

La condizionalità economica nella giurisprudenza della crisi: un'analisi comparata

Antonia Baraggia (Università degli Studi di Milano)

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La condizionalità: una costante della risposta europea alla crisi. – 3. I nodi irrisolti della condizionalità. – 4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia. – 4.1. Il caso Pringle. – 4.2. Il caso Gauweiler. – 4.3. Il caso Ledra Advertising. – 5. Il ruolo delle Corti nazionali: oltre l'obiezione "counter majoritarian". – 5.1. La giurisprudenza della crisi in Grecia. – 5.2. La giurisprudenza della crisi in Portogallo. – 5.3. Riflessioni alla luce dell'analisi comparata. – 6. Condizionalità e futuro dell'Unione Europea: alcune suggestioni

1. Note introduttive

La crisi economica che ha investito l'Europa a partire dal 2009 ha drammaticamente svelato i limiti dell'architettura istituzionale dell'Unione Economica e Monetaria (UEM) disegnata dal Trattato di Maastricht¹, cogliendo l'Unione Europea impreparata e, a norma dei Trattati, finanche impossibilitata² a fronteggiare il rischio di default di uno dei suoi Stati membri.

La risposta istituzionale alla crisi si è dunque sviluppata prevalentemente al di fuori del quadro del diritto dell'Unione Europea, attraverso il ricorso a strumenti formalmente di diritto internazionale, anche se sostanzialmente "europei".

Tre, in particolare, sono le categorie di misure che hanno caratterizzato la reazione europea alla crisi³: piani di salvataggio e meccanismi di stabilizzazione finanziaria; modifiche nella governance economica europea per far fronte alle lacune derivate dall'impianto di Maastricht in materia di vincoli alle politiche fiscali degli Stati membri; interventi della Banca Centrale Europea (BCE) che ha giocato un ruolo fondamentale, anche se controverso, nel "governo" della crisi.

¹ Come osserva R. DEHOUSSE, "La crisi ha messo in luce gli squilibri dell'edificio costruito a Maastricht. (...) Ha mostrato la fondatezza di alcune critiche, che sostenevano che l'Unione monetaria non potesse funzionare senza fondamenta economiche più solide", *Le tre crisi del continente malato*, Il Mulino, Bologna, 2012, 486-496.

Per una rassegna della numerosa dottrina che si è occupata della crisi dell'Eurozona e del suo impatto sull'ordinamento Europeo e su quelli nazionali si veda G. MARTINICO, *EU Crisis and Constitutional Mutations: A Review Article in Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, n. 165, (2014), p. 247-280

² Per via della c.d. no bail-out clause prevista all'art. 125 TFUE, che afferma che "L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche di un altro Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico". Accanto all'art. 125 TFUE anche un'altra previsione del c.d. market-based paradigm posto dal Trattato di Maastricht si frapponeva alla possibilità per l'Unione di fornire assistenza agli Stati in difficoltà: l'art. 123 c. 1 TFEU che proibisce il finanziamento monetario degli Stati membri da parte della Banca Centrale Europea: "Sono vietati la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea o da parte delle banche centrali degli Stati membri (in appresso denominate "banche centrali nazionali"), a istituzioni, organi od organismi dell'Unione, alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali". Si veda tra gli altri M. IOANNIDIS, *Europe's new transformations: how the EU economic constitution changed during the Eurozone crisis*, in *Common Market Law review*, 56, 2016, p. 1251 ss.

³ Sul punto si veda K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis*, Cambridge, 2014, 85.

Questi interventi – come ampia parte della dottrina ha messo in luce⁴ – hanno avuto un impatto “trasformativo” sull’Unione Europea, in termini di rapporti tra l’Unione e gli Stati, in termini di rapporti tra poteri (esecutivo, legislativo e giudiziario) e tra gli Stati stessi. Christian Joerges ha parlato dell’emergere di una “new legal or quasi legal discipline introducing audacious regulatory mechanisms”, i quali hanno portato ad una “transformation of Europe’s constitutional condition”⁵. Uno degli elementi caratterizzanti tale trasformazione⁶ è il ricorso alla c.d. “condizionalità economica”, sulla quale il presente contributo intende focalizzarsi.

Si tratta, come noto, di uno strumento diffuso nel contesto internazionale⁷, ma che, almeno nella sua variante economica⁸, ha avuto un ruolo del tutto marginale nel contesto dell’Unione Europea fino allo scoppio della crisi⁹. La sua irruzione nell’Unione è avvenuta, infatti, a seguito dell’adozione delle prime misure di salvataggio per la Grecia¹⁰ e sin da subito si è posta la questione della legittimità di un simile strumento nel totale silenzio dei Trattati. Nonostante tale lacuna sia stata colmata prima con la modifica dell’art. 136 TFUE e successivamente con l’approvazione del regolamento n. 472 del 2013 (il c.d. Two Pack) - che disciplina la definizione dei programmi di aggiustamento economico (e delle condizioni ad essi correlate) - la natura delle misure di condizionalità e degli atti attuativi delle stesse (MoUs) continua ad essere dibattuta.

Il ricorso alla condizionalità – e più in generale la marginalizzazione del metodo comunitario in favore del metodo intergovernativo – sono una delle manifestazioni della c.d. “constitutional mutation”¹¹ che ha interessato l’Unione Europea nel corso della crisi, ampiamente teorizzata in dottrina.

Muovendo dalla amplissima letteratura che già si è occupata del tema, il presente lavoro intende, affrontare in chiave comparata il profilo della “giustiziabilità delle misure di condizionalità”, prendendo come punto di osservazione privilegiato lo studio del ruolo delle Corti supreme e della Corte di Giustizia chiamate a giudicare della legittimità degli strumenti anticrisi e della loro trasposizione nel diritto interno.

Il contributo si articola in quattro parti: la prima parte affronta la ricostruzione dell’istituto della condizionalità economica, i suoi strumenti operativi (*Memorandum of Understanding*) e i suoi contenuti, mettendone in evidenza gli aspetti di criticità, sia sostanziale che formale emersi tanto nel diritto internazionale che europeo. La seconda parte è dedicata all’approccio ambiguo e problematico

⁴ G. MARTINICO, *EU crisis and constitutional mutations: a review article*, cit.

⁵ C. JOERGES AND C. GLINSKI, a cura di, *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*, Hart Publishing, 2014. Si vedano anche, C. JOERGES, *The European Economic Constitution and its Transformation through the Financial Crisis*, in D. PATTERSON, A. SODERSEN, a cura di, *Companion to EU Law and International Law*, Oxford-San Francisco: Wiley Blackwell, 2016, 242-261 e ID., *Pereat iustitia et fiat mundus? Die Krise des Rechts in Der Krise Europas*, *Merkur. Zeitschrift für europäisches Denken*, 70, 803, (2016), 17-31.

⁶ F. AMTENBRINK, *The Metamorphosis of European Economic and Monetary Union*, in D. CHALMERS, A. ARNULL, a cura di, *The Oxford Handbook of EU Law*, Oxford University Press, 2015.

⁷ In particolare viene utilizzata dal Fondo Monetario Internazionale. Sul punto A. DREHER, *IMF conditionality: Theory and Evidence*, *Public Choice*, 2009, 141.

⁸ Nel contesto dell’Unione Europea, la condizionalità si riferisce, precipuamente, alle condizioni richieste per l’adesione di nuovi Stati Membri. M. CREMONA, *Accession to the European Union: Membership Conditionality and Accession Criteria*, 2001, 25 ss; E. GATEVA, *European Union Enlargement Conditionality*, Palgrave, 2015,

⁹ La variante “politica” della condizionalità era ben nota nell’ordinamento europeo essendo elemento fondamentale nelle relazioni esterne dell’UE e nelle politiche di allargamento dell’Unione, si veda, tra gli altri, T. DOLLE, *Human rights clauses in EU trade agreements: the new European strategy in free trade agreement negotiations focuses on human rights – advantages and disadvantages*, in N. WEISS – J.M. THOUVENIN, a cura di, *The influence of human rights on international law*, Springer-Verlag, 2015; L. BARTELS, *The application of human rights conditionality in the EU’s bilateral trade agreements and other trade arrangements with third countries*, study requested by the European Parliament. Directorate General External Policies of the European Union, Brussels, 2008, C. PINELLI, *Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments*, in *European Law Journal*, Vol. 10 No. 3, May 2004, p. 354.

¹⁰ Il primo programma di aggiustamento economico è stato siglato nel maggio 2010 dal Governo Papandreu.

¹¹ Sebbene quello di “constitutional mutation” rimane un termine non esente da autorevoli contestazioni, esso permette – a parere di chi scrive - di cogliere la portata ultima della crisi, che ha introdotto “something qualitatively different than simply some changes in the EU rules dealing with Eurozone governance or the role of the ECB”, M. IOANNIDIS, *Europe’s new transformations: how the EU economic constitution changed during the Eurozone crisis*, cit., p. 1237.

adottato dalla Corte di Giustizia. Sebbene la condizionalità sia stata, quand'anche solo in filigrana, presente in diversi casi affrontati dalla Corte di Giustizia (e dalle Corti supreme nazionali), il contributo si concentra su i tre leading cases in materia: il caso C-370/12 *Pringle v Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*¹², il caso C- 62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*¹³ e il caso C-8/15 *Ledra Advertising v. Commission and ECB*.¹⁴ Nella terza parte si affronta l'analisi comparata della giurisprudenza della Corti supreme di alcuni dei paesi destinatari di assistenza. Verranno analizzati il *legal reasoning* utilizzato dalle Corti, gli esiti dei giudizi e l'impatto di tali decisioni sugli equilibri costituzionali, con particolare riferimento alla posizione dell'esecutivo (sia internamente che a livello europeo).

A partire da tale ultimo profilo, l'ultima parte verrà dedicata, ad una riflessione di ampio respiro circa ai rapporti tra poteri dello Stato in tempi di crisi ed in particolare nel contesto della crisi dell'Eurozona. Si sostiene in particolare che l'accusa di *judicial activism* o di *juristocracy*, spesso mossa alle Corti, debba essere rimodulata nel particolare contesto istituzionale della risposta alla crisi economica. In tale contesto, caratterizzato dal prevalere del c.d. '*intergovernamentalism*' e di procedure scarsamente democratiche e trasparenti, le Corti possono agire come attori fondamentali per restaurare o fronteggiare gli squilibri nella divisione dei poteri creatisi nel corso dell'emergenza economica.

1. La condizionalità: una costante della risposta europea alla crisi

Prima di entrare nel merito dell'indagine circa l'impatto costituzionale della condizionalità, si ritiene utile precisare lo specifico oggetto di analisi: le misure di condizionalità adottate nell'ambito della risposta europea alla crisi economica¹⁵.

Esse sono diventate un elemento costante del variegato strumentario di misure – europee, intergovernative e/o internazionali - adottate per fronteggiare la crisi, potendo essere rintracciate, sebbene con tratti a volte dissimili, in tutti i meccanismi di salvataggio posti in essere: il primo piano di assistenza alla Grecia (Greek Loan Facility), il Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria (MESF), il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FESF) e il Meccanismo Europeo di Stabilità (MES).

Nonostante la condizionalità fosse già stata applicata, ai sensi dell'art. 143 TFEU ad Ungheria, Lettonia e Romania, è solo con il primo Greek Loan Agreement che le misure di condizionalità vengono impiegate per fornire assistenza ad un membro dell'Eurozona.

Nel caso Greco si trattava di accordi di prestito bilaterali tra gli Stati membri dell'Eurozona e la Grecia, sottoposti al rispetto di rigorose condizioni, stabilite ex ante in un Memorandum of Understanding e in una Decisione del Consiglio, la n. 2010/320/EU¹⁶. Nella dichiarazione dell'Eurogruppo dell'aprile 2010, si prevedeva che la Commissione avrebbe lavorato insieme alla Banca Centrale e al Fondo Monetario internazionale sul programma di assistenza. Il rispetto delle condizioni da parte dello Stato beneficiario sarebbe poi stato vagliato dagli stati membri dell'Eurozona, sentito il parere della BCE e sulla base di una valutazione della Commissione.

I programmi di assistenza successivamente posti in essere attraverso il MESF e l'EFSF hanno seguito, con lievi varianti dovute alla peculiarità delle istituzioni coinvolte, lo stesso schema. Le condizioni

¹² C-370/12 *Pringle v Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*,

¹³ C- 62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag* del 16 giugno 2015.

¹⁴ C-8/15 P – *Ledra Advertising v. Commission and ECB*, 20 settembre 2016.

¹⁵ Ampia è la dottrina che si è occupata della condizionalità nel corso della crisi. Oltre ai lavori già citati di C. Joerges, si rimanda a M. IOANNIDIS *EU Financial Assistance Conditionality after "Two Pack"*, in *ZaöRV* 74 (2014), pp. 61-104; C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, Vol.10, 3 2014; ADAMSKI, *National power games and structural failures in the European macroeconomic governance*, in *Common Market Law Review*, n. 49, 2012 1319–1364.

¹⁶ Il 10 maggio 2010, il Consiglio ha adottato una decisione indirizzata alla Grecia, a norma dell'articolo 126, paragrafo 9, e dell'articolo 136, allo scopo di rafforzare e approfondire la sorveglianza della disciplina di bilancio e che intima alla Grecia di adottare misure per la riduzione del disavanzo ritenute necessarie a correggere la situazione di disavanzo eccessivo entro il termine del 2014.

venivano negoziate tra le autorità nazionale dei paesi in difficoltà (Grecia, Portogallo e Irlanda) e la c.d. Troika (Commissione, Bce e FMI) e contenute in tre diversi Memoranda of Understanding: un MoU riguardante le Politiche Economiche e Finanziarie, un Mou sulla specifica condizionalità economica e un Mou tecnico). I contenuti dell'accordo venivano, inoltre, trasposti in una Decisione del Consiglio, contenente solo gli aspetti più rilevanti dei programmi di assistenza economica. È seguendo questo schema di intervento che sono stati effettuati gli interventi emergenziali in Irlanda, Portogallo e Grecia.

Anche a seguito dell'istituzione di un meccanismo permanente, il MES, lo schema della condizionalità rimane sostanzialmente invariato. La negoziazione delle condizioni è posta in capo alla Commissione in collaborazione con la BCE e il FMI e l'accordo prende la forma di un MoU adottato dalla Commissione in nome degli Stati finanziati.

Come si può intuire, nonostante la condizionalità si sia affermata progressivamente come una costante dei meccanismi di salvataggio, manca ancora un coerente inquadramento giuridico della stessa.

Le diverse fasi che hanno scandito la crisi greca del 2015 hanno poi messo in luce, forse per la prima volta in maniera così netta, le problematiche sottese alla "condizionalità" alla base dei programmi di sostegno economico, negoziati tra i vari soggetti creditori e lo stato beneficiario degli aiuti.

Se certamente il caso greco ha messo ben in evidenza l'abbraccio in cui finanza ed economia tengono stretta la politica e le istituzioni democratiche, tuttavia non mancano con d'ombra e punti di resistenza, come dimostra il dibattito circa la legittimità delle misure anticrisi e la giurisprudenza, tanto nazionale che sovranazionale, sviluppatasi in tema. Anzi, si ritiene che proprio la presenza di tali aspetti irrisolti, su tutti la natura ibrida e ambigua dei meccanismi di aiuto agli stati in difficoltà¹⁷, abbia favorito l'intervento del potere giudiziario in un terreno, quello delle misure inerenti la politica monetaria/economica, fino ad ora poco battuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Lo stesso discorso vale per le giurisdizioni nazionali, in cui si è assistito all'affermarsi di una vera e propria giurisprudenza della crisi¹⁸.

3. I nodi irrisolti della condizionalità

Uno degli aspetti giuridicamente più controversi ed ancora irrisolti, riguarda la natura giuridica e il rapporto con il diritto europeo dei Memorandum of Understanding, siglati tra lo stato beneficiario di assistenza e la Commissione, con la supervisione della BCE e del FMI.

Quanto al primo aspetto, la dottrina è divisa circa la natura giuridica di tali atti. La dottrina maggioritaria li considera accordi semplificati, dai quali lo stato contraente può recedere in qualsiasi momento e il cui mancato rispetto non prevede conseguenze giuridiche¹⁹. Altra parte della dottrina li considera atti *sui generis*, non formalmente accordi internazionali, ma aventi comunque un effetto vincolante²⁰.

Il secondo aspetto controverso della condizionalità riguarda il suo contenuto. Leggendo i diversi Memoranda of Understanding siglati - tra gli altri - da Grecia²¹, Portogallo²² e Irlanda²³, emerge che le condizioni cui viene subordinata l'assistenza agli stati richiedenti riguardano in maniera massiccia i diritti sociali, in particolare sanità, educazione, sistema previdenziale, salari dei lavoratori, misure per la disoccupazione ecc. In questi ambiti, che come già aveva affermato il Bundesverfassungsgericht nella sentenza Lissabon costituiscono il nucleo duro della sovranità, le

¹⁷ Sulla natura dei Memorandum of Understanding, C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law?*, in *European Constitutional Law Review*, cit.

¹⁸ Per una rassegna della giurisprudenza in chiave comparata si veda C. PINELLI, *Le corti europee (nella crisi dell'Unione)*, www.europeanrights.eu.

¹⁹ A. AUST., *Modern Treaty Law and Practice*, CUP, 2013. Sul punto si veda anche C. KILPATRICK, *Are the Bailouts Immune to EU social challenge because they are not Eu law?*, cit., pp. 393 ss.

²⁰ A. FISHER LESCANO, *Human Rights in Times of Austerity Policy*, in *Nomos* 2014, 57.

²¹ Greece: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality (9 February 2012).

²² Portugal: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality (17 May 2011).

²³ Ireland: Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality (3 December 2010).

misure di condizionalità determinano “a sell-out of the political autonomy and responsibility of democratically legitimate institutions, an exchange of obedience for money”.²⁴

Infine un terzo elemento problematico riguarda il procedimento con cui vengono adottate le misure di condizionalità, che prevede la sostanziale estromissione del ruolo dei parlamenti nazionali.

Infatti la negoziazione delle condizioni e degli aiuti nell’ambito del MES è condotta dalla Commissione Europea, insieme alla BCE e al FMI, con l’esecutivo del paese beneficiario.

Una volta che tali condizioni vengono approvate dal Board of Governors, la Commissione firma il MoU in nome del MES. Anche nella fase di monitoraggio del rispetto delle condizioni il ruolo predominante è assunto dalla Commissione, dalla BCE e dal FMI.

Come si intuisce, né i parlamenti nazionali, né il parlamento europeo vengono coinvolti nella fase attiva della negoziazione delle condizioni e del monitoraggio del rispetto delle stesse.

I parlamenti nazionali sono, dunque, confinati nella penombra ad un ruolo di mera ratifica di decisioni prese altrove. In definitiva, come affermato da Habermas, i parlamenti nazionali “cannot avoid the suspicion of merely rubber-stamping prior decisions taken elsewhere – that is, merely reproducing them in a more concrete form. This suspicion inevitably corrodes any democratic credibility”²⁵.

Proprio la presenza delle aporie insite nel regime di assistenza finanziaria agli Stati in difficoltà, qui solo brevemente accennate ha rappresentato una sfida per gli ordinamenti costituzionali da esse interessati e ha costituito terreno fertile per l’intervento delle Corti, tanto nazionali che sovranazionali, sollecitate a pronunciarsi sugli aspetti più controversi della condizionalità.

4. La giurisprudenza della Corte di Giustizia

È forse scontato ricordare che la Corte di Giustizia, con la sua giurisprudenza, ha segnato le tappe fondamentali dello sviluppo dell’Unione e ha contribuito alla definizione dei tratti salienti dell’ordinamento giuridico europeo. Non sorprende dunque che anche in merito alle misure adottate per far fronte alla crisi, la Corte sia stata chiamata a pronunciarsi. Ma nei casi riguardanti tali provvedimenti la Corte, a differenza dell’attivismo dimostrato per esempio nella recente giurisprudenza in materia dei diritti fondamentali (*Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* C-617/10, *Melloni* C-399/11), si è attenuta ad un atteggiamento di cautela.

Se tale atteggiamento può trovare giustificazione nel fatto che la politica economica è sempre stata un ambito in cui la Corte di Giustizia²⁶ è intervenuta con parsimonia, tuttavia forse nei casi in oggetto vi erano i presupposti per una presa di posizione della Corte che potesse dipanare i dubbi che ancora circondano il tema delle misure anticrisi e della condizionalità.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulle misure anticrisi può essere classificata in due grandi categorie: i casi riguardanti la legittimità dei meccanismi e delle misure adottate in risposta alla crisi (i casi *Pringle* e *Gauweiler*) e i casi riguardanti la natura dei MoU e la loro relazione con il diritto europeo (e quindi oltre la loro giustiziabilità, il tema dell’applicabilità della Carta di Nizza agli stessi). Come anticipato, l’analisi a seguire si concentra su i tre leading cases in materia fino ad oggi: il caso C-370/12 *Pringle v Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*²⁷, il caso C- 62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag*²⁸ e il caso C-8/15, *Ledra Advertising*.

²⁴ JOERGES AND GLINSKI, a cura di, *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance: Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*, cit., p. 35.

²⁵ J. HABERMAS, *The Crisis of the European Union: A Response*, Polity Press 2012, p. 130.

²⁶ Sul punto, F. AMTENBRINK, *New Economic Governance in the European Union: Another Constitutional Battleground*, in K. PURNHAGEN AND P. ROTH, a cura di, *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Heidelberg, Dordrecht, Londra, New York, Springer, 2014.

²⁷ C-370/12 *Pringle v Government of Ireland, Ireland and the Attorney General*,

²⁸ C- 62/14 *Gauweiler v. Deutscher Bundestag* del 16 giugno 2015.

4.1 Il caso Pringle

Il caso Pringle rappresenta uno dei casi più significativi in tema di misure anticrisi deciso dalla Corte di Giustizia²⁹.

Esso, originato da un ricorso in via pregiudiziale della Irish High Court, ha ad oggetto la legittimità della procedura semplificata utilizzata per modificare l'art. 136 TFUE al fine di conferire una "veste costituzionale" al MES, nonché la compatibilità del Trattato istitutivo del MES rispetto a diverse previsioni dei Trattati³⁰.

Entrambi i profili vengono dichiarati dalla Corte compatibili con il diritto dei Trattati e in entrambi i casi proprio la condizionalità viene ad assumere un ruolo determinante, tanto che è stato criticamente osservato che "wherever the court responds to objections about the legality of the new regime, it merely parrots the orthodoxy of 'conditionality' as a justification"³¹.

In riferimento alla legittimità della procedura che ha portato a modificare l'art. 136 TFUE, la Corte³² afferma che la revisione incide solo sulla parte terza del Trattato, essendo il meccanismo ivi previsto relativo alla politica economica e non, invece, alla politica monetaria. Per questa ragione è possibile ricorrere alla procedura semplificata *ex art. 48 TUE*³³.

Non solo, la Corte traccia anche il confine tra MES e diritto dell'Unione. Essa afferma, infatti, ribadendo il carattere intergovernativo del MES, che "gli Stati membri la cui moneta è l'euro sono competenti a concludere tra di loro un accordo relativo all'istituzione di un meccanismo di stabilità", ma sottolinea anche che "detti Stati membri non possono esimersi dal rispetto del diritto dell'Unione nell'esercizio delle proprie competenze in tale settore".

A questo proposito, la Corte rinviene proprio nella rigorosa condizionalità cui il meccanismo di stabilità subordina la concessione di un'assistenza finanziaria *ex art. 136 (3)*, la garanzia di rispetto del diritto dell'Unione.

Sempre la condizionalità è al centro del ragionamento che la Corte svolge nella valutazione delle altre domande pregiudiziali, relative alla compatibilità del MES con le previsioni del TFUE e, in particolare, con la clausola di *no bail-out* dell'art. 125 TFUE. Per la Corte, quest'ultimo non osta all'istituzione di un meccanismo come il MES, proprio grazie alle condizioni cui l'assistenza viene

²⁹ In riferimento al caso Pringle e alle sue implicazioni costituzionali, si veda, tra gli altri, P. CRAIG, *Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2013; Oxford Legal Studies Research Paper No. 53/2013; P. CRAIG, *Pringle and Use of EU Institutions Outside the EU Legal Framework: Foundations, Procedure and Substance*, 9 *EuConst* 263 2013; S. ADAM, F. J. MENA PARRAS, *The European Stability Mechanism through the Legal Meanderings of the Union's Constitutionalism: Comment on Pringle*, *European Law Review*, 2013, 38 (6), pp. 848-865. Sull'impatto di Pringle a livello nazionale, M. C. CAHILL, *Crotty after Pringle: The Revival of the Doctrine of Implied Amendment*, 17(1) *Irish Journal of European Law*, 2014.

³⁰ La suprema corte irlandese non è stata l'unica a vagliare la legittimità del MES. Esso infatti è stato sottoposto allo scrutinio della Corte Suprema in estone (12 Luglio 2012, Caso n. 3-4-1-6-12) e dal *Bundesverfassungsgericht* tedesco (2 BvR 1390/12). Tuttavia la corte irlandese è stata l'unica ad operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Si veda E. FAHEY, S. BARDUTZKY, *Judicial Review of Eurozone Law: The Adjudication of Postnational Norms in EU Courts, Plural - A Casestudy of the European Stability Mechanism*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 34, 2013.

³¹ M. EVERSON, MICHELLE, C. JOERGES, *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, LEQS Paper No. 63, p. 21.

³² La competenza della Corte a giudicare della legittimità dell'emendamento è stata messa in dubbio da alcuni stati intervenuti nel procedimento, nonché dal Consiglio Europeo e dalla commissione: essi hanno affermato che la Corte "has no power under Article 267 TFEU to assess the validity of provisions of the Treaties", in quanto "the consequence of reviewing the substantive compatibility of an agreed Treaty amendment with existing Treaty provisions would (...) be to preclude amendments to the Treaties. The Court, however, was of a different opinion. First, it made the observation that the amendment was an act of the institutions under Article 267 TFEU, as it concerned a decision of the European Council", così R. PASSCHIER, M. STREMLER, *Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law* Vol. 5(2) (2016), p. 352.

³³ Art. 48 TFUE: I trattati possono essere modificati conformemente a una procedura di revisione ordinaria. Possono inoltre essere modificati conformemente a procedure di revisione semplificate. Queste ultime possono essere utilizzate per progetti intesi a modificare in tutto o in parte le disposizioni della parte terza del TFUE relative alle politiche e azioni interne dell'Unione.

subordinata: “alla luce di tale obiettivo perseguito dall’articolo 125 TFUE occorre considerare che tale disposizione vieta all’Unione e agli Stati membri la concessione di un’assistenza finanziaria che avrebbe l’effetto di pregiudicare lo stimolo dello Stato membro beneficiario di tale assistenza a condurre una politica di bilancio virtuosa. Come emerge dal punto 5 del parere della BCE sul progetto di decisione del Consiglio europeo che modifica l’articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (...) l’attivazione (...) di un meccanismo di stabilità come il MES è compatibile con l’articolo 125 TFUE solo qualora essa risulti indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e sia soggetta a condizioni rigorose”³⁴.

A questo proposito, proprio “la rigorosa condizionalità cui è subordinato qualsiasi sostegno alla stabilità fornito dal MES, mira a garantire il rispetto, da parte del MES e degli Stati membri beneficiari, delle misure adottate dall’Unione in particolare nel settore del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, le quali, dal canto loro, mirano segnatamente a garantire il perseguimento di una politica di bilancio virtuosa da parte degli Stati membri”³⁵.

In definitiva, contrariamente a quanto affermato dall’Avvocato generale³⁶, per le Corti di Giustizia “conditionality becomes a requirement for the legality of financial assistance”³⁷, mentre “the deeply undemocratic nature of conditionality goes unnoticed or uncommented upon”³⁸.

Se in Pringle vengono chiariti alcuni aspetti del meccanismo di assistenza finanziaria, altri rimangono al contrario irrisolti. Tra questi il riferimento è, nello specifico, all’applicabilità ai MOU della Carta di Nizza. Questo aspetto viene solo lambito dalla Corte laddove essa afferma che, essendo il MES al di fuori dell’ordinamento giuridico dell’Unione, gli Stati membri nel parteciparvi non attuano il diritto dell’Unione ai sensi dell’art. 51 c. 1 della Carta e non sono di conseguenza tenuti al rispetto della Carta dei diritti fondamentali quando agiscono nell’ambito di tale meccanismo³⁹. Se la posizione degli Stati membri viene solo accennata, nulla si dice, invece, sull’eventuale obbligo delle istituzioni europee che agiscono nell’ambito del MES (Commissione e BCE) di rispettare la Carta di Nizza, aspetto affrontato dalla Corte nel caso *Ledra Advertising* (C-8/15) del 20 Settembre 2016.

4.2 Il caso Gauweiler

La condizionalità viene ad assumere un ruolo legittimante anche nel recente caso Gauweiler, che ha visto un serrato “dialogo” tra la Corte di Giustizia e il Bundesverfassungsgericht. L’ultima decisione della Corte del 21 giugno 2016 ha sostanzialmente avallato l’interpretazione a favore della legittimità dell’OMT (ovverosia il programma Outright Monetary Transaction della Banca Centrale Europea) sostenuta dalla Corte di Giustizia nella precedente pronuncia del 16 giugno 2015⁴⁰.

Nel suo primo rinvio pregiudiziale il Bundesverfassungsgericht contesta, infatti, la legittimità del programma OMT – annunciato dal Presidente della BCE Draghi in conferenza stampa nel 2012 e poi

³⁴ C-370/12, par. 136.

³⁵ Idem, par. 143.

³⁶ Conclusioni A.G. C-370/12, par. 136-144

³⁷ A. HINAREJOS, *The Euro area crisis in constitutional perspective*, Oxford, 2015, 126.

³⁸ M. EVERSON, MICHELLE, C. JOERGES, *Who is the Guardian for Constitutionalism in Europe after the Financial Crisis?*, cit., p. 22.

³⁹ Criticamente, C. BARNARD, *The Charter, the Court - and the Crisis*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 18/2013.

⁴⁰ Tra i numerosi commenti al caso si segnalano: H.C.H. HOFMANN, *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union*, Giugno 19, 2015; P. CRAIG, M. MARKAKIS, *Gauweiler and the Legality of Outright Monetary Transactions*, 41 *European Law Review* 1, 2016; F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, 16 *German Law Journal* 2015; C. JOERGES, *Pereat Iustitia, Fiat Mundus: What is Left of the European Economic Constitution after the OMT-Litigation?*, *ZenTra Working Paper in Transnational Studies* No. 60/2015. A. STEINBACH, *All’s Well That Ends Well? Crisis Policy after the German Constitutional Court’s Ruling in Gauweiler*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017; T. TAKIS, X, NAPOLEON, *A Legal Analysis of the Gauweiler Case*, in F. FABBRINI (a cura di), *The European Court of Justice, the European Central Bank and the Supremacy of EU Law*, Special Issue 23 *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 1, 2013.

rimasto inattuato – che prevedeva l’acquisto sul mercato secondario da parte della BCE di titoli di stato di quei paesi che avevano aderito ad un programma di assistenza finanziaria del Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria (FEFS) o del Meccanismo Europeo di Stabilità (MES).

Tale misura viene qualificata dal giudice del rinvio come atto *ultra vires*; trattandosi di una misura di politica economica, essa esula dalle competenze attribuite alle BCE ossia competenze di natura strettamente monetaria, rintracciabili nel combinato disposto degli artt. 119 TFUE, 123 TFUE e 127 TFUE, nonché degli articoli da 17 a 24 del Protocollo sullo Statuto del sistema europeo di banche centrale (SEBC). A ciò si aggiunga, afferma il Bundesverfassungsgericht, la violazione del divieto di finanziamento monetario degli Stati membri della zona euro (art. 123 TFUE). Quattro sono, in particolare, gli aspetti di dubbia legittimità del programma OMT sollevati dal giudice tedesco: (1) la condizionalità e, quindi, il collegamento tra il programma OMT con i programmi di assistenza come il MES e EFSF; (2) la selettività, ovverosia il fatto che si rivolgesse ad un target specifico di Stati membri e non alle generalità degli stessi; (3) il parallelismo, dal momento che esso si pone in concomitanza con i programmi di aggiustamento economico; (4) la circonvenzione, cioè la capacità del programma di minare i limiti e le condizioni poste dai programmi di aggiustamento economico.

La Corte di Giustizia ha respinto tale interpretazione, riconducendo il programma OMT nell’alveo delle misure di politica monetaria e, dunque, nei poteri della BCE. Il Trattato, infatti, non definisce il contenuto della politica monetaria, ma solo i suoi obiettivi (la stabilità dei prezzi) e i mezzi di cui il Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC) dispone per attuarla. L’obiettivo dichiarato del programma OMT consiste nel preservare al tempo stesso un’adeguata trasmissione della politica monetaria e l’unicità di tale politica. Poiché, come afferma la Corte “l’idoneità del SEBC ad influire sull’evoluzione dei prezzi mediante le sue decisioni di politica monetaria dipende, in larga misura, dalla trasmissione degli impulsi che esso emette sul mercato monetario ai vari settori dell’economia⁴¹”, e poiché un funzionamento deteriorato del meccanismo di trasmissione altera l’efficacia delle misure adottate dal SEBC, pregiudicando la capacità di quest’ultimo di garantire la stabilità dei prezzi, “le misure intese a preservare tale meccanismo di trasmissione possono essere ricondotte all’obiettivo principale definito all’articolo 127, paragrafo 1, TFUE⁴²”.

Una volta ricondotto il programma OMT nell’alveo della politica monetaria, la Corte deve affrontare il profilo della sua selettività, ossia il fatto che l’attivazione del programma OMT sia subordinata alla circostanza che lo Stato assistito partecipi ad uno dei programmi di aggiustamento economico previsti dal MES e sia sottoposto ad un regime di stretta condizionalità.

In riferimento a tale profilo, la Corte è chiamata a valutare se il meccanismo in parola costituisca una violazione dell’art. 123 TFUE che impone un divieto di assistenza finanziaria agli Stati, nonché un divieto di misure ad effetto equivalente. La *ratio* di tale previsione risiede nella volontà di sollecitare gli Stati membri a rispettare una sana politica di bilancio, evitando che un finanziamento monetario dei disavanzi pubblici o un accesso privilegiato delle autorità pubbliche ai mercati finanziari conduca a un indebitamento eccessivo o a disavanzi eccessivi degli Stati membri. Proprio la subordinazione del programma OMT ad un regime di stretta condizionalità e al rispetto integrale dei programmi di aggiustamento strutturale ai quali sono sottoposti gli Stati membri interessati, “esclude che un programma come quello annunciato nel comunicato stampa possa incitare tali Stati a rinunciare al risanamento delle loro finanze pubbliche fondandosi sulle facilitazioni di finanziamento che potrebbero derivare dall’attuazione di un programma siffatto⁴³”.

In altri termini, come è stato osservato, “un prestito ad uno Stato assistito da un programma di risanamento (così come l’acquisto da parte della BCE dei titoli emessi da quello Stato) non costituisce un finanziamento illegittimo, ma un atto che si inserisce in un processo di aggiustamento dei conti dello Stato e che proprio in conseguenza di tale aggiustamento verrà restituito⁴⁴”.

⁴¹ C-62/14, par. 50.

⁴² Idem.

⁴³ Idem, par. 120.

⁴⁴ A. PISANESCHI, *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca*, www.federalismi.it.

Come in *Pringle*, dunque, la condizionalità assurge ad elemento fondamentale per la legittimità della misura contestata alla luce dei Trattati, confermandosi quale (nuovo) strumento chiave della governance europea, tanto che in dottrina è stato enfatizzato il suo ruolo come motore della “trasformazione” dell’Unione nelle more della crisi.

4.3 Il caso *Ledra Advertising*

Il giudizio della Corte di Lussemburgo nel caso *Ledra Advertising* rappresenta un “turning point” nella giurisprudenza della Corte brevemente descritta ed è destinato ad avere interessanti ripercussioni sulla definizione di un quadro relativo all’Unione economica e monetaria il più possibile coerente. Fino al caso in esame, “fundamental rights, the element of constitutionalism that should protect citizens, not the market, and ensure social peace, remained at the margins. It took the ECJ several attempts before it recognised the significance of fundamental rights for the resolution of the sovereign debt crisis in *Ledra*”⁴⁵.

Il caso riguarda un ricorso d’annullamento delle ordinanze del Tribunale di primo grado che avevano dichiarato irricevibili i ricorsi di cittadini ciprioti con i quali si lamentava una lesione del loro diritto di proprietà a seguito dell’adozione di un protocollo d’intesa sulle condizioni specifiche di politica economica, stipulato tra la Repubblica di Cipro e il MES. Tale protocollo, contenente le condizioni a cui la Repubblica di Cipro avrebbe dovuto sottostare per beneficiare degli aiuti del MES, disponeva un piano di risanamento delle banche cipriote e, tra le altre misure, istituiva una imposta sui depositi bancari. I ricorrenti collegavano l’attuazione delle misure previste ad una riduzione sostanziale dei loro depositi bancari, che avrebbe determinato una manifesta violazione del diritto di proprietà, protetto dall’art. 17 c. 1 della Carta dei diritti fondamentali. Il Tribunale di primo grado aveva dichiarato irricevibili i ricorsi in virtù di due argomenti: in primo luogo, si rilevava come la Commissione e la BCE non fossero all’origine dell’adozione del protocollo d’intesa – e dunque lo stesso Tribunale non fosse competente; in secondo luogo, i ricorrenti non avevano dimostrato il nesso eziologico tra il danno subito e la violazione da parte della Commissione dell’obbligo, in capo a quest’ultima, di garantire la compatibilità del protocollo d’intesa in questione con il diritto dell’Unione.

La Corte di giustizia, adita dai ricorrenti con ricorso di annullamento, ha avuto modo di chiarificare alcuni aspetti controversi delle misure anticrisi, rimasti, fino ad allora, in una sorta di limbo giuridico. In particolare, essa si è espressa sul ruolo della Commissione e, in generale, delle Istituzioni europee quando le stesse operano nell’ambito del MES, i cui atti, come ribadisce la Corte, sono estranei all’ordinamento giuridico dell’Unione (par. 54). Quest’ultima circostanza, precisa la Corte, non esime le Istituzioni europee dallo svolgere le attribuzioni loro ricondotte dai Trattati⁴⁶. La Commissione ha infatti il compito, sancito dall’art. 17 par. 1 TUE, di vigilare sull’applicazione del diritto dell’Unione e nel suo ruolo di custode dei Trattati “dovrebbe astenersi dal firmare un protocollo d’intesa sulla cui compatibilità con il diritto dell’Unione nutra dubbi” (par. 59).

Nonostante questa rappresenti la prima volta in cui, nella giurisprudenza della crisi, la Corte di giustizia si pronuncia sulla responsabilità delle istituzioni europee che partecipano ai meccanismi di salvataggio istituiti al di fuori del diritto dell’Unione, quella che rimane una significativa apertura,

⁴⁵ M. GOLDMAN, *The Great Recurrence: Karl Polanyi and the crises of the European Union*, in *Eur Law J.*, n. 23/2017, p. 283.

⁴⁶ Coglie la portata sottintesa di tale decisione A. POULOU, *The Liability of the EU in the ESM framework*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law* n. 24 (1), 2017, p. 132, la quale afferma che “Building on its holding in *Pringle*, the Court of Justice stated that the tasks conferred on the Commission and the ECB within the ESM Treaty do not alter the essential character of the powers conferred on them by the EU Treaties. Hence, in the context of the adoption of an MoU, the Commission is bound under Article 17(1) TEU to oversee the application of EU law, and under Article 13(4) of the ESM Treaty to ensure that the MoUs concluded by the ESM are consistent with EU law. The Court of Justice interpreted the role of the Commission as a guardian of the Treaties as entailing not only an obligation of conduct, as Advocate General Wahl suggested, but also an obligation of result, meaning that the Commission should refrain from signing an MoU, whose consistency with EU law it doubts”.

nel caso di specie, viene però subito ridimensionata. Come nota, infatti, D. Sarmiento, “the judgment thus puts an end to a certain ambiguity in the practice of the Institution’s actions in non-EU contexts, which now comes full-circle under the scope of EU Law. But many questions still remain”⁴⁷.

Tra queste domande irrisolte, la prima riguarda l’asimmetria tra la posizione delle istituzioni europee e quella degli Stati coinvolti in programmi di assistenza: mentre le prime sono responsabili rispetto alle competenze loro attribuite dai Trattati anche per gli atti compiuti quali organi del MES, i secondi non possono essere chiamati a rispondere per violazione della Carta dei diritti fondamentali laddove applichino le misure negoziate in tale foro internazionale, dal momento che il MES non rientra nel diritto dell’Unione. Non solo: pur ammettendo la possibilità di far valere la responsabilità delle Istituzioni dell’Unione, essa è di tipo extracontrattuale *ex art. 340 c. 2 TFUE*, il sorgere della quale presuppone il contemporaneo verificarsi di diverse condizioni: l’illiceità del comportamento, l’effettività del danno e l’esistenza di un nesso di causalità tra l’azione dell’Istituzione e il danno lamentato.

Nel caso in esame, l’eventuale responsabilità della Commissione per violazione dell’art. 17 della Carta dei diritti fondamentali si infrange, dunque, sulla barriera del test del sorgere della responsabilità *ex art. 340. TFUE*: la Corte ritiene che non si è verificata da parte della Commissione una violazione del diritto di proprietà, essendo quest’ultimo suscettibile di restrizioni in nome di obiettivi di interesse generale perseguiti dall’Unione, che nel caso in esame si identificano con la garanzia della stabilità del sistema bancario della zona euro nel suo complesso (par. 71).

Come ha sottolineato Daniel Sarmiento: “the balance is quite obvious: the Union is potentially liable for the actions of its Institutions outside the Union’s competence, but the standard of illegality that will be demanded from the applicant will be high (as it has always been)”⁴⁸. È questa una soluzione soddisfacente? Certamente essa non è sufficiente a sanare le aporie insite nel diritto della crisi e a colmare le lacune che esso ha mostrato in termini di accountability, di rispetto del principio democratico e della sovranità. Ciononostante, questa apertura non può che essere salutata con favore, tracciando la strada, sebbene tortuosa e insidiosa, della giustiziabilità delle misure di condizionalità, fino ad ora rimaste in un cono d’ombra della giurisprudenza europea⁴⁹.

5. Il ruolo delle Corti nazionali: oltre l’obiezione “counter majoritarian”

Molte delle misure anticrisi poste in essere dagli Stati riceventi assistenza sono state oggetto di ricorsi giurisdizionali, volti a contestarne la legittimità tanto sul piano formale (relativamente alla natura di tali atti), quanto sul piano sostanziale (relativamente alla compatibilità tra le condizioni imposte e i diritti costituzionalmente garantiti, con particolare riferimento a quelli sociali).

⁴⁷ D. SARMIENTO, *Despite our Differences*, post blog. Ultimo accesso: 20 Novembre 2016.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Esprime maggior cautela rispetto alla portata innovativa di Ledra, M. GOLDMAN, *The Great Recurrence: Karl Polanyi and the crises of the European Union*, cit., p. 284, il quale così afferma: “in Ledra, the Court ratified a scheme for the stabilisation of financial markets at great social cost. Moreover, while the Ledra case devised an effective legal remedy for investors who lost property rights in a sovereign debt restructuring, by virtue of Art. 263(4) TFEU, citizens affected by austerity measures adopted in the wake of such a restructuring are having a much harder time to request the Court to review the conformity of memoranda of understanding with their fundamental rights. Strategies to attack domestic austerity measures and approaching the Court by way of a preliminary reference have to confront the difficulty that they do not strictly implement EU law, as memoranda of understanding are non-binding- In Ledra, the Court ratified a scheme for the stabilisation of financial markets at great social cost. Moreover, while the Ledra case devised an effective legal remedy for investors who lost property rights in a sovereign debt restructuring, by virtue of Art. 263(4) TFEU, citizens affected by austerity measures adopted in the wake of such a restructuring are having a much harder time to request the Court to review the conformity of memoranda of understanding with their fundamental rights. Strategies to attack domestic austerity measures and approaching the Court by way of a preliminary reference have to confront the difficulty that they do not strictly implement EU law, as memoranda of understanding are non-binding”.

Prima di addentrarci in tale analisi, affinché essa possa avere qualche rilievo di tipo comparatistico, occorre sottolineare in premessa le profonde differenze esistenti nei dei diversi sistemi di giustizia costituzionale che vengono in rilievo nei casi in esame.

Mentre in Portogallo, siamo in presenza di un controllo di Costituzionalità accentrato, in Grecia il controllo è diffuso non essendovi una Corte costituzionale propriamente intesa (anche se il Consiglio di Stato Greco svolge alcune funzioni riconducibili a quelle di una Corte costituzionale). Anche dal punto di vista – rilevantissimo – dell’accesso alla giustizia costituzionale si evidenziano significative difformità: tra i paesi considerati, solo in Grecia è ammesso il ricorso diretto alle corti supreme da parte dei cittadini, mentre in Portogallo i giudizi di costituzionalità sono stati attivati dai poteri dello Stato in un controllo di tipo astratto.

Pur a fronte di tali strutturali differenze, le Corti supreme degli Stati in bail-out si sono trovate a giudicare casi piuttosto simili, inerenti le misure di austerità adottate dai rispettivi governi - sovente ricorrendo agli strumenti dell’emergenza e dunque senza alcun tipo di controllo parlamentare – e negoziate con i creditori internazionali.

In tale contesto, come ha affermato K. Kilpatrick, “constitutional court judgments can become a new resource for governments in dealing with lenders to argue for renegotiation of terms in order to maintain constitutionality⁵⁰”. Tuttavia il prezzo di questo nuovo ruolo delle Corti, in circostanze tanto peculiari, può rivelarsi molto alto, tanto in termini finanziari che politici. Forse è proprio per questo che, almeno nelle fasi iniziali della crisi e dell’attuazione dei programmi di assistenza economica, le Corti nazionali hanno assunto un approccio cauto nel giudicare la compatibilità delle misure di austerità con le previsioni costituzionali nazionali, come l’analisi comparata a seguire cercherà di mettere in luce.

Con il protrarsi della crisi, tuttavia, contrariamente al self-restraint della Corte di Giustizia, le Corti supreme nazionali chiamate a valutare la compatibilità delle misure di austerità con i diritti costituzionali non si sono tirate indietro ed anzi hanno dato vita ad una copiosa giurisprudenza sulle misure anticrisi.

Paradossalmente, se l’ambigua natura giuridica dei MoUs ha permesso alla Corte di Giustizia di declinare il sindacato sugli stessi, dichiarando la sua assoluta incompetenza, essa ha costituito un fattore determinante per l’interventismo delle Corti nazionali. Come sottolinea Fabbrini, infatti, “the shift “from legislation to contract” also implied that the relevant domestic court found itself empowered to review the national measure implementing the MoU in a way which would have been unlikely had the measure under review been grounded in EU law stricto sensu⁵¹”.

Emblematici dell’attitudine delle Corti supreme di fronte alle misure anti-crisi sono i casi di Grecia e Portogallo.

5.1 La giurisprudenza della crisi in Grecia

Il Consiglio di Stato greco, almeno inizialmente, ha infatti adottato un approccio deferente rispetto alle decisioni prese in attuazione della condizioni imposte nei MoUs: tanto nella sentenza n. 668/2012 che nella n. 1685/2013, il Consiglio di Stato ha dichiarato la costituzionalità delle misure anticrisi prescritte nel primo MoU, fondando la sua decisione sullo stato di emergenza e sulla necessità di mantenere la credibilità della Grecia nei confronti dei creditori internazionali e della Troika⁵².

In particolare la decisione n. 668/2012, che rappresenta il leading case in materia, aveva ad oggetto la legittimità costituzionale di una serie di previsioni contenute nelle leggi di attuazione del primo MoU: l. n. 3833/2010 e l. n. 3845/2010. La corte era stata adita tanto dal ricorso individuale di diversi

⁵⁰ C. KILPATRICK, *Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*, 43 *EUI Working Paper Law* 3, 2015, p. 20.

⁵¹ F. FABBRINI, *The Euro-Crisis and the Courts: Judicial Review and the Political Process in Comparative Perspective*, cit.

⁵² C. M. AKRIVOPOULOU, *Facing l’etat d’exception: the Greek Crisis Jurisprudence*, *Int’l J. Const. L. Blog*, 11 July 2013 www.iconnectblog.com/2013/07/facing-letat-dexception-the-greek-crisis-jurisprudence/.

pubblici impiegati che dal ricorso promosso da associazione di categoria, volti a richiedere il ripristino dei livelli salariali e pensionistici che l'entrata in vigore delle misure di austerità aveva drasticamente ridotto.

Il ragionamento della Corte si snoda attraverso tre principali livelli argomentativi: il primo contestualizza le misure adottate nell'ambito degli obblighi generali discendenti dalla partecipazione greca all'UE ed in particolare all'UEM⁵³; il secondo valuta la costituzionalità delle previsioni impugnate rispetto al quadro costituzionale nazionale; il terzo apre lo scrutinio alla compatibilità delle misure di austerità con le previsioni del Protocollo 1 della CEDU.

Lo scrutinio della Corte svolto a tutti e tre i livelli ha avuto esito concorde: le misure adottate non solo erano necessarie per rispettare gli impegni assunti nel contesto europeo, ma erano altresì compatibili con le previsioni costituzionali e con le norme del Protocollo 1 CEDU.

Questi ultimi due profili di carattere sostanziale meritano un approfondimento. I ricorrenti sostenevano che la portata dei tagli nei salari e nelle pensioni fosse tale da costituire una violazione dell'art. 2 della Costituzione greca, che riconosce l'impegno dei pubblici poteri nel proteggere la dignità dell'individuo. La Corte sotto questo profilo ha sottolineato che l'art. 2 non prescrive un certo, prestabilito livello salariale o pensionistico e che pertanto tagli e riduzioni nei salari e nelle pensioni non sono di per sé contrari all'art. 2 Cost. fintanto che gli stessi non compromettano un livello di vita dignitosa. Compromissione che la Corte non ha rinvenuto nella riduzione dei salari e delle pensioni oggetto delle misure contestate.

Rileva, inoltre, nell'argomentazione della Corte l'art. 17 Cost., il quale, nel riconoscere la proprietà privata, ne pone tuttavia il limite dell'interesse pubblico: in questo caso, secondo la lettura data dalla Corte, la decisione del governo di ridurre le prestazioni e i salari rientra proprio nell'ambito del concetto di interesse pubblico, alla luce delle circostanze dettate dalla crisi.

Il secondo profilo di estremo interesse riguarda l'esame della compatibilità delle misure di austerità rispetto all'art. 1 del Protocollo 1 della CEDU⁵⁴.

Tale previsione riconosce e protegge il diritto di proprietà del singolo (inteso in senso ampio, non solo come possesso di beni ma anche come titolarità di prestazioni sociali e pensionistiche) dall'interferenza dei pubblici poteri. Questi ultimi possono tuttavia incidere sul diritto in esame alla luce dell'interesse pubblico nelle condizioni previste dalla legge e dai principi di diritto internazionale. La Corte ha rinvenuto che le misure legislative adottate dalle autorità greche, oltre ad essere parte del programma di aggiustamento economico negoziato con le autorità europee ed internazionali, perseguivano un interesse pubblico, essendosi rese necessarie alla luce delle condizioni di estrema urgenza imposte dalla crisi economica⁵⁵.

⁵³ Il riferimento è in particolare agli artt. 119 e 120 del TFUE, che richiedono agli stati membri di attuare la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti e nel contesto degli indirizzi di massima di cui all'articolo 121, paragrafo 2 del TFUE stesso. Anche l'art. 126 TFUE è stato invocato dalla suprema corte greca: esso prescrive agli Stati di evitare disavanzi pubblici eccessivi.

⁵⁴ Art. 1 c.1: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale".

⁵⁵ Di estremo interesse è il fatto che il medesimo caso è stato poi deciso anche dalla Corte EDU nel caso *Koufaki & Adedy v. Greece* (dec.) - 57665/12 and 57657/12 (May 7, 2013). I giudici di Strasburgo hanno sostanzialmente confermato le valutazioni operate dai supremi giudici greci, anche alla luce della discrezionalità riconosciuta al legislatore in materia di politiche sociali e fiscali. Sulla sentenza, che si colloca nel filone della giurisprudenza della crisi, che ha investito tanto le corti nazionali che internazionali, sia consentito rinviare a A. BARAGGIA, M.E. GENNUSA, *Social Rights Protection in Europe in Times of Crisis: 'A Tale of Two Cities'*, in ICL, n. 3/2017, p. 14 ss. Come rilevato "The Court declared the complaint inadmissible, adhering to the reasoning of the Greek Council of State in the already-mentioned decision no 668/2012. It specifically stressed the fact the adoption of the austerity measures was justified by the existence of an exceptional crisis and they were adopted in the light of public interest, which is necessarily extensive (par 39). Moreover, the Court made wide use of the margin of appreciation doctrine, since the issue at stake involves the regulation of social policy and even more, since it involves an assessment of the priorities as to the allocation of limited State resources. The combined effect of the wide margin of appreciation and the public interest protection argument made State interference with the social rights in

L'argomento dello stato di emergenza è stato utilizzato anche nella successiva sentenza n. 2307/2014⁵⁶, riguardante la legittimità delle misure di austerità, in particolare in materia giuslavoristica, previste dal secondo MoU. In tale decisione, il Consiglio di Stato, pur riconoscendo che tali misure violavano i diritti dei lavoratori, costituzionalmente protetti, indebolendo la loro posizione rispetto ai datori di lavoro, le ha considerate comunque proporzionate e giustificate alla luce delle estreme condizioni e dello stato di emergenza⁵⁷.

In particolare nella decisione in parola, il Consiglio di Stato ha fatto leva sul contesto in cui tali misure devo collocarsi: un contesto volto al perseguimento di un "interesse pubblico", evitare il collasso dell'economia nazionale. Alla luce di tale lettura, le previsioni contestate non sono state considerate nè sproporzionate rispetto ai fini sottesi nè tanto meno evitabili. La decisione del 2014, sembra, ad una prima lettura porsi in assoluta continuità con il leading case deciso nel 2012, che ha definite lo standard of review applicato nella giurisprudenza della crisi.

In realtà, in dottrina⁵⁸ è stata osservata una sottile discontinuità tra le due: mentre infatti in entrambi i casi lo stato di emergenza viene in rilievo, nella seconda decisione viene meno il riferimento ad un prevalente "financial public interest", uno standard introdotto per la prima volta proprio dalla sentenza n.668/2012. Nella decisione delle 2014 il Consiglio di Stato recupera, infatti, il più tradizionale concetto di interesse sociale generale, in nome del quale si possono giustificare compressioni dei diritti dei lavoratori costituzionalmente garantiti solo dopo aver valutato la sussistenza di tre requisiti: la natura eccezionale dell'intervento; la proporzionalità dello stesso e il rispetto dei principi costituzionali inderogabili. Le misure contestate hanno passato il vaglio della corte rispetto a tutti i profili sopramenzionati. Tuttavia, come affermato, la Corte "failed to consider one of major relevant factor: whether the austerity labour measures contained in the Ministerial Act 6/2012 are of provisional nature. It neglected the fact that some of the contested measures, for example the freezing of maturity clauses in collective agreements until the rate of unemployment falls below 10%, are of indefinite duration, since it is clear that they have not been imposed for an explicitly defined and limited period of time"⁵⁹.

Come si vedrà rispetto al caso portoghese, proprio l'elemento temporale delle misure di austerità, ha fornito ai giudici portoghesi un potente argomento per invalidare, nella seconda fase della crisi economica, le misure di austerità adottate in attuazione delle condizioni poste nei MoUs.

Quello che invece ha dominato il legal reasoning del Consiglio di Stato greco è stato il binomio emergenza/proporzionalità, che ha consentito a tale organo giurisdizionale – almeno in prima battuta

question legal in the light of Article 1 Protocol 1". Inoltre, attenta dottrina ha osservato che, nel caso in esame, "instead, as a human rights court, the ECtHR ought to have used the right's field of application as its starting point, and then assessed the extent of the interference. After all, interference should be the exception, while human rights protection is the rule in the ECHR system", I. PERVOU, *Human Rights in Times of Crisis: The Greek Cases before the ECtHR, or the Polarisation of a Democratic Society*, in *CJICL* n. 5 (1), 2016, p. 120.

⁵⁶ Con la decisione in esame, il 27 Giugno 2014, il Consiglio di Stato greco ha dichiarato la legittimità di tutte le misure relative alla legislazione giuslavoristica, di implementazione del secondo MoU tanto in riferimento alla Costituzione greca, quanto al TFUE (artt. 125 and 136), quanto alla ECHR (art. 11 e art. 1 del Protocollo I alla stessa). Tale decisione ha avuto origine dal ricorso del 12 Aprile 2012 promosso da nove organizzazioni sindacali che contestavano la validità di un decreto ministeriale (n.6/2012) che dava attuazione alle misure in materia giuslavoristica contenute nel già citato secondo MoU.

⁵⁷ Degno di nota è anche il fatto che il Consiglio di Stato ha espressamente negato che le previsioni contestate fossero in violazione della CEDU. Sul punto sia consentito rimandare a A. BARAGGIA, M.E: GENNUSA, *Social Rights Protection in Europe in Times of Crisis: 'A Tale of Two Cities'*, cit., p. 13: "the Greek Council of State expressly rebutted the claim the measures in question violated the ECHR as well. Although the CS held that pecuniary rights and property interests, including entitlements to pension benefits, fell under the scope of the right to property enshrined in Article 1 of Protocol 1 to the ECHR, it observed that, according to ECtHR jurisprudence, the ECHR provisions did not secure a right to a pension of a particular amount. Moreover, the CS noted that the ECtHR allowed domestic authorities a wide margin of appreciation in this field, while limiting its scrutiny to verifying that the legislator's choice was not manifestly without reasonable foundation".

⁵⁸ M. YANNAKOUROU, *Labour measures of Memorandum II before the Greek Council of State: Decision 2307/2014 (Plenum)*, in www.eurocrisislaw.eu.

⁵⁹ Ibidem, p. 2.

– di muoversi lungo il delicato equilibrio tra “self-restraint and guaranteeing rights”⁶⁰. L’affermazione, anche solo in via di principio, da parte della Corte dell’avvenuta violazione dei diritti costituzionalmente protetti, dimostra “that not all limitations of fundamental rights will be tolerated by courts. Nonetheless, what the judiciary seems unwilling to do is to take it upon itself to put serious obstacles in the way of the enforcement of the obligation undertaken toward international lenders and to respond to challenges against the Memoranda brought as quasi class actions and pursuing their overall invalidation on a large variety of grounds”⁶¹.

Se quella descritta è stata la prevalente attitudine mostrata dai supremi giudici greci rispetto alle misure di austerità, all’allontarsi e all’attenuarsi dell’emergenza, nella più recente giurisprudenza si può intravedere un cambio di rotta. Il riferimento è alla decisione n. 2287–90/ 2015 del Consiglio di Stato, in cui per la prima volta, la Corte ha ritenuto che gli ulteriori tagli alle pensioni previsti dalla legge attuativa del secondo MoUs (l. n. 4093/2012) violavano l’art. 22, c. 5 della Costituzione greca che riconosce il diritto alla sicurezza sociale. La Corte ha ritenuto che la fase acuta della crisi fosse ormai passata e che dunque, in un periodo di normalizzazione dell’economia greca, pur ancora sottoposta a programmi di aggiustamento economico, l’argomento dello stato di emergenza non potesse avallare ulteriori violazioni dei diritti sociali costituzionalmente previsti. I giudici, in particolare hanno sottolineato l’onere, per il legislatore che voglia attuare simili tagli in nome dell’interesse pubblico, di fornire le prove tecnico-scientifiche relative della necessità ed efficacia degli stessi rispetto alla sostenibilità del sistema pensionistico e ai concreti effetti sul costo della vita dei pensionati. Un nuovo, più stringente standard di proporzionalità sembra essersi imposto nella Corte, volto a riconoscere dei limiti alla discrezionalità del legislatore nell’ambito delle politiche fiscali e sociali⁶².

5.2 La giurisprudenza della crisi in Portogallo

Interessante è anche la parabola seguita dalla giurisprudenza dal Tribunale Costituzionale portoghese sulle misure di austerità⁶³, che riprende, almeno inizialmente la cautela mostrata dal Consiglio di Stato greco e anche parte delle argomentazioni addotte a sostegno della costituzionalità delle misure di austerità. Tuttavia, dopo l’iniziale deferenza rispetto alle condizioni etero-imposte, in un secondo momento, il Tribunale ad adottato un atteggiamento di resistenza – se non di opposizione – rispetto alle condizioni contenute nei MoUs. Ma andiamo con ordine, seguendo i passi compiuti dai giudici supremi portoghesi.

Nella sua prima decisione⁶⁴ concernente la legislazione della crisi ed in particolare le previsioni contenute nella legge finanziaria per il 2011 che conteneva, in ottemperanza alle condizioni negoziate con i creditori, tra gli altri, massicci tagli ai salari dei dipendenti pubblici, la Corte portoghese ha mantenuto il tradizionale self-restraint in materia economica. Essa ha ritenuto, infatti, che i tagli ai salari dei dipendenti pubblici non violavano né il principio di uguaglianza né quello di proporzionalità e trovano giustificazione nella “*conjuntura de absoluta excepcionalidade*”⁶⁵. Tuttavia, in una seconda

⁶⁰ X. CONTIADES, I. TASSOPOULOS, *The impact of the Financial Crisis on the Greek Constitution*, in X. CONTIADES (a cura di), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Ashgate, Farnham, 2013, p. 208.

⁶¹ Ibidem. Similmente a A. POULOU, cit. p. 1175, la quale afferma che “Courts should embrace a more active role that makes a connection between the doubtful democratic credentials of austerity measures and more intrusive control on the basis of social rights of the social groups affected. This would require them to delve into the complex procedures through which austerity measures are produced and calibrate their standard of review accordingly”.

⁶² G. KARAVOKYRIS, *The role of judges and legislators in the Greek Financial Crisis*, in L. PAPADOPULU, I. PERNICE, J.H.H. WEILER (a cura di) *Legitimacy Issues of the European Union in the Face of Crisis*, 2017, p. 160.

⁶³ La giurisprudenza portoghese è stata ampiamente studiata. Si vedano, tra gli altri, R. ORRÙ, *Crisi economica e responsabilità dei giudici costituzionali: riflessioni sul caso portoghese*, in DPCE 2/2014, 1015; R. CISOTTA, D. GALLO, *The Portuguese Constitutional Court Case Law on Austerity Measures: A Reappraisal* in C. KILPATRICK AND B. DE WITTE, a cura di, *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights’ Challenges*, EUI Law WP, 5/2014, p. 93.

⁶⁴ Si tratta dell’Acórdão n. 396/2011 del 21 Settembre 2011, reperibile al sito www.tribunalconstitucional.pt

⁶⁵ Ibidem.

pronuncia, l'Acórdão n. 353/2012⁶⁶ la Corte sembra mostrare un atteggiamento meno deferente: essa infatti ha dichiarato incostituzionali alcune previsioni della legge finanziaria per il 2012. In particolare, le norme che prevedevano la sospensione del pagamento della tredicesima e quattordicesima mensilità per il biennio 2012-2014 per i pensionati e i pubblici impiegati, nonché la reiterazione dei tagli previsti nella finanziaria del 2011 per i salari dei pubblici impiegati, sono state dichiarate incostituzionali in violazione del principio di uguaglianza, il rispetto del quale richiede l'equa ripartizione dei costi sociali tra tutti i cittadini in proporzione alla capacità contributiva di ciascuno. Tuttavia, la Corte non era ancora pronta per dichiarare l'incostituzionalità tout court di tali previsioni, stanti anche le conseguenze sul piano internazionale di una simile declaratoria. Ecco che allora, pur dichiarando in astratto l'incostituzionalità delle misure, la corte decide di circoscrivere gli effetti della decisione, affermando che essi non si applicano alla legge finanziaria per il 2012.

Dopo questo primo monito, la Corte, nell'Acórdão 187/2013⁶⁷ del 5 aprile 2013 non ha esitato a dichiarare l'incostituzionalità (questa volta senza modularne gli effetti) di alcune previsioni della legge finanziaria del 2013 (la sospensione della quattordicesima per i pubblici impiegati, per gli insegnanti e per i pensionati del settore pubblico e privato). Questa sentenza ha segnato una netta presa di posizione, invertendo la rotta del tradizionale self-restraint esercitato dalla Corte portoghese in materia economica. Centrale nel legal reasoning della Tribunale costituzionale è l'utilizzo del canone dell'uguaglianza/proporzionalità, il quale implica che la disuguaglianza di trattamento tra diverse categorie di lavoratori, pur giustificata dalla differenza di situazioni, "non è immune dal giudizio di proporzionalità, dal momento che i trattamenti diversi non devono essere eccessivi"⁶⁸.

Il sentiero indicato con la decisione n. 187/2013 è stato poi percorso in successive pronunce, con le quali la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di alcune norme di diritto del lavoro e della riforma delle pensioni (rispettivamente Acórdão n. 602/2013, n. 862/2013, n. 413/2014 e n. 575/2014). Decisivi, ai fini delle pronunce di incostituzionalità, sono stati, come per il caso greco, tanto l'argomento temporale (la natura non più meramente transitoria delle previsioni contestate) quanto l'utilizzo del test di proporzionalità. Come è stato osservato, "in this way, the Constitutional Court, relying on the principle of equality (and on its corollaries), seems to have urged the legislator to better exercise the competences and powers it seems to have given up in favour of international and European constraints"⁶⁹.

Un'ultima interessante notazione merita di essere fatta. L'atteggiamento del Tribunale portoghese è stato definito da autorevole dottrina un esercizio di autarchia, "played by the removal/repression of the interrelation of EU law and national constitutional law in the adjudication on the recent austerity measures"⁷⁰. Tale rimozione, si è ancora sostenuto, ha permesso di ricondurre le nuove sfide, poste dalla crisi nella dimensione multilivello, nell'alveo della tradizione costituzionale nazionale: "in other words, the hermeneutics of national constitutionalism are 'protected' from any impact from EU law"⁷¹.

5.3 Riflessioni alla luce dell'analisi comparata

La giurisprudenza della crisi rappresenta un interessante ambito di studio nel quale si intrecciano tanto le questioni classiche del costituzionalismo (protezione dei diritti sociali, discrezionalità del

⁶⁶ Acórdão n. 353/2012, reperibile al sito <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

⁶⁷ Acórdão n. 187/2013 reperibile al sito <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

⁶⁸ D. BUTTURINI, *Portogallo: Le norme nazionali imposte dall'austerità europea di fronte al giudizio di costituzionalità*, in *www.Forumcostituzionale*, 30 maggio 2013.

⁶⁹ R. CISOTTA, D. GALLO, *The Portuguese Constitutional Court Case Law on Austerity Measures: A Reappraisal*, cit., p. 93

⁷⁰ M. P. MADURO, A. FRADA, L. PIERDOMINICI, *A Crisis between crises: Placing Portuguese Constitutional jurisprudence of crisis in context*, in *E-pubblica*, vol. 4 n. 1 Maggio 2017, p. 31.

⁷¹ Ibidem. Ancora gli autori sottolineano, anche alla luce dell'indagine comparata, la presenza di una "overall tendency to remove the Constitution from possible constraints of international or EU obligations and an autarchic construction of legal arguments", p. 37.

legislatore, decisioni di bilancio) con le nuove sfide poste dall'intreccio dei livelli di governo, che sono divenute massimamente incalzanti nell'ambito della crisi e della sua gestione. Le Corti nazionali si sono dunque affacciate a questo nuovo panorama con gli strumenti e le tecniche classiche della "judicial review of legislation". Facendo leva, ognuno alla luce della propria tradizione costituzionale sugli strumenti e le strategie ad esse proprie, le Corti nazionali sempre più sollecitate, si sono trovate a percorrere la sottile linea di confine tra il preservare l'integrità costituzionale del sistema o ammettervi delle violazioni/compressioni/deroghe, alla luce dello stato di emergenza, nella consapevolezza che, come emerge soprattutto dal caso portoghese, "the extremely serious economic/financial situation and the need for measures that are adopted to deal with it to be effective cannot serve as grounds for dispensing the legislator from being subject to the fundamental rights and key structural principles of the State based on the rule of law"⁷².

Se da un lato esse hanno posto un argine all'implementazione di misure di austerità ad ogni costo, limitando l'azione degli altri poteri dello stato e dell'ingerenza di altri attori, alla luce della difesa dei diritti costituzionalmente garantiti, dall'altro tuttavia, esse non sempre sono riuscite a proteggere e preservare i diritti fondamentali, soprattutto delle categorie più deboli. Come osserva A. Poulou, "Although some courts may be more active than others, the general pattern in times of crisis is that courts shy away from the difficult task to review conditionality-driven decisions over social policy issues. Even worse, most courts fail to protect deeply affected social groups, such as the young generation. It is here argued that the reluctance of courts to review such decisions does not take proper account of the constitutional mutation that occurred in the EU due to the Eurozone crisis. The weakening of parliamentary controls and the marginalization of big segments of the society, such as the young generation, constitutes an extraordinary development of the European constitutional architecture that calls for a new positioning of social rights and courts adjudicating them"⁷³.

Perché si apra questo nuovo capitolo della storia europea è necessario un radicale ripensamento della natura dei diritti sociali in contesti sempre più carenti di risorse, a cui deve seguire un ripensamento del ruolo dei pubblici poteri e del giudiziario in particolare nella protezione degli stessi, perché nel momento attuale, "the character of social rights as a "weak" constitutional regime and the ordinary arguments against the interference of courts with social policies do not hold anymore"⁷⁴.

6. Condizionalità e futuro dell'Unione Europea: alcune suggestioni

Sull'impatto costituzionale della crisi, la letteratura è divisa: mentre la dottrina maggioritaria ha parlato di *constitutional mutation*⁷⁵, vi è autorevole dottrina che ha inquadrato l'impatto della crisi nel paradigma dell'*institutional variation*⁷⁶. Sebbene chi scrive propende per la lettura maggioritaria dei fenomeni in atto, non è questa la sede per entrare nel dettaglio di simile dibattito, che ci porterebbe al cuore della "legal nature" dell'Unione post-crisi. Ai fini del presente lavoro basti notare che, quale che sia l'interpretazione data alle conseguenze della crisi – massimalista o minimalista - siamo di fronte ad una metamorfosi all'interno dell'Unione, in termini, tra gli altri, di divisione dei poteri, di rapporti tra gli stati (con una crescente asimmetria tra gli stessi) e non ultimo dei tratti fondamentali della governance economica. Pur nelle differenze tra i casi analizzati, i cambiamenti cui si è assistito, la rimodulazione dei rapporti tra poteri, i nuovi equilibri tra esecutivo e legislativo possono essere considerati espressione di un generale mutamento costituzionale, sollecitato - ed anzi innescato - proprio dalla peculiarità della risposta alla crisi. I fenomeni descritti, seppur non direttamente ascrivibili alla categoria di "mutazione" costituzionale, sono tuttavia il "fenotipo" di una mutazione

⁷² C. KILPATRICK, cit., 12.

⁷³ A. POULOU, *Austerity and European Social Rights: How Can Courts Protect Europe's Lost Generation?*, *German Law Journal*, Vol. 15 n. 6, 2014, p. 1175.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Per una completa analisi di tale letteratura si rimanda a G. Martinico, *EU crisis and constitutional mutations: a review article*, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, cit.

⁷⁶ B. De Witte, *Euro Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Institutional Variation or Constitutional Mutation?*, *European Constitutional Law Review*, 11, 2015, 434-457

costituzionale in atto che interessa la natura stessa del potere politico e, ultimamente, la natura della sovranità statale. La crisi dell'eurozona ha per così dire "intrappolato" tanto gli Stati membri quanto l'Unione Europea stessa: "they could not go back to traditional state sovereignty constitutionalism, nor could they move forward to new forms of quasi-federal constitutionalism. The alternative was to buy some time and to glide for as long as possible while trying to fix the problem before crashing and falling apart. In the end, both the member states and the EU had difficulty dealing with the crisis. Constitutionalism without sovereignty proved to be a major problem in times of crisis. The sovereignty that has been lost at European level was captured by stronger states (for example France and Germany), powerful financial institutions (for example rating agencies, investment banks, hedge funds, private equity corporations), as well as by sovereign and private funds (for example from China, Angola Brazil and Qatar). This, in turn, reinforced sovereignty erosion, and constitutional and European failure"⁷⁷.

Lo strumento della condizionalità e i soggetti con essa a vario titolo implicati, hanno giocato un ruolo fondamentale in questo processo di erosione e di "frazionamento" della sovranità. L'indebolimento della sovranità statale, soprattutto negli Stati in bail-out, ha sfidato "conventional wisdom as to the role and capacity of the State. The disregard not only of the substantive rights protection but of the very idea of state responsibility: of the state as the institution through which rights are protected and of the state as the entity that is liable for a failure to perform its human rights duties, are key stories to emerge from the response to the crisis in Greece"⁷⁸. È a questo livello apicale che si è verificata – in un processo ancora in divenire – una mutazione costituzionale nella struttura ultima del potere e delle sue articolazioni e nella natura della sovranità statale.

Quella che ha investito la sovranità degli Stati non è, tuttavia, l'unica mutazione avvenuta nel corso della crisi. Quest'ultima ha infatti acuito le già evidenti e note difficoltà del modello di stato sociale, sanzionando quello che attenta dottrina ha definito "il passaggio da un modello economico, politico, e culturale che ha garantito (...) una qualche redistribuzione di risorse e uno standard minimo di benessere per le classi sociali meno abbienti, verso un 'non modello', che non ha una sua coerenza interna, i cui scopi non sono del tutto chiari, come pure non sono chiari i soggetti che ne traggono beneficio"⁷⁹. Si sono realizzati, in altri termini, tanto "il rovesciamento del compromesso keynesiano tipico dell'esperienza europea"⁸⁰ quanto l'erosione dello Stato sociale⁸¹ come definito da Böckenforde, ovvero sia come "obiettivo dello Stato e come compito d'azione per gli organi dello Stato con riferimento all'appianamento dell'antagonismo sociale e della disuguaglianza sociale nella società, nonché alla salvaguardia dei presupposti sociali indispensabili alla realizzazione della libertà per tutti"⁸², comprendente "l'equilibrio e la redistribuzione sociale, così come la garanzia di una quota minima di partecipazione ai beni vitali"⁸³.

La portata di tale erosione appare in tutta la sua profondità allorquando, sempre seguendo lo sviluppo del pensiero di Böckenforde, lo Stato sociale venga considerato come "logica conseguenza politica della democrazia stessa"⁸⁴. Laddove, dunque, i processi democratici subiscano delle

⁷⁷ J. E. M. Machado, *The Sovereign Debt Crisis and the Constitution's Negative Outlook: A Portuguese Preliminary Assessment*, in X: Contiades, *Constitutions*, cit. p. 231.

⁷⁸ M. E. Salomon, *Of Austerity, Human Rights, and International Instruments*, LSE Working Papers 2/2015, 3.

⁷⁹ I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in *Il Diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Jovene editore, 2012, p. 84.

⁸⁰ A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, DeriveApprodi, 2014, p. 295.

⁸¹ M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, in *Diritto e Società*, 2011, p. 635 ss.

⁸² E.W. BÖCKENFORDE, *Stato, costituzione, democrazia: studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2006, p. 493.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*, 494. Secondo l'A., "tra democrazia e Stato sociale non sussiste alcun rapporto di bilanciamento o di vicendevole limitazione, bensì vi è un rapporto per cui si dà adito allo Stato sociale e si cerca il suo sostegno, prendendo le mosse unilateralmente dalla democrazia. Infatti, dal momento che nella democrazia la formazione della volontà politica si basa sull'uguaglianza politica di tutti i cittadini e quindi sul diritto paritario e universale di voto, nonché su una costante concorrenza pubblica in vista della leadership politica, essa crea per sé stessa la possibilità di trasformare in questioni politiche, e dunque in oggetto di confronto politico, tutti i problemi e gli interessi sociali. Questa possibilità diventa

sostanziali alterazioni, come avvenuto nei paesi sopposti a regimi di condizionalità, e la leadership politica risponda (non più) solo alle istanze sociali, ma sia essa stessa condizionata da poteri sovranazionali ed istanze economiche globali, la tutela dei diritti sociali si disarticola dall'istanza democratica, perdendo quella centralità assiologica che il modello democratico sociale le conferiva. In tale processo di trasformazione, la condizionalità ha svolto, come si è cercato di mettere in luce attraverso l'analisi della giurisprudenza, un ruolo determinante, tanto a livello europeo che nazionale. Il primo riferimento non può essere alla modifica dell'art. 136 TFUE, il quale è stato emendato proprio al fine di fornire una base di legittimità all'istituzione del MES e delle misure di stretta condizionalità da esso previste.

Inoltre, sebbene non formalmente, altre previsioni dei trattati sono state modificate in via interpretativa, a seguito della giurisprudenza comunitaria che si è sopra ricostruita. Pochi dubbi infatti permangono circa il "nuovo" e ampio significato dell'art. 123 e dell'art. 125 TFUE, avvallato dalla Corte di Giustizia.

Non solo, anche l'istituzione di nuovi meccanismi (il MES) al di fuori del diritto dei trattati, e il rafforzamento del ruolo della BCE contestualmente al ruolo del FMI nel panorama della governance economica, hanno contribuito a mutare l'architettura istituzionale dell'Unione.

In questo quadro, se pochi dubbi permangono sul fatto che la condizionalità sia divenuta strumento di governance economica a tutti gli effetti e uno degli strumenti della trasformazione, molti rimangono i nodi irrisolti. L'atteggiamento elusivo della Corte di Giustizia sul tema⁸⁵ ha lasciato aperte alcune questioni fondamentali come la legittimità della condizionalità, la natura giuridica dei MoU, e la loro giustiziabilità alla luce della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione⁸⁶.

Si tratta, dunque, ancora di una zona grigia nel diritto dell'Unione, che necessita di essere chiarita. I recenti bagliori all'orizzonte della riforma della governance economica europea, riguardanti la trasformazione del MES in un fondo monetario europeo (EMF) quale "unique body of the EU", potranno, forse, chiarire gli aspetti ancora problematici della condizionalità, per come fino ad ora è stata impiegata nella gestione della crisi economica. Nella proposta della Commissione del 6 dicembre 2017, si legge, infatti, che il protocollo d'intesa contenente le condizioni politiche cui è subordinato il dispositivo di assistenza finanziaria per lo Stato interessato, venga negoziato dalla Commissione, "di concerto con la BCE e in collaborazione con l'FME"⁸⁷. Come è stato osservato, "the Commission's proposal deletes all references of the ESMT on the involvement of the IMF in Eurozone conditionality, but does not give this role to the EMF. Conditionality is for the Commission to keep"⁸⁸. Il termine "cooperazione" postula, inoltre, un coinvolgimento piuttosto debole del FME, soprattutto se si guarda alla modalità che aveva caratterizzato il coinvolgimento del FMI ai sensi del Trattato istitutivo del MES. Anche il monitoraggio del rispetto delle condizioni viene affidato in via esclusiva alla Commissione, in collaborazione con la BCE: nessun ruolo esplicito viene, invece, affidato al FME. A questa attrazione della condizionalità nell'orbita della commissione, si deve aggiungere un dettaglio che non è passato inosservato alla più attenta dottrina: "Currently, under Arts 3(2) and 12 ESMT, assistance is possible "if indispensable to safeguard the financial stability of the euro area as a whole and of its Member States". According to the Commission's proposal, however, the EMF can provide assistance if "indispensable to safeguard the financial stability of the euro area

politicamente una necessità tutte le volte in cui sussista una disuguaglianza sociale di peso rilevante e non ne sia vittima soltanto una piccola parte della popolazione, irrilevante ai fini della lotta per l'accaparramento della maggioranza".

⁸⁵ La Corte ha assunto una posizione costante nell'affermare di non avere competenza non ravvisando alcun legame delle misure contestate con il diritto dell'Unione (C-128/12 (Sindicato dos Bancários do Norte e Altri v BPN – Banco Português de Negócios, SA) e C-665/13 (Sindicatos Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins).

⁸⁶ Come osserva A. SOMMA, *La dittatura dello spread.*, cit., "complice il meccanismo delle condizionalità, la Carta viene comunque disattesa in molte delle sue parti" e questo "costituisce un illecito, giacché non vi è nessuno stato di necessità che possa sospendere il diritto dell'Unione", p. 298.

⁸⁷ Art. 13, Commissione Europea, allegato della proposta di regolamento del Consiglio sull'istituzione del Fondo monetario europeo. Statuto del Fondo Monetario Europeo, COM (2017) 827 final.

⁸⁸ M. IOANNIDIS, *Towards a European Monetary Fund: Comments on the Commission's Proposal*, in www.eulawanalysis.blogspot.ie, ultimo accesso Febbraio 2018.

or of its Members”. Deleting the phrase “as a whole” (in Art. 12) and replacing “and” with “or” (in Arts 3(2) and 12 of the proposed Statute) means that a crisis that threatens the stability of a single Member State but not the euro area as a whole can (and shall) prompt action from the EMF”⁸⁹.

In definitiva, sebbene la proposta della Commissione sembri condurre verso una “normalizzazione” della condizionalità esistente – e quindi forse verso la soluzione delle aporie fino ad oggi insite in tale strumento – in realtà introduce un nuovo regime di condizionalità, propriamente europeo, la cui formulazione è suscettibile di aprire nuovi scenari di trasformazione nell’architettura istituzionale dell’Unione e nei rapporti tra gli Stati membri.

⁸⁹ Idem.