significato normativo che una corte superiore attribuisce a una disposizione attraverso l'interpretazione spesso restituisce un principio che non si limita a sorreggere la decisione della questione oggetto del giudizio, ma è suscettibile di determinare la soluzione anche di decisioni future. Successive decisioni si fondano di solito su precedenti in termini, esplicitando le relative connessioni [39]. Gli operatori giuridici non possono evitare di considerare tali precedenti, anche se ritenuti errati, poiché costituiscono uno degli argomenti più rilevanti a sostegno di un provvedimento giudiziario [40]. In particolare, la decisione di una corte costituzionale o di una corte suprema, una volta pubblicata, costituisce un riferimento autoritativo per i successivi sviluppi del ragionamento giuridico. Gli uffici per gli affari legali delle istituzioni pubbliche e molti contributi scientifici della dottrina integrano tali precedenti nell'ordinamento giuridico. L'effetto di integrazione che una costituzione produce sulla società, preconizzato da Talleyrand (cfr. § 6), discende più dalla disseminazione dei precedenti che dal mero tenore letterale di una costituzione [41].

Un ruolo cruciale nel ragionamento di molti giudici è svolto dal principio di proporzionalità, la cui elaborazione costituisce probabilmente il più importante contributo tedesco alla cultura costituzionale europea e mondiale [42]. Se una questione è controversa all'interno di una società, i criteri di "*idoneità*", "*necessità*" e "*adeguatezza*" consentono di fatto a un giudice di decidere su ogni aspetto rilevante. Poiché le disposizioni costituzionali sono

---

[37] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, cit., parr. 224-225.

[38] *Ivi*, par. 211.

[39] D. EFFER-UHE, *Präjudizienbindung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, pp. 38 ss.

[40] A. JAKAB, *The Reasoning of Constitutional Courts in Europe*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 169-221; cfr. *infra*, § 58.

[41] H. VORLÄNDER, *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Springer, Berlin, 2006.

[42] B. SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, pp. 48 ss., 203 ss.; M. COHEN-ELIYA-I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *American Journal of Comparative Law*, 59, 2011, p. 463.

spesso vaghe, i giudici godono di una grande di discrezionalità. Oggi è evidente a tutti che il solo testo costituzionale non determina quasi mai la decisione di una corte costituzionale. Anche i mass-media descrivono le questioni pendenti come suscettibili di plurime soluzioni, creano tensione, enfatizzando il potere di una corte. In tal guisa, una corte suprema o costituzionale finisce con il pronunciare l'ultima parola sulla definizione di un conflitto sociale concreto e su casi simili oggetto di decisioni future. Sotto questo profilo, la giurisdizione costituzionale risulta particolarmente potente, considerato che il legislatore può modificare gli orientamenti della corte soltanto attraverso una revisione costituzionale, che per sua natura è assai difficile, esigendo in genere la collaborazione delle opposizioni.

La produzione normativa delle corti costituzionali è politica, nel senso che riguarda il pubblico in generale, ha un ampio grado di discrezionalità e spesso è espressione di una specifica opzione culturale [43]. Tuttavia, la distinzione tra il mondo della politica e quello del diritto, una delle differenziazioni più importanti nelle società contemporanee, rimane significativa, in quanto la produzione normativa delle corti differisce da quella politica. I precedenti operano in modo diverso dalle leggi. Di più: l'organizzazione, il personale, le competenze, le procedure, gli strumenti, la responsabilità e la logica del ragionamento differiscono in modo determinante tra le corti, da un lato, e il parlamento e il governo, dall'altro. Se un giudice venisse percepito come un organo che decide in base agli indirizzi politici di partito o, peggio, come uno strumento della politica, cesserebbe di essere un giudice (cfr. § 79).

Il potere delle corti richiede qualcosa di più delle competenze formali, esige autorevolezza. Per ottenere quest'ultima, una corte deve essere percepita come indipendente per avere un'ampia credibilità sociale. Inoltre, l'autorevolezza del giudiziario presuppone il supporto e l'attività di molti altri giuristi, come gli uffici per gli affari legali delle istituzioni pubbliche, gli operatori professionali, quali avvocati, burocrati, studiosi di diritto, giornalisti che si occupano di questioni giuridiche, legali di organizzazioni non governative. Su questa base, molte corti hanno contribuito alle trasformazioni democratiche.

---

[43] P.M. HUBER, *Constitutional Courts and Politics in the European Legal Space*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023, pp. 547-590; A. VON BOGDANDY-I. VENZKE, *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 21, 101 ss.

51. Tre esperienze: Germania, Italia e Francia

Per comprendere il potere giudiziario, occorre interrogarsi su come sia mutato nel tempo. In considerazione delle trasformazioni determinate dalla Corte di giustizia e dalla Corte EDU, assumono particolare rilevanza due aspetti: l'ampliamento delle competenze delle corti costituzionali e le relazioni tra le corti. A titolo d'esempio si prenderanno in esame il Tribunale costituzionale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*), la Corte costituzionale italiana e quella francese (*Conseil constitutionnel*).

Si tratta, infatti, delle corti costituzionali dei tre Stati membri più popolosi che, forse proprio per questo, hanno influenzato l'istituzione e gli orientamenti delle corti costituzionali più 'giovani' (in Portogallo, in Spagna e negli ex Stati socialisti). Di più: la Corte tedesca e quella italiana rappresentano emblematicamente le potenzialità del contributo giurisprudenziale alla trasformazione democratica di una società [44]. Poiché questo è stato il grande tema del costituzionalismo europeo nella seconda metà del XX secolo, le due corti post-autoritarie sono divenute un punto di riferimento imprescindibile. La Francia, d'altra parte, incarna la tradizione più autorevole del diritto pubblico connotato da continuità democratica.

Né i costituenti tedeschi, né quelli francesi e italiani concepirono queste tre corti con il potere che esse hanno assunto oggi. In Italia, l'istituzione della Corte costituzionale fu avversata fino all'ultimo. In Germania, l'istituzione non fu contestata (in quanto richiesta dagli Alleati), ma di certo i costituenti non potevano immaginare che il Tribunale costituzionale sarebbe divenuto tanto potente [45]. La Legge fondamentale tedesca ne disciplina solo alcuni aspetti e per lo più in modo laconico. Ad esempio, non richiede una maggioranza qualificata per l'elezione dei nuovi giudici. Di conseguenza, una semplice maggioranza politica potrebbe assumere il controllo del *Bundesverfassungsgericht*, alla stessa stregua di come in Polonia la maggioranza di governo ha assunto il controllo del Tribunale costituzionale polacco nel 2015 (cfr. § 45). Considerato, infatti, che nell'ordinamento tedesco la maggioranza qualificata è prevista soltanto dalla legge (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cfr. §§ 6-7) – e non dalla costituzione –, per raggiungere il medesimo risultato sarebbe sufficiente prima abrogare detta legge, con un voto a maggioranza semplice. Naturalmente, la necessità di una siffatta abrogazione costituisce una forma di difesa di cui comunque il Tribunale polacco non poté giovarsi nel 2015. E in ogni caso, data l'alta considerazione che il

[44] P. CRUZ VILLALÓN, *The Evolution of Constitutional Adjudication in Europe*, cit.

[45] Per approfondimenti, C. WALTER, *Art. 93 GG*, in T. MAUNZ-G. DÜRIG (a cura di), *Grundgesetz Kommentar I*, 2018, nn. 46 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

Tribunale costituzionale tedesco ha di sé e il generale consenso di cui gode, probabilmente una modifica in tal senso sarebbe comunque ritenuta incostituzionale e annullata qualora la situazione politica dovesse degenerare come in Polonia.

Nel caso del *Conseil constitutionnel* è ancora più chiaro che i costituenti della Quinta Repubblica non lo concepissero come un'istituzione di produzione normativa. Infatti, scelsero di denominarlo Consiglio e non Corte, onde evitare che potesse essere assimilato a una corte costituzionale come quelle austriaca, italiana o tedesca [46]. Il *Conseil constitutionnel* non fu concepito come l'istituzione di una società post-autoritaria. Al contrario, i costituenti del 1958 lo posero a salvaguardia della separazione dei poteri, in particolare a protezione dell'esecutivo da indebite ingerenze del legislatore. Si trattava di una reazione al centralismo parlamentare della Terza e della Quarta Repubblica che la Costituzione della Quinta Repubblica intendeva superare. In origine, dunque, la *raison d'être* del *Conseil* non era quella di sviluppare i diritti fondamentali o una società democratica [47]. Per questo la successiva trasformazione del *Conseil constitutionnel* in una corte che protegge anche i diritti fondamentali è stata considerata un vero e proprio "*miracolo costituzionale*" [48].

Del miracoloso ha anche il modo in cui il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte costituzionale italiana hanno ampliato i propri poteri, affermandosi come volàno di una società democratica. Le più celebri pronunce di tutte e tre le Corti sono oggi ricordate come passaggi trasformativi per la democratizzazione sociale [49]: si tratta della sentenza tedesca *Lüth*, della sentenza italiana n. 1 del 1956 [50] e della decisione francese *Liberté d'association* [51]. L'elemento che le connota e le accomuna è che tutte hanno ampliato enormemente la portata applicativa delle disposizioni costituzionali, e di conseguenza delle giurisdizioni costituzionali. La sentenza *Lüth* contiene quella che

---

[46] O. JOUANJAN, *Constitutional Justice in France*, cit., p. 235.

[47] D. ROUSSEAU-P.-Y. GAHDOUN-J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, XII ed., LGDJ (Lextenso), Paris, 2020, pp. 29 ss.

[48] O. JOUANJAN, *loc. ult. cit*.

[49] Al riguardo vedi anche O. DEPENHEUER, *Grenzenlos gefährlich. Selbstermächtigung des Bundesverfassungsgerichts*, in C. HILLGRUBER (a cura di), *Gouvernement des juges. Fluch oder Segen*, Schöningh, Paderborn, 2014, p. 79.

[50] BVerfGE, 7, 198, *Lüth*; Corte cost., sentenza n. 11 del 1965. Sull'importanza di quest'ultima, vedi V. BARSOTTI *et al.*, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 30.

[51] Conseil constitutionnel, decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*; G.D. HAIMBAUGH, *Was it France's Marbury v. Madison?*, in *Ohio State Law Journal*, 35, 1974, p. 910.

è forse l'affermazione più importante e più frequentemente citata del *Bundesverfassungsgericht*, secondo cui "*la Legge fondamentale […] ha stabilito nella sua sezione sui diritti fondamentali anche un sistema oggettivo di valori*", sistema che deve "*valere come decisione costituzionale fondamentale per tutti i settori del diritto*" [52]. Da ciò discende che il Tribunale costituzionale può, come ultima istanza, giudicare le controversie in tutti gli ambiti della società. La sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale italiana riconobbe la natura precettiva di tutte le disposizioni costituzionali, comprese quelle sui diritti fondamentali, così smentendo l'orientamento della Suprema Corte di cassazione, che aveva invece attribuito loro natura meramente programmatica [53]. In tal modo, la Corte costituzionale ampliò significativamente la propria giurisdizione.

Il *Conseil constitutionnel*, con la decisione del 1971 *Liberté d'association*, compì un passo ancora più decisivo nell'estendere la propria competenza a tutela dei diritti individuali. La Costituzione della Quinta Repubblica del 1958, infatti, quasi non prevede diritti fondamentali. Solo il suo preambolo evoca la garanzia dei diritti, proclamando la "*fedeltà*" del popolo francese ai "*diritti dell'uomo*" come definiti dalla Dichiarazione del 1789, "*confermata e integrata dal preambolo della Costituzione del 1946*" [54]. Tredici anni dopo, con l'avvio della *rights revolution,* il minimalismo della Costituzione del 1958 apparve del tutto inadeguato (cfr. § 57). Il *Conseil*, pertanto, affermò la natura giuridicamente vincolante dei diritti menzionati nel preambolo. Benchè si trattasse di un'argomentazione debole, considerato che in genere i preamboli non contengono disposizioni vincolanti, ciò non impedì l'avvio della trasformazione di un'istituzione originariamente concepita per proteggere il potere esecutivo in una – all'epoca embrionale – corte dei diritti fondamentali.

Ma qual è la ragione che ha spinto le tre corti ad avviare simili trasformazioni? Quasi nessuno studioso di diritto sosterrà che il processo decisionale delle Corti sia stato guidato da previsioni normative, dalla dottrina o da teorie interpretative[55]. La ricerca delle vere ragioni al fondo di tali

---

[52] BVerfGE, 7, 198, *Lüth*, cit., p. 205; su questo, M. JESTAEDT, *The Karlsruhe Phenomenon: What Makes the Court What It Is*, in M. JESTAEDT *et al.* (a cura di), *The German Federal Constitutional Court: The Court Without Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 48 ss.

[53] R. BIFULCO-D. PARIS, *The Italian Constitutional Court*, cit., p. 454.

[54] Per approfondimenti, O. JOUANJAN, *Frankreich. § 2*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I. Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, p. 87.

[55] H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Leipzig-Wien, 1934, pp. 82-83; trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1975;

decisioni è oggetto di molte speculazioni. Alcuni ritengono di avere individuato un fattore motivante principale. Per Ran Hirschl i giudici agiscono come "*qualsiasi altro attore economico: come individui interessati a loro stessi*" [56]. Pertanto, la preoccupazione dei giudici di preservare il proprio potere potrebbe essere alla base delle citate pronunce. La medesima preoccupazione è talora percepita anche come una delle ragioni della resistenza di alcune corti costituzionali rispetto alla giurisprudenza delle corti transnazionali, come il Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza sul PSPP [57]. Tuttavia, il potere esplicativo di questa teoria è limitato, in quanto viene utilizzata anche per spiegare l'orientamento antitetico che si rinviene nelle sentenze *Diritto all'oblio I* e *Diritto all'oblio II* del Primo Senato del medesimo Tribunale costituzionale [58].

Possono invero invocarsi altri fattori motivanti: le ideologie e le visioni del mondo, i modelli culturali, le personalità, i vincoli del processo decisionale collettivo, ma anche la richiesta di giustizia, non da ultimo, l'etica della responsabilità. Tutti questi fattori appaiono rilevanti e sono profondamente intrecciati tra loro, rendendo impossibile isolarli gli uni dagli altri per spiegare il processo decisionale dei giudici. Per questo non è possibile qui descriverne le cause oggettive, ma ci si limiterà a promuoverne una più profonda comprensione.

Benché tutte e tre le Corti siano divenute potenti, esse svolgono ruoli assai diversi nell'ambito del proprio ordinamento [59]. Il *Bundesverfassungsgericht* è riuscito in ciò che nessun'altra corte costituzionale ha ancora realizzato: si è affermato come l'apice del sistema giudiziario tedesco. Con la sentenza *Lüth*, ha soppiantato la Corte Suprema federale (il *Bundesgerichtshof*)

U. NEUMANN, *Theorie der juristischen Argumentation*, in W. BRUGGER-U. NEUMANN-S. KIRSTE (a cura di), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2008, p. 241.

[56] R. HIRSCHL, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 168.

[57] M. WOLF, *German Court Decides to Take Back Control with ECB Ruling*, in *Financial Times* (13 maggio 2020), https://www.ft.com/content/37825304-9428-11ea-af4b-499244625ac4; N. DORR, *Why Is a German Court Undermining the European Union?*, in *The Irish Times* (28 maggio 2020), https://www.irishtimes.com/opinion/why-is-a-german-court-undermining-the-european-union-1.4263978; J. DUBARRY, *Prendre la Constitution au sérieux. Regard franco-allemand sur l'enchevêtrement des discours juridique et politique au prisme de la proportionnalité*, in *Recueil Dalloz*, 27, 2020, p. 1525.

[58] BVerfGE 152, 152, *Recht auf Vergessen I (Diritto all'oblio I)* e BVerfGE 152, 216, *Recht auf Vergessen II (Diritto all'oblio II)*; su questo, vedi M. WENDEL, *Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte*, in *JuristenZeitung*, 75, 2020, p. 157.

[59] Vedi A. VON BOGDANDY-D. PARIS, *Power is Perfected in Weakness. On the Authority of the Italian Constitutional Court*, in V. BARSOTTI *et al.* (a cura di), *Dialogues on Italian Constitutional Justice. A Comparative Perspective*, Routledge, New York, 2021, p. 263.

che, in quanto successore del *Reichsgericht*, si considerava la più alta corte tedesca. La sentenza, che ha ribaltato una decisione del *Bundesgerichtshof*, ha chiarito che il *Bundesverfassungsgericht* non collabora con le altre corti, ma le corregge [60]. Di conseguenza, il Tribunale costituzionale ha fissato condizioni di ammissibilità molto stringenti per il controllo in concreto sulle leggi (ai sensi dell'articolo 100, paragrafo 1, della Legge fondamentale), dato che esso implica una forma di collaborazione con gli altri giudici, anziché il controllo sul loro operato. Ciò ha dissuaso questi ultimi dall'avvalersene. Secondo il diritto costituzionale italiano, invece, il giudizio in via incidentale rappresenta pressoché l'unico modo per la Corte costituzionale di interpretare e applicare i diritti [61].

Il *Bundesverfassungsgericht*, dunque, a differenza della Corte costituzionali italiana, ha il potere di assumere la decisione di ultima istanza, in quanto vertice del sistema giudiziario. Poiché in Germania quasi tutte le controversie possono essere portate davanti a un giudice (articolo 19, quarto comma, della Legge fondamentale), il ricorso o reclamo costituzionale è innanzitutto un rimedio legale contro un provvedimento giurisdizionale. Anche per questo motivo, il *Bundesverfassungsgericht* rappresenta un'eccezione piuttosto che la regola: pochissimi altri ordinamenti giuridici consentono un ricorso costituzionale contro le sentenze [62]. Nella stragrande maggioranza dei casi, il *Bundesverfassungsgericht* verifica se un altro giudice (tedesco) ha violato i diritti individuali sanciti dalla Costituzione [63]. Sebbene annulli solo una piccola percentuale delle decisioni degli altri giudici [64], ciò non sminuisce il suo primario ruolo.

Inoltre, le due Corti hanno destinatari diversi e un differente pubblico. La Corte costituzionale italiana, come la Corte di giustizia, si rivolge principalmente agli altri giudici cui è affidato l'accesso alla stessa, mentre il Tribunale costituzionale tedesco, come la Corte europea dei diritti dell'uomo, si rivolge principalmente ai cittadini. L'espressione proverbiale "*andare a*

---

[60] BVerfGE 7, 198, *Lüth*, cit.

[61] J. LUTHER, *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos, Baden-Baden, 1990, pp. 82 ss.

[62] M. VAŠEK, *Constitutional Jurisdiction and Protection of Fundamental Rights in Europe*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023. La Costituzione di Orbán (cfr. § 45) ha introdotto questo rimedio per controllare i giudici ordinari attraverso una corte costituzionale asservita.

[63] Cfr. BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Jahresstatistik 2020*, https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2020/gb2020/Gesamtstatistik%202020.pdf__blob=publicationFile&v=2, p. 23.

[64] *Ivi*, p. 24.

Karlsruhe" [65] esprime l'aspettativa dei cittadini di trovare giustizia davanti al *Bundesverfassungsgericht* alla fine di un lungo *iter* giudiziario.

La Corte costituzionale italiana non ha mai acquisito un tale ruolo. Con la sentenza n. 1 del 1956, conseguì inizialmente una vittoria sulla Corte di cassazione. In questa vicenda, riguardante la libertà di espressione, la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità di una legge che la Cassazione aveva in precedenza ritenuto conforme alla Costituzione. In tale occasione, la Corte costituzionale accolse i dubbi di costituzionalità sollevati dai giudici rimettenti che si erano ribellati all'interpretazione fornita dalla Cassazione e financo alla sua autorità.

Dieci anni dopo, la cosiddetta prima "*guerra delle Corti*" costrinse la Corte costituzionale italiana a cedere molto terreno. Oggetto della disputa fu il tentativo della Corte costituzionale di imporre alla Cassazione la propria interpretazione di una legge, così da costituzionalizzare l'ordinamento, analogamente a quanto accaduto con la sentenza *Lüth* del *Bundesverfassungsgericht*.

Tuttavia, il tentativo della Corte costituzionale fallì, rivelando un importante elemento strutturale della giustizia costituzionale italiana: la Corte costituzionale può esercitare la sua autorità solo in collaborazione con un altro giudice. Ciò è difficilmente concepibile dal punto di vista tedesco, ma la Corte italiana è priva di un ricorso costituzionale che consenta un accesso diretto ai cittadini [66]. Infatti, il potere più incisivo della Corte costituzionale italiana è esercitato nell'ambito del giudizio sulle leggi in via incidentale che dipende dalla volontà di altri giudici di sollevare questioni di legittimità costituzionale. A differenza del *Bundesverfassungsgericht*, la Corte costituzionale italiana non garantisce diritti individuali in opposizione a giudici riottosi; al contrario, protegge i diritti agendo insieme a loro. Opera, quindi, in un'ottica di cooperazione, non di correzione. In Italia, nessuno studio ha un titolo evocativo come l'"*[a]ndare a Karlsruhe*".

La Corte costituzionale italiana ha metabolizzato la propria sconfitta elaborando la dottrina del *diritto vivente* [67]. In virtù di tale dottrina, il Giudice costituzionale non si chiede più se la Cassazione avrebbe potuto adottare un'interpretazione della legge migliore, conforme a Costituzione, in grado di

---

[65] U. WESEL, *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Blessing, München, 2004.

[66] Anche da un punto di vista comparativo si tratta di un'eccezione: la maggior parte degli ordinamenti giuridici prevede una qualche forma di accesso diretto, M. VAŠEK, *Constitutional Jurisdiction and Protection of Fundamental Rights in Europe*, cit.

[67] Corte cost., sentenze n. 11 del 1965, n. 52 del 1965, nonché sentenze n. 127 del 1966 e n. 49 del 1970; R. BIFULCO-D. PARIS, *The Italian Constitutional Court*, cit., p. 478.

disinnescare il conflitto. La Corte costituzionale considera l'interpretazione della Cassazione come 'saldata' al tenore letterale della legge censurata, e si limita a sindacarne la costituzionalità nel significato definito dal Giudice di legittimità. Pertanto, la produzione normativa della Corte costituzionale risulta più limitata di quella del *Bundesverfassungsgericht*. Del resto, imporre la portata di una legge attraverso un'"*interpretazione conforme a Costituzione*" è uno degli strumenti più rilevanti di *judicial law making* [68].

Questa debolezza ha spinto la Corte costituzionale italiana a collaborare strettamente con i giudici comuni. Ha sviluppato una "*relazionalità intergiudiziale*" che è diventata paradigmatica della giustizia costituzionale italiana [69]. Così, il concetto di dialogo giudiziario, con cui i giuristi tedeschi descrivono solo l'interazione del *Bundesverfassungsgericht* con le corti europee, coglie il rapporto della Corte costituzionale con tutti gli altri giudici.

Il *Conseil constitutionnel* ha avuto ancora più difficoltà della Corte costituzionale italiana ad affermare la propria autorevolezza rispetto alla *Cour de Cassation* e al *Conseil d'État.* Per molti decenni, il *Conseil constitutionnel* non è stato affatto una corte volta a proteggere i cittadini. E ciò è rimasto vero anche dopo la 'rivoluzione' costituzionale operata con la sentenza del 1971, con la quale il *Conseil* aggiunse la tutela dei diritti alle proprie competenze. La riforma costituzionale del 1974 ne ampliò le vie di accesso a vantaggio dell'opposizione parlamentare (*saisine parlementaire*). Rimase invece immutata la natura preventiva del sindacato sulla legge: il *Conseil* poteva sindacare una legge soltanto prima che entrasse in vigore e solo su richiesta di istituzioni politiche. Le controversie che coinvolgono i cittadini e dunque il controllo sulle leggi in via successiva (dopo la loro entrata in vigore) dovettero attendere la riforma costituzionale del 2008. Ma la via di accesso tramite il procedimento pregiudiziale (*question prioritaire de constitutionnalité)* è ancora più circoscritta del controllo di costituzionalità in via incidentale italiano, perché può essere promosso soltanto dalla *Cour de Cassation* e dal *Conseil d'État*. In tal modo il *Conseil constitutionnel* può fare ben poco per erodere il potente ruolo ricoperto da tali corti nel sistema francese [70]. A differenza della Corte costituzionale italiana o della

---

[68] A. FARAHAT, *Constitutional Jurisdiction and the Separation of Powers in the European Legal Space: A Comparative Analysis*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

[69] V. BARSOTTI *et al.*, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., p. 236.

[70] L. GAY, *Le double filtrage des QPC: une spécificité française en question? Modalités et incidences de la sélection des questions de constitutionnalité en France, Allemagne, Italie et Espagne*,

Corte di giustizia UE, il *Conseil constitutionnel* non può quindi instaurare un rapporto diretto, un'alleanza, con i giudici di merito ribelli rispetto agli orientamenti delle corti supreme francesi [71]. Tuttavia, il sindacato sulle leggi in via incidentale comincia a incidere in modo significativo anche sull'ordinamento francese. A dieci anni dalla sua introduzione, il *Conseil constitutionnel* ha rilevato che l'80% delle proprie decisioni deriva da tale procedimento [72].

Le tre corti costituzionali in esame esercitano in modo diverso anche la propria influenza sulle istituzioni politiche. L'enorme potere che il *Bundesverfassungsgericht* sin da subito rivendicò può riassumersi nella celebre affermazione attribuita a Konrad Adenauer: "*non è questo che ci aspettavamo*" (*Dat ham wir uns so nich vorjestellt*) [73]. Queste parole restituiscono evidenza del modo in cui il *Bundesverfassungsgericht* si è sviluppato: ha costruito la propria autorità misurandosi con il potere politico, riconoscendosi come chiaro contrappeso alla maggioranza di governo.

Il primo decennio di attività del Tribunale costituzionale è ricordato come un decennio di vittorie epiche. Basta menzionare la sua "lotta per lo *status*", con la quale si emancipò dal controllo del ministero della giustizia, in cui era ancora largamente presente una componente nazionalsocialista. Per merito di questa conquista, si è affermata come una delle cinque istituzioni costituzionali accanto al Presidente federale, al *Bundesrat*, al *Bundestag* e al governo federale [74]. Nella prima sentenza sulla radiodiffusione (la cosiddetta sentenza *Zweites Deutsches Fernsehen* -ZDF), il *Bundesverfassungsgericht*, decidendo un ricorso dei *Länder* guidati dalla SPD, ha impedito la creazione di un canale televisivo filogovernativo [75], un importante progetto del governo federale guidato dalla CDU.

Anche in Italia la Corte costituzionale si è sviluppata in modo inatteso,

---

in L. GAY (a cura di), *La question prioritaire de constitutionnalité. Approche de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 53, 72 ss.

[71] T. SANTOLINI, *La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 93, 2013, p. 94.

[72] L. FABIUS, *QPC 2020 – Les 10 ans de la question citoyenne*, *Titre VII, Les cahiers du Conseil constitutionnel* (ottobre 2020), https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/avant-propos-du-president-laurent-fabius.

[73] Citato da C. SCHÖNBERGER, *Karlsruhe: Notes on a Court*, cit., p. 10. La citazione tedesca è tratta da C. SCHÖNBERGER, *Anmerkungen zu Karlsruhe*, in M. JESTAEDT *et al.* (a cura di), *Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht*, Suhrkamp, Berlin, 2011, p. 26.

[74] Per approfondimenti, U. WESEL, *Der Gang nach Karlsruhe*, cit., pp. 54-82; C. WALTER, *Art. 93 GG*, cit., nn. 93 ss.; su Gerhard Leibholz, l'autore del *memorandum*, cfr. *supra* § 3.

[75] BVerfGE 12, 205, *Rundfunk*.

pur non rinvenendosi un'affermazione analoga a quella di Adenauer. Non sorprende la maggiore cautela che ha ispirato e ispira detta Corte rispetto al Tribunale costituzionale tedesco, tenuto conto che la sua istituzione fu assai dibattuta e osteggiata in seno all'Assemblea costituente. La storica sentenza n. 1 del 1956, già richiamata, non ebbe ad oggetto una legge adottata dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, ma una legge risalente all'epoca fascista che limitava la libertà di espressione. Benché tale legge repressiva, come altre analoghe, fosse ancora applicata nell'Italia democratica, l'esecutivo non aveva più interesse a difenderla. Dichiarando incostituzionale la legge, la Corte costituzionale attestò il proprio antifascismo democratico e si aprì un ambito di controllo tramite il quale sviluppò la propria giurisprudenza e autorità, evitando grandi conflitti con la politica [76]. La Corte di Karlsruhe, sicura di sé e non bisognosa di analoga cautela, lasciò invece ai giudici comuni il sindacato sulle leggi previgenti l'entrata in vigore della Legge fondamentale [77].

Il *Conseil constitutionnel* agisce in modo ancora più cauto rispetto alla Corte italiana quando è chiamato a sindacare nel merito le leggi [78]. Mentre adotta uno scrutinio più severo rispetto a quello delle altre due corti quando è chiamato a sindacare la procedura parlamentare, in coerenza con il proprio spirito originario di custode della separazione dei poteri[79].

I giudizi sull'aborto evidenziano il diverso rapporto delle tre corti con il legislatore. Le rispettive decisioni risalgono al 1975, e quindi al periodo in cui la tutela dei diritti individuali andava rafforzandosi in molte società. Nella prima decisione sul diritto all'aborto – una pronuncia corposa, innovativa e articolata sul piano dottrinale – il *Bundesverfassungsgericht* respinse la completa depenalizzazione dell'aborto, un aspetto chiave del programma di governo della coalizione social-liberale. In questo caso, una corte potente sfidò un governo potente (e la sua maggioranza parlamentare). Il *Bundesverfassungsgericht* stabilì quando ha inizio la vita umana e come debba essere protetta [80].

Nello stesso anno, la Corte costituzionale italiana fu chiamata a decidere se la criminalizzazione generale dell'aborto, senza eccezioni, violasse la

---

[76] E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2018, p. 357.

[77] BVerfGE 2, 124, *Normenkontrolle II*.

[78] G. BERGOUGNOUS, *Le Conseil constitutionnel et le législateur*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 38, 2013, p. 18.

[79] J. BENETTI, *La procédure parlementaire en question dans les saisines parlementaires*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 49, 2015, p. 87.

[80] BVerfGE 39, 1, *Schwangerschaftsabbruch I (Interruzione di gravidanza I)*.

Costituzione [81]. I tentativi parlamentari di depenalizzazione erano falliti a causa della resistenza della Democrazia cristiana. In questo contesto, un giudice penale sollevò una questione di legittimità costituzionale nell'ambito di un giudizio in cui avrebbe dovuto decidere se fosse legittimo condannare una donna per aver interrotto la gravidanza, allorché quest'ultima mettesse a rischio la propria salute. La succinta decisione della Corte costituzionale non giunse a definire né il momento in cui la vita ha inizio né la natura della vita del concepito. Con tale laconica decisione, la Corte si limitò ad affermare che, in linea di principio, la vita del concepito è costituzionalmente protetta ma, al contempo, che una donna non può essere punita per aver abortito se la gravidanza mette in pericolo la sua salute.

Anche il *Conseil constitutionnel* affrontò la questione nel 1975. Il contesto era simile a quello tedesco, poiché la depenalizzazione dell'aborto costituiva un importante progetto di legge di iniziativa della presidenza e della maggioranza liberale di Valéry Giscard d'Estaing. Le opposizioni parlamentari lo portarono dinanzi al *Conseil constitutionnel* attraverso una *saisine parlementaire.* Il *Conseil* seguì una terza via. In una breve pronuncia chiarì di non poter mettere in discussione le decisioni della maggioranza parlamentare [82]. Elaborò, inoltre, la formula che utilizzerà in seguito in casi analoghi. Secondo questa formula, la Costituzione "*non conferisce al* Conseil constitutionnel *un potere discrezionale generale e di decisione identico a quello del Parlamento, ma gli conferisce solamente la competenza a pronunciarsi sulla conformità a Costituzione delle leggi che vengono sottoposte al suo sindacato*". In altre parole, il *Conseil* evitò così di pronunciarsi sulla questione.

Importanti differenze tra le tre corti emergono anche nello stile argomentativo. Il *Bundesverfassungsgericht* dedica spesso una sezione separata all'interpretazione costituzionale, la famosa sezione 'C.I.' [83], nettamente distinta dalla successiva applicazione dell'interpretazione al caso concreto. Una siffatta separazione consente al Tribunale costituzionale di sviluppare interpretazioni che trascendono il caso in esame. E, in effetti, la maggior parte dei commentatori concentra la propria analisi su tale sezione, una sorta di commistione tra un sermone, una teoria politica e un'articolata dottrina. Per assicurarsi che le direttive sviluppate in questa parte della pronuncia non

[81] Corte cost., sentenza n. 27 del 1975.

[82] Conseil constitutionnel, decisione n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse I (Diritto all'aborto I)*.

[83] O. LEPSIUS, *The Standard-Setting Power*, in M. JESTAEDT *et al.* (a cura di), *The German Federal Constitutional Court: The Court Without Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 70.

vengano ignorate, il Tribunale costituzionale le antepone alla decisione nelle cosiddette *Leitsätze*, che spesso sono assunte come vere e proprie previsioni legislative.

La Corte costituzionale italiana utilizza uno stile di ragionamento più minimalista. Detta Corte non formula direttive generali come quelle del *Bundesverfassungsgericht*. Inoltre, utilizza la cosiddetta tecnica dell'assorbimento, dato che i giudici spesso sollevano questioni di legittimità costituzionale in riferimento a una molteplicità di parametri. In genere, se la Corte ritiene che uno di questi motivi sia sufficiente a rendere la legge incostituzionale, dichiara assorbiti gli altri profili di incostituzionalità senza esaminarli [84]. La Corte costituzionale tende ad evitare affermazioni non strettamente necessarie. Il *Bundesverfassungsgericht*, al contrario, si concede spesso *obiter dicta*, ossia dichiarazioni generali che non sono necessarie per decidere il caso, ma che sono comunque destinate ad avere un grande impatto [85]. Ciò potrebbe sorprendere un lettore proveniente da un Paese di *common law*, dove i *dicta* non fanno parte di un precedente. I giuristi e i giudici tedeschi non fanno questa distinzione, ampliando così enormemente i poteri normativi del *Bundesverfassungsgericht*. A causa del suo approccio minimalista, la Corte costituzionale italiana esercita con più continenza una funzione di indirizzo nei confronti del legislatore e della società.

Ciò vale ancor più per il *Conseil constitutionnel*, il cui stile argomentativo, piuttosto apodittico e criptico, tradizionalmente non si prestava a generalizzazioni [86]. Ma le cose stanno cambiando. Nel 2016, il *Conseil* ha abbandonato la prassi di formulare la propria decisione in un unico periodo [87]. Il suo ragionamento resta, in ogni caso, molto essenziale. Un significativo contributo interpretativo viene fornito indirettamente, dal comunicato relativo alla decisione predisposto a cura del Segretario generale del *Conseil*, comunicato che pare svolgere una funzione interpretativa analoga alla sezione

---

[84] A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli, 2013.

[85] Per un esempio recente, BVerfG, Beschluss del 18 novembre 2020, 2 BvR 477/17, *Staatshaftung bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr (Responsabilità dello Stato per i dispiegamenti all'estero della Bundeswehr)*; le affermazioni sulla responsabilità sono *obiter*, ma costituiscono il cuore del ragionamento della Corte.

[86] A. DYÈVRE, *The French Constitutional Council*, in A. JAKAB-A. DYÈVRE-G. ITZCOVICH (a cura di), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 323.

[87] Conseil constitutionnel, decisione n. 2016-540 QPC del 10 maggio 2016, *Société civile Groupement foncier rural Namin et Co* e decisione n. 2016-539 QPC, *Mme Ève G.*; N. BELLOUBET, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel: justifier et réformer*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 55-56, 2017, p. 5.

'C.I.' delle sentenze del *Bundesverfassungsgericht* [88].

Il Tribunale costituzionale tedesco, da un lato, la Corte italiana e il *Conseil* francese, dall'altro, assumono due diversi stili argomentativi – *massimalista* o *minimalista* – che determinano il modo in cui una corte costituzionale modella le strutture di una società democratica. I termini 'massimalista' e 'minimalista' non sono antitetici, bensì comparativi, volti cioè a descrivere una differenza di intensità, non qualitativa. Sono intesi in modo analitico, non valutativo. Massimalista non significa attivista o *ultra vires*, e minimalista non significa contenuto o asservito.

Entrambi gli orientamenti sono sostenuti da autorevoli studiosi [89]. Il *Bundesverfassungsgericht* viene celebrato come il cuore pulsante della Repubblica [90]. La Corte italiana è considerata una delle istituzioni più stabili, insieme al Presidente della Repubblica [91], e il *Conseil constitutionnel* è addirittura considerato una nuova espressione del modello europeo di giustizia costituzionale [92]. Le tre corti sono diverse. Ciò aiuta a comprendere perché la dottrina maggioritaria, sia francese che italiana, non invochi l'introduzione del ricorso costituzionale diretto, che secondo molti studiosi tedeschi costituisce lo strumento procedurale connotante il costituzionalismo democratico.

Le trasformazioni che hanno investito tutte e tre le corti possono attribuirsi a giudici lungimiranti, ma anche all'acquisita consapevolezza che le società democratiche funzionano meglio in presenza di sistemi di giustizia costituzionale. Come si vedrà, questo vale anche per la società europea. Essa, infatti, dipende dalla produzione normativa delle corti (cfr. § 16). Prima di sviluppare una siffatta affermazione, sarà opportuno soffermarsi sull'europeizzazione delle corti degli Stati membri. Del resto, il successo delle due corti europee dipende in larga misura da questa trasformazione.

---

[88] R.K. WEBER, *Der Begründungsstil von Conseil constitutionnel und Bundesverfassungsgericht. Eine vergleichende Analyse der Spruchpraxis*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019, pp. 120-127.

[89] Da un lato, C.R. SUNSTEIN, *One Case at a Time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1999, pp. 3-72, 259-263; dall'altro, M. KUMM, *Who Is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, 7, 2006, p. 341.

[90] M. STOLLEIS (a cura di), *Herzkammern der Republik*, cit.

[91] P. CRUZ VILLALÓN, *The Evolution of Constitutional Adjudication in Europe*, cit.

[92] É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, cit.

B. L'europeizzazione della giustizia costituzionale nazionale

La diffusione della giustizia costituzionale (cfr. § 37) non è limitata alla sola Europa. Si tratta di uno sviluppo globale che si è affermato soprattutto nei due decenni intorno alla fine del millennio [93]. La maggior parte degli Stati dispone oggi di una qualche forma di giustizia costituzionale, esercitata da una corte suprema o da una corte costituzionale [94]. La garanzia giudiziaria e il consolidamento della legalità costituzionale hanno costituito un elemento centrale dello Stato di diritto democratico a partire dalla caduta della cortina di ferro nel 1989 [95].

La giurisdizione costituzionale nella società europea è parte di un fenomeno globale, pur presentando tratti peculiari [96]. Una caratteristica distintiva del sistema di giustizia costituzionale europeo è la presenza di diverse corti superiori (come nella maggior parte delle società) e non di un'unica corte: la Corte di giustizia, la Corte EDU, le corti superiori degli Stati membri e anche i giudici comuni cui il diritto europeo affida questo compito. Il pluralismo della società europea si riflette nel pluralismo dei soggetti cui è affidato il sindacato di costituzionalità.

L'integrazione europea delle giurisdizioni nazionali influisce sulle loro dottrine, prassi, prospettive, nonché sulla loro autorità e immagine [97]. Si esamineranno tre strumenti di questa integrazione: l'obbligo discendente dal diritto europeo di garantire un controllo di costituzionalità, la natura costituzionale delle fonti del diritto europee e la cooperazione multilivello delle corti costituzionali. In seguito si esaminerà altresì il decisivo obbligo di proporre un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia (cfr. §§ 56, 60).

---

[93] D. LUSTIG-J.H.H. WEILER, *Judicial Review in the Contemporary World. Retrospective and Prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 2018, p. 315; L. PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, II ed., Giappichelli, Torino, 2015; M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Dalloz, Paris, 2013.

[94] S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in ACCADEMIA DELLE SCIENZE DI TORINO (a cura di), *Inaugurazione del 232° anno accademico dell'Accademia delle Scienze di Torino*, Accademia delle Scienze, Torino, 2014, p. 20.

[95] B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in *Virginia Law Review*, 83, 1997, p. 771.

[96] Vedi A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER, *Constitutional Adjudication in the European Legal Space*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Vol. III. Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, p. 1.

[97] A. TORRES PÉREZ, *The Challenges for Constitutional Courts as Guardians of Fundamental Rights in the European Union*, in P. POPELIER-A. MAZMANYAN-W. VANDENBRUWAENE (a cura di), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Intersentia, Cambridge, 2013, p. 53.

52. L'europeizzazione del mandato delle Corti

Le costituzioni di tutti gli Stati membri stabiliscono, in forme molto diverse, quali giudici esercitano il controllo di legittimità costituzionale e con quali modalità (cfr. § 49). Negli ultimi cinquant'anni, la Corte di giustizia e la Corte EDU hanno trasformato tale sindacato, ampliandolo. Oggi, tutti i giudici degli Stati membri esercitano una qualche forma di controllo di costituzionalità sulla base di previsioni comuni.

La decisione *Simmenthal* del 1978, che ha conferito a tutti i giudici il potere di esercitare una specifica forma europea di controllo costituzionale decentrato, è forse l'esempio più paradigmatico della trasformazione voluta dalla Corte di giustizia [98]. In realtà, l'intenzione precipua della Corte di Lussemburgo non era quella di promuovere un sistema diffuso di giustizia costituzionale, bensì quella di garantire il primato e l'effettività del diritto dell'Unione (cfr. § 37). La trasformazione strutturale è avvenuta, dunque, come effetto secondario.

L'oggetto del caso *Simmenthal* non appare di particolare rilievo. Si trattava di tasse per il controllo sanitario delle carni in scatola importate, prevista da una legge italiana. Le ricadute della sentenza sul piano della giustizia costituzionale discendono dal riconoscimento da parte della Corte di giustizia del potere del giudice nazionale, nella specie il pretore di Susa, di disapplicare la legge italiana contrastante con il diritto comunitario. Secondo la Costituzione italiana, come quella polacca, spagnola o tedesca, il sindacato di costituzionalità sulle leggi è riservato alla Corte costituzionale. Tuttavia, la Corte di giustizia sostenne che anche negli Stati membri con un sistema di giustizia costituzionale accentrato, tutti i giudici sono tenuto a disapplicare la legge in costanza di una violazione del diritto europeo. In questo modo, la Corte di giustizia ha eroso una parte del sindacato affidato alle corti costituzionali.

Se da principio l'erosione del ruolo delle corti costituzionali non generò particolari conflitti – considerato che il sindacato sulla tassazione delle carni importate non impinge direttamente in valori costituzionali fondamentali – il rapporto è divenuto via via più conflittuale, allorché la dimensione costituzionale del diritto primario europeo si è consolidata, con il Trattato di Amsterdam (1997), la Carta dei diritti fondamentali (2000) e il Trattato di Lisbona (2007) [99]. In tali conflitti, la Corte di giustizia ha difeso strenuamente

---

[98] CGCE, 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, causa 106/77.

[99] P. CRUZ VILLALÓN, *The Evolution of Constitutional Adjudication in Europe*, cit.; A. FARAHAT, *The German Federal Constitutional Court*, cit., pp. 294-299; J. MARTÍN Y PÉREZ DE

il potere dei giudici nazionali di disapplicare le leggi, esercitando una sorta di sindacato di costituzionalità. La giurisprudenza europea ha ripetutamente affermato che le corti costituzionali non possono limitare il potere di disapplicazione dei giudici nazionali [100], e neppure la loro facoltà di presentare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo [101].

Questa giurisprudenza della Corte di giustizia promuove l'unità europea, che costituisce un prerequisito per la democrazia europea (cfr. § 56). Al di là della dimensione di sistema, oggi tale giurisprudenza salvaguarda la democrazia anche in contesti concreti, come dimostra la crisi dello Stato di diritto in Polonia. Dal 2018, i giudici polacchi hanno promosso rinvii pregiudiziali dinanzi alla Corte di giustizia al fine di contrastare le ingerenze del potere esecutivo sul giudiziario (cfr. § 45). Per contenere questo fenomeno, il Ministro della giustizia polacco ha chiesto alla Corte costituzionale nazionale di dichiarare incostituzionale l'articolo 267 TFUE, in quanto consente di presentare questioni pregiudiziali su una siffatta ingerenza [102]. Le reazioni europee testimoniano quanto la giurisdizione costituzionale diffusa sia profondamente radicata nel tessuto giuridico europeo.

Anche il sistema della Convenzione di Strasburgo trasforma le corti costituzionali nazionali, benché in modo meno pervasivo. Finora, la Corte europea dei diritti non è giunta a chiedere ai giudici nazionali di disapplicare le leggi che violano la Convenzione. La dottrina del controllo di convenzionalità elaborata dalla Corte interamericana dei diritti umani dimostra,

---

NANCLARES, *The Cooperation of Constitutional Courts in the European Legal Space*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023; D. PARIS, *The Impact of EU Law and the ECHR on National Constitutional Adjudication in the European Legal Space*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023; M. CLAES-B. DE WITTE, *The Roles of Constitutional Courts in the European Legal Space*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023; J.L. REQUEJO PAGÉS, *The Decline of the Traditional Model of European Constitutional Jurisdiction*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023; M. VAŠEK, *Constitutional Jurisdiction and Protection of Fundamental Rights in Europe*, cit.

[100] CGUE, 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, causa C-617/10, punto 48.

[101] CGUE, 22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10; 11 settembre 2014, *A*, causa C-112/13.

[102] S. BIERNAT-KAWCZYŃSKA, *Though this be Madness, yet there's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court*, in *Verfassungsblog* (26 ottobre 2019).

tuttavia, che un simile passo sarebbe comunque ipotizzabile [103]. In ogni caso, la Convenzione impone alle Alte Parti contraenti di conformarsi alle sentenze della Corte EDU, ponendo rimedio alle violazioni e prevenendo violazioni future [104]. Trattandosi di requisiti sostanziali, hanno incontrato notevoli resistenze; ciononostante, gli Stati della Convenzione li hanno confermati [105]. Gli obblighi di conformazione gravanti sui singoli Stati non si limitano alla implementazione della singola sentenza, bensì richiedono ai giudici nazionali di interpretare le disposizioni interne alla luce della giurisprudenza europea [106]: si tratta della cosiddetta interpretazione conforme alla CEDU. La giudice della Corte Suprema del Regno Unito, Brenda Hale, diventata un'icona dello Stato di diritto inglese per aver sindacato i provvedimenti del governo Johnson durante la Brexit, ha sottolineato che "*è sorprendente quanto si possa fare in questo modo*" [107].

Se il diritto europeo ha contribuito in larga misura al progresso della giustizia costituzionale, finora non ha richiesto di istituire una corte costituzionale o di conferire ai giudici nazionali il potere di annullare la legislazione interna. Nel contesto della crisi dello Stato di diritto polacco, la Corte di giustizia ha affermato, tuttavia, il divieto di regressione, su impulso dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa.

Fino alla crisi polacca, la Commissione di Venezia si era limitata a raccomandare di "*prevedere una corte costituzionale o un organo equivalente*"; in

---

[103] E. FERRER MAC-GREGOR, *The Conventionality Control as a Core Mechanism of the Ius Constitutionale Commune*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 321. Tale dovere esiste in alcuni Stati europei sulla base del diritto costituzionale nazionale. Vedi, ad esempio, O. JOUANJAN, *Constitutional Justice in France*, cit., p. 256.

[104] J. GERARDS, *The European Court of Human Rights and the national courts. Giving Shape to the Notion of "Shared Responsibility"*, in J. GERARDS-J. FLEUREN (a cura di), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case Law. A Comparative Analysis*, Intersentia, Cambridge, 2014, p. 27; R. KUNZ, *Richter über internationale Gerichte? Die Rolle innerstaatlicher Gerichte bei der Umsetzung der Entscheidungen von EGMR und IAGMR*, Springer, Berlin, 2020.

[105] CONSIGLIO D'EUROPA, *Dichiarazione di Copenaghen del 12-13 aprile 2018*, http://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915chttp://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c%3e, parr. 14, 17, 41. Sulla Dichiarazione, vedi J. POLAKIEWICZ-I. SUOMINEN-PICHT, *Aktuelle Herausforderungen für Europarat und EMRK*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 45, 2018, p. 383.

[106] CONSIGLIO D'EUROPA, *Dichiarazione di Copenaghen*, cit., parr. 3, 8, 14, 26 ss.; O.M. ARNARDÓTTIR, *Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 28, 2017, p. 819.

[107] LADY HALE, *The Bryce Lecture 2015: The Supreme Court in the United Kingdom Constitution* (5 febbraio 2015), consultabile al link: www.supremecourt.uk/docs/speech-150205.pdf, al punto 12 (ultima visita 11 luglio 2022).

altre parole, non lo considerava un elemento essenziale dell'ordinamento [108]. In seguito, nel parere sulla riforma del Tribunale costituzionale polacco, la medesima Commissione ebbe a precisare che "*laddove è stata istituita una corte costituzionale, uno degli elementi centrali per garantire la separazione dei potere è la corte costituzionale indipendente il cui ruolo è particolarmente importante allorché vi siano di forti maggioranze politiche*" e che, "*finché la situazione di crisi costituzionale relativa al Tribunale costituzionale rimarrà irrisolta e finché il Tribunale costituzionale non sarà in grado di svolgere il proprio lavoro in modo efficiente, non solo lo Stato di diritto sarà in pericolo, ma anche la democrazia e i diritti umani*" [109].

Su questa base, pare quasi impossibile smantellare una corte costituzionale già istituita. È fuor di dubbio che la Commissione di Venezia non abbia gli strumenti per imporre un vincolo siffatto a una determinata maggioranza di governo. I suoi pareri godono, comunque, di grande autorevolezza, contribuendo a determinare ciò che può considerarsi ammissibile nella società europea. Il procedimento *ex* articolo 7 TUE contro la Polonia dimostra l'affidamento che molti ripongono su tali pareri (cfr. § 61).

Resta da verificare fino a che punto il diritto europeo sarà in grado di garantire l'indipendenza della giurisdizione costituzionale polacca. Ma ciò dimostra chiaramente che la giustizia costituzionale non è più un mero 'accessorio' costituzionale, a differenza di quanto accadeva prima della caduta della cortina di ferro. Essa fa ormai parte del nucleo costituzionale della società europea.

53. Il pluralismo delle fonti

La giustizia costituzionale si basa sull'idea di gerarchia: tutte le leggi e gli altri atti giuridici sono subordinati alla Costituzione e alle altre leggi costituzionali, come teorizzato da Hans Kelsen [110]. Per molto tempo, la giustizia costituzionale si è basata su un'unica fonte del diritto. Il compito proprio del sindacato di costituzionalità è stato quello di garantire che tutti gli atti

---

[108] COMMISSIONE EUROPEA PER LA DEMOCRAZIA ATTRAVERSO IL DIRITTO (COMMISSIONE DI VENEZIA), *Rule of Law Checklist, 106th Plenary Session* (Venezia, 11-12 marzo 2016), par. 108.

[109] COMMISSIONE EUROPEA PER LA DEMOCRAZIA ATTRAVERSO IL DIRITTO (COMMISSIONE DI VENEZIA), *Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal, 106th Plenary Session* (Venezia, 11-12 marzo 2016), par. 135.

[110] H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 5, 1929, p. 37.

giuridici nazionali fossero conformi alla costituzione nazionale [111].

Tale concezione non si adatta all'ordinamento della società europea, data la struttura composita del suo diritto (cfr. § 10).

Oggi, le corti costituzionali nazionali devono considerare anche le disposizioni costituzionali di altri ordinamenti giuridici, interpretate e applicate dalla Corte di giustizia, dalla Corte EDU e dalle altre corti costituzionali. Il sindacato di costituzionalità in Europa si confronta con una pluralità di fonti costituzionali [112]. Nel mondo, soltanto l'America Latina presenta strutture in qualche modo comparabili (cfr. § 25).

Il primato del diritto dell'UE è un principio vincolante e unificante che produce i suoi effetti anche in relazione al controllo di costituzionalità nazionale (cfr. §§ 37, 60). Meno predeterminati sono gli effetti della CEDU, alla quale i giudici nazionali fanno riferimento in modi diversi. Alcuni applicano la relativa giurisprudenza senza menzionarla [113]: così il *Conseil constitutionnel* francese non la cita nelle sue decisioni, ma le analisi mostrano che la prende in considerazione e generalmente vi si adegua [114]. In alcuni ordinamenti giuridici, la CEDU è profondamente integrata a livello costituzionale, e in particolare in Austria, dove ha rango costituzionale [115]. In Italia, l'articolo 117, primo comma, della Costituzione impone ai legislatori di rispettare i vincoli discendenti dal diritto comunitario e internazionale, così rafforzando il dovere degli stessi di ottemperare agli obblighi che discendono da tali ordinamenti [116]. Alla medesima conclusione è pervenuto il *Tribunal constitucional* spagnolo, interpretando l'articolo 10, secondo comma, della Costituzione [117].

L'articolo 1, secondo comma, della Legge fondamentale tedesca consentirebbe la stessa soluzione per la Germania [118]. Tuttavia, il Tribunale costituzionale federale assegna alla CEDU e alla giurisprudenza della Corte EDU

---

[111] Vedi in particolare le decisioni della Corte suprema degli Stati Uniti su Guantanamo, es. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

[112] V. BARSOTTI *et al.*, *Introduction. Dialogue as a Method*, in V. BARSOTTI *et al.* (a cura di), *Dialogues on Italian Constitutional Justice: A Comparative Perspective*, Giappichelli-Routledge, Torino-Abingdon, 2020, p. 1; J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *The Cooperation of Constitutional Courts in the European Legal Space*, cit.

[113] M. VAŠEK, *Constitutional Jurisdiction and Protection of Fundamental Rights in Europe*, cit.

[114] O. JOUANJAN, *Constitutional Justice in France*, cit., pp. 274-275.

[115] C. GRABENWARTER, *The Austrian Constitutional Court*, cit., p. 66.

[116] R. BIFULCO-D. PARIS, *The Italian Constitutional Court*, cit., pp. 494-495.

[117] J.L. REQUEJO PAGÉS, *The Spanish Constitutional Tribunal*, cit., p. 751.

[118] N. STERNBERG, *Der Rang von Menschenrechtsverträgen im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 1 Abs. 2 GG*, Dunker & Humbolt, Berlin, 1999, p. 227.

una posizione inferiore, sostenendo che l'articolo 59, secondo comma, della Legge fondamentale costituisce la disposizione chiave. In base a detta disposizione, la Convenzione gode solo del rango di legge. Questo non significa che il Tribunale costituzionale non tenga conto della Convenzione. Piuttosto, "*le garanzie della Convenzione influenzano l'interpretazione dei diritti fondamentali e dei principi dello Stato di diritto sanciti dalla Legge fondamentale*" e "*il testo della Convenzione e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti fungono da ausilio interpretativo sul piano del diritto costituzionale al fine di determinare il contenuto e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali e dei principi dello Stato di diritto sanciti dalla Legge fondamentale*" [119]. Ciò ha contribuito ad evitare un conflitto permanente con la Corte di Strasburgo.

Al contempo, la Convenzione e la giurisprudenza di Strasburgo sono meno integrate nell'ordinamento costituzionale tedesco rispetto ad altri ordinamenti giuridici. A differenza della maggior parte delle altre corti, per il Tribunale costituzionale la CEDU svolge solo un ruolo supplementare, se non addirittura subordinato. Lo dimostrano la decisione del Secondo Senato sul divieto di sciopero dei dipendenti pubblici e altre sentenze che fungono da *leading cases*. La Legge fondamentale fornisce il parametro primario del sindacato, mentre la conformità del divieto di sciopero alla CEDU viene addotta a mera conferma della conclusione già rassegnata sulla base dei parametri costituzionali nazionali [120].

I vari soggetti che esercitano il sindacato di costituzionalità si misurano in una molteplicità di modi con il pluralismo che connota le fonti costituzionali. Le norme e le istituzioni comuni sono identiche, come pure comune è la complessità del sistema nel suo insieme. Per affrontare questa complessità e le numerose sfide che essa comporta, le corti ricorrono alla cooperazione multilivello, un altro fattore di trasformazione.

54. La cooperazione multilivello

Come molte altre istituzioni pubbliche della società europea, le corti superiori dei vari ordinamenti giuridici interagiscono non solo con i giudici

---

[119] BVerfGE 111, 307, *Görgülü*, par. 32.

[120] BVerfGE 148, 296, *Streikverbot für Beamte (Divieto di sciopero per i dipendenti pubblici)*; L. HERING, *Beamtenstreik zwischen Karlsruhe und Straßburg: Art. 11 EMRK und die konventionskonforme Auslegung durch das BVerfG. Anmerkungen und Überlegungen zu BVerfG, Urt. v. 12.6.2018, Az. 2 BvR 1738/12*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 79, 2019, p. 256.

del proprio ordinamento, ma anche con le corti superiori di altri ordinamenti, così intervenendo sul tessuto stesso della società europea. Tale interazione viene spesso definita *networking* [121]. Per le corti cui è affidato il sindacato di costituzionalità, tuttavia, si è soliti riferirsi alla "*cooperazione multilivello delle corti costituzionali*" [122]. Dapprima, l'espressione si riferiva principalmente all'interazione delle corti costituzionali con la Corte di giustizia e con la Corte EDU. Più di recente, essa si estende anche alla interazione tra le diverse corti costituzionali nazionali.

Sebbene le affermazioni di una "*comunità globale di giudici*" siano rimaste per lo più astratte [123], nella società europea le fitte reti intergiudiziarie sono ben consolidate. Molti giudici sono in costante contatto, talvolta anche stretto, con colleghi di altri ordinamenti [124]. Il fatto che queste interazioni siano finanziate con danaro pubblico dimostra la profondità della trasformazione. Ma in definitiva, il compito dei giudici resta quello di decidere i casi pendenti. Dovrebbe sorprendere che questo compito includa la visita a colleghi di Paesi stranieri per discutere di argomenti di carattere generale (considerato che le cause pendenti debbono restare estranee al confronto) e che i fondi pubblici siano utilizzati per finanziare tali viaggi. Eppure, è ormai chiaro che dette visite ed eventi congiunti sono utili all'esercizio della funzione giurisdizionale, supportando le corti nello svolgimento del loro mandato.

Dal punto di vista sociologico, questa interazione reiterata può essere considerata una rete istituzionalizzata. Dal punto di vista metodologico, essa rappresenta un esercizio di comparazione giuridica. Sul piano normativo, una siffatta cooperazione multilivello costituisce un aspetto dell'"*unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa*" (articolo 1, secondo comma, TUE).

Una tale cooperazione è centrale per l'attività costituzionale. Secondo Christoph Grabenwarter, presidente della Corte costituzionale austriaca, l'odierna giustizia costituzionale non costituisce più una prerogativa dei giudici delle corti superiori chiamati a interpretare un *corpus* normativo chiaramente delimitato: essa si basa piuttosto su un processo complesso e

---

[121] M. CLAES-M. DE VISSER, *Courts United? On European Judicial Networks*, in A. VAUCHEZ-B. DE WITTE (a cura di), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 75.

[122] A. VOßKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 29, 2010, p. 1.

[123] A. WIENER-P. LISTE, *Lost Without Translation? Cross-Referencing and a New Global Community of Courts*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 21, 2014, p. 263.

[124] S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2015; S. MARTINI, *Lifting the Constitutional Curtain? The Use of Foreign Precedent by the German Federal Constitutional Court*, in T. GROPPI-M.-C. PONTHOREAU (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 229.

integrativo di interpretazione e applicazione di disposizioni e precedenti giudiziari di molteplici ordinamenti giuridici [125]. Appare indicativo il fatto che i giudici vogliano essere ascoltati oltre i confini del proprio ordinamento. Molte corti superiori utilizzano fondi pubblici per pubblicare le più importanti sentenze *online* e in lingua inglese, al fine di raggiungere un pubblico straniero [126]. Secondo alcuni accademici, l'autorevolezza di una corte costituzionale dipende sempre più dal suo riconoscimento e dalla sua reputazione a livello europeo e internazionale [127].

La *Conferenza delle Corti costituzionali europee* fornisce un *forum* istituzionalizzato per questa cooperazione. Inizialmente fu pensata per rafforzare la giustizia costituzionale in Jugoslavia [128], ma in seguito si è radicalmente trasformata. Attualmente rappresenta una rete che riunisce istituzioni cui competono funzioni di giustizia costituzionale in tutta Europa. Tenendo conto delle diversità dei sistemi europei, vi partecipano anche altre corti oltre a quelle costituzionali. Così, ad esempio, ne è membro lo *Hoge Rad* dei Paesi Bassi anche se non è una corte costituzionale, né ha il potere di invalidare le leggi. È sorprendente che la Corte di giustizia e la Corte EDU non vi facciano parte, il che lascia trasparire una certa diffidenza della *Conferenza* nei loro confronti.

Anche a livello europeo vengono organizzati incontri istituzionali, in considerazione della rilevanza che essi rivestono nel favorire l'integrazione. Nel 2005, la Commissione europea ha finanziato la creazione della Rete dei Presidenti delle Corti supreme dell'Unione europea. Essa funge da collegamento per la comunicazione tra le istituzioni europee e tali corti supreme, ma non include le corti costituzionali. Queste ultime sono entrate a pieno titolo a far parte di una rete di giudici dell'Unione soltanto nel 2017, a seguito dell'istituzione della Rete giudiziaria dell'Unione europea.

Nel 2015, anche la Corte europea dei diritti ha istituito una Rete delle Corti superiori [129], aperta a tutte le corti supreme e costituzionali. La Corte

---

[125] C. GRABENWARTER, *Zusammenfassung der Ergebnisse der vorangegangenen Sitzungen für den XVI. Kongress der Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte*, in VERFASSUNGSGERICHTSHOF DER REPUBLIK ÖSTERREICH (a cura di), *Die Kooperation der Verfassungsgerichte in Europa. Aktuelle Rahmenbedingungen und Perspektiven*, VFGH, Wien, 2014, p. 174.

[126] M. WENDEL, *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive*, in *Der Staat*, 52, 2013, p. 364.

[127] N. HULS, *The Ebb and Flow of Judicial Leadership in the Netherlands*, in *Utrecht Law Review*, 8, 2012, p. 129.

[128] L. SÓLYOM, *The Constitutional Court of Hungary*, cit., pp. 363-364.

[129] Cfr. Corte EDU, *Cooperation Charter of the Superior Courts Network* (5 ottobre 2015).

EDU consente ai giudici nazionali l'accesso ai propri strumenti interni, avvalendosi del loro supporto per le ricerche di diritto comparato [130]. Mentre le cinque più alte corti federali tedesche – *Bundesgerichtshof* (Karlsruhe, diritto privato e penale), *Bundesarbeitsgericht* (Erfurt, diritto del lavoro), *Bundesfinanzhof* (Monaco, diritto tributario), *Bundessozialgericht* (Kassel, diritto della sicurezza sociale), *Bundesverwaltungsgericht* (Lipsia, diritto amministrativo) – partecipano a questa rete, il Tribunale costituzionale federale non vi fa parte. A conclusione di questo Capitolo se ne comprenderanno le ragioni.

In effetti, l'europeizzazione delle corti costituzionali, in generale, e la loro cooperazione multilivello, in particolare, non hanno come unico scopo quello di sostenere le istituzioni europee. La cooperazione multilivello permette anche di coordinare la resistenza nei confronti della Corte di giustizia e della Corte EDU. Un'azione congiunta – in cui diverse corti costituzionali adottano decisioni di analogo contenuto – risulta tendenzialmente più efficace e appare più legittima, dissipando altresì i sospetti che le corti stiano difendendo specifici interessi nazionali. Europeizzazione non significa sottomissione alle istituzioni europee. Nel sistema dei *checks and balances* della società europea, compete ai giudici nazionali vigilare sulle trasformazioni indotte dalla Corte di giustizia e dalla Corte EDU.

C. Il ruolo delle Corti europee per la società europea

La giurisdizione costituzionale si è trasformata da un'istituzione rara e insignificante in una forza che ha contribuito a trasformare le società in un significativo numero di Paesi europei. Anche la Corte di giustizia di Lussemburgo e la Corte europea dei diritti di Strasburgo esercitano un potere trasformativo. Questa sezione approfondisce la trasformazione delle due corti, sempre nel senso di un genitivo oggettivo e soggettivo: da un lato, la trasformazione delle due corti, dall'altro, il contributo da esse fornito nella società europea.

Nella Germania e nell'Italia del dopoguerra, le società democratiche si sarebbero sviluppate anche senza il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte costituzionale italiana, in quanto tali Stati erano già membri della NATO, della CEE, dell'OCSE, sotto l'ala della Casa Bianca in Washington D.C. quale custode della costituzione. Non è così, invece, con riguardo alla società

[130] E. FRIBERGH-R. LIDDELL, *The Interlaken Process and the Jurisconsult*, in L. BERG *et al.* (a cura di), *Cohérence et impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: Liber amicorum Vincent Berger*, Wolf, Oisterwijk, 2013, p. 184.

europea. È difficile immaginare che la società europea invocata dall'articolo 2 TUE esisterebbe oggi senza la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU. Ancor più delle Corti costituzionali nazionali, la Corte di giustizia e la Corte EDU sono protagoniste della trasformazione sociale. Per quanto riguarda la Corte di giustizia, Eric Stein, professore alla facoltà di legge dell'Università del Michigan, ha espresso questo concetto nel più famoso *dictum* sul diritto europeo. Egli sostiene che la Corte di giustizia "*ha creato una cornice costituzionale per una struttura di tipo federale in Europa*" [131]. Per quanto riguarda la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e le sue istituzioni, Jochen Frowein ha affermato, poco dopo Stein, che si trattava di una "*bella addormentata*" che lui, tra gli altri, ha risvegliato con il suo bacio come membro e vicepresidente della Commissione della Convenzione [132].

55. Il mandato originario

Gli autori dei Trattati non hanno assegnato un mandato trasformativo né alla Corte di giustizia né alla Corte EDU [133]. Al contrario, pensavano che le Corti avrebbero assunto un ruolo più subordinato. La Corte di giustizia è stata istituita per tutelare gli interessi degli Stati membri nei confronti di un'autorità amministrativa sovranazionale di nuova creazione, mentre la Corte EDU avrebbe dovuto fornire una protezione contro il totalitarismo. Il loro ruolo attuale è imprevisto come quello del *Bundesverfassungsgericht*, del *Conseil constitutionnel* e della Corte costituzionale italiana e testimoniano una trasformazione generale del diritto pubblico europeo.

55.1. La Corte di giustizia: un tribunale amministrativo europeo

I primi progetti di integrazione economica europea portano la firma francese. In linea con l'idea dell'amministrazione francese dell'epoca, un'autorità

---

[131] E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 75, 1981, p. 1.

[132] J.A. FROWEIN, *European Integration Through Fundamental Rights*, in *University of Michigan Journal of Law Reform*, 18, 1984, p. 8.

[133] Le osservazioni che seguono si basano su A. VON BOGDANDY-C. KRENN, *ECJ and ECtHR: Two Senates of Europe's Constitutional Jurisdiction*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

amministrativa espertocratica – non un legislatore sovranazionale e certamente non una corte – avrebbe dovuto promuovere l'integrazione (cfr. § 16). Questa idea è alla base del Piano Schuman, presentato dal governo francese il 9 maggio 1950 per promuovere l'integrazione economica europea nel settore del carbone e dell'acciaio [134]. L'Alta Autorità, predecessore della Commissione europea, fu dotata di ampi poteri per monitorare il settore del carbone e dell'acciaio, fondere i mercati nazionali ed espandere la produzione di carbone e acciaio [135]. Si sviluppò di conseguenza una concezione amministrativa dell'integrazione (cfr. §§ 16-18).

La creazione di quella che oggi è la Corte di giustizia rispondeva alle preoccupazioni sulla sovranità degli Stati membri. Il Belgio e i Paesi Bassi spinsero per avere un contrappeso ai poteri di intervento e di regolazione dell'Alta Autorità. Il compito originario della Corte di giustizia, pertanto, fu quello di supervisionare l'attività amministrativa sovranazionale al fine di proteggere gli interessi degli Stati membri, non di costruire un nuovo ordine giuridico [136].

La Corte di giustizia, entrata in funzione nel 1952, realizzò un compromesso tra il progetto francese di un esecutivo europeo forte, e le preoccupazioni degli Stati più piccoli che temevano che l'autorità europea potesse divenire oppressiva. Pertanto, la preoccupazione principale fu quella di introdurre una protezione giudiziaria contro l'azione amministrativa europea, il che spiega perché il *Conseil d'État* francese [137], l'archetipo di un tribunale amministrativo, sia servito da modello (cfr. § 17). Il fulcro procedurale della Corte di giustizia della CECA era il ricorso per annullamento, ora disciplinato dall'articolo 263 TFUE. Modellato sul *recours pour excès de pouvoir* francese, se ne differenziava, tuttavia, per aspetti essenziali [138]. Rispetto al *Conseil d'État*, l'accesso alla Corte di giustizia era estremamente limitato e le ragioni economiche delle decisioni dell'Alta Autorità erano escluse dal

---

[134] T. TOHIDIPUR, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU. Zu Genese und Zustand justizieller Konstitutionalisierung*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 17-23.

[135] H. MOSLER, *Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl. Entstehung und Qualifizierung*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 14, 1951, p. 10.

[136] A. BOERGER-DE SMEDT, *La Cour de Justice dans les négociations du traité de Paris instituant la CECA*, in *Journal of European Integration History*, 14, 2008, p. 13.

[137] P. REUTER, *Quelques aspects institutionnels du Plan Schuman*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 75, 1951, p. 120.

[138] Per approfondimenti, E. DREWES, *Entstehen und Entwicklung des Rechtsschutzes vor den Gerichten der Europäischen Gemeinschaften. Am Beispiel der Nichtigkeitsklage*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

controllo giurisdizionale. Pertanto, vi era una "*discordance totale*" [139] rispetto al potere del *Conseil d'État*. Inoltre, alla Corte di giustizia venne affidato soltanto il compito di giudicare caso per caso, e non comprendeva la costruzione di un sistema (*Systembildung*), compito che caratterizza invece il *Conseil d'État* [140].

Nei primi anni, la Corte di giustizia non sindacò le azioni degli Stati membri. Questo compito era riservato all'Alta Autorità, che poteva imporre sanzioni agli Stati che avevano violato il Trattato (articolo 88 Trattato CECA). La Corte di giustizia entrava in gioco solo quando uno Stato membro contestava l'operato dell'Alta Autorità. In particolare, il procedimento pregiudiziale del Trattato CECA – con il quale la Corte di giustizia avrebbe in seguito europeizzato gli ordinamenti giuridici degli Stati membri – consentiva solo il controllo degli atti sovranazionali. Le uniche questioni che potevano essere sollevate riguardavano la validità degli atti delle istituzioni comunitarie. Contrariamente a quanto avviene oggi, erano inammissibili le questioni relative alla interpretazione di tali atti, questioni che rappresentano le vere leve del cambiamento (cfr. § 50).

Naturalmente, alcuni attori della Corte CECA e del relativo ambiente accademico e politico auspicavano che la Corte svolgesse un ruolo di più ampio respiro. I federalisti misero in luce fin da principio i prodromi dell'attività costituzionale della Corte [141]. Alcune decisioni mostrano il germe di successive sentenze costituzionalmente significative [142]. Ma la Corte CECA si è per lo più attenuta al suo compito di controllare soltanto gli atti amministrativi dell'Alta Autorità [143]. In poche parole, la Corte CECA era minimalista e, per questo motivo, prossima ad essere marginalizzata.

---

[139] J. L'HUILLIER, *Une conquête du droit administratif français. Le contentieux de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, in *Recueil Dalloz*, 13, 1953, p. 65.

[140] E. STEINDORFF, *Die Nichtigkeitsklage im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1952, p. 116.

[141] Cfr. M. LAGRANGE, *La Cour de justice des Communautés européennes du Plan Schuman à l'Union européenne*, in P.-H. TEITGEN (a cura di), *Mélanges Fernand Dehousse. Tome II. La construction européenne*, Nathan-Labor, Bruxelles, 1979, pp. 127-129.

[142] A.K. MANGOLD, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 97-106.

[143] La funzione di tribunale amministrativo resta ancora importante. Vedi L. HERING, *Der Gerichtshof der Europäischen Union als Verwaltungsgericht. §153*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IX. Verwaltungsgerichtsbarkeit in Europa: Gemeineuropäische Perspektiven und supranationaler Rechtsschutz*, C.F. Müller, Heidelberg, 2021, p. 645.

55.2. La Corte EDU: un argine contro la regressione autoritaria

Come la Corte CECA, la Corte europea dei diritti dell'uomo è stata istituita nel dopoguerra. La CEDU entrò in vigore il 3 settembre 1953 e la Corte di Strasburgo iniziò i suoi lavori il 23 febbraio 1959. A differenza della Corte CECA, che aveva un orientamento più amministrativo, la Corte EDU sin da principio contribuì allo sviluppo della giustizia costituzionale [144], avendo il compito di proteggere i diritti individuali, proprio come le corti costituzionali nazionali.

Tuttavia, la Corte EDU fu concepita come un mero presidio contro una regressione autoritaria [145]. Le garanzie sui diritti umani della Convenzione si limitavano a codificare gli standard nazionali dei suoi Stati membri. Inoltre, la Convenzione prevedeva solo una corte debole e priva di giurisdizione obbligatoria [146]. Non prevalsero proposte più progressiste, come il progetto del "*Movimento europeo*" federalista, che proponeva una Corte accessibile attraverso ricorsi individuali diretti, che potesse invalidare le leggi statali [147].

Solo nel 1959, otto Alte Parti Contraenti resero le dichiarazioni necessarie per consentire alla Corte europea dei diritti di iniziare a funzionare. Sia la rilevanza della Corte che le sue competenze erano scarse. La Commissione per i diritti umani, preposta alla ricerca di composizioni amichevoli, controllava strettamente l'accesso alla Corte, la quale poteva essere adìta solo dalla Commissione o da uno Stato parte coinvolto, ma non dalle parti interessate. Le prospettive della Corte di fare la differenza sembravano minime, come chiarì Henri Rolin, vicepresidente e poi presidente della Corte, in un discorso del 1965 che ebbe grande eco [148]. Sebbene la Commissione abbia ricevuto quasi 2.700 ricorsi tra il 1955 e il 1965, solo pochi sono stati dichiarati ammissibili, e quasi tutti sono stati respinti in quanto manifestamente infondati.

---

[144] A. MORAVCSIK, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, in *International Organization*, 54, 2000, p. 217.

[145] L. WILDHABER, *Changing Ideas about the Tasks of the European Court of Human Rights*, in L. WILDHABER (a cura di), *The European Court of Human Rights. 1998-2006. History, Achievements, Reform*, Engel, Kehl am Rhein, 2006, p. 136.

[146] M.R. MADSEN, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court. From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*, in J. CHRISTOFFERSEN-M.R. MADSEN (a cura di), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 43.

[147] E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights. From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 54 ss.

[148] H. ROLIN, *Has the European Court of Human Rights a Future?*, in *Howard Law Journal*, 11, 1965, p. 442.

Tra il 1955 e il 1965, la Corte decise soltanto due casi [149].

Nel 2019, invece, la Corte EDU ha giudicato 40.667 ricorsi. È divenuta indubbiamente una corte molto attiva. Lo stesso vale per la Corte di giustizia, che ha risolto un totale di 1.739 casi [150]. Entrambe sono diventate grandi istituzioni: nel 2021, la Corte europea dei diritti aveva 47 giudici, uno staff di 640 persone e un bilancio annuale di quasi 74 milioni di euro, mentre la Corte di giustizia aveva un totale di 76 giudici, 11 avvocati generali, 2.235 membri dello staff e un bilancio annuale di 444 milioni di euro [151]. Entrambe le corti sono divenute protagoniste della trasformazione europea ed esercitano funzioni di giustizia costituzionale. I giudici delle due Corti europee intrattengono rapporti con i colleghi delle corti superiori nazionali, anche se non sempre in modo armonioso. Oggi la Corte di giustizia e la Corte EDU sono radicate nella coscienza della società europea come il sistema giudiziario europeo, anche se molti cittadini, e persino alcuni giuristi, faticano a distinguere tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo. Come si è giunti a questo?

56. Costruire l'unità: la Corte di giustizia

Secondo un'opinione ampiamente condivisa, la società internazionale è anarchica e, già per questo motivo, non democratica [152]. Una società democratica richiede di uscire dall'anarchia; in altre parole, richiede l'unità politica. E l'unità politica implica, anzitutto, istituzioni comuni, autorevoli e dotate di strumenti efficaci per la produzione normativa e la sua implementazione.

È difficile immaginare l'unità politica dell'Europa di oggi senza la giurisprudenza della Corte di giustizia. Sebbene tale giurisprudenza rappresenti certamente solo uno dei vari pilastri, ne costituisce uno essenziale. Per oltre sessant'anni, la Corte di giustizia ha fatto progredire l'unità politica europea, sostenendo l'emersione di un sistema politico europeo che ha determinato

---

[149] Corte EDU, 1° luglio 1961, *Lawless c. Irlanda (No. 3)*, ric. n. 332/57; 27 marzo 1962, *De Becker c. Belgio*, ric. n. 214/56.

[150] CORTE EDU, *Analysis of statistics 2019*, 2020, p. 4; CGUE, *Relazione annuale 2019: Attività giudiziaria*, 2020, pp. 5 ss.

[151] Corte EDU, *ECHR Budget*, 2020, https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/howitworks&c (dati al 15 luglio 2022); CGUE, *La Corte in cifre*, 2020, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_80908/en/ (dati al 15 luglio 2022).

[152] H. BULL, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, MacMillan, London, 1977.

una svolta. L'interpretazione prevalente, secondo la quale questa giurisprudenza è servita solo a giuridicizzare la politica, non coglie il risultato fondamentale conseguito dalla Corte [153]: una politicizzazione autenticamente europea delle questioni europee (cfr. § 9).

La giurisprudenza trasformativa è nata come risposta a una crisi profonda. All'inizio degli anni Sessanta, l'integrazione europea si trovava a fronteggiare una situazione difficile. La CECA aveva deluso le aspettative, mentre era ancora vivo il ricordo del fallimento della Comunità politica europea all'Assemblea nazionale francese. In questo frangente, il governo francese, che aveva svolto un ruolo decisivo nella diffusione del progetto sovranazionale della CECA, si fece promotore di un maggiore intergovernativismo [154]. La Comunità economica europea assunse così una nuova forma istituzionale rispetto alla CECA. Il suo centro istituzionale non era più costituito da un'autorità amministrativa sovranazionale. Questo compito spettava ora al Consiglio, composto da esponenti dei governi degli Stati membri; il Consiglio avrebbe dovuto promuovere l'integrazione con regolamenti e direttive. Tuttavia, anche questo progetto non si realizzò come previsto, perché divenne chiaro che questa forma di legiferazione non sarebbe stata sufficiente per creare un mercato comune, obiettivo principale del Trattato CEE.

Di conseguenza, la giovane comunità rimase bloccata in una crisi che si trasformò in una "*congiuntura critica*" (*critical juncture*), per usare la vivida terminologia dell'istituzionalismo storico [155]. Gli sviluppi successivi discesero dalla risposta della Corte di giustizia a tale crisi. Il carattere trasformativo della giurisprudenza fu inaspettato [156]. Contribuì a svelare i due aspetti centrali dell'unità politica: la formazione di una volontà politica e la sua implementazione. Già nel 1966, Jean-Pierre Colin riconobbe "*un*

---

[153] Questa è la critica di Dieter Grimm. Vedi D. GRIMM, *Staat und Verfassung vor 60 Jahren und heute*, in S. BRETTHAUER *et al.* (a cura di), *Wandlungen im Öffentlichen Recht. Festschrift zu 60 Jahren Assistentagung – Junge Tagung Öffentliches Recht*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 111.

[154] A. BOERGER-DE SMEDT, *Negotiating the Foundations of European Law, 1950-57. The Legal History of the Treaties of Paris and Rome*, in *Contemporary European History*, 21, 2012, p. 339.

[155] Sul concetto di *critical juncture*, vedi G. CAPOCCIA-R.D. KELEMEN, *The Study of Critical Junctures: Theory, Narrative, and Counterfactuals in Historical Institutionsalism*, in *World Politics*, 59, 2007, p. 341.

[156] W. HALLSTEIN, *Die echten Probleme der europäischen Integration*, Schmidt & Klaunig, Kiel, 1965, p. 9; H.J. SCHLOCHAUER, *Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften als Integrationsfaktor*, in E. VON CAEMMERER-H.J. SCHLOCHAUER-E. STEINDORFF (a cura di), *Probleme des europäischen Rechts. Festschrift für Walter Hallstein zu seinem 65. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1966, p. 431; P. PESCATORE, *La carence du législateur communautaire et le devoir du juge*, in G. LÜKE-G. RESS-M.R. WILL (a cura di), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Heymanns, Köln, 1983, p. 559.

gouvernement des juges dans les Communautés européennes" [157]. Dato il chiaro riferimento al famoso libro di Édouard Lambert (cfr. § 62), ci si sarebbe potuti aspettare una reazione critica nei confronti della Corte [158]. Ma non ve ne fu quasi nessuna, né nel libro di Colin e neppure negli ambienti politici e giuridici. Anzi, l'azione trasformativa della Corte raccolse elogi.

A posteriori questa giurisprudenza può considerarsi cruciale per lo sviluppo di una società europea democratica. Si è già detto di come la Corte abbia rinforzato il diritto comunitario per consentire un vero governo (cfr. § II.C). Si approfondiranno ora altre modalità con cui la Corte ha creato unità, aspetti che disvelano anche il suo percorso istituzionale.

56.1. Promuovere il diritto UE

Sin dagli anni Sessanta, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha rafforzato la capacità di governo degli organi politici della Comunità. La narrazione prevalente oscura questo fatto, rappresentando la Corte di giustizia come un legislatore 'supplente', soprattutto per la sua giurisprudenza liberalizzatrice a sostegno delle quattro libertà del mercato. Ma è sempre stato chiaro che una giurisprudenza non può mai sostituire la politica o le politiche. Pertanto, l'orientamento fondamentale della giurisprudenza della Corte è sempre stato quello di indurre gli Stati membri a legiferare attraverso le istituzioni politiche della CEE [159].

La paradigmatica giurisprudenza sulla libera circolazione delle merci (ora articoli da 28 a 37 TFUE) lo dimostra chiaramente. Nella sentenza *Dassonville* del 1974 era in gioco una normativa belga che limitava la commercializzazione del whisky scozzese in Belgio a determinati rivenditori, proteggendo così i profitti di questi ultimi. La Corte di giustizia impose un obbligo di giustificazione rispetto a questa disciplina come praticamente rispetto a tutte le discipline nazionali sulla circolazione delle merci: "*[o]gni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative*" [160]. Compresi, dunque, gli standard ambientali e i divieti di commercio domenicale [161].

---

[157] J.P. COLIN, *Le gouvernement des juges dans les Communautés européennes*, Pichon & Durand-Auzias, Paris, 1966.

[158] É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, cit.

[159] J. SNELL, *The Internal Market and the Philosophies of Market Integration*, in C. BARNARD-S. PEERS (a cura di), *European Union Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 319 ss.

[160] CGCE, 11 luglio 1974, *Dassonville*, causa 8/74, punto 5.

[161] E. SHARPSTON, *About that Sunday Trading Mess …*, in F. AMTENBRINK *et al.* (a cura di),

La Corte di giustizia non è mai stata anarchica o libertaria. Le normative nazionali sono sempre state ritenute compatibili con il diritto comunitario se promuovono un interesse pubblico e sono proporzionate. È importante notare che la Corte di giustizia rivendica, tuttavia, il sindacato al riguardo. Le sue decisioni mostrano a volte *un favor* per il libero mercato, e a volte maggior favore per gli interessi pubblici. Nel complesso, la sua giurisprudenza ha fatto venir meno numerose normative nazionali e, per tale ragione, molti la etichettano con il termine peggiorativo "*integrazione negativa*". Alcuni la rappresentano addirittura come uno strumento del capitalismo [162], come deregolamentazione neoliberale, come un attacco al compromesso sociale dell'Europa del dopoguerra [163].

Si comprende meglio questa giurisprudenza se la si considera volta, non a promuovere il neoliberismo, ma l'unità politica europea. Ciò appare evidente nella clausola condizionale presente in molte sentenze, secondo cui le libertà fondamentali si applicano direttamente solo *in assenza* di una legislazione CEE [164]. In questo modo, il legislatore europeo può regolare la circolazione di beni, servizi, capitali e la libertà di stabilimento in modo diverso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libertà di mercato [165]. Alcuni attribuiscono questa differenziazione al pregiudizio della Corte di giustizia a favore delle istituzioni dell'Unione [166]. L'obiettivo di rafforzare il processo politico europeo, e quindi di far progredire l'unità europea, pare

---

The Internal Market and the Future of European Integration. Essays in Honour of Laurence W. Gormley, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, p. 150.

[162] J. GALTUNG, *Europe in the Making*, Crane Russak, New York, 1989.

[163] F.W. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 43 ss. Ma vedi la ridefinizione in M. HÖPNER-S.K. SCHMIDT, *Can We Make the European Fundamental Freedoms Less Constraining? A Literature Review*, in K. ARMSTRONG (a cura di), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, pp. 5 ss.

[164] CGCE, 20 febbraio 1979, *Cassis de Dijon*, causa 120/78, punto 8; CGUE, 1° luglio 2014, *Ålands Vindkraft*, causa C-573/12, punto 57; T. KINGREEN, *Art. 36 AEUV*, in C. CALLIESS-M. RUFFERT (a cura di), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, C.H. Beck, München, 2016, n. 18, cui si rinvia per ulteriori riferimenti. Per maggiori dettagli sulla complessa giurisprudenza della Corte, vedi P. SYRPIS, *The Relationship between Primary and Secondary Law in the EU*, in *Common Market Law Review*, 52, 2015, p. 461.

[165] La libera circolazione dei lavoratori costituisce un'eccezione perché la Corte di giustizia – probabilmente in risposta all'accusa di supportare l'ideologia capitalista – la interpreta come un diritto fondamentale che protegge i lavoratori dipendenti: CGCE, 15 dicembre 1995, *Bosman*, causa C-415/93, punto 129; S. O'LEARY, *Free Movement of Persons and Services*, in P. CRAIG-G. D. BÚRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 505 ss.

[166] Ma vedi G. BECK, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford, 2012, pp. 318 ss.

più convincente, anche perché risponde allo scopo di "*un'unione sempre più stretta*".

Anche altri orientamenti della giurisprudenza della Corte – come il controllo blando sul legislatore europeo (articolo 263 TFUE), che inizialmente era costituito solo dal Consiglio e ora ricomprende anche il Parlamento – si comprendono in virtù della volontà di promuovere l'attività legislativa europea al fine ultimo di far emergere una volontà politica autenticamente europea. Non è mancato chi ha accusato la Corte di giustizia di non far rispettare i limiti delle attribuzioni dell'Unione [167], di non prendere sul serio i diritti fondamentali quando riguardano le istituzioni dell'Unione [168], e di interpretare in modo restrittivo il ricorso per annullamento, rendendo così eccessivamente difficile per i cittadini contestare le istituzioni dell'Unione [169].

Il giudizio costituzionale della Corte di giustizia può effettivamente apparire carente dal punto di vista di alcuni ordinamenti giuridici quando si tratta di controllare il procedimento legislativo dell'Unione. Ciò è particolarmente vero per l'ordinamento tedesco, il cui Tribunale costituzionale in genere non fa sconti. Dal punto di vista della società europea, tuttavia, le cose stanno diversamente, poiché l'obiettivo primario è quello di fornire a questa società istituzioni funzionanti con i relativi strumenti. Al contrario, il *Bundesverfassungsgericht* non si è mai trovato di fronte a una situazione in cui le istituzioni tedesche mancassero di autorità, il diritto federale venisse sistematicamente disapplicato dai *Länder* e una stretta unione tra i *Länder* dovesse ancora essere raggiunta.

Considerato che l'unità politica presuppone l'esercizio di attribuzioni, nessun dibattito è più istruttivo di quello sulle attribuzioni dell'Unione. Inizialmente si concentrò su tre disposizioni. La prima, l'articolo 235 e poi 308 TCE (ora articolo 352 TFUE), che reca la cosiddetta clausola di flessibilità, consente di agire con decisione unanime del Consiglio se i responsabili politici europei lo ritengono necessario per raggiungere gli obiettivi del Trattato, ma l'azione in questione non rientra nell'ambito delle attribuzioni specifiche. Dall'inizio degli anni Settanta, il Consiglio ha spesso invocato questa competenza per attuare la decisione dei capi di Stato e di

---

[167] P.M. HUBER, *Europa am Scheideweg – Zur Notwendigkeit einer realistischen und nachhaltigen Fortentwicklung der Europäischen Union, deutschen "Hausaufgaben" und der Bedeutung eines Narrativs*, in C. FRANZIUS-F.C. MAYER-J. NEYER (a cura di), *Die Neuerfindung Europas*, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 225 ss.

[168] J. COPPEL-A. O'NEILL, *The European Court of Justice. Taking Rights Seriously?*, in *Legal Studies*, 12, 1992, p. 227.

[169] J. KÜHLING, *Fundamental Rights*, in A. VON BOGDANDY-J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007, pp. 479-512.

governo di avvalersi delle istituzioni della Comunità economica europea come contesto nel quale coordinare materie che trascendevano l'ambito economico [170]. In questo modo, la Comunità iniziò ad agire in settori quali la politica ambientale, sociale, di ricerca e regionale, e la Corte tollerò a lungo ogni forma di ricorso a detta competenza [171]. Se da un lato suscitò critiche per questa giurisprudenza, dall'altro venne criticata anche quando affermò che l'articolo 235 TCE non potesse essere invocato per l'adesione della Comunità alla CEDU, stante la dimensione costituzionale di tale adesione [172].

Il secondo dibattito si è incentrato sull'articolo 95 TCE (ora articolo 114 TFUE), la competenza più utilizzata per l'armonizzazione della legislazione relativa al mercato interno [173]. Solo alla fine degli anni Novanta, nella sentenza sulla direttiva concernente la pubblicità del tabacco, la Corte dichiarò la violazione dei limiti di questo potere. Per la prima volta annullò un atto legislativo per incompetenza [174]. Poiché questa è rimasta un'eccezione, le critiche non si sono placate [175] e sono culminate nella sentenza PSPP del *Bundesverfassungsgericht* (cfr. §§ 56, 74).

La terza discussione riguarda le attribuzioni per l'istituzione dell'Unione economica e monetaria. In risposta alla grave crisi monetaria ed economica del 2008, l'Unione adottò misure che con ogni probabilità sono andate oltre le intenzioni degli autori dei Trattati, trasformando la costituzione economica europea [176]. Attraverso il ricorso alle attribuzioni in materia economica

---

[170] Dichiarazione e Comunicato finale della Conferenza al Vertice (Parigi, 21 ottobre 1972), in *Rivista di studi politici internazionali*, 39, 1972, pp. 624 ss.

[171] Emblematica la fondamentale sentenza della CGCE, 12 luglio 1973, *Hauptzollamt Bremerhaven c. Massey Ferguson*, causa 8/73, punti 3-4.

[172] CGCE, 28 marzo 1996, *Adhésion de la Communauté à la CEDH*, parere 2/94, parr. 28-29; G. GAJA, *Opinion 2/94, Adhésion de la Communauté à la Convention européenne pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, given on 28 March 1996, not yet reported*, in *Common Market Law Review*, 33, 1996, pp. 981 ss.; M. RUFFERT, *Anmerkung zu EuGH, 28.3. 1996 – Gutachten 2/94. Beitritt der Gemeinschaft zur EMRK*, in *JuristenZeitung*, 51, 1996, p. 623.

[173] Ad esempio, l'istituzione di agenzie. Cfr. CGCE, 6 dicembre 2005, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, causa C-66/04. Per approfondimenti, P. VAN CLEYNENBREUGEL, *Meroni Circumvented? Article 114 TFEU and EU Regulatory Agencies*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 21, 2014, pp. 64-65.

[174] CGCE, 5 ottobre 2000, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, causa C-376/98, punti 83-84.

[175] S. GARBEN-I. GOVAERE, *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, in S. GARBEN-I. GOVAERE (a cura di), *The Division of Competences between the EU and the Member States. Reflections on the Past, the Present and the Future*, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 7.

[176] M. IOANNIDIS, *Europe's New Transformations. How the EU Economic Constitution Changed during the Eurozone Crisis*, in *Common Market Law Review*, 53, 2016, p. 1237.

e monetaria previste dai Trattati [177], la Corte innescò quello che può ritenersi ad oggi il più grave conflitto con il *Bundesverfassungsgericht* [178]. Il Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco richiese che la BCE e la Corte di giustizia fossero più sensibili alle preoccupazioni di politica economica, come il debito pubblico, i risparmi, le pensioni, i prezzi degli immobili e la sopravvivenza delle imprese in crisi. La posizione del Tribunale costituzionale tedesco è paradossale, considerato che era stata proprio la Germania a insistere sull'articolo 127 TFUE, secondo cui la stabilità dei prezzi costituisce l'obiettivo primario della BCE [179]. Oltre a ciò, la decisione tedesca mette in luce il fatto che l'orientamento neoliberale dell'Europa appartiene ormai al passato [180].

La giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti fondamentali contribuisce a dimostrare che si tratta di una Corte il cui obiettivo principale è promuovere l'unità. La Corte ha introdotto e promosso la tutela dei diritti fondamentali [181]. Ma sembra ovvio che lo abbia fatto più per proteggere l'effettività del diritto comunitario che per la causa dei diritti umani. Le Corti costituzionali tedesca e italiana avevano condizionato la loro accettazione del primato di tale diritto alla tutela dei diritti fondamentali. Pertanto, la giurisprudenza trasformativa della Corte di giustizia nacque nel tentativo di salvaguardare l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario [182]. Alla luce di questa logica, non sorprende che il controllo della Corte sulla conformità della legislazione dell'Unione ai diritti fondamentali sia stato a lungo prudente.

Più di recente, tuttavia, la Corte di giustizia ha rafforzato il suo approccio in materia di diritti fondamentali [183]. Dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali nel 2009, la Corte ha intensificato il proprio controllo e invalidato alcuni atti legislativi dell'Unione. Il caso *Digital Rights*

---

[177] CGUE, 11 dicembre 2018, *Weiss et al.*, causa C-493/17.

[178] BVerfGE 154, 17, *PSPP-Programm der EZB* (*Programma di acquisto del settore pubblico – PSPP)*, parr. 138 ss.

[179] *Ivi*, parr. 165 ss.

[180] M. GOLDMANN, *The European Economic Constitution after the PSPP Judgment. Towards Integrative Liberalism?*, in *German Law Journal*, 21, 2020, p. 1058.

[181] B. DE WITTE, *The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights*, in P. ALSTON (a cura di), *The EU and Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 859.

[182] Per approfondimenti, M. CLAES-B. DE WITTE, *The Roles of Constitutional Courts in the European Legal Space*, cit.

[183] A. ROSAS, *Five Years of Charter Case Law. Some Observations*, in S.A. DE VRIES-U. BERNITZ-S. WEATHERILL (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2015, p. 11.

Ireland costituisce il punto di riferimento di questo nuovo approccio [184]. Nonostante ciò, la Corte di giustizia continua a giudicare le questioni relative ai diritti fondamentali in modo diverso dalla maggior parte delle corti costituzionali e dalla Corte europea dei diritti. Il suo obiettivo principale è ancora quello di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione. Questo orientamento è sancito dalla disposizione forse più importante della Carta dei diritti fondamentali, l'articolo 51. Gli autori dei Trattati non affidano alla Corte di giustizia il compito di stabilire standard generali di tutela dei diritti umani per la società europea.

La Corte di giustizia promuove l'unità europea, insistendo altresì sulla cooperazione tra Commissione, Consiglio e Parlamento [185]. Come già sottolineato nell'introduzione al presente Capitolo, la cooperazione tra i poteri – piuttosto che la loro separazione – può fungere da principio guida di un sistema politico. Affinché la legislazione dell'UE sia legittima ed efficace, la cooperazione tra gli attori coinvolti nel processo legislativo è essenziale. Il principio di leale cooperazione tra le istituzioni dell'UE, codificato per la prima volta dal Trattato di Lisbona all'articolo 13, paragrafo 2, TUE, lo riconosce espressamente. Per promuovere tale cooperazione, la Corte di giustizia ha trasformato l'articolo 263, paragrafo 2, TFUE in una procedura che consente alle istituzioni dell'Unione di risolvere i conflitti che potrebbero compromettere il processo decisionale politico. Il *Bundesverfassungsgericht* ha una procedura specifica per questo, il c.d. *Organstreit* (articolo 93, primo comma, n. 1, Legge fondamentale). La procedura dell'articolo 263, paragrafo 2, TFUE consente ora alla Corte di giustizia di sostenere la parlamentarizzazione dell'Unione come elemento centrale dell'unità europea [186]. L'esempio più noto è rappresentato dalla sentenza con cui è stata riconosciuta la legittimazione ad agire del Parlamento europeo [187]. Sebbene all'epoca fosse giuridicamente dubbia, gli Stati membri la riconobbero proprio con la modifica dell'articolo 263, paragrafo 2, TFUE.

In sintesi, la costruzione dell'unità attraverso la politicizzazione dell'Europa in senso autenticamente europeo, piuttosto che la sua mera giuridificazione, è al centro della giurisprudenza della Corte di giustizia. Una posizione siffatta è comune tra le corti superiori degli Stati federali. L'obiettivo del-

---

[184] CGUE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland e Seitlinger et al.*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, punto 47.

[185] Cfr., ad esempio, CGUE, 14 aprile 2015, *Consiglio c. Commissione*, causa C-409/13, punti 76 ss.

[186] S. NINATTI-M. ARCARI, *Patterns of Democracy in the Case Law of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights*, in *Polish Yearbook of International Law*, 35, 2015, p. 171.

[187] CGCE, 4 ottobre 1991, *Parlamento c. Consiglio*, causa 70/88, punto 26.

l'unità federale spiega gran parte della giurisprudenza delle corti superiori in Svizzera [188], negli Stati Uniti [189] e in Austria, specie nel periodo di formazione delle federazioni.

56.2. L'attuazione del diritto UE

L'unità politica richiede, tuttavia, più della semplice formazione di una volontà politica comune. Detta volontà deve anche essere attuata, consolidando in tal modo le aspettative normative (cfr. § 35). Questo è il tipico problema di una volontà politica formata in base al diritto internazionale, sia esso sancito da trattati o prodotto da organizzazioni internazionali. Lo Stato nazionale moderno spesso non rispetta le norme internazionali, soprattutto quando interferiscono con le proprie politiche essenziali. Ciò induce alcuni a dubitare addirittura della giuridicità del diritto internazionale.

L'attuazione del diritto comunitario, come volontà politica comune europea, ha rappresentato una questione centrale fin dai primi anni Sessanta [190]. Le relative dottrine sull'autonomia, il primato e l'effetto diretto (cfr. § 37) emersero da quello che è probabilmente l'orientamento più noto della giurisprudenza della Corte di giustizia. Ne è riprova la più celebre narrazione sul diritto europeo, per la quale siffatte dottrine costituzionalizzano i Trattati istitutivi [191].

Tale narrazione inizia nel 1963 con *Van Gend en Loos*, un caso costruito dalle forze europeiste [192]. In quel giudizio, la Corte di giustizia affermò che una disposizione del Trattato CEE aveva effetto diretto nel diritto nazionale, il che significava che i singoli potevano invocarla davanti ai giudici nazionali. L'oggetto della controversia era piuttosto innocuo, il che rese più agevole il passaggio trasformativo. Si trattava, infatti, di un dazio all'importazione su una sostanza chimica dell'8 anziché del 3 per cento. Nonostante la trivialità dell'oggetto, la solenne celebrazione del 50° anniversario della sentenza da parte della Corte di giustizia ne testimonia l'importanza [193]. Poco

---

[188] G. BIAGGINI, *Constitutional Adjudication in Switzerland*, cit.

[189] M. HÖRETH, *Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court*, Nomos, Baden-Baden, 2008, pp. 191-237.

[190] A. VAUCHEZ, *The Transnational Politics of Judicialization. Van Gend en Loos and the Making of EU Polity*, in *European Law Journal*, 16, 2010, p. 1.

[191] E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, cit.; J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 100, 1991, p. 2403.

[192] CGCE, 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, causa 26/62.

[193] CGUE, *50 anni "Van Gend en Loos"*; celebrazioni riprese icasticamente in https://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_101113/ (ultima visita 19 luglio 2022).

dopo *Van Gend en Loos*, *Costa c. ENEL* [194] – un altro contenzioso strategico promosso per ragioni politiche [195] – stabilì il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale. Ancora oggi, tali sentenze esprimono emblematicamente la natura stessa del diritto dell'Unione e la spinta trasformativa della Corte di giustizia [196].

L'idea chiave è molto semplice. La posta in gioco è l'effettività del diritto dell'Unione nel regolare i rapporti sociali [197]. Con le due dottrine dell'effetto diretto e del primato, il diritto comunitario superò la debolezza tipica del diritto internazionale, trovando applicazione nella vita quotidiana [198].

L'evoluzione non è avvenuta da un giorno all'altro: la sua realizzazione si è protratta a lungo [199]. Anche in seno alla Corte di giustizia le menzionate dottrine vennero inizialmente contestate: solo quattro dei sette giudici votarono in favore di *Van Gend en Loos* [200]. Tra l'altro, nella specie, si trattò di una decisione relativamente agevole da adottare per svariate ragioni, tra le quali la controversia sottostante, il Paese interessato (i Paesi Bassi sono particolarmente aperti al diritto internazionale) e la precisione della disposizione applicata. La Corte ha ampliato la dottrina dell'effetto diretto con prudenza, rapportandosi sempre con le istituzioni europee, i governi degli Stati membri e i giudici nazionali. Solo nel 2016 uno studio monografico sostenne che l'effetto diretto del diritto dell'Unione si presume [201]. Il diritto dell'Unione deve essere applicato, fatto rispettare e sanzionato come il diritto nazionale.

Mentre oggi l'effetto diretto non è più in discussione, continua ad esserlo il primato. La questione della sua portata è al centro di quella che rappresenta

---

[194] CGCE, 15 luglio 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, causa 6/64.

[195] Per i dettagli sul contesto politico del caso, vedi A. ARENA, *From an Unpaid Electricity Bill to the Primacy of EU Law. Gian Galeazzo Stendardi and the Making of Costa v. ENEL*, in *European Journal of International Law*, 30, 2019, p. 1017.

[196] Ma cfr. CGUE, 18 dicembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, parere 2/13, punto 166.

[197] P. PESCATORE, *The Doctrine of "Direct Effect". An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 8, 1983, p. 155.

[198] R. LECOURT, *Quel eut été le droit des communautés sans les arrêts de 1963 et 1964?*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, p. 360.

[199] K.J. ALTER, *Establishing the Supremacy of European Law. The Making of an International Rule of Law in Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 64-181.

[200] Per maggiori dettagli, vedi M. RASMUSSEN, *Revolutionizing European Law. A History of the Van Gend en Loos Judgment*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, p. 136.

[201] C. WOHLFAHRT, *Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts. Ein Plädoyer für die Aufgabe der Kriterien hinreichender Genauigkeit und Unbedingtheit*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2016. Per una prospettiva diversa, vedi D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018.

probabilmente la diatriba più nota del diritto europeo: il primato del diritto dell'UE si applica senza eccezioni (come sostiene la Corte di giustizia) o solo entro limiti definiti e controllati dagli Stati membri (come postulano alcune corti superiori nazionali) [202]? Questo conflitto rappresenta un aspetto del dibattito sulla struttura della democrazia europea.

Gli Stati membri legittimarono la giurisprudenza della Corte di giustizia sul primato nel 2009. La Dichiarazione n. 17 sul primato, allegata al Trattato di Lisbona, recita: "*La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza*". Questa affermazione è così chiara che il Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco evita prudentemente di richiamarla [203].

56.3. La leva procedurale

I procedimenti pregiudiziali (articolo 267 TFUE) rappresentano il principale strumento tramite il quale la Corte di giustizia persegue l'unità. La maggior parte delle decisioni citate in quest'opera trae origine da detti procedimenti. In tale contesto, la Corte di giustizia risolve una questione di diritto dell'Unione nell'ambito di un procedimento incidentale avviato da un giudice di uno Stato membro, che poi giudica la controversia principale. Questi procedimenti raccordano la Corte di giustizia ai giudici degli Stati membri, così conferendo la legittimazione e l'autorità di questi ultimi alle interpretazioni della prima. Il procedimento di rinvio costituisce il fondamento dell'unione tra i giudici dell'UE e quelli nazionali, che si concreta nella loro cooperazione multilivello (cfr. § 54). In virtù di siffatti procedimenti, i giudici degli Stati membri fungono da giudici dell'Unione. Nessun'altra disposizione dei Trattati è stata tanto significativa nella trasformazione per via giudiziaria dell'Europa come l'articolo 267 TFUE.

Il Trattato CECA del 1951 prevedeva già una prima versione di tali procedimenti, vale a dire il sindacato degli atti dell'Alta Autorità. I Trattati di Roma ne aggiunsero in seguito una ulteriore, che ha consentito alla Corte di giustizia di scrivere la storia. Per merito di questa modifica, la Corte di giustizia può non solo sindacare, ma anche interpretare il diritto dell'Unione. Alla luce di quanto detto in precedenza sul potere dei giudici (cfr. § 51), non

---

[202] C. SCHILL-S. KRENN, *Art. 4 EUV. Prinzipien der föderativen Grundstruktur*, in E. GRABITZ-M. HILF-M. NETTESHEIM (a cura di), *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, München, 2020, nn. 24-38.

[203] BVerfGE 154, 17, *PSPP*, cit., punti 234 ss.

dovrebbe sorprendere che questo sia il potere più importante della Corte di giustizia. Senza di esso, l'Europa di oggi sarebbe diversa.

L'impatto del procedimento di rinvio pregiudiziale rende evidenza di come un'interpretazione imprevedibile possa dischiudere nuovi orizzonti. L'inedita versione del procedimento è stata elaborata in seno al cosiddetto *groupe juridique*, che ha svolto un ruolo decisivo nella negoziazione dei Trattati di Roma. Come riferisce Pierre Pescatore – membro lussemburghese del gruppo, poi giudice della Corte di giustizia –, il gruppo discusse il procedimento pregiudiziale a partire dai giudizi incidentali dinanzi alle Corti costituzionali italiana e tedesca (cfr. § 51). La natura costituzionale di questi procedimenti era dunque evidente [204]. Tuttavia, il gruppo non considerò che l'interpretazione del diritto comunitario potesse consentire alla Corte di giustizia di sindacare il diritto degli Stati membri. L'unica preoccupazione del gruppo, infatti, fu quella di garantire l'uniforme interpretazione degli atti giuridici del Consiglio. Nessuno prefigurava l'interpretazione che la Corte di giustizia avrebbe elaborato nel 1963 con la sentenza *Van Gend en Loos*, sulla quale si basa oggi il diritto europeo.

Le sentenze *Van Gend en Loos* e *Costa c. ENEL* hanno trasformato il procedimento di rinvio pregiudiziale in un rimedio per sindacare gli atti giuridici degli Stati membri. Ciò ha rafforzato il potere dei giudici di merito nazionali: essi possono ora sindacare la legge e la giurisprudenza delle proprie corti superiori con il sostegno della Corte di giustizia [205]. Stante la delicatezza di tale attività, è positivo che sia svolta in modo condiviso. La Corte di giustizia interpreta il diritto dell'Unione ma non lo applica, mentre i giudici nazionali disapplicano la legislazione nazionale, conformandosi alla sentenza della Corte di giustizia [206]. L'unione delle diverse fonti di legittimità connota l'unione europea delle corti.

Poiché i procedimenti ai sensi dell'articolo 267 TFUE funzionano in modo simile al sindacato di costituzionalità in via incidentale che si svolge in Italia (cfr. § 51), i giudici di merito sono gli interlocutori più comuni della Corte di giustizia. Solo di recente, le corti superiori hanno aumentato sensibilmente il numero di rinvii pregiudiziali [207]. La Corte di giustizia, tuttavia, è determinata a mantenere aperto l'accesso a tutti i giudici nazionali: una

---

[204] P. PESCATORE, *Les travaux du "groupe juridique" dans la négotiation des traités de Rome*, in *Revue d'histoire luxembourgeoise*, 34, 1982, pp. 157-158.

[205] J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, cit., p. 2426.

[206] Su questo rapporto, A.M. SLAUGHTER-A. STONE SWEET-J.H.H. WEILER, *The European Court and National Courts. Doctrine & Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

[207] M. CLAES-B. DE WITTE, *The Roles of Constitutional Courts in the European Legal Space*, cit.

procedura incidentale in cui solo le corti superiori possono promuovere un quesito dinanzi alla Corte di giustizia, come nel caso dell'accesso al *Conseil constitutionnel* (cfr. § 51), non è conforme al diritto dell'Unione. Non su molte altre problematiche la Corte di giustizia è così irremovibile [208].

La Corte di giustizia pone condizioni di ammissibilità non stringenti. Analogamente alla Corte costituzionale italiana e a differenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, la Corte europea richiede al giudice nazionale soltanto di motivare in modo plausibile la rilevanza della questione. Per tale ragione, molte questioni di rilievo riescono a giungere alla Corte di giustizia, permettendole di plasmare le strutture giuridiche della società europea e di intervenire nel dibattito su questioni controverse [209]. Il tentativo delle forze autoritarie polacche di proibire ai giudici polacchi di promuovere tali rinvii evidenzia quanto questa apertura sia significativa non solo per l'unità europea, ma anche per la democrazia europea e nazionale (cfr. §§ 45, 67).

57. La giuridicizzazione dei diritti umani: la Corte EDU

57.1. La *rights revolution* europea

La Corte EDU è l'altra corte propriamente europea nella società europea. La sua trasformazione è diversa da quella della Corte di giustizia, ma altrettanto importante. Il suo contributo principale consiste nell'integrare i diritti umani nella struttura giuridica europea [210]. La rilevanza di tale contributo discende dal fatto che il rispetto dei diritti individuali è divenuto un requisito fondamentale per la legittimazione delle pubbliche autorità [211]. Secondo quella che alcuni, in modo un poco iperbolico, hanno definito *rights revolution* [212]. Si è già dato conto di un analogo sviluppo in America Latina, dove i diritti umani sono stati invocati persino per combattere forme estreme di

---

[208] CGUE, *Melki e Abdeli*, cit.

[209] Si consideri l'esempio della Brexit e CGUE, 10 dicembre 2018, *Wightman et al.*, causa C-621/18, punti 20-36.

[210] L.R. HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights. Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 19, 2008, p. 125; F.J. GARCÍA ROCA, *La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2019, pp. 69-70.

[211] Sulle ragioni, D. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, cit., pp. 61 ss.; S. MOYN, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Belknap Press, Cambridge (MA), 2010, p. 8.

[212] C.R. EPP, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago University Press, Chicago, 1998; M. DE S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial Transformations. The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

repressione (cfr. § 25). In Europa, i diritti umani proclamati nell'Atto finale di Helsinki del 1975 contribuirono a superare il socialismo autoritario [213]. Ma i diritti umani hanno avuto un ruolo anche nella trasformazione delle società occidentali, ed è qui che entra in gioco la Corte EDU.

La Corte europea ha diffuso i diritti individuali in tutta Europa, democratizzando ed europeizzando le società nazionali. Il ruolo di tale Corte si presta a molteplici interpretazioni: possiamo considerarla un punto di riferimento per la tutela dei diritti umani [214], una corte costituzionale che produce il proprio diritto [215] o l'ultima istanza di tutela per l'individuo [216]. Dal punto di vista di una società europea democratica, l'aspetto particolarmente significativo è che impone un obbligo di giustificazione all'agire dei pubblici poteri. Secondo quella che potremmo definire giuridicizzazione dei diritti umani [217].

La rilevanza della Corte EDU per la società democratica europea può declinarsi in tre modi. In primo luogo, ha garantito i diritti umani, divenuti costitutivi di una società democratica in tutt'Europa [218]. In secondo luogo, concepisce i diritti della Convenzione in modo così ampio da richiedere giustificazione a qualsiasi esercizio di potere delle autorità, compresa quella di diritto privato, a condizione che la relazione tra privati presenti significative asimmetrie di potere [219]. Sebbene le limitazioni dei diritti rimangano certamente ammissibili, debbono essere giustificate: devono avere una base legale democratica, essere sufficientemente determinate ed essere proporzionate. Il diritto alla giustificazione può essere ricostruito, come per Rainer Forst, quale essenza di una società democratica. Il terzo contributo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti alla società democratica europea consiste nel fornire concetti base per i discorsi attraverso i quali la società europea forgia se stessa (cfr. § 2) [220].

---

[213] J. ECKEL, *The Ambivalence of Good: Human Rights in International Politics since the 1940s*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 292 ss.

[214] B. ÇALI, *The Purposes of the European Human Rights System. One or many?*, in *European Human Rights Law Review*, 3, 2008, p. 303.

[215] C. WALTER, *Art. 93 GG*, cit., nn. 84 ss.

[216] CORTE EDU, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights: Brighton Declaration* (19-20 aprile 2012), par. 35c.

[217] Devo questa nozione a Jürgen Bast.

[218] A. STONE SWEET-H. KELLER, *The Reception of the ECHR in National Legal Orders*, in A. STONE SWEET-H. KELLER (a cura di), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 3.

[219] H. KRIEGER, *Funktionen von Grund- und Menschenrechten*, in O. DÖRR, R. GROTE-T. MARAUHN (a cura di), *EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 287.

[220] R. FORST, *The Justification of Basic Rights: A Discourse-Theoretical Approach*, in *Netherlands*

La Corte EDU ha potuto assumere questo ruolo, perché molti Stati della Convenzione non disponevano, all'epoca, di un catalogo moderno dei diritti o di vere istituzioni di giustizia costituzionale [221]. Tali carenze hanno consentito alla Corte europea, e in precedenza alla Commissione per i diritti umani, di acquisire un significativo ruolo al riguardo. La Corte (e la Commissione) hanno supportato la *rights revolution* in molti Paesi, assumendo così un compito paragonabile a quello di una corte costituzionale. Sulla scia dell'integrazione comunitaria [222], la Corte dei diritti ha ottenuto il sostegno di molti soggetti, acquisendo un ruolo chiave nello Stato di diritto democratico in Europa. Attualmente viene riconosciuta proprio in tale veste [223].

L'assunzione di questo ruolo da parte della Corte non è stata semplice [224], avendo dovuto conquistare autorevolezza e legittimazione con prudenza. Un primo passo è consistito nel persuadere gli Stati a ratificare i protocolli che prevedevano il ricorso individuale diretto alla Commissione per i diritti umani e la giurisdizione della Corte. Per questa ragione, non sorprendono le interpretazioni minimaliste della Commissione per i diritti umani e della Corte europea degli anni Sessanta, volte a rimarcare il rispetto della sovranità degli Stati.

Il colpo di Stato militare del 1967 in Grecia portò il sistema europeo dei diritti umani a uno snodo critico. La Commissione dovette decidere se la Convenzione dovesse rimanere principalmente simbolica, come antitesi del socialismo sovietico, o se dovesse iniziare a svolgere un ruolo effettivo in Occidente. Come la Commissione interamericana qualche anno dopo, la Commissione per i diritti umani fu abbastanza saggia da cogliere questa opportunità [225].

Journal of Legal Philosophy, 45, 2016, pp. 8 ss.; R. FORST, *The Nature of Human Rights*, in D. HELD-P. MAFFETTONE (a cura di), *Global Political Theory*, Polity, Cambridge, 2016, p. 22.

[221] Per i Paesi Bassi, vedi, ad esempio, A.R. WESSEL-E.W. VAN DE GRIENDT, *Niederlande. § 19*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, nn. 52 ss.; per l'Austria, cfr. C. GRABENWARTER, *Österreich. § 20*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, nn. 64 ss.

[222] M.R. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, in *Law and Contemporary Problems*, 70, 2016, p. 152.

[223] CONSIGLIO D'EUROPA, *Dichiarazione di Copenaghen*, cit., par. 2.

[224] Vedi in particolare M.R. MADSEN, *From Cold War Instrument to Supreme European Court. The European Court of Human Rights at the Crossroads of International and National Law and Politics*, in *Law & Social Inquiry*, 32, 2007, p. 137.

[225] J. BECKET, *The Greek Case Before the European Human Rights Commission*, in *Human Rights*, 1, 1970, p. 91.

La Corte EDU iniziò a mutare il proprio approccio prudente a partire dalla metà degli anni Settanta, quando ormai tutti i diciotto membri del Consiglio d'Europa avevano ratificato la Convenzione e tredici di loro avevano accettato la giurisdizione della Corte. Tra questi vi erano Francia e Regno Unito, i due principali Paesi che inizialmente si erano dimostrati molto scettici al riguardo. In questa fase di crescente riconoscimento della giurisdizione della Corte, divenne centrale definire come dovesse interpretarsi la Convenzione: se in termini di diritto internazionale tradizionale, cioè nel rispetto della sovranità dello Stato, ovvero in termini costituzionali, per limitare il potere dello Stato. Il chiarimento decisivo della questione si ebbe con il caso *Golder c. Regno Unito* [226] che, negli orientamenti della Corte EDU, svolge un ruolo simile a quello di *Van Gend en Loos* per la Corte di giustizia.

Golder c. Regno Unito riguardava i diritti di un detenuto, Sidney Elmer Golder, che voleva intentare un'azione contro il direttore del carcere, e richiedeva di potersi rivolgere a un consulente legale. Quando la sua richiesta venne rifiutata, presentò un ricorso alla Commissione EDU. Il Regno Unito sostenne che la Convenzione dovesse essere interpretata in modo restrittivo, essendo un trattato tra Stati sovrani, ma la Commissione e la Corte non condivisero tale posizione. E pertanto la Corte ritenne che il diritto a un processo equo garantisse anche l'accesso al giudice, sebbene l'articolo 6 CEDU non lo affermi espressamente. Secondo l'argomentazione principale della Corte, ogni interpretazione deve tenere conto dell'oggetto e dello scopo della Convenzione in modo da garantire la vittima della violazione [227]. I casi che hanno connotato gli snodi critici delle giurisprudenze della Corte EDU e della Corte di giustizia non potrebbero essere più diversi: il primo riguarda il diritto di un detenuto a un processo equo, il secondo il diritto di una grande azienda a un dazio meno oneroso.

Come *Van Gend en Loos*, anche *Golder* fu una decisione dibattuta all'interno della Corte. Venne adottata con nove voti contro tre e questi ultimi espressero opinioni dissenzienti assai critiche e articolate. Così, il famoso giudice austriaco Verdross, allievo di Kelsen e uno dei padri del costituzionalismo internazionale, riconobbe la specialità della Corte EDU rispetto ai tribunali internazionali, dovendo dirimere conflitti insorti non *tra* gli Stati contraenti, ma *all'interno* di essi e, tuttavia, proprio per tale ragione, contestò la decisione della maggioranza, ritenendo che la Convenzione dovesse essere interpretata *a fortiori* in modo restrittivo [228].

---

[226] Corte EDU, 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70, punti 26-36.

[227] *Ivi*, punti 34-36.

[228] Corte EDU, *Golder c. Regno Unito*, cit., opinione separata del giudice Verdross.

Verdross non convinse i suoi colleghi giudici e la Corte inaugurò il nuovo orientamento, sostenendo che l'interpretazione della Convenzione dovesse condurre a tutelare i diritti in modo da renderli "*concreti ed effettivi*" piuttosto che "*teorici o illusori*" [229]. Inoltre, la Corte concepì la Convenzione come uno strumento vivente (*a living instrument*) da interpretarsi, tenendo conto delle sfide poste dalle società in evoluzione [230]. In questo modo l'interpretazione adottata dalla Corte EDU si emancipò dai criteri tradizionali del diritto internazionale [231]. Ciò è stato decisivo per il radicamento sociale della Convenzione, rendendo i diritti in essa garantiti autonomi, applicabili e dinamici.

Oggi le pronunce della Corte europea dei diritti sono difficilmente distinguibili da quelle delle corti costituzionali [232]. Una delle affermazioni più celebri della Corte EDU, secondo cui la Convenzione è uno "*strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*" [233], restituisce con evidenza l'approccio costituzionale assunto dalla stessa. Non si può ritenere che gli effetti delle pronunce della Corte europea dei diritti si esauriscano nel caso di specie, dato che le sue pronunce costituiscono precedenti giurisprudenziali in tutt'Europa [234].

Considerato che l'affermazione della natura costituzionale della Convenzione suscitò critiche, la Corte europea riconobbe agli Stati membri il cosiddetto "*margine di apprezzamento*". L'ingegnosa dottrina [235] ne ha attenuato le resistenze senza, tuttavia, alterare l'approccio costituzionale e trasformativo della Corte EDU. Del resto, le corti costituzionali utilizzano dottrine simili, come ad esempio la discrezionalità del legislatore [236].

---

[229] Corte EDU, 9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ric. n. 6289/73, punto 24.

[230] Corte EDU, 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72, punto 31.

[231] G. LETSAS, *The ECHR as a Living Instrument: its Meaning and Legitimacy*, in A. FØLLESDAL-B. PETERS-G. ULFSTEIN (a cura di), *Constituting Europe. The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 106.

[232] C. WALTER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 59, 1999, p. 961.

[233] Corte EDU, 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia* (eccezioni preliminari), ric. n. 15318/89, punto 75.

[234] Corte EDU, 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ric. n. 5310/71, punto 154.

[235] J. ASCHE, *Die Margin of Appreciation. Entwurf einer Dogmatik monokausaler richterlicher Zurückhaltung für den europäischen Menschenrechtsschutz*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2018, pp. 13 ss.

[236] C. GREWE, *Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 61, 2001, p. 465.

Il margine di apprezzamento *procedurale* costituisce un notevole sviluppo di questa dottrina [237]. Esso consente alla Corte EDU di verificare se i procedimenti giudiziari e legislativi hanno tenuto conto e garantito i diritti tutelati dalla Convenzione, onde accertarne il radicamento. Il sindacato della Corte si fa meno pervasivo, infatti, allorché accerti che i giudici nazionali hanno preso in considerazione la sua giurisprudenza [238]. Analogo ragionamento è applicato dalla Corte alle procedure parlamentari.

La dottrina del margine di apprezzamento procedurale ha un grande potenziale di rafforzamento dei diritti umani europei: promuove la Convenzione e la giurisprudenza della Corte europea, rispettando la diversità costituzionale [239]. Tuttavia, siffatta dottrina può incontrare obiezioni, allorché venga applicata in riferimento ai procedimenti legislativi. È discutibile, infatti, che la Corte europea possa sindacare dibattiti parlamentari. Peraltro, non pare plausibile che una corte internazionale possa suggerire ai parlamentari quali argomenti usare. Ciò risulta evidente dalle aspre critiche del Regno Unito alle affermazioni della Corte EDU secondo cui il dibattito parlamentare sui diritti umani dei detenuti ha mancato l'obiettivo di tutela dei diritti garantiti agli stessi dalla CEDU [240].

La Corte EDU ha sviluppato il proprio ruolo soprattutto nei confronti di quegli Stati che non dispongono di un organo di giurisdizione costituzionale o di un catalogo moderno di diritti fondamentali. Ci si può chiedere quale ruolo, invece, essa svolga per gli Stati, come la Germania o l'Italia, che dispongono di entrambi: le loro corti costituzionali garantiscono già i diritti individuali e non hanno bisogno del supporto della Corte di Strasburgo. In questi contesti, la Corte europea svolge un ruolo diverso, inserendo i casi nazionali nel discorso europeo sui diritti e così rafforzando la europeizzazione di tali Stati e società. Per merito della giurisprudenza di Strasburgo, la tutela dei diritti fondamentali tedeschi e italiani è inserita in un sistema paneuropeo di diritti umani che ha un linguaggio comune, una dottrina comune basata sui casi e persino i primi tratti di una cultura giuridica comune.

---

[237] J. GERARDS, *Procedural Review by the ECtHR: A Typology*, in J. GERARDS-E. BREMS (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 127.

[238] R. SPANO, *The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law*, in *European Human Rights Law Review*, 18, 2018, pp. 487-488.

[239] T. KLEINLEIN, *The Procedural Approach of the European Court of Human Rights. Between Subsidiarity and Dynamic Evolution*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 68, 2019, p. 91.

[240] A. NUßBERGER, *Procedural Review by the ECHR. View from the Court*, in J. GERARDS-E. BREMS (a cura di), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 163.

Naturalmente, questo risultato esige che la Corte di Strasburgo possa sindacare gli orientamenti delle corti costituzionali [241].

La giurisprudenza trasformativa della Corte EDU ha suscitato resistenze [242]. A partire dal 2010, le Alte Parti contraenti hanno avviato una revisione dell'operato della Corte europea nel cosiddetto processo di Interlaken, accompagnato da un vivace dibattito accademico [243]. L'esito di tale processo, sancito dalla Dichiarazione di Copenaghen dell'aprile 2018, conferma, in linea di principio, il mandato della Corte così come si è sviluppato nel corso di più di una generazione [244]. La Corte continua a godere del sostegno di molti attori importanti [245] e, difatti, la Dichiarazione conferma che ogni Stato Contraente ha il dovere fondamentale di dare esecuzione alle sentenze della Corte [246].

Il processo di Interlaken, che molti consideravano una minaccia per l'autorità della Corte EDU, ne ha in definitiva rafforzato il ruolo di garanzia dello Stato di diritto democratico in Europa [247]. Ha reso evidente che le voci di critica del sistema sono molto più isolate di quanto non sembri. Alla fine, quindi, la politicizzazione della Corte ha favorito la giuridificazione dei diritti umani.

57.2. La leva procedurale

Il ricorso individuale (articolo 34 CEDU) costituisce la leva procedurale del sistema della Convenzione [248], che determina la giuridificazione dei diritti umani nella società europea. L'articolo 34 CEDU garantisce un flusso costante di casi e l'accesso diretto degli individui. Si tratta di una conquista conseguita soltanto a partire dal secondo periodo del diritto pubblico europeo.

---

[241] D. PARIS, *Allies and Counterbalances. Constitutional Courts and the European Court of Human Rights. A Comparative Perspective*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 77, 2017, p. 623.

[242] M. BREUER (a cura di), *Principled Resistance to ECtHR Judgments. A New Paradigm?*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2019.

[243] B. ÇALI, *The Purposes of the European Human Rights System*, cit.; H. KELLER-A. FISCHER-D. KÜHNE, *Debating the Future of the European Court of Human Rights after the Interlaken Conference. Two Innovative Proposals*, in *European Journal of International Law*, 21, 2010, p. 1025.

[244] CONSIGLIO D'EUROPA, *Dichiarazione di Copenaghen*, cit., parr. 26 ss.

[245] CONSIGLIO D'EUROPA, *The Interlaken Process: Measures Taken from 2010 to 2019 to Secure the Effective Implementation of the European Convention on Human Rights*, 2020.

[246] Vedi CONSIGLIO D'EUROPA, *Dichiarazione di Copenaghen*, cit., parr. 19 ss.

[247] *Ivi*, par. 2.

[248] Sui ricorsi interstatali, la cui rilevanza è di recente cresciuta, G. ULFSTEIN-I. RISINI, *Inter-State Applications under the European Convention on Human Rights. Strengths and Challenges*, in *EJIL:Talk!* (24 gennaio 2020).

Fino al 1994, esisteva solo il ricorso individuale alla Commissione europea dei diritti dell'uomo; il Protocollo n. 9 ha poi consentito ai ricorrenti di accedere anche alla Corte. Soltanto con il Protocollo n. 11, in vigore dal 1998, si è abolita del tutto la Commissione e si è introdotto l'accesso diretto [249].

Oggi, il ricorso individuale alla Corte di Strasburgo ha una portata simile a quella del ricorso costituzionale in Germania [250] o in Spagna [251]. Poiché la Convenzione non distingue tra enti pubblici, la Corte esercita il suo controllo sull'amministrazione, sul giudiziario, sul legislatore [252], e persino sul diritto costituzionale [253]. Al contempo, la Corte EDU è molto più debole delle corti costituzionali, dato che non può annullare un atto che vìola la Convenzione [254], sebbene talora indichi come porre rimedio a una violazione [255].

Un ricorso individuale può essere presentato solo dopo la conclusione del procedimento giudiziario nazionale (articolo 35, paragrafo 1, CEDU). Non si tratta di una procedura incidentale come il procedimento di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, che si è dimostrato assai utile nel consentire uno stretto collegamento con i giudici nazionali. Non c'è quindi da stupirsi che molti ne caldeggino l'introduzione nel sistema della Convenzione. In effetti, il Protocollo n. 16 prevede una procedura incidentale dal 2018. Tuttavia, esso consente solo alle corti superiori di sottoporre un quesito interpretativo alla Corte europea dei diritti, i cui pareri hanno efficacia meramente consultiva [256]. L'influenza della Corte europea dei diritti e il suo potere trasformativo sono quindi molto più deboli di quelli della Corte di giustizia [257].

Il ricorso individuale connette comunque la Corte europea ai giudici nazionali. Il requisito del previo esaurimento di tutti i rimedi nazionali spesso (anche se non sempre) significa che una corte costituzionale abbia deciso sul

---

[249] V. SCHLETTE, *Europäischer Menschenrechtsschutz nach der Reform der EMRK*, in *Juristen-Zeitung*, 54, 1999, p. 219.

[250] A. FARAHAT, *The German Federal Constitutional Court*, cit., pp. 313-324.

[251] J.L. REQUEJO PAGÉS, *The Spanish Constitutional Tribunal*, cit., pp. 745-749.

[252] Corte EDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74, punto 58.

[253] Corte EDU, 23 giugno 2016, *Baka c. Ungheria*, ric. n. 20261/12.

[254] J.A. FROWEIN, *Art. 46 EMRK*, in J.A. FROWEIN-W. PEUKERT (a cura di), *Europäische Menschenrechtskonvention*, Engel, Kehl, 2009, p. 602.

[255] Cfr. i parr. 2-18 dell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque (a cui si sono uniti i giudici Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović e Kūros) in Corte EDU, 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo (No. 2)*, ric. n. 19867/12.

[256] Protocollo n. 16 alla CEDU.

[257] Vedi anche K. LEMMENS, *Protocol No. 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, p. 691.

caso prima della Corte EDU. Ciò crea una certa interazione tra la corte costituzionale nazionale e la Corte europea dei diritti [258]. Si sono sviluppate forme di dialogo che consentono la risoluzione di conflitti [259]. In Germania, le condizioni per la custodia cautelare in carcere ne sono un esempio [260]. Naturalmente, questo dialogo funziona solo se tutte le istituzioni coinvolte sono disposte a collaborare (cfr. § 60).

In tal modo, la CEDU e la Corte europea dei diritti sono divenute parte integrante della società europea. Lo dimostrano i 44.500 ricorsi pervenuti alla Corte nel 2019. Per la formazione giuridica è oggi indispensabile lo studio del sistema di Strasburgo. Quando la Corte europea si definisce "*la coscienza dell'Europa*" [261], esprime solennemente un fatto sociale europeo. Essa rappresenta i princìpi della società europea nel resto del mondo, dato che si tratta della corte europea più citata nelle sentenze straniere [262].

58. L'autorità del precedente europeo

La Corte di giustizia e la Corte EDU possono plasmare la società europea solo se alle loro decisioni è riconosciuto il valore di precedente, vale a dire se alla loro giurisprudenza è riconosciuta valenza normativa (cfr. § 50). Sebbene vi siano questioni ancora controverse, ve ne sono altre ormai pacifiche. In particolare, viene generalmente riconosciuto il valore di precedente alle sentenze della Corte di giustizia e della Corte EDU, anche se non in termini equivalenti a quelli della dottrina anglo-americana dello *stare decisis* [263].

---

[258] C. VAN DE HEYNING, *Constitutional Courts as Guardians of Fundamental Rights. The Constitutionalisation of the Convention through Domestic Constitutional Adjudication*, in P. POPELIER-A. MAZMANYAN-W. VANDENBRUWAENE (a cura di), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance* Intersentia, Cambridge, 2012, p. 21.

[259] J. GERARDS, *The European Court of Human Rights and the National Courts*, cit., pp. 75-82.

[260] H. POLLÄHNE, *Europäische Rechtssicherheit gegen Deutsches Sicherheitsrecht? Zur EGMR-Entscheidung in Sachen nachträgliche (Verlängerung der) Sicherungsverwahrung*, in *Kritische Justiz*, 43, 2010, p. 255.

[261] CONSIGLIO D'EUROPA, *The Conscience of Europe: 50 Years of the European Court of Human Rights*, 2010; in senso critico, K. DZEHTSIAROU-V.P. TZEVELEKOS, *The Conscience of Europe that Landed in Strasbourg: A Circle of Life of the European Court of Human Rights*, in *ECHR Law Review*, 1, 2020, p. 1.

[262] A. JAKAB, *The Reasoning of Constitutional Courts in Europe*, cit.

[263] M. JACOB, *Precedents and Case-based Reasoning in the European Court of Justice. Unfinished Business*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 218 ss.; M. PAYANDEH, *Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkung von Präjudizien*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 11 ss.

Entrambe le Corti, ovviamente, possono modificare i propri precedenti.

La produzione normativa delle Corti europee è ormai generalmente riconosciuta, e ciò anche in considerazione del fatto che si tratta di un'attività che connota anche quella delle corti superiori degli Stati membri (cfr. § 50): tutte le corti utilizzano i propri precedenti come argomento spesso decisivo a giustificazione delle nuove decisioni. Per tale ragione, la maggior parte dei giuristi ne tiene conto quando elabora i propri argomenti. Fin dal primo semestre degli studi universitari, ai futuri giuristi viene insegnato a misurarsi con le decisioni dei giudici delle corti superiori e ora anche di quelle europee. In tal modo si contribuisce a sviluppare una cultura giuridica europea e a consolidare il potere delle corti di plasmare la società.

L'autorevolezza specifica della produzione normativa delle corti superiori dipende proprio dal fatto che si tratta di corti al vertice della giurisdizione, vale a dire corti di ultima istanza. Non hanno invece natura impugnatoria i rimedi da esperire dinanzi alle Corti europee: sebbene vi siano strumenti quali il rinvio pregiudiziale *ex* articolo 267 TFUE e il ricorso individuale *ex* articolo 34 CEDU che collegano i giudici nazionali alle Corti europee. Purtuttavia queste ultime non possono annullarne le decisioni. Nonostante ciò, le due Corti, sebbene con significative differenze, hanno elaborato strategie volte a rafforzare gli effetti delle proprie pronunce.

Sotto questo aspetto, la Corte di giustizia ha avuto più successo rispetto alla Corte EDU; si è rivelata decisiva, in particolare, la dottrina *CILFIT*[264]. Ancora una volta, una profonda trasformazione ha avuto luogo in riferimento a una fattispecie di non particolare rilevanza. La sentenza riguardava, infatti, tasse di modico valore da corrispondersi per le ispezioni sanitarie. La Corte formulò tale dottrina con prudenza, affermando che le proprie sentenze fungono da precedente per i giudici nazionali in termini puramente procedurali. La dottrina *CILFIT* determina le condizioni alle quali il giudice nazionale di ultima istanza può sottrarsi dall'obbligo di rinvio alla Corte di giustizia, allorché "*la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte*" e il giudice nazionale intenda conformarsi a tale interpretazione. Non si tratta di un'elaborazione che possa essere considerata *ultra vires.* Il che evidenzia l'obbligo di rinvio da parte del giudice nazionale in tutti gli altri casi. In tal guisa, i giudici nazionali debbono prendere in considerazione i precedenti della Corte di

[264] CGCE, 6 ottobre 1982, *CILFIT c. Ministero della Sanità*, causa 283/81; U. HALTERN, *Europarecht. Dogmatik im Kontext, Bd. 2. Rule of Law – Verbunddogmatik – Grundrechte*, III ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 129 ss. Sulla necessità di adeguare la dottrina, vedi le conclusioni dell'AG Bobek, 15 aprile 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA*.

Lussemburgo, che così contribuiscono a definire il vincolo procedurale. Con questa mossa ingegnosa, risultata vincente in tutta Europa [265], la Corte ha eluso la delicata questione del fondamento giuridico sulla cui base riconoscere valore di precedente alle proprie sentenze. Il Tribunale costituzionale tedesco ha avallato esplicitamente tale dottrina, riconducendo a una violazione della Legge fondamentale il comportamento del giudice tedesco che vi si sottragga [266].

La Corte EDU attribuisce valore di precedente alle proprie pronunce [267]. In linea di principio, una siffatta qualificazione è generalmente accettata [268], in quanto riconosciuta dalle Alte Parti contraenti [269]. Vi sono, tuttavia, resistenze maggiori con riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU rispetto a quella della Corte di giustizia, come dimostrano gli orientamenti del *Bundesverfassungsgericht* e della Corte costituzionale italiana.

Il Tribunale costituzionale tedesco attribuisce alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo una "*funzione concreta di orientamento e guida*" [270]. Tutti i giudici tedeschi, nel proprio procedimento decisionale, debbono quindi tenere "*in debita considerazione*" le sentenze della Corte europea dei diritti. Sebbene la Convenzione abbia solo il rango di legge federale (ai sensi dell'articolo 59, paragrafo 2, della Legge fondamentale), la giurisprudenza della Corte EDU funge da "*ausilio interpretativo*" per quanto riguarda i diritti fondamentali e i princìpi dello Stato di diritto contenuti nella Legge

---

[265] CGUE, *Research Note: Application of the Cilfit case-law by national courts or tribunals whose decisions there is no judicial remedy under national law*, 2019; M. BOBEK, *Europeanization of Public Law*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 640 ss., 649 ss.

[266] BVerfGE 73, 339, *Solange II*, pp. 366-367; N. BRITZ, *Verfassungsrechtliche Effektivierung des Vorabentscheidungsverfahrens*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 19, 2012, p. 1313; comparativamente X. ARZOZ SANTISTEBAN, *La garantía constitucional del deber de reenvío prejudicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020.

[267] Cfr., ad esempio, Corte EDU, *Irlanda c. Regno Unito*, cit., punto 154; 9 giugno 2006, *Opuz c. Turchia*, ric. n. 33401/02, punto 163. Le riflessioni che seguono si basano su A. VON BOGDANDY-L. HERING, *In the Name of the European Club of Liberal Democracies. On the Identity, Mandate and National Buffering of the ECTHR's Case Law*, in H. RUIZ FABRI-A. NUNES CHAIB-I. VENZKE-A. VON BOGDANDY (a cura di), *International Judicial Legitimacy: New Voices and Approaches*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 2710.

[268] M. PAYANDEH, *Die Präjudizienwirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, p. 1.

[269] Vedi CONSIGLIO D'EUROPA, *Dichiarazione di Copenaghen*, cit., par. 26.

[270] BVerfGE 148, 296, *Divieto di sciopero per i dipendenti pubblici*, cit., par. 129, cui si rinvia per ulteriori riferimenti. Fondamentali le riflessioni in H. MOSLER, *Schlußbericht*, in I. MAIER (a cura di), *Europäischer Menschenrechtsschutz. Schranken und Wirkungen*, C.F. Müller, Heidelberg, 1982, pp. 355, 366.

fondamentale. Una violazione della Convenzione può essere fatta valere tramite un ricorso costituzionale [271]. Ciononostante, il Tribunale costituzionale tedesco continua a interpretare i diritti fondamentali in modo piuttosto indipendente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo [272].

La Corte costituzionale italiana, invece, utilizza spesso la CEDU, come interpretata dalla Corte europea dei diritti, quale parametro nel giudizio costituzionale [273]. Con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, le cosiddette sentenze gemelle [274], la Corte costituzionale ha ritenuto di poter sindacare le leggi italiane anche in base alla Convenzione, in virtù dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione italiana, secondo cui i legislatori sono tenuti a rispettare gli obblighi internazionali. Daniel Thym ha coniato uno slogan appropriato: "*Unite i diritti fondamentali!*" [275].

In Italia, la CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, costituisce un parametro (interposto) del controllo di costituzionalità, e l'interpretazione dei diritti fondamentali italiani è strettamente legata ai diritti della Convenzione. Ciò giova tanto alla Corte EDU, quanto alla Corte costituzionale italiana. Deve osservarsi in modo particolare che con le sentenze gemelle, la Corte italiana ha impedito ai giudici comuni di disapplicare le leggi italiane contrastanti con la Convenzione, disapplicazione che taluni giudici avevano invece ritenuto possibile assumendo la CEDU come diritto UE (ai sensi dell'articolo 6 TUE). Tale interpretazione sembrava possibile in virtù dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione italiana [276]. La Corte italiana ribadì, invece, il proprio potere esclusivo di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi anche se contrastanti con la CEDU, invocando proprio l'articolo 117, primo comma, Cost. [277]. In tal modo, essa salvaguardava le proprie prerogative rispetto alla Corte di Cassazione e al Consiglio di Stato.

---

[271] BVerfGE 111, 307, *Görgülü*, cit.

[272] Esemplare è il caso del BVerfGE 148, 296, *Divieto di sciopero per i dipendenti pubblici*, cit., parr. 172 ss.

[273] Sullo sviluppo, R. BIFULCO-D. PARIS, *The Italian Constitutional Court*, cit., pp. 494-495.

[274] Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Sulle cosiddette decisioni gemelle, V. BARSOTTI *et al.*, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, cit., p. 226.

[275] D. THYM, *Vereinigt die Grundrechte!*, in *JuristenZeitung*, 70, 2015, p. 53. Nel dettaglio, T. KLEINLEIN, *Grundrechtsföderalismus*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, pp. 335 ss.

[276] G. MARTINICO, *Judicial Disobedience and the ECtHR. The Italian Case*, in M. BREUER (a cura di), *Principled Resistance to ECtHR Judgments. A New Paradigm?*, Springer, Berlin, 2019, pp. 139 ss.

[277] D. PARIS-K. OELLERS-FRAHM, *Zwei weitere völkerrechts' unfreundliche' Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichthofs aus dem Jahr 2015 (Nr. 49 und 50)*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 43, 2016, p. 246.

Il *Bundesverfassungsgericht* esclude uno sviluppo analogo, attribuendo alla Convenzione rango meramente legislativo.

I conflitti sorgono quando la Corte di giustizia e la Corte EDU rivendicano un'autorità che va oltre quella che i giudici nazionali sono disposti ad accettare. Ancora una volta, il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte costituzionale italiana forniscono esempi significativi. Entrambe le Corti hanno elaborato dottrine atte a limitare gli effetti delle sentenze della Corte di giustizia, applicando le proprie dottrine generali sulle autorità sovranazionali. Il *Bundesverfassungsgericht* applica pertanto le dottrine *Solange*, *ultra vires* e dell'identità, mentre la Corte costituzionale italiana la dottrina dei *controlimiti* [278]. Si tratta solo, nondimeno, di casi eccezionali; resta ferma in via generale la dottrina *CILFIT* sul valore del precedente.

Anche la Corte EDU attribuisce in via generale il valore di precedente a tutte le proprie sentenze [279], e ciò a prescindere dalla formazione giudicante che le ha rese (il comitato di tre giudici, la Camera di sette o la Grande Camera di diciassette giudici) e dalla novità o meno degli orientamenti di cui sono espressione [280].

Molte corti nazionali, tra cui il *Bundesverfassungsgericht* e la Corte costituzionale italiana, non condividono una siffatta affermazione generale. La sentenza del Secondo Senato, sul divieto di sciopero dei dipendenti pubblici, limita il valore di precedente delle pronunce della Corte EDU per i giudici tedeschi. Questi ultimi, dunque, sono tenuti a "*rinvenire nella giurisprudenza [della Corte EDU] affermazioni sui valori fondamentali sanciti dalla Convenzione e confrontarsi con essi*" [281]. Inoltre, la legge tedesca può essere interpretata in conformità alla Convenzione solo "*se i giudici tedeschi hanno un margine di interpretazione e di valutazione secondo i criteri riconosciuti di interpretazione delle leggi*". E anche in questo contesto, i giudici tedeschi non possono mai procedere con "*parallelismi schematici*", ma devono "*integrare*" attentamente la giurisprudenza della Corte EDU nell'ordinamento costituzionale nazionale e nel "*sistema giuridico nazionale vigente, determinato dalla varietà delle dottrine consolidate*". Ciò vale in particolare per l'implementazione delle decisioni della Corte EDU non rese nei confronti della Germania. Il *Bundesverfassungsgericht* limita quindi il valore di precedente della giurisprudenza della Corte EDU, imponendo ai giudici nazionali

---

[278] Cfr. § 34 e, per un esempio recente, BVerfGE 156, 182, *Rumänien II*, par. 40; Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017 (nella c.d. saga Taricco).

[279] CGUE, *Research Note*, cit., pp. 29 ss., 158 ss.

[280] Corte EDU, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.R.L. a.o. c. Italia*, ric. nn. 1828/06, 34163/07, 19029/11, punto 252.

[281] BVerfGE 148, 296, *Divieto di sciopero per i dipendenti pubblici*, cit., par. 132.

di valutarne criticamente il possibile impatto. In altre parole, il Tribunale costituzionale introduce un filtro. Si è ben lontani dal valore di precedente che la Corte di Karlsruhe riconosce non solo alle proprie decisioni, ma anche alle decisioni della Corte di giustizia [282].

La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana prevede anch'essa un filtro. Nel 2015, ha ritenuto di limitare il vincolo gravante sui giudici comuni di interpretazione conforme alla giurisprudenza europea alle sole sentenze pilota e alla giurisprudenza consolidata della Corte EDU [283]. I criteri valorizzati attengono alla formazione giudicante che ha reso la pronuncia (la Grande Camera), alla natura consolidata della giurisprudenza, alla presenza di opinioni dissenzienti, tenuto conto dell'impatto sull'ordinamento italiano.

Queste dottrine hanno suscitato aspre critiche [284] e minano l'autorevolezza della Corte EDU: essendo vaghe, favoriscono l'arbitrarietà e non risultano di facile applicazione per il giudice medio. Al contempo, tuttavia, la previsione di un filtro implica che i giudici nazionali, e in particolare le corti superiori, condividano l'onere di legittimare la giurisprudenza della Corte EDU. Ciò favorisce la complessa attività di giuridicizzazione dei diritti umani. La legittimazione democratica delle pronunce della Corte EDU è debole, specie allorché tocchino questioni controverse nella società.

L'apertura degli ordinamenti giuridici nazionali alla giurisprudenza della Corte EDU pone un gravoso problema di legittimazione della Corte. A differenza della Corte di Lussemburgo che può contare su un legislatore dell'Unione, nel sistema del Consiglio d'Europa, cui afferisce la Corte EDU, non esiste alcun legislatore. In questo contesto, il presunto indebolimento della Corte EDU in ragione del filtro nazionale allevia tale onere di legittimazione. In altre parole, se i giudici nazionali non sono strettamente vincolati ai precedenti di Strasburgo, applicandoli se ne assumono la responsabilità, e così contribuiscono alla legittimazione democratica della giurisprudenza della Corte EDU. Questo mette in luce una caratteristica generale del diritto pubblico europeo: la responsabilità comune ma differenziata di tutti i giudici.

---

[282] M. PAYANDEH, *Judikative Rechtserzeugung*, cit., pp. 373 ss.

[283] Corte cost., sentenza n. 49 del 2015, n. 7 del Cons. in dir.; D. PARIS-K. OELLERS-FRAHM, *Zwei weitere völkerrechts 'unfreundliche' Entscheidungen*, cit., pp. 247 ss.

[284] F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2015, p. 333; H. KELLER-R. WALTHER, *The Bell of Görgülü Can't Be Unrung – Can It?*, in *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 19, 2020, p. 83.

D. Responsabilità condivisa ma differenziata

La natura pluralistica della società europea si riflette nel pluralismo delle sue istituzioni. Il diritto europeo non è soggetto a una corte suprema, come in India o negli Stati Uniti. La responsabilità ultima è condivisa da varie istituzioni, ciascuna integrata in contesti diversi. Ciò si evince già dalle basi giuridiche delle varie istituzioni: il TUE per la CGUE, la CEDU per la Corte EDU e le rispettive costituzioni per le Corti degli Stati membri. Allo stesso modo, i giudici prestano giuramenti diversi. Al contempo, tutti sono al servizio dell'unione dei popoli europei (cfr. § 11). Tutti i giudici, pertanto, hanno una responsabilità comune, ma differenziata nei confronti del diritto europeo. Di seguito si esamineranno tre aspetti di questa responsabilità: il rapporto tra la Corte di giustizia e la Corte EDU (cfr. § 59), il rapporto di queste due Corti con le corti costituzionali (cfr. § 60) e il loro comune ruolo nel contrastare le strutture autoritarie (cfr. § 61).

59. Le due Corti europee: due senati di una corte costituzionale

Molti cittadini europei, e anche taluni giuristi, hanno difficoltà a distinguere tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo e, infatti, le due istituzioni vengono spesso confuse. È opinione comune che l'insofferenza nei confronti della Corte europea dei diritti sia stata una delle cause determinanti della Brexit. Se ci si limitasse a schernire tale confusione, si sottovaluterebbe una profonda verità ad essa sottesa.

La Corte EDU e la Corte di giustizia hanno ruoli diversi: mentre la Corte EDU è volta a giuridificare i rapporti di potere attraverso la giuridicizzazione dei diritti umani, la Corte di giustizia promuove l'unità europea (cfr. § 35). Tuttavia, possiamo dare a queste differenti finalità una connotazione costruttiva, assumendo i due ruoli come complementari per la genesi e la democratizzazione della società europea. La Corte EDU si batte per una società in cui ogni forma di esercizio del potere deve trovare giustificazione, mentre la Corte di giustizia è preposta a definire un'autorità pubblica comune che renda innanzitutto possibile realizzare una società democratica europea. Hanno quindi compiti diversi, ma uno scopo comune.

Si può rendere questa complementarietà con una metafora che rappresenta le due Corti come i due senati di una corte costituzionale della società europea [285]. Tale metafora trae ispirazione dal Tribunale costituzionale tedesco, che

[285] L'idea è nata da una conversazione con Juan Luis Requejo Pagés. È stata elaborata per la

è diviso in due Senati, il primo dei quali si occupa dei diritti fondamentali e il secondo delle questioni istituzionali. Alla luce di siffatta metafora, si confronterà il contributo della Corte EDU e della Corte di giustizia per una società europea. In altre parole, si propone qui una ricostruzione dottrinale che riflette la loro comune responsabilità.

La metafora dei due senati può essere concepita muovendo dal diritto dell'Unione. Tale concezione si ricava dagli articoli 2 e 6, paragrafo 3, TUE e dall'articolo 52, paragrafo 3, CDFUE. Queste disposizioni stabiliscono che la CEDU e la giurisprudenza della Corte EDU sono fondanti per l'Unione europea.

L'articolo 2 TUE basa l'Unione sui diritti umani e non sui diritti fondamentali, cioè non sulla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. I diritti umani sono concepiti come universali e garantiti dal diritto internazionale. I diritti fondamentali, invece, sono garantiti dal diritto costituzionale e sono propri di uno specifico sistema di governo. Poiché l'articolo 2 TUE basa l'Unione sui diritti umani, esso inserisce l'Unione in un quadro normativo più ampio del proprio ordinamento costituzionale. Il ruolo che il Trattato UE assegna alla CEDU, e per estensione alla Corte EDU, garantisce questo orientamento a livello istituzionale. La società europea, organizzata nell'Unione europea, attribuisce un ruolo costituzionale alla Corte EDU. Ciò costituisce un potente strumento per contenere il particolarismo dell'UE, considerato che la giurisprudenza della Corte EDU garantisce diritti umani universali [286]. Il fatto che la Corte EDU abbia una giurisdizione territoriale più ampia rispetto alla Corte di giustizia non è quindi una debolezza del diritto pubblico europeo, ma un'espressione della sua ispirazione universalistica.

La discussione delle possibili obiezioni alla tesi proposta consente di chiarirne la portata. La prima obiezione afferisce proprio alla predetta discrepanza territoriale tra le giurisdizioni delle due Corti. La giurisdizione della Corte di giustizia è limitata ai ventisette Stati membri dell'UE, mentre quella della Corte EDU comprende altri venti Stati contraenti. Tuttavia, l'incertezza che deriva da tale discrepanza è parte integrante della feconda indeterminatezza dei confini della società europea (cfr. § 34). Potrebbe invero apparire problematico che giudici provenienti da Stati autoritari come Azerbaigian, Russia e Turchia contribuiscano all'interpretazione della CEDU. Se la Corte EDU, influenzata da siffatte presenze, dovesse adottare pronunce

prima volta in A. VON BOGDANDY-C. KRENN, *ECJ and ECtHR: Two Senates of Europe's Constitutional Jurisdiction*, cit.

[286] L.A. SICILIANOS, *The European Court of Human Rights Facing the Security Council Towards Systemic Harmonization*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 66, 2017, p. 804.

incompatibili con l'articolo 2 TUE, la complementarietà delle due Corti proposta non sarebbe più sostenibile. Tuttavia, non ci sono segnali di derive del genere.

L'accostamento tra la Corte di giustizia e la Corte EDU non nega le loro differenze. Le due Corti poggiano su basi giuridiche diverse. Sono inserite in organizzazioni diverse: la Corte di giustizia nella ricca Unione europea e la Corte EDU nel Consiglio d'Europa, da sempre sottofinanziato. Non a caso i giudici della Corte di giustizia sono muniti di autisti e auto di lusso, mentre è possibile incontrare i giudici della Corte EDU sui mezzi pubblici. Dal punto di vista procedurale, le due Corti non sono ancora direttamente collegate tra loro.

La ricostruzione qui proposta non implica neppure che le due Corti cooperino sempre [287]. A lungo si sono limitate a coesistere. Con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali nel 2009, il rapporto è diventato non cooperativo, nonostante l'articolo 52 paragrafo 3, CDFUE. La Corte di Lussemburgo ha invece iniziato a sviluppare una propria giurisprudenza sui diritti fondamentali, così ponendo la Corte europea dei diritti a rischio di marginalizzazione [288]. Nel dicembre 2014 la Corte di giustizia ha pure impedito per la seconda volta l'adesione dell'UE alla CEDU, una scelta interpretata da molti come un atto ostile [289]. Il parere reso dalla Corte di giustizia in materia fu sorprendente, considerato che dal 2009 il Trattato, dopo il primo parere negativo della Corte di giustizia, prevede un mandato esplicito per l'adesione alla CEDU (articolo 6, paragrafo 2, TUE) [290]. L'atteggiamento della Corte di giustizia nei confronti della Corte EDU ricorda in qualche modo quello del Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco nei confronti della Corte di giustizia (cfr. § 33).

Non può neppure sostenersi che le due Corti operino secondo la stessa logica. Esistono notevoli differenze tra loro, tenuto conto dei loro diversi

---

[287] Sulle tensioni tra i Senati del Tribunale costituzionale tedesco, ESCHELBACH, *§ 14. Zuständigkeit der Senate und Einberufung des Plenums*, in D. UMBACH-T. CLEMENS-F.-W. DOLLINGER (a cura di), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Müller, Heidelberg, 2005, p. 264.

[288] G. DE BÚRCA, *After the EU Charter of Fundamental Rights. The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 20, 2013, pp. 174-178; J. KROMMENDIJK, *The Use of ECtHR Case Law by the Court of Justice After Lisbon*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 6, 2015, pp. 832-833.

[289] CGUE, *Adesione alla CEDU II*, cit.; vedi, ad esempio, S. PEERS, *The EU's Accession to the ECHR. The Dream Becomes a Nightmare*, in *GLJ*, 16, 2015, pp. 221-222.

[290] Ma vedi D. HALBERSTAM, *"It's the Autonomy, Stupid!" A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward*, in *German Law Journal*, 16, 2015, p. 105; C. KRENN, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns. A Path to ECHR Accession After Opinion 2/13*, in *German Law Journal*, 16, 2015, p. 147.

sviluppi, appartenenze, contesti, procedure e parametri di valutazione. Il principio di sussidiarietà è parte integrante della giurisdizione della Corte EDU, che interviene solo allorquando le autorità nazionali preposte non siano riuscite a fornire una protezione idonea a soddisfare le garanzie della CEDU [291]. Al contrario, la Corte di giustizia persegue l'idea dell'unità giuridica all'interno di una comunità politica, un'idea che non appartiene al Consiglio d'Europa.

La differenza tra le due Corti emerge con evidenza nell'interpretazione contrastante di una disposizione gemella della Convenzione e del diritto dell'Unione, l'articolo 53 della CEDU e l'articolo 53 della CDFUE. Entrambe le disposizioni stabiliscono che la Convenzione e la Carta, rispettivamente, sono compatibili con i diritti fondamentali nazionali che garantiscono un livello di protezione più elevato. Ma, mentre l'articolo 53 CEDU è inteso e applicato dalla Corte EDU come espressione della diversità dei diritti fondamentali [292], la Corte di giustizia ha interpretato in modo più restrittivo la tutela della diversità di cui all'articolo 53 CDFUE. Nell'ambito del diritto dell'Unione, la Corte consente di applicare standard nazionali di tutela più elevati "*a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretato dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione*" [293]. Di conseguenza, gli standard dei diritti fondamentali nell'UE possono divergere solo entro ristretti limiti [294].

Tuttavia, sul piano generale, appare evidente l'intima connessione tra le due Corti, come reso dalla metafora dei due senati. Due istituzioni embrionali di risoluzione delle controversie internazionali, create nella prima *età di soglia*, sono divenute potenti protagoniste, avendo adottato tecniche tipiche delle corti costituzionali. Entrambe danno forma alla società europea e si impegnano per l'Europa (articolo 1 dello Statuto del Consiglio d'Europa e articolo 1 TUE). Entrambe conferiscono una dimensione continentale allo Stato di diritto democratico. Entrambe giudicano in una prospettiva propriamente europea, grazie alla loro composizione e alle loro procedure. Ed

---

[291] Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ric. n. 5493/72, punto 48; R. SPANO, *Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, in *Human Rights Law Review*, 14, 2014, p. 487.

[292] J.A. FROWEIN, *Art. 53 EMRK*, in J.A. FROWEIN-W. PEUKERT (a cura di), *Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar*, Engel, Kehl, 2009, p. 619.

[293] CGUE, 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11, punto 60.

[294] CGUE, 5 dicembre 2017, *M.A.S. e M.B.*, causa C-42/17, punto 47; C. RAUCHEGGER, *National Constitutional Rights and the Primacy of EU Law: M.A.S.*, in *Common Market Law Review*, 55, 2018, p. 1521.

entrambe dipendono l'una dall'altra. Pertanto, la promozione dell'unità europea da parte della Corte di giustizia rafforza l'autorità della giurisprudenza della Corte EDU (cfr. § 25). D'altro canto, poiché la giurisdizione della Corte di giustizia è funzionalmente limitata in materia di diritti fondamentali (articolo 51 CDFUE), il diritto pubblico europeo, sotto questo profilo, è affidato alla Corte EDU.

60. Foreste che crescono e alberi che cadono

La Corte di giustizia e la Corte EDU condividono una responsabilità comune, seppur differenziata, nei confronti del diritto europeo e della società europea. Lo stesso vale per i giudici degli Stati membri, la cui responsabilità sul piano europeo si fonda sul principio di leale cooperazione di cui all'articolo 4, paragrafo 3, TUE, sul mandato ad essi affidato dal diritto europeo (cfr. § 52), nonché sulle "clausole europee" contenute nelle costituzioni degli Stati membri [295]. La responsabilità comune deriva anche dal principio dello Stato di diritto: spesso una sentenza della Corte di Lussemburgo o di Strasburgo richiede un'ulteriore decisione da parte di un giudice nazionale per produrre effetti nella società, dato che la Corte di giustizia e la Corte EDU non possono annullare decisioni nazionali [296]. La responsabilità comune risulta anche dalla responsabilità che il giudice ha verso il proprio ordinamento, in quanto strettamente intrecciato con gli altri ordinamenti.

Sotto questo profilo, sono particolarmente indicative le corti costituzionali, dato che la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU ne ha influenzato il ruolo più di quello di tutti gli altri giudici. Se i poteri e l'importanza della maggior parte dei giudici degli Stati membri sono aumentati in seguito alla loro europeizzazione, quest'ultima ha messo in crisi il monopolio delle corti costituzionali (cfr. § III.B). Gli studiosi di diritto europeo si sono concentrati sull'approfondimento dei conseguenti conflitti [297]. In

---

[295] M. WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011; D. BURCHARDT, *Die Rangfrage im europäischen Normenverbund. Theoretische Grundlagen und dogmatische Grundzüge des Verhältnisses von Unionsrecht und nationalem Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, pp. 199 ss.

[296] Esiste un'eccezione per le banche centrali. CGUE, 10 aprile 2019, *Rimšēvičs*, cause riunite C-202/18 e C-238/18, punti 69 ss.; A. HINAREJOS, *The Court of Justice Annuls a National Measure Directly to Protect ECB Independence: Rimšēvičs*, in *Common Market Law Review*, 56, 2019, p. 1649.

[297] M. CLAES-B. DE WITTE, *The Roles of Constitutional Courts in the European Legal Space*, cit.

teoria, le corti costituzionali hanno due opzioni: resistere [298] o cooperare [299], dato che ormai limitarsi a ignorare non è più possibile.

Molti hanno accettato e persino sostenuto la giurisprudenza trasformativa della Corte di giustizia e della Corte EDU, non da ultimo riconoscendone, in linea di principio, il valore di precedente (cfr. § 58). Per quanto riguarda specificamente la Corte di giustizia, molte corti costituzionali limitano il proprio sindacato e sanzionano le violazioni dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. L'apoteosi di tale collaborazione si ha quando è la stessa corte costituzionale a promuovere il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, attenendosi poi alla decisione di quest'ultima [300].

Allo stesso tempo, alcune corti costituzionali degli Stati membri si sono attribuite il compito di sindacare le giurisprudenze delle due Corti europee, in genere invocando il principio democratico (cfr. § 33). La controversia sulla portata del primato del diritto dell'UE è ben nota. La dottrina della Corte di giustizia presuppone il primato incondizionato del diritto dell'Unione su tutto il diritto costituzionale degli Stati membri (cfr. § 37) [301], mentre varie corti costituzionali, pur riconoscendo il primato in linea di principio, impongono delle clausole che consentono loro di controllare la Corte di giustizia [302].

Questa disputa è talmente determinante per il diritto pubblico europeo da rappresentarne una conoscenza basilare. Per questo motivo, la formazione giuridica delle nuove generazioni si basa sul pluralismo europeo, così come le precedenti generazioni sono state formate sulla base della piramide delle norme di Kelsen. Da tale nuovo insegnamento discende che nella società europea le questioni più rilevanti non debbono essere risolte in modo definitivo, e che la loro natura controversa è compatibile con una società democratica.

A quanto pare, i politici hanno imparato a convivere con questa apertura.

---

[298] Paradigmaticamente, J. KOMÁREK, *Why National Constitutional Courts Should not Embrace EU Fundamental Rights*, in S.A. DE VRIES-U. BERNITZ-S. WEATHERILL (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument. Five Years Old and Growing*, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 75.

[299] D. PARIS, *Constitutional Courts as European Union Courts. The Current and Potential use of EU Law as a Yardstick for Constitutional Review*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24, 2017, p. 792; F. BALAGUER CALLEJÓN *et al.*, *Encuesta sobre el TJUE como actor de constitucionalidad*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 2017, p. 13.

[300] M. CLAES, *Luxembourg, Here We Come? Constitutional Courts and the Preliminary Reference Procedure*, in *German Law Journal*, 16, 2015, p. 1331.

[301] K. LENAERTS-J.A. GUTIÉRREZ FONS-S. ADAM, *Exploring the Autonomy of the European Legal Order*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 81, 2021, p. 47.

[302] Sullo stato della discussione, C. SCHILL-S. KRENN, *Art. 4 EUV*, cit., nn. 14-38.

Da un lato, si sono astenuti dal contenere la giurisprudenza della Corte di giustizia sul primato, nonostante i numerosi emendamenti ai Trattati abbiano offerto loro ampie opportunità al riguardo [303]. Non hanno mai dato seguito alla proposta di autorevoli studiosi di introdurre una corte delle competenze che sostituisca o addirittura sindachi l'attività della Corte di giustizia [304]. Al contrario, essi hanno esplicitamente sostenuto la giurisprudenza sul primato, ad esempio nella Dichiarazione n. 17 del 2009 relativa alle disposizioni del Trattato di Lisbona. Dall'altro, non hanno mai istituito il rimedio dell'appello, che consentirebbe alla Corte di giustizia (o alla Corte EDU) di riformare una sentenza di un giudice nazionale. Né sono state accolte le proposte di prevedere a livello nazionale un obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per le corti costituzionali [305]. Del resto, come insegna Schmitt, in una vera federazione non c'è l'ultima parola [306].

Secondo Grabenwarter, la responsabilità delle corti costituzionali può essere riassunta in tre funzioni: il collegamento, la legittimazione e il controllo [307]. La *funzione di collegamento* implica che le corti costituzionali svolgano un ruolo di connessione tra i giudici nazionali e le Corti europee. Il previo esaurimento dei rimedi interni richiesto per l'accesso alla Corte EDU, in taluni ordinamenti può comportare anche che venga messa in discussione una decisione di una corte costituzionale. Spesso tali corti sono anche le prime a confrontarsi con la nuova giurisprudenza costituzionalmente rilevante della Corte di giustizia e della Corte EDU, introducendola così nel discorso giuridico nazionale. Vi sono dunque molti canali di comunicazione.

Le corti costituzionali hanno anche una *funzione di legittimazione*. Aderendo alle pronunce europee con le proprie decisioni, forniscono ad esse una ulteriore legittimazione, atta a sostenerne la ricezione a livello nazionale (cfr. § 58). La *funzione di controllo* è strettamente legata a quella di legittimazione. Le corti costituzionali, riesaminando le sentenze della Corte di giustizia e della

---

[303] K.J ALTER, *Who Are the "Masters of the Treaty" European Governments and the European Court of Justice*, in K.J. ALTER (a cura di), *The European Court's Political Power*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 128-129.

[304] J.H.H. WEILER *et al.*, *Certain Rectangular Problems of European Integration*, in *Project IV/95/02, European Parliament Directorate General for Research*, 1996, p. 69; B. WEGENER, *Karlsruher Unheil – Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. Mai 2020 (2 BvR 859/15) in Sachen Staatsanleihekäufe der Europäischen Zentralbank*, in *Europarecht*, 55, 2020, pp. 360-361.

[305] J. BERGMANN-U. KARPENSTEIN, *Identitäts- und Ultra vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 4, 2009, p. 529.

[306] C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1928, pp. 370 ss.; trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

[307] C. GRABENWARTER, *Zusammenfassung der Ergebnisse*, cit.

Corte EDU, rivendicano il potere di limitarne gli effetti nell'ordinamento interno. Tale funzione può favorire i *checks and balances* europei, ma può anche facilitare il protezionismo costituzionale. In entrambe le ipotesi, le argomentazioni ruotano per lo più intorno all'identità costituzionale (cfr. § 33).

In tale contesto sono destinati a verificarsi dei conflitti che possono contribuire alla formazione del nucleo costituzionale europeo. È importante, tuttavia, che essi non si inaspriscano. Ogni conflitto deve essere gestito alla luce della responsabilità comune delle corti. Fortunatamente, la loro interazione è assai flessibile [308], riflettendo uno sviluppo positivo. Il modello kelseniano di giustizia costituzionale fornisce soltanto limitate tecniche decisorie, dato che prevede la nullità di un atto dichiarato costituzionalmente illegittimo. Nella cooperazione multilivello europea, invece, vi sono diverse opzioni, ma di rado si giunge alla conseguenza radicale della nullità dell'atto [309].

Le sentenze della Corte EDU sono essenzialmente di natura dichiarativa, il che lascia agli Stati ampia discrezionalità nel porre rimedio alla violazione dichiarata. Alla flessibilità del modello multilivello contribuisce la possibilità di richiedere il rinvio di una sentenza di una Camera alla Grande Camera della Corte EDU. In tal guisa, la Corte europea dei diritti, nella sua formazione più autorevole, è in grado di correggere le pronunce della Camera che si sono rivelate conflittuali [310].

La Corte di giustizia è più autoritativa della Corte EDU. Tuttavia, anch'essa dà prova di flessibilità. Lo dimostra la sua dottrina del primato. Negli anni Sessanta si discuteva se il primato sul diritto nazionale stabilito nel caso *Costa c. ENEL* dovesse essere concepito come un primato di validità, con conseguente nullità dell'atto interno contrastante con quello europeo, ovvero come una forma più moderata di primato, comportante la mera disapplicazione dell'atto nazionale. Prevalse, come è noto, la soluzione più moderata [311]. Anche il dispositivo delle sentenze della Corte di giustizia spesso consente di gestire i conflitti in modo costruttivo. Tale Corte in genere si limita a guidare i giudici nazionali, lasciando loro il compito di bilanciare gli

---

[308] M. CLAES-B. DE WITTE, *The Roles of Constitutional Courts in the European Legal Space*, cit.; J.L. REQUEJO PAGÉS, *The Decline of the Traditional Model of European Constitutional Jurisdiction*, cit.

[309] F. SCHORKOPF, *Staatsrecht der internationalen Beziehungen*, C.H. Beck, München, 2017, pp. 40 ss.

[310] Si consideri, ad esempio, la *Saga di Horncastle*, Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, ric. nn. 26766/05 e 22228/06; *R c. Horncastle e altri* (2009), UKSC 14; Corte EDU, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, ric. nn. 26766/05 e 22228/06.

[311] Vedi, da un lato, E. GRABITZ, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Appel, Hamburg, 1966, p. 113, e, dall'altro, M. ZULEEG, *Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich*, Heymann, Köln, 1969, pp. 140 ss.

interessi in conflitto nel singolo caso [312]. La vicenda *Taricco* dimostra che l'articolo 267 TFUE può fungere da rimedio contro una decisione della Corte di giustizia, consentendo a quest'ultima di correggerla alla luce dei rilievi delle corti costituzionali [313].

Le dottrine pertinenti (*controlimiti*, *ultra vires*, *identità*, etc.) sono altrettanto flessibili. Appare pertanto possibile considerarli come jolly in un gioco di potere [314]. Al contempo, il fatto che essi siano giocati molto raramente riflette la responsabilità comune delle corti. È opinione condivisa che il diritto dell'Unione debba rimanere inapplicato solo come *extrema ratio*. Una corte costituzionale deve giustificare una tale mossa, indicando una grave minaccia ai princìpi costituzionali; inoltre, dovrebbe prima dare alla Corte di giustizia l'opportunità di affrontare e gestire il conflitto [315].

La responsabilità comune viene attuata in modi diversi. Sul piano teorico, possiamo distinguere tra uno stile massimalista che insiste sul diritto all'ultima parola, e uno stile minimalista che è relazionale (cfr. § 51). Il Tribunale costituzionale tedesco utilizza soprattutto il primo, mentre la Corte costituzionale italiana il secondo.

Quando il Tribunale costituzionale tedesco individua un conflitto tra il diritto UE e il diritto costituzionale tedesco, tende a rimarcare alla Corte di giustizia i limiti del primato dell'UE in termini lapidari. La reazione della Corte di Karlsruhe all'interpretazione ampia della portata della Carta nella causa *Åkerberg Fransson* ne rappresenta un emblematico esempio [316]. Due mesi dopo la sentenza della Corte di giustizia, il Tribunale costituzionale dichiara – e lo fa, per di più, in un *obiter dictum* – che tale decisione "*non*

---

[312] T. TRIDIMAS, *Constitutional Review of Member State Action. The Virtues and Vices of an Incomplete Jurisdiction*, in *International Journal of Constitutional Law*, 9, 2011, p. 737; D. SARMIENTO, *Half a Case at a Time. Dealing with Judicial Minimalism at the European Court of Justice*, in M. CLAES *et al.* (a cura di), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 13.

[313] M. BONELLI, *The Taricco Saga and the Consolidation of Judicial Dialogue in the European Union. CGUE, C-105/14 Ivo Taricco e altri, ECLI:EU:C:2015:555; e C-42/17 M.A.S., M.B., ECLI:EU:C:2017:936 Corte costituzionale italiana, ordinanza n. 24/2017*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25, 2018, p. 357; L.S. ROSSI, *M.A.S. e M.B. e la torre di Babele: alla fine le Corti si comprendono … pur parlando lingue diverse*, in C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del Diritto dell'Unione Europea e Controlimiti alla Prova della 'Saga Taricco'*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 153.

[314] Per la critica, vedi le conclusioni dell'AG Cruz Villalón, causa C-62/14, cit., punti 59-60.

[315] Per approfondimenti, A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER, *Constitutional Adjudication in the European Legal Space*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023.

[316] CGUE, *Åkerberg Fransson*, cit.

deve essere letta in modo da considerarla come un atto ultra vires *[…]. La decisione non deve quindi essere intesa e applicata in modo tale che qualsiasi collegamento dell'oggetto di una disposizione a un ambito di competenza meramente astratta del diritto dell'Unione, o effetti meramente incidentali sul diritto dell'Unione, siano sufficienti per vincolare gli Stati membri ai diritti fondamentali dell'Unione sanciti dalla CDFUE*" [317].

Di norma, il Tribunale costituzionale tedesco lascia poco spazio all'interpretazione, come è accaduto nel caso di specie: la Corte di giustizia deve interpretare la sentenza *Åkerberg Fransson* in modo restrittivo, onde evitare gravi conflitti [318]. Analogamente, nella sentenza *Lisbona*, il medesimo Tribunale ha definito in dettaglio un catalogo di materie non trasferibili (cfr. § 33). Altrettanto categoriche sono le sue affermazioni nella *decisione OMT* [319]. Il Tribunale costituzionale tedesco si assume una responsabilità comune, dichiarando apertamente la propria posizione.

Nella saga *Taricco,* la Corte costituzionale italiana adotta un approccio opposto. Il caso riguardava un procedimento penale relativo a frodi fiscali ai danni degli interessi finanziari dell'UE. Poiché la magistratura italiana lavora spesso con lentezza, detti reati cadevano di frequente in prescrizione, recando grave nocumento a tali interessi. La Corte di giustizia decise pertanto che il giudice penale italiano dovesse disapplicare la norma interna sulla prescrizione per non ostacolare l'effettività del diritto dell'Unione [320]. In analoghi giudizi, altri giudici di legittimità e di merito chiesero alla Corte costituzionale italiana se dovessero conformarsi alla sentenza della Corte di giustizia. La Corte italiana, a sua volta, promosse un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, sottolineando che la condanna dell'imputato avrebbe violato il divieto di retroattività in materia penale sancito dalla Costituzione italiana.

L'ordinanza di rinvio n. 24 del 2017 contiene indubbiamente una minaccia. La Corte costituzionale italiana rese esplicito che avrebbe fatto ricorso alla dottrina dei *controlimiti*, la sua arma più potente, se la Corte di giustizia avesse confermato l'orientamento espresso nella sentenza *Taricco*. A differenza del *Bundesverfassungsgericht*, tuttavia, la Corte italiana non predeterminò la

---

[317] BVerfGE 133, 277, *Antiterrordateigesetz*, par. 91.

[318] D. THYM, *Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta. Zu viel Grundrechtsschutz?*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 32, 2013, p. 889; F. FONTANELLI, *Hic Sunt Nationes. The Elusive Limits of the EU Charter and the German Constitutional Watchdog. Court of Justice of the European Union: Judgment of 26 February 2013, Case C-617/10 Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*, in *European Constitutional Law Review*, 9, 2013, pp. 327 ss.

[319] BVerfGE 134, 366, *OMT-Beschluss (decisione OMT)*.

[320] CGUE, 8 settembre 2015, *Taricco*, causa C-105/14, punti 35-44.

decisione che si attendeva dalla Corte di giustizia. Con una scelta minimalista, la Corte italiana ha preferito limitarsi a dichiarare un conflitto tra una sentenza della Corte di giustizia e uno dei princìpi supremi della Costituzione italiana. A differenza del *Bundesverfassungsgericht*, non definì la portata del principio nell'ordinanza di rinvio, lasciando aperto ciò che avrebbe considerato accettabile in ultima analisi. In questo modo, non si è sottratta a un conflitto che avrebbe inciso in modo significativo sulla propria autorevolezza costituzionale, lasciando impregiudicate al contempo diverse opzioni.

Sia l'approccio tedesco che quello italiano consentono di affrontare i conflitti in modo costruttivo [321]. La Corte di giustizia adegua i propri criteri di giudizio tenendo conto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale italiana [322]. Lo stesso vale per la dottrina *Åkerberg-Fransson*, che tiene conto delle critiche del Tribunale costituzionale tedesco [323]. Tuttavia, lo stile relazionale italiano sembra adattarsi meglio alla responsabilità comune delle corti, perché appare più aperto al dialogo.

La responsabilità comune dei giudici comporta costi considerevoli per la certezza del diritto e per la durata dei procedimenti giudiziari [324]. E purtuttavia essi costituiscono un prezzo accettabile da pagare. Non si dovrebbe trascurare il guadagno di civiltà insito nel modo in cui la società europea pluralista gestisce, regola e spesso risolve i suoi conflitti per via giudiziaria. Questa conquista di civiltà dimostra che la maggior parte dei giudici ha una concezione condivisa delle proprie funzioni, è consapevole della propria responsabilità comune e si basa su princìpi comuni [325].

Davide Paris riassume tale risultato attraverso la metafora della foresta che cresce silenziosamente e in cui, di tanto in tanto, un albero si schianta fragorosamente al suolo [326]. Da sessant'anni a questa parte, la foresta della

---

[321] A. VON BOGDANDY-D. PARIS, *Power is Perfected in Weakness*, cit.

[322] CGUE, *M.A.S.*, cit.

[323] CGUE, *Melloni*, cit.; 27 marzo 2014, *Torralbo Marcos*, causa C-265/13; 10 luglio 2014, *Julian Hernández*, causa C-198/13.

[324] D. BURCHARDT, *Kehrtwende in der Grundrechts- und Vorrangrechtsprechung des EuGH? Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 5.12.2017 in der Rechtssache M.A.S. und M.B. (C-42/17, "Taricco II")*, in *Europarecht*, 53, 2018, p. 248; A. ALBI, *An Essay on How the Discourse on Sovereignty and on the Cooperativeness of National Courts Has Diverted Attention From the Erosion of Classical Constitutional Rights in the EU*, in M. CLAES *et al.* (a cura di), *Constitutional Conversations in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2012, p. 41.

[325] Cfr. M. CARTABIA, *Courts' Relation*, in *International Journal of Constitutional Law*, 18, 2020, p. 3.

[326] D. PARIS, *A Falling Tree Makes More Noise Than a Growing Forest. On the Constitutional Courts' Underestimated Contribution to the Domestic Enforcement of the European Convention on Human Rights*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 77, 2017, p. 581.

cooperazione giudiziaria europea cresce in virtù di una responsabilità comune. Ciò ha permesso alla società europea di elaborare le proprie differenze e, per tale ragione, i conflitti attirano molta attenzione. Desterebbe preoccupazione una schiera di giudici con l'ascia in mano [327].

Sebbene il consolidamento della cultura della responsabilità comune contribuisca a prevenire l'esacerbazione dei conflitti [328], desta comunque preoccupazione se un albero cade con uno schianto. La Corte EDU, in particolare, ha dovuto lottare con casi di mancata conformazione alle proprie sentenze [329], ma anche la Corte di giustizia si è trovata di fronte a situazioni analoghe come in occasione della sentenza PSPP del Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco [330]. In quel caso, le corti coinvolte non furono più in grado di comporre il conflitto, costringendo la politica a intervenire. Il *Bundestag*, con una risoluzione contro la quale ha votato solo il gruppo parlamentare dell'*Alternative für Deutschland*, a differenza del Secondo Senato, dichiarò di non dubitare della legittimità dell'azione europea [331]. Risolse così il conflitto, riconoscendo la responsabilità europea della Germania.

---

[327] F.C. MAYER, *Auf dem Weg zum Richterfaustrecht? Zum PSPP-Urteil des BVerfG*, in *Verfassungsblog (*7 maggio 2020).

[328] A. DYÈVRE, *Domestic Judicial Defiance in the European Union. A Systemic Threat to the Authority of EU Law?*, in *Yearbook of European Law*, 35, 2016, p. 106; M. GOLDMANN, *Constitutional Pluralism as Mutually Assured Discretion. The Court of Justice, the German Federal Constitutional Court, and the ECB*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23, 2016, p. 119.

[329] Ma cfr. Corte EDU, 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, ric. n. 74025/01; A. VON STAADEN, *Strategies of Compliance with the European Court of Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2018; D. PANKE, *The European Court of Human Rights Under Scrutiny: Explaining Variation in Non-compliance*, in *Comparative European Politics*, 18, 2020, p. 151; P. POPELIER-S. LAMBRECHT-K. LEMMENS, *Criticism of the European Court of Human Rights*, Intersentia, Cambridge, 2017.

[330] S. CASSESE, *Il guinzaglio tedesco*, in *Il Foglio* (19 maggio 2020), https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2020/05/Cassese_190520_il-Foglio.pdf; J. IMAD-N. GOETZMANN, *L'Allemagne cherche à germaniser le droit européen*, in *Le Figaro* (6 maggio 2020), https://www.lefigaro.fr/vox/economie/nicolas-goetzmann-l-allemagne-cherche-a-germaniser-le-droit-europeen-20200506; N. O'LEARY, *How a German Court Fired a Shot that Could Unravel the EU*, in *The Irish Times* (13 maggio 2020), https://www. irishtimes.com/news/world/europe/how-a-german-court-fired-a-shot-that-could-unravel-the-eu-1.4252763; C. REIERMANN, *Dieses Urteil ist ein Attentat*, in *Der Spiegel* (8 febbraio 2020); H. WEFING, *Die Rechthaber*, in *Die Zeit* (6 maggio 2020).

[331] Servizi online del *Bundestag* tedesco, *Bundestag: EZB hat Karlsruher Vorgaben zu Anleihekäufen erfüllt* (2020), https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw27-de-anleihekaeufe-703660.

61. Serrare i ranghi per far fronte a una minaccia comune

Le tendenze autoritarie in alcuni Stati membri costituiscono un banco di prova per la responsabilità comune delle corti. Quanto più le istituzioni individuano e reagiscono a tali tendenze, tanto più promettente e legittima diventa la lotta contro le stesse. In questo caso, la responsabilità comune implica che le corti formino un unico fronte.

La possibilità di ritenere che un determinato sviluppo istituzionale vìoli un principio fondamentale, costituendo una carenza sistemica, richiede in genere una *valutazione complessiva* di una serie di misure puntuali (*wertende Gesamteinschätzung*) (cfr. § 46) [332]. Un siffatto modo di procedere discende dalla difficoltà di qualificare in termini giuridici le strutture autoritarie. Se i procedimenti giudiziari in genere hanno ad oggetto una singola azione concreta, perché possa rilevarsi la carenza sistemica, insita nelle derive autoritarie, è tuttavia spesso necessario prendere in considerazione una serie di azioni nel loro *complesso*: singole leggi o misure possono, infatti, apparire del tutto innocue [333]. Emblematica in tal senso è la riforma del sistema giudiziario polacco (cfr. § 45). Affinché possa ritenersi esistente un "*evidente rischio di violazione grave*" di uno dei valori menzionati nell'articolo 2 TUE, occorre valutare nel loro complesso tutte le misure riguardanti il sistema giudiziario. Tale valutazione complessiva tiene conto delle condizioni politiche e sociali del Paese, comprese le azioni nei confronti dell'opposizione parlamentare, dei media, del mondo accademico e delle organizzazioni non governative. L'ampia discrezionalità connessa a una siffatta valutazione, afferente a varie misure, eventi e dichiarazioni, è suscettibile di essere criticata in quanto politica, di parte e perciò illegale e illegittima.

A fronte di tali sfide, una valutazione complessiva acquisisce maggiore legittimità se è condivisa da una pluralità di istituzioni indipendenti e autorevoli. In altre parole, se più istituzioni convergono nel riconoscere l'esistenza di una carenza sistemica, più solida è la legittimazione del suo riconoscimento. Per questo motivo la Corte di giustizia, la Corte EDU, la Commissione UE e la Commissione di Venezia nelle loro decisioni fanno riferimento l'una all'altra [334], così come alle valutazioni di organismi inter-

---

[332] Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia (COM(2017) 835), parr. 109 e 173.

[333] CGUE, 19 novembre 2019, *A.K. (Indipendenza della sezione disciplinare della Corte suprema)*, cause riunite da C-585/18 a C-625/18, punto 142.

[334] Ma vedi la *Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia*,

nazionali e di influenti organizzazioni della società civile [335].

In questo Capitolo, assume particolare interesse la cooperazione tra la Corte di giustizia e la Corte EDU nell'esercizio delle loro responsabilità. Dati i pregressi non facili rapporti tra le due istituzioni (cfr. § 59), non era affatto certo che esse si sarebbero sostenute vicendevolmente. Tuttavia, le sentenze più recenti rivelano la loro propensione a serrare i ranghi. Nella sentenza *Commissione contro Ungheria*, la Corte di giustizia definisce la portata del diritto fondamentale alla libertà di riunione garantito dal diritto UE sulla base della corrispondente giurisprudenza della Corte EDU. A sua volta, in *Guðmundur Andri Ástráðsson*, la Corte EDU definisce la portata del diritto a un processo equo garantito dalla CEDU, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia resa sulla riforma giudiziaria polacca [336].

La logica di questa convergenza valutativa si applica anche ai giudici degli Stati membri che si confrontano con strutture autoritarie di un altro Stato membro. Ciò influisce sulla scelta dello standard che un giudice nazionale dovrebbe applicare: i princìpi costituzionali nazionali, gli standard internazionali o i princìpi dell'articolo 2 TUE. Quest'ultimo ha il grande vantaggio di permettere al giudice dello Stato membro di promuovere un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, così rafforzando la convergenza valutativa. Il coinvolgimento della Corte di giustizia contribuisce altresì a ridurre il rischio di esacerbazione di conflitti bilaterali. Il suo intervento concorre a difendere la democrazia liberale e, al contempo, i suoi princìpi. Infine, lo Stato di diritto esige un processo equo, il che impone che lo Stato membro incolpato sia coinvolto. Ma mentre detto Stato è sicuro di poter partecipare al giudizio dinanzi alla Corte di giustizia, un giudice nazionale difficilmente può garantire tale partecipazione a un altro Stato.

Siffatta modalità operativa richiede che le corti costituzionali interpretino e applichino i princìpi dell'articolo 2 TUE (cfr. § 29). In questo senso,

---

cit., parr. 18, 32, 95, 116 ss.; cfr. altresì CGUE, 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU; *LM*, causa C-216/18 PPU, conclusioni dell'AG Tanchev. Per approfondimenti, R. BUSTOS GISBERT, *La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 2021, p. 161.

[335] Proposta di decisione del Consiglio sulla constatazione dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave dello Stato di diritto da parte della Repubblica di Polonia, cit., parr. 33, 63, 76, 80, 82.

[336] CGUE, 18 giugno 2020, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, causa C-78/18, punto 112; Corte EDU, 1° dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, ric. n. 26374/18; A. NUßBERGER, *La prise en compte de la Charte des droits fondamentaux de l'Union par la Cour européenne des droits de l'homme*, in A. ILIOPOULOU-PENOT-L. XENOU (a cura di), *La charte des droits fondamentaux, source de renouveau constitutionnel européen?*, Bruylant, Bruxelles, 2020, p. 69.

l'europeizzazione dei loro compiti ha incontrato a lungo resistenza, soprattutto all'interno del *Bundesverfassungsgericht*. Il fatto che il Primo Senato abbia intrapreso questa strada a partire dal 2019 rappresenta un traguardo storico [337]. Da allora, pertanto, il controllo del Tribunale costituzionale tedesco si basa esclusivamente sui diritti fondamentali dell'Unione ogniqualvolta la materia sia soggetta alla piena armonizzazione del diritto dell'Unione. In tutti gli altri casi, il Tribunale costituzionale considererà parallelamente il diritto costituzionale dell'Unione e quello tedesco, e potrà interpretare i diritti fondamentali tedeschi alla luce della Carta dei diritti fondamentali UE [338]. Questo sistema appare coerente con la responsabilità comune delle corti nell'affrontare le carenze sistemiche.

La decisione del Primo Senato di mutare orientamento proprio in costanza della crisi dello Stato di diritto polacco è stata accolta con favore [339]. Il Senato ha abbandonato il concetto di sfere separate dei diritti fondamentali e si è riconosciuto come una corte europea che contribuisce allo sviluppo del diritto costituzionale europeo. Sottolineando il primato del diritto dell'Unione, il Primo Senato rafforza la posizione dei giudici polacchi che difendono il nucleo costituzionale europeo (cfr. §§ 45, 79), e sostiene il ruolo specifico della Corte di giustizia in questo conflitto [340]. In tal modo si ha un esempio di come le corti possano esercitare la loro responsabilità comune ma differenziata nel diritto pubblico europeo.

---

[337] BVerfGE 152, 152, *Diritto all'oblio I*, cit., e BVerfGE 152, 216, *Diritto all'oblio II*, cit. Sul ruolo delle altre corti nell'attuazione dei diritti fondamentali, vedi i contributi in M. BOBEK-J. ADAMS-PRASSL (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Hart Publishing, Oxford, 2020.

[338] Cfr., BVerfGE 152, 216, *Diritto all'oblio II*, cit., parr. 53 ss., 67.

[339] M. WENDEL, *Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte*, cit.; U. KARPENSTEIN-M. KOTTMANN, *Vom Gegen- zum Mitspieler. Das BVerfG und die Unionsgrundrechte*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 31, 2020, p. 185; J. KÜHLING, *Das "Recht auf Vergessenwerden" vor dem BVerfG. November(r)evolution für die Grundrechtsarchitektur im Mehrebenensystem*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 73, 2020, p. 275; R. HOFMANN-A. HEGER-T. GHARIBYAN, *Die Wandlung des Grundrechtsschutzes durch das Bundesverfassungsgericht. Recht auf Vergessen I und II als "Solange III"?*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 102, 2019, p. 277; M. AVBELJ, *The Federal Constitutional Court Rules for a Bright Future of Constitutional Pluralism*, in *German Law Journal*, 21, 2020, p. 27.

[340] M. GOLDMANN, *As Darkness Deepens. The Right to be Forgotten in the Context of Authoritarian Constitutionalism*, in *German Law Journal*, 21, 2020, p. 45.

E. Corti e democrazia

62. Il mandato per la trasformazione strutturale

Le corti sono divenute protagoniste della mediazione sociale. Mentre hanno sempre avuto questo ruolo nelle controversie individuali, oggi contribuiscono anche a plasmare gli assetti delle forze sociali in competizione. Ci si deve quindi domandare se questo processo di produzione normativa per via giudiziaria comprometta la democrazia o, per quanto qui rileva, il carattere democratico della società europea. In uno dei più noti studi europei sulla giustizia costituzionale, Lambert metteva in guardia dai rischi connessi all'attribuzione di un siffatto potere, evocando un *gouvernement des juges* [341]. Da allora, poche altre questioni di diritto pubblico sono state oggetto di un analogo fervore scientifico e di un simile sforzo teorico [342]. Ancora una volta, soccorrono le pregnanti osservazioni di Schmitt. A suo avviso, una produzione normativa di origine giudiziaria offusca la distinzione fondamentale tra diritto e politica e moralizza le controversie sociali, soprattutto in materia di diritti costituzionali [343]. Ancora una volta la tesi schmittiana non pare condivisibile.

Per confutarne la bontà, occorre anzitutto contestualizzare la critica. Già negli anni Ottanta questo dibattito era divenuto puramente accademico, dato che l'introduzione di una giurisdizione costituzionale indipendente, imparziale e socialmente rilevante costituiva una componente ormai generalmente riconosciuta della democrazia (cfr. § 48). Le voci critiche non

---

[341] É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, cit. Su questa influenza, P.E. QUINT, *The Influence of the United States Supreme Court on Judicial Review in Europe*, in A. VON BOGDANDY-C. GRABENWARTER-P.M. HUBER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law, Vol. III, Constitutional Adjudication: Institutions*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 852 ss.

[342] Sul dibattito, G. CANIVET, *Les limites de la mission du juge constitutionnel*, in *Cités*, 69, 2017, p. 41; P.L. MURILLO DE LA CUEVA, *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 40, 2017, p. 351; L.R. BARROSO, *Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The Roles of Constitutional Courts in Democracies*, in *American Journal of Comparative Law*, 67, 2019, p. 109; P. CRUZ VILLALÓN, *The Evolution of Constitutional Adjudication in Europe*, cit.; C. GREWE, *Constitutional Jurisdiction in Ex-Yugoslavia in the Perspective of the European Legal Space*, cit.; M. DE VISSER, *Constitutional Courts Securing Their Legitimacy: An Institutional-Procedural Analysis*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges*, Oxford University Press, Oxford, 2023; A. FARAHAT, *Constitutional Jurisdiction and the Separation of Powers*, cit.; C. LANDFRIED, *Constitutional Review in the European Legal Space*, cit.

[343] C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, cit.; C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, in E. FORSTHOFF (a cura di), *Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, pp. 37 ss.; trad. it. *La tirannia dei valori*, Adelphi, Milano, 2008.

furono in grado di ostacolarne l'affermazione. Nell'ultimo decennio la situazione è però mutata, in particolare in Ungheria e in Polonia. La *democrazia illiberale* di Orbán, forse la prima idea di politica costituzionale dell'Europa centrale e orientale a suscitare l'attenzione di tutta Europa [344], enfatizza invece l'immediatezza democratica, mettendo in discussione l'attuale diritto pubblico europeo, che si fonda sulle mediazioni. La *democrazia illiberale* rappresenta una sfida europea e non sorprende che venga dall'Est: "*le periferie sono le zone più 'calde' di produzione di nuovi significati rispetto al conservatorismo del centro*" [345].

Béla Pokol – già ricercatore della Fondazione Humboldt sotto la guida di Niklas Luhmann [346], professore di teoria giuridica e sociologia del diritto all'Università di Szeged, presidente della commissione parlamentare per le questioni costituzionali e di giustizia (dal 1998 al 2002) e giudice della Corte costituzionale ungherese dal 2011 – ha approfondito tale problematica nei suoi studi [347]. Una delle sue principali teorie è quella dello "*Stato duale*". A differenza della celebre opera di Ernst Fraenkel sul nazionalsocialismo, Pokol non affronta la duplice struttura di uno Stato che terrorizza i propri oppositori interni, mentre rispetta lo Stato di diritto nei confronti dei cittadini compiacenti [348]. Pokol si riferisce alla dualità della legislazione parlamentare della maggioranza democratica che si piega alla giurisprudenza antidemocratica e ideologica dei giudici.

Nonostante il deciso anticomunismo di Pokol, vi sono notevoli parallelismi tra il suo punto di vista e la concezione della giustizia costituzionale della dottrina socialista, che la concepisce alla stregua di uno strumento antidemocratico di dominio di classe [349]. Anche per Pokol i giudici fanno parte di

---

[344] Vedi *supra* § 26. Il termine, in un'accezione fin dal principio peggiorativa, è stato coniato da F. ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, 76, 1997, p. 22.

[345] A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, Suhrkamp, Berlin, 2015, p. 162.

[346] B. POKOL, *Theoretische Soziologie und Rechtstheorie. Kritik und Korrigierung der Theorie von Niklas Luhmann*, Schenk, Passau, 2013.

[347] B. POKOL, *Double State and the Doubling of the Legal System: Constitutional Law and the Duplication of the Branches of Law*, Ludovika University Press, Budapest, 2020; B. POKOL, *The Gradual Duplication of the Legal System Through Constitutional Adjudication*, in *SSRN Electronic Journal*, 2019: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3482521. Vedi anche C.E. PARAU, *Transnational Networking and Elite Self-Empowerment: The Making of the Judiciary in Contemporary Europe and Beyond*, Oxford University Press, Oxford, 2018. A questo proposito, C. GEARTY, *The Courts in Europe Today: Subverting or Saving Democracy?*, in *European Constitutional Law Review*, 16, 2020, p. 770.

[348] E. FRAENKEL, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, Oxford University Press, New York, 1941; E. FRAENKEL, *Der Doppelstaat. Recht und Justiz im 'Dritten Reich'*, Europäische Verlagsanstalt, Hamburg, 1974.

[349] P. TULEJA, *The Polish Constitutional Tribunal*, cit., p. 621.

una classe sociale, e ciò nonostante definisca quest'ultima più in termini ideologici che economici. Egli considera i giudici costituzionali come membri di una élite internazionale che vuole imporre quelle che, in ultima analisi, non sono altro che dottrine liberal-progressiste, così trasformando la società secondo la propria visione del mondo.

L'enfasi di Pokol è nuova. Per Lambert, la giustizia costituzionale perpetuava le concezioni della vecchia élite nazionale [350]. Come Hermann Heller [351], Lambert la combatteva in quanto ostacolo per lo sviluppo della legislazione sociale democratica [352]. Allo stesso modo, Hirschl dichiarò che la costituzionalizzazione fondata sulle corti è una strategia conservatrice di coloro che temono per la propria egemonia sociale [353]. Pokol, al contrario, percepisce la giustizia costituzionale non come una forza conservatrice ma trasformatrice: sostiene che trasforma la società secondo gli standard liberal-progressisti di una élite globale. E non è il solo a pensarlo: anche David Kosař, che certamente non condivide la visione del mondo di Pokol, considera una corte costituzionale con tendenze liberali una imposizione, il che spiega il successo di Viktor Orbán e Jarosław Kaczyński [354].

Discutere della legittimità democratica della giurisdizione costituzionale presuppone un concetto di democrazia [355]. Appare evidente che una società democratica richieda più di una maggioranza liberamente eletta, dovendo soddisfare molti altri requisiti. L'articolo 2 TUE precisa che la società europea è caratterizzata "*dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*", nonché dai valori "*del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze*".

In una società democratica ogni esercizio di potere deve trovare giustificazione sulla base di tali requisiti. E una siffatta giustificazione, per essere efficace, deve essere sindacabile [356], richiedendo in ultima istanza un controllo

---

[350] É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, cit., pp. 220 ss.

[351] H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1930, p. 9; trad. it, *Stato di diritto o dittatura?*, Editoriale scientifica, Napoli, 1998.

[352] É. LAMBERT, *loc. ult cit*.

[353] R. HIRSCHL, *Comparative Matters*, cit., p. 264.

[354] D. KOSAŘ-J. BAROŠ-P. DUFEK, *The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe. Technocratic Governance and Populism*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, p. 427. A questo proposito, cfr. *supra*, § 26.

[355] A. FARAHAT, *Transnationale Solidaritätskonflikte. Eine vergleichende Analyse verfassungsgerichtlicher Konfliktbearbeitung in der Eurokrise*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, par. 3.

[356] J. MADISON, *Federalist No. 10*, in *The Federalist Papers*, 1787, p. 51; R. FORST, *The Right*

da parte di un organo indipendente e imparziale, ossia di un organo giudiziario [357]. Considerato che i parametri di tale revisione non sono univocamente determinati, la funzione democratica del giudicare comprende sviluppi interpretativi sollecitati dalle sfide contemporanee. Una siffatta logica spiega la legittimazione di fondo della giurisdizione costituzionale.

A sostegno di tale impostazione può essere invocata la nota dottrina di Böckenförde sulla catena di legittimazione. La dottrina muove da un approccio critico, considerato che Böckenförde, come già Schmitt, riteneva che la Repubblica federale rischiasse di divenire uno Stato giurisdizionale (*Jurisdiktionsstaat*), in particolare a causa del potere acquisito dal Tribunale costituzionale [358]. Böckenförde si sofferma sulla legittimazione democratica delle corti [359], distinguendola in legittimazione *istituzionale* (in base alla natura di istituzione della corte), legittimazione *sostanziale* (in base alla fonte che interpreta e applica) e legittimazione *personale* (in base al giudice che in ultima istanza è chiamato a giudicare il caso di specie).

Se si considera la giurisdizione costituzionale nella società europea alla luce di tali distinzioni, si può concludere che essa gode di una solida legittimazione democratica. Per quanto riguarda la legittimazione *istituzionale* e *sostanziale*, va sottolineato che i Trattati europei e le Costituzioni degli Stati membri, comprese quelle degli Stati dell'Europa centrale e orientale, sono stati approvati o riformati da parlamenti liberamente eletti o da referendum popolari. Anche il Consiglio d'Europa e l'Unione europea sono stati talora coinvolti. E tuttavia, tale coinvolgimento non può assimilarsi a una imposizione straniera non democratica, come quella che accompagnò il processo costituzionale in Bosnia-Erzegovina o in Iraq (cfr. § 26). Dubbi sulla democraticità possono semmai sollevarsi con riguardo alla Legge fondamentale ungherese che la maggioranza di Orbán approvò nel 2011 senza l'effettivo coinvolgimento dell'opposizione [360].

---

to Justification. Elements of a Constructivist Theory of Justice, Columbia University Press, New York, 2011.

[357] H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, cit., p. 55.

[358] E.W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 29, 1990, p. 29. Vedi anche B. RÜTHERS, *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat. Verfassung und Methoden. Ein Essay*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, pp. 29 ss., 79 ss., la cui critica è ancora più veemente.

[359] E.W. BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, Duncker & Humblot, Berlin, 1974; per il contesto, vedi E.W. BÖCKENFÖRDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in J. ISENSEE-P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II,* C.F. Müller, Heidelberg, 2004, p. 429.

[360] Al riguardo, A. JAKAB-P. SONNEVEND, *Kontinuität mit Mängeln: Das neue ungarische Grundgesetz*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 72, 2012, p. 79 (spera ancora nella continuità, anche se invano).

La legittimità democratica richiede la possibilità di un cambiamento democratico. Negli Stati Uniti, il cui dibattito sulla *counter-majoritarian difficulty* ha un'influenza enorme sulla riflessione scientifica, la Costituzione non può praticamente essere cambiata. La situazione è diversa nella società europea. La maggior parte delle Costituzioni degli Stati membri può essere modificata più facilmente [361]. I Trattati dell'Unione o la CEDU possono essere modificati solo all'unanimità (articolo 48 TUE, articolo 39 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), ma è prevista la facoltà di recesso (articolo 50 TUE, articolo 58 CEDU). Negli Stati Uniti, invece, nessuno Stato può recedere, così sottraendosi alla Corte Suprema.

Resta da esaminare la questione della legittimazione *personale*. I parlamenti in genere svolgono un ruolo nella selezione dei giudici costituzionali, anche se con diverse modalità. Inoltre, i giudici costituzionali in Europa hanno mandati molto più brevi rispetto agli Stati Uniti [362], il che favorisce la legittimazione democratica [363]. Il fatto che le procedure di nomina possano essere certamente migliorate (cfr. § 63), che si possa abusare di esse e che gli esiti non sempre trovino consensi unanimi, non contraddice la catena di legittimazione democratica.

Ciò detto, la dimostrazione dell'esistenza di una catena di legittimazione non risolve la questione democratica, considerato che essa deve produrre una *sufficiente* legittimazione democratica [364], tanto più quando le corti producono diritto, plasmando la società. Autorevoli studiosi dubitano che i giudici del *Bundesverfassungsgericht* abbiano una legittimità democratica sufficiente a tal fine [365]. La questione risulta ancora più complessa con riguardo alla Corte EDU e alla Corte di giustizia, dato che le loro catene di legittimazione sono più lunghe e contorte [366].

A ben vedere, né gli autori dei Trattati né i legislatori costituzionali

---

[361] S. RAGONE, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bonomia University Press, Bologna, 2011, pp. 29 ss., 125 ss.

[362] C. GRABENWARTER, *Judicial Appointments in Comparative Perspective*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-C. GRABENWARTER (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law Volume IV: Constitutional Adjudication: Common Themes and Challenges,* Oxford University Press, Oxford, 2023; LANDFRIED, *Constitutional Review in the European Legal Space*, cit.

[363] V. FERRERES COMELLA, *Constitutional Courts and Democratic Values*, cit., p. 96.

[364] E.W BÖCKENFÖRDE, *Verfassungsfragen der Richterwahl*, cit., pp. 75-76, 141.

[365] A. VOßKUHLE-G. SYDOW, *Die demokratische Legitimation des Richters*, in *JuristenZeitung*, 57, 2002, pp. 676-679.

[366] A. ZAMARIA, *Democratic Legitimacy and Non-Majoritarian Institutions: Reflections on the Functional and Democratic Legitimacy of International Adjudicative Bodies and Independent Regulatory Agencies*, in H. RUIZ FABRI *et al.* (a cura di), *International Judicial Legitimacy: New Voices and Approaches*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 24 ss.

nazionali hanno conferito espressamente alle corti il potere che ora esercitano. Le sentenze principali che evidenziano in modo emblematico il ruolo da esse svolto vanno oltre ogni previsione (cfr. §§ III.A, 55-56). Eppure, anche queste pronunce, talora descritte come rivoluzionarie [367], possono essere considerate democraticamente legittime se lette nel contesto delle democrazie complesse.

Oggigiorno, la complessità sociale è ampiamente riconosciuta [368]. Può ritenersi pertanto superata la dottrina secondo cui soltanto la decisione della maggioranza parlamentare dovrebbe plasmare la società democratica [369]. Quest'ultima ha quindi affiancato al parlamento istituzioni potenti, dotandole di ampi mandati. Ciò vale tanto per le corti superiori quanto per le banche centrali.

Il mandato delle corti è ampio, ma non senza vincoli; il potere giurisdizionale è tutt'altro che illimitato. Tra tali vincoli possono annoverarsi: quello dell'adozione della pronuncia con voto a maggioranza da parte di un collegio pluralista; l'aspettativa che la motivazione del provvedimento rispetti gli standard di ragionamento giuridico; la necessità di salvaguardare e accrescere la propria autorevolezza e legittimità; e, infine, il controllo da parte di altre corti (cfr. § 60). Inoltre, i parlamenti continuano a svolgere un ruolo importante, potendo emendare la costituzione o i Trattati, sebbene siano di interventi di non facile realizzazione. Altri interventi sono meno vincolati: i legislatori possono scegliere giudici con visioni differenti o adottare interventi legislativi volti a cambiare un determinato orientamento giurisprudenziale. Si aggiunga che perché una singola sentenza possa determinare un orientamento occorre tempo; molti soggetti, tra cui accademici, giudici di altre corti e, non da ultimo, altri giudici della medesima corte debbono farvi riferimento [370]. Del resto, non a tutte le pronunce deve essere attribuito valore normativo. Infatti, la valutazione della giustificazione di un provvedimento giurisdizionale, cioè la sua critica, è essenziale per il radicamento democratico dei giudici.

---

[367] J.H.H. WEILER, *A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors*, in *Comparative Political Studies*, 26, 1994, p. 510; M. RASMUSSEN, *Revolutionizing European Law*, cit.

[368] P. ROSANVALLON, *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Seuil, Paris, 2020, pp. 37 ss.

[369] P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008, pp. 116 ss., 222 ss. Cfr. con A. VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, cit., pp. 41 ss.

[370] N. YANG, *Die Leitentscheidung. Zur Grundlegung eines Begriffs und seiner Erforschung im Unionsrecht anhand des EuGH-Urteils Kadi*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2018, pp. 37 ss.; A. TORRES PÉREZ, *In Nobody's Name. A Checks and Balances Approach to International Judicial Independence*, in H. RUIZ FABRI *et al.* (a cura di), *International Judicial Legitimacy: New Voices and Approaches*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 45.

A ragione, Béla Pokol sostiene che la giustizia costituzionale può venir meno al suo mandato democratico. Ne costituiscono esempio, tuttavia, non le corti che decidono contro la maggioranza governativa, bensì quelle asservite al proprio governo. Un esempio emblematico è costituito dalla sezione costituzionale della Corte Suprema venezuelana, che si è trasformata in un'arma nelle mani dei presidenti Chavez e Maduro [371]. Anche le Corti costituzionali polacca e ungherese ben restituiscono siffatta deriva [372].

Gli esempi venezuelano, polacco e ungherese forniscono un'altra visione della giustizia costituzionale, evidenziando come una corte costituzionale spesso non rappresenti un grosso ostacolo per un governo determinato a eludere il suo controllo [373]. Se il ruolo principale delle corti costituzionali consistesse davvero nel contrastare le tendenze autoritarie, esse perderebbero gran parte della loro legittimità e apparirebbero piuttosto deboli [374]. A conclusioni opposte si giunge se invece si considera come ruolo principale delle corti costituzionali, e della giustizia costituzionale in generale, quello di sviluppare una società complessa caratterizzata "*dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini*", nonché dal rispetto "*della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze*". Una produzione normativa giudiziaria che metta al centro questi princìpi non compromette il carattere democratico della società europea. Ma, al contrario, vi contribuisce.

---

[371] A.R. BREWER CARÍAS, *La consolidación de la tiranía judicial. El juez constitucional controlado por el poder ejecutivo asumiendo el poder absoluto*, Editorial Juridica Venezolana, Caracas-New York, 2017; J.M. CASAL HERNÁNDEZ, *The Constitutional Chamber and the Erosion of Democracy in Venezuela*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 80, 2020, p. 913.

[372] W. SADURSKI, *Polish Constitutional Tribunal Under PiS: From an Activist Court, to a Paralysed Tribunal, to a Governmental Enabler*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 11, 2018, p. 63; B. BAKÓ, *Hungary's Latest Experiences with Article 2 TEU: The Need for "Informed" EU Sanctions*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2021, pp. 48 ss.

[373] G. FRANKENBERG, *Autoritarismus. Verfassungstheoretische Perspektiven*, Suhrkamp, Berlin, 2020, pp. 165-169.

[374] Ma la Corte costituzionale colombiana è diversa. Vedi S. ISSACHAROFF-S. GARCÍA-JARAMILLO-V.F. BENÍTEZ-ROJAS, *Judicial Review of Presidential Re-Election Amendments in Colombia*, in R. GROTE-F. LACHENMANN-R. WOLFRUM (a cura di), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

63. Procedure democratiche di selezione

Lo sviluppo democratico della società europea deve caratterizzare anche la selezione dei giudici della Corte EDU e della Corte di giustizia [375]. La loro selezione non è una questione esclusivamente tecnica [376], ma ha una sua sostanza politica e, per questo, una rilevanza democratica. Un'attenta analisi al riguardo rivela carenze e suggerisce la necessità di una trasformazione.

I Trattati disciplinano la selezione dei giudici solo in parte. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea richiede indipendenza e competenza professionale (articolo 251, primo comma, e articolo 254, secondo comma, TFUE), mentre la CEDU richiede "*alta considerazione morale*" e competenza giuridica (articolo 21, paragrafo 1, CEDU). Tale vaghezza consente di avere diverse concezioni della funzione del giudice. Alcuni considerano l'attività giudiziaria principalmente cognitiva, mentre altri la ritengono normativa e creativa. Alcuni potrebbero suggerire moderazione e minimalismo, altri impegno e massimalismo. Alcuni concepiscono l'Unione come una federazione, altri come uno strumento di cooperazione intergovernativa. Queste diverse concezioni sottendono diverse concezioni della funzione del giudice. Lo stesso vale per le convinzioni politiche e le visioni normative che inevitabilmente informano il lavoro dei giudici [377].

Prendere in considerazione tali elementi nelle procedure di selezione è legittimo e frequente. Inoltre, l'attribuzione di incarichi giudiziari influenti, prestigiosi e ben retribuiti costituisce spesso un importante strumento politico, che accresce la necessità di un controllo democratico. Di tal che, oggigiorno, la maggior parte dei parlamenti svolge un ruolo nella selezione dei giudici delle corti superiori. Una siffatta politicizzazione non implica una equiparazione dei giudici ai politici [378]. Né la politicizzazione della selezione

---

[375] Vedi i contributi in M. BOBEK (a cura di), *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015; V. EPPING, *Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften*, in *Der Staat*, 36, 1997, p. 349.

[376] Vedi J.M. SAUVÉ, *Selecting the European Union's Judges: The Practice of the Article 255 Panel*, in M. BOBEK (a cura di), *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 78.

[377] G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *The Judge Confronts Himself as Judge – Presentation*, in R. BADINTER-S. BREYER (a cura di), *Judges in Contemporary Democracy. An International Conversation*, New York University Press, New York, 2004, p. 281.

[378] C. MÖLLERS, *Legality, Legitimacy, and Legitimation of the Federal Constitutional Court*, in M. JESTAEDT *et al.* (a cura di), *The German Federal Constitutional Court: The Court Without Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 146 ss.

giudiziaria in quanto tale mette in discussione la loro imparzialità e indipendenza. È indubbio che l'indipendenza e l'imparzialità siano elementi essenziali del mandato democratico delle corti. Tuttavia, il coinvolgimento del parlamento non è una minaccia più di quanto non lo sia la discrezionalità del governo o la logica interna dell'autogoverno giudiziario.

Ricostruire la selezione dei giudici alla luce del principio democratico non implica una sua completa politicizzazione. Non è auspicabile, infatti, che il popolo elegga i giudici, come avviene in alcuni Stati degli USA o in Bolivia [379]. Rilevano in particolare due questioni: in primo luogo, che le istituzioni rappresentative legittimino la disciplina della procedura di selezione giudiziaria; e, in secondo luogo, che i criteri così elaborati siano applicati in modo trasparente (articolo 11, paragrafi 2 e 3, TUE).

Con riguardo alla prima questione si deve muovere dalla pertinente disciplina normativa: la vaghezza delle formulazioni contenute nei trattati ha determinato sorprendenti differenze nelle implementazioni adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa. A Strasburgo, la procedura di selezione è guidata dall'Assemblea consultiva (ora parlamentare) del Consiglio d'Europa, un organo composto da rappresentanti dei parlamenti nazionali (articoli 22 e seguenti dello Statuto del Consiglio d'Europa). Tale Assemblea ha stabilito criteri idonei nell'ambito di un procedimento pubblico. A Bruxelles, invece, la procedura viene condotta in modo più riservato. Il cosiddetto *Comité 255*, il Comitato per l'articolo 255 TFUE, ha fissato i criteri di selezione nelle relazioni sulle proprie attività [380].

La selezione dei giudici della Corte EDU rappresenta una delle competenze più rilevanti dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Ai sensi dell'articolo 22 CEDU, essa seleziona uno dei tre candidati contenuti nella rosa proposta dagli Stati contraenti. La Convenzione richiede che la procedura di selezione nazionale sia democratica, trasparente e non discriminatoria [381]. Poiché le componenti nazionali e transnazionali della selezione

---

[379] Sugli Stati Uniti, R. WHEELER, *Judicial Independence in the United States of America*, in A. SEIBERT-FOHR (a cura di), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Berlin-Heidelberg, 2012, pp. 528 ss. Sull'elezione diretta dei giudici in base alla riforma costituzionale boliviana entrata in vigore nel 2009, A. DRISCOLL-M.J. NELSON, *The 2011 Judicial Elections in Bolivia*, in *Electoral Studies*, 31, 2012, p. 628.

[380] Cfr. *Sixth Activity Report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union* (2019), https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-01/qcar19002enn_002_-_public.pdf.

[381] CONSIGLIO D'EUROPA (Assemblea parlamentare), risoluzione 1646/2009, par. 2. Vedi già CONSIGLIO D'EUROPA (Assemblea parlamentare), raccomandazione 1649/2004. Ciò può includere avvisi pubblici di posti vacanti e audizioni dei parlamenti nazionali. Il Comitato dei Ministri sostiene queste richieste. Cfr. *Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of*

sono strettamente interconnesse, l'interazione delle istituzioni nazionali e transnazionali determina il successo e la legittimità del procedimento [382].

Dalla metà degli anni Novanta, l'Assemblea parlamentare ha definito in modo più puntuale la procedura di selezione, stabilendo i requisiti in una serie di atti giuridici, raccomandazioni, risoluzioni e rapporti [383]. La Corte deve essere composta da persone competenti e aperte al dialogo, che riconoscano la dimensione socio-politica del proprio compito e che dimostrino umanità e impegno nell'esercizio di funzioni pubbliche. Anche il multilinguismo rappresenta un requisito assai rilevante [384]. La necessità di garantire la parità di genere comporta che almeno il 40% dei giudici sia del genere meno rappresentato.

Si potrebbe anche dissentire sui singoli criteri adottati, ma non v'è dubbio che la procedura sia connotata in senso democratico, come dimostra l'introduzione del requisito della parità di genere [385]. Dopo accese discussioni, infatti, l'Assemblea ha stabilito che le liste dei candidati nazionali (*ex* articolo 22 CEDU) debbono sempre includere candidate di genere femminile [386]. A tal fine, l'Assemblea ha raggiunto un accordo con il Comitato dei Ministri. L'accordo ha tenuto conto del parere della stessa Corte EDU sulla questione, rispondendo altresì alle preoccupazioni dei governi nazionali. Tale procedura presenta elementi cooperativi e deliberativi a vari livelli, il che è apprezzabile sotto il profilo democratico.

Nell'Unione europea, l'elaborazione dei criteri per la selezione dei giudici della Corte di giustizia ha seguito un diverso percorso. Il *Comité 255*, istituito dal Trattato di Lisbona, è protagonista della procedura [387]. Il compito principale del Comitato è preparare la decisione dei governi degli Stati

---

candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights (CONSIGLIO D'EUROPA (Comitato dei Ministri), CM(2012) 40 final) (29 marzo 2012).

[382] CONSIGLIO D'EUROPA, risoluzione 1646/2009, cit., par. 1.

[383] CONSIGLIO D'EUROPA (Assemblea Parlamentare), *Report of the Assembly Committee on Legal Affairs and Human Rights on the Procedure for electing judges to the European Court of Human Rights of 7 December 2012* (AS/Jur/Inf (2012) 02 rev4).

[384] CONSIGLIO D'EUROPA (Assemblea parlamentare), *Report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights on the Candidates for the European Court of Human Rights of 7 October 2003* (Doc. 9963), par. 56.

[385] S. HENNETTE-VAUCHEZ, *More Women – But Which Women? The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 26, 2015, p. 195; F. BAETENS (a cura di), *Identity and Diversity on the International Bench*, Oxford University Press, Oxford, 2021.

[386] CONSIGLIO D'EUROPA (Assemblea parlamentare), risoluzione 1366/2004, modificata dalla risoluzione 1426/2005, dalla risoluzione 1627/2008 e dalla risoluzione 1841/2011.

[387] Decisione 2010/124/UE del Consiglio del 25 febbraio 2010 relativa alle norme di funzionamento del comitato previsto all'articolo 255 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

membri, fornendo un parere sull'adeguatezza dei singoli candidati, sulla base dei criteri di valutazione indicati nelle relazioni sulle sue attività. La nomina dei suoi componenti ha luogo per cooptazione su iniziativa del Presidente della CGUE [388].

L'istituzione del Comitato rappresenta un importante sviluppo nella valutazione delle qualifiche professionali dei candidati. Tuttavia, sotto il profilo democratico, appare evidente che gli esperti sono in grado di svolgere soltanto un ruolo limitato [389], soprattutto nella definizione delle procedure e dei criteri di selezione. Lo ha riconosciuto lo stesso Comitato, sottolineando, ad esempio, come le sue valutazioni non possano prendere in considerazione la composizione complessiva della Corte [390]. Le questioni di rappresentatività sociale o di equa rappresentanza di genere sfuggono, pertanto, alla sua competenza.

Potrebbe essere opportuno il coinvolgimento del Parlamento europeo, il quale, sin dal Rapporto Spinelli [391], ha ripetutamente rivendicato un ruolo attivo nella selezione dei giudici della Corte di giustizia [392]. La sua partecipazione risponderebbe alla logica dell'articolo 10 TUE, migliorando la qualità democratica e la percezione pubblica della procedura. Il coinvolgimento del Parlamento europeo non richiede neppure una modifica del Trattato: su parere del *Comitè 255*, il Parlamento potrebbe stabilire i criteri generali per la selezione dei giudici mediante risoluzioni o raccomandazioni [393].

La seconda questione attiene alla nomina dei singoli giudici [394]. Sia nell'Unione europea che nel Consiglio d'Europa, la selezione inizia con la proposta di candidati idonei da parte dei governi degli Stati membri. Queste

---

[388] Cfr. H. DE WAELE, *Not Quite the Bed that Procrustes Built. Dissecting the System for Selecting Judges at the Court of Justice of the European Union*, in M. BOBEK (a cura di), *Selecting Europe's Judges: A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 24.

[389] A. VOßKUHLE-G. SYDOW, *Die demokratische Legitimation des Richters*, cit., p. 677.

[390] CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Second Activity Report of the Panel Provided for by Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union* (26 dicembre 2012), http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/13/st05/st05091.en13.pdf, punto 7.

[391] Risoluzione del Parlamento europeo sul progetto di Trattato di Unione europea (GU 1984 C 77/33), articolo 30, paragrafo 2.

[392] G.G. CLARIANA, *Le rôle du Parlement européen dans le développement de la Cour de justice*, in N. COLNERIC *et al.* (a cura di), *Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berliner Wissenschafts, Berlin, 2003, pp. 25 ss.

[393] Articolo 120 del Regolamento del Parlamento europeo.

[394] In senso critico, cfr. H. DE WAELE, *Not Quite the Bed that Procrustes Built*, cit.; D. KOSAŘ, *Selecting Strasbourg Judges. A Critique*, in M. BOBEK (a cura di), *Selecting Europe's Judges. A Critical Review of the Appointment Procedures to the European Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 120.

proposte non vengono più approvate automaticamente. Entrambi i sistemi di selezione, infatti, prevedono l'istituzione di comitati di esperti volti a garantire la conformità ai requisiti previsti. L'equivalente del *Comité 255* dell'UE, nel Consiglio d'Europa è rappresentato da un comitato di sette esperti che prende informalmente il nome dal suo primo presidente, Luzius Wildhaber. Il suo compito è quello di supportare ogni Alta Parte contraente nella valutazione di idoneità dei suoi candidati, prima che lo Stato invii la rosa dei tre candidati all'Assemblea parlamentare [395]. Questa modalità di coinvolgimento degli esperti appare apprezzabile. L'esperienza personale e professionale dei sette esperti contribuisce a raccogliere, analizzare ed elaborare le informazioni, ad esempio, al fine di valutare le qualifiche professionali, l'indipendenza e l'imparzialità dei candidati [396]. È quindi discutibile che la maggior parte degli Stati contraenti ignori la valutazione del Comitato, proponendo candidati che il panel ha respinto [397], ed è deplorevole che l'Assemblea parlamentare si adegui a una siffatta prassi.

Nell'Unione europea, sono i governi degli Stati membri (e non una istituzione dell'UE) a nominare i membri della Corte di giustizia ai sensi degli articoli 253 e 254 TFUE. Ciò sembra anacronistico per due motivi: in primo luogo, la procedura di nomina dei giudici nell'UE non è soggetta ad alcun controllo giurisdizionale, il che appare singolare, considerato il ruolo del controllo giurisdizionale nell'ordinamento UE. In secondo luogo, la decisione di non coinvolgere il Parlamento europeo si scontra con la logica dell'articolo 10 TUE. Del resto, il Parlamento svolge almeno un ruolo consultivo nelle procedure di selezione di altre istituzioni indipendenti dell'Unione (articoli 283, paragrafo 2, e 286, paragrafo 2, TFUE).

Se applichiamo la dimensione classificatoria del concetto di democrazia, la Corte di giustizia e la Corte EDU possono considerarsi dunque istituzioni democratiche. Tuttavia, la dimensione comparativa disvela carenze e potenziali miglioramenti (cfr. § 44). Lo stesso vale per i procedimenti giurisdizionali e per le motivazioni dei relativi provvedimenti [398].

---

[395] Cfr. *Resolution on the establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights* (CONSIGLIO D'EUROPA (Comitato dei Ministri), risoluzione CM/Res(2010)26).

[396] COMITATO DIRETTIVO PER I DIRITTI DELL'UOMO, *Draft CDDH report on the review of the functioning of the Advisory Panel of experts on candidates for election as judge to the European Court of Human Rights* (GT-GDR-E(2013)R2 Addendum II) (19 settembre 2013).

[397] COMITATO DIRETTIVO PER I DIRITTI DELL'UOMO, *Selection and Election of Judges of the European Court of Human Rights*, 2018, pp. 34-43.

[398] In argomento, cfr. A. VON BOGDANDY-I. VENZKE, *In Whose Name?*, cit., pp. 171 ss. Cfr. anche A. FARAHAT, *Transnationale Solidaritätskonflikte*, cit., par. 3 B.

64. In nome di chi?

Come ogni incarico, anche quello giudiziario richiede di essere conferito da qualcuno, il che induce a chiedersi chi sia preposto a conferire tale incarico alle Corti europee. Per molti giudici nazionali, alla domanda si risponde che essi giudicano *in nome del popolo* o *della Repubblica* [399]. Ciò non vale invece per la Corte di giustizia e per la Corte EDU [400]. Detta differenza si evince chiaramente anche dalla formula del giuramento. Secondo l'articolo 11 della legge tedesca sul Tribunale costituzionale federale, il giudice di nuova nomina deve giurare con la seguente formula: "*in qualità di giudice imparziale, osserverò sempre fedelmente la Legge fondamentale della Repubblica federale di Germania*". In Austria, secondo l'articolo 29, paragrafo 1, della legge sul servizio dei giudici e dei pubblici ministeri, i giudici devono giurare di servire la Repubblica con tutte le loro forze. Ma secondo l'articolo 4 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, la formula del giuramento richiede al giudice di impegnarsi a "*esercitare le […] funzioni in piena imparzialità e secondo coscienza e di nulla divulgare del segreto delle deliberazioni*". Il giuramento dei giudici della Corte EDU, previsto dall'articolo 3 del Regolamento della Corte, è altrettanto scarno, riflettendo l'incertezza delle forme della loro responsabilità.

Con quale formula si potrebbe aprire una decisione della Corte di giustizia o della Corte EDU per trasmettere l'idea della loro legittimazione democratica? La ricostruzione che segue condurrà all'elaborazione di due proposte atte a chiarire il mandato delle due Corti, il loro rapporto e, più in generale, la nozione di società europea.

Quanto alla Corte EDU, viene da domandarsi con quale formula, analoga a "*in nome del popolo*", potrebbe darsi evidenza della sua legittimazione democratica [401]. Si potrebbe anzitutto immaginare un riferimento alla Convenzione. In tal caso, una decisione della Corte europea dei diritti inizierebbe

---

[399] Cfr. l'articolo 25, quarto comma, della Legge tedesca sul Tribunale costituzionale; l'articolo 454 della Legge di procedura civile francese; l'articolo 101, primo comma, della Costituzione italiana; l'articolo 202, primo comma, della Costituzione portoghese; l'articolo 82, secondo comma, della Legge costituzionale federale austriaca; l'articolo 49, decimo comma, del Codice di procedura amministrativa ceco. Per approfondimenti sulla formula, vedi P.C. MÜLLER-GRAFF, *Zur Geschichte der Formel Im Namen des Volkes*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 88, 1975, p. 442; M. STOLLEIS, *Im Namen des Gesetzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, pp. 7 ss.

[400] Sulla saggezza di questo silenzio, F. CLAUSEN, *In the name of the European Union, the Member States and/or the European Citizens?*, in H. RUIZ FABRI *et al.* (a cura di), *International Judicial Legitimacy: New Voices and Approaches*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 249.

[401] Vedi A. VON BOGDANDY-L. HERING, *In the Name of the European Club of Liberal Democracies*, cit.

con l'espressione "*in nome della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*", alla stessa stregua di una decisione nazionale che recasse come formula di apertura "*in nome della legge*" [402]. Ma in questo modo non si riconoscerebbe che la legge non costituisce *ex se* la fonte di legittimazione democratica della decisione, bensì la decisione parlamentare di adottarla.

Molte corti internazionali fondano la propria legittimazione sul consenso degli Stati che sono parti del giudizio. Di conseguenza, essi decidono "*in nome degli Stati parti del giudizio*". Ma questo si addice alla Corte internazionale di giustizia (CIG), non alla Corte di Strasburgo, le cui controversie riguardano uno Stato e un individuo (spesso dello stesso Stato), non due Stati in conflitto tra loro.

La legittimazione democratica della Corte di Strasburgo deriva dalla ratifica della Convenzione da parte di *tutti* gli Stati contraenti. Pertanto, essa decide "*in nome di tutti gli Stati contraenti*". Il termine olistico *tutti* chiarisce che una sentenza della Corte EDU non si limita a decidere il singolo caso, ma investe anche un problema comune a tutti gli Stati contraenti. Il preambolo della CEDU si riferisce a un "*regime politico effettivamente democratico*" in tutta Europa; la Convenzione va ben oltre il tradizionale bilateralismo del diritto internazionale, dato che le pronunce della Corte EDU perseguono un interesse comune agli Stati della Convenzione.

La formula "*in nome di tutti gli Stati contraenti*", tuttavia, può essere perfezionata. La Corte EDU supera non solo il tradizionale bilateralismo, ma anche il tradizionale relativismo assiologico del diritto internazionale. Gli Stati contraenti devono conformarsi ai princìpi dello *Stato di diritto e della democrazia* [403]. Sebbene non tutti gli Stati al momento della ratifica della CEDU soddisfacessero tutti i requisiti, essi sono stati comunque ammessi a condizione che si sviluppassero in conformità con la Convenzione [404].

I requisiti della CEDU, in materia di Stato di diritto e democrazia, assumono contorni più chiari nella loro triplice contrapposizione ai sistemi totalitari delle potenze dell'Asse, del comunismo sovietico [405] e dei regimi

---

[402] Per un suggerimento simile con riguardo alle decisioni della CGUE, cfr. L. VAN MIDDELAAR, *The Passage to Europe. How a Continent Became a Union*, Yale University Press, New Heaven-London, 2014, p. 27: "*In nome del Trattato europeo*".

[403] Cfr. il preambolo e l'articolo 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa; J. ZAND, *The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights*, in *University of Baltimore Journal of International Law*, 2017, p. 195.

[404] CONSIGLIO D'EUROPA (Assemblea parlamentare), *Application by Russia for membership of the Council of Europe, Opinion 192*, 1996, n. 7.

[405] M.R. MADSEN, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, cit.

autoritari come quello dei colonnelli greci [406]. Oltre all'effettività della tutela dei diritti fondamentali, la Convenzione richiede il pluralismo politico e un sistema idoneo a garantire la separazione dei poteri [407]. La Convenzione cerca non solo di "*difendere il popolo […] dalla dittatura*", ma anche di rafforzare – condizione oggi vitale – "*la resistenza in tutti i Paesi […] contro tentativi insidiosi di minare lo stile di vita democratico*" [408].

La Convenzione non riguarda solo l'apparato statale e l'autorità pubblica. È un trattato che può definirsi pionieristico, poiché supera il diritto internazionale tradizionale sotto un terzo aspetto. Essa conferisce diritti agli individui, permettendo loro di diventare soggetti di diritto a livello transnazionale mediante il ricorso individuale. La Convenzione rafforza inoltre gli individui come soggetti politici. La protezione dei diritti democratici rappresenta, infatti, uno degli assi portanti della giurisprudenza della Corte, comprendendo pronunce sulla libertà politica di associazione ai sensi dell'articolo 11 CEDU [409], sulla libertà politica di espressione ai sensi dell'articolo 10 CEDU [410], nonché sul diritto a libere elezioni ai sensi dell'articolo 3 del Primo protocollo addizionale [411].

L'importanza del risultato raggiunto con il riconoscimento della soggettività giuridica dell'individuo a livello internazionale dovrebbe risultare dalla formula prescelta. Infatti, i giudici nazionali non decidono "*in nome dello Stato*", ma proprio "*del popolo*" o "*della Repubblica*". Ciò può esprimersi più sinteticamente con la formula "*in nome delle democrazie europee*". Sussumere gli *Stati* in *democrazie* esplicita l'inclusione dei cittadini. La forma plurale "*democrazie*" indica che la Corte EDU non giudica in nome di una idea astratta di ordine politico, così sottolineando che la legittimità democratica della Corte deriva dai popoli democraticamente organizzati degli Stati contraenti.

Infine, la formula dovrebbe esprimere che la legittimità democratica della Corte rappresenta una conquista comune delle democrazie europee, il che conduce al concetto di *comunità* [412]. Le democrazie europee si sono

---

[406] H.A. RICHTER, *Griechenland 1950-1974. Zwischen Demokratie und Diktatur*, Rutzen (Harrassowitz), Mainz-Wiesbaden, 2013, pp. 323 ss.

[407] Corte EDU, 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ric. n. 7819/77, punto 78.

[408] CONSIGLIO D'EUROPA, *Collected Edition of the 'Travaux préparatoires'*, vol. 5, 1979, p. 332; CONSIGLIO D'EUROPA, *Collected Edition of the 'Travaux préparatoires'*, vol. 1, 1979, p. 30.

[409] Corte EDU, 9 luglio 2013, *Vona c. Ungheria*, ric. n. 35943/10, punto 58.

[410] Corte EDU, *Handyside c. Regno Unito*, cit., punto 49.

[411] Corte EDU, 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, ric. n. 24833/94, punto 42.

[412] R. BELLAMY, *The Democratic Legitimacy of International Human Rights Conventions: Political Constitutionalism and the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 25, 2015, pp. 1031 ss.

riunite sotto lo Statuto del Consiglio d'Europa e della CEDU per perseguire obiettivi che non possono raggiungere da sole. Il principale obiettivo consiste nella realizzazione di un sistema regionale di tutela dei diritti umani che garantisca il costituzionalismo democratico su cui si fondano [413]. A tal fine, le Alte Parti contraenti hanno creato istituzioni comuni dotate di autorità pubblica, soprattutto la Corte EDU, i cui giudici sono selezionati congiuntamente mediante procedura parlamentare. Pertanto, la Corte decide "*in nome della comunità europea delle democrazie*".

Le osservazioni riguardanti la Corte EDU si estendono alla Corte di giustizia. L'Unione europea, ancor più del Consiglio d'Europa, è una *comunità di democrazie europee.* I requisiti dell'articolo 48 TUE riprendono i criteri dell'articolo 4 dello Statuto del Consiglio d'Europa, ma sono più stringenti. Del resto, la struttura interna dell'Unione differisce notevolmente da quella del Consiglio d'Europa. Come esige il grande potere da essa esercitato, l'Unione ha una propria cittadinanza, elezioni dirette e una vita democratica. Gli articoli da 9 a 12 TUE stabiliscono "*Disposizioni relative ai principi democratici*" (Titolo II TUE) che si applicano a tutte le istituzioni dell'Unione europea (ai sensi dell'articolo 13 TUE), compresa la Corte di giustizia.

Dato che non può parlarsi di un popolo europeo (cfr. § 12), la Corte di giustizia non può decidere "*in nome del popolo*" ma, al più, "*in nome dei suoi popoli*" (cfr. § 42). E, tuttavia, ciò finirebbe con lo svilire una fondamentale innovazione del diritto dell'Unione: la cittadinanza europea (cfr. § 12).

Proprio con la disciplina sulla cittadinanza si apre, infatti, il Titolo II del TUE dedicato ai princìpi democratici. Alla luce di ciò, si potrebbe immaginare di descrivere il mandato democratico della Corte di giustizia tramite la formula "*in nome dei cittadini dell'Unione*" [414]. Tuttavia, riferirsi *esclusivamente* ai cittadini europei significherebbe travisare la natura della democrazia dell'Unione. Secondo il diritto dell'Unione, la cittadinanza europea discende dalla disciplina della cittadinanza di uno Stato membro. Per realizzare la democrazia dell'UE, i Trattati equiparano i popoli degli Stati membri ai cittadini europei. L'Unione si basa su una *duplice struttura di legittimità*: la totalità dei cittadini dell'Unione *e* i popoli degli Stati membri (cfr. § 42).

La duplice struttura di legittimità esprime la trasformazione europea. Quale formula potrebbe restituirne evidenza? La formula "*in nome dei cittadini dell'Unione e dei popoli degli Stati membri*" potrebbe essere un'opzione. Questa espressione si ritrova nell'articolo I-1, paragrafo1, del fallito Trattato costituzionale del 2004.

---

[413] E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, cit., p. 5.

[414] In questo senso, S. WERNICKE, *Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens*, in *European Law Journal*, 13, 2007, pp. 406 ss.

Ma ci sarebbe anche un'altra opzione. Secondo l'articolo 1, secondo comma, TUE, l'obiettivo dell'Unione europea è *un'unione tra i popoli dell'Europa*. L'articolo indeterminativo *una* indica che l'unione di cui all'articolo 1, secondo comma, TUE è più che l'organizzazione dell'*Unione europea,* intesa come persona giuridica (*ex* articolo 47 TUE) invocata dall'articolo 1, terzo comma, TUE. L'articolo 1, secondo comma, TUE descrive l'unione complessiva tra la persona giuridica dell'*Unione europea* e gli Stati membri, ossia il sistema politico sostenuto da tutti i membri della società europea che sono contemporaneamente cittadini dell'Unione e cittadini degli Stati membri (cfr. § 11). In ciò riecheggia il famoso detto di Jean Monnet sullo scopo dell'integrazione: "*non formiamo coalizioni di Stati, ma uniamo persone*" [415].

Ne discende che la Corte di giustizia dovrebbe decidere "*in nome dell'unione*". Questa formula si adatta al mandato di tale Corte di promuovere i valori, gli obiettivi e gli interessi dell'Unione, dei cittadini e degli Stati membri (articolo 13, paragrafo 1, TUE). In contesti critici, questo mandato può includere il costituzionalismo trasformativo.

F. Costituzionalismo trasformativo

La giustizia costituzionale ha plasmato il diritto pubblico europeo almeno dal 1990, contribuendo alla genesi e alla democratizzazione della società europea. Alcuni degli orientamenti giurisprudenziali da essa elaborati sono espressione di un costituzionalismo trasformativo (cfr. § 24). Per coglierne a pieno il significato, pare opportuno rivolgere nuovamente lo sguardo alle esperienze latino-americane, le quali ben esemplificano il contributo delle corti alle transizioni democratiche. Anche la giurisprudenza delle due Corti europee fornisce significativi elementi in tal senso: quella della Corte EDU da oltre due decenni, quella della Corte di giustizia a partire dal 27 febbraio 2018.

65. Nuove risposte a vecchie sfide

A causa della logica binaria del diritto, ogni sentenza determina un soccombente. Molti ritengono che l'acquiescenza della parte soccombente sia il vero punto cruciale della funzione giudiziaria: perché e quando il soccombente accetta la sentenza del giudice [416]? Questa domanda coglie nel segno,

---

[415] J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, Paris, 1976, p. 7: "*Nous ne coalisons pas des États, nous unissons des hommes*".

[416] N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Luchterhand, Berlin, 1969, spec. pp. 57 ss.;

specie quando una decisione giudiziaria è difficile o addirittura impossibile da eseguire, come nel caso di una corte costituzionale che si pronuncia contro il proprio governo o di una corte internazionale che si pronuncia contro uno Stato. L'acquiescenza è particolarmente incerta quando i giudici richiedono trasformazioni. Occorre dunque esaminare le tre sfide che i giudici debbono affrontare: gestire la politicizzazione, creare un ambiente sociale favorevole e superare il problema della non conformazione.

La resistenza politica contro i giudici in generale e contro le decisioni trasformative in particolare è stata una delle principali problematiche degli ultimi anni [417]. Ciò implica spesso forme di politicizzazione, dato che gli attori politici mettono in discussione la legalità e la legittimità di una decisione, di un orientamento giurisprudenziale o persino di una corte in quanto tale. Questa tendenza mette a rischio la sua autorevolezza, vale a dire la sua più importante risorsa. Al contempo, rappresenta un'opportunità.

La sola lettera della legge non rende autorevole una corte. L'autorevolezza si acquisisce, si conquista, spesso in situazioni di conflitto. Pertanto, la resistenza politica offre a una corte la possibilità di costruire o rafforzare la propria autorevolezza (cfr. § 51). Naturalmente, sono necessari acume, coraggio e abilità politica per fare buon uso di tali opportunità. L'analisi scientifica, non può fornire dette capacità, ma può acclarare se le corti hanno avuto successo, come attestano le esperienze latino-americane.

Nel 2017, la Corte interamericana dei diritti umani ha adottato un parere, su richiesta del governo costaricano, in cui si afferma che gli Stati della Convenzione devono trattare le coppie omosessuali come le coppie eterosessuali [418]. Lo stesso governo costaricano aveva avanzato la richiesta per ottenere un supporto contro le resistenze del legislatore. L'implementazione del parere diventò una questione centrale nella successiva campagna elettorale: i due candidati al secondo turno delle elezioni si sono schierati al riguardo

---

trad. it. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano, 1995; M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, cit., p. 2.

[417] X. SOLEY-S. STEININGER, *Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights*, in *International Journal of Law in Context*, 14, 2018, p. 237; M. MADSEN, *From Boom to Backlash? The European Court of Human Rights and the Transformation of Europe*, in H. AUST-E. DEMIR (a cura di), *The European Court of Human Rights: Current Challenges in Historical and Comparative Perspective*, Elgar, Cheltenham, 2021, p. 21.

[418] Corte IDH, *parere consultivo OC-24/17* del 24 novembre 2017, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*; R. URUEÑA, *Reclaiming the Keys to the Kingdom (of the World): Evangelicals and Human Rights in Latin America*, in J.E. NIJMAN-W.G. WERNER (a cura di), *Netherlands Yearbook of International Law 2018: Populism and International Law*, Springer, Berlin, 2019, p. 175.

su opposte posizioni. Il candidato a favore dal parere ha vinto le elezioni [419]; del resto l'intera consultazione elettorale si è trasformata in una sorta di referendum sull'autorità della Corte interamericana in Costa Rica.

Ancora più interessante è una lettera pubblica che i presidenti di Argentina, Brasile, Cile, Colombia e Paraguay – Mauricio Macri, Jair Bolsonaro, Sebastián Piñera, Iván Duque e Mario Abdo Benítez – hanno inviato alla Commissione interamericana per i diritti umani nell'aprile 2019 [420]. I presidenti menzionati sono espressione di partiti di destra, rappresentano il 70% della popolazione della regione e l'80% del suo PIL. Pur riconoscendo l'importanza del sistema interamericano dei diritti umani, la lettera chiede che le sue istituzioni mostrino maggiore rispetto per il principio di sussidiarietà, applichino metodi di interpretazione restrittivi e lavorino con "*la dovuta conoscenza e considerazione delle realtà politiche, economiche e sociali degli Stati*".

Queste richieste hanno messo in discussione il costituzionalismo trasformativo del sistema interamericano dei diritti umani. Di conseguenza, più di duecento organizzazioni non governative (ONG) si sono mobilitate contro tale lettera [421]. L'hanno dipinta come un attacco al sistema stesso che simboleggia e salvaguarda il ripristino della democrazia in America Latina [422]. La loro mobilitazione ha avuto successo e la coalizione dei cinque presidenti è crollata. Non c'è stato quindi un tentativo concertato di minare il sistema, ad esempio, concordando una politica per la selezione dei commissari o dei giudici. L'unica candidatura di questo tipo è fallita al vaglio dell'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati americani [423]. Il governo cileno, promotore della lettera, ha infatti proposto in alternativa Antonia Urrejola

---

[419] K. SEMPLE, *Costa Rica Election Hands Presidency to Governing Party Stalwart*, in *The New York Times* (1 aprile 2018), https://www.nytimes.com/2018/04/01/world/americas/costa-rica-election-alvarado-quesada.html.

[420] LA REPÚBLICA ARGENTINA, LA REPÚBLICA FEDERATIVA DEL BRASIL, LA REPÚBLICA DE CHILE, LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY, *Declaración Sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2019, https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8628.

[421] Cfr. ASILEGAL, *Embates al Sistema Interamericano de Derechos Humanos vulneran la protección regional de los DD.HH* (2 maggio 2019), https://asilegal.org.mx/comunicados/embates-al-sistema-interamericano-ddhh/.

[422] Su questo ruolo, cfr. C.S. NINO, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Heaven-London, 1996, pp. 68-69.

[423] J. GARCÍA, *Derrotada la iniciativa encabezada por Colombia para reformar la defensa de Derechos Humanos en la OEA*, in *El País* (28 giugno 2019), https://elpais.com/internacional/2019/06/27/america/1561672485_548623.html; ACOSTA *et al.*, *Informe del Panel Independiente de Expertos y Expertas para la evaluación de candidatos y candidatas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (5 giugno 2019), https://www.wcl.american.edu/impact/initiatives-programs/center/documents/2019-informe-del-panel-independiente-de-expertos/ (ultima visita 22 luglio 2022).

Noguera e Patricia Pérez Goldberg, sostenitrici del sistema interamericano.

Possiamo confrontare la lettera dei cinque presidenti con il processo di Interlaken sulla Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr. § 57), anch'esso frutto di una resistenza politica. A lungo le voci critiche nei confronti della Corte EDU hanno dominato il processo, in ultimo, tuttavia, hanno prevalso quelle a lei più favorevoli. La politicizzazione ha quindi confermato e promosso la legittimità della Corte.

A livello nazionale, qualcosa di simile sta accadendo in Polonia. Il governo si è mobilitato contro le Corti europee che sostengono i giudici polacchi nella lotta per la loro indipendenza. Ma la politicizzazione del governo sembra ritorcersigli contro, perché è diventato subito evidente che vasti settori della società polacca sostengono le Corti europee [424].

La seconda sfida riguarda la necessità di un contesto sociale favorevole [425]. Il costituzionalismo trasformativo non si esaurisce in un'attività giudiziaria solitaria. Richiede numerosi altri soggetti che selezionino i casi più appropriati, possibilmente strategici, ne istruiscano le difese legali, li portino in giudizio, li discutano, accompagnino l'esecuzione delle decisioni adottate, e poi si avvalgano di tali decisioni come precedenti nelle successive controversie [426]. Le decisioni delle corti sono solo la punta di un iceberg di una pratica sociale. Spesso la formazione di un contesto sociale è parallela a quella della corte [427]; i due contesti, in ultima analisi, dipendono l'uno dall'altro.

In America Latina, molte organizzazioni della società civile si sono sviluppate soltanto per merito delle opportunità offerte dal sistema interamericano. Ciò ha contribuito a democratizzare la regione [428]. Lo stesso può dirsi per l'Europa centrale e orientale. Basti menzionare ONG come *Amnesty*

---

[424] M. PANKOWSKA, *Majority of Poles take EU Court of Justice Side in Fighting PiS Attack on Courts*, in *ruleoflaw.pl* (19 novembre 2019), https://ruleoflaw.pl/majority-of-poles-take-eu-court-of-justice-side-in-fighting-pis-attack-on-courts/ (ultima visita 22 luglio 2022).

[425] A. VAUCHEZ, *Introduction. Euro-lawyering, Transnational Social Fields and European Polity-Building*, in A. VAUCHEZ-B. DE WITTE (a cura di), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 1; P. BOURDIEU, *The Force of Law. Toward a Sociology of the Juridical Field*, in *Hastings Law Journal*, 38, 1986, p. 814.

[426] Per approfondimenti, M. NEVES, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 37 ss., 160 ss.; A. VAUCHEZ, *Communities of International Litigators*, in C.P.R. ROMANO-K.J. ALTER-Y. SHANY (a cura di), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 656-657.

[427] S. HENNETTE-VAUCHEZ, *The ECHR and the Birth of (European) Human Rights Law as an Academic Discipline*, in A. VAUCHEZ-B. DE WITTE (a cura di), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, p. 123.

[428] P. ENGSTROM (a cura di), *The Inter-American Human Rights System. Impact beyond compliance*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019.

International, la *Stefan Batory Foundation,* la *Helsinki Foundation for Human Rights*, il *Centre for Legal Resources* o l'iniziativa *Wolne Sądy* (Corti libere), ma anche ad associazioni come le organizzazioni giudiziarie polacche *Iustitia e Themis* o l'associazione di procuratori *Lex Super Omnia* o *Asociația Forumul Judecătorilor din România* [429]. Le azioni del governo ungherese contro organizzazioni della società civile come la *Open Society Foundation* e la *Central European University* confermano che queste ultime sono forze sociali rilevanti [430].

Il contesto sociale ricomprende anche altri soggetti oltre a quelli che secondo Karen Alter e Laurence Helfer fanno *advocacy* [431] come attivisti dei diritti umani o studiosi del diritto attivisti. Il contesto sociale è molto più ampio, includendo anche i rappresentanti delle istituzioni statali coinvolte e, in particolare, le corti nazionali. Comporta interazioni tra i soggetti, consente l'apprendimento reciproco e sviluppa aspettative normative condivise. In questo modo, influisce sulla visione del mondo, sugli interessi e sulle strategie di tutti i soggetti coinvolti: attivisti, autorità responsabili, studiosi e, non da ultimo, giudici [432].

La giurisprudenza transnazionale che genera trasformazioni strutturali richiede la collaborazione delle corti nazionali [433]. È un grande successo, infatti, per le Corti europee o interamericana quando i giudici nazionali si riconoscono giudici europei o interamericani. Ciò sottolinea anche il significato culturale della dottrina della Corte di giustizia, secondo cui ogni giudice degli Stati membri è anche giudice dell'Unione (cfr. §§ 10, 60).

I conflitti possono favorire tali identità. Nel 2012, la Corte interamericana si pronunciò contro la decisione della Corte Suprema del Costa Rica

---

[429] KONRAD ADENAUER STIFTUNG-ASOCIAȚIA FORUMUL JUDECĂTORILOR DIN ROMÂNIA, *900 Days of Uninterrupted Siege upon the Romanian Magistracy. A Survival Guide*, C.H. Beck, Bucureşti, 2020.

[430] La CGUE ha dichiarato entrambe le leggi contrarie al diritto dell'Unione. CGUE, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza delle associazioni)*, cit.; 6 ottobre 2020, *Commissione c. Ungheria (Enseignement supérieur)*, causa C-66/18; L.D. SPIEKER, *Werteverteidigung im Binnenmarkt? Das ungarische Transparenzgesetz auf dem Prüfstand des EuGH*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 31, 2020, p. 854.

[431] K.J. ALTER-L.R. HELFER, *Transplanting International Courts. The Law and Politics of the Andean Tribunal of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 230-233.

[432] A.E. WENDT, *The Agent-Structure Problem in International Relations Theory*, in *International Organization*, 41, 1987, p. 335.

[433] D. GUARNIZO-PERALTA, *¿Cortes pasivas, cortes activas, o cortes dialógicas? Comentarios en torno al caso Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala*, in M. MORALES ANTONIAZZI-L. RONCONI-L. CLÉRICO (a cura di), *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2020, p. 429; cfr. anche § III.E.

che aveva dichiarato incostituzionale la fecondazione in vitro [434]. Il legislatore costaricano legalizzò il trattamento, e in seguito i gruppi evangelici portarono la legge dinanzi alla Corte Suprema costaricana. Quest'ultima confermò la sua precedente pronuncia, dichiarando incostituzionale la legge, nonostante la decisione della Corte interamericana [435]. Quest'ultima rispose immediatamente con una decisione che riaffermava la legalità della fecondazione in vitro in Costa Rica [436]. A seguito di questo ulteriore conflitto, i giudici costaricani accettarono l'autorità della Corte interamericana [437]; la presidente della Corte Suprema, Carmenmaría Escoto, confermò infatti esplicitamente poco dopo che la sua corte, nonostante tutte le controversie, sosteneva l'interamericanizzazione [438].

Questa vicenda suggerisce alla Corte di giustizia, alla Corte EDU e alla Corte interamericana di prestare attenzione ai soggetti che supportano le loro giurisprudenze, favorendone l'integrazione nella realtà sociale. La cooperazione giudiziaria costituisce un importante elemento costitutivo (cfr. §§ 54, 60), il più ampio contesto sociale ne costituisce un altro. Il fatto che le organizzazioni della società civile svolgano un minor ruolo dinanzi alla Corte di giustizia e alla Corte EDU, rispetto a quello svolto dalle medesime organizzazioni dinanzi alla Corte interamericana, indica la direzione per un potenziale sviluppo [439].

Una sfida simile si presenta anche allorché uno Stato non si conformi a

---

[434] Corte IDH, *Artavia Murillo et al ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica*, decisione del 28 novembre 2012 (merito).

[435] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, sentenza n. 2016-01692 del 3 febbraio 2016.

[436] Corte IDH, *Artavia Murillo et al. ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica*, decisione del 26 febbraio 2016 (*Supervisión de cumplimiento de sentencia*), parr. 26, 36.

[437] P.M. AVENDAÑO, *Magistrado Luis Fernando Salazar: Es momento de que la Sala IV se haga a un lado*, in *La Nación* (1° marzo 2016), https://www.nacion.com/el-pais/salud/magistrado-luis-fernando-salazar-es-momento-de-que-la-sala-iv-se-haga-a-un-lado/KXMCQE7VEZGW7PQPFTGDR25JKU/story/.

[438] Cfr. PODER JUDICIAL-REPÚBLICA DE COSTA RICA, *Presidenta de la Corte en ejercicio destaca labor de la Corte IDH*, 2018, https://pj.poder-judicial.go.cr/index.php/prensa/389-cme-corteidh (ultima visita 22 luglio 2022). Sul concetto di *interamericanizzazione*, cfr. E. MORALES ANTONIAZZI, *Interamericanización. Fundamentos e impactos*, in E. FERRER MAC-GREGOR *et al.* (a cura di), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Transformando realidades*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2019, p. 57.

[439] S. DOTHAN, *Luring NGOs to International Courts: A Comment on CLR v. Romania*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 75, 2015, p. 635; E. ERKEN, *The Participation of Non-Governmental Organisations and National Human Rights Institutions in the Execution of Judgments of the Strasbourg Court. Exploring Rule 9 Communications at the Committee of Ministers*, in *ECHR Law Review*, 2, 2020, p. 248.

una decisione. Ciò accade soprattutto quando una sentenza richiede una trasformazione. In questi casi, il tasso di conformità è particolarmente ridotto, perché la conformazione implica che lo Stato ponga rimedio alla violazione e adegui l'intero contesto sociale [440].

Un alto grado di conformazione è spesso indice della autorevolezza di una corte [441]. Sotto questo aspetto, si segnalano notevoli difficoltà per la Corte EDU [442], ma anche la Corte di giustizia incontra ostacoli al riguardo (cfr. § 33, 67). L'importanza della conformazione potrebbe indurre le corti a non trattare problemi strutturali, così da non pregiudicare la propria autorevolezza. L'analisi del diverso percorso seguito dalla Corte interamericana può essere d'insegnamento per l'Europa.

Sebbene il grado di conformazione alle decisioni della Corte interamericana sia particolarmente basso [443], non possono trascurarsi i significativi effetti trasformativi della sua giurisprudenza. Effetti che si producono anche nel corso della stessa procedura di adeguamento. La Corte interamericana, infatti, esige il rispetto dei doveri di informazione, effettua sopralluoghi e promuove audizioni in cui le autorità statali, le vittime e altre parti interessate – soggetti che spesso non si sono mai incontrati – si confrontano e discutono in ordine alle modalità di risoluzione del conflitto [444].

La conformazione da parte degli Stati a una sentenza internazionale presenta problematiche differenti rispetto a quelle connesse all'esecuzione di una sentenza civile nei confronti di un debitore moroso. Per favorire l'adempimento, le decisioni internazionali sono spesso vaghe; soltanto durante il processo di implementazione e nel dialogo tra gli Stati coinvolti assumono contenuti più precisi [445]. Inoltre, il contesto di attuazione è raramente

---

[440] A.V. HUNEEUS, *Compliance with Judgments and Decisions*, in C.P.R. ROMANO-K.J. ALTER-Y. SHANY (a cura di), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 438.

[441] K.J. ALTER-L.R. HELFER-M.R. MADSEN, *How Context Shapes the Authority of International Courts*, in K.J. ALTER-L.R. HELFER-M.R. MADSEN (a cura di), *International Court Authority*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 24.

[442] Vedi, ad esempio, CONSIGLIO D'EUROPA (Comitato dei Ministri), *Annual Report 2018, Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights*, 2018, pp. 71 ss.

[443] D.A. GONZALEZ-SALZBERG, *Do States Comply with the Compulsory Judgments of the Inter-American Court of Human Rights An Empirical Study of the Compliance with 330 Measures of Reparation*, in *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 13, 2013, p. 93.

[444] Per approfondimenti, A. VON BOGDANDY-R. URUEÑA, *International Transformative Constitutionalism in Latin America*, in *American Journal of International Law*, 114, 2020, pp. 425 ss.

[445] Sulla Corte di giustizia, T.A. BÖRZEL *et al.*, *Obstinate and Inefficient: Why Member States Do Not Complying With European Law*, in *Comparative Political Studies*, 43, 2010, p. 1363; T. TRIDIMAS, *Constitutional Review of Member State Action*, cit.

statico, e la Corte interamericana non di rado cerca di influenzarlo. Spesso, uno degli obiettivi perseguiti con le proprie sentenze è quello di consentire ad altri soggetti di avvalersene per promuovere un contesto favorevole: come può *questa* decisione internazionale aiutare i giudici nazionali a promuoverne la conformazione tramite le proprie decisioni? Come può una decisione internazionale aiutare la società civile a mobilitarsi per la problematica ad essa sottesa? È così che nascono forme di cooperazione in vista della conformazione [446].

Inoltre, una corte esercita la propria influenza non solo attraverso le strettoie del pieno adeguamento alle proprie sentenze [447]. Anche sotto questo aspetto, l'esperienza latino-americana è illuminante. Fino agli anni Ottanta, i diritti umani, al di là di un simbolico riconoscimento, non trovavano effettiva garanzia nella maggior parte degli Stati latino-americani. Attualmente, invece, la normativa, le decisioni e le istituzioni interamericane sono presenti in tutta la regione, anche se il livello di conformazione è sempre basso. Esse si intrecciano con le normative nazionali per formare un diritto comune sui diritti umani, così creando un nuovo contesto sociale propizio a una trasformazione strutturale [448].

I soggetti coinvolti in questo contesto sono numerosi. In base al costituzionalismo trasformativo, problemi sociali che prima non potevano essere gestiti, se non sul piano politico o addirittura con la violenza, ora possono essere configurati anche in termini giuridici, e dunque trattati con le forme del diritto. Le conseguenze sono di vasta portata. La giurisprudenza trasformativa della Corte costituzionale colombiana, ad esempio, ha contribuito al processo di pace per il quale è stato attributo il Premio Nobel al Presidente colombiano nel 2016 [449]. Ciò non esclude che i diritti umani continuino a essere violati in modo sistematico in molti Paesi, ma il giurista non può

---

[446] A.V. HUNEEUS, *Constitutional Lawyers and the Inter-American Court's Varied Authority*, in *Law and Contemporary Problems*, 79, 2016, p. 179; L.J. CONANT, *Justice Contained*, Cornell University Press, Itacha-New York, 2002, pp. 214 ss.

[447] O. PARRA VERRA, *The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 357; P. ENGSTROM, *Introduction: Rethinking the Impact of the Inter-American Human Rights System*, in P. ENGSTROM (a cura di), *The Inter-American Human Rights System. Impact Beyond Compliance*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019, p. 1.

[448] Cfr. C. MÖLLERS, *Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*, Suhrkamp, Berlin, 2018, pp. 127-128, 131 ss.

[449] Accordo del 24 novembre 2016, *Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo – FARC-EP y Gobierno de Colombia, Acuerdo Final Para La Terminación Del Conflicto y La Construcción de Una Paz Estable y Duradera*.

esimersi dal considerare che le decisioni della Corte interamericana contribuiscono a colmare diverse carenze.

A partire dall'esperienza latino-americana possono ora considerarsi in via generale le potenzialità della Corte di giustizia e della Corte EDU nell'affrontare carenze sistemiche. Le sentenze che individuano situazioni di carenze strutturali hanno valore già perché rendono pubbliche queste ultime. E al contempo potenziano le forze sociali impegnate a risolverle. Se le istituzioni nazionali – vale a dire il governo, la sua maggioranza parlamentare o un giudice 'asservito' – non si conformano a una sentenza della Corte EDU o della Corte di giustizia, gli europei dovrebbero considerarlo un problema dell'istituzione nazionale inadempiente e non della Corte EDU o della Corte di giustizia.

66. I requisiti stabiliti dalla Corte EDU

Dagli anni Ottanta, la Corte EDU contribuisce alla giuridificazione della società europea in materia di diritti umani (cfr. § 57). Ciò può essere interpretato come trasformativo [450], benché la Corte non abbia quasi mai affrontato carenze sistemiche [451]. Negli anni Novanta, con l'adesione al Consiglio d'Europea e alla CEDU dei cosiddetti Stati in trasformazione, la Corte EDU ha iniziato ad affrontare tali carenze, così accompagnandoli nella loro trasformazione costituzionale [452].

In questo contesto, nuovi orientamenti giurisprudenziali hanno limitato in modo più stringente l'autonomia nazionale. Tra tali orientamenti rientra quello relativo alla struttura del sistema giudiziario nazionale, come anche quelli afferenti alle molteplici e delicate problematiche poste dalla giustizia di transizione [453]. Inoltre, la Corte EDU indica le misure nazionali necessarie per porre rimedio a una violazione della Convenzione [454]. Richiede la riapertura di procedimenti penali, la restituzione nei casi di esproprio o la

[450] M.R. MADSEN, *From Cold War Instrument to Supreme European Court*, cit.

[451] Sulla giurisprudenza relativa all'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari: cfr. *supra* § 38.

[452] I. MOTOC-I. ZIEMELE (a cura di), *The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe. Judicial Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016. Sulla qualifica di costituzionalismo trasformativo, P. SONNEVEND, *Preserving the Acquis of Transformative Constitutionalism in Times of Constitutional Crisis. Lessons from the Hungarian Case*, in A. VON BOGDANDY *et al.* (a cura di), *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 123.

[453] E. BREMS, *Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011, p. 282.

[454] H. KELLER-D. KÜHNE, *Zur Verfassungsgerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 76, 2016, p. 245.

scarcerazione. Dal punto di vista della trasformazione, appare ancora più importante che la Corte richieda misure generali, in particolare nelle cosiddette sentenze pilota [455]. In tali sentenze, la Corte identifica un problema sistemico, indica le misure necessarie per porvi rimedio e fissa un termine per farlo. Non di rado giunge a richiedere l'adozione di misure legislative [456].

Negli anni Novanta, quando la Corte EDU inaugurò la propria giurisprudenza trasformativa, ci si aspettava che lo Stato di diritto democratico sarebbe prevalso in tutti gli Stati della Convenzione (cfr. § 26). Quando questa speranza si è affievolita, la Corte EDU ha dovuto ricalibrare il proprio costituzionalismo trasformativo [457]. La sua giurisprudenza oggi mira a fissare standard comuni di tutela dei diritti umani e a chiederne l'applicazione. Benché la maggior parte di queste sentenze riguardi Stati al di fuori dell'Unione europea, tuttavia, esse sono significative anche per gli Stati membri: una violazione degli standard comuni di tutela fissati dalla Corte EDU comporta anche la violazione del nucleo costituzionale dell'articolo 2 TUE [458]. Questa giurisprudenza può essere intesa come espressione di un costituzionalismo trasformativo, perché affronta carenze strutturali, proprio come la giurisprudenza della Corte interamericana. Conviene considerare in questa luce la giurisprudenza sullo stato di emergenza, sul nucleo essenziale dei diritti fondamentali e sull'abuso del diritto [459].

L'articolo 15 CEDU consente alle Alte Parti contraenti di sospendere i diritti della Convenzione in presenza di uno stato di emergenza. La Corte agisce con cautela in questa materia, riconoscendo agli Stati un ampio margine di apprezzamento [460]. E tuttavia essa ha ormai introdotto un controllo di proporzionalità, così sottoponendo le misure di emergenza a un onere di

---

[455] Corte EDU, 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, ric. n. 31443/96.

[456] M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking. The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 12, 2011, pp. 1231, 1244, 1254.

[457] Vedi A. VON BOGDANDY-L. HERING, *In the Name of the European Club of Liberal Democracies*, cit.

[458] CGUE, *Aranyosi e Căldăraru*, cit., punto 87.

[459] Tuttavia, vi sono anche indicazioni di un arretramento della Corte. Vedi L.R. HELFER-E. VOETEN, *Walking Back Human Rights in Europe?*, in *European Journal of International Law*, 31, 2020, p. 797.

[460] A. VON BOGDANDY-L.D. SPIEKER, *Protecting Fundamental Rights beyond the Charter. Repositioning the Reverse Solange Doctrine in Light of the CJEU's Article 2 TEU Case-Law*, in M. BOBEK-J. ADAMS-PRASSL (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, 2020, p. 525.

giustificazione assoggettato al proprio sindacato [461].

A partire dal 2016, la Corte EDU si è trovata ad affrontare una sfida particolarmente significativa con riguardo alla situazione in Turchia [462]. Da un lato, il suo intervento veniva richiesto con urgenza; dall'altro, il governo turco si dimostrava estremamente recalcitrante, rischiando di compromettere l'autorevolezza della stessa Corte. Quest'ultima accolse comunque la sfida: nei casi *Altan* e *Alpay* per la prima volta, chiarì la portata della libertà di espressione (articolo 10 CEDU) nel contesto di uno stato di emergenza. Ritenne che il diritto potesse essere derogato, ma solo in casi del tutto eccezionali [463]. Sottolineò, inoltre, che la libertà di espressione è cruciale per una democrazia vitale, precisando che lo stato di emergenza non può essere invocato pretestuosamente al fine di limitare la libertà del dibattito politico, connotante una società democratica.

La giurisprudenza della Corte EDU è chiara espressione della distinzione tra diritto costituzionale e nucleo costituzionale. Come la maggior parte delle corti costituzionali, la Corte europea, in coerenza con il proprio mandato di supportare la *rights revolution* in Europa (cfr. § 57), interpreta i diritti individuali in modo ampio. Consente al contempo restrizioni che resistano a un controllo di proporzionalità. In tal guisa, sembrerebbe che qualsiasi misura restrittiva possa essere giustificata.

Tuttavia, il concetto di nucleo essenziale [464], corrispondente a quello di nucleo costituzionale (cfr. § 29), si oppone a qualsiasi tentativo di relativizzazione totale. È ormai chiaro che i diritti della Convenzione presentino due sfere, di cui il nucleo essenziale è la più importante e meritevole di protezione [465]. Quando uno Stato interferisce con il nucleo essenziale di un diritto, il ragionamento della Corte EDU diviene più categorico. Esso definisce confini rigidi del diritto tutelato, rinunciando al suo bilanciamento con gli altri diritti e interessi in gioco nel singolo caso.

La protezione del nucleo essenziale di un diritto è particolarmente evidente nei divieti di tortura (articolo 3 CEDU) e di schiavitù (articolo 4 CEDU),

---

[461] Corte EDU, 19 febbraio 2009, *A e altri c. Regno Unito*, ric. n. 3455/05, punti 182 ss.; 20 marzo 2018, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, ric. n. 13237/17.

[462] F. WEBER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Türkei – Zum Notstand sowie zur Möglichkeit der Wiedereinführung der Todesstrafe*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 69, 2016, p. 921.

[463] Corte EDU, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, cit., punti 206 ss.; 20 marzo 2018, *Şahin Alpay c. Turchia*, ric. n. 16538/17, punti 176 ss.

[464] J. VON BERNSTORFF, *Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR. Vom Wert kategorialer Argumentationsformen*, in *Der Staat*, 50, 2011, p. 165.

[465] I. LEIJTEN, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 2, 11.

rispetto ai quali la Corte non effettua alcun bilanciamento [466]. Il nucleo del divieto di privazione della vita (articolo 2, paragrafo 2, CEDU) comprende solo eccezioni ristrette che non sono soggette a bilanciamento [467]. Le forme di ragionamento categorico sono più difficili da applicare quando il diritto umano in questione è soggetto a limitazioni ampiamente definite, come la *privacy* o la libertà di religione, espressione o riunione (articoli 8-11 CEDU). Tuttavia, la dottrina del nucleo essenziale consente una differenziazione. Pertanto, le espressioni di opinione critiche nei confronti di un governo possono essere limitate solo se incitano alla violenza [468], dato che alla comunicazione politica è riservata una più elevata protezione, stante il ruolo fondamentale che essa ricopre per la democrazia [469].

La Corte EDU ha sviluppato anche un altro strumento per rispondere a carenze sistemiche: il divieto di abuso del diritto, come nei casi di persecuzione dell'opposizione politica [470]. Nel 2004, nel caso *Gusinskiy*, la Corte dichiarò per la prima volta una violazione dell'articolo 18 (che limita i modi in cui il governo può prevedere restrizioni dei diritti) in combinazione con l'articolo 5 CEDU (diritto alla libertà e alla sicurezza) [471]. I casi successivi riguardarono politici di spicco dell'opposizione in Russia e Turchia, come Alexei Navalny e Selahattin Demirtaş [472]. Nella prima sentenza *Mammadov*, la Corte richiese alle autorità nazionali di assolvere il ricorrente. Ordinando la scarcerazione del politico di opposizione, la Corte EDU mirò a salvaguardare il pluralismo politico, indispensabile per la trasformazione democratica.

La sentenza della Camera nella causa *Mammadov contro Azerbaigian* portò al primo procedimento ai sensi dell'articolo 46, paragrafo 4, CEDU. Nella pronuncia adottata all'unanimità, infatti, la Grande Camera dichiarò che l'Azerbaigian non si era conformato a una sua precedente sentenza, così violando l'articolo 46, paragrafo 1, della Convenzione [473]. Fiona de Londras e

---

[466] Cfr., ad esempio, Corte EDU, 1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05, punti 101 ss., spec. punto 107.

[467] Corte EDU, 27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito*, ric. n. 18984/91, punto 150.

[468] Cfr., ad esempio, Corte EDU, 25 novembre 1997, *Zana c. Turchia*, ric. n. 18954/91 e Corte EDU, 8 luglio 1999, *Sürek e Özdemir c. Turchia*, ric. nn. 23927/94 e 24277/94.

[469] Corte EDU, 8 luglio 1986, *Lingens c. Austria*, ric. n. 9815/82.

[470] C. Heri, *Loyalty, Subsidiarity, and Article 18 ECHR: How the ECtHR Deals with Mala Fide Limitations of Rights*, in *ECHR Law Review*, 1, 2020, p. 25.

[471] Corte EDU, 19 maggio 2004, *Gusinsky c. Russia*, ric. n. 70276/01.

[472] Corte EDU, 15 novembre 2018, *Navalnyy c. Russia*, ric. n. 29580/12; 22 dicembre 2020, *Selahattin Demirtaş c. Turkey (n. 2)*, ric. n. 14305/17.

[473] Corte EDU, 29 maggio 2019, *Ilgar Mammadov c. Azerbaigian*, ric. n. 15172/13; B. Çali, *No Going Nuclear in Strasbourg: The Infringement Decision in Ilgar Mammadov v. Azerbaijan by the European Court of Human Rights*, in *Verfassungsblog* (30 settembre 2019).

Kanstantsin Dzehtsiarou si chiesero se una siffatta decisione fosse realmente utile, considerato che l'esecuzione della precedente sentenza era del tutto improbabile [474]. L'esperienza latino-americana, invero, dimostra che una decisione del genere è comunque significativa. Anche se il governo si rifiuta di cedere, la decisione riafferma con chiarezza quanto richiesto, rafforza l'opposizione interna e consolida l'immagine degli Stati riuniti nel Consiglio d'Europa come una comunità di democrazie (cfr. § 64). Naturalmente, ciò non risolve il delicato problema di come affrontare gli Stati devianti [475].

Il potere di trasformazione della Corte EDU agisce principalmente attraverso le leve dell'Unione (cfr. § 26). Queste leve hanno un impatto minore su Azerbaigian, Russia e Turchia rispetto ai (veri) Paesi candidati (cfr. § 26) e agli Stati membri dell'UE. Inoltre, le leve funzionano solo se vengono utilizzate. Due delle leve più emblematiche dell'Unione nei confronti dei suoi Stati membri, vale a dire i procedimenti di infrazione e i procedimenti pregiudiziali, per molto tempo non vennero utilizzate a tal fine. Soltanto nella sentenza del 27 febbraio 2018, la Corte di giustizia espresse per la prima volta la volontà di attivare i due procedimenti, così adempiendo al mandato di promuovere i valori europei conferitole dall'articolo 13, paragrafo 1, TUE (cfr. § 47).

67. La mobilitazione della Corte di giustizia

Sin dal 1963, la giurisprudenza della Corte di giustizia può considerarsi trasformativa. È costitutiva della genesi dell'attuale società europea (cfr. § 56). Considerato che molti studiosi la interpretano non solo come trasformativa, ma anche come avente natura costituzionale o costituzionalizzante [476], la sentenza *Van Gend en Loos* del 1963 inaugurò quello che potrebbe essere descritto come costituzionalismo trasformativo.

Tuttavia, tale qualificazione non sembrerebbe tenere conto che, nella prima fase del diritto pubblico europeo, il percorso di integrazione non fu costituzionale bensì economico (cfr. § 23). Elementi di natura costituzionale

---

[474] F. De Londras-K. Dzehtsiarou, *Mission Impossible? Addressing Non-Execution Through Infringement Proceedings In The European Court Of Human Rights*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 66, 2017, pp. 486 ss.

[475] Vedi S. Steininger, *With or Without You: Suspension, Expulsion, and the Limits of Membership Sanctions in Regional Human Rights Regimes*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 81, 2021, p. 539.

[476] Ma vedi E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, cit.; T. Tohidipur, *Europäische Gerichtsbarkeit im Institutionensystem der EU*, cit.

emersero allorché la Corte di giustizia riconobbe i diritti fondamentali, rafforzò il Parlamento europeo e vietò alcune forme di discriminazione di genere [477]. In realtà, dette innovazioni di natura costituzionale possono essere meglio inquadrate come forme di sostegno all'integrazione del mercato, piuttosto che come espressione di un costituzionalismo trasformativo volto ad affrontare carenze sistemiche alla luce dell'articolo 2 TUE.

Soltanto nel corso del secondo periodo del diritto pubblico europeo, gli autori dei Trattati gettarono le basi di una vera e propria giustizia costituzionale. La sua prima previsione confluì nel Trattato di Maastricht del 1992, anche se in modo criptico; essa emerse con maggiore limpidezza nel Trattato di Amsterdam del 1997. Dal 2007, il nucleo costituzionale europeo è definito nell'articolo 2 TUE (cfr. §§ 20, 29). Ma anche allora la Corte di giustizia esitò a impegnarsi in materia costituzionale (cfr. § 21), e le carenze sistemiche degli Stati membri rimasero inizialmente estranee rispetto al perimetro delle sue pronunce. L'assetto corrispondeva a una sorta di divisione europea del lavoro, con il Consiglio d'Europa impegnato a garantire la democrazia costituzionale negli Stati membri dell'UE.

Questa esitazione può essere giustificata dal punto di vista dottrinale, se si considerano i valori dell'articolo 2 TUE troppo astratti e indeterminati per trovare applicazione sul piano giurisdizionale [478]. Il principio di separazione dei poteri può essere invocato a conforto di una siffatta tesi: l'applicazione giudiziaria dei predetti valori estende la sfera di competenza della Corte di giustizia in modo da includervi conflitti altamente politici, incrementandone notevolmente i poteri, già considerati da taluni eccessivamente ampi. L'applicabilità dell'articolo 2 TUE comporta problemi che possono essere evitati, assumendo quei valori come non giustiziabili.

La reazione della Corte di giustizia alla riforma del sistema giudiziario ungherese, che il neoeletto governo Orbán promosse prevedendo il pensionamento dei giudici, è rappresentativa di questo primo approccio. Nel 2012, quando la Commissione avviò una procedura d'infrazione contro l'Ungheria, la Corte di giustizia si limitò a trattare l'esautorazione della magistratura esclusivamente come una questione di inammissibile discriminazione basata

---

[477] M.P. MADURO, *Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights*, in *European Law Journal*, 3, 1997, p. 55.

[478] D. KOCHENOV-L. PECH, *Monitoring and Enforcement of the Rule of Law in the EU: Rhetoric and Reality*, in *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, p. 520; S. NICOLOSI, *The Contribution of the Court of Justice to the Codification of the Founding Values of the European Union*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 51, 2015, p. 643; B. MARTENCZUK, *Art. 7 EUV und der Rechtsstaatsrahmen als Instrumente der Wahrung der Grundwerte der Union*, in S. KADELBACH (a cura di), *Verfassungskrisen in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 46.

sull'età, eludendone così la dimensione costituzionale e sistemica [479].

La sentenza non salvaguardò l'indipendenza della magistratura ungherese. E, anzi, la situazione peggiorò progressivamente. Altri Stati seguirono il modello ungherese. Poiché la politica europea sembrò paralizzarsi durante la crisi dei valori come era accaduto durante la crisi monetaria, la Corte di giustizia alla fine si mobilitò, proprio come la BCE durante crisi monetaria (cfr. § 44). Con riferimento a entrambi le istituzioni, una siffatta mobilitazione fu consentita da un'interpretazione trasformativa del rispettivo mandato [480]. Così, nel 2018, la Corte di giustizia compì un salto di qualità costituzionale nella propria risposta alle tendenze autoritarie in Polonia, applicando l'articolo 2 TUE con riferimento alle carenze sistemiche del giudiziario polacco (cfr. § 45).

La Corte di giustizia pose le basi dottrinali di questa giurisprudenza nella causa *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (ASJP) (cfr. § 47). Nella sentenza si ricavano i requisiti di indipendenza dei giudici degli Stati membri dall'articolo 19 TUE, in combinato disposto con l'articolo 2 TUE [481]. La sentenza *LM* (*Carenze del sistema giudiziario*), riguardante l'esecuzione di un mandato d'arresto polacco da parte delle autorità irlandesi, seguì a stretto giro. Tale sentenza chiarì che gli individui possono invocare i valori e princìpi europei alla luce dei loro diritti fondamentali [482]. Nella specie, i princìpi costituzionali in gioco erano la separazione dei poteri, l'indipendenza della magistratura e il diritto fondamentale a un giudice imparziale e a un processo equo.

Le due sentenze si completano a vicenda. Con il caso *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (ASJP), la Corte di giustizia sviluppa il sistema giudiziario decentrato dell'UE e lo trasforma in un sistema preposto anche al controllo costituzionale. Ogni giudice di uno Stato membro può ora verificare, in collaborazione con la Corte di giustizia, se le istituzioni di altri Stati membri rispettino l'articolo 2 TUE. Con il caso *LM*, la medesima Corte sollecitò "*la vigilanza dei singoli interessati alla salvaguardia dei loro diritti*",

---

[479] CGUE, 6 novembre 2012, *Commissione c. Ungheria*, causa C-286/12, punti 24 ss.; G. HALMAI, *The Early Retirement Age of the Hungarian Judges*, in F. NICOLA-B. DAVIES (a cura di), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 471.

[480] Su una ricostruzione del diritto dell'Unione in questa prospettiva, A. VAUCHEZ, *Démocratiser l'Europe*, Seuil, Paris, 2014.

[481] CGUE, 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses*, causa C-64/16.

[482] CGUE, *LM*, cit., punti 47 ss. Sulla sentenza, vedi anche i contributi di S. Biernat, P. Bogdanowicz, M. Bonelli, I. Canor, C. Dupré, A. Frackowiak-Adamska, P. Filipek, G. Rugge e M. Taborowski in A. VON BOGDANDY ET AL. (a cura di), *Defending Checks and Balances in EU Member States. Taking Stock of Europe's Actions*, Springer, Berlin, 2021.

come fece nella nota sentenza *Van Gend en Loos*, al fine di realizzare non solo il mercato interno, ma anche il nucleo costituzionale europeo [483]. L'enorme quantità di domande di pronunce pregiudiziali che seguì dimostra che i cittadini dell'UE e i giudici nazionali sono disposti a svolgere un tale ruolo, il che costituisce un passaggio trasformativo, come dimostrano la storia dell'integrazione e l'esperienza latino-americana.

La Corte di giustizia ricorre a diverse disposizioni come risposta mediatrice alla tesi, condivisa anche da alcuni dei propri componenti, secondo cui non è possibile applicare i parametri dell'articolo 2 TUE in quanto troppo vaghi [484]. Dal punto di vista metodologico, si tratta di un'interpretazione sistematica. La Corte applica il nucleo costituzionale solo in combinazione con altre disposizioni dei Trattati, che acquistano portata e sostanza in quanto collegate ai princìpi dell'articolo 2 TUE [485]. Tale approccio consente alla Corte di giustizia di pronunciarsi anche in quei casi che in precedenza erano considerati al di fuori della sua competenza [486].

La sentenza *LM* stabilì che le autorità irlandesi avrebbero dovuto eseguire il mandato d'arresto polacco contestato, in quanto non vi era alcun pericolo concreto per la persona interessata. Poco tempo dopo, la Corte dichiarò incompatibili con il diritto dell'UE (cfr. § 79) parte delle riforme giudiziarie polacche [487]. La disputa sulla Sezione disciplinare polacca (cfr. § 45) divenne particolarmente conflittuale. Con l'appoggio della Corte di giustizia [488], un Senato della Corte Suprema polacca (ancora composto da giudici indipendenti) dichiarò illegittima la Sezione disciplinare [489] la quale, ciononostante,

---

[483] CGCE, *Van Gend e Loos*, cit.

[484] E. LEVITS, *Die Europäische Union als Wertegemeinschaft. Art 2 iVm Art 7 des Vertrages über die Europäische Union als Grundlage und Begrenzung des Staatsordnungsmodells des demokratischen Verfassungsstaates der Mitgliedstaaten*, in T. JAEGER (a cura di), *Europa 4.0? Die EU im Angesicht politischer und technologischer Herausforderungen*, Sramek, Frankfurt am Main, 2018, p. 262.

[485] A. VON BOGDANDY-L.D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, pp. 409 ss.; L.S. ROSSI, *La valeur juridique des valeurs. L'article 2 TUE: relations avec d'autres dispositions de droit primaire de l'UE et remèdes juridictionnels*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 3, 2020, p. 650.

[486] Si considerino, tuttavia, i limiti procedurali stabiliti in CGUE, 26 marzo 2020, *Miasto Łowicz (Régime disciplinaire concernant les magistrats)*, causa C-558/18.

[487] CGUE, 11 luglio 2019, *Commissione c. Polonia (indipendenza della Corte suprema)*, causa C-619/18; 5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia (indipendenza dei tribunali ordinari)*, causa C-192/18.

[488] CGUE, *A.K.*, cit.

[489] Corte Suprema (Polonia), sentenza del 5 dicembre 2019, causa III PO 7/18; ordinanze del 15 gennaio 2020, cause III PO 8/18 e III PO 9/18; ordinanza del 23 gennaio 2020, causa BSA I-4110-1/20.

non cessò le proprie attività. La Corte di giustizia, quindi, adottò una ordinanza provvisoria che impose alla Polonia la sospensione della legge che prevedeva le competenze disciplinari della Sezione [490]. Quest'ultima si conformò, non svolgendo più funzioni disciplinari, ma continuò a sostenere di avere il potere di revoca dell'immunità giudiziaria con effetti analoghi [491]. La Sezione si rivolse al Tribunale costituzionale polacco, il quale fu chiamato a chiarire se la Costituzione polacca vietasse l'esecuzione dell'ordinanza provvisoria della Corte di giustizia. Il Tribunale costituzionale accolse la questione, assumendo come modello e avvalendosi della motivazione della sentenza PSPP del Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco [492].

Il conflitto tra la Corte di giustizia e la maggioranza governativa polacca e i giudici da essa nominati non ha precedenti nel diritto pubblico europeo. Il superamento delle carenze sistemiche polacche, e dunque il ritorno a sistema giudiziario che soddisfi il nucleo costituzionale europeo, implicherà un processo lungo nel cui ambito è evidente che la Corte di giustizia svolgerà un ruolo decisivo. Per questa ragione, il concetto di costituzionalismo trasformativo fornisce una prospettiva proficua alla mobilitazione della Corte.

Molti osservatori ritengono che la situazione in Ungheria sia ancora più carente di quella polacca, poiché il controllo del governo sulle istituzioni indipendenti e sulla società è molto più pervasivo. Nel 2020, la Commissione avviò un'azione legale contro una legge ungherese che imponeva alle organizzazioni della società civile sovvenzionate dall'estero obblighi sanzionabili di registrazione, rendicontazione e divulgazione [493]. Tali obblighi costituiscono strumenti efficaci per indebolire le forze che promuovono la democrazia. Dato che la situazione si è aggravata, e forse anche per merito del nuovo Presidente, la Corte di giustizia ora non si sottrae più all'esame di siffatte questioni, a differenza di quanto accaduto nel 2012.

Citando la Corte EDU, la Corte di giustizia afferma che "*il diritto alla libertà di associazione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica e pluralista, in quanto consente ai cittadini di agire collettivamente in settori di interesse comune e di contribuire, in tal modo, al buon funzionamento della vita pubblica*" [494]. La Corte dichiara che la legge ungherese è incompatibile con

---

[490] CGUE, 15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia (Régime disciplinaire des juges)*, causa C-791/19.

[491] A. BODNAR-P. FILIPEK, *Time Is of the Essence*, in *Verfassungsblog* (30 novembre 2020).

[492] S. BIERNAT, *How Far Is It from Warsaw to Luxembourg and Karlsruhe: The Impact of the PSPP Judgment on Poland*, in *German Law Journal*, 21, 2020, p. 1104.

[493] CGUE, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, cit. Per approfondimenti, L.D. SPIEKER, *Werteverteidigung im Binnenmarkt?*, cit.

[494] CGUE, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, cit., punto 112.

il diritto UE, così proteggendo i protagonisti della trasformazione democratica. La Corte si avvale delle libertà economiche per sostenere l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali, mettendo così la costituzione economica al servizio del nucleo costituzionale (cfr. § 44). Considerato che le strutture autoritarie ungheresi sono ancora più radicate che in Polonia, alcune anche a livello costituzionale, la prospettiva del costituzionalismo trasformativo si adatta altresì alla giurisprudenza che affronta queste carenze.

Il costituzionalismo trasformativo della Corte di giustizia si basa su un'interpretazione trasformativa del suo mandato. Pur ampliando il potere della Corte, tale estensione non è comunque *ultra vires*. Teoricamente, rimane nel perimetro di ciò che Hegel chiama "*il mantenimento e lo sviluppo delle decisioni originarie*", benchè in circostanze che gli autori dei Trattati probabilmente non immaginavano. Ma sono in gioco carenze sistemiche non previste che minacciano l'Unione (cfr. § 45), nonché la paralisi del potere politico. Dal punto di vista dottrinale, la Corte di giustizia ha il mandato di promuovere i valori europei (articolo 13, paragrafo 1, TUE) e le basi per la loro giustiziabilità sono solide (cfr. § 28). I procedimenti politici di cui all'articolo 7 TUE non costituiscono un ostacolo ai procedimenti per infrazione e pregiudiziali (articoli 258, 259 e 267 TFUE) [495].

Due considerazioni finali sostengono la legittimità di questa mobilitazione giudiziaria. In primo luogo, la Corte di giustizia si limita a tracciare dei confini invalicabili [496]. Vieta soltanto misure particolarmente problematiche e individua carenze sistemiche; non impone una struttura specifica delle istituzioni degli Stati membri. Poiché il sindacato si concentra su ciò che *non* è ammissibile, la Corte di giustizia adotta un approccio minimalista [497], astenendosi dallo sviluppare criteri interpretativi che potrebbero limitare pesantemente l'autonomia e l'identità costituzionale degli Stati membri (cfr. §§ 33-34).

La Grande Camera della Corte EDU ha confermato questo approccio nel caso *Guðmundur Andri Ástráðsson* [498]. La sentenza è resa nei confronti dell'Islanda, ma guarda anche agli sviluppi in Polonia e in Ungheria. In que-

---

[495] P. BOGDANOWICZ-M. SCHMIDT, *The Infringement Procedure in the Rule of Law Crisis: How to Make Effective Use of Article 258 TFEU*, in *Common Market Law Review*, 55, 2018, pp. 1069-1073; C. HILLION, *Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal Mandate and Means*, in C. CLOSA-D. KOCHENOV (a cura di), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, p. 59.

[496] A. VON BOGDANDY *et al.*, *A Potential Constitutional Moment for the European Rule of Law. The Importance of Red Lines*, in *Common Market Law Review*, 55, 2018, p. 963.

[497] Ciò è confermato dalla sua decisione sull'indipendenza giudiziaria a Malta. Cfr. CGUE, 20 aprile 2021, *Repubblika*, causa C-896/19.

[498] Corte EDU, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, cit.

stione vi era una riforma globale del sistema giudiziario islandese, in base alla quale il Ministro della giustizia era intervenuto nelle nomine giudiziarie. La Corte EDU ha dichiarato che siffatti interventi violano l'articolo 6 CEDU. Pur facendo attenzione a non dedurre dall'articolo 6 CEDU un modello per la selezione dei giudici, la Corte sottolinea l'importanza di una magistratura affidabile e ribadisce il proprio potere di controllo [499].

La legittimità del costituzionalismo trasformativo della Corte di giustizia è rafforzata dal fatto che l'intervento non è condotto in solitudine, ma è parte di una più ampia azione europea, come dimostra il caso *Guðmundur Andri Ástráðsson* della Corte EDU. Le interpretazioni delle corti sono inoltre inserite in un processo che coinvolge anche la Commissione, il Consiglio e il Parlamento come legislatori europei, nonché la Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa (cfr. § 29). Allo stesso modo, la constatazione della violazione del nucleo costituzionale si basa solitamente su una valutazione collettiva condotta da varie istituzioni indipendenti (cfr. § 61).

I predetti processi di interpretazione e valutazione non riguardano soltanto istituzioni pubbliche. Anche gli studiosi di diritto sono chiamati a svolgere un ruolo. Le loro reazioni alle tendenze autoritarie contribuiscono, infatti, all'emersione della società europea. A questo proposito, il *Verfassungsblog (On Matters Constitutional)* di Max Steinbeis risulta paradigmatico.

Ma il ruolo della scienza giuridica va oltre. Molte delle sentenze esaminate nel presente lavoro recano l'impronta di giudici al contempo professori di diritto pubblico. Per dirla con un'iperbole, gran parte della giurisprudenza della società europea è opera di professori. Il Capitolo che segue disvela la verità racchiusa in questa iperbole.

[499] *Ivi*, punti 207 ss.; Corte EDU, 18 ottobre 2018, *Thiam c. Francia*, ric. n. 80018/12, punti 49, 72 ss.; 7 maggio 2021, *Xero Flor c. Polonia*, ric. n. 4907/18, punto 252.

IV.
Scienza

Sommario: A. La *Gestalt* della scienza giuridica europea. – 68. L'autonomia. – 69. Schmitt e noi. – 70. Il problema dell'egemonia. – 71. L'identità. – B. Una voce autonoma della ragione. – 72. Autonomia e democrazia. – 73. La concezione del diritto comparato di Eduard Gans. – 74. Il diritto comparato nella società europea. – C. Metodi. – 75. Prassi. – 76. Critica. – 77. Teoria. – 78. Dottrina. – D. Combattere il fuoco con il fuoco. – 79. L'autoritarismo governativo. – 80. La responsabilità penale dei giudici di regime. – 81. *Solange*.

A. La *Gestalt* della scienza giuridica europea

68. L'autonomia

Le ricostruzioni scientifiche concernenti la società hanno un impatto sociale (cfr. § 4). Ne restituisce evidenza la nota affermazione di Hegel: "*[o]gni giorno di più mi convinco che il lavoro teorico ottiene molto di più nel mondo che il lavoro pratico: una volta rivoluzionato il regno delle idee, la realtà non resiste*" [1]. Questo approccio è ampiamente condiviso. Secondo il sociologo Ernest Gellner, "*alla base dell'ordine sociale moderno non sta il boia, ma il professore*" [2]. Per l'economista John Maynard Keynes, ogni idea che ha plasmato il mondo proviene da uno "*scribacchino accademico*" [3]. Carl Schmitt, nel contributo forse più famoso sulla scienza giuridica europea, rappresenta quest'ultima come "*la figlia primogenita del moderno spirito europeo, del*

[1] J. HOFFMEISTER (a cura di), *Briefe von und an Hegel, Bd I 1785-1812*, Felix Meiner, Hamburg, 1969, pp. 251-255; trad. it. *Hegel politico*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1975, p. 184.

[2] E. GELLNER, *Nations and Nationalism*, Cornell University Press, Ithaca, 1983, p. 34; trad. it. M. LUCIONI DIEMOZ (a cura di), *Nazioni e nazionalismo*, Editori Riuniti, Roma, 1997, p. 40.

[3] J.M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money* (1935), Palgrave Macmillan, London, 2018, p. 383; trad. it. A. CAMPOLONGO (a cura di), *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, edizione digitale, UTET, Torino, 2013, p. 510.

'razionalismo occidentale' moderno". A suo avviso, la scienza giuridica gode di "*dignità quasi legislativa*" e, nel peggiore dei casi, funge da "*ultimo asilo della coscienza giuridica*" [4].

Ma non si tratta soltanto di convincimenti appartenuti a uomini caucasici ormai deceduti che idealizzavano la loro professione. Per quanto si possa rifiutare l'idealismo di Hegel, il radicalismo di Gellner, il compiacimento di Keynes e l'iperbole di Schmitt, purtuttavia, non si può negare che i giuristi abbiano un ruolo sociale. Non si limitano a descrivere dall'esterno i *loro* ordinamenti giuridici, essi spesso li plasmano dall'interno. Elaborano concetti e princìpi (cfr. §§ 5-24, 27-43), costruiscono, spiegano e legittimano le strutture giuridiche e politiche, ispirano, sostengono e criticano lo sviluppo del diritto. Gli studiosi di diritto forgiano la generazione futura di giuristi che avrà il compito di dare forma giuridica alle relazioni sociali. Molti studiosi, diffondendo i propri concetti, le proprie dottrine, teorie o interpretazioni, si rivolgono al mondo accademico, ai professionisti e al pubblico in generale. Lo fanno in qualità di accademici, ma anche di consulenti legali, esperti di processi politici o – a coronamento della loro carriera – di giudici.

Si descriverà qui la trasformazione strutturale del diritto pubblico europeo, ricostruendo i mutamenti della relativa scienza giuridica. L'esperienza di ricerca trentennale di chi scrive rende assai ardua l'impresa, come dimostra brillantemente Ulrich Haltern nel suo *Il diritto europeo ed io* [5]. Haltern si premura di precisare che per affrontare tale sfida è necessario esplicitare la propria posizione. Quella di cui si darà conto, pertanto, è una scienza giuridica olistica, ricostruttiva e trasformativa volta a promuovere il progetto democratico sotteso all'articolo 2 TUE. Come nei capitoli precedenti, la trasformazione *della* scienza giuridica implica un genitivo sia oggettivo che soggettivo (cfr. § 4): da un lato, infatti, le forze sociali esercitano una grande influenza sul lavoro degli accademici; dall'altro, questi ultimi svolgono in autonomia il loro ruolo.

---

[4] C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Internationaler Universitäts, Tübingen, 1950, pp. 29, 18, 32; trad. it. A. SALVATORE (a cura di), *La situazione della scienza giuridica europea*, edizione digitale, Quodlibet, Macerata, 2020, pp. 65 e 70. Sul testo di Schmitt, vedi M. BARBERIS, *Europa del diritto. Sull'identità giuridica europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 15 ss., 25; L. GAROFALO, *Intrecci schmittiani*, Il Mulino, Bologna, 2020. Per la contestualizzazione storica, cfr. R. MEHRING, *Savigny or Hegel? History of Origin, Context, Motives and Impact*, in A. VON BOGDANDY-R. MEHRING-A. HUSSAIN (a cura di), *Carl Schmitt's European Jurisprudence*, Nomos, Baden-Baden, 2022, pp. 69 ss. Per le considerazioni che seguono, vedi A. VON BOGDANDY, *The Current Situation of European Jurisprudence in the Light of Carl Schmitt's Homonymous Text*, in A. VON BOGDANDY-R. MEHRING-A. HUSSAIN (a cura di), *Carl Schmitt's European Jurisprudence*, cit., p. 113.

[5] U. HALTERN, *Europarecht und ich*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, pp. 440-441.

Il caso del *Professor Carl Schmitt* ne dimostra le implicazioni: Karl Löwenstein fece arrestare Schmitt per i suoi scritti accademici, che riteneva avessero fornito sostegno ai crimini tedeschi (cfr. § 45). Ma il procuratore americano Robert Kempner – che già nel 1932, in veste di procuratore prussiano, tentò coraggiosamente di incriminare Hitler – ritenne invece di non poter avviare su quelle basi un procedimento penale a suo carico e, sebbene con profondo rammarico, lo fece rilasciare [6]. Tuttavia, il duro ostracismo che Schmitt subì negli anni successivi dimostra come, al di là della responsabilità penale, vi siano altri meccanismi in grado di sanzionare le azioni di uno studioso.

Se la scienza giuridica svolge un ruolo vitale nella società, allora la società europea richiede una scienza giuridica europea. Ciò implica una trasformazione, poiché la maggior parte della scienza giuridica è nazionale [7] e spesso connotata da nazionalismo epistemico [8]. Il ruolo e la *Gestalt* della scienza giuridica europea possono essere esaminati sotto tre aspetti distinti, con e contro "*La situazione della scienza giuridica europea*" di Schmitt. Quest'ultimo concepisce una scienza giuridica europea senza istituzioni europee, mentre l'attuale scienza giuridica dipende da esse (cfr. § 69). Schmitt evoca altresì lo spettro di strutture egemoniche (cfr. § 70). Per opporsi ad esse, le identità accademiche devono essere europeizzate (cfr. § 71).

69. Schmitt e noi

La scienza giuridica europea contemporanea assume contorni nitidi se letta alla luce del saggio di Schmitt, e ciò sebbene quest'ultimo non tratti in alcun modo il nuovo progetto di integrazione. È ben vero che nel 1950 non esisteva un diritto europeo come l'odierno diritto dell'Unione, ciononostante Schmitt pubblicava "*La situazione*" nell'anno della Dichiarazione

---

[6] R.M.W. KEMPNER, *Das Dritte Reich im Kreuzverhör. Aus den unveröffentlichten Vernehmungsprotokollen des Anklägers*, Herbig, München, 1969, pp. 293 ss. Vedi anche H. QUARITSCH (a cura di), *Carl Schmitt – Antworten in Nürnberg*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 27 ss.

[7] A. JAKAB, *European Constitutional Language*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 83-84; D. THYM, *Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland*, in *Europarecht*, 50, 2015, p. 671; A. HATJE-P. MANKOWSKI, *"Nationale Unionsrechte". Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen*, in *Europarecht*, 49, 2014, p. 155; B. DE WITTE, *European Union Law. A Unified Academic Discipline?*, in A. VAUCHEZ-B. DE WITTE (a cura di), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 114-115.

[8] A. PETERS, *Die Zukunft der Völkerrechtswissenschaft: Wider den epistemischen Nationalismus*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 67, 2007, p. 721.

Schuman (cfr. § 8) e a un anno dall'entrata in vigore dello Statuto del Consiglio d'Europa, del 5 maggio 1949 [9]. Considerato che con tale saggio Schmitt mirava a rilanciare la propria carriera nella Germania post-bellica, ci si sarebbe potuti aspettare che ne attualizzasse i contenuti, facendo riferimento agli albori dell'integrazione europea. Del resto, molti nazisti dopo la Seconda guerra mondiale divennero strenui difensori dell'integrazione europea [10].

Il silenzio di Schmitt sugli sforzi di integrazione del dopoguerra lascia ben trasparire il suo profondo disprezzo per il progetto di unità politica europea, da lui stigmatizzato come "*un sottoprodotto, se non un avanzo*" del contesto geopolitico, cioè dell'antagonismo tra Stati Uniti e Unione Sovietica [11]. Non si è mai appassionato alla Repubblica federale, alla sua integrazione nell'Occidente in generale e alla sua partecipazione al progetto europeo in particolare. Nell'ultima frase de "*La situazione*", egli disvelava il proprio convincimento: "*la confusione delle lingue può essere meglio di un'unità babelica*" [12].

La scienza giuridica europea di Schmitt non si basa sull'integrazione politica, ma su un ben diverso fondamento, come si evince chiaramente dal titolo, il quale presuppone l'esistenza di una scienza giuridica europea già cinque anni dopo la Seconda guerra mondiale, se non addirittura prima, giacché Schmitt presentò le idee portanti del testo in conferenze tenute durante la guerra.

Schmitt sostiene l'esistenza di una scienza giuridica europea sulla base di tre argomenti principali. Il primo è polemico ed *ex negativo*: per Schmitt, negare l'esistenza di una scienza giuridica europea è prova di un gretto positivismo giuridico [13]. Il secondo argomento è fenomenologico. Schmitt sostiene che i vari ordinamenti giuridici europei operano sovente con concetti

---

[9] Per la sua comprensione della geopolitica di quel periodo, cfr. C. SCHMITT, *Die geschichtliche Struktur des heutigen Welt-Gegensatzes von Ost und West*, in A. MOHLER (a cura di), *Freundschaftliche Begegnungen. FS für Ernst Jünger zum 60. Geburtstag*, Klostermann, Frankfurt am Main, 1955, p. 137.

[10] Si pensi alla metamorfosi di Hanno F. Konopath da teorico della razza a creatore della bandiera europea. Vedi W. MOGGE, *"Wir lieben Balder, den Lichten…". Völkisch-religiöse Jugendbünde vom Wilhelminischen Reich zum "Dritten Reich"*, in U. PUSCHNER-C. VOLLNHALS (a cura di), *Die völkisch-religiöse Bewegung im Nationalsozialismus. Eine Beziehungs-und Konfliktgeschichte*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2012, pp. 56-57. La paternità è contestata e viene attribuita anche al sopravvissuto all'Olocausto Paul Lévy e ad Arséne Heitz: M. GÖLDNER, *Politische Symbole der europäischen Integration. Fahne, Hymne, Hauptstadt, Pass, Briefmarke, Auszeichnungen*, Peter Lang, Lausanne, 1988, pp. 58 ss.

[11] C. SCHMITT, *The Legal World Revolution* (1978), in *Télos*, 72, 1987, p. 85; su questo punto cfr. *supra*, § 18.

[12] C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., p. 71.

[13] *Ivi*, p. 23.

e istituzioni simili. Ciò vale sia per le singole norme sia per la "*struttura sistematica dell'intero*" e "*in ogni singola disciplina giuridica*" [14]. Non fornisce evidenze a sostegno di tale affermazione, limitandosi ad asserire che si tratta di una convergenza nota "*a ogni esperto di tali discipline*" [15]. Ne discende "*un'autentica comunità europea, il cui comune diritto reca in sé i tratti di un'autentica* common law" [16]. Il terzo argomento avvalora detta convergenza sulla base di un millennio di "*reciproche recezioni*". I molteplici aspetti della scienza giuridica nazionale non sono altro che espressioni di un'unica scienza giuridica europea, benché i giuristi non ne siano sempre consapevoli.

La concettualizzazione elaborata da Schmitt appare piuttosto problematica. Innanzitutto, perché non tiene conto dell'aspetto istituzionale della scienza. L'importanza delle istituzioni vale sia per il diritto nazionale sia per il diritto internazionale: basti citare l'*Institut de droit international*, l'*International Law Association* e l'Accademia di diritto internazionale dell'Aia [17]. Per quanto riguarda il diritto europeo, tali istituzioni si sono sviluppate solo lentamente. Ancora nel 1990, Helmut Coing – fondatore dell'Istituto Max Planck per la storia giuridica europea di Francoforte e sostenitore di un nuovo *Ius Commune* europeo – considerava l'europeizzazione degli studi giuridici un progetto per il futuro [18]. La mancanza di riferimenti a istituzioni accademiche nel saggio di Schmitt è tanto più sorprendente dato il suo approccio istituzionalista.

Del resto, a soli cinque anni dalla fine del Secondo conflitto mondiale, i giuristi degli altri Paesi europei non avrebbero certo gradito essere associati ai colleghi tedeschi, molti dei quali complici del regime nazista. Numerosi giuristi tedeschi avevano infranto persino le prescrizioni che lo stesso Schmitt indica in *La situazione*: "*un riconoscimento della persona che non venga meno neanche nella lotta e che si basi sul rispetto reciproco*" e "*senso della reciprocità e del minimo richiesto per una procedura regolare, per un* due process of law*, senza cui non c'è diritto*" [19]. Per tale ragione, la scienza giuridica tedesca dovette riconquistarsi una reputazione [20]. Forse a ciò si deve la

[14] *Ibidem*.

[15] *Ibidem*.

[16] *Ibidem*.

[17] M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 11 ss.; trad. it. M. KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 15 ss.

[18] H. COING, *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 15, 1990, p. 937.

[19] C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., p. 67.

[20] F. LANGE, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption. Hermann Mosler als Wegbereiter der westdeutschen Völkerrechtswissenschaft nach 1945*, Springer, Berlin, 2017, pp. 41 ss.

forzatura terminologica di Schmitt, cioè la qualificazione come *europea* della scienza giuridica. Comunque, l'intento di Schmitt non ebbe successo, considerato che nessuna vittima della guerra di aggressione tedesca avrebbe potuto accettare l'*incipit* apologetico del suo testo, il quale descrive la Seconda guerra mondiale come un evento che ha lacerato l'Europa [21].

Rispetto all'epoca odierna, la concettualizzazione di Schmitt risulta ancora meno adeguata. Se si adottasse la sua prospettiva, infatti, la scienza giuridica europea finirebbe ora con il confondersi e dissolversi in una sorta di scienza giuridica globale [22]. La diffusione dei medesimi "*concetti e istituti giuridici essenziali*" si rinviene oggigiorno non già soltanto negli ordinamenti giuridici europei, bensì in quelli di quasi tutto il mondo, di tal che la scienza giuridica europea di Schmitt non si distinguerebbe da quella globale [23]. Paradossalmente, tale conclusione non è smentita neppure guardando alla Cina, il Paese che probabilmente potrebbe più di ogni altro plasmare l'ordine sociale in modo opposto a quello dell''Occidente' o del 'Nord globale' [24]. Anche in tale ordinamento si rinvengono i medesimi concetti e istituti giuridici essenziali, nati dalla tradizione europea e oggi divenuti fenomeni globali.

A prima vista, potrebbe apparire più convincente l'argomentazione di Schmitt secondo cui il "*processo interno all'Europa di incontro e di influenza reciproca*" costituisce la cifra della scienza giuridica europea. Schmitt evoca una sorta di repubblica europea degli studiosi, alla quale contribuirebbero allo stesso modo le voci di tutte le nazioni europee. Tuttavia, una tale repubblica non esisteva né ai suoi tempi né oggi. La stessa *situazione* di Schmitt lo dimostra, perché restituisce un dibattito tutto interno alla dottrina giuridica tedesca, impreziosito ad arte da alcuni riferimenti, per lo più irrilevanti, ad autori stranieri. In definitiva, Schmitt traccia una linea di pensiero che da Friedrich Carl von Savigny giunge a lui stesso, nel solco della tradizione hegeliana [25].

Se oggi si constata una maggiore interazione transnazionale, gran parte di questa va oltre i confini europei e trova i suoi punti di riferimento nelle

---

[21] C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., p. 23.

[22] S. CASSESE, *La globalisation du droit*, in P. TITIUN (a cura di), *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, p. 113.

[23] Per il diritto costituzionale, cfr. G. FRANKENBERG, *Constitutions as Commodities: Notes on a Theory of Transfer*, in G. FRANKENBERG (a cura di), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Elgar, Cheltenham, 2013, p. 1.

[24] U. KISCHEL, *Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 699-700, 715, 724 ss.

[25] C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1925. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1958, pp. 427 ss.

più prestigiose *Law School* statunitensi. Se gli europei svolgono ancora un ruolo di primo piano quando si tratta di diritto romano, di diritto canonico o di diritto penale sostanziale, quando invece si tratta di economia globale, ordine globale, Internet o sicurezza globale, "*ogni esperto di queste discipline ha consuetudine*" con gli studi elaborati presso istituzioni americane d'élite [26]. Per taluni, invero, la dottrina statunitense è ormai egemonica anche nel diritto europeo [27].

La comprensione di Schmitt della scienza giuridica europea è quindi molto sommaria. Contrariamente a quanto asserisce nella prima pagina di *La situazione*, la scienza giuridica europea esige una volontà politica europea e una legislazione europea. In effetti, l'odierna scienza giuridica europea deve la propria esistenza alle istituzioni europee. La Corte di giustizia e la Commissione hanno creato la *Fédération Internationale pour le Droit Européen* (FIDE) nel 1961, come strumento della politica di integrazione [28]. Il *Collège d'Europe*, con sedi a Bruges e dal 1992 a Natolin, è forse il più importante istituto per la formazione dei funzionari europei. La promozione di istituzioni accademiche costituisce una tradizione europea. Da sempre, i governi degli Stati nascenti hanno favorito lo sviluppo della scienza giuridica in vista del raggiungimento dei propri obiettivi [29].

Una chiara rappresentazione di ciò è fornita dalla fondazione, nel 1972, dell'Istituto Universitario Europeo a Firenze: un progetto accademico molto ambizioso [30], che rispondeva alle esigenze della politica europea. Già alla fine degli anni Settanta, l'Istituto divenne un punto di riferimento della ricerca giuridica europea. Sotto la guida di Mauro Cappelletti e Joseph Weiler venne concepito il concetto di *integrazione attraverso il diritto*, e si formò

---

[26] M. REIMANN, *The American Advantage in Global Lawyering*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 78, 2014, p. 1.

[27] A. ARNULL, *The Americanization of EU Law Scholarship*, in A. ARNULL-P. EECKHOUT-T. TRIDIMAS (a cura di), *Continuity and Change in EU Law. Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 415; A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa. L'integrazione europea dalla prospettiva del diritto amministrativo*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 193-194.

[28] Sulla FIDE, J. LAFFRANQUE, *FIDE – Uniting Great Minds of European Law. 50 Years of the International Federation for European Law*, in *Juridica International*, 18, 2011, p. 173; A. VAUCHEZ, *The Transnational Politics of Judicialization. Van Gend en Loos and the Making of EU Polity*, in *European Law Journal*, 16, 2010, p. 10.

[29] W. PAULY, *Deutschland. § 58*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV. Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, n. 1; B. LEITL-STAUDINGER, *Österreich. § 62*, *ivi*, n. 3; A. JAKAB, *Ungarn. § 67*, *ivi*, n. 2.

[30] Preambolo e articolo 2, paragrafo 1, primo comma, della Convenzione relativa alla creazione di un istituto universitario europeo.

pertanto un gruppo di studiosi che ricostruiva il diritto in tale prospettiva [31]. Le opere pubblicate con il titolo *Integration Through Law* si focalizzavano sul potere trasformativo del diritto comunitario e sulla comparazione con il modello statunitense. Nessun altro progetto ha avuto una risonanza comparabile.

Poiché la scienza giuridica europea deve essere praticata in tutta Europa, le scienze nazionali devono essere europeizzate. A tal fine, l'Unione finanzia da tempo cattedre *Jean Monnet* in molte università. Con le conclusioni di Lisbona (2000) e Barcellona (2002), il Consiglio europeo ha dato un enorme impulso alla europeizzazione della ricerca, che ormai è a pieno titolo una politica europea ai sensi dell'articolo 179, paragrafo 1, TFUE [32]. Il Consiglio europeo della ricerca (ERC) [33] e la sua agenzia esecutiva associata, l'ERCEA [34], rappresentano uno sviluppo di tale politica, concorrendo con i propri finanziamenti a creare una reputazione scientifica europea, forza trainante dell'europeizzazione della ricerca scientifica [35].

Anche le politiche nazionali sulla ricerca sono allineate rispetto all'obiettivo dell'europeizzazione [36]. Lo stesso governo polacco ha ridefinito gli incentivi, facendo in modo che gli studiosi di diritto polacchi si rivolgessero a un pubblico europeo [37]. Ciò rappresenta un atto di grande rilievo, considerato che la spinta all'europeizzazione della dottrina giuridica polacca proveniva da un governo nazionalista [38].

---

[31] M. CAPPELLETTI-M. SECCOMBE-J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience*, De Gruyter, Berlin, 1985-1988.

[32] A. DE ELERA, *The European Research Area. On the way Towards a European Scientific Community?*, in *European Law Journal*, 12, 2006, p. 559.

[33] Decisione della Commissione, del 12 dicembre 2013, che istituisce il Consiglio europeo della ricerca (2013/C 373/09).

[34] Decisione di esecuzione della Commissione, del 17 dicembre 2013, che istituisce l'Agenzia esecutiva del Consiglio europeo della ricerca e abroga la decisione 2008/37/CE (2013/779/UE).

[35] Sul tema reputazionale, cfr. N. LUHMANN, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1990, pp. 245 ss.; H. GOERLICH, *Die Rolle von Reputation in der Rechtswissenschaft*, in E. HILGENDORF-H. SCHULZE-FIELITZ (a cura di), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2021, p. 207.

[36] WISSENSCHAFTSRAT, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland Situation, Analysen, Empfehlungen*, Geschäftsstelle des WR, Köln, 2012.

[37] Cioè in inglese e nelle principali riviste transnazionali. Vedi il sito ufficiale del Ministero polacco della scienza e dell'istruzione superiore (*Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego*) (20 dicembre 2019), alla pagina https://www.gov.pl/web/nauka/nowe-rozszerzone-wykazy-czasopism-naukowych-i-recenzowanych-materialow-z-konferencji-miedzynarodowych-oraz-wydawnictw-monografii-naukowych.

[38] Sul ruolo della dottrina del diritto pubblico per l'identità polacca, cfr. I. LIPOWICZ, *Polen. § 34*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum*

70. Il problema dell'egemonia

Il processo di integrazione, compresa l'europeizzazione delle scienze giuridiche, promette un'Europa unita nell'uguaglianza [39]. Tuttavia, l'integrazione ha sempre suscitato il sospetto che dietro ad essa si celassero progetti di egemonia. Daniel Halberstam, successore di Eric Stein all'Università del Michigan, concettualizza tale dubbio, distinguendo tra due tipi di egemonia: quella che può derivare da risorse culturali, come l'abilità degli studiosi, e quella che deriva da un *hard power*, come un esercito potente, un'economia forte ovvero come – per quanto qui più rileva – un potere decisionale [40]. Halberstam richiama *La situazione della scienza giuridica europea* di Schmitt quale studio sull'egemonia culturale e il testo *Die Hegemonie* di Heinrich Triepel del 1938 quale studio sull'egemonia forte [41].

Negli ultimi trent'anni, la ricerca anglo-americana è servita da modello per plasmare lo spazio di ricerca europeo, e la ricerca nelle più prestigiose *Law School* statunitensi ha svolto un ruolo fondamentale in tal senso, come testimonia il progetto *Integration Through Law* promosso da Cappelletti e Weiler (cfr. § 68). Di più: nulla è paragonabile alla potenza della lingua inglese, il cui uso implica l'adozione di concetti elaborati da studiosi anglo-americani [42].

La situazione della scienza giuridica europea di Schmitt suggerisce di considerare anche la Germania. Sebbene il titolo evochi la *scienza giuridica europea*, il testo promuove l'egemonia culturale della *scienza giuridica tedesca*, sostenendo che quest'ultima ha gettato "*i germogli del suo spirito*" per la scienza giuridica europea. Schmitt reputa inadeguato il pensiero giuridico francese e inglese [43], sostenendo, in definitiva, l'esistenza di due sole autorità nel campo del diritto: esplicitamente, Savigny; e implicitamente, sé stesso. L'europeismo di Schmitt rappresenta quindi un nazionalismo occulto. In effetti, il lavoro

---

Europaeum, Bd. II. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, nn. 10 ss.; A. WASILEWSKI, *Polen. § 63*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV*, cit., 2011, n. 21.

[39] K. LENAERTS, *No Member State is More Equal Than Others. The Primacy of EU law and the Principle of the Equality of the Member States before the Treaties*, in *Verfassungsblog* (8 ottobre 2020).

[40] D. HALBERSTAM, *Anti-Hegemony and Its Discontents. On Germany in Europe*, in *Verfassungsblog* (14 ottobre 2020).

[41] H. TRIEPEL, *Die Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten*, Kohlhammer, Stuttgart, 1938. Prevedeva il fallimento di Hitler, anche se naturalmente tra le righe.

[42] C. TOMUSCHAT, *The (Hegemonic?) Role of the English Language*, in *Nordic Journal of International Law*, 86, 2017, p. 196; M. CARTABIA, *La lingua inglese e lo studio del diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 68, 2018, p. 907.

[43] C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., p. 70.

del 1950 ripete in gran parte i contenuti di *La situazione storica della scienza giuridica tedesca*, pubblicato nel 1936 [44].

Il processo di integrazione europea che Schmitt tanto rifiutava sta realizzando, in un paradossale capovolgimento, l'obiettivo che egli perseguiva? Di frequente l'integrazione europea è stata concepita come una forma di avanzamento del dominio tedesco (cfr. § 14). Anche autori insospettabili hanno favorito un'egemonia tedesca in Europa, ritenendola necessaria e auspicabile [45]. Per altri, questa prospettiva ha costituito invece un buon motivo per rifiutare talune politiche dell'Unione o financo l'Unione nel suo complesso (cfr. § 14).

Quanto è dominante la scienza giuridica tedesca? Vari giuristi non tedeschi che lavorano nelle istituzioni europee percepiscono che la mentalità giuridica tedesca, plasmata dalla dottrina giuridica tedesca, ha grande influenza. L'indice del libro di Daniel Innerarity, *Democracy in Europe*, contempla un solo Stato membro, la Germania, e lo cita tredici volte. Aldo Sandulli, certo non un germanofilo, considera il diritto amministrativo europeo come un prodotto della scienza giuridica tedesca [46]. Se quella britannica eserciterà sempre meno influenza dopo la Brexit, il ruolo della scienza giuridica tedesca potrebbe divenire ancora più rilevante. Anche quest'opera potrebbe contribuire a un siffatto sviluppo.

Del resto, la Germania è probabilmente lo Stato europeo che investe più risorse nella ricerca giuridica. E a differenza dei Paesi Bassi (ma anche della Svizzera e del Regno Unito), riserva in larga misura l'uso di queste risorse ai propri cittadini. In Germania, il requisito del superamento di due esami di Stato (lo Stato amministra l'esame perché il diritto è considerato di troppo rilievo per delegarlo alle università) limita fortemente l'accesso alla carriera universitaria in materie giuridiche. Così, la ricerca tedesca su temi europei è spesso profondamente germanica, stanti le sue posizioni e i modelli di pensiero [47]. Anche questo lavoro è profondamente radicato in detta tradizione. La scelta di concentrarsi sull'articolo 2 TUE potrebbe essere ritenuta

---

[44] C. SCHMITT, *The Historical Situation of German Jurisprudence* (1936), in A. VON BOGDANDY-R. MEHRING-A. HUSSAIN (a cura di), *Carl Schmitt's European Jurisprudence*, cit., p. 49.

[45] C. SCHÖNBERGER, *Hegemon wider Willen. Zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union*, in *Merkur*, 66, 2012, p. 1; A. BOLAFFI, *Cuore tedesco. Il modello Germania, l'Italia e la crisi europea*, Donzelli Editore, Roma, 2013; Z.M. BEDDOES, *Europe's Reluctant Hegemon: Special Report*, in *The Economist* (15 giugno 2013); S. BULMER-W.E. PATERSON, *Germany and the European Union. Europe's Reluctant Hegemon?*, Red Globe Press, London, 2019.

[46] A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa*, cit., p. 165. Egli, però, nota anche che l'autore del libro più famoso in questo ambito (cioè Paul Craig) è inglese.

[47] B. ÇALI, *The Two Faces of German Legal Hegemony?*, in *Verfassungsblog* (7 ottobre 2020).

espressione dell'ipertestualismo tedesco [48], come la prospettiva hegeliana prescelta potrebbe rappresentare ciò che viene considerato "*l'essenza del 'German Approach'*" [49].

Il radicamento in una tradizione nazionale, tuttavia, non è indice di aspirazioni egemoniche. Può anche esprimere il pluralismo della società europea. In questo senso, il presente contributo deve ritenersi una legittima proposta sul mercato europeo delle idee giuridiche [50].

In un siffatto mercato, non esiste un'egemonia tedesca [51]. Uno sguardo agli editori, ai redattori e agli autori delle principali riviste sui temi trattati in questo lavoro (come la *Common Market Law Review*, la *European Constitutional Law Review*, lo *European Law Journal* [52], lo *European Journal of International Law*, il *Maastricht Journal of Comparative and European Law* e l'*International Journal of Constitutional Law*) rivela orientamenti diversi e prevalentemente transnazionali. Gli accademici che desiderano avere voce in tutta la società europea devono conformarsi alla logica transnazionale che caratterizza le principali riviste. Se si volesse proprio sostenere la prevalenza di una particolare tradizione giuridica, invero, questa dovrebbe riconoscersi nelle nozioni, nelle istituzioni accademiche e negli studiosi plasmati dalla dottrina anglo-americana.

Nell'intero spazio giuridico europeo, ci sono solo due pubblicazioni periodiche tedesche che svolgono un ruolo rilevante: il *German Law Journal* e il *Verfassungsblog*. Tuttavia, la loro impostazione riflette una *Germania europeizzata*, non un'*Europa germanizzata* [53]. Esse favoriscono, come questo contributo, lo sviluppo di una società democratica europea caratterizzata dai princìpi dell'articolo 2 TUE [54].

Sebbene gli accademici tedeschi non godano di un'egemonia culturale in senso schmittiano, la scienza giuridica tedesca potrebbe essere considerata

---

[48] R.A. MILLER, *The Ugly German*, in *Verfassungsblog* (13 ottobre 2020).

[49] C. SCHÖNBERGER, *Der 'German Approach'. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2015, p. 2.

[50] Formulato come programma di ricerca in M. JESTAEDT, *Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich*, in *JuristenZeitung*, 69, 2014, p. 12.

[51] A. JAKAB, *The Fading International Influence of German Constitutional Thinking*, in *Verfassungsblog* (9 ottobre 2020); A. QUERALT JIMÉNEZ, *Influence Yes, Hegemony No. German Legal Science Viewed from Spain*, in *Verfassungsblog* (11 ottobre 2020); D. SARMIENTO, *On the Road to German Hegemony in EU Law?*, in *Verfassungsblog* (7 ottobre 2020).

[52] Ma solo fino al suo declino nel 2020. A. ARCURI-F. COSTAMAGNA-A. VAUCHEZ, *In Defense of Academic Freedom and Autonomy*, in *Verfassungsblog* (6 febbraio 2020).

[53] U. BECK, *German Europe*, Polity, Cambridge, 2013, p. VII, che riprende questo gioco di parole di Thomas Mann.

[54] Ma cfr. B. IANCU, *Status Quo Hegemony? Conflicting Narratives about the "Rule of Law"*, in *Verfassungsblog* (6 ottobre 2020).

egemonica in senso triepeliano. Gran parte di questa scienza proviene dal *Bundesverfassungsgericht*, la cui composizione risulta generalmente formata per metà da professori universitari, ai quali sono affidate in genere le questioni più delicate e rilevanti. Di conseguenza, pressoché tutti i casi concernenti l'integrazione europea sono fortemente connotati da ambizioni accademiche. Il ruolo assunto dal *Bundesverfassungsgericht* rispetto al diritto europeo costituisce la fonte di potere dei professori che ne sono componenti, ma anche dell'accademia tedesca in quanto tale. Il Secondo Senato ha ampliato significativamente la propria competenza allo scopo di riservarsi l'ultima parola sulle questioni di diritto europeo, divenendone l'arbitro finale (cfr. § 40). Il ruolo della Repubblica federale di Germania – lo Stato membro più popoloso ed economicamente più forte dell'Unione – poggia sull'impatto che la giurisprudenza del Tribunale costituzionale ha nel conformare il diritto europeo, europeizzandone in tal guisa gli orientamenti (cfr. §§ 33, 40, 43, 60).

Il ruolo assunto dal Tribunale costituzionale federale rafforza il ruolo dell'accademia tedesca nel plasmare gli studi di diritto europeo, come osserva Antoine Vauchez. Ciò vale sia per gli studiosi che condividono le decisioni della Corte di Karlsruhe, sia per coloro che le criticano [55]. Secondo Vauchez, il Tribunale costituzionale germanizza i conflitti europei, decidendo controversie, come quelle sulla solidarietà europea, in base a parametri giuridici tedeschi e secondo un approccio tipicamente tedesco. Allo stesso tempo, il Tribunale costituzionale europeizza le tecniche decisorie che adotta per affrontare tali controversie, considerato che anche gli studiosi di altri ordinamenti non possono evitare di confrontarsi con le dottrine da esso elaborate.

La sentenza del Secondo Senato del 5 maggio 2020 sul *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) ha alimentato il sospetto che il Tribunale costituzionale avesse mire egemoniche. Sabino Cassese – decano del diritto pubblico europeo – ha sostenuto, sulla prima pagina del quotidiano *Il Foglio* del 19 maggio 2020, che il Secondo Senato volesse tenere l'Unione al "*guinzaglio tedesco*" [56]. Pál Sonnevend ha inteso la sentenza come un atto, malcelato da argomenti dottrinali, per favorire interessi tedeschi [57]. Oreste Pollicino è giunto financo ad affermare che il Tribunale costituzionale federale ha abusato della propria posizione dominante [58].

---

[55] A. VAUCHEZ, *Vicarious Hegemony. The German Crisis of European Law*, in *Verfassungsblog* (6 ottobre 2020).

[56] S. CASSESE, *The Paths of European Legal Scholarship*, in *Verfassungsblog* (5 ottobre 2020).

[57] P. SONNEVEND, *How Not to Become Hegemonial. Self-Preservation through Verfassungsdogmatik*, in *Verfassungsblog* (13 ottobre 2020).

[58] O. POLLICINO, *The European "Market" for Constitutional Ideas. Abuse of a Judicial Dominant Position?*, in *Verfassungsblog* (9 ottobre 2020).

Come si possono superare simili preoccupazioni? Dopo le aspre critiche rivolte alla sentenza PSPP, il Secondo Senato ha dimostrato di poter modificare da sé la propria giurisprudenza [59]. La stessa Plenaria del *Bundesverfassungsgericht* potrebbe ricercare un punto di convergenza tra la giurisprudenza del Secondo Senato e l'orientamento maggiormente collaborativo del Primo (cfr. § 61). Una risposta più radicale si avrebbe in presenza di una più marcata europeizzazione della scienza giuridica tedesca, la quale fornisce nuove leve alla magistratura, sviluppa nuove idee e funge da interlocutore primario. Un'accresciuta europeizzazione dell'identità degli studiosi si dimostrerebbe, quindi, profondamente trasformativa.

71. L'identità

La trasformazione che promuove una scienza giuridica europea esige l'autocomprensione degli accademici (cfr. § 32). Un cambiamento di tal fatta si manifesta anzitutto nella scelta degli ambiti di ricerca. Gli oggetti di studio e le metodologie seguite sono indicativi. Nuovi argomenti e nuove prospettive possono influenzare il modo in cui gli studiosi comprendono sé stessi. Si pensi, per esempio, allo studio 'multilivello' e comparato delle questioni giuridiche, si tratti di democrazia, di diritti fondamentali, di politiche regolatorie, di protezione giuridica o di fiducia reciproca. L'identità *nazionale* diviene un tema di *diritto europeo* (cfr. § 11). Insomma, giuristi che oggigiorno si occupano soltanto del *proprio* diritto nazionale, senza considerare nulla *al di fuori di esso*, possono apparire anacronistici [60].

Il solo studio di nuove tematiche non conduce necessariamente a una trasformazione delle identità disciplinari. Tuttavia, i temi menzionati allentano il legame degli studiosi con l'ordinamento giuridico in cui, come individui, hanno ricevuto la propria socializzazione primaria. Ciò concreta una trasformazione, dato che i giuristi concepiscono tradizionalmente la propria identità all'interno dei confini nazionali, assumendo il diritto nazionale in contrapposizione al diritto straniero o al diritto internazionale. Il nazionalismo epistemico dà forma alla loro identità. L'approccio olistico – che qui si adotta – non rifiuta tali influenze, ma le inserisce nel più ampio contesto del diritto europeo (cfr. § 33).

Il concetto olistico di diritto europeo coincide con lo spazio europeo di ricerca. Le dinamiche di questo spazio trasformano anche le identità dei settori

---

[59] BVerfGE 156, 182, *Rumänien II (Romania II)*.

[60] T. ACKERMANN, *Eine "ungeheure Jurisprudenz"? Die Europarechtswissenschaft und die Europäisierung des Rechts*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, p. 471.

disciplinari, cambiando non soltanto i temi, ma anche le questioni, la cultura, gli stili e la metodologia adottati. Esse influenzano altresì l'organizzazione della ricerca, nonché gli strumenti di comunicazione della stessa, le carriere, le appartenenze accademiche, le gerarchie e i criteri mediante i quali si acquisisce (o si perde) la propria reputazione scientifica. Le questioni metodologiche sono particolarmente rilevanti.

La metodologia viene spesso considerata determinante per la stessa identità di una disciplina. Nel caso della scienza giuridica continentale, il c.d. metodo giuridico riveste un ruolo preminente (cfr. § 78) e, tuttavia, non si può non osservare come esso sia sotto pressione: non è più in grado, infatti, di governare l'autocomprensione metodologica. La capacità di incidere a livello europeo – obiettivo cui ambisce la maggior parte delle istituzioni accademiche per i propri studiosi – si basa principalmente sulla ricerca orientata alla risoluzione di problemi sociali, sulla ricerca teorica o su quella interdisciplinare. Anche il metodo comparativo è divenuto sempre più importante, ampliando lo sguardo della scienza giuridica (cfr. § 74). Oggi, difficilmente uno studioso può acquisire riconoscimenti a livello europeo, limitandosi a pubblicare contributi dottrinali su singole problematiche o scrivendo libri di testo o commentari, attività che nei decenni passati caratterizzavano la produzione e la reputazione scientifica.

Un'altra dimensione trasformativa risiede nel cambiamento della struttura del potere accademico. La scelta di molti giovani studiosi di ricercare riconoscimenti a livello europeo, pubblicando su riviste internazionali che prevedono una *peer review* anonima, ha indebolito in molti Paesi le tradizionali autorità accademiche. La sorte della *Fédération International pour le Droit Européen* (FIDE) ne fornisce un esempio eloquente: in quanto organizzazione costituita dalle associazioni nazionali di diritto europeo, è stata influenzata in modo significativo dai presidenti di queste ultime. Essa, tuttavia, è stata rapidamente surclassata dalla *International Society of Public Law,* fondata soltanto nel 2014, accogliente nei confronti di giovani studiosi promettenti. Ciò si deve alla lungimiranza di Sabino Cassese e Joseph Weiler, i quali hanno favorito lo sviluppo di questo mercato delle idee aperto e plurale [61].

Anche le nuove possibilità di carriera all'estero, e in particolare quelle offerte dalle facoltà inglesi, irlandesi, olandesi, norvegesi, scozzesi e svizzere, hanno un effetto trasformativo. Gli stranieri che lavorano in queste

[61] Sul loro programma, S. CASSESE, *An International Society of Public Law*, 2015, consultabile in https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/10/1_An-International-Society-of-Public-Law2.pdf; J.H.H. WEILER, *The International Society for Public Law – Call for Papers and Panels*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12, 2014, p. 1.

istituzioni spesso sono convinti di non avere (o di non avere avuto) opportunità di carriera nel sistema accademico del loro Paese. Sorprende che molti dei contributi più significativi nel dibattito europeo provengano proprio da studiosi migranti che lavorano presso tali istituzioni estere. Lo spazio europeo della ricerca rafforza la libertà di perseguire in autonomia una carriera basata sui propri interessi scientifici. È ragionevole ritenere che proprio gli studiosi migranti assumano un ruolo vitale nella comunità scientifica autenticamente europea.

Sebbene il diritto pubblico europeo si sia ormai sviluppato, la comunità scientifica europea dei giuristi muove soltanto i primi passi. La maggior parte degli studiosi di diritto concepisce sé stessa principalmente come componente di una comunità nazionale, dimensione entro cui si svolge la carriera professionale. Una siffatta autocomprensione non appare convincente: se le accademie nazionali intendono seguire i progressi della società europea, esse devono trovare il proprio posto e rifletterlo in quest'ultima.

Europeizzare gli studi giuridici è impresa ardua, data la pluralità di lingue, la complessità della ricerca e del contesto dell'editoria scientifica, nonché la diversità culturale che la ricerca giuridica sovente restituisce [62]. Ma se il multilinguismo, il metodo comparativo, la cooperazione transnazionale e il profilo europeo delle pubblicazioni aprono interessanti prospettive di carriera, in molti contribuiranno alla trasformazione dell'accademia [63].

Tali sviluppi sono forse più facili da rinvenire al di fuori della Germania. Nel 2012, chi scrive ha avuto modo di presentare le proprie tesi sulla scienza giuridica europea a Leida, in occasione della *Staatsrechtconferentie*, la conferenza annuale della *Staatsrechtkring*, l'Associazione olandese di diritto costituzionale [64]. A differenza dell'Associazione dei professori tedeschi di diritto pubblico (cfr. § 27), l'Associazione olandese ammette giovani studiosi [che, nel sistema tedesco, sarebbero invece chiamati – singolarmente – *Nachwuchs*, ossia progenie [65]], e proprio questi ultimi, in quella sede, contestarono l'affermazione secondo cui le identità scientifiche continuano a essere definite dalla dimensione nazionale. Per molti, l'appartenenza alla comunità

[62] Una scorsa agli autori inclusi in molte di queste riviste rivela che i direttori compiono sforzi considerevoli per riflettere questa diversità.

[63] Per le proposte, cfr. G. SYDOW, *Die Europarechtswissenschaft europäisieren? Überlegungen zur Strukturentwicklung der juristischen Fakultäten und zur Lehre des Europarechts*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, p. 545; C. JAMIN, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po: une expérimentation française*, Lextenso, Paris, 2012, pp. 171 ss.

[64] Gli atti della conferenza sono pubblicati in M. DIAMANT *et al.* (a cura di), *The Powers that Be. Op zoek naar nieuwe checks and balances in de verhouding tussen wetgever, bestuur, rechter en media in de veellagige rechtsorde*, WLP, Oisterwijk, 2013.

[65] WISSENSCHAFTSRAT, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, cit., pp. 13 ss.

olandese o belga, o addirittura fiamminga, costituiva solo una delle tante identità. Pur rimanendo importante, questa identità non è predominante, essendo invece inserita nel più ampio contesto europeo e internazionale. I giovani studiosi si sono dimostrati consapevoli di essere membri di una costellazione qui denominata società europea.

B. Una voce autonoma della ragione

72. Autonomia e democrazia

Se la scienza giuridica deve svolgere un ruolo in una società democratica, anch'essa deve essere democratica [66]. Ciò sembra implicare un certo positivismo volto a porre la scienza giuridica al servizio della volontà del parlamento. Sebbene questo sia importante, con Hegel, Gellner, Keynes e Schmitt, si ritiene che anche altri compiti siano significativi, come quello di promuovere la società europea anche in modo autonomo (cfr. § 68).

Pare opportuno muovere ancora una volta da *La situazione* di Schmitt. Una subordinazione positivistica al processo legislativo parlamentare è sempre stata un anatema per Schmitt. Egli avrebbe disprezzato ancora di più una ricerca asservita all'obiettivo della politica europea di trasformare l'Unione europea nell'"*economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo*" [67].

L'idea di Schmitt di scienza giuridica europea contrasta con una siffatta sottomissione. Il suo testo suggerisce una "*presa di distanza*". Per Schmitt, la scienza giuridica è in crisi, perché ha perso in gran parte la propria autonomia. Da un lato, sostiene, si è arresa alla razionalità di altre discipline e, dall'altro, come scienza del diritto positivo, si limita a supportare il legislatore [68]. Schmitt insiste sulla necessaria autonomia della scienza giuridica.

Egli sottolinea l'autonomia come criterio guida della ricerca giuridica, riconoscendo che "*nei suoi vasti orizzonti plurisecolari, la situazione della scienza giuridica europea è stata difatti sempre determinata da due opposizioni: da un lato, l'opposizione della scienza giuridica nei riguardi della teologia,*

---

[66] N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950, pp. 137-138; O. LEPSIUS, *Rechtswissenschaft in der Demokratie*, in *Der Staat*, 52, 2013, pp. 178 ss.

[67] Conclusioni del Consiglio europeo del 24 marzo 2000, par. 5. Si sta lentamente liberando da questa morsa. Vedi K.K. PATEL, *Kooperation und Konkurrenz. Die Entstehung der europäischen Wissenschafts-und Forschungspolitik seit 1945*, in *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte*, 2021, pp. 207-208.

[68] C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., p. 64.

della metafisica e della filosofia; dall'altro, quella nei riguardi di una competenza normativa meramente tecnica" [69]. Più recentemente, le scienze sociali sono state aggiunte alla prima lista [70]. Se la scienza giuridica perdesse l'autonomia conquistata "*confluirebbe in altre Facoltà e verrebbero così gettati via i risultati ottenuti in mezzo millennio*" [71]. A questo riguardo, vale la pena osservare che il giurista Schmitt non segue Hegel. Quest'ultimo reputa che tutte le questioni giuridiche socialmente rilevanti rientrino nella filosofia del diritto da lui concepita, riducendo così la scienza giuridica a una scienza storica e strumentale [72]. È quindi coerente che *La situazione* di Schmitt si fondi sulle tesi di un altro giurista, Friedrich Carl von Savigny, il titano della dottrina giuridica tedesca.

Si condivide, ma per ragioni differenti, l'insistenza di Schmitt sulla necessaria autonomia della scienza giuridica. Una società europea democratica non può rinunciare a un'attività di ricerca giuridica autonoma. Ciò deriva dal ruolo costitutivo del peculiare contributo che la razionalità scientifica apporta a un ordinamento giuridico (cfr. §§ 2, 68). Inoltre, l'autonomia della scienza è coerente con il sistema di mediazione che connota le democrazie rappresentative (cfr. §§ 1, 42-43). È necessaria una scienza della mediazione, considerato che i diversi princìpi dell'articolo 2 TUE realizzano il progetto democratico solo attraverso la loro interazione. Questa è l'essenza della dottrina dei princìpi (cfr. § 27).

Le conclusioni sul rapporto tra autonomia della scienza e società democratica trovano conforto nelle tesi di Mauro Barberis, Jürgen Habermas e Alexander Somek [73]. Per cogliere compiutamente il punto, può giovare assumere una prospettiva esterna [74]. Mauro Bussani, che insegna diritto a Trieste e a Macao, conclude il *Cambridge Companion to Comparative Law*, constatando che la democrazia occidentale, e anzi la cultura occidentale nel suo complesso, dipende dall'autonomia della scienza giuridica [75].

---

[69] *Ibidem*.

[70] *Ibidem*.

[71] *Ivi*, p. 65.

[72] G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts (1821)*, par. 302; trad. it. *Lineamenti di filosofia del diritto (1821)*, Bompiani, Milano, 2006.

[73] M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., pp. 10 ss.; J. HABERMAS, *Discourse Theory and International Law. An Interview with Jürgen Habermas*, https://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/2013InterviewHabermas.pdf (visitato l'ultima volta il 12 luglio 2022), a 4; A. SOMEK, *The Indelible Science of Law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, pp. 431 ss.

[74] M. NEVES, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne. Eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992.

[75] M. BUSSANI, *Democracy and the Western legal tradition*, in M. BUSSANI-U. MATTEI (a cura

Schmitt non è il solo a sostenere che senza una scienza giuridica che abbia una "*sensibilità per la logica e la coerenza dei concetti e delle istituzioni*", non vi è diritto [76]. Schmitt giunge financo a sostenere che il ragionamento giuridico costituisce "*il fondamento di un esser-umani razionale*" [77]. Egli ritiene che esso sia messo in pericolo dal "*legislatore motorizzato*" [78], che include la funzione normativa del governo. Sebbene non si sia occupato del diritto giurisprudenziale (cfr. 4), oggi assai rilevante, anch'esso avrebbe contribuito ad avvalorare la sua tesi. Schmitt intende l'accelerazione della produzione normativa come elemento di una più generale accelerazione della trasformazione sociale, strettamente connessa alle dinamiche di un'economia avanzata [79]. Schmitt tocca un nervo scoperto della scienza giuridica dell'UE, il cui compito originario era quello di sviluppare un mercato comune europeo (cfr. §§ 8, 56, 69).

L'accento posto da Schmitt sull'autonomia della scienza giuridica – la sua difesa della razionalità giuridica contro la pura razionalità economica – fa parte della sua critica conservatrice al capitalismo. Ma c'è di più. Anche Aldo Sandulli, rappresentante della scuola democratica del diritto amministrativo italiano, sottolinea che la dottrina giuridica europea dovrebbe opporsi all'egemonia della razionalità economica [80]. Il suo punto di partenza non è una critica conservatrice, ma la fine ampiamente lamentata del c.d. *embedded liberalism*. Ciò è in linea con l'analisi di Heller (cfr. § 41) e spiega il consenso sociale del dopoguerra che stabilizzò la democrazia in Europa occidentale [81]. Anche forze decisamente neoliberali oggi si riconoscono nell'*embedded liberalism* [82]. Secondo Sandulli, la scienza giuridica europea può contribuire a rilanciare tale forma di liberalismo se riesce a conformare ai princìpi democratici le relazioni sociali.

---

di), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 392-393.

[76] C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., pp. 66-67.

[77] *Ibidem*. Sulla dimensione giusnaturalistica di questa affermazione, M. STOLLEIS, *Carl Schmitt*, in M.J. SATTLER (a cura di), *Staat und Recht. Die deutsche Staatslehre im 19. und 20. Jahrhundert*, List LTW, München, 1972, p. 145.

[78] Per approfondimenti, cfr. C. SCHMITT, *Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 6, 1936, p. 252.

[79] Cfr. anche C. SCHMITT, *Die geschichtliche Struktur*, cit., p. 155.

[80] A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa*, cit.

[81] Vedi J.G. RUGGIE, *International Regimes, Transactions, and Change. Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *International Organization*, 36, 1982, p. 379; T. JUDT, *Postwar. A History of Europe Since 1945*, Penguin, London, 2005, pp. 324 ss.

[82] Emblematicamente, CHARLEMAGNE, *The New Nationalism*, in *The Economist* (19 novembre 2016). Cfr. *supra*, § 26.

Sandulli ritiene che per promuovere la coesione sociale si debba potenziare la razionalità delle altre sfere sociali nei confronti degli attori economici forti, riconoscendo alla scienza giuridica un ruolo di primo piano [83]: alla luce dei valori giuridici, la scienza dovrebbe costruire un sistema che medi tra la razionalità delle diverse sfere. Questo obiettivo si rivolge a tutta la scienza giuridica europea, perché in Europa il declino dell'*embedded liberalism* non può essere imputato soltanto al diritto dell'Unione.

In questo modo, la scienza giuridica europea, quale voce indipendente della ragione, contribuisce a realizzare una società democratica (cfr. §§ 26, 44). Essa è funzionale al progetto democratico, fornendo i concetti necessari, sulla cui base sistematizzare il materiale giuridico, identificando le carenze e, infine, immaginando modi per implementare l'articolo 2 TUE (cfr. §§ 2, 4, 27, 32, 68). In quest'ottica, la mediazione svolge un ruolo cruciale (cfr. § 1). La scienza giuridica europea deve sintetizzare le razionalità specifiche di altre discipline tramite il diritto, dotando tale sintesi di forza vincolante [84]. Siffatta conclusione richiama uno dei nodi centrali del pensiero schmittiano: in *La situazione*, Schmitt descrive il vero ruolo della scienza giuridica come "*un sistema di mediazioni*" [85].

In questo processo di mediazione, Sandulli attribuisce alla dottrina giuridica un primato sulle altre scienze ("*una interdisciplinarietà a primazia giuridica*") [86]. Le attribuisce persino un ruolo nomopoietico [87], che rievoca la dignità, quasi legislativa, con cui Schmitt nobilita la scienza giuridica. Queste accezioni sono problematiche, dato che i giuristi potrebbero acquisire un potere eccessivo [88]. L'autorità dei giuristi non può confondersi con la autoritatività delle fonti espressione del processo democratico.

73. La concezione del diritto comparato di Eduard Gans

La scienza giuridica europea deve prendere in considerazione diversi ordinamenti. Ciò rende la comparazione un elemento costitutivo del suo

---

[83] A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa*, cit., pp. 188, 195.

[84] *Ivi*, pp. 197-210, spec. p. 209.

[85] C. SCHMITT, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, cit., p. 429. Vedi anche A. SOMEK, *Rechtssystem und Republik. Über die politische Funktion des systematischen Rechtsdenkens*, Springer, Wien, 1992, pp. 20 ss.

[86] A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa*, cit., p. 202.

[87] *Ibidem*. Pertanto, tale ambizione non è un fenomeno "specificamente tedesco", contrariamente a quanto sostiene Schönberger: cfr. C. SCHÖNBERGER, *Der 'German Approach'*, cit.

[88] E. FRAENKEL, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, Laubsche, Berlin, 1927.

ragionamento, il quale, a propria volta, implica una mediazione tra i vari ordinamenti [89]. Tali mediazioni contribuiscono a creare un diritto in sintonia con la società europea. Questa concezione del diritto comparato è stata sviluppata per la prima volta da Eduard Gans, uno dei principali allievi di Hegel. Egli divenne un pioniere del Vormärz (che portò alla rivoluzione del 1848), un anello di congiunzione tra Hegel e Marx, un progressista agli antipodi del conservatore Savigny [90]. La pagina di Wikipedia in tedesco presenta Gans come un "*pragmatico liberale con una visione precorritrice di un'Europa unita nella pace*".

Dal punto di vista scientifico, Gans arricchì la ricostruzione hegeliana della ragione, assumendo un approccio sistematico nella comparazione giuridica [91]. Fu il primo, come sostiene Stefan Vogenauer, a praticare un diritto comparato sistematico [92], che si contrappone all'essenzialismo astratto, ai modelli anemici e alla generalizzazione incontrollata delle dottrine nazionali come ragione universale.

Il principale contributo di Gans è la sua opera in quattro volumi *Il diritto successorio nello sviluppo storico mondiale. Un trattato di storia del diritto universale* (*Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung: Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte*), pubblicati tra il 1824 e il 1835 [93]. Come nell'opera di Hegel, il suo lavoro tenta di superare le astrazioni [94]. In un incredibile *tour de force*, Gans esamina il diritto successorio cinese, indiano, mosaico-talmudico, islamico, greco, romano antico e medievale, soffermandosi, con riguardo a ciascun diritto, sugli stessi aspetti che costituiscono parte integrante della libertà: famiglia, proprietà, volontà e testamento. Rispetto all'approccio meramente descrittivo di Hagemeier al diritto comparato (cfr. § 5), l'impresa di Gans rappresenta un enorme progresso.

---

[89] S. CASSESE, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" of the European Union*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 67, 2017, p. 939; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 52-53.

[90] J. BRAUN, *Eduard Gans (1797-1839): Ein homo politicus zwischen Hegel und Savigny*, in H. HEINRICHS *et al.* (a cura di), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, C.H. Beck, München, 1993, p. 53.

[91] H. MOHNHAUPT, *Universalrechtsgeschichte und Vergleichung bei Eduard Gans*, in R. BLÄNKNER-G. GÖHLER-N. WASZEK (a cura di), *Eduard Gans (1797-1839). Politischer Professor zwischen Restauration und Vormärz*, Leipziger Universitätsverlag, Leipzig, 2001, p. 339.

[92] S. VOGENAUER, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung um 1900: Die Geschichte einer anderen "Emanzipation durch Auseinanderdenken"*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 76, 2012, p. 1127.

[93] C. BERTANI, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung (1824-1835) von Eduard Gans. Das erste Zeugnis vom Einfluss Hegels auf die Privatrechtsgeschichtsschreibung*, in *Rechtsgeschichte*, 11, 2007, p. 110.

[94] W.R. BEYER, *Gans'Vorrede zur Hegelschen Rechtsphilosophie*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 45, 1959, p. 261.

Dopo Gans, anche altri studiosi auspicarono che il diritto comparato assumesse il ruolo centrale da lui propiziato. Konrad Zweigert, il fondatore del metodo funzionale del diritto comparato, lo presentò come un "*metodo interpretativo universale*" [95]. Nel 1989, Peter Häberle giunse a qualificare il diritto comparato come "*quinto*" metodo di interpretazione [96] e, nel 2016, Jürgen Basedow lo ha addirittura considerato "*obbligatorio*" [97].

In realtà, l'approccio comparativo non è divenuto dominante, e per una buona ragione [98]. I suoi fondamenti giuridici sono troppo fragili per sostenere un'argomentazione giuridica forte. Seguendo Hegel, Gans credeva in una ragione universale che si sarebbe affermata nella storia. L'equivalente odierno potrebbe essere rappresentato dal costituzionalismo globale che pone la Carta delle Nazioni Unite del 1945 o i Patti internazionali del 1966 come base costituzionale per un diritto globale dell'umanità. Secondo chi scrive, un siffatto costituzionalismo manca di una base giuridica, politica e sociale [99]. La società mondiale, se questo concetto ha un qualche significato, non si basa né sulla Carta delle Nazioni Unite né sui due Patti del 1966 (cfr. § 2). Appare più condivisibile la tesi degli studiosi di diritto pubblico comparato contemporanei, secondo cui le comparazioni globali non implicano e neppure conducono a un diritto generale comune ai diversi ordinamenti giuridici. Vicki Jackson, autorevole sostenitrice della comparazione globale, suggerisce "*engagements*" (scambi) tra ordinamenti giuridici per affermare la rilevanza della comparazione globale [100].

Sotto questo aspetto, le potenzialità del diritto comparato europeo sono completamente diverse. Vanno ben oltre gli scambi, in quanto tale diritto compara ordinamenti giuridici caratterizzati da un diritto comune di natura costituzionale. Gli ordinamenti europei, inoltre, sono funzionali a una

---

[95] K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universal Interpretationsmethode*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 15, 1949, p. 5. A dire il vero, l'universalismo di Zweigert si applicava solo a quello che oggi è il Nord globale.

[96] P. HÄBERLE, *Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode*, in *JuristenZeitung*, 44, 1989, pp. 916 ss.

[97] J. BASEDOW, *Hundert Jahre Rechtsvergleichung. Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung*, in *JuristenZeitung*, 71, 2016, p. 269.

[98] K. RIESENHUBER, *Rechtsvergleichung als Methode der Rechtsfindung?*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 218, 2018, p. 693.

[99] A. VON BOGDANDY-M. GOLDMANN-I. VENZKE, *From Public International to International Public Law. Translating World Public Opinion into International Public Authority*, in *European Journal of International Law*, 28, 2017, pp. 126-127.

[100] V. C. JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

società giuridicamente riconosciuta. Tutti gli atti giuridici devono conformarsi al nucleo costituzionale comune (cfr. § 29). Pertanto, la comparazione giuridica europea ha una base legale, contrariamente alle comparazioni con altre democrazie, come l'Australia, il Canada, Israele, il Regno Unito o gli Stati Uniti.

Il diritto comparato, ai fini dell'articolo 2 TUE, può dunque essere utilizzato anche a livello dottrinale. I princìpi che detta disposizione reca ne rappresentano un esempio, in quanto espressione dei princìpi delle costituzioni degli Stati membri (cfr. §§ 30, 33). Oggi, la comparazione costituisce un elemento consolidato della scienza giuridica nella società europea (sulle interazioni giudiziarie, cfr. §§ 54, 60, 61). Ciò contribuisce a formare la cultura giuridica europea. Per cultura comune si intende che tutti gli operatori giuridici agiscono in un quadro condiviso di concetti, conoscenze, argomenti, prassi, valori e comprensione reciproca [101]. Secondo l'insegnamento di Claus-Dieter Ehlermann, è indice di competenza, per un giurista europeo, comprendere le argomentazioni, gli interessi e i condizionamenti degli operatori giuridici degli altri Stati membri.

74. Il diritto comparato nella società europea

Il diritto comparato europeo è ormai un settore scientifico riconosciuto [102]. L'articolo 2 TUE contribuisce a sciogliere i dubbi sulla comparabilità di fondo dei diversi ordinamenti giuridici (cfr. § 73). Ma molte questioni restano aperte. La prima è se considerare tutti i ventisette Stati membri. L'idea di uguaglianza sembra suggerire che ciò sia necessario e, tuttavia, una ricerca di questo tipo richiede risorse documentali, finanziarie, umane e di tempo che solo le istituzioni europee possono assicurare [103].

---

[101] S. DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho comparado europeo: Derecho público comparado y Derecho administrativo europeo*, Civita, Madrid, 2004, pp. 67 ss.; P. HÄBERLE-M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 104 ss.

[102] C.D. CLASSEN, *Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union. Eine integrierte Darstellung von 27 Verfassungsordnungen*, Nomos, Baden-Baden, 2021; E. DI SALVATORE (a cura di), *Sistemi costituzionali europei*, Giuffrè, Milano, 2021; A. WEBER, *European constitutions compared*, Nomos, Baden-Baden, 2019; C. GREWE-H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, PUF, Paris, 1995.

[103] Sull'approccio comparativo della CGUE, K. LENAERTS, *Discovering the Law of the EU: The European Court of Justice and the Comparative Law Method*, in T. PERIŠIN-S. RODIN (a cura di), *The Transformation or Reconstitution of Europe. The Critical Legal Studies Perspective on the Role of the Courts in the European Union*, Hart Publishing, Oxford, 2018, p. 61. Sull'approccio comparativo della Corte europea dei diritti dell'uomo, M. AMBRUS, *Comparative Law Method in*

Generalmente, invece, la ricerca scientifica è selettiva, ma tale selezione non ne inficia la validità. Del resto, la comparazione selettiva rappresenta un metodo proprio della comprensione umana e dell'argomentazione normativa [104]. Una selezione, nondimeno, richiede una giustificazione. Allo stato attuale di sviluppo embrionale del diritto comparato europeo, sono accettabili molteplici possibili giustificazioni (cfr. § 51), non ultima la limitata conoscenza delle lingue. Allo stesso tempo, è considerata scorretta la ricerca comparativa orientata soltanto a confermare il risultato desiderato o a evitare deliberatamente risultati contraddittori. Secondo il più noto monito di Antonin Scalia sul metodo comparato: "*invocare una legge straniera quando avalla il proprio pensiero, e ignorarla altrimenti, non è un processo decisionale ragionato, ma un sofisma*" [105].

Il metodo comparato è ancora più discutibile quando suggerisce qualcosa che non esiste, come ha fatto la sentenza *Mangold* della Corte di giustizia sulla discriminazione per età [106]. Altrettanto discutibile è la comparazione contenuta nella sentenza del Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco del 5 maggio 2020, che pretende di inserirsi nel contesto del *consensus* europeo [107], conclusione che non resiste a un serio vaglio [108]. Nessun'altra corte costituzionale, infatti, nell'ambito di un ricorso costituzionale sulla violazione del diritto di voto, ha mai giudicato se la decisione di una banca centrale avesse valutato adeguatamente il debito pubblico, i risparmi, le pensioni, i prezzi degli immobili e la sopravvivenza di imprese economicamente in crisi (cfr. § 40).

Come ogni argomentazione, anche quelle che si fondano sulla comparazione possono essere volte al raggiungimento di diversi scopi, e financo

---

the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Light of the Rule of Law, in *Erasmus Law Review*, 2, 2009, p. 353.

[104] M. RUFFERT, *The Transformation of Administrative Law as a Transnational Methodological Project*, in ID. (a cura di), *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Sellier European Law Pub, München, 2007, p. 5.

[105] USSC, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 627 (2005) (Scalia, J., dissenziente). Per una critica alla CGUE in tal senso, cfr. M. BARDIN, *Depuis l'arrêt Algera, retour sur une utilisation "discrète" du droit comparé par la Cour de justice de l'Union européenne*, in T.D. MANNO (a cura di), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 97 ss., spec. p. 101.

[106] CGCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, causa C-144/04, punto 74; cfr. J. BASEDOW, *Hundert Jahre Rechtsvergleichung*, cit., p. 275; U. PREIS, *Verbot der Altersdiskriminierung als Gemeinschaftsgrundrecht. Der Fall "Mangold" und die Folgen*, in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 23, 2006, pp. 401, 406.

[107] BVerfGE 154, 17, *PSPP-Programm der EZB (Programma di acquisto del settore pubblico – PSPP)*, parr. 124 ss.

[108] D.U. GALETTA, *Karlsruhe über Alles? The Reasoning on the Principle of Proportionality in the Judgment of 5 May 2020 of the German BVerfG and Its Consequences*, in *federalismi.it*, 14, 2020, pp. 174 ss.

prestarsi a strumentalizzazioni. La Corte costituzionale ungherese ne fornisce un esempio particolarmente eclatante in ragione della spregiudicatezza con cui utilizza la giurisprudenza del Secondo Senato, al fine di pervenire a decisioni che rafforzano tendenze autoritarie [109]. Gli stessi giudici del Secondo Senato se ne sono avveduti e risentiti [110].

A fronte di siffatte discutibili applicazioni, si riscontrano anche buoni usi dell'argomentazione comparativa. Tre appaiono dominanti: a supporto di una tesi, per sottolineare l'esistenza di un contrasto, per sviluppare un più ampio schema concettuale [111]. Per evitare di incorrere nella critica di Scalia, gli studiosi europei devono, per quanto loro possibile, esplorare la vastità e la profondità del pluralismo europeo, alla ricerca di modelli comuni, ma anche di differenze [112]. È importante che contestualizzino i loro risultati, poiché le regole e le dottrine astratte possono essere applicate in modo molto diverso in relazione al singolo caso concreto [113]. In tal guisa, il diritto comparato sembra svolgere un ruolo analogo a quello della sperimentazione in altre discipline [114].

---

[109] B. BAKÓ, *The Zauberlehrling Unchained? The Recycling of the German Federal Constitutional Court's Case Law on Identity-, Ultra Vires- and Fundamental Rights Review in Hungary*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 78, 2018, p. 863.

[110] G. DI LORENZO-H. WEFING, *Andreas Voßkuhle: "Erfolg ist eher kalt". Lo scheidende Präsident des Bundesverfassungsgerichts zieht Bilanz. Ein Gespräch mit Andreas Voßkuhle über bedrohte Richter, die Gefahren für die Freiheit in der Corona-Krise und Fehler der liberalen Eliten*, in *DIE ZEIT*, 6 (14 maggio 2020); W. JANISCH-S. KORNELIUS, *Huber: "Wir haben Applaus von der falschen Seite bekommen"*, in *Süddeutsche Zeitung* (13 maggio 2020), U. MAIDOWSKI, *Anders als die polnische Regierung will das Bundesverfassungsgericht mehr Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof, nicht weniger*, in *Stowarzyszenie Sędziów Polskich Iustitia* (26 maggio 2020), https://www.iustitia.pl/en/activity/informations/3856-verfassungsrichter-dr-ulrich-maidowski-erklaert-anders-als-die-polnische-regierung-will-das-bundesverfassungsgericht-mehr-kontrolle-durch-den-europaeischen-gerichtshof (ultima visita 11 luglio 2022).

[111] M. WENDEL, *Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive*, in *Der Staat*, 52, 2013, pp. 344 ss.; T. GROPPI-M.-C. PONTHOREAU, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges. A Limited Practice, An Uncertain Future*, in T. GROPPI-M.-C. PONTHOREAU (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford, 2013, pp. 424 ss.; E. BENVENISTI, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, in *The American Journal of International Law*, 102, 2008, pp. 241 ss.

[112] A. VINCZE, *Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts. Eine rechtsvergleichende Annäherung*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 77, 2017, pp. 246 ss.

[113] Per una critica convincente su questa base, cfr. J. MUSZYŃSKI, *Comparative Legal Argument in the Polish Discussion on Changes in the Judiciary*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 68, 2020, p. 705.

[114] M. SHAPIRO, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, The University of Chicago Press, Chicago, 1981, p. viii.

Come dimostra una sentenza della Corte costituzionale italiana, il diritto comparato europeo può rappresentare un utile ausilio [115]. Con la sentenza n. 239 del 2018, la Corte dichiarò infondata una questione di legittimità costituzionale sollevata sulla soglia di sbarramento del 4%, prevista per l'elezione dei membri del Parlamento europeo assegnati all'Italia [116]. Nel 2011 e nel 2014, il Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht* aveva dichiarato incostituzionali soglie simili previste nel diritto tedesco, favorendo così la frammentazione del Parlamento europeo [117]. La Corte costituzionale italiana e il *Bundesverfassungsgericht* hanno entrambi interpretato lo stesso principio di uguaglianza democratica. La Corte italiana, in risposta alla decisione del Secondo Senato, chiarì le ragioni in base alle quali ritenne di pervenire a conclusioni opposte, contribuendo così a sviluppare il dibattito sulla democrazia europea (cfr. § 43).

Il metodo comparativo è in grado di fornire risposte che gli accademici possano assumere come le 'migliori'? Secondo Zweigert da una comparazione approfondita può emergere una soluzione chiaramente "*più adatta*" [118], ciò però appare problematico. Un ruolo meno ambizioso, ma più affidabile per il ragionamento comparativo europeo è quello di risorsa per la riflessione e l'elaborazione concettuale [119].

Come strumento di argomentazione giuridica, il diritto comparato europeo richiede anche di valutare le esternalità delle decisioni nazionali, vale a dire il loro impatto su altri ordinamenti giuridici. Data l'interdipendenza degli ordinamenti all'interno della società europea, un provvedimento legislativo, amministrativo o giudiziario può avere ripercussioni o conseguenze significative anche al di fuori dell'ordinamento giuridico in cui è stato adottato. La valutazione delle conseguenze è oggi accettata come parte del ragionamento giuridico, anche se di solito soltanto nell'ambito dell'ordinamento

---

[115] La *Corte costituzionale* italiana è particolarmente rinomata per la pratica del diritto comparato; vedi gli studi di diritto comparato pubblicati sulla pagina web https://www.cortecostituzionale.it/actionDirittoComparato.do (ultima visita 11 luglio 2022).

[116] Corte cost., sentenza n. 239 del 2018, per una rassegna comparata F. LANCHESTER, *La soglia di esclusione tra il government e la governance*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 2743.

[117] Cfr. BVerfGE 129, 300, *Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG (Clausola di soglia del cinque per cento della legge elettorale europea)*; BVerfGE 135, 259, *Drei-Prozent-Sperrklausel Europawahl (Clausola di soglia del tre per cento della legge elettorale europea)*. Vedi sopra § 42.

[118] K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 46 ss.; trad. it. *Introduzione al diritto comparato. I. Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 54.

[119] P. DANN, *Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law*, in *German Law Journal*, 6, 2005, pp. 1453 ss.; E. SCHMIDT-AßMANN, *Zum Standort der Rechtsvergleichung im Verwaltungsrecht*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 78, 2018, pp. 807 ss., spec. pp. 836 ss., 850 ss.

giuridico nazionale [120]. Nella società europea, la responsabilità condivisa (cfr. § III.D) implica che tale ambito si estenda agli ordinamenti giuridici europei. Di conseguenza, un giudice nazionale non può esimersi dal considerare se una possibile interpretazione di una disposizione nazionale possa determinare il *default* della Grecia, o incoraggiare tendenze autoritarie in altri Stati membri. Ignorare queste potenziali ricadute fa venir meno la responsabilità europea ed equivale a un nazionalismo epistemico. Per ottenere risultati ragionevoli nella società europea è necessario guardare oltre i propri confini nazionali.

C. Metodi

75. Prassi

Quarant'anni fa, i libri e le riviste giuridiche tedeschi erano animati dall'intento di inserirsi nelle grigie biblioteche dei tribunali e degli uffici pubblici, di trasmettere un'immagine di solidità giuridica nelle sale di consultazione degli avvocati o nelle biblioteche universitarie per aiutare gli studenti a 'risolvere' (non a 'discutere', come negli Stati Uniti) casi pratici. L'assenza di cura nell'estetica di tali volumi sembrava un tentativo deliberato di dimostrarne l'utilità pratica. La tesi di Weiler fu il primo libro di diritto, nell'esperienza di chi scrive, la cui copertina già trasmetteva una pretesa teorica, persino intellettuale, a differenza di quanto potesse riscontrarsi nelle pubblicazioni tedesche dell'epoca [121].

Oggi si trovano bei libri di diritto anche in Germania: il mutamento evidenzia la trasformazione del mondo accademico tedesco. Nella scelta delle copertine o dei titoli dei volumi, si riscontra ora una maggiore cura estetica, il che trasmette un'ambizione di originalità accademica e persino di raffinatezza intellettuale. Cionondimeno, la scienza giuridica tedesca continua a fondare la propria identità sull'essere una *praktische Wissenschaft* (una scienza pratica), in quanto prevalentemente volta a rendere il diritto applicabile, conoscibile e coerente, e a mantenere la scienza giuridica in sintonia

---

[120] G. LÜBBE-WOLFF, *Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, Karl Alber, Baden-Baden, 1981, pp. 156-157; A. VOßKUHLE, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, in W. HOFFMANN-RIEM-E. SCHMIDT-AßMANN-A. VOßKUHLE (a cura di), *Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1*, C.H. Beck, München, 2006, § 1, nn. 32 ss.

[121] J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo politico*, Il Mulino, Bologna, 1985.

con una società in evoluzione [122]. Analoghe tendenze si rinvengono negli altri Paesi dell'Europa continentale [123].

L'orientamento prevalentemente dottrinale differenzia il *mainstream* della scienza giuridica europea rispetto a quella statunitense. Secondo Robert Post, già preside della *Yale Law School*, quest'ultima si concentra invece sull'*analisi economica* o *politica del diritto* [124]. Commentando un contributo dottrinale di Ami Barav – noto studioso di diritto europeo di origine israeliana e cittadinanza statunitense, ma con un *doctorat d'Etat* francese e avvocato a Parigi – Martin Shapiro osserva che: "*la dottrina costituzionale europea si trova in una fase dalla quale il diritto costituzionale americano è uscito ben settant'anni fa […]. Tale approccio si è dimostrato fondamentalmente arido nello studio delle singole costituzioni*" [125].

La citazione di Shapiro trascura l'aspetto pratico della dottrina giuridica nel funzionamento di molte società. Tuttavia, non c'è dubbio che il ruolo della scienza giuridica vada oltre quello di fornire un aiuto alla pratica giuridica, seguendo le intuizioni di Hegel, Gellner, Keynes e Schmitt (cfr. § 68). Di seguito, si illustrano tre contributi fondamentali della scienza giuridica: la critica ragionata, l'elaborazione della teoria (fondamenti concettuali) e l'elaborazione di nuove dottrine. L'attenzione rivolta a tali profili non nega l'importanza degli studi socio-giuridici.

76. Critica

La critica ragionata è forse la prima forma di espressione della ragione. In che modo la scienza giuridica può formulare scientificamente una critica?

---

[122] W. KAHL, *Dogmatik im EU-Recht*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 144, 2019, p. 159.

[123] Vedi i contributi su questo tema di M. Fioravanti, M. García-Pechuán, L. Heuschling, A. Jakab, I. Lipowicz, K.Å. Modéer, R. Nehmelman, C. Pilafas, R.J. Schweizer, A. Somek in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II, Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, cit., nonché i contributi di P. Chrétien, G. Edelstam, A. Jakab, B. Leitl-Staudinger, A. Sandulli, J.A. Santamaría Pastor, P. Tschannen, A. Wasilewski in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV*, cit. Sulla erudizione giuridica inglese, P.S. ATIYAH-R.S. SUMMERS, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon Press-Oxford University Press, Oxford-New York, 1987, pp. 403 ss.; M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1992, pp. 138 ss.

[124] R.C. POST, *Constitutional Scholarship in the United States*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, p. 421. In senso critico, H.T. EDWARDS, *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, in *Michigan Law Review*, 91, 1992, p. 34.

[125] M. SHAPIRO, *Comparative Law and Comparative Politics*, in *Southern California Law Review*, 53, 1979, p. 538.

A questa domanda può abbozzarsi una risposta, rinviando all'analisi già svolta sulle sentenze del Secondo Senato del Tribunale costituzionale tedesco e sulle dottrine di Schmitt e Weiler. Dal punto di vista metodologico, una critica ragionata ricostruisce le argomentazioni proposte prima di cercarne i punti deboli, quali incoerenze o presupposti fallaci. Assumendo una prospettiva critica più ampia, molti mutuano standard sviluppati da altre discipline, come la teoria politica o l'economia. La tradizione hegeliana, invece, propone un approccio autonomo e specificamente giuridico (cfr. § 4). Per chiarire questo punto, si deve muovere nuovamente dal pensiero di Schmitt.

Per Schmitt, gli *ordinamenti concreti*, intesi in termini di normatività delle istituzioni sociali, costituiscono lo standard per una critica ragionata. Tale critica opera con un concetto istituzionale di diritto che riconnette quest'ultimo alla normatività delle istituzioni sociali. La normatività sociale si trasforma così in uno standard interno al diritto. Ciò aiuta Schmitt a criticare gli sviluppi giuridici liberali, poiché egli si riferisce a istituzioni tradizionali, spesso autoritarie. Gli esempi evocati includono "*[l]a vita in comune dei coniugi nel matrimonio, dei membri di una famiglia nel nucleo familiare, dei membri di una stirpe nell'associazione di stirpe, dei membri di un ceto nel ceto, degli impiegati dello Stato, dei chierici della chiesa, dei compagni di un campo di lavoro*" [126]. Siffatte istituzioni tradizionali conferiscono senso giuridico, scrive Schmitt, e il loro rispetto fonda la legittimazione politica del diritto [127]. Di conseguenza, Schmitt esige che il diritto si sviluppi lentamente e in modo "*inintenzionale*" [128]. Come Savigny e molti altri conservatori, egli è contrario alle grandi riforme legislative volte a cambiare la società [129]. Rifiutare questo conservatorismo non significa scartare l'intuizione metodologica sottesa all'impostazione schmittiana, consistente nell'elaborazione di una critica interna al diritto. Detta dimensione può tuttavia meglio operare tramite il richiamo dei princìpi costituzionali che, pur facendo parte del diritto a pieno titolo, possono essere agevolmente interpretati come trascendenti lo

---

[126] C. SCHMITT, *On the Three Types of Juristic Thought* (1934), Praeger, Westport (CT), 2004, p. 54; trad. it. *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 258. Schmitt, essendo un conservatore, si riferisce alla *tradizionale* convivenza dei coniugi e alla famiglia *paternalistica*.

[127] D. HOWLAND, *Carl Schmitt's Turn to Sovereignty in Jurisprudence*, in *Beijing Law Review*, 9, 2018, p. 211.

[128] C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., p. 67.

[129] Questa era la concezione prevalente dei diritti fondamentali nel periodo di Weimar. Vedi K. TANNER, *Die fromme Verstaatlichung des Gewissens. Zur Auseinandersetzung um die Legitimität der Weimarer Reichsverfassung in Staatsrechtswissenschaft und Theologie der zwanziger Jahre*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1989, pp. 103 ss., 134 ss.

status quo [130]. La dottrina giuridica può assumere in tal guisa un ruolo critico indipendente (cfr. §§ 4, 24, 68), disvelando le promesse non mantenute delle costituzioni democratiche [131]. La lettura dell'articolo 2 TUE qui proposta si fonda proprio su tale assunto. Essa evidenzia che la trasformazione democratica della società europea è incompiuta anche in termini strettamente giuridici (cfr. §§ 26, II.E-II.F, III.F, IV.D).

77. Teoria

Come per ogni lavoro accademico, lo studio del diritto richiede una teoria, cioè un quadro concettuale. Le ricerche teoriche sono parte integrante di quella che in Germania viene chiamata *Grundlagenforschung* (ricerca di base). Esse integrano la storia del diritto, dominante fin dai tempi di Savigny, la metodologia giuridica, gli studi socio-giuridici (come la sociologia giuridica, l'antropologia e l'etnologia), il diritto e l'economia, la filosofia giuridica (che è vicina alla teoria del diritto, ma spesso connotata da un interesse più storico che sistematico) [132]. Le ricerche teoriche sono in genere storicamente radicate e si avvalgono delle grandi teorie e narrazioni delle discipline affini. Questo approccio è seguito anche nel presente contributo che è volto a ricostruire, muovendo dal pensiero hegeliano, la trasformazione del diritto europeo alla luce di una società europea democratica.

I rapporti della teoria giuridica con le altre discipline non compromettono necessariamente la sua autonomia. Ancora una volta, Schmitt è un interlocutore prezioso: le indagini teoriche fondate su grandi narrazioni costituiscono il suo tratto distintivo. Nella maggior parte dei casi, la sua ricerca ruota intorno a un concetto; così, ad esempio, in *La situazione* si focalizza sul termine "*scienza giuridica europea*". L'accezione di *concetto* assunta da Schmitt è chiarita in *Il concetto di 'politico'*: elaborare un concetto mira a stabilire "*un ambito proprio di determinate questioni di scienza del diritto al fine di poter ordinare una tematica confusa e rintracciare una topica dei suoi*

---

[130] J. REINHARDT-D. SCHMALZ, *Ressourcen der Rechtskritik. Kritik als Praxis und Reflexion*, in *Kritische Justiz*, 54, 2021, p. 131.

[131] J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtstaats*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992; trad. it. *Fatti e norme*, Laterza, Roma-Bari, 2013; R. FORST-K. GÜNTHER, *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms*, in R. FORST-K. GÜNTHER (a cura di), *Die Herausbildung normativer Ordnungen. Interdisziplinäre Perspektiven*, Campus Verlag, Frankfurt am Main, 2011, p. 11.

[132] WISSENSCHAFTSRAT, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, cit., p. 25.

concetti" [133]. In entrambi i testi poc'anzi richiamati, Schmitt sviluppa una risposta giuridica, utilizzando le intuizioni di altre discipline: della storia, della filosofia politica, dell'economia, della sociologia, delle scienze politiche e della teologia. Egli elabora un pensiero che attinge liberamente da altri ambiti, rivelandosi al contempo assai fecondo, come dimostra la sua influenza nel campo giuridico come in altre discipline scientifiche.

Se la scienza giuridica affronta una questione che ricade anche nell'ambito di altre discipline, ci si chiede come possa dare un contributo specifico [134]. La risposta a un siffatto interrogativo dipende dal significato che l'autonomia ha per la ricerca interdisciplinare, la quale è divenuta indispensabile per affrontare molti temi afferenti alla ricerca europea di diritto pubblico [135]. L'ERC molto opportunamente promuove l'interdisciplinarità [136]. Ciò però non significa affatto subordinare la ricerca giuridica alle altre discipline [137]; al contrario, l'interdisciplinarità presuppone l'autonomia della scienza giuridica.

Schmitt integra i risultati di altre discipline *come studioso di diritto*, rivendicando in questo modo uno spazio *intra*disciplinare – interno allo studio del diritto – nel cui ambito pratica l'*inter*disciplinarità. Come accademico, studioso di diritto per formazione, affiliazione e identità, attinge largamente da altre discipline ma, nel farlo, segue la logica della propria disciplina. Il suo lavoro non sradica i confini disciplinari, perciò è interdisciplinare e non transdisciplinare.

La collocazione intradisciplinare del lavoro interdisciplinare è la chiave dell'autonomia della scienza giuridica. In primo luogo, le domande che guidano

---

[133] C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Duncker & Humblot, Berlin, 1963, p. 9; trad. it. *Il concetto di «politico»: testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., 2013, p. 89.

[134] Per una rassegna delle posizioni più influenti, cfr. C. ENGEL-W. SCHÖN (a cura di), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007.

[135] G.F. SCHUPPERT, *Die Verwaltungsrechtswissenschaft im Kontext der Wissenschaftsdisziplinen. § 70*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV*, cit., nn. 8 ss.; A. VON ARNAULD, *Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 74, 2015, p. 39.

[136] T. KÖNIG-M.E.GORMAN, *The Challenge of Funding Interdisciplinary Research. A Look inside Public Research Agencies*, in R. FRODEMAN (a cura di), *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 520.

[137] Questa è la proposta di Hirschl, cfr. R. HIRSCHL, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 151 ss. Ma cfr. A. VON BOGDANDY, *Comparative Constitutional Law as a Social Science? A Hegelian Reaction to Ran Hirschl's Comparative Matters*, in *Verfassung und Recht in Übersee/Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 49, 2016, p. 278.

l'interazione con le altre discipline e la ricezione delle loro conoscenze provengono dal mondo giuridico. In secondo luogo, data l'*intra*disciplinarità, a giudicare Schmitt sono anzitutto altri studiosi di diritto.

Per quanto riguarda il primo aspetto, i temi oggetto di indagine riguardano solitamente il mondo giuridico, le cui specificità sono in genere di scarso interesse per altre discipline. Riguardano la produzione normativa, l'interpretazione o l'applicazione del diritto, la costruzione della dottrina giuridica, la critica giuridica (piuttosto che quella normativa più generale), gli effetti del diritto sulla società e, come nel caso di *La situazione della scienza giuridica europea*, l'autocomprensione degli studiosi. Poiché queste domande sono per lo più estranee ad altre discipline, le risposte richiedono l'approccio specifico della scienza giuridica.

Il secondo aspetto è ancora più rilevante. Se si concepisce l'indagine teorica come uno sforzo intradisciplinare, la definizione e il controllo degli standard di una buona ricerca spettano ad altri studiosi *di diritto* [138]. Questo è importante perché solo raramente un contributo giuridico riesce ad apprezzare lo stato attuale della ricerca in altre discipline, e men che meno a comprenderlo a pieno. Il presente lavoro ne fornisce un significativo esempio. Come si può scandagliare in profondità lo stato della ricerca su Hegel e Schmitt nella teoria politica, nella scienza politica e nella storia, o di tutta la ricerca sociologica pertinente su un tema così ampio come la società europea? Di norma, la ricezione tende a essere eclettica, persino riduzionista.

Ciononostante, l'eclettismo o il riduzionismo possono produrre buona dottrina giuridica. Di più: l'autonomia che si sostiene in questa sede rappresenta uno strumento assai fruttuoso, consentendo agli studiosi di avvalersi utilmente dei risultati di altre discipline per risolvere questioni prettamente giuridiche [139]. L'autonomia nello studio teorico del diritto non implica certo assenza di standard. Uno studioso di diritto dovrebbe riflettere sul proprio approccio e collegarlo ai risultati della ricerca pertinente di altra disciplina. Inoltre, l'iter logico, la sua coerenza interna, nonché i diversi argomenti addotti devono essere chiari, considerati in modo dialettico rispetto ad approcci divergenti, e i formanti giuridici pertinenti debbono essere richiamati

---

[138] Vedi il Codice DFG "*Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis*" ("*Linee guida per la salvaguardia della buona pratica scientifica*"), le Linee guida "*Gute wissenschaftliche Praxis im öffentlichen Recht*" ("*Buona pratica scientifica nel diritto pubblico*") dell'Associazione dei professori tedeschi di diritto costituzionale e le Regole di buona pratica scientifica della Società Max Planck.

[139] T. KUNTZ, *Auf der Suche nach einem Proprium der Rechtswissenschaft. Sinn und Unsinn des Bemühens um disziplinäre Identität*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 219, 2019, p. 298.

in modo accurato [140]. La concettualizzazione di tali criteri nell'ottica della teoria epistemica ne fa emerge una concezione eclettica, che combina elementi delle diverse concezioni della predetta teoria, come corrispondenza, come coerenza e come consenso [141].

Inoltre, ci si può avvalere di un ulteriore standard per valutare siffatte operazioni teoriche. Siccome la scienza giuridica appartiene alle scienze pratiche, ogni proposta teorica deve in ultima analisi dimostrare il proprio valore pratico. A tal fine, di conseguenza, deve tradursi in una proposta dottrinale. Quanto più i contributi teorici sfociano in costruzioni dottrinali che dimostrano il loro valore nel labirinto del diritto positivo e delle sue applicazioni, della politica del diritto o della critica giuridica, tanto maggiore è la loro consistenza accademica [142]. In questo modo, la ricerca teorica nel diritto è simile ai processi di generazione della conoscenza nelle scienze naturali, che sovente iniziano con un teorema speculativo che deve poi essere confermato attraverso la ricerca empirica.

L'autonomia nello sviluppo della teoria giuridica ha dunque il costo di essere ancillare rispetto ad altri livelli di ragionamento giuridico. Lo *status* epistemico dei contributi teoretici somiglia di frequente a quello di un'ipotesi che deve essere verificata mediante ragionamenti giuridici più concreti. Altrimenti, le ricerche teoriche rimarranno facilmente intrappolate in un labirinto di teorie cieche, slogan ideologici e speculazioni approssimative.

Ciò vale anche per lo sviluppo dei concetti giuridici, un campo importante della teoria del diritto. La concettualizzazione giuridica deve rivelarsi fruttuosa per la pratica giuridica. La concettualizzazione del diritto pubblico europeo che qui si propone mira quindi ad aiutare gli operatori del diritto europeo a comprendere meglio la loro materia, ad arricchire le interpretazioni di disposizioni importanti – soprattutto l'articolo 2 TUE – e a favorire una critica interna al diritto. Ne discende la necessità di indagare nuovamente la forma specifica di razionalità della dottrina giuridica.

---

[140] Molti di questi criteri sono esaminati in H. SCHULZE-FIELITZ, *Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 50, 2002, pp. 26 ss.

[141] J. HABERMAS, *Wahrheitstheorien*, in H. FAHRENBACH (a cura di), *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag*, Neske, Pfullingen, 1973, p. 211; B.P. LORENZ, *Semantische Wahrheitstheorie*, in J. MITTELSTRAß (a cura di), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie, Bd. 4*, Springer, Berlin, 1997, p. 592; M. GLANZBERG, *Truth*, in E.N. ZALTA (a cura di), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, http://plato.stanford.edu/entries/truth/; M.R. DECKERT, *Recht und Wahrheit. Zum gegenwärtigen Stand der Diskussion*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 82, 1996, p. 43.

[142] U. VOLKMANN, *Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt*, in *Der Staat*, 54, 2015, p. 60.

78. Dottrina

In Europa, la dottrina costituisce il fulcro tradizionale della scienza giuridica. Alcuni sostengono financo che la scienza giuridica si distingua proprio per il suo metodo dottrinale [143]. Ma negli ultimi tempi questo ruolo si è affievolito. I critici ne contestano l'attitudine dogmatica – e dunque non rispondente a una società democratica [144] – o metodologicamente opaca [145]. Ma non può negarsi che la dottrina giuridica sia essenziale e che possa contribuire allo sviluppo di una società democratica [146]. La sua legittimazione funzionale deriva proprio dalla sua capacità di elaborare dottrine, dato che queste ultime razionalizzano il diritto incarnato in innumerevoli e diverse disposizioni e sentenze, spesso difficili da rinvenire e da comprendere, i cui rapporti sono assai intricati. Il diritto così razionalizzato promuove un ordine sociale adeguato [147], attraverso l'astrazione, la concettualizzazione, la qualificazione dei diversi formanti e l'elaborazione di nuove dottrine [148].

---

[143] A. VOßKUHLE, *Neue Verwaltungsrechtsw issenschaf*, cit., § 1, n. 1. Per approfondimenti, cfr. W. PAULY, *Deutschland. § 58*, cit., nn. 19 ss.; G. NAPOLITANO, *Sul futuro delle scienze del diritto pubblico. Variazioni su una lezione tedesca in terra americana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 3.

[144] A. SANDULLI, *Il ruolo del diritto in Europa*, cit., pp. 38-39, 197, 207.

[145] M. EVERSON, *Is it Just Me, or is There an Elephant in the Room?*, in *European Law Journal*, 13, 2007, p. 136.

[146] A. VON BOGDANDY, *The Past and Promise of Doctrinal Constructivism: A Strategy for Responding to the Challenges Facing Constitutional Scholarship in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, p. 364; A. VON BOGDANDY, *National Legal Scholarship in the European Legal Area – A Manifesto*, in *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2012, p. 614. Vedi anche A. SOMEK, *The Indelible Science of Law*, cit., pp. 431 ss.; M. ROSENFELD, *Preface. The Role of Constitutional Scholarship in Comparative Perspective. An Exchange between Armin von Bogdandy, Robert Post, Mattias Kumm, and Alexander Somek*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, p. 361; E. SCODITTI, *Europa e scienza giuridica. La scienza giuridica e i signori del diritto*, in *Foro italiano*, 135, 2012, p. 241; R. CAPONI, *Europa e scienza giuridica. Diritto della scienza e scienza del diritto*, *ivi*, p. 244; M. GRANIERI-R.PARDOLESI, *Europa e scienza giuridica. Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, *ivi*, p. 247; A. PALMIERI, *Europa e scienza giuridica. La scienza giuridica europea e le professioni legali: dalla conoscenza alla consapevolezza*, *ivi*, p. 249; M. BRUTTI, *Per la scienza giuridica europea (riflessioni su un dibattito in corso)*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, p. 905; G. NAPOLITANO, *Sul futuro delle scienze del diritto pubblico*, cit.

[147] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1972, pp. 825 ss.; trad. it. *Economia e società*, vol. III, Edizioni di Comunità, Milano, 1995; WISSENSCHAFTSRAT, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland*, cit., p. 33.

[148] S. GRUNDMANN, *§ 9. Systemdenken und Systembildung*, in K. RIESENHUBER (a cura di), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, De Gruyter, Berlin, 2015, p. 172; M. HESSELINK, *A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method*, in *European Law Journal*, 15, 2009, p. 20.

Suffraga questa tesi uno sguardo al XIX secolo. A lungo, i contributi di diritto costituzionale furono accolti con disprezzo, in quanto considerati esegetici – perciò poco sostanziali, ovvero storiografici o filosofici – o mere opinioni politiche. Gli studi di diritto privato oscuravano largamente quelli di diritto pubblico [149]. Gli studiosi di diritto privato dell'Università di Parigi giunsero persino ad agire in giudizio per impedire l'istituzione di una cattedra di diritto costituzionale, temendo che i costituzionalisti avrebbero potuto compromettere la reputazione della dottrina giuridica nel suo complesso [150].

In Germania, il positivismo giuspubblicistico (*staatsrechtliche*) della fine del XIX secolo permise al diritto pubblico di dimostrare il proprio valore attraverso il metodo giuridico, vale a dire l'elaborazione di dottrine. Karl von Gerber (1823-1891) e Paul Laband (1838-1918) furono i fautori di tale trasformazione [151]. Processi analoghi si realizzarono in molti altri Paesi europei, per merito di studiosi che sono ricordati come 'fondatori' del diritto pubblico: Nikolaos Saripolos in Grecia (1817-1887), Vittorio Emanuele Orlando in Italia (1860-1952), Johannes T. Buys nei Paesi Bassi (1828-1893), Antoni Okolski in Polonia (1838-1897), Hugo Blomberg in Svezia (1850-1909), Ernö Nagy in Ungheria (1853-1921) [152]. Tra questi insigni studiosi deve annoverarsi anche Albert V. Dicey (1835-1922) [153]. In Austria, la teoria pura del diritto di Hans Kelsen rappresentò l'apoteosi dell'autonomia della scienza giuridica [154].

---

[149] M. FIORAVANTI, *Italien. § 31*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2008, n. 13; R. NEHMELMAN, *Niederlande. § 32*, *ivi*, n. 16; C. PILAFAS, *Griechenland. § 29*, *ivi*, nn. 9 ss.

[150] L. HEUSCHLING, *Frankreich. § 28*, *ivi*, n. 12.

[151] W. PAULY, *Deutschland. § 27*, *ivi*, n. 7. Per una prospettiva comparativa, cfr. O. JOUANJAN, *Die Belle époque des Verwaltungsrechts. Zur Entstehung der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft in Europa (1880-1920). § 69*, in A. VON BOGDANDY-S. CASSESE-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV. Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, p. 425.

[152] Su Ernö Nagy, A. JAKAB, *Ungarn. § 38*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II*, cit., n. 7. Per quanto riguarda Nikolaos Saripolos, cfr. C. PILAFAS, *Griechenland. § 29*, cit., n. 15. Su Johannes T. Buys, cfr. R. NEHMELMAN, *Niederlande. § 32*, cit., n. 16. Su Hugo Blomberg, cfr. K.Å. MODÉER, *Schweden. § 35*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II*, cit., n. 7. Su Vittorio Emanuele Orlando, cfr. M. FIORAVANTI, *Italien. § 31*, cit., nn. 10, 15.

[153] M. LOUGHLIN, *Großbritannien. § 4*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I. Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 2007, n. 39.

[154] A. SOMEK, *Österreich. § 33*, in A. VON BOGDANDY-P. CRUZ VILLALÓN-P.M. HUBER (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II*, cit., nn. 4-5.

Il successo di questa tendenza in tutta Europa non comportò uno sviluppo omogeneo delle pratiche accademiche. Nel contesto dello Stato nazionale, le varie discipline svilupparono loro propri approcci, pratiche e ruoli. La scienza giuridica tedesca – anche grazie alla peculiare capacità della lingua tedesca di sostantivare e combinare parole in una sola (es. *Verfassungsbeschwerdebefugnisprüfung*) – ha tessuto una fitta rete di concetti dottrinali e prodotto uno strato particolarmente denso di dottrine di diritto pubblico [155]. Eppure, anche le differenze tra i Paesi di lingua tedesca, cioè tra l'Austria kelseniana, la Svizzera intimamente democratica e la Germania, sono profonde.

Tuttavia, la dottrina divenne un fattore dominante ovunque. Un siffatto sviluppo può essere interpretato in diversi modi: come elemento di un programma ideologico atto a giustificare il potere pubblico, come strumento per stabilizzare un compromesso storico tra diversi gruppi sociali, come segno di una crescente differenziazione sociale nel contesto dell'industrializzazione o come incorporazione di un'idea nel mondo sociale. Si adotterà qui invece una prospettiva interna, vale a dire l'autonomia del diritto pubblico.

Considerato che la ragione esige procedure, è opportuno indagare il metodo della dottrina giuridica. Non si tratta di un compito agevole, poiché il metodo dottrinale richiede una limitata riflessione metodologica. L'opera fondamentale per il diritto amministrativo tedesco di Otto Mayer ben evidenzia detto aspetto. Nelle parole dell'Autore, il testo si propone di "*presentare il sistema dei diversi istituti giuridici del diritto amministrativo. Per questo, non esiste un ordine da seguire. Presenteremo il materiale così come si è organizzato da solo*" [156]. In questo passaggio, come in tutta l'opera, rimane oscuro il metodo effettivamente seguito da Mayer, i suoi processi di selezione, astrazione, concettualizzazione e strutturazione. Comunque, il suo metodo è testimonianza dell'eredità hegeliana, cui Mayer si associa sebbene soltanto latamente: "*Esso [il metodo] si basa sulla fiducia nel potere delle idee generali del diritto, che appaiono e si dispiegano nelle varie manifestazioni del diritto reale, ma allo stesso tempo cambiano e progrediscono nel corso della storia. Nel mio caso, è probabilmente la filosofia giuridica hegeliana […] che mi ha permesso di perseguire tali idee anche nel diritto amministrativo tedesco, per quanto disarticolato e incompiuto*" [157].

In passato, molti altri autori si fecero attrarre da un concetto cripto-idealistico di un sistema [158]. La loro ambizione era quella di mostrare il sistema

---

[155] A. JAKAB, *Ungarn. § 38*, cit., n. 42; L. HEUSCHLING, *Frankreich*. § 28, nn. 47, 53.

[156] O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1924, p. 21.

[157] *Ivi*, p. VIII del Preambolo.

[158] A. SOMEK, *Rechtssystem und Republik*, cit., pp. 193-221.

che supponevano essere già *nel* diritto. Questa concezione cripto-idealistica venne superata, insieme all'idealismo assoluto di Hegel (cfr. § 4). *La situazione* di Schmitt lo mette in luce, presentando il sistema come un'idea regolativa piuttosto che come un fatto ontologico. Il compito della scienza giuridica, secondo Schmitt, è di cercare di salvaguardare "*l'unità e la coerenza del diritto*" [159].

Oggi, la maggior parte degli studiosi intende il pensiero sistemico come uno strumento e i concetti dottrinali come costruzioni per ordinare il diritto. Di conseguenza, i giuristi sono più cauti quando si tratta dell'autorità giuridica delle dottrine e dell'impatto che esse dovrebbero avere sul ragionamento giuridico [160]. Le dottrine sono astratte, mentre il ragionamento giuridico deve, alla fine, dimostrare il suo valore nel caso concreto. Tuttavia, l'inquadramento astratto gioca ancora un ruolo significativo, così come il pensiero sistemico e le dottrine. Gran parte della dottrina giuridica continua a sostenere l'idea di un ordine sistemico e persegue la funzionalità giuridica attraverso il lavoro dottrinale, intendendo il diritto "*come un ordine in larga misura autoreferenziale*" [161].

I metodi di una buona ricerca dottrinale diventano evidenti negli standard di valutazione di tale ricerca adottati dai *peers*. Un buon contributo deve avere ad oggetto una questione rilevante, collocarsi nello stato attuale del dibattito, offrire argomentazioni comprensibili e coerenti, e collegarle al materiale giuridico pertinente in modo sistematico, accurato e ben perimetrato. Se questi criteri assomigliano a quelli che si applicano ai contributi teorici, si differenziano da questi ultimi in quanto la dottrina deve considerare più puntualmente il diritto positivo e deve fornire conclusioni pratiche. Ciò è incompatibile con un dogmatismo ottuso, un formalismo cieco e un rigido testualismo. Le ricerche dottrinali giuridiche odierne interagiscono con altre discipline, in una prospettiva interdisciplinare [162]. Inoltre, molti studiosi di diritto conoscono bene le politiche, fungendo anche da esperti.

La dottrina continuerà a svolgere un ruolo importante nella scienza giuridica europea. Tuttavia, una delle sue forme si è probabilmente esaurita:

---

[159] C. SCHMITT, *La situazione della scienza giuridica europea*, cit., p. 50.

[160] E. SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, pp. 3 ss. Sui residui del pensiero sistemico di un tempo, T. ACKERMANN, *Eine "ungeheure Jurisprudenz"?*, cit., pp. 481 ss.

[161] C. BUMKE, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, p. 226.

[162] S. CASSESE, *New Paths for Administrative Law: A Manifesto*, in *International Journal of Constitutional Law*, 10, 2012, pp. 603-613; E. SCHMIDT-AßMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, cit., pp. 21 ss.

quella che la Francia laica chiamò la "*cattedrale giuridica*" [163], cioè il trattato completo, che in passato ha probabilmente costituito il suo prodotto più prestigioso. L'unico libro sul diritto europeo che si conosce e che è inteso in questo senso – come un resoconto dottrinale completo scritto da un unico autore – è l'*Europäisches Gemeinschaftsrecht* di Ipsen (cfr. § 18). Scritto mezzo secolo fa, è ormai considerato un monumento di un'epoca passata.

Oggi la dottrina più feconda assume altre forme. Si pensi alla bozza del modello sul diritto amministrativo europeo, elaborato dalla *Research Network on EU Administrative Law* (ReNEUAL) [164], o anche al manuale di maggior successo, intitolato *EU Law: Text, Cases, and Materials* scritto da Paul Craig e Gráinne de Búrca a Oxford e New York [165]. La dottrina giuridica non ha più l'ambizione di fornire grandi sistemi, al contrario, essa adotta in genere un approccio orientato ai problemi volto a far progredire il progetto democratico [166]. L'articolo 2 TUE ne costituisce un fondamento.

D. Combattere il fuoco con il fuoco

79. L'autoritarismo governativo

Un testo generalmente si conclude con una sintesi delle tesi sostenute o la prospettazione di nuovi filoni di ricerca. Il presente contributo, invece, si conclude con una proposta dottrinale volta a sollecitare ulteriori trasformazioni atte a implementare le idee espresse nel paragrafo 78. La scienza giuridica è qui concepita come una disciplina pratica che, oltre a presentare una descrizione, una sistematizzazione, una teorizzazione e una critica del diritto, dovrebbe anche proporre innovazioni dottrinali. Ciò richiede di elaborare una nuova idea, di giustificarne la legittimità costituzionale, di identificarne le basi giuridiche e di inserirla nel modo più coerente possibile nel *corpus* normativo.

Si propone in questa sede di rafforzare il nucleo costituzionale europeo per il tramite di sanzioni penali [167]. Questa proposta è il risultato di una

---

[163] L. HEUSCHLING, *Frankreich. § 28*, nn. 22 e 24.

[164] Cfr. http://www.reneual.eu/index.php/organization; J. ZILLER-J.-P. SCHNEIDER-H. HOFMANN (a cura di), *La codification de la procédure administrative de l'Union européenne. Le modèle ReNEUAL*, Bruylant, Bruxelles, 2017.

[165] P. CRAIG-G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, VII ed., Oxford University Press, Oxford, 2020. La prima edizione è stata pubblicata nel 1998.

[166] T. ACKERMANN, *Eine "ungeheure Jurisprudenz"?*, cit., pp. 479 ss.

[167] Quanto segue si basa su A. VON BOGDANDY-L.D. SPIEKER, *Countering the Judicial Silencing of Critics: Article 2 TEU Values, Reverse Solange, and the Responsibilities of National Judges*, in *European Constitutional Law Review*, 15, 2019, p. 391.

integrazione tra il diritto dell'Unione e quello nazionale. Si tratta quindi di una dottrina di diritto europeo.

Ad oggi, la violazione del nucleo costituzionale europeo non è considerata una causa di responsabilità penale. Questa opinione non pare condivisibile. Perseguire siffatte violazioni si giustifica, anzitutto, considerato che le tendenze autoritarie rappresentano una minaccia per la società democratica europea (cfr. §§ 26, 45) [168]. Il contributo pionieristico di Karl Loewenstein del 1937 suggerisce di combattere il fuoco, cioè i governi autoritari, con il fuoco, cioè il diritto penale inteso come la più potente arma a tutela della società [169]. Il diritto penale democratico protegge non solo l'individuo ma anche l'ordine democratico [170].

I processi di Norimberga e di Tokyo hanno riconosciuto l'applicabilità di sanzioni penali nel diritto transnazionale. Detta applicabilità può discendere da una espressa previsione normativa, ad esempio lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale, ovvero da decisioni giudiziarie. La Corte interamericana, infatti, ha tratto dalla Convenzione americana sui diritti umani l'obbligazione gravante sugli Stati contraenti di punire penalmente i responsabili di carenze sistemiche come le esecuzioni extragiudiziali o le sparizioni forzate (cfr. § 24). La Corte EDU ha fatto proprio un tale orientamento [171]. Certo, la situazione nell'Unione europea è molto meno drammatica rispetto a quella che ha condotto la Corte interamericana ad elaborare una simile giurisprudenza. A differenza dell'America Latina e di alcuni Stati della Convenzione che non sono membri dell'Unione europea, il terrorismo di Stato non affligge la società europea, anche se rappresentano segnali preoccupanti l'omicidio della giornalista maltese Daphne Caruana Galizia nel 2017 e quelli del giornalista slovacco Ján Kuciak e della sua compagna Martina Kušnírová nel 2018[172].

Nel prosieguo si mostrerà come anche atti meno gravi possano portare a

---

[168] L'idea di rafforzare un nucleo costituzionale per mezzo del diritto penale è ormai consolidata, R. HEFENDEHL, *Politisches Strafrecht zwischen dem Schutz von Staat und Verfassung und einem Kampf gegen die Feinde*, in A. HOYER *et al.* (a cura di), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2006, p. 453.

[169] K. LOEWENSTEIN, *Militant Democracy and Fundamental Rights, II*, in *The American Political Science Review*, 31, 1937, p. 656. Cfr. anche § 45.

[170] I. APPEL, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 82, 1999, p. 278.

[171] E. BREMS, *Transitional Justice in the Case Law of the European Court of Human Rights*, in *International Journal of Transitional Justice*, 5, 2011, p. 282.

[172] M. SCHMIDT, *Verfassungsaufsicht in der Europäischen Union. Eine akteurszentrierte Analyse der Rechtsstaatlichkeitskrise der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2021, pp. 212 ss., 225 ss.

sanzioni penali (o disciplinari) secondo il diritto europeo, come espressione del costituzionalismo trasformativo europeo. Va sottolineato che questo rappresenta solo uno dei vari modi in cui le istituzioni europee possono incidere sulle transizioni democratiche. Il tema della responsabilità penale ben si presta a questo approccio, perché è particolarmente impegnativo in termini giuridici e permette di richiamare molte delle tesi sostenute in questo lavoro.

Gli attuali governi polacco e ungherese colpiscono gli oppositori politici specie per via giudiziaria. La loro repressione può integrare diversi reati in quanto forma di abuso di potere. In questo contesto, il ricorso al diritto penale persegue due obiettivi principali: in primo luogo, in linea con la sua funzione preventiva, si prefigge di rafforzare il nucleo costituzionale, proteggendo così la possibilità di un cambiamento democratico attraverso le urne; in secondo luogo, può contribuire alla sostituzione di giudici, politici e funzionari compromessi con il precedente regime dopo un cambio di governo.

Una nuova maggioranza dovrà chiedersi se e come annullare le assunzioni con cui gli attuali governi polacco e ungherese stanno consolidando il loro potere e le loro politiche. Giudici di regime, e in particolare delle corti costituzionali, sono la chiave della strategia dei governi autoritari. Combattere una tale strategia è questione delicata, in quanto potrebbe compromettere il principio di indipendenza della magistratura e quindi lo stesso Stato di diritto. Secondo la dottrina che si propone, lo Stato di diritto europeo, come garantito dall'articolo 2 TUE, può comunque sostenere, piuttosto che vietare, misure volte ad annullare il c.d. *court-packing* [173], vale a dire misure volte a condizionare la composizione delle corti.

La politica giudiziaria della Polonia dopo il 2015 funge da riferimento per la proposta qui elaborata. Le autorità polacche (sia il governo che il parlamento) hanno avviato le loro politiche indebolendo e asservendo molti settori del sistema giudiziario polacco (cfr. § 45). Una volta ridotta l'indipendenza della magistratura, si è affievolito il controllo delle giurisdizioni sugli altri poteri dello Stato e si è giunti addirittura ad utilizzare le giurisdizioni per colpire gli oppositori politici.

Così è accaduto, ad esempio, al professor Wojciech Sadurski che, per le aspre critiche, dai toni spesso estremi, da lui rivolte al governo polacco, è

[173] Sull'importanza dello Stato di diritto in tali contesti, E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 31, 1978, p. 1883; P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 23 ss.; D. DYZENHAUS, *State of Emergency*, in M. ROSENFELD-A. SAJÓ (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 443.

stato costretto ad affrontare numerose cause giudiziarie [174]. Il partito di governo PiS lo ha citato in giudizio, contestandogli di avere definito il partito una 'organizzazione criminale' [175]. *Telewizja Polska* (TVP), l'emittente televisiva pubblica controllata dal governo, ha citato Sadurski in giudizio per diffamazione dopo che egli ha accusato l'emittente di pratiche propagandistiche 'alla Goebbels' [176].

Anche l'Ombudsman polacco Adam Bodnar è stato citato in giudizio da TVP, dato che, poco dopo l'assassinio del sindaco di Danzica, aveva apertamente collegato tale delitto al clima avvelenato dei servizi di TVP [177]. L'emittente televisiva, infatti, aveva riferito quasi quotidianamente del presunto coinvolgimento del sindaco in scandali di corruzione e dei suoi legami con comunisti o estremisti di destra. Il Tribunale di primo grado non ha riconosciuto la responsabilità di Bodnar, ma la decisione è stata impugnata dinanzi alla Corte Suprema.

Il procedimento contro Igor Tuleya – figura di riferimento dei giudici indipendenti – ha avuto grande risonanza a livello internazionale [178]. Tuleya, giudice della Corte regionale di Varsavia, aveva assunto numerose decisioni contrarie agli interessi del governo. Nel 2017, aveva ordinato alla Procura di avviare un procedimento nei confronti delle autorità governative per la illegittima compressione delle prerogative dell'opposizione. Ciò gli valse, per converso, l'avvio di un procedimento dinanzi alla sezione disciplinare filogovernativa della Corte Suprema. Tale procedimento era illegittimo: la Corte di giustizia aveva ritenuto incompatibile con il diritto dell'Unione la nuova disciplina della sezione (cfr. § 67). Nonostante ciò, quest'ultima si ritenne competente a decidere sull'immunità giudiziaria di Igor Tuleya. Nell'aprile 2021, un'altra sezione della Corte Suprema polacca escluse che

---

[174] Cfr. W. SADURSKI, *Poland's Constitutional Breakdown*, Oxford University Press, Oxford, 2019.

[175] W. SADURSKI, *I Criticized Poland's Government. Now it's Trying to Ruin Me*, in *The Washington Post* (22 maggio 2019); G. DE BÚRCA-J. MORIJN, *Open Letter in Support of Professor Wojciech Sadurski*, in *Verfassungsblog* (6 maggio 2019).

[176] A. KUBLIK, *Auf Linie gebracht: Polens öffentlich-rechtlicher Rundfunk unter PiS-Kuratel*, in *Osteuropa*, 2016, p. 153. Vedi anche la definizione di "*organo di propaganda governativa*" da parte di Reporter senza frontiere, qui https://rsf.org/en/poland. Sulle notizie di parte, vedi il rapporto della *Missione di osservazione elettorale limitata dell'ODIHR dell'OSCE sulle elezioni polacche* del 13 ottobre 2019, www.osce.org/odihr/elections/poland/435932, pp. 12 ss.

[177] Vedi il sito web del Ombudsman: www.rpo.gov.pl/en/content/information-about-law suit-filed-tvp-and-notified-chr-office.

[178] I. TULEYA, *Even in Prison*, in *Verfassungsblog* (20 novembre 2020); I. WERNER, *Kampf um die Unabhängigkeit der Gerichte in Europa: Interview mit Beata Morawiec und Igor Tuleya*, in *Deutsche Richterzeitung*, 2021, p. 142; COMMISSIONE EUROPEA, *Relazione sullo Stato di diritto 2020, Capitolo sulla situazione dello Stato di diritto in Polonia* (SWD (2020) 320 final).

sussistessero gli estremi per l'adozione di una misura detentiva nei confronti del giudice, ma ciò non condusse all'estinzione del procedimento a suo carico [179].

Si rinvengono anche altri esempi dell'indebolimento dello Stato di diritto. Il Ministro della giustizia polacco ha annunciato l'avvio di un procedimento per diffamazione contro i docenti dell'Università di Cracovia che avevano denunciato l'illegittimità costituzionale di interventi in materia penale [180]. Le autorità governative polacche hanno promosso anche numerose cause civili contro giornalisti [181].

80. La responsabilità penale dei giudici di regime

Nella società europea, indagare sulla responsabilità penale di istituzioni statali che perseguitano oppositori politici non è mero esercizio di fantasia. Una siffatta responsabilità si può ricostruire, in conformità allo Stato di diritto, combinando, ad avviso di chi scrive, vari elementi del diritto europeo.

In primis si pone la questione della competenza. L'Unione non ha giurisdizione penale, essendo quest'ultima affidata ai tribunali nazionali, che si tratti di un tribunale penale polacco o di un tribunale di uno Stato membro che agisca nell'ambito della propria giurisdizione internazionale.

Sebbene l'Unione non possa adottare alcuna misura detentiva, il diritto dell'Unione può prevedere fattispecie di reato e può imporre agli Stati membri di applicarle ai soggetti rispetto ai quali esercita la propria giurisdizione. L'Unione può anche svolgere indagini ed esercitare l'azione penale, come risulta dalle competenze stabilite negli articoli 67, 75 e 82-89 TFUE. Tali competenze sono state ampiamente utilizzate: la raccolta della legislazione europea in materia penale curata dal Consiglio nel 2019 consta di 1.272 pagine [182]. Sulla base di ciò, ha buon gioco la Corte di giustizia nello sviluppare orientamenti giurisprudenziali in materia penale. Sono lontani i tempi in cui

---

[179] L. WOŹNICKI, *Disciplinary Chamber of the Supreme Court Denies the Use of Coercive Measures Against Judge Igor Tuleya*, in *Gazeta Wyborcza* (23 aprile 2021).

[180] Il Ministro della giustizia abbandonò, in fine, questo piano. Vedi B. GRABOWSKA-MOROZ-K. ŁAKOMIEC-M. ZIÓŁKOWSKI, *The History of the 48-Hour Lawsuit: Democratic Backsliding, Academic Freedom, and the Legislative Process in Poland*, in *ruleoflaw.pl* (9 luglio 2019).

[181] D. MACIEJASZ, *Gag Lawsuits and Judicial Intimidation: PiS Seeks to Turn Courts Into an Instrument of State Censorship*, in *Gazeta Wyborcza* (26 marzo 2021).

[182] Strumenti dell'Unione europea in materia di diritto penale e testi correlati, https://www.consilium.europa.eu/en/documents-publications/publications/european-union-instruments-criminal-law/.

il diritto penale, lo strumento più invasivo dell'autorità pubblica, era precluso all'Unione, considerata priva della necessaria legittimità democratica. Si tratta di un'ulteriore riprova della trasformazione del diritto pubblico europeo.

Nonostante l'ampiezza della legislazione penale dell'Unione, non si rinvengono in essa previsioni atte a sanzionare giudici che si lascino influenzare dal potere o politici che li influenzino. Poiché i princìpi dell'articolo 2 TUE non possono fungere direttamente da base legale per la loro incriminazione (articolo 49, paragrafo 1, CDFUE), è evidente che essi possano venire perseguiti e sanzionati penalmente soltanto sulla base del diritto nazionale. Per utilizzare il diritto interno in questi casi, appare opportuno collegare la dottrina dell'effettività (cfr. § 37) con quella del nucleo costituzionale europeo (cfr. § 29). Da una siffatta connessione può trarsi una dottrina della responsabilità penale idonea a supportare il costituzionalismo trasformativo europeo (cfr. §§ II.F, 67).

I procedimenti a sfondo politico contro gli oppositori richiedono un costituzionalismo trasformativo europeo perché rappresentano una preoccupazione europea (cfr. § 45). Ciò che sta accadendo in Polonia vìola l'essenza dello Stato di diritto europeo con riferimento alla garanzia dell'indipendenza della magistratura, nonché l'essenza della libertà di espressione europea. La libertà di critica nei confronti del governo "*costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica e pluralista, facente parte dei valori sui quali, a norma dell'articolo 2 TUE, l'Unione è fondata*" [183]. Poiché questa essenza è protetta dall'articolo 2 TUE, è irrilevante che la Carta dei diritti fondamentali non si applichi a molti di questi procedimenti (articolo 51 CDFUE, cfr. § 46). Anche se è vero che la Corte di giustizia non ha ancora dichiarato l'articolo 2 TUE direttamente applicabile, l'interpretazione dell'articolo 2 TUE in combinato con l'articolo 19, paragrafo 2, TUE, ha di fatto raggiunto il medesimo effetto [184].

Nei giudizi contro oppositori del governo o giudici indipendenti, i giudici nazionali devono interpretare e applicare le fattispecie di reato di ingiuria o diffamazione, le richieste di risarcimento del danno, nonché le previsioni in materia disciplinare, in conformità con il nucleo costituzionale europeo (cfr. §§ 29, 67). Di più: il primato del diritto dell'Unione vieta l'applicazione di disposizioni nazionali che colpiscono gli oppositori del governo, come ad

---

[183] In tal senso, cfr. sia CGUE, 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige*, cause riunite C-203/15 e C-698/15, punto 93; sia Corte EDU, 23 giugno 2016, *Baka c. Ungheria*, ric. n. 20261/12, par. 158.

[184] Per approfondimenti, A. VON BOGDANDY-L.D. SPIEKER, *Protecting Fundamental Rights Beyond the Charter. Repositioning the Reverse Solange Doctrine in Light of the CJEU's Article 2 TEU Case-Law*, in M. BOBEK-J. ADAMS-PRASSL (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member* States, Hart Publishing, Oxford, 2020, p. 525.

esempio le leggi ungheresi sulle persone che lavorano per la *Open Society Foundation* o per la *Central European University* [185]. Gli obblighi derivanti dal primato del diritto europeo si applicano sia ai giudici che alle altre autorità. Tutti i titolari di cariche pubbliche debbono interpretare il diritto nazionale in conformità con il diritto dell'UE e disapplicarlo allorché una siffatta interpretazione non sia possibile [186].

In virtù del nucleo costituzionale europeo, i giudici nazionali non devono dunque lasciarsi influenzare dal governo, assecondandone le illegittime politiche di repressione. Ciò li pone in una posizione difficile, perché il governo polacco ha poco rispetto per l'indipendenza dei giudici. In questo caso, potrebbe essere utile coinvolgere l'Europa chiamando in causa la Corte di giustizia. E, infatti, molti giudici polacchi hanno presentato rinvii pregiudiziali (articolo 267 TFUE) al fine di ottenere il sostegno europeo. Per contrastare questa pratica, il Ministro della giustizia polacco ha investito la Corte costituzionale polacca, ormai asservita, affinché dichiarasse l'incostituzionalità di siffatti rinvii [187] e ha avviato procedimenti disciplinari contro i giudici dei rinvii dinanzi alla rinnovata e asservita sezione disciplinare della Corte Suprema [188]. Analogamente, la Corte Suprema ungherese ha dichiarato l'illegittimità del rinvio pregiudiziale promosso da un tribunale distrettuale sulla disciplina ungherese concernente l'indipendenza della magistratura [189].

A sostegno dei giudici del rinvio, si potrebbe ritenere che in queste situazioni un giudice nazionale sia obbligato a promuovere il rinvio pregiudiziale. Allorché venga in rilievo il nucleo costituzionale europeo il rinvio pregiudiziale dovrebbe, infatti, essere obbligatorio. Se l'obbligo di rinvio viene violato, la Commissione può avviare una procedura di infrazione, consentendo alla Corte di giustizia di intervenire rapidamente con misure provvisorie [190].

---

[185] Cfr. CGUE, 18 giugno 2020, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, causa C-78/18; 6 ottobre 2020, *Commissione c. Ungheria (Enseignement supérieur)*, causa C-66/18.

[186] CGUE, 4 dicembre 2018, *Ministro della giustizia e dell'uguaglianza e Commissario della Garda Síochána*, causa C-378/17, punto 38; CGCE, 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, causa 103/88, punto 31; 29 aprile 1999, *Ciola*, causa 224/97, punto 30.

[187] S. BIERNAT-M. KAWCZYŃSKA, *Though This Be Madness, Yet There's Method in't: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court*, in *Verfassungsblog* (26 ottobre 2019).

[188] Legge sulla Corte Suprema dell'8 dicembre 2017 (Ustawa z dnia 8 grudnia 2018 r. o Sądzie Najwyższym).

[189] Kúria, sentenza del 10 settembre 2019, Bt. 838/2019; P. BÁRD, *Luxemburg as the Last Resort: The Kúria's Judgment on the Illegality of a Preliminary Reference to the ECJ*, in *Verfassungsblog* (23 settembre 2019).

[190] Cfr. CGUE, 19 ottobre 2018, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, causa C-619/18 R; per un ragionamento dettagliato, cfr. CGUE, 17 dicembre 2018, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, causa C-619/18.

Benché un siffatto obbligo ancora non esista, può essere ricavato sulla base di alcune delle tesi principali contenute nel presente lavoro, applicandole in riferimento all'articolo 267, terzo comma, TFUE, la più importante disposizione procedurale del diritto pubblico europeo (cfr. § 56).

Ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, l'obbligo di rinvio si applica soltanto ai giudici di ultima istanza. Tuttavia, la Corte di giustizia ha esteso questo obbligo anche ai giudici di grado inferiore che intendono disapplicare una disposizione del diritto dell'Unione da loro ritenuta illegittima [191]. Per giustificare questa estensione senza precedenti, la Corte di giustizia ha sottolineato l'obiettivo di proteggere l'effettività del diritto dell'Unione, principio guida della Corte dal 1963 (cfr. §§ 37, 56).

Negli ultimi dieci anni, la Corte ha articolato questo principio, aggiungendo una logica genuinamente costituzionale (cfr. § 24) a quella funzionale già consolidata. Per contrastare gli sviluppi autoritari in alcuni Stati membri, la Corte concepisce ora l'UE come un'unione di valori. La tutela dei princìpi costituzionali dell'articolo 2 TUE è divenuta importante almeno quanto la tutela dell'effettività del diritto dell'UE. Ciò giustifica l'eguale trattamento delle due tutele in termini procedurali. Di conseguenza, un giudice di uno Stato membro deve proporre il rinvio ogni volta che individui una minaccia al nucleo costituzionale europeo (cfr. §§ 60, 67), ad esempio allorché si adottino misure di censura nei confronti degli oppositori del governo. Oggigiorno, difendere l'unione dei valori da tali minacce è importante per il diritto dell'UE quanto controllare la disapplicazione di una delle sue disposizioni. Entrambe le decisioni richiedono il coinvolgimento della Corte di giustizia.

Sebbene questa dottrina fornisca sostegno all'indipendenza dei giudici, essa non sarà sufficiente a salvaguardare lo Stato di diritto europeo o la libertà di espressione politica in Polonia. Molti giudici polacchi devono la loro nomina al governo e finiscono così per divenirne alleati politici. Altri giudici, semplicemente temendo la sezione disciplinare della Corte Suprema polacca, finiscono con l'assecondare le indicazioni del governo.

In tal caso potrebbero essere ritenuti penalmente responsabili, come pure i politici che li influenzano e le altre autorità coinvolte, quali i pubblici ministeri [192]. Sebbene le relative ipotesi di reato non siano ancora previste, le giustificazioni teoriche ad esse sottese sono ben consolidate. Pertanto, se

---

[191] CGCE, 22 ottobre 1987, *Foto-Frost*, causa 314/85.

[192] G. METTRAUX, *The Law of Command Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 2009; B. SCHÜNEMANN, *Schrumpfende Basis, wuchernder Überbau? Zum Schicksal der Tatherrschaftsdoktrin nach 50 Jahren*, in M. HEINRICH *et al.* (a cura di), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2011, p. 799.

dal punto di vista teorico il passo per la loro introduzione è piccolo, non di meno dal punto di vista politico sarebbe enorme.

La dottrina che cerca di combattere il fuoco con il fuoco muove dal diritto penale nazionale. In quasi tutti gli ordinamenti giuridici, infatti, è punito l'abuso d'ufficio [193]. Secondo l'articolo 231, paragrafo 1, del Codice penale polacco, "*il pubblico ufficiale che, eccedendo i propri poteri o non adempiendo al proprio dovere, agisce a danno di un interesse pubblico o individuale è soggetto alla pena della privazione della libertà fino a 3 anni*" [194]. Ciò include l'abuso nell'esercizio della funzione giudiziaria [195].

L'ipotesi di reato prevista dalla legge polacca può agevolmente ritenersi idonea a salvaguardare il nucleo costituzionale europeo. Del resto, costituisce un principio consolidato del diritto dell'Unione l'equivalenza delle tutele garantite in caso di violazioni del diritto dell'UE rispetto a quelle previste per le violazioni del diritto nazionale [196]. Se la legge di uno Stato membro prevede il reato di abuso d'ufficio per colpire determinate condotte dei pubblici funzionari in violazione del diritto nazionale, il medesimo reato deve ritenersi includere anche analoghe condotte abusive in violazione del diritto dell'Unione.

Naturalmente, non tutti gli errori giudiziari implicano un abuso d'ufficio. I giudici possono sbagliare. Possono interpretare e applicare la legge in modo diverso da altri giudici, senza che ciò abbia alcuna conseguenza. La responsabilità penale dovrebbe prevedersi soltanto per le trasgressioni più gravi, a salvaguardia della separazione dei poteri, dell'indipendenza della magistratura e della garanzia di effettività della tutela giurisdizionale [197]. In Polonia, l'immunità giudiziaria è garantita dagli articoli 173, 180, primo e

---

[193] G. CANIVET-J. JOLY-HURARD, *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 58, 2006, p. 1049; M. CAPPELLETTI, *"Who Watches the Watchmen?" A Comparative Study on Judicial Responsibility*, in *American Journal of Comparative Law*, 31, 1983, pp. 1 ss.

[194] Per la traduzione in inglese del Codice penale polacco, cfr. http://legislationline.org/sites/default/files/documents/6a/Poland_CC_1997_en.pdf.

[195] Per un esempio di applicazione di questi fatti ai giudici, cfr. Corte Suprema polacca, sentenza del 30 agosto 2013, SNO 19/13.

[196] CGCE, 3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, punto 65; conclusioni dell'AG Kokott, 30 aprile 2015, causa C-105/14, *Taricco et al.*, punto 80; M. DOUGAN, *From the Velvet Glove to the Iron Fist: Criminal Sanctions for the Enforcement of Union Law*, in M. CREMONA (a cura di), *Compliance and the Enforcement of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 74.

[197] CGUE, 25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, punto 63; Corte EDU, 6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, ric. n. 55391/13, 57728/13, 74041/13, punti 144 ss.

secondo comma, e 181 della Costituzione polacca [198].

Pertanto, la responsabilità *penale* per abusi nell'esercizio della funzione giudiziaria deve essere limitata alle condotte più gravi. La dottrina dell'Unione europea sulla responsabilità *dello Stato* per cattive condotte giudiziarie fornisce preziose indicazioni. La responsabilità può sussistere solo "*allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia*" [199]. Poiché la responsabilità penale incide sulla libertà del giudice che decide, la soglia dovrebbe essere ancora più alta. Si potrebbe suggerire, quindi, che la responsabilità penale richieda non solo un caso manifesto, ma anche un caso grave di illegalità.

Non si tratta evidentemente di criminalizzare ogni rifiuto di rinvio alla Corte di giustizia [200], così facendo si dovrebbero perseguire molti giudici, tra cui il *Conseil d'État* e il *Bundesverfassungsgericht* (cfr. § 60). Del resto, una eventuale criminalizzazione pregiudicherebbe la stessa cooperazione tra le giurisdizioni. La proposta è molto più circoscritta, mira a salvaguardare il nucleo costituzionale europeo. Essa limita la responsabilità penale ai giudici corrotti e ai politici corruttori che minano le basi della società democratica (cfr. §§ 28, 46, 81).

La responsabilità penale richiede anche un elemento soggettivo, intenzionale. La determinazione del dolo spetta al giudice nazionale responsabile del procedimento. In genere, si deve dimostrare che il giudice era a conoscenza della legge da applicare e, ciononostante, l'ha deliberatamente ignorata. Per proteggere l'indipendenza della magistratura, la mera errata applicazione della legge non è sufficiente a dimostrare il dolo. Il dolo richiede ulteriori prove e, al riguardo, le istituzioni dell'UE possono dare un decisivo contributo. Pertanto, può essere rilevante che un giudice nazionale abbia ignorato una decisione della Corte di giustizia che era stata portata alla sua attenzione. Inoltre, si può dedurre l'elemento doloso quando la decisione del giudice nazionale è incompatibile con una sentenza della Corte di giustizia resa nel caso di specie. La Commissione dovrebbe dunque monitorare tali procedimenti negli Stati membri e avviare una procedura di infrazione (articolo 258 TFUE) [201]. In questo modo i giudici di secondo grado potrebbero trovarsi di fronte a una

---

[198] A. BODNAR-L. BOJARSKI, *Judicial Independence in Poland*, in A. SEIBERT-FOHR (a cura di), *Judicial Independence in Transition*, Springer, Berlin, 2012, p. 716.

[199] CGUE, 30 settembre 2003, *Köbler*, causa C-224/01, punto 56.

[200] Sul dibattito, T. RÖNNAU, *Rechtsbeugung durch (beharrliche) Verweigerung der Pflichtvorlage an den EuGH?*, in B. HECKER-B. WEIßER-C. BRAND (a cura di), *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 2018, p. 313.

[201] Su questa possibilità, cfr. CGUE, 4 ottobre 2018, *Commissione c. Francia (Anticipo)*, causa C-416/17, punti 100 ss.

decisione della Corte di giustizia, esponendosi a responsabilità penale nel caso in cui non vi si conformassero, nuocendo a un individuo. Tale situazione è paragonabile a quella in cui un giudice penale condanna l'imputato senza tenere conto del giudicato costituzionale nel frattempo intervenuto.

Si potrebbe obiettare che i crimini da contrastare sono opera del governo e non dei giudici. Ciò, tuttavia, non scagiona questi ultimi, e tantomeno giustifica le loro azioni. Se la repressione governativa si avvale del potere giudiziario, i giudici coinvolti sono corresponsabili. La giustificazione di non aver altra scelta se non quella di cedere alle pressioni del governo deve essere debitamente valutata, ma non sarà in genere sufficiente ad escludere la responsabilità. Maria Mammeri-Latzel dimostrò quanto margine di manovra avessero i giudici anche sotto il regime totalitario del nazionalsocialismo. Si può quindi ritenere che le pressioni del governo non scagionano *ex se* i giudici arrendevoli [202].

Con l'attuale governo polacco, procedimenti penali a carico dei giudici asserviti o dei loro referenti politici sono altamente improbabili. Ma ciò non inficia la bontà della proposta. Nessun governo dura per sempre. Dopo la sua caduta, la nuova maggioranza dovrà decidere come ripristinare pienamente la democrazia e come comportarsi con i giudici che hanno collaborato senza scrupoli con la precedente maggioranza. Certo, optare per lo strumento penale implica una decisione politica di estremo rilievo, che deve tenere conto di molto di più della sua legalità. Ma non si può certo negare l'importanza di una tesi dottrinale che mostri come tale decisione possa essere conforme allo Stato di diritto europeo, e non una vile 'giustizia dei vincitori' [203].

81. *Solange*

La dottrina proposta mira a proteggere il nucleo costituzionale europeo e a promuovere la società europea, evitando al contempo l'armonizzazione del diritto costituzionale interno. In questo modo, essa media tra identità europea e nazionale (cfr. § 33). Per chiarire questa caratteristica, si declinerà tale proposta alla luce di *Solange*, un concetto dottrinale che restituisce bene la *Gestalt* del diritto pubblico europeo.

La congiunzione *solange* (fino a quando) è diventata un concetto dottrinale

---

[202] M. MAMMERI-LATZEL, *Justizpraxis in Ehesache im Dritten Reich. Eine Untersuchung von Prozessakten des Landgerichts Berlin unter besonderer Berücksichtigung der Ideologie des Nationalsozialismus*, Berlin-Verl. Spitz, Berlin, 2002, pp. 281 ss.

[203] Su tale dimensione, I. MÜLLER, *Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken*, in *Kritische Justiz*, 17, 1984, p. 119.

il 29 maggio 1974, in una decisione del Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht* nota come *Solange I*. In questa pronuncia, il Tribunale accettò in larga misura la prima giurisprudenza trasformativa della Corte di giustizia (cfr. §§ 37, 56), imponendo tuttavia una riserva al fine di proteggere l'identità costituzionale della Germania e la competenza del Tribunale costituzionale di verificarne il rispetto (cfr. §§ 31, 60) [204]. Come la relativa dottrina italiana dei *controlimiti* [205], la dottrina *Solange* sembrò inizialmente uno strumento di resistenza giudiziaria [206]. Nei decenni successivi, tuttavia, si è trasformata in una dottrina rappresentativa del pluralismo costituzionale cooperativo (cfr. §§ 58, 61) [207]. Ciò si deve principalmente all'ordinanza *Solange II* del 22 ottobre 1986 redatta da Helmut Steinberger, assistito da Rainer Hofmann.

Solange II non ha comunque soppresso la riserva di identità. Quest'ultima dovrà essere mantenuta, scrive il Tribunale costituzionale, *fino a quando* ("*solange*") non ci sarà un catalogo UE dei diritti fondamentali adottato da un Parlamento europeo. Il superamento della riserva richiede, pertanto, l'attribuzione al Parlamento europeo del potere di adottare fonti di rango costituzionale. Ma un siffatto potere sarebbe inteso, dal Secondo Senato, come un inaccettabile moto rivoluzionario volto a forgiare una nazione, un popolo o uno Stato europeo (cfr. § 12). Per questo motivo, è essenziale che la dottrina della responsabilità penale proposta sia conforme alla dottrina *Solange* del Secondo Senato, evitando l'armonizzazione costituzionale e limitandosi a fissare requisiti di base.

Allo stesso tempo, il concetto dottrinale di Solange contribuisce a mettere in evidenza la trasformazione del diritto pubblico europeo nella sua seconda fase. Nel predetto periodo, è emerso un nucleo (o *identità)* costituzionale europeo accanto all'identità (o *nucleo)* costituzionale degli Stati membri. Sembra, anzi, che oggi il nucleo europeo sia più minacciato da misure nazionali che l'identità nazionale da misure europee. Il nucleo europeo ha pertanto bisogno di essere rafforzato e questo rafforzamento è in corso (cfr. §§ 47, 67). Siffatto obiettivo può essere perseguito attraverso la dottrina

---

[204] BVerfGE 37, 271, *Solange I*.

[205] Corte cost. n. 183 del 1973, n. 9 del Cons. in dir.; n. 170 del 1984, n. 7 del Cons. in dir.; n. 1146 del 1988, n. 2.1 del Cons. in dir.; n. 232 del 1989, n. 3.1 del Cons. in dir.

[206] B. DAVIES, *Resisting the European Court of Justice. West Germany's Confrontation with European Law, 1949-1979*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 188 ss.

[207] M. WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 446 ss.; A. TZANAKOPOULOS, *Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange Argument*, in O.K. FAUCHALD-A. NOLLKAEMPER (a cura di), *The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012, p. 185.

Reverse Solange. Oggi il diritto pubblico europeo prevede, infatti, il rafforzamento reciproco dei princìpi costituzionali, pur mantenendo il pluralismo costituzionale.

La dottrina *Reverse Solange* è stata elaborata nel 2012 per fornire una risposta di diritto dell'Unione alle tendenze autoritarie in Ungheria, con specifico riguardo alla compressione della libertà dei media [208]. All'epoca, si riteneva che il peggioramento della garanzia dei diritti si verificasse al di fuori del campo di applicazione del diritto dell'Unione, poiché il potenziale dell'articolo 2 TUE non era ancora sufficientemente riconosciuto. La dottrina fu elaborata per valorizzare tale potenziale, fornendo ai giudici uno strumento contro il consolidarsi di tendenze autoritarie. La dottrina della responsabilità penale si pone dunque nel solco della dottrina *Reverse Solange*.

Questa dottrina ha introdotto un approccio atto a rendere operativo – e quindi giustiziabile – l'articolo 2 TUE nei confronti di qualsiasi comportamento degli Stati membri. Nel 2012, la tesi sembrava fantascientifica, ma da allora sono occorsi numerosi mutamenti. La Corte di giustizia, infatti, dal 2018 ha cominciato ad applicare l'articolo 2 TUE per contrastare tendenze autoritarie (cfr. § 67). A fondamento del proprio ragionamento la Corte ha posto l'articolo 19 TUE, e non la cittadinanza dell'Unione (come si era proposto nel 2012) [209], di tal che la dottrina *Reverse Solange* è stata riadattata [210].

Nel 2012, la dottrina si era concentrata sulla dimensione unificante (cfr. § 56), per mobilitare i giudici in vista del rafforzamento del nucleo costituzionale europeo. Considerati gli attuali orientamenti della Corte di giustizia, l'altra dimensione, quella di preservare il pluralismo, è diventata nel frattempo più rilevante [211]. Al riguardo, la dottrina *Reverse Solange* mira soltanto a proteggere i requisiti per l'adesione ai sensi degli articoli 2 e 49 TUE, il che ne giustifica la limitazione alle carenze sistemiche (cfr. §§ 54, 61, 67). Pertanto, la logica

---

[208] A. VON BOGDANDY *et al.*, *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in *Common Market Law Review*, 49, 2012, p. 489. Tra i coautori figurano C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrei, M. Kottmann e M. Smrkolj. Per la discussione vedi i contributi di D. Halberstam, A. Jakab, J. Komárek, M. Kumm, P. Lindseth, A. Mangold, W. Sadurski, P. Sonnevend, D. Thym, R. Uitz e A. Wiener in M. STEINBEIS-A. KEMMERER-C. MÖLLERS (a cura di), *Gebändigte Macht. Verfassung im europäischen Nationalstaat*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 143 ss.

[209] Sulla giurisprudenza in materia di cittadinanza dell'Unione, che in seguito è diventata restrittiva, E. SPAVENTA, *Earned Citizenship – Understanding Union Citizenship through its Scope*, in D. KOCHENOV (a cura di), *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 205.

[210] A. VON BOGDANDY-L.D. SPIEKER, *Protecting Fundamental Rights*, cit.

[211] Su queste preoccupazioni, F. SCHORKOPF, *Value Constitutionalism in the European Union*, in *German Law Journal*, 21, 2020, p. 956.

di tale dottrina appare diversa rispetto a quella della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la cui applicazione agli atti degli Stati membri ha come obiettivo primario l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione [212].

La decisione *Solange II* del *Bundesverfassungsgericht* esprime fiducia nelle istituzioni europee. Anche la dottrina *Reverse Solange* presuppone la fiducia negli Stati membri, presumendo che essi rispettino il nucleo costituzionale europeo. La fiducia reciproca tra le istituzioni è assurta a categoria centrale del diritto pubblico europeo (cfr. § 35).

Tuttavia, l'eterna vigilanza è il prezzo della libertà. Ecco perché la predetta fiducia non è né cieca né incondizionata. Tutti i giudici hanno il potere di accertare se in un determinato Stato membro tale presunzione corrisponda a realtà. Se essa viene confutata, i valori europei debbono essere difesi (cfr. § 80). I giudici nazionali debbono coinvolgere la Corte di giustizia in questo processo. Solo un procedimento pregiudiziale, infatti, può soddisfare il diritto ad essere ascoltate delle istituzioni dello Stato membro interessato (cfr. § 60). Siffatti giudizi, inoltre, richiedono di definire il nucleo costituzionale europeo, compito che spetta alla corte suprema dell'Unione (cfr. § 61).

Le dottrine *Solange*, siano esse di diritto nazionale o dell'UE, riflettono la struttura di base del diritto pubblico europeo. Esse declinano e tutelano i presupposti per la cooperazione tra ordinamenti giuridici strettamente connessi ma autonomi. Se ne riassumono brevemente di seguito gli elementi fondamentali. In primo luogo, l'ordinamento giuridico A stabilisce requisiti costituzionali per gli atti di un altro ordinamento giuridico B. A accetta gli atti di B solo se questi ultimi sono conformi a tali requisiti. In secondo luogo, i giudici dell'ordinamento A possono controllare gli atti giuridici di B per verificarne la conformità. In terzo luogo, c'è fiducia reciproca: si presume che gli atti giuridici di B soddisfino i requisiti di A e la soglia per confutare questa presunzione è alta. Questa logica si applica anche tra gli Stati membri dell'UE [213] e tra l'Unione e il sistema del Consiglio d'Europa (CEDU) [214].

La logica cooperativa si basa sull'ordinanza *Solange II*, che ha invertito la logica difensiva di *Solange I*. In base alla decisione *Solange I*, *tutti* i diritti fondamentali tedeschi si applicavano nei confronti dell'Unione. Con l'ordinanza *Solange II*, il Secondo Senato abbandona questo approccio. In primo

---

[212] CGUE, 26 febbraio 2013, *Melloni*, causa C-399/11, punto 60; 16 gennaio 2014, *Siragusa*, causa C-206/13, punto 32; 10 luglio 2014, *Julian Hernández*, causa C-198/13, punto 47.

[213] I. CANOR, *My Brother's Keeper? Horizontal Solange: "An Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe"*, in *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 383.

[214] Corte EDU, 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, ric. n. 45036/98; 23 maggio 2016, *Avotiņš c. Lettonia*, ric. n. 17502/07.

luogo, si limita alle norme "*essenziali*". In secondo luogo, si astiene dal riesaminare gli atti dell'UE fintanto che le istituzioni dell'Unione garantiscono "*in generale*" una tutela effettiva dei diritti fondamentali che "*sia essenzialmente equivalente alla tutela dei diritti fondamentali prevista dalla Legge fondamentale come irrinunciabile*" [215]. A dimostrazione di un orientamento ancora più pluralistico, la dottrina *Reverse Solange* si concentra esclusivamente sulle carenze sistemiche (cfr. §§ 46, 67).

[215] BVerfGE 73, 339, *Solange II*, pp. 375, 386.

V.
Quintessenza con Marius Ivaškevičius

Solange ci insegna molto sul diritto pubblico europeo. Riassume il rapporto fondamentale tra i suoi ordinamenti giuridici costitutivi e restituisce il significato fondante di delicati compromessi. Per quanto riguarda la società europea, è una testimonianza della sua capacità di impegnarsi in un compromesso costruttivo. Hegel, Schmitt e Böckenförde ci aiutano a riconoscere la grandezza di questa conquista di civiltà. Infine, *Solange* sottolinea lo sviluppo di un nucleo costituzionale europeo che rappresenta la trasformazione cruciale del diritto pubblico europeo nel suo secondo periodo.

Questo lavoro ha cercato di fornire le chiavi di lettura del processo di europeizzazione incentrato sull'Unione europea da un punto di vista giuridico. Ha dimostrato come settant'anni di europeizzazione abbiano dato origine al diritto pubblico di una società europea che, pur con tutti i suoi difetti, è caratterizzata da pluralismo, non discriminazione, tolleranza, giustizia, solidarietà e uguaglianza tra donne e uomini, dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto e rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Si tratta di un risultato notevole che molti non riconoscono.

Il drammaturgo lituano Marius Ivaškevičius riassume questa quintessenza con parole volutamente polemiche. Egli stigmatizza "*l'incessante chiacchiericcio dei critici sui problemi irrisolvibili e sulla morte inevitabile dell'Europa*" come il più grande dei suoi molti problemi:

Avete accumulato una intera montagna di problemi. Sta schiacciando l'Europa e sta ostacolando tutto il bene che ne avete ricavato. Ma ho una notizia che vi stupirà: questa montagna esiste solo nelle vostre menti contorte. Provate i miei occhiali per cambiare. Anche quello che vedete attraverso di essi è distorto; mostra qualcosa di troppo positivo […]. Ma se guardate l'Europa attraverso i miei occhiali, i vostri occhi si rianimeranno, almeno un poco, perché c'è molta più luce, colore e voglia di vivere [1].

[1] M. IVAŠKEVIČIUS, *Europa mit den Augen eines Verliebten*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (16 febbraio 2017), p. 6.

Postfazione

La società europea nel 2025

di Armin von Bogdandy

Sommario: I. Quante cose sono accadute! – II. Cosa significa società europea: un'interpretazione dell'articolo 2 TUE. – III. Segue: considerazioni interdisciplinari. – IV. Sul ruolo dei valori. – V. Sul ruolo del diritto e dei giuristi. – VI. Sulla democrazia. – VII. Sul potenziale. – VIII. Sulla società europea di fronte ai nazionalismi.

I. Quante cose sono accadute!

Quando nel gennaio 2022 fu pubblicato *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, un mese prima della più recente invasione dell'Ucraina da parte delle truppe russe, il concetto di società europea era marginale. Il suo potenziale politico, sociale, costituzionale era ancora tutto da scoprire. È vero che lo *Strukturwandel* si lasciò sfuggire il contributo di Stelio Mangiameli, al quale spetta il merito di aver attribuito per primo rilievo costituzionale al termine 'società' contenuto nell'articolo 2 TUE [1]. Mangiameli concepisce la società europea come l'insieme dei cittadini che funge da soggetto attivo della costituzionalizzazione europea. In sostanza, assume l'espressione 'società europea' alla stregua di 'popolo europeo' secondo il linguaggio proprio della teoria costituzionale.

La mia ricostruzione del concetto nello *Strukturwandel* è diversa. Include tutte le persone residenti, anche straniere e stranieri, e non solo cittadine e cittadini. Ed è più 'cauta', perché non attribuisce un ruolo costituzionale attivo alla 'società' dell'articolo 2 TUE, ma usa il termine soprattutto come referente sociale (più precisamente come 'singolare collettivo', si v. VII.) della ricostruzione giuridica da me sviluppata. Certo, il concetto di Mangiameli ben si presta a rispondere a tutte le domande della teoria costituzionale che

[1] S. MANGIAMELI, *Article 2*, in H.-J. BLANKE-S. MANGIAMELI (a cura di), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, Springer, Berlin, 2013, parr. 35-41.

Lanchester, Saitto e altri hanno rivolto allo *Strukturwandel*. La realtà politica e costituzionale, tuttavia, non è matura al punto da poter giustificare una simile ricostruzione, nonostante quanto accaduto dal 2022 ad oggi.

Dopo la pubblicazione dello *Strukturwandel*, tanto il concetto giuridico di società europea quanto il relativo fenomeno sociale hanno perso il loro ruolo marginale. Ciò è dovuto in larga misura a cause indesiderate, come l'acuirsi dei conflitti che lo *Strukturwandel* indica come segnali di una possibile terza età di soglia (*Sattelzeit*) del diritto pubblico europeo (§ 8) [2].

La società europea si è sviluppata, dopo la Seconda Guerra Mondiale, nell'ombra della società occidentale, e, dopo la caduta della Cortina di Ferro, anche nell'ombra della società globale. Oggi, queste due società sono sotto pressione molto più che nel 2022. La società occidentale è indebolita dalle politiche antagoniste della seconda amministrazione Trump e la società globale si sta fratturando sotto la pressione di antagonismi geopolitici, di cui l'attuale guerra russa è evidente espressione. In questo scenario, la società europea acquisisce visibilità e rilevanza.

Questo vale anche nel campo giuridico. Pochi mesi dopo la pubblicazione dello *Strukturwandel*, la Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE) ha invocato per la prima volta la società europea proprio nel contesto della guerra russa contro l'Ucraina. Il Tribunale ha confermato la legittimità del divieto di radiodiffusione all'interno dell'UE dei contenuti di *RT France*, un canale di propaganda russo, motivandolo con la necessità di "*preservare l'integrità del dibattito democratico in seno alla società europea*" [3].

Conflitti interni all'Unione europea, spesso legati a quelli esterni, ne stanno parimenti rafforzando visibilità e rilevanza, consolidando l'emersione della società europea. Nel 2024, la Commissione europea si è espressa contro la legge ungherese anti-LGBTIQ dinanzi alla CGUE, sostenendo che tale normativa rappresenta "*un attacco frontale e fondamentale contro (...) la società europea*" [4]. Nelle sue Conclusioni, l'Avvocata generale Ćapeta è giunta ad affermare, in riferimento a tale legge, che l'articolo 2 TUE "*esprime la scelta (…) riguardo al tipo di società che gli Stati membri si sono impegnati a creare insieme nel quadro dell'Unione*" [5].

---

[2] Tali rinvii sono da intendersi riferiti ai paragrafi del testo principale di questo volume.

[3] CGUE, 27 luglio 2022, *RT Francia/Consiglio*, causa T-125/22, punto 88.

[4] Si veda l'intervento orale della Commissione in CGUE, *Commissione contro Ungheria*, causa C-769/22. La legge sottende un accostamento improprio tra l'appartenenza a tale comunità e la pedofilia. L. KAISER *et al.*, *European Society Strikes Back. The Member States Embrace Article 2 TEU in Commission v. Hungary*, in *Verfassungsblog* (26 novembre 2024).

[5] Conclusioni dell'AG Ćapeta, 5 giugno 2025, C-769/22, *Commissione contro Ungheria*, punto 155.

Al contempo, il concetto di società europea è divenuto oggetto di discussione accademica. Sempre nel 2022, Loïc Azoulai ha valorizzato il concetto in un contributo pubblicato sulla *Common Market Law Review* [6]. In Italia il tema ha suscitato un significativo interesse scientifico, attestato dalla presentazione del volume alla Corte Costituzionale il 21 marzo 2022 [7], dalla sua discussione in tre seminari, organizzati da Aldo Sandulli [8], da Hilde Caroli Casavola [9] e da Massimo La Torre [10], oltre a numerose presentazioni in varie sedi accademiche: all'Università di Brescia organizzata da Francesca Romanin Jancur, alla Statale di Milano organizzata da Barbara Randazzo, all'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna organizzata da Lucia Serena Rossi, all'Università di Trento organizzata da Angelo Golia, e in un corso all'Istituto Italiano per gli Studi Filosofici organizzato da Matteo Bozzon [11]. Il dibattito è culminato in un incontro alla LUISS il 28 novembre 2024 con interventi di Giuliano Amato, uno dei tre autori dell'articolo 2 TUE, Sabino Cassese, Barbara Randazzo, Lucia Serena Rossi e Aldo Sandulli.

Alla luce di questo particolare interesse per il concetto e per il fenomeno 'società europea', non può sorprendere l'importanza assunta dal Manifesto di Ventotene [12] nell'Italia del 2025. Quel Manifesto prefigurava già nel 1941 una riforma della società, una società necessariamente europea. Se, a distanza di decenni, esso è stato capace di suscitare un dibattito vivace e

---

[6] L. AZOULAI, *The law of European society*, in *Common Market Law Review*, 59, 2022, pp. 203-214.

[7] La presentazione del volume è disponibile su YouTube al seguente link https://www.youtube.com/watch?v=288TKAfT2aY.

[8] Vedi gli atti dell'incontro alla LUISS svoltosi il 23 marzo 2022, con contributi di R. Bifulco, F. Saitto, L. De Lucia, L.F. Pace, A. Sandulli e A. von Bogdandy, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2023.

[9] Gli atti dell'incontro "*Il diritto pubblico europeo ad una svolta. Una lettura interdisciplinare del volume di Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechtes. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft" svoltosi all'Università del Molise il 20 novembre 2023, con contributi di H. Caroli Casavola, G. della Cananea, F. Lanchester, L.F. Pace, R. Picardi e A. von Bogdandy, sono pubblicati in *Nomos. Le attualità nel diritto,* 3, 2023.

[10] Gli atti dell'incontro all'Università della Magna Graecia svoltosi il 15 dicembre 2024, con contributi di A.J. Menéndez, C. Margiotta, J. Mendes, B. Rodríguez-Ruiz e A. von Bogdandy, sono pubblicati in L. MELLACE (a cura di), *Il diritto dell'Unione Europea, la sua legittimità e il suo futuro*, ESI, Napoli, 2025.

[11] Vedi anche M. BOZZON, *L'invenzione della società europea. Democrazia sovranazionale e diritto pubblico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2023, pp. 1131-1153.

[12] A. SPINELLI-E. ROSSI, *Per un'Europa libera e unita. Progetto di un manifesto* (Ventotene, 1941), ora in A. SPINELLI-E. ROSSI, *Il Manifesto di Ventotene*, Guida, Napoli, 1982; per un inquadramento a livello europeo, vedi COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025* (COM/2017/2025 final), p. 6.

divisivo alla Camera dei deputati nel marzo 2025, si può comprendere la centralità delle questioni sottese al concetto qui discusso [13].

Questa postfazione alla traduzione italiana dello *Strukturwandel* rappresenta l'occasione per riflettere su alcuni dei temi centrali alla luce di quanto occorso negli ultimi tre anni. Considerato che taluni hanno criticato la vaghezza del concetto di società europea dello *Strukturwandel*, reputo opportuno offrirne un'ulteriore elaborazione, alla luce dapprima di un'interpretazione giuridica (II.) e, poi, di considerazioni interdisciplinari (III.). Affronterò, conseguentemente, i dubbi sollevati sulla realtà della società europea discendenti dalle dispute sui valori europei acuitesi negli ultimi tre anni (IV.). Seguirà una precisazione sul ruolo del diritto e dei giuristi nella costruzione europea rispetto all'accusa loro rivolta di solipsismo giuridico (V.) e di scarsa comprensione del principio democratico (VI.). Si chiarirà, infine, il potenziale del concetto (VII.), anche nella difesa contro le derive dei nazionalismi a cui abbiamo assistito in questi tre anni dal 2022 (VIII.) [14].

II. Cosa significa società europea: un'interpretazione dell'articolo 2 TUE

Alcuni critici rilevano uno scarso sviluppo del concetto di società nell'opera *Strukturwandel.* Concordo che il § 2 è un mero prolegomeno, ma questo si deve alla scelta di procedere con il metodo dialettico hegeliano [15].

---

[13] Si veda G. MELONI, *Discussione sulle comunicazioni del Presidente del Consiglio dei ministri in vista della riunione del Consiglio europeo del 20 e 21 marzo 2025*, seduta n. 450 del 19 marzo 2025, e *ivi* per le reazioni dei deputati.

[14] Va sottolineato che questa postfazione non intende rispondere a tutte le questioni sollevate, come quella di De Lucia sul concetto di diritto amministrativo nello *Strukturwandel* o quella di Sandulli sul tono tedesco. Tali profili non sono approfonditi per l'esigenza di preservare la coerenza interna del testo. Parimenti, non si risponderà alle critiche sul modo in cui l'opera tratta il mercato unico: si veda, da un lato, L. MELLACE, *Prefazione*, in L. MELLACE (a cura di), *Il diritto dell'Unione Europea, la sua legittimità e il suo futuro*, cit., pp. 5-11; dall'altro, M. RUFFERT, *Armin von Bogdandy: Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 147, 2022, pp. 179-183. Sul contributo che il volume può dare al rafforzamento di una egemonia tedesca, vedi F. LANCHESTER, *Il costituzionalismo di Armin von Bogdandy*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023; in senso analogo, si veda M. LOUGHLIN, *The Construction of European Society by European Lawyers: A Methodological Critique*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 2025, consultabile al seguente link: https://link.springer.com/article/10.1007/s40803–40025–00251–w.

[15] Come illustrato al § 4; vedi anche R. PICARDI, *L'"Hegelismo europeo" di Armin von Bogdandy*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023 (https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/roberta-picardi-lhegelismo-europeo-di-armin-von-bogdandy/); per una contestualizzazione

Da un lato, il libro ricostruisce elementi delle grandi narrazioni del diritto europeo alla luce del nuovo concetto, con l'obiettivo di proporre una nuova narrazione [16]. Si dimostra, ad esempio, che la decisione *van Gend en Loos* acquisisce ulteriore significato e importanza se letta come contributo all'emersione della società europea. Dall'altro lato, lo *Strukturwandel* propone tali elementi tra quelli che connotano il concetto di società europea [17]. Riprendendo l'esempio, si propone di concepire la società europea, tra l'altro, in vista della fondamentale garanzia dell'effetto diretto del diritto europeo. Si tratta di uno sviluppo concettuale induttivo.

Resta fermo, però, che l'analisi del concetto di società europea proposta dal volume possa essere completata [18]. Infatti, il termine contenuto nell'articolo 2 TUE è tutt'altro che indeterminato. Un'interpretazione sistematica del termine 'società' nella predetta disposizione consente di formulare sei proposizioni chiarificatrici. Esse riguardano il carattere europeo di tale società (1), il suo radicamento nel territorio dell'Unione (2), l'interazione e l'interdipendenza quali meccanismi di socializzazione (3), l'inclusione delle istituzioni pubbliche (4), la salvaguardia delle società degli Stati membri (5), nonché le indicazioni relative alle teorie non idonee ad affinare ulteriormente il concetto (6).

In primo luogo, l'articolo 2 TUE significa società *europea*, benché menzioni soltanto la parola *società*. L'interpretazione secondo cui la disposizione si riferirebbe alle società degli Stati membri è confutata dal singolare "società". Né l'articolo 2 TUE allude a una società globale (o mondiale), poiché esso collega la "società" agli Stati membri dell'Unione e ai valori democratici. La società globale, comunque la si intenda, certamente non è caratterizzata dai princìpi enunciati nell'articolo 2 TUE.

In secondo luogo, il riferimento all'Unione e ai suoi Stati membri nell'articolo 2 TUE definisce la società europea attraverso una distinzione tra

---

nell'ambito dello sviluppo del diritto pubblico europeo, vedi F. LANCHESTER, *Il costituzionalismo di Armin von Bogdandy*, cit.

[16] Secondo le parole di Aldo Sandulli, che propone il paradigma del "cinematografo" in luogo della "fotografia": A. SANDULLI, *L'ordinamento giuridico europeo e il suo diritto pubblico: una fattispecie a formazione progressivo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2023, pp. 983-996, 983 ss.. In particolare, l'Autore sottolinea come tale ricostruzione faccia emergere in termini più nitidi la società europea. Questa impostazione lascia prefigurare i possibili sviluppi futuri, cfr. F. SAITTO, *Democrazia europea e mutamento strutturale del diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2023, pp. 937-954, spec. pp. 937-940.

[17] Vedi J. BERGMANN, *Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung*, 2022, 59.

[18] Questo passaggio e i successivi sviluppano considerazioni già svolte in A. VON BOGDANDY, *Europäische Gesellschaft als Rechtsbegriff*, in *Juristenzeitung*, 80 (7), 2025, pp. 269-277.

interno ed esterno. Geograficamente, la società europea dell'articolo 2 TUE si colloca entro i confini esterni dell'Unione. Si rinviene, infatti, anche il concetto di "società dell'UE" [19]. L'affermazione secondo cui questa società europea sarebbe la società europea ricorda la *hybris* della società statunitense quale società americana. Tale focalizzazione sull'UE esclude una comprensione pan-europea della società europea, intesa come l'insieme dei Paesi dell'Occidente cristiano o come l'intero continente europeo.

Naturalmente, la società europea centrata sull'UE non è affatto chiusa. Anche in questi tempi di conflitto geopolitico, nessuno mette in discussione l'interdipendenza globale, sia essa politica, economica, sociale o culturale. La società europea è inoltre giuridicamente inserita in un contesto più ampio, in virtù del principio di buon vicinato (articolo 8 TUE) e per l'impegno ai valori universali (considerando 2 del Preambolo TUE, articolo 3, paragrafo 5, TUE). I suoi confini non sono scolpiti nella pietra: l'Unione è concepita per accogliere nuovi Stati membri (articolo 49 TUE), e consente altresì la fuoriuscita di quelli che ne fanno parte (articolo 50 TUE). Ciononostante, l'UE ha confini suoi propri, chiari e rilevanti.

In terzo luogo, il termine società porta con sé un significato ovvio. La maggior parte delle persone comprende che esiste una società ogniqualvolta individui e gruppi interagiscono tra loro in un quadro che stabilizza tale interazione. Questa nozione era già nota nel diritto romano che, con l'espressione *societas*, indicava un rapporto contrattuale tra individui impegnati in attività economiche comuni. Con la modernità europea, le teorie del contratto sociale hanno arricchito il concetto di "società" di una dimensione politica. I filosofi contrattualisti, infatti, hanno abbandonato l'idea del mondo sociale come un ordine naturale o divino, concependolo piuttosto come una forma di cooperazione basata sul consenso individuale e organizzata attraverso istituzioni politiche, cioè come società. A partire dal XIX secolo, il concetto ha assunto un carattere sempre più olistico, riferendosi all'insieme delle relazioni umane mediate da una struttura condivisa [20].

In questa prospettiva, la *società* viene intesa come un'interdipendenza complessa che trascende il livello locale e diretto. Proprio su quest'idea di interdipendenza si fondava la Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, atto iniziale del processo di integrazione europea.

---

[19] EUROPEAN PARLIAMENT RESEARCH SERVICE (EPRS), *The European Commission's New Pact on Migration and Asylum. Horizontal substitute impact assessment*, agosto 2021, p. 31, consultabile al seguente link: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/694210/EPRS_STU(2021)694210_EN.pdf.

[20] C. DIPPER, *Die Entdeckung der Gesellschaft. Drei Perspektiven (1770-1850)*, Vergangenheitsverlag, Berlin, 2023.

Quasi tutti si riconoscono come membri di una società e ne sperimentano la concretezza nella vita quotidiana, con il complesso di aspetti positivi e negativi che le relazioni umane comportano [21]. Se il concetto di "società europea" riuscisse ad affermarsi nel linguaggio comune, rappresenterebbe un salto di qualità nella comprensione dell'Unione Europea: disporremmo, infatti, di una nozione capace di esprimere in modo efficace l'interdipendenza e la *governance* europee.

In quarto luogo, un'interpretazione sistematica mostra che la società di cui all'articolo 2 TUE è un concetto ampio e onnicomprensivo, che significa totalità sociale. Essa include tutti i fenomeni privati: famiglie, associazioni private (quali la Società europea di diritto internazionale) e gruppi della società civile (articolo 11, paragrafo 4, TUE) [22], le imprese e tutti i rapporti del mercato interno, ma non solo. È importante sottolineare che il termine società europea nel contesto dell'articolo 2 TUE ricomprende anche le istituzioni pubbliche, siano esse di livello europeo o nazionale. Ciò corrisponde alla concezione espressa nell'articolo 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 e nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (cfr. articolo 8, paragrafo 2, CEDU), riaffermando le istituzioni pubbliche come parte della società. Il concetto di "società" nell'articolo 2 TUE si riferisce, pertanto, alla totalità sociale, cioè al fenomeno esplorato da Durkheim e Pareto, Luhmann e Ferrarotti, Bourdieu e Butler. Non può ricondursi, dunque, alla tradizionale contrapposizione tra società e Stato, ma abbraccia un'idea più ampia e complessa. Infatti, la società europea comprende non solo individui, gruppi e persone giuridiche private, ma anche l'insieme delle istituzioni pubbliche degli Stati membri e dell'Unione stessa.

In quinto luogo, la società europea non nega né dissolve le società degli Stati membri. Il Trattato sull'Unione europea riconosce la società europea, ma anche i diversi popoli (articolo 1, secondo comma, TUE; articolo 3, paragrafo 1, TUE), così come gli Stati membri, quali elementi permanenti ed essenziali dell'Unione. Ciò implica l'esistenza di società nazionali, garantita da tutti i meccanismi dell'equilibrio federale europeo. Molti testi si riferiscono tanto alla società europea quanto alle società nazionali, presentandole come legate da una relazione simbiotica. Gli esseri umani possono appartenere a più società.

---

[21] Per tragiche eccezioni a questa regola, vedi F. GATTI, *Bilal. Viaggiare, lavorare, morire da clandestini*, Rizzoli, Milano, 2007.

[22] Se letta in un'accezione più ampia, nel significato hegeliano di "*bürgerliche Gesellschaft*", la "società civile" ricomprende tutto ciò che è distinto dall'autorità pubblica, inclusi anche gli attori economici privati; in tal senso, vedi L. DE LUCIA, *Il diritto amministrativo e la società democratica europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2023, pp. 955-968, e spec. 966.

In sesto luogo, infine, la qualificazione della società europea nell'articolo 2 TUE indica quali teorie non sono idonee a un consolidamento interdisciplinare. Tra esse vi sono quelle che richiedono, per parlare di società, un'origine comune, una lingua comune, un comune *ethnos*, una religione comune o l'omogeneità dei membri. La società europea non deve, inoltre, essere intesa in contrapposizione alla comunità. Il vecchio dualismo tra società (*Gesellschaft*) e comunità (*Gemeinschaft*) distingue la società dalla comunità in base al ruolo dei valori (per quest'ultima). Con tale concezione, la società è un gruppo integrato soltanto dalla logica transazionale del mercato, mentre la comunità è un gruppo assai più stretto ed omogeneo, fondato su valori condivisi. Gli autori dei Trattati hanno seguito una logica opposta. Alla loro *comunità* economica del 1957 è seguita, nel 2009, una *società* fondata sui valori del costituzionalismo democratico. Gli Stati membri hanno sancito che mezzo secolo di integrazione ha dato vita a una società europea.

III. Segue: considerazioni interdisciplinari

Queste sei concretizzazioni del concetto di società europea scaturiscono da un'interpretazione dell'articolo 2 del TUE condotta secondo i tradizionali canoni giuridici. Se la norma contiene alcune previsioni inequivocabili, lascia altresì aperte molte questioni: come devono essere intese, in modo più dettagliato, l'interazione, l'interdipendenza, la struttura, la totalità? E, soprattutto, il postulato degli Stati membri nell'articolo 2 TUE – secondo cui esiste una società europea – trova riscontro nelle scienze sociali, o rimane una mera costruzione retorica [23]? Si dimostrerà che l'affermazione di una società europea, definita dagli Stati membri nell'articolo 2 del TUE e ora resa operativa dalle istituzioni dell'UE, può essere verificata con teorie e metodologie delle scienze sociali.

Si pensi, ad esempio, alle elaborazioni di Georg Simmel. Quest'ultimo concepisce la "società" come *socializzazione*, vale a dire come un processo di connessione tra individui e di integrazione sociale [24]. Questa concezione risulta particolarmente utile perché consente di interpretare la società europea non come un'entità fissa o addirittura come un attore, ma come un processo in divenire. L'approccio di Simmel permette così di evitare un

[23] Vedi F. SAITTO, *Democrazia europea e mutamento strutturale del diritto pubblico*, cit., pp. 949 ss. Si tratta, in definitiva, di una questione che compete alla scienza giuridica: G. DELLA CANANEA, *Il diritto pubblico della "Società europea"*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023.

[24] G. SIMMEL, *Soziologie. Untersuchung über die Formen der Vergesellschaftung*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1908.

insostenibile antropomorfismo, che attribuirebbe alla società europea caratteristiche umane come volontà, desiderio o capacità decisionale. Esso consente, al contempo, di valorizzare i risultati delle approfondite ricerche sull'integrazione europea e sull'europeizzazione delle società nazionali, offrendo una chiave di lettura solida per comprendere l'affermazione contenuta nell'articolo 2 del TUE.

"Integrazione" ed "europeizzazione" sono concetti che descrivono processi e sintetizzano quanto accaduto negli ultimi settant'anni attraverso i Trattati europei. L'integrazione riguarda il livello europeo: le istituzioni dell'UE, la pervasività e la rilevanza delle loro competenze, la loro efficacia e legittimità. Gli studi sull'europeizzazione, invece, si concentrano sui cambiamenti indotti dall'integrazione, come si sono manifestati a livello nazionale. Essi analizzano, ad esempio, l'evoluzione delle carriere politiche che combinano cariche nazionali ed europee, la mobilità studentesca o le strategie adottate dalle eccellenze imprenditoriali nazionali per trasformarsi in leader europei.

Molti aspetti di questi processi restano controversi, ma nessuno dubita che, negli ultimi settant'anni, le società nazionali si siano progressivamente integrate ed europeizzate. Il principale motore di questa trasformazione è sempre stata la volontà politica dei sistemi nazionali di muoversi in tale direzione, mentre lo strumento fondamentale per tradurre questa volontà in realtà è stato il diritto dell'UE [25]. Numerosi studi si occupano proprio di queste decisioni, dei processi politici e amministrativi che le rendono possibili, nonché del mercato interno, la cui dinamica di interdipendenza era al centro della visione di Schuman. Il concetto di "società europea" sintetizza così un vasto patrimonio di conoscenze relative ai meccanismi politici, amministrativi ed economici che regolano i processi di integrazione ed europeizzazione, al funzionamento del diritto dell'UE e alle dinamiche del mercato interno. Al tempo stesso, esso fornisce una nuova chiave di lettura di questi fenomeni, poiché il concetto stesso di "società" apre un orizzonte di riflessione più ampio e articolato.

Resta da chiarire come la *società europea* – un concetto al singolare – sia potuta emergere dall'integrazione e dall'europeizzazione delle *società nazionali*, declinate invece al plurale. L'integrazione e l'europeizzazione sono processi accumulativi e quantitativi. Ma processi quantitativi sono in grado di generare, tuttavia, trasformazioni qualitative: raggiunto un certo grado nel processo di cambiamento sotteso, una donna povera diventa ricca, una

[25] G. AMATO-E. MOAVERO-MILANESI-G. PASQUINO-L. REICHLIN, *Introduction*, in G. AMATO-E. MOAVERO-MILANESI-G. PASQUINO-L. REICHLIN (a cura di), *The History of the European Union. Constructing Utopia*, Hart Publishing, London, 2019, pp. 1-3.

società agraria si trasforma in una società industriale, un semplice regime internazionale evolve in un ordine costituzionale (come successo all'Unione europea). Il concetto di *società europea* descrive proprio un tale salto qualitativo, interpretandolo come una conquista evolutiva.

Quanto è convincente questo *rebranding* dell'integrazione e dell'europeizzazione? La sociologia non fissa una soglia oltre la quale l'intensificazione delle interazioni tra società, la loro armonizzazione strutturale o il rafforzamento delle istituzioni comuni producono una società comune. L'individuazione del momento in cui si verifica un cambiamento qualitativo conserva sempre una componente discrezionale. Nel caso europeo, tuttavia, questa affermazione appare fondata e giustificabile, alla luce della profondità e dell'ampiezza di settant'anni di integrazione e di europeizzazione delle società nazionali. Esistono molte prove concrete dell'emersione di una società europea nei settori della politica, dell'amministrazione, dell'economia e del diritto.

Si parla spesso, a questo proposito, di integrazione *politica*, generalmente intesa come un processo *top-down* più che *bottom-up*. Tuttavia, il concetto di società va oltre queste dimensioni istituzionali. Altri ambiti, spesso ricondotti alla cosiddetta integrazione *sociale*, includono le relazioni di coppia, la famiglia, le amicizie, le associazioni, i gruppi religiosi e i *Lebenswelten*, i mondi della vita con la loro infinita varietà di ruoli, gli atteggiamenti e le credenze più diversi. Una comprensione adeguata della società europea, dunque, non può limitarsi alla politica, all'amministrazione, all'economia e al diritto, ma deve includere anche queste sfere più intime e quotidiane dell'esperienza sociale.

La storia sociale fornisce spunti preziosi per istruire questa riflessione. Lo storico Hartmut Kaelble ha individuato la società europea nelle strutture comuni che regolano la crescita individuale, la famiglia e la sicurezza sociale, analizzandone l'evoluzione storica [26]. La sociologia della transnazionalizzazione, invece, la riconosce nell'intensificarsi delle interazioni transfrontaliere nel lavoro, nell'istruzione, nell'impegno sociale e nella sfera familiare. I dati di *Eurostat*, l'ufficio statistico dell'Unione europea, forniscono una miniera di informazioni su questi fenomeni, offrendo indicatori essenziali sulla crescita economica, i tassi di disoccupazione, la demografia e problematiche come il rischio di povertà nelle diverse regioni dell'UE.

Anche lo studio del diritto dell'UE contribuisce a una comprensione più profonda della società europea, mettendo in evidenza la dimensione giuridica sovranazionale di specifici ruoli sociali. Esiste un'ampia letteratura

[26] H. KAELBLE, *Eine europäische Gesellschaft? Beiträge zur Sozialgeschichte Europas vom 19. bis ins 21. Jahrhundert*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2020.

sull'impatto del diritto dell'Unione rispetto allo statuto giuridico di molte categorie di soggetti [27]: dai lavoratori ai richiedenti asilo, dai migranti ai banchieri, dai disabili ai funzionari pubblici, dalle madri biologiche ai responsabili della protezione dei dati, fino ai diplomatici, agli ex-cittadini dell'UE, agli inventori, ai rifugiati, agli agricoltori e agli attivisti per il clima. L'influenza del diritto dell'UE si estende anche allo statuto di anziani, artisti, atleti, consumatori, giornalisti, imprenditori, ricercatori, studenti, e persino partecipanti a esperimenti sociali o psicologici. In questo panorama giuridico emergono anche le specificità di gruppi come le persone LGBTIQ, i lavoratori del sesso, i soldati, i musicisti, i creditori, i pazienti, i passeggeri e molti altri attori della vita sociale ed economica. Questa ampia regolamentazione giuridica contribuisce a definire l'orizzonte sociale europeo, plasmando diritti, doveri e riconoscimenti che attraversano i confini nazionali.

Naturalmente, le strutture e i ruoli sociali non possono essere ridotti al loro inquadramento giuridico. Senza dubbio, il diritto europeo non sempre riesce a render loro piena giustizia. Inoltre, esso viene spesso disatteso, sia per mera ignoranza, sia per violazione intenzionale. E, tuttavia, ciò non ne sminuisce la rilevanza sociale. Lo dimostrano i numerosi conflitti in cui il diritto dell'UE svolge un ruolo centrale. Concentrarsi su questi conflitti consente di offrire, quindi, una chiave di lettura ulteriore per comprendere la società europea. Tale aspetto può essere illustrato soffermandosi, in particolare, sui valori europei.

IV. Sul ruolo dei valori

Valori comuni, cioè orientamenti normativi diffusi e radicati, costituiscono per molti un elemento strutturante della società; alcune teorie li postulano addirittura come un prerequisito dell'esistenza di una società. Gli autori dei Trattati europei condividono questa visione: nell'articolo 2 del TUE dichiarano che l'Unione *si fonda* su valori che, nelle tradizioni costituzionali europee, sono riconosciuti come princìpi fondamentali, quali la dignità umana, la democrazia, lo Stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e la tutela delle minoranze. I Trattati presuppongono che questi principi riflettano le convinzioni della (stragrande) maggioranza dei membri della società europea, consolidando così tanto la legittimità normativa dell'UE quanto la struttura reale delle interazioni sociali da essa mediate. L'affermazione secondo

[27] A. BARTOLINI-R. CIPPITANI-V. COLCELLI (a cura di), *Dictionary of Statuses Within EU Law. The Individual Statuses as Pillar of European Union Integration*, Springer, Berlin, 2019.

cui l'Unione si fonda sui valori implica, allora, una cultura comune (Hegel direbbe: uno spirito oggettivo specifico) [28].

Si tratta di un'affermazione sostenibile? Osservando lo stato della società europea, si nota che, da un lato, si invocano valori comuni ma, dall'altro, che esistono profonde dissonanze su di essi. Il valore dello Stato di diritto è emblematico in tal senso: su di esso si contrappongono, da una parte, la Commissione europea, la Corte di giustizia e alcuni gruppi politici del Parlamento europeo; dall'altra, il governo ungherese, sostenuto anche da altri partiti politici rappresentati in Parlamento. La controversia sulla legge anti-LGBTIQ, menzionata in apertura, si inserisce in una lunga serie di conflitti. Tali dissonanze potrebbero, quindi, smentire l'esistenza della società europea. L'enfasi posta sui valori europei può infatti sembrare erronea, illusoria o, peggio ancora, una propaganda delle istituzioni europee.

Seguendo l'impostazione dell'opera (*Strukturwandel*), sostengo invece il contrario: l'attuale rilevanza dei valori europei (e quindi della società europea) è il risultato proprio di siffatte controversie. Vale la pena sottolineare che questo approccio segue ancora una volta Georg Simmel, e certamente non Carl Schmitt [29]. Sebbene entrambi condividano la concezione del conflitto come dinamica sociale e politica fondamentale, divergono nella loro concettualizzazione, nella funzione e nelle implicazioni normative del conflitto all'interno della società. Simmel considera il conflitto interno come una componente ambivalente, ma normale e persino essenziale dell'integrazione sociale. Il conflitto sociale non è intrinsecamente erosivo, ma spesso genera, consolida e sviluppa una società, a condizione che sia gestito e contenuto. Schmitt, al contrario, vede in ogni conflitto intenso un fattore distruttivo e tende a escludere gli antagonisti interni. Nella mia prospettiva, tutti gli antagonisti interni sono membri della società europea e sono protetti dalla Corte di giustizia. Questo vale perfino per gli antagonisti esterni [30].

Secondo l'insegnamento di Simmel, si rileva che i conflitti relativi ai valori dell'articolo 2 TUE hanno determinato un'ulteriore socializzazione europea.

---

[28] Vedi R. BIFULCO, *Il ruolo del diritto e dei giuristi nella costruzione dell'unione europea*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2023, pp. 925-956. L'A. critica tale assunto perché costruito "*su misura per una specifica categoria della popolazione, una privilegiata minoranza omogenea di uomini*" (ivi, p. 930). Si veda altresì B. RODRÍGUEZ-RUIZ, *L'articolo 2 del TUE, l'autonomia (relazionale) e la costruzione di un'Unione Europea democratica attraverso la cittadinanza intima*, in L. MELLACE (a cura di), *Il diritto dell'Unione Europea, la sua legittimità e il suo futuro*, cit., pp. 97-112, spec. p. 99.

[29] In risposta a F. LANCHESTER, *Il costituzionalismo di Armin von Bogdandy*, cit., e a M. LOUGHLIN, *The Construction of European Society by European Lawyers: A Methodological Critique*, cit.

[30] CGUE, 22 giugno 2021, *Venezuela/Consiglio*, causa C-872/19 P.

Essi hanno fornito un linguaggio comune per dare voce alle tensioni all'interno della società europea e per reinterpretarle come conflitti propriamente europei. Questo schema si è ripetuto in quasi tutti i principali scontri politici dell'ultimo decennio: la disputa sullo Stato di diritto, ma anche quelle sulla crisi dell'euro, sulla gestione della migrazione e sulla distribuzione dei vaccini contro il Covid-19. Questi conflitti sono stati formulati in termini di valori europei. Il fatto che il loro significato concreto sia rimasto spesso controverso non ne riduce la portata socializzatrice, ma al contrario la enfatizza. Perciò affermare il significato sociale dei valori non presuppone affatto l'affermazione dell'esistenza di un consenso unanime, reale e concreto tra tutti gli europei, né richiede che essi formino una comunità omogenea o che i conflitti tra di loro siano un'eccezione. Al contrario, la società europea può essere meglio compresa proprio attraverso una riflessione condotta a partire dai suoi conflitti e dalla sua eterogeneità.

La scienza giuridica non è in grado di determinare quale sia il livello necessario di consenso reale e concreto sui valori affinché una società sia effettivamente sostenibile, né vi è un accordo su questa questione nelle altre discipline. Non sappiamo nemmeno quando tali conflitti diventino distruttivi. Resta ferma l'affermazione secondo cui i valori enunciati nell'articolo 2 del TUE hanno acquisito oggi una rilevanza concreta nel discorso sociale, proprio grazie ai conflitti che li hanno posti al centro della scena.

Tale importanza è, come accennavo all'inizio di questa postfazione, una novità. Meno di dieci anni or sono, il riferimento ai valori europei era poco più che un esercizio retorico, persino in documenti importanti come il *Libro bianco sul futuro dell'Europa* della Commissione [31]. La superficialità con cui venivano trattati appare ancor più sorprendente se si considera che la sfida lanciata da Viktor Orbán a questi stessi valori era già in corso.

La situazione mutò soltanto nel 2018, con la mobilitazione dei valori in sede giurisdizionale nel contesto di una forte politicizzazione del tema da parte del Parlamento europeo. A partire dal 2022, i valori dell'articolo 2 TUE sono divenuti ancora più centrali, poiché molti leader politici presentano la guerra russa contro l'Ucraina come una minaccia ai "nostri" valori, sempre intesi come i valori europei. Politici tanto diversi tra loro come Annalena Baerbock, Ursula von der Leyen e Giorgia Meloni concordano su questo punto [32]. I "nostri valori" servono a giustificare l'opposizione a una potenza

[31] COMMISSIONE EUROPEA, *Libro bianco sul futuro dell'Europa. Riflessioni e scenari per l'UE a 27 verso il 2025*, cit.

[32] Cfr. G. MELONI, *Conferenza stampa con il Presidente Zelensky*, intervento del 21 febbraio 2023, https://www.governo.it/it/articolo/conferenza-stampa-con-il-presidente-zelensky-lintervento-del-presidente-meloni/21869.

nucleare aggressiva, il sostegno all'Ucraina con miliardi di euro e l'accoglienza di milioni di rifugiati. Si tratta di questioni esistenziali che incidono sulla stessa sostanza della comunità politica. Su questa stessa linea, la Corte di Giustizia ha impiegato siffatti valori per definire l'identità giuridica dell'Unione europea [33], come previsto nello *Strukturwandel* (§ 33). Non sorprende che ciò sia avvenuto nel contesto di una controversia che verteva proprio sui valori europei.

In sintesi, poiché il Trattato lega la società europea ai valori europei, la prima viene in rilievo, e in effetti è in gioco, in pressoché ogni dibattito che riguarda i secondi. Quando poi si invoca un'azione collettiva dell'Europa, degli Europei o dell'Unione europea per avanzare o difendere questi valori contro antagonisti esterni o interni, come spesso accade, sorge la domanda: quale è il collettivo invocato? Secondo l'articolo 2 TUE, è la società europea. Certo, forze politiche importanti militano contro un'azione collettiva europea. Ma è proprio questo conflitto che dà visibilità e rilevanza ai valori europei e al concetto di società europea.

V. Sul ruolo del diritto e dei giuristi

Secondo taluni, il mio lavoro (lo *Strukturwandel*) esprime un protagonismo giuridico che pare lasciar trasparire una sorta di solipsismo o addirittura di autismo giuridico [34]. Mancherebbe, in altre parole, della dovuta valorizzazione del ruolo della politica. È ben vero che due dei quattro capitoli principali siano intitolati alle 'corti' e alla 'scienza', e che non vi siano capitoli dedicati ai 'cittadini', ai 'partiti', ai 'parlamenti', alla 'sfera pubblica'. Per questo è opportuno rimarcare che la dialettica e co-dipendenza tra sfera giuridica e sfera politica è fondamentale nella impostazione dell'intero lavoro, come si evince dai §§ 3 e seguenti (e spec. dai §§ 4, 42-44, 68 nonché dall'introduzione alla terza parte) e dal gioco tra genitivo oggettivo e genitivo soggettivo ('trasformazione strutturale *del* diritto pubblico'). Comprendo dalle critiche che mi sono state rivolte che avrei dovuto rendere questo punto ancora più esplicito. Colgo perciò l'occasione di questa postfazione.

---

[33] CGUE, 16 febbraio 2022, *Polonia/Parlamento e Consiglio*, causa C-157/21, punti 145 e 264.

[34] R. BIFULCO, *Il ruolo del diritto e dei giuristi nella costruzione dell'unione europea*, cit., p. 932: "*capace di sostituirsi alla politica*"; A. SANDULLI, *L'ordinamento giuridico europeo e il suo diritto pubblico: una fattispecie a formazione progressivo*, cit., p. 987: "*il motore trainante*"; C. MARGIOTTA, *Diritto, democrazia e cittadinanza europea. A partire dalle recenti tesi di Armin von Bogdandy*, in L. MELLACE (a cura di), *Il diritto dell'Unione Europea, la sua legittimità e il suo futuro*, cit., pp. 77-88.

Sostengo, innanzitutto, l'utilità del concetto di '*integrazione attraverso il diritto*' per comprendere la società europea. Tutte le critiche confermano la convinzione che la società europea è una società attraverso il diritto, come ogni società moderna. Questo ruolo del diritto si deve già a un elemento normativo fondamentale: il diritto è l'unico strumento legittimo al fine di costruire e organizzare una qualsiasi società che sia democratica e complessa. Ma vi è di più. Se si sottrae il diritto a qualsiasi società moderna, quest'ultima implode [35], a prescindere da quali altri fattori contribuiscano alla sua vivibilità: vivere in società la comunità solidale a cui alcuni aspirano [36], una lingua comune, una narrazione condivisa di una storia comune o di un comune *ethnos*, un'antipatia condivisa verso un vicino (Carl W. Deutsch) o una squadra di calcio.

Allo stesso tempo condivido la posizione dei critici della "*integrazione attraverso il diritto*", secondo cui le decisioni giudiziarie da sole non creano né integrano una società. Ma essi spesso trascurano due punti essenziali. Primo, i giudici e il diritto non sono la stessa cosa; l'equiparazione dei due misconosce l'infinità di altri attori della realtà sociale del diritto. Secondo, nessun sostenitore della "*integrazione attraverso il diritto*" ritiene che il diritto, cioè il sistema normativo istituzionalizzato, possa da solo produrre integrazione sociale. La società europea è stata creata e si sta sviluppando innanzitutto per volontà dei sistemi politici nazionali (III.).

Qualsiasi "*integrazione attraverso il diritto*" dipende da una decisione esterna al campo giuridico: sia politica (i Trattati e tutto ciò che è pubblicato nella Serie L della Gazzetta ufficiale dell'Unione europea), economica (la miriade di contratti che costruiscono il mercato interno), o privata (sposare una persona di un altro Stato membro). Se oggi esiste una società europea, ciò è grazie a decisioni assunte in molti altri ambiti sociali. Allo stesso tempo, la maggior parte di queste decisioni assume una qualche forma giuridica. Allora già trasluce la dialettica tra la sfera politica e quella giuridica: già dalla *Metafisica* di Aristotele sappiamo che la forma incide sulla sostanza.

L'intuizione di base è *ubi societas, ibi ius* [37], concepita come una relazione dialettica tra l'interazione umana e il suo quadro normativo. L'interazione

---

[35] S. CASSESE, *The Administrative State in Europe*, in A. VON BOGDANDY-P.M. HUBER-S. CASSESE (a cura di), *The Max Planck Handbooks in European Public Law. Volume I. The Administrative State*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 57-97.

[36] Per una critica dello *Strukturwandel* in questa prospettiva, vedi J. VAN DE BEETEN, *Unfulfilled Promises: Reconstructing EU Constitutionalism in times of Crises and Contestation*, in *European Constitutional Law Review*, 21, 2025, pp. 1-28.

[37] A. LEVI, *Ubi societas, ibi ius*, in ID. (a cura di), *Saggi di teoria del diritto*, Zanichelli, Bologna, 1924, pp. 47-94.

umana si dà in strutture sociali, e queste hanno per lo più una dimensione giuridica. Proprio per questo, uno studio del diritto dell'UE studia anche la società europea. Certo, ne mostra soltanto un frammento, ma un frammento pur sempre lo mostra. Certo, la prospettiva giuridica sulla società europea presenta lacune e distorsioni, ma tutte le prospettive ne presentano.

Il ruolo essenziale del diritto dell'UE rende tanto più problematici i suoi limiti. Anzitutto, vi sono i limiti intrinseci a qualsiasi ordinamento giuridico contemporaneo nell'organizzare una società moderna. Le società complesse sono notoriamente difficili da dirigere. Anzi, la regolazione giuridica è spesso percepita come un aggravamento, piuttosto che la soluzione, di un problema sociale. Pochi dibattiti trovano un'eco tanto forte come quello della burocratizzazione contestata al processo di integrazione europea.

Ai limiti intrinseci a ogni ordinamento giuridico contemporaneo nel dirigere una società, si aggiungono quelli specifici del diritto dell'UE: competenze che non raggiungono le finalità dichiarate dall'Unione (articolo 3, paragrafo 1, TUE), procedure decisionali farraginose e scarsità di mezzi coercitivi e finanziari. Il ricatto del governo ungherese, esercitato attraverso la minaccia di un suo veto, rappresenta soltanto la punta di un iceberg a tutti noto [38]. Così, nella società europea vi è un profondo scarto tra ciò che la maggior parte degli europei si aspetta dall'Unione e il potere che i sistemi nazionali le hanno attribuito. Da ciò nasce una delusione diffusa. E così si giunge alla questione del ruolo dei giudici, dei servizi giuridici delle istituzioni europee e dei professori.

Per quanto riguarda i professori, esiste un profondo dissenso sul loro ruolo in una tale situazione, talora etichettato come 'controversia sul metodo'. Tali controversie vengono spesso innescate da crisi politiche. Un esempio è il "*Methodenstreit*" di Weimar, oggetto di accessi dibattiti tra i costituzionalisti della prima repubblica tedesca in ordine alla questione di quale fosse il loro ruolo nello stabilizzare la democrazia tedesca. Controversie sul metodo si ritrovano oggi, analogamente, nella dottrina giuridica dell'Unione europea [39]. Una delle linee di frattura riguarda l'accettabilità della 'ricerca creativa' e dell''ingegneria giuridica' per affrontare le sfide dell'Unione.

---

[38] A. VON BOGDANDY-L.D. SPIEKER, Overcoming the Hungarian Veto: Advancing Europe's Geopolitical Agency, Verfassungblog (13 giugno 2025), https://verfassungsblog.de/hungarian-veto-
russian-central-bank-assets/; ID., Overcoming Objections to Overcome the Hungarian Veto: A Rejoinder to Dawson and van den Brink, Verfassungblog (31 agosto 2025), https://verfassungsblog.de/overcoming-objections-to-overcome-the-hungarian-veto/.

[39] Cfr. https://verfassungsblog.de/category/debates/controversies-over-methods-in-eu-law-debates/. Vedi, inoltre, G. DELLA CANANEA, *Il diritto pubblico della "Società europea"*, cit.

Taluni sostengono che ciò non rientri nei compiti dell'accademia, che dovrebbe svolgere piuttosto un ruolo di freno o di mera descrizione [40]. Altri – per lo più in una prospettiva statocentrica – si focalizzano sulle competenze, percependo l'innovazione giuridica come una indebita ingerenza a discapito dell'autonomia degli Stati membri. Altri ancora – spesso in una prospettiva più europeista – si concentrano invece sulla coerenza o su vincoli costituzionali quali i diritti fondamentali, lo Stato di diritto e l'ethos scientifico. Invero, qualunque sia la posizione [41], spetterebbe esclusivamente agli autori dei Trattati colmare il divario attraverso una loro revisione.

In un'ottica opposta, altri studiosi guardano al futuro, sviluppando il diritto dell'Unione per liberarne le potenzialità [42]. A questo lavoro appartiene lo *Strukturwandel*, sulla base di tre premesse. In primo luogo, la perdurante vigenza dell'attuale quadro dei Trattati, considerato che in una Unione di 27 Stati membri tra loro assai diversi sembra difficile immaginare una revisione dei Trattati capace di superare le sfide odierne [43]. In secondo luogo, molti cittadini si aspettano che l'Unione affronti tali sfide e non accettano giustificazioni come quella delle difficoltà discendenti dall'articolo 48 TUE. Essi percepiscono l'inazione come un fallimento dell'Unione che affievolisce la loro fiducia. Per evitare una tale perdita di fiducia, spetta alle istituzioni dell'Unione ridurre la distanza tra ciò che gli europei si attendono e ciò che esse sono in grado di realizzare. In terzo luogo, si assume il diritto costituzionale come uno "strumento vivente" che si evolve nel tempo in sintonia con la società.

Alla luce di tali premesse, può affermarsi che il compito di sviluppare il

---

[40] Vedi M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè, Milano, 2023; in senso analogo, si veda L.F. PACE, *I fondamenti giuridici dell'unione europea tra politica e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2023; si noti la contrapposizione tra ricostruzione "tecnico-giuridica" e "giuridico-politica".

[41] Per quanto riguarda lo *Strukturwandel*, vedi F. LANCHESTER, *Il costituzionalismo di Armin von Bogdandy*, cit.; F. SCHORKOPF, *Transformativer Interventionismus: Wie Werte die europäische Gesellschaft konstituieren*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 149, 2024, pp. 564-568; in senso contrario, F. SAITTO, *Democrazia europea e mutamento strutturale del diritto pubblico*, cit., p. 943.

[42] S. CASSESE, *Il diritto che punta al cambiamento*, in *Sole 24 Ore*, 20 marzo 2022; H. CAROLI CASAVOLA, *Il cambiamento strutturale del diritto pubblico europeo e la costruzione di una società europea democratica*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2024 (https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/hilde-caroli-casavola-il-cambiamento-strutturale-del-diritto-pubblico-europeo-e-la-costruzione-di-una-societa-europea-democratica/). Ci si avvale di tutti i metodi giuridici contemporanei, e non soltanto di quello dogmatico: sul punto, vedi L. DE LUCIA, *Il diritto amministrativo e la società democratica europea*, cit., pp. 966-968. Sulla dottrina come mediatrice di conflitti sociali, R. BIFULCO, *Il ruolo del diritto e dei giuristi nella costruzione dell'unione europea*, cit., p. 934.

[43] Con rara limpidezza, S. GOULARD-M. MONTI, *La democrazia in Europa. Guardare lontano*, Rizzoli, Milano, 2012.

diritto dell'Unione per liberarne le potenzialità spetta a tutti i giuristi, non solo ai professori, ma anche e soprattutto ai giuristi delle istituzioni europee, ai membri dei suoi servizi giuridici e ai giudici [44]. E la società europea può contare su questi giuristi. Con il loro contributo, la politica europea si è dimostrata sorprendentemente resiliente ed è riuscita ad affrontare le crisi degli ultimi anni all'interno del quadro costituzionale di Lisbona. Occorre ricordare che a causa delle tendenze autoritarie in diversi Stati membri, ma anche per effetto della crisi del debito sovrano, della crisi dei rifugiati negli anni 2010, della Brexit e della pandemia, molti si aspettavano – temevano o addirittura auspicavano – soprattutto un esito: la disintegrazione. Non era affatto scontato che l'Unione riuscisse a superare simili sfide. Eppure, essa ha saputo elaborare risposte che, pur con tutti i loro limiti, sono state proprio questo: risposte europee.

Certo, tale successo non fa superare i dubbi sulla legittimità di tali azioni, soprattutto per quanto riguarda la legittimazione democratica della CGUE [45]. La questione è particolarmente grave con riguardo al costituzionalismo trasformativo che ne ispira le decisioni. A questo proposito, vorrei innanzitutto ribadire il significato del termine 'costituzionalismo trasformativo' assunto nello *Strukturwandel* (cfr. § 24) [46]. Alcuni lo hanno inteso come sinonimo di "*diritto costituzionale come strumento vivente*" (quando concordano con una decisione) o come di "*attivismo*" (quando non concordano). In questa accezione, gran parte della giurisprudenza della CGUE che interpreta, sviluppa e applica i Trattati, così come gran parte della giurisprudenza costituzionale italiana o tedesca, potrebbe ricondursi al costituzionalismo trasformativo. Un uso del genere è del tutto legittimo, e già qui la questione democratica è piuttosto seria. Tengo tuttavia a precisare che lo *Strukturwandel* definisce tali fenomeni come 'mutamenti' o 'trasformazioni strutturali', non come 'costituzionalismo trasformativo'. Riserva quest'ultimo concetto, in quanto sottocategoria di *mutamento strutturale*, a una situazione particolarmente grave e complessa: affrontare deficit sistemici in una società mediante decisioni giudiziarie. Per questa ragione, lo *Strukturwandel* concepisce come *costituzionalismo trasformativo* delle due Corti europee esclusivamente la loro giurisprudenza contro gli autoritarismi sviluppatisi in Polonia e in Ungheria [47].

---

[44] Cf. D. CALLEJA-C. LADENBURGER, *The Future of European Union Law*, in COMMISSIONE EUROPEA (a cura di), *70 Years of EU Law. A Union for its Citizens*, EU Publication Office, 2022.

[45] Incisivo, in proposito, F. SAITTO, *Democrazia europea e mutamento strutturale del diritto pubblico*, cit., pp. 946-953.

[46] In senso critico, F. LANCHESTER, *Il costituzionalismo di Armin von Bogdandy*, cit.

[47] Il costituzionalismo trasformativo non è da confondere con l'"uso alternativo del diritto", perché non è funzionale al pensiero marxista, cf. P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del*

Una tale giurisprudenza pone molti interrogativi [48]. Francesco Saitto si chiede se il concetto di società europea possa essere una risposta, giungendo a una conclusione negativa [49]. Concordo con tale conclusione. La CGUE non decide nel nome della società europea (§ 64) e sarebbe una forzatura presentarla come una Corte vicina ai cittadini (*Bürgergericht*), un concetto usato a sostegno della legittimazione del Tribunale costituzionale tedesco. La CGUE interagisce soprattutto con istituzioni pubbliche, incluso con i giudici nazionali, ma non con cittadini. Nessuno intravvede un circuito comunicativo tra la CGUE e la società europea come invece intravvedeva Peter Häberle tra la società tedesca e la Corte di Karlsruhe.

La questione della legittimazione democratica della giurisprudenza sull'articolo 2 TUE è reale, ma non va neppure sopravvalutata [50]. Ci sono meccanismi per contenere la problematicità di tale giurisprudenza. Deve evitarsi di trasformare l'articolo 2 TUE in un vaso di Pandora che travolge i compromessi su cui si fonda il diritto costituzionale europeo, come pure deve evitarsi di uniformare il diritto costituzionale degli Stati membri. A tal fine esiste una serie di garanzie. Quanto all'applicabilità dell'articolo 2 TUE, è preferibile il suo uso combinato con altre norme del diritto dell'Unione [51]. In più, la violazione dell'articolo 2 TUE presuppone una carenza sistemica. Quanto al contenuto dell'articolo 2 TUE, i suoi parametri devono restare 'sottili'. Per tutelare l'autonomia degli Stati membri, le istituzioni dell'Unione dovrebbero astenersi dal fornire parametri tipici della giurisprudenza costituzionale e concentrarsi piuttosto sul verificare se, in un caso specifico, sia stata oltrepassata una 'linea rossa' [52]. Per valutare la legittimazione democratica, conta anche la reazione positiva delle istituzioni politiche dell'Unione [53],

---

diritto, Vol. I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; Vol. II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Roma-Bari, 1973.

[48] C. MARGIOTTA, *Diritto, democrazia e cittadinanza europea. A partire dalle recenti tesi di Armin von Bogdandy*, cit., p. 84.

[49] F. SAITTO, *Democrazia europea e mutamento strutturale del diritto pubblico*, cit., p. 950 s.

[50] *Ivi*, p. 951.

[51] Vedi L.S. ROSSI, *"Concretised", "Flanked", or "Standalone"? Some Reflections on the Application of Article 2 TEU*, in *European Papers (e-Journal)* (24 febbraio 2025): https://www.europeanpapers.eu/en/e-journal/concretised-flanked-standalone-reflections-application-article-2-teu, nonché in *SSRN* (25 febbraio 2025): https://ssrn.com/abstract=5151277 oppure http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5151277.

[52] Conclusioni dell'AG Ćapeta, C-769/22, cit., punto 212.

[53] Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2020 relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. I considerando 3 e 5 rinviano espressamente alla giurisprudenza.

nonché dei sistemi nazionali [54]. Considerata l'importanza che i valori europei hanno acquisito nella società europea negli ultimi anni, si può riconoscere un 'momento costituzionale' dell'Unione, il che incide sul valore democratico della giurisprudenza sull'articolo 2 TUE.

VI. Sulla democrazia

Come il paragrafo precedente conferma, lo *Strukturwandel* concepisce il diritto pubblico europeo come intrinsecamente legato alla sfera politica. Con questo risponde ad alcune, ma non a tutte, le critiche che gli contestano una concezione eccessivamente riduttiva o addirittura aberrante del principio democratico [55]. Questo rilievo esige una più ampia elaborazione, e colgo l'occasione di questa postfazione.

Innanzitutto, ribadisco alcuni punti fondamentali: la centralità del principio democratico proprio per la sua irrisolta problematicità (§ 1) [56], la concezione della democrazia europea come un sistema di molte mediazioni in una cascata di procedure formali e processi politici connessi (§§ 1, 42-43) [57], l'affermazione che le corti non sono istituzioni di rappresentanza democratica (§ 43) [58], la polemica che chi non capisce il valore democratico dei trilogi non capisce la democrazia europea (§ 43), nonché la convinzione che la democrazia europea sia da concepire come un processo di molte mediazioni in una società eterogenea, e non come processo di autodeterminazione [59].

---

[54] Si veda la reazione del presidente della corte costituzionale tedesca, S. HARBARTH-C. SPIELMANN, *EU Review of Judicial Independence in the Member States: its Foundations and Limits*, in *European law review*, 48 (6), 2023, pp. 681-695.

[55] F. LANCHESTER, *Il costituzionalismo di Armin von Bogdandy*, cit., p. 8; si vedano anche i dubbi espressi in R. BIFULCO, *Il ruolo del diritto e dei giuristi nella costruzione dell'unione europea*, cit., p. 931; M. LOUGHLIN, *The Construction of European Society by European Lawyers: A Methodological Critique*, cit.

[56] Sul punto, si vedano i contributi di A.J. Menéndez, C. Margiotta, J. Mendes e B. Rodríguez-Ruiz in L. MELLACE (a cura di), *Il diritto dell'Unione Europea, la sua legittimità e il suo futuro*, cit.

[57] Ben elaborato in M. BOZZON, *L'invenzione della società europea. Democrazia sovranazionale e diritto pubblico*, cit., pp. 1144-1150; istruttivo, sul punto, anche C. BARTMANN, *Repräsentation statt Selbstbestimmung – Die Zukunft der unionalen Demokratie?*, in M. MALKMUS-A.HEGER-S.GOURDET (a cura di), *Zur Zukunft der Demokratie in der Europäischen Union*, Nomos, Baden-Baden, 2023, pp. 47-84.

[58] Allo stesso tempo, il controllo giudiziale può contribuire alla legittimazione democratica: L. DE LUCIA, *Il diritto amministrativo e la società democratica europea*, cit., pp. 963-966.

[59] Per una definizione di autodeterminazione come "*libertà di decidere e partecipare (direttamente o indirettamente) alle scelte collettive*", vedi C. MARGIOTTA, *Diritto, democrazia e cittadinanza europea. A partire dalle recenti tesi di Armin von Bogdandy*, cit., p. 85.

Il nodo centrale della questione è il seguente: se la democrazia richiede un'autodeterminazione politica, richiede anche un'identità collettiva forte. Se difetta il secondo, il primo non può sussistere. Alcuni autori muovono la stessa critica sul concetto di società: l'esistenza di una società implica che i suoi membri sviluppino un'identità condivisa. Poiché a livello europeo essa non si manifesterebbe in modo sufficiente, reputano insostenibile il concetto di società europea [60]. Sotto questo profilo, le discussioni sulla società europea e sulla democrazia europea confluiscono.

In considerazione di quanto accaduto a partire dal 2022, vale la pena verificare se tale identità si sia sviluppata negli ultimi tre anni. Come ho già detto (IV.), dal 2022 i valori dell'articolo 2 TUE sono divenuti più consistenti, poiché leader politici diversi come Annalena Baerbock, Ursula von der Leyen e Giorgia Meloni li richiamano per rappresentare la guerra russa contro l'Ucraina come una minaccia ai "nostri" valori europei, in tal modo giustificando decisioni pesanti come l'opposizione a una potenza nucleare aggressiva, il sostegno a Kiev con miliardi di euro e l'accoglienza di milioni di rifugiati. Lo stesso può dirsi per gli effetti della politica antagonista della seconda amministrazione Trump. Di fronte al suo atteggiamento, si moltiplicano gli appelli a un'azione collettiva da parte dell'Europa, degli europei o dell'Unione europea. Il sostantivo collettivo di questa azione è, secondo l'articolo 2 TUE, la società europea. Un tale discorso è performativo: rafforza gli elementi di identità europea dei membri della società europea perché una tale identità si basa anzitutto su fattori cognitivi, non valutativi [61]: contrariamente alla dottrina di Carl Schmitt, non dobbiamo sentirci 'amici' per saperci membri di una società. I sondaggi attestano quanto sia diffusa in Europa la consapevolezza di una comune appartenenza europea [62]. Si potrebbe allora pensare alla formazione di un popolo, come previsto dai primi autori del costituzionalismo europeo [63].

Questo aspetto si può valorizzare altresì con riguardo al tema dello spazio pubblico, anche questo nevralgico per la democrazia europea e centrale per la creazione di una identità collettiva. Grazie agli sviluppi occorsi dal 2022,

---

[60] M. BACH, *Europa ohne Gesellschaft. Politische Soziologie der europäischen Integration*, Springer, Wiesbaden, 2008, pp. 161-170.

[61] O. DAVID-D. BAR-TAL, *A Sociopsychological Conception of Collective Identity. The Case of National Identity as an Example*, in *Personality and Social Psychology Review*, 13, 2009, p. 354.

[62] COMMISSIONE EUROPEA, *Standard Eurobarometer* 101, *Spring 2024* (maggio 2024), https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3216.

[63] H. MOSLER, *Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl – Entstehung und Qualifizierung*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 14, 1951, pp. 1-45.

si può osservare il consolidamento di uno spazio europeo della comunicazione politica. L'affermazione che tale spazio sia assente – e che, di conseguenza, non esista una sfera pubblica europea – è sempre stato un argomento tanto contro l'esistenza di una democrazia europea quanto contro l'esistenza di una società europea. Forse questa affermazione poteva sembrare plausibile fino alle soglie del nuovo secolo. Oggi, tuttavia, i processi comunicativi all'interno della società europea forniscono solide evidenze a favore della presenza di una sfera pubblica europea [64].

Naturalmente, questo spazio pubblico non è una semplice riproduzione di quello che i teorici della sfera pubblica delineavano negli anni '60 e '70 del secolo scorso per gli Stati nazionali sovrani, caratterizzati da società organizzate in grandi associazioni di massa (partiti, sindacati, chiese, etc.). Se si assume quel modello come punto di partenza, si potrà soltanto constatarne il superamento e avanzare critiche. Ciò è legittimo, ma offre scarse potenzialità per orientarsi nella società contemporanea[65].

Per *spazio pubblico* intendo un contesto comunicativo in cui gli attori affrontano una questione controversa di fronte al pubblico da essa interessato, al fine di condurlo a una decisione collettivamente vincolante. Perché si possa parlare di uno spazio pubblico europeo, devono essere presenti tre elementi [66]. Primo, un tema mobilitante, ossia una questione controversa che richieda una decisione e che riguardi persone in diversi Stati membri. Secondo, la presenza di attori e di un pubblico provenienti da più paesi dell'UE, coinvolti in un medesimo contesto comunicativo. Terzo, un quadro di riferimento comune che consenta di dare senso e coerenza al dibattito.

Le crisi europee degli ultimi venticinque anni hanno fatto emergere uno spazio pubblico europeo. Oggi è possibile osservarne la presenza anche nella politica ordinaria, su temi che spaziano dalla risposta alla crisi climatica alla sicurezza delle frontiere comuni. Questo spazio pubblico europeo spesso si costruisce e si innesta su diversi spazi pubblici nazionali i quali, quando interagiscono, confluiscono in un unico spazio europeo.

Vari meccanismi garantiscono tale interazione. Il Consiglio europeo offre il meccanismo istituzionale supremo per collegare i diversi spazi in un unico

---

[64] Su questo dibattito, vedi H.-J. TRENZ, *The Saga of Europeanisation: On the Narrative Construction of a European Society*, in S. EIGMÜLLER-M. BÖRNER (a cura di), *European Integration, Processes of Change and the National Experience*, Palgrave, Basingstoke, 2015, pp. 207-227.

[65] S. CASSESE, *Los partidos ya no son intérpretes de la sociedad y su papel lo ejercen los intereses organizados*, in *Agenda Publica* (27 luglio 2025).

[66] T. RISSE, *European public spheres, the politicisation of EU affairs, and its consequences*, in T. RISSE (a cura di), *European Public Spheres. Politics Is Back,* Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 141-163.

spazio europeo, agendo da gestore delle crisi, risolutore di stalli, stratega, modellatore o capo di Stato collettivo. Le sue riunioni affrontano questioni urgenti, generando ampia risonanza mediatica e dando luogo a veri e propri eventi europei. La ricerca riconosce il Consiglio europeo come il "supremo decisore" [67].

Gli studi sullo spazio pubblico europeo si concentrano prevalentemente sui mass media, ma anche altri fora, come riviste e blog giuridici, svolgono un ruolo rilevante. Le pubblicazioni accademiche influenzano le decisioni collettive: non si limitano a descrivere dall'esterno i fenomeni giuridici, ma spesso incidono direttamente sul processo decisionale. Oggi molti studiosi pubblicano con questa intenzione in forum europei quali la *Common Market Law Review*, la *European Constitutional Law Review*, gli *European Papers*, l'*International Journal of Public Law*, il *German Law Journal*, l'*European Law Online* e l'*European Law Live*. Essi costituiscono uno spazio pubblico europeo, poiché vi pubblicano contributi letti in tutta Europa che plasmano, interpretano o criticano decisioni collettive che incidono sulla società europea. Gli attori (gli autori), pur essendo per lo più impiegati in istituzioni nazionali, risultano europeizzati non solo per i temi trattati, ma anche per le cornici adottate: studiosi che si rivolgono esclusivamente ai propri connazionali difficilmente vengono pubblicati in queste riviste.

Gli spazi pubblici europei si sviluppano in modo ancora più dinamico nei blog come *I-CONnect*, *EJIL: Talk!*, *Strasbourg Observers* o *Verfassungsblog*. Ciò avviene perché un tipico post prende posizione su una questione controversa, corrispondendo così al momento agonistico degli spazi pubblici. È conciso e appare rapidamente, quando il tema è ancora al centro dell'attenzione pubblica. Reagisce quasi con la stessa rapidità di un articolo dei mass media, ma con l'autorevolezza accademica. Disponiamo oggi di contributi brevi, mirati e attuali su questioni conflittuali di interesse europeo, ospitati su piattaforme seguite in tutta Europa. In questo modo, gli accademici nazionali alimentano gli spazi pubblici europei e, così facendo, la società europea.

Alla luce di questi sviluppi, molti dei quali si sono irrobustiti negli ultimi tre anni, si può affermare l'esistenza di una identità collettiva europea. Allo stesso tempo, mi sembra difficile affermare una identità collettiva concepita secondo le categorie della teoria costituzionale. Tanti professori, giudici e politici, e quindi parecchi membri della società europea, continuano a sostenere il dogma del deficit democratico dell'Unione a causa della mancanza

[67] L. VAN MIDDELAAR-U. PUETTER, *The European Council: The Union's Supreme Decision-Maker*, in D. HODSON *et al.* (a cura di), *The Institutions of the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2022, pp. 66 ss.

di un *demos*, di un popolo. Alcuni addirittura continuano a concepirla come un'organizzazione internazionale [68]. Gli antagonisti della società europea, inoltre, presentano il governo europeo come una imposizione proveniente dall'esterno. Mantenere in quest'ottica l'idea di democrazia europea, in quanto rispondente all'idea di autodeterminazione, vuol dire negare la sua esistenza.

Per questo pare saggia la scelta degli autori dei Trattati a favore di una democrazia europea senza autodeterminazione (§ 43). E vorrei chiedere ai critici come si rapportino alla decisione politica sancita dall'articolo 2 TUE e come riescano a ignorare che entità politiche democratiche (tutti i parlamenti degli Stati membri) hanno affidato a procedure e processi democratici (spesso con maggioranze qualificate, e questo dopo anni di discussione pubblica) la natura democratica dell'Unione senza presupporre una identità collettiva europea.

Ciò detto, lo *Strukturwandel* non contesta la problematicità della democrazia europea. Riconosce l'intuizione secondo cui la democrazia europea non coincide pienamente con tutte le aspirazioni delle tradizioni democratiche europee. Dalla sua prima pagina riconosce la democrazia europea come un problema fondamentale dell'Unione. Non a caso i Trattati restano *trattati*, non c'è una costituzione europea. Secondo l'articolo 1, secondo comma, TUE, i Trattati rappresentano soltanto una tappa di un'integrazione ancora incompiuta (tredicesimo considerando del preambolo del TUE), il che riguarda anche la realizzazione del principio democratico. Ma questo non mette in dubbio l'affermazione del carattere democratico dell'Unione di oggi, espressa nell'articolo 2 TUE. Lo *Strukturwandel* coglie questo aspetto distinguendo tra democrazia come concetto classificatorio e concetto comparativo (§§ 43, 44).

VII. Sul potenziale

Negli ultimi tre anni, l'Unione si è sviluppata e consolidata. Mentre per decenni la sua stabilità politica dipendeva della stabilità politica degli Stati membri, oggi l'Unione è divenuta una fonte essenziale di stabilità per le diverse società nazionali [69]. Basta ricordare la stabilità finanziaria di Grecia,

---

[68] L.F. PACE, *L'Unione Europea e la sua "società": "Rinascimento del repubblicanesimo" o "organizzazione sovranazionale"?*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023, p. 11.

[69] Sulla trasformazione dei governi nazionali in questo processo, si veda A. SANDULLI, *L'ordinamento giuridico europeo e il suo diritto pubblico: una fattispecie a formazione progressivo*, cit., pp. 989-992.

Irlanda, Portogallo o Spagna. Vale anche la pena di confrontare la situazione di Stati membri con continua instabilità di governo (il Belgio, la Bulgaria, i Paesi bassi) con quella della Gran Bretagna. Un tempo tra le democrazie più solide, quest'ultima è in continua agitazione da quando ha deciso di uscire dall'Unione per ristabilire la sua autodeterminazione democratica.

Eppure, l'impressione della precarietà dell'Unione e nell'Unione sussiste, come i dubbi sul suo futuro. Un punto fondamentale sviluppato nello *Strukturwandel* è la convinzione che il concetto di società europea può dare un contributo costruttivo per contrastare tali impressioni. Come concetto guida, apre nuove prospettive che possono rispondere alla perplessità di taluni sul futuro europeo.

Innanzitutto sottolineo il potenziale della società come "singolare collettivo" che contrasta l'incertezza sul piano epistemico (1.). Mostro poi come la società europea sia un referente sociale per il nuovo costituzionalismo europeo (2.) e come spinga verso nuove comprensioni della condizione degli europei (3.). La società europea potrebbe inoltre contribuire all'impulso repubblicano del Trattato di Lisbona, che si confronta tanto con approcci statocentrici quanto con quelli liberali di mercato (4.). Per calibrare la promessa della società europea, si conclude con avvertenze e questioni aperte (5.).

(1.) Secondo Albrecht Koschorke, siamo tutti hegeliani, nella misura in cui Hegel ha espresso in modo paradigmatico come il pensiero moderno presupponga singolari collettivi [70]. Il pensiero politico, infatti, si sviluppa all'interno di un quadro concettuale dominato da termini come *Stato*, *popolo*, *nazione*, *potere costituente* e, non da ultimo, *società*. Gli assunti fondamentali di questa logica sono ben noti: che tutto il potere, in ultima istanza, emani dal popolo; che il parlamento rappresenti, in ultima istanza, la nazione; che il diritto costituzionale, in ultima istanza, derivi dal potere costituente; che il potere pubblico sia, in ultima istanza, potere dello Stato; e che tutte le interazioni sociali strutturate formino, in ultima istanza, una società.

Per quanto vari possano essere questi assunti, essi seguono un'unica struttura concettuale. Le teorie costituzionali, le argomentazioni politiche e giuridiche, i trattati di scienza politica e di filosofia del diritto, così come i discorsi pubblici e privati, si muovono regolarmente sotto l'incantesimo di un "singolare collettivo" (Reinhart Koselleck) che offre una chiusura argomentativa e fornisce certezza.

Di conseguenza, voci autorevoli hanno cercato di applicare questa logica all'integrazione europea, difendendo concetti come *nazione europea*, *Stato*

[70] A. KOSCHORKE, *Hegel und wir*, Suhrkamp, Berlin, 2015; sul punto, si veda altresì R. PICARDI, *L'"Hegelismo europea" di Armin von Bogdandy*, cit.

federale europeo, *popolo europeo*, *potere costituente europeo* e *demos europeo* [71]. Tuttavia, nessuna di queste categorie ha ottenuto il successo sperato. Non a caso, gli autori dei Trattati europei utilizzano tali termini solo per riferirsi ai fenomeni collettivi degli Stati membri – *i popoli degli Stati membri*, e non un *popolo europeo*. Per decenni, l'UE e il diritto europeo hanno dovuto operare senza il conforto di un singolare collettivo. Questa assenza ha alimentato l'impressione che l'UE e il suo diritto mancassero di una vera sostanza, un vuoto che si può ragionevolmente ritenere fonte delle perplessità degli europei nei confronti dell'UE [72].

Nel 2009 gli Stati membri hanno *positivizzato* all'articolo 2 TUE il concetto di *società*. Questo concetto è un singolare collettivo al pari di *popolo*, *Stato*, *nazione* e *potere costituente*. Si può supporre che ciò sia stato possibile perché, nel pensiero politico statocentrico, la società riveste un ruolo solo marginale. Infatti, Margaret Thatcher, una esponente influente di questa concezione, è celebre per aver dichiarato che la *società* nemmeno *esiste*. Il termine introdotto nell'articolo 2 TUE sembra dunque rappresentare un compromesso: da un lato, introduce un classico singolare collettivo per il livello europeo – una concessione alle forze federaliste [73] – dall'altro, preserva esclusivamente al livello nazionale i singolari collettivi più rilevanti per la tradizione statocentrica.

Società, *Stato*, *popolo*, *nazione* e *potere costituente* svolgono tutti la stessa funzione di singolare collettivo. Tuttavia, ciascuno di essi assume significati differenti e imprime sfumature diverse alle argomentazioni in cui è impiegato. Pur nella varietà interna delle rispettive tradizioni teoriche, *popolo*, *Stato*, *nazione* e *società* incarnano approcci distinti alla totalità sociale.

---

[71] Nazione: R.N. VON COUDENHOVE-KALERGI, *Die europäische Nation*, Deutsche Verlags-Anstalt, Stuttgart, 1953; stato federale: J. MONNET, *Les États-Unis d'Europe ont commencé. La communauté européenne du charbon et de l'acier. Discours et allocutions 1952-1954*, Laffont, Paris, 1955; popolo: R.M. LEPSIUS, *Europa nach dem Ende zweier Diktaturen*, in B. SCHÄFERS (a cura di), *Lebensverhältnisse und soziale Konflikte im neuen Europa: Verhandlungen des 26. Deutschen Soziologentages in Düsseldorf 1992*, Campus, Frankfurt, 1994, pp. 33-44; potere constituente: CGUE, 23 aprile 2018, *European Citizens'Initiative One of Us e a. contro Commissione*, causa T-561/14, punti 113 ss.; demos: Conclusioni dell'AG E. Sharpston, 31 ottobre 2019, cause riunite C-115/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione / Polonia e altri*, punto 253. Si veda, inoltre, C. MARGIOTTA, *Diritto, democrazia e cittadinanza europea. A partire dalle recenti tesi di Armin von Bogdandy*, cit., p. 86; secondo l'autrice, anche il concetto di cittadinanza rappresenta un singolare collettivo. A mio avviso, la cittadinanza è soltanto un istituto giuridico, e la totalità di che ne usufruisce (cioè, il singolare collettivo corrispondente) è o la nazione o il popolo.

[72] V. GISCARD D'ESTAING, *Introductory Speech of President V. Giscard d'Estaing to the Convention on the Future of Europe*, 26 febbraio 2002, SN 1565/02, Brussels, pp. 1, 5, 7.

[73] Sulla vocazione federalista dello *Strukturwandel*, si veda M. BOZZON, *L'invenzione della società europea. Democrazia sovranazionale e diritto pubblico*, cit.

A differenza di istituzioni *statali*, le istituzioni comuni della società europea esercitano pochissimo potere coercitivo (§ 12). Tale potere è un elemento essenziale della definizione di Stato, ma non lo è per la società. Inoltre, mentre la società tende a concettualizzare la totalità sociale a partire dagli individui e dai gruppi che interagiscono – un'eredità della *societas* del diritto romano – lo Stato si fonda principalmente sulle istituzioni dell'autorità pubblica. Rispetto al *popolo* o alla *nazione*, il concetto di *società* è più aperto all'eterogeneità. Nonostante i tentativi di pluralizzarlo, il *popolo* rimane legato all'idea di una lingua, un'origine e una storia comuni, un aspetto ancor più coessenziale al concetto di *nazione*. Per queste ragioni, il concetto di *società* risulta più adatto degli altri singolari collettivi a descrivere la totalità delle interazioni e dell'interdipendenza europee.

(2.) Il concetto di società europea è di rilevanza per il nuovo costituzionalismo di principi, sviluppato dalla CGUE dal 2018 in risposta agli eccessi del costituzionalismo populista [74]. Questo nuovo costituzionalismo implica una concezione della democrazia come un processo di mediazione complessa [75]: un confronto tra gruppi con posizioni di principio diverse, orientato al compromesso, e non la realizzazione di una presunta volontà di un popolo omogeneo e unitario.

(3.) La società europea offre una nuova lettura dei conflitti intraeuropei [76]. Se per lungo tempo questi sono stati interpretati come contrasti tra Stati membri, oggi appaiono sempre più come conflitti interni a una società comune. Il guadagno epistemico che ne deriva è significativo, come dimostrano le dispute sullo Stato di diritto. La vecchia lettura li descrive come uno scontro tra gli Stati membri liberali dell'Ovest e alcuni Stati illiberali dell'Est. La nuova prospettiva, invece, riconosce che, da un lato, le idee promosse da PiS e Fidesz trovano sostegno in molte parti d'Europa, mentre, dall'altro, in Polonia e in Ungheria esistono movimenti e individui che difendono il nucleo costituzionale europeo. Dietro i conflitti sul valore dello Stato di diritto si cela dunque una frattura interna all'Europa, che riguarda il futuro stesso della società europea.

Il concetto giuridico di *società europea* interviene anche in altri dibattiti cruciali. Con particolare riferimento ai conflitti legati all'asilo e alla migrazione, è

---

[74] J. BAST-A. VON BOGDANDY, *Parte fondamentale e nucleo costituzionale dei Trattati Europei. Sulla legittimità del nuovo costituzionalismo della CGUE*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2024, pp. 793-823.

[75] S. CASSESE, *Los partidos ya no son intérpretes de la sociedad y su papel lo ejercen los intereses organizados*, in *Agenda publica* (27 luglio 2025).

[76] M. BOZZON, *L'invenzione della società europea. Democrazia sovranazionale e diritto pubblico*, cit., p. 1139.

importante sottolineare che la *società europea* è un concetto inclusivo: essa comprende tutti i residenti in Europa, non solo i cittadini dell'Unione. I cittadini di Paesi terzi che vivono nell'UE fanno parte della società europea. L'articolo 2 TUE caratterizza tale società in modo appropriato, definendola non sulla base di una appartenenza etnica, di una religione o provenienza, ma attraverso valori universali. Naturalmente, questa concezione non implica un diritto al permesso di soggiorno, ma offre un quadro concettuale che rende più difficile il radicarsi di posizioni xenofobe.

(4.) Questa concezione della *società europea* segna una posizione in un campo di confronto. Riconosce la legittimità di altre visioni come quella statocentrica e quella imperniata sul mercato unico europeo. Non sostiene che la *società* dell'articolo 2 TUE possieda la forza normativa che le costituzioni nazionali attribuiscono a termini come *popolo*, *nazione*, *Stato*, *potere costituente* o *Repubblica*. La valorizzazione della *società* nel TUE non è una decisione nel senso schmittiano del termine [77], né equivale alla proclamazione della Repubblica nell'articolo 1 della Costituzione italiana [78].

(5.) L'approccio incentrato sulla società europea non la concepisce come un attore, diversamente dalla concezione di Mangiameli [79]. Spesso, i singolari collettivi vengono impiegati in senso antropomorfico: si dice che una *società*, uno *Stato*, una *nazione* o un *popolo esprime la propria volontà*, *prende decisioni*, *compie passi*. Anche Saitto si chiede se "*la società europea partecipi attivamente dal basso nel definire e concretizzare (i) principi costituzionali*" [80]. Questa concezione non si adatta alla società europea attuale. Ciò non significa, tuttavia, che il concetto sia *post-politico* [81]. Al contrario, sebbene la società europea non sia un attore politico, molti dei suoi membri agiscono politicamente. La società europea si sviluppa proprio attraverso la politicizzazione conflittuale delle politiche europee, promossa dai suoi stessi membri.

Parlare di società europea, quindi, può contribuire a dissipare la perplessità degli europei e delle europee sulla loro situazione e sul loro futuro.

---

[77] C. SCHMITT, Verfassungslehre, Duncker & Humblot, Munich-Leipzig, 1928. Sulla fluidità del concetto, si veda R. BIFULCO, *Il ruolo del diritto e dei giuristi nella costruzione dell'unione europea*, cit., p. 931.

[78] M. CARTABIA, The Italian Constitution as a Revolutionary Agreement, in R. ALBERT (a cura di), Revolutionary Constitutionalism: Law, Legitimacy, Power, Hart Publishing, Oxford, 2020, pp. 313-331.

[79] S. MANGIAMELI, *Article 2*, cit.

[80] F. SAITTO, *Democrazia europea e mutamento strutturale del diritto pubblico*, cit., p. 950.

[81] Su questo pericolo, vedi J.H.H. WEILER, *Bread and Circus. The State of European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 4, 1998, pp. 223-248.

Richiama la necessità di superare la logica interstatale per affrontare meglio i conflitti interni all'UE. Fornisce precisione concettuale alla loro percezione di 'trovarsi sulla stessa barca' nella odierna situazione di conflitti geopolitici.

VIII. Sulla società europea di fronte ai nazionalismi

Molti hanno rilevato, con un certo stupore, il tono ottimista dello *Strukturwandel*. Nel 2025, ancor più che nel 2022, ci si chiede quale sarà il destino della società europea, dato che forze che ne contestano l'essenza stanno guadagnando terreno elettorale o sono addirittura già al potere. I governi possono cercare di indebolirla, se non addirittura di smantellarla. L'uscita dall'Unione europea figura nei programmi di vari partiti rappresentati nel Parlamento europeo.

Resta tuttavia altrettanto possibile che le logiche socializzanti della società europea e i fondamenti del suo progetto normativo finiscano per prevalere. I segnali provenienti da Ungheria, Polonia, Italia e Paesi Bassi sono contrastanti. Non è certo, ma plausibile che gli antagonisti esterni inducano quelli interni a restare nel solco della società europea. Non sono certo stupidi. Conoscendo bene il *mindset*, sanno bene che da soli sarebbero una preda facile in un mondo dove la vicinanza ideologica garantisce poca protezione.

Indice delle decisioni

Giurisprudenza europea

Corte di giustizia

12 luglio 1957, *Algera e altri c. Assemblée commune*, causa 7/56, ECLI:EU:C:1957:7 000

5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, causa 26/62, ECLI:EU:C:1963:1 000

15 luglio 1964, *Costa c. ENEL*, causa 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 000

13 novembre 1964, *Commissione c. Lussemburgo e Belgio*, cause riunite 90/63 e 91/63, ECLI:EU:C:1964:80 000

18 febbraio 1970, *Commissione c. Italia*, causa 38/69, ECLI:EU:C:1970:11 000

6 ottobre 1970, *Grad c. Finanzamt Traunstein*, causa 9/70, ECLI:EU:C:1970:78 000

12 luglio 1973, *Hauptzollamt Bremerhaven c. Massey Ferguson*, causa 8/73, ECLI:EU:C:1973:90 000

30 aprile 1974, *Haegeman c. Stato belga*, causa 181/73, ECLI:EU:C:1974:41 000

11 luglio 1974, *Procureur du Roi c. Dassonville*, causa 8/74, ECLI:EU:C:1974:82 000

12 dicembre 1974, *Walrave e Koch c. Association Union cycliste internationale e altri*, causa 36/74, ECLI:EU:C:1974:140 000

8 aprile 1976, *Defrenne c. SABENA*, causa 43/75, ECLI:EU:C:1976:56 000

9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, causa 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 000

20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, causa 120/78, ECLI:EU:C:1979:42 000

6 marzo 1979, *Simmenthal c. Commissione*, causa 92/78, ECLI:EU:C:1979:53 000

29 ottobre 1980, *Roquette c. Consiglio*, causa 138/79, ECLI:EU:C:1980:24 000

19 gennaio 1982, *Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, causa 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 000

6 ottobre 1982, *CILFIT c. Ministero della Sanità*, causa 283/81, ECLI:EU:C:1982:335 000
21 settembre 1983, *Deutsche Milchkontor GmbH c. Germania*, cause riunite da 205/82 a 215/82, ECLI:EU:C:1983:233 000
15 gennaio 1986, *Hurd c. Jones*, causa 44/84, ECLI:EU:C:1986:2 000
23 aprile 1986, *Les Verts c. Parlamento*, causa 294/83, ECLI:EU:C:1986:166 000
29 settembre 1987, *Giménes Zaera c. Institut Nacional de la Seguridad Social e Tesorería General de la Seguridad Social*, causa 126/86, ECLI:EU:C:1987:395 000
22 ottobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, causa 314/85, ECLI:EU:C:1987:452 000
23 febbraio 1988, *Regno Unito c. Consiglio*, causa 68/86, ECLI:EU:C:1988:85 000
28 aprile 1988, *LAISA e CPC España c. Consiglio*, cause riunite 31/86 e 35/86, ECLI:EU:C:1988:211 000
22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, causa C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256 000
11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, causa C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244 000
4 ottobre 1991, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-70/88, ECLI:EU:C:1991:373 000
14 dicembre 1991, *Accord EEE-I*, parere 1/91, ECLI:EU:C:1991:490 000
19 novembre 1991, *Francovich e Bonifaci c. Italia*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 000
15 novembre 1994, *Accords annexés à l'accord OMC*, parere 1/94, ECLI:EU:C:1994:384 000
6 aprile 1995, *RTE e ITP c. Commissione*, cause riunite C-241/91 P e C-242/91 P, ECLI:EU:C:1995:98 000
15 dicembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association e altri c. Bosman*, causa C-415/93, ECLI:EU:C:1995:463 000
28 marzo 1996, *Adhésion de la Communauté à la CEDH*, parere 2/94, ECLI:EU:C:1996:140 000
29 aprile 1999, *Ciola c. Land Vorarlberg*, causa C-224/97, ECLI:-EU:C:1999:212 000
5 ottobre 2000, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, causa C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544 000
20 settembre 2001, *Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, causa C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458 000
30 settembre 2003, *Köbler c. Austria*, causa C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 000
14 ottobre 2004, *Omega c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, causa C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 000
3 maggio 2005, *Berlusconi e altri*, cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, ECLI:EU:C:2005:270 000

22 novembre 2005, *Mangold c. Helm*, causa C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 000
6 dicembre 2005, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, causa C-66/04, ECLI:EU:C:2005:743 000
11 dicembre 2007, *The International Transport Workers'Federation e the Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti ('Viking')*, causa C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772 000
18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, causa C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809 000
14 febbraio 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH c. Avides Media AG*, causa C-244/06, ECLI:EU:C:2008:85 000
1° luglio 2008, *Svezia e Turco c. Consiglio*, causa C-39/05 P, ECLI:EU:C:2008:374 000
22 giugno 2010, *Melki e Abdeli*, cause riunite C-188/10 e C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363 000
22 dicembre 2010, *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, causa C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806 000
8 marzo 2011, *Accord sur la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets,* parere 1/09, ECLI:EU:C:2011:123 000
21 dicembre 2011, *NS e altri c. Secretary of State for the Home Department*, cause riunite C-411/10 e C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865 000
19 luglio 2012, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-130/10, ECLI:EU:C:2012:472 000
6 novembre 2012, *Commissione c. Ungheria*, causa C-286/12, ECLI:EU:C:2012:687 000
27 novembre 2012, *Pringle c. Irlanda*, causa C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 000
26 febbraio 2013, *Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal*, causa C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 000
7 maggio 2013, *Åkerberg Fransson*, ordinanza, causa C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280 000
3 ottobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento e Consiglio*, causa C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 000
17 ottobre 2013, *Consiglio c. Access Info Europe*, causa C-280/11 P, ECLI:EU:C:2013:671 000
6 marzo 2014, *Siragusa c. Sicilia*, causa C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 000
27 marzo 2014, *Torralbo Marcos c. Korota SA*, causa C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187 000
8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e altri*, cause riunite C-293/12 e C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 000
1° luglio 2014, *Ålands Vindkraft AB c. Energimyndigheten*, causa C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 000
10 luglio 2014, *Julian Hernández e altri c. Reino de España*, causa C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055 000

11 settembre 2014, *A c. B e altri*, causa C-112/13, ECLI:EU:C:2014:219 000
18 dicembre 2014, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454 000
14 aprile 2015, *Consiglio c. Commissione*, causa C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217 000
8 settembre 2015, *Taricco e altri*, causa C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 000
6 ottobre 2015, *Schrems c. Data Protection Commissione*r, causa C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 000
5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru c. Generalstaatsanwaltschaft Bremen*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:198 000
4 maggio 2016, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, causa C-358/14, ECLI:EU:C:2016:323 000
2 giugno 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff c. Standesamt der Stadt Karlsruhe*, causa C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401 000
14 giugno 2016, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435 000
5 ottobre 2016, *F Hoffmann-La Roche AG c. Accord Healthcare OÜ,* causa C-572/15, ECLI:EU:C:2016:739 000
21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige c. Post-och telestyrelse*, cause riunite C-203/15 e C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970 000
16 febbraio 2017, *CK e altri c. Republika Slovenija*, causa C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127 000
16 maggio 2017, *Accord de libre-échange avec Singapour*, parere 2/15, ECLI:EU:C:2017:376 000
25 ottobre 2017, *Commissione c. Consiglio (WRC-15)*, causa C-687/15, ECLI:EU:C:2017:803 000
5 dicembre 2017, *MAS e MB*, causa C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 000
27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses (ASJP) c. Tribunal de Contas*, causa C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 000
6 marzo 2018, *Slowakische Republik c. Achmea*, causa C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158 000
5 giugno 2018, *Coman e altri c. Inspectoratul General pentru Imigrări*, causa C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 000
25 luglio 2018, *LM*, causa C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 000
4 settembre 2018, *ClientEarth c. Commissione*, causa C-57/16 P, ECLI:EU:C:2018:660 000
12 settembre 2018, *NF e altri c. Consiglio europeo*, cause riunite da C-208/17 P a C-210/17 P, ECLI:EU:C:2018:705 000
4 ottobre 2018, *Commissione c. Francia (Anticipo d'imposta)*, causa C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811 000
6 novembre 2018, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften c. Tetsuji Shimizu*, causa C-684/16, ECLI:EU:C:2018:874 000
15 novembre 2018, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, ordinanza, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2018:910 000

4 dicembre 2018, *Minister for Justice and Equality e Commissioner of the Garda Síochána c. Workplace Relations Commission*, causa C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 000
10 dicembre 2018, *Wightman e altri c. Secretary of State for Exiting the European Union*, causa C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 000
11 dicembre 2018, *Weiss e altri*, causa C-493/17, ECLI:EU:C:2018:1000 000
10 aprile 2019, *Rimšēvičs e Banca centrale europea c. Lettonia*, cause riunite C-202/18 e C-238/18, ECLI:EU:C:2019:299 000
30 aprile 2019, *Accord ECG UE-Canada*, parere 1/17, ECLI:EU:C: 2019:341 000
24 giugno 2019, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, sentenza, causa C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531 000
2 luglio 2019, *Commissione c. Polonia (Indipendenza della Corte suprema)*, ordinanza, causa C-619/18 R, ECLI:EU:C:2019:575 000
5 novembre 2019, *Commissione c. Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, causa C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 000
19 novembre 2019, *AK c Sąd Najwyższy (Indipendenza della Sezione disciplinare della Corte suprema)*, cause riunite C-585/18, C-624/18 e C-625/18, ECLI:EU:C:2019:982 000
19 dicembre 2019, *Junqueras Vies*, causa C-502/19, ECLI:EU:C: 2019: 1115 000
26 marzo 2020, *Miasto Łowicz c Skarb Państwa – Wojewoda Łódzki e altri*, causa C-558/18, ECLI:EU:C:2020:234 000
18 giugno 2020, *Commissione c. Ungheria (Trasparenza associativa)*, causa C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476 000
6 ottobre 2020, *Commissione c. Ungheria (Insegnamento superiore)*, causa C-66/18, ECLI:EU:C:2020:792 000
6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e altri c. Premier ministre e altri*, cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791 000
6 ottobre 2020, *Privacy International c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, causa C-623/17, ECLI:EU:C:2020:790 000
17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e altri*, causa C-336/19, ECLI:EU:C:2020:1031 000
20 aprile 2021, *Repubblika c. Il Prim Ministru*, causa C-896/19, ECLI: EU:C:2021:311 000
15 luglio 2021, *Commissione c. Polonia (Regime disciplinare dei giudici)*, causa C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 000
16 febbraio 2022, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, causa C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97 000

Conclusioni dell'Avvocato generale

Conclusioni dell'AG Lagrange, 25 giugno 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*, ECLI:EU:C:1964:51 000
Conclusioni dell'AG Mancini, 2 giugno 1986, causa 34/86, *Consiglio c. Parlamento*, ECLI:EU:C:1986:221 000
Conclusioni dell'AG Tesauro, 13 marzo 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:1991:115 000
Conclusioni dell'AG Geelhoed, 21 febbraio 2002, causa C-224/98, *D'Hoop c. Office national de l'emploi*, ECLI:EU:C:2002:103 000
Conclusioni dell'AG Poiares Maduro, 8 ottobre 2008, causa C-213/07, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis e Ypourgos Epikrateias*, ECLI:EU:C:2008:544 000
Conclusioni dell'AG Kokott, 17 gennaio 2013, causa C-583/11, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2013:21 000
Conclusioni dell'AG Mengozzi, 27 febbraio 2014, causa C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH c. Eurest*, ECLI:EU:C:2014:120 000
Conclusioni dell'AG Cruz Villalón, 14 gennaio 2015, causa C-62/14, *Gauweiler e altri c. Deutscher Bundestag*, ECLI:EU:C:2015:7 000
Conclusioni dell'AG Kokott, 30 aprile 2015, causa C-105/14, *Taricco e altri*, ECLI:EU:C:2015:293 000
Conclusioni dell'AG Tanchev, 28 giugno 2018, causa C-216/18 PPU, *LM*, ECLI:EU:C:2018:517 000
Conclusioni dell'AG Sharpston, 31 ottobre 2019, cause riunite C-715/17, C-718/17 e C-719/17, *Commissione c. Polonia (Meccanismo temporaneo di ricollocazione di richiedenti protezione internazionale)*, ECLI:EU:C:2019:917 000
Conclusioni dell'AG Kokott, 23 aprile 2020, causa C-93/19 P, *EEAS c. Hebberecht*, ECLI:EU:C:2020:305 000
Conclusioni dell'AG Bobek, 15 aprile 2021, causa C-561/19, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA c. Rete Ferroviaria Italiana SpA*, ECLI:EU:C:2021:291 000

Tribunale

27 giugno 2000, *Salamander e altri c. Parlamento e Consiglio*, cause riunite T-172/98 e T-175/98-177/98, ECLI:EU:T:2000:168 000
2 ottobre 2001, *Martinez e altri c. Parlamento*, cause riunite T-222/99, T-327/99 e T-329/99, ECLI:EU:T:2001:242 000
28 febbraio 2017, *NF c. Consiglio europeo*, ordinanza, causa T-192/16, ECLI:EU:T:2017:128 000
28 febbraio 2017, *NG c. Consiglio europeo*, ordinanza, causa T-193/16, ECLI:EU:T:2017:129 000

28 febbraio 2017, *NM c. Consiglio europeo*, ordinanza, causa T-257/16, ECLI:EU:T:2017:130 000
22 marzo 2018, *De Capitani c. Parlamento*, causa T-540/15, ECLI:EU:T:2018:167 000
23 aprile 2018, *One of Us e altri c. Commissione*, causa T-561/14, ECLI:EU:T:2018:210 000
27 luglio 2022, *RT France c. Consiglio*, causa T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483 000

Giurisprudenza internazionale

Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU)

1° luglio 1961, *Lawless c. Irlanda (n. 3)*, ric. n. 332/57 000
27 marzo 1962, *De Becker c. Belgio*, ric. n. 214/56 000
21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, ric. n. 4451/70 000
7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, ric. n. 5493/72 000
18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ric. n. 5310/71 000
25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, ric. n. 5856/72 000
13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, ric. n. 6833/74 000
9 ottobre 1979, *Airey c. Irlanda*, ric. n. 6289/73 000
28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ric. n. 7819/77 000
8 luglio 1986, *Lingens c. Austria*, ric. n. 9815/82 000
23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia*, ric. n. 15318/89 (eccezioni preliminari) 000
27 settembre 1995, *McCann e altri c. Regno Unito*, ric. n. 18984/91 000
25 novembre 1997, *Zana c. Turchia*, ric. n. 18954/91 000
18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, ric. n. 24833/94 000
8 luglio 1999, *Sürek e Özdemir c. Turchia*, ric. nn. 23927/94 and 24277/94 000
19 maggio 2004, *Gusinsky c. Russia*, ric. n. 70276/01 000
22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*, ric. n. 31443/96 000
30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, ric. n. 45036/98 000
6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, ric. n. 74025/01 000
9 giugno 2006, *Opuz c. Turchia*, ric. n. 33401/02 000
20 gennaio 2009, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, ric. nn. 26766/05 e 22228/06 000
19 febbraio 2009, *A e altri c. Regno Unito*, ric n. 3455/05 000
1° giugno 2010, *Gäfgen c. Germania*, ric. n. 22978/05 000
21 dicembre 2010, *Vassilios Athanasiou e altri c. Grecia*, ric. n. 50973/08 000
15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, ric. nn. 26766/05 e 22228/06 000
3 aprile 2012, *Michelioudakis c. Grecia*, ric. n. 54447/10 000
30 ottobre 2012, *Glykantzi c. Grecia*, ric. n. 40150/09 000
9 luglio 2013, *Vona c. Ungheria*, ric. n. 35943/10 000

23 maggio 2016, *Avotiņš c. Lettonia*, ric. n. 17502/07 000
23 giugno 2016, *Baka c. Ungheria*, ric. n. 20261/12 000
11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo (n. 2)*, ric. n. 19867/12 000
20 marzo 2018, *Mehmet Hasan Altan c. Turchia*, ric. n. 13237/17 000
20 marzo 2018, *Şahin Alpay c. Turchia*, ric. n. 16538/17 000
28 giugno 2018, *G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia*, ric. nn.1828/06, 34163/07, 19029/11 000
18 ottobre 2018, *Thiam c. Francia*, ric. n. 80018/12 000
6 novembre 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portogallo*, ric. nn. 55391/13, 57728/13, 74041/13 000
15 novembre 2018, *Navalnyy c. Russia*, ric. n. 29580/12 000
29 maggio 2019, *Ilgar Mammadov c. Azerbaigian*, ric. n. 15172/13 000
1° dicembre 2020, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islanda*, ric. n. 26374/18 000
22 dicembre 2020, *Selahattin Demirtaş c. Turchia (n. 2)*, ric. n. 14305/17 000
7 maggio 2021, *Xero Flor c. Polonia*, ric. n. 4907/18 000

Corte interamericana dei diritti umani (Corte IDH)

29 luglio 1988, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, decisione (merito) 000
14 marzo 2001, *Barrios Altos c. Perù*, decisione (merito) 000
19 settembre 2006, *Claude Reyes et al c. Cile*, decisione (merito, restituzioni e costi) 000
26 settembre 2006, *Almonacid Arellano et al c. Cile*, decisione (eccezioni preliminari, merito, restituzioni e spese) 000
29 novembre 2006, *La Cantuta c. Perù*, decisione (merito, restituzioni e costi) 000
5 agosto 2008, *Apitz Barbera et al c. Venezuela*, decisione (eccezioni preliminari, merito, restituzioni e spese) 000
30 giugno 2009, *Reverón Trujillo c. Venezuela*, decisione (eccezioni preliminari, merito, restituzioni e spese) 000
16 novembre 2009, *González et al c. Messico*, decisione (eccezioni preliminari, merito, restituzioni e spese) 000
26 novembre 2010, *Cabrera García e Montiel-Flores c. Messico*, decisione (eccezioni preliminari, merito, restituzioni e spese) 000
24 febbraio 2011, *Gelman c. Uruguay*, decisione (merito e restituzioni) 000
1° luglio 2011, *Chocrón Chocrón c. Venezuela*, decisione (eccezioni preliminari, merito, restituzioni e spese) 000
28 novembre 2012, *Artavia Murillo et al c. Costa Rica*, decisione (merito) 000
26 febbraio 2016, *Artavia Murillo et al c. Costa Rica*, decisione (controllo dell'esecuzione della sentenza) 000
31 agosto 2017, *Lagos del Campo c. Perù*, decisione (merito, restituzioni e costi) 000
24 novembre 2017, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, parere consultivo (oc-24/17) 000

Giurisprudenza nazionale

Costa Rica

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia n. 2016-01692 del 3 febbraio 2016 000

Repubblica ceca

Ústavní soud (Corte costituzionale ceca), Pl. ÚS 50/04; Pl. ÚS 66/04 000
Ústavní soud (Corte costituzionale ceca), Pl. ÚS 19/08, *Lisbona I* 000
Ústavní soud (Corte costituzionale ceca), Pl. ÚS 29/09, *Lisbona II* 000

Francia

Conseil constitutionnel, decisione n. 71-44 DC del 16 luglio 1971 000
Conseil constitutionnel, decisione n. 74-54 DC del 15 gennaio 1975 000
Conseil constitutionnel, decisione n. 2006-540 DC del 27 luglio 2006 000
Conseil constitutionnel, decisione n. 2016-539 QPC, *Mme Ève G* del 10 maggio 2016 000
Conseil constitutionnel, decisione n. 2016-540 QPC del 10 maggio 2016, *Société civile Groupement foncier rural Namin et Co* 000

Germania

BVerfGE 2, 124, *Normenkontrolle II* 000
BVerfGE 7, 198, *Lüth* 000
BVerfGE 11, 192, *Beurkundungswesen* 000
BVerfGE 12, 205, *Rundfunkentscheidung* 000
BVerfGE 37, 271, *Solange I* 000
BVerfGE 39, 1, *Schwangerschaftsabbruch I* 000
BVerfGE 73, 339, *Solange II* 000
BVerfGE 81, 278, *Bundesflagge* 000
BVerfGE 93, 37 *Mitbestimmung Schleswig-Holstein* 000
BVerfGE 96, 152, *Parteilehrer* 000
BVerfGE 111, 307, *EGMR-Entscheidungen (Görgülü)* 000
BVerfGE 123, 267, *Lissabon* 000
BVerfGE 124, 300, *Wunsiedel* 000
BVerfGE 129, 124, *EFS* 000

BVerfGE 129, 300, *Fünf-Prozent-Sperrklausel EuWG* 000
BVerfGE 132, 195, *Europäischer Stabilitätsmechanismus* 000
BVerfGE 133, 277, *Antiterrordateigesetz* 000
BVerfGE 134, 366, *OMT-Beschluss* 000
BVerfGE 135, 259, *Drei-Prozent-Sperrklausel Europawahl* 000
BVerfGE 135, 317, *ESM-Vertrag* 000
BVerfGE 140, 317, *Identitätskontrolle* 000
BVerfGE 142, 123, *OMT Programm* 000
BVerfGE 146, 216, *PSPP-Vorlagebeschluss* 000
BVerfGE 148, 296, *Streikverbot für Beamte* 000
BVerfGE 151, 202, *Europäische Bankenunion* 000
BVerfGE 152, 152, *Recht auf Vergessen I* 000
BVerfGE 152, 216, *Recht auf Vergessen II* 000
BVerfGE 156, 182, *Rumänien II* (2 BvR 1845/18) 000
BVerfGE, Beschluss del 5 maggio 2020 – 2 BvR 859/15 000
BVerfGE, Beschluss del 18 novembre 2020 – 2 BvR 477/17 000
PrOVGE 9, 353, sentenza Kreuzberg dell'Alto Tribunale Amministrativo Prussiano del 14 giugno 1882 000

Ungheria

Kúria, decisione del 10 settembre 2019, Bt. 838/2019 000

Italia

Corte cost., sentenza n. 1 del 1956 000
Corte cost., sentenza n. 11 del 1965 000
Corte cost., sentenza n. 52 del 1965 000
Corte cost., sentenza n. 127 del 1966 000
Corte cost., sentenza n. 49 del 1970 000
Corte cost., sentenza n. 183 del 1973 000
Corte cost., sentenza n. 27 del 1975 000
Corte cost., sentenza n. 170 del 1984 000
Corte cost., sentenza n. 1146 del 1988 000
Corte cost., sentenza n. 232 del 1989 000
Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 2007 000
Corte cost., sentenza n. 49 del 2015 000
Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017 000
Corte cost., sentenza n. 239 del 2018 000

Polonia

Corte Suprema, sentenza del 30 agosto 2013, SNO 19/13 000
Corte Suprema, sentenza del 5 dicembre 2019, III PO 7/18 000
Corte Suprema, ordinanza del 15 gennaio 2020, III PO 8/18 e III PO 9/18 000
Corte Suprema, ordinanza del 23 gennaio 2020, BSA I-4110-1/20 000
Tribunale costituzionale, K32/09 000
Tribunale costituzionale, K7/18

Regno Unito

R v Horncastle and others [2009] UKSC 14 000

Stati Uniti

Brown v Board of Education, 347 U.S. 483 (1954) 000
Rasul v Bush, 542 U.S. 466 (2004) 000
Roper v Simmons, 543 U.S. 551 (2005) 000
US Term Limits, Inc. v Thornton, 514 U.S. 779 (1995) USSC 000

Indice degli autori