

BENEDETTA VIMERCATI

IL DISACCORDO COSTITUZIONALE EUROPEO: SUSSIDIARIETÀ E BETTER REGULATION

SOMMARIO: 1. La crisi costituzionale europea. – 2. Da dove origina il disaccordo europeo? – 3. Come rispondere al disaccordo? – 4. La riscoperta del principio di sussidiarietà. – 5. La sussidiarietà preso sul serio: l'apporto della better regulation. – 6. Conclusioni.

1. *La crisi costituzionale europea*

Le democrazie liberali sono strutturalmente attraversate da una «tensione dialettica che trova il proprio centro gravitazionale nella relazione conflittuale tra la democrazia e lo stato di diritto, tra la decisione maggioritaria e le esigenze di garanzia»¹. Questa «conflittualità assiologica» costituisce un tratto distintivo del disaccordo politico che innerva ontologicamente il costituzionalismo. Riprendendo l'idea rawlsoniana delle «circumstances of justice», Waldron conia la formula delle «circumstances of politics» intese come il bisogno di un quadro o di una decisione comune o, per lo meno, di un piano di azione comune che i membri di un gruppo sentono come impellente, anche laddove vi sia un disaccordo su quale dovrebbe essere quel quadro, quella decisione o quella azione². Nel solco di questa riflessione si inserisce il noto dibattito tra costituzionalismo giuridico e politico, ossia sulla prevalenza della componente politica su quella giuridica-giurisdizionale e viceversa e, quindi, su quale sia il soggetto istituzionale a cui affidare il ruolo di garante e mediatore del disaccordo³. La coesistenzialità giuridica e

¹ A. D'Atena, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Rivista AIC*, 2018. Sul conflitto in chiave costituzionale si veda altresì G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

² J. Waldron, *Law and disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 102.

³ M. Goldoni, *Cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, 342, il quale riprende a tal fine R. Dworkin, *Law's Freedom: The Moral Reading of the Constitution*, Harvard University Press, 1996, 34.

fattuale del disaccordo all'interno del costituzionalismo induce infatti a riflettere non su come espungerlo dai sistemi costituzionali ma su come gestirlo ed istituzionalizzarlo⁴ evitando il rischio che esso diventi fattore capace di portare alla loro implosione. In questa prospettiva, il conflitto mette in luce le due anime del costituzionalismo liberale: la prima maggiormente propensa a valorizzare decisioni prese nel circuito politico maggioritario e la seconda incline ad affidare alle corti il controllo sui confini delle Costituzioni.

È a partire da queste categorie che si può provare a comprendere le ragioni profonde dell'attuale crisi europea. Fin dalla sua nascita l'Unione custodisce i germi di una tensione politico-costituzionale tra popolo/popoli europei, ben sintetizzata dal motto «unità nella diversità». Come ricordava Amato, «la nostra unità non era quella di un popolo, era quella di un contesto di tratti comuni a culture nazionali, che coltivavano anche le loro diversità e ne facevano ragioni identitarie. Ai fini dell'integrazione europea, era essenziale che queste diversità fossero orientate a comporsi, non a contrapporsi. Ebbene, l'antinomia con cui non avremmo mai smesso di fare i conti è stata (ed è) quella fra la propensione a comporsi e la propensione a contrapporsi»⁵.

Pur essendo un tema presente fin dagli albori, in nome di «an efficiency-oriented, problem solving entity to which states delegate the resolution of collective problems they can no longer address individually»⁶ si è spostata in secondo piano la costruzione di una reale identità europea. Il funzionalismo e il neofunzionalismo hanno infatti limitato questa efficienza a ragioni di integrazione economica e hanno lasciato che il popolo europeo si costruisse spontaneamente attraverso volontarie cessioni di sovranità. Nelle intenzioni originarie, il processo decisionale – nato come elitario⁷ –

⁴ Cfr. S. Shiffrin, *Dissent, Injustice and the Meaning of America*, Princeton, Princeton University Press, 1999, 91; H.K. Gerken, *Dissenting by Deciding*, in *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, 2005, 355 ss.

⁵ G. Amato, *Dall'idea di Europa alla costruzione europea*, in *Nuova Antologia*, 2019, 12.

⁶ M.P. Maduro, *The importance of being called a constitution: Constitutional authority and the authority of constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 341.

⁷ Cfr. E.B. Haas, *The Uniting of Europe*, Palo Alto, Stanford University Press, 1958, 17: «The emphasis on elites in the study of integration derives its justification from the bureaucratized nature of European organizations of long standing, in which

avrebbe dovuto lentamente favorire la sua stessa politicizzazione attraverso un avvicinamento alla base sociale sulla scia delle teorie sul consenso permissivo. Così facendo, però, si è nel tempo ottenuto l'effetto della marginalizzazione di un'autentica progettualità politica che si è cercata di colmare con numerose modifiche sul diritto primario. In occasione della ratifica della Convenzione per le elezioni del Parlamento europeo, Spinelli aveva affermato: «se la parola “popolo” significa un insieme di uomini che sono e che si sentono partecipi di comuni istituzioni, attraverso le quali esprimono e cercano di realizzare impegni comuni, con questa elezione diretta assisteremo alla nascita del popolo europeo»⁸. Le parole di Spinelli documentano quanto la costruzione di un popolo europeo fosse centrale per il processo di integrazione.

Benché seguendo la strada del ‘consenso permissivo’⁹ l'Europa abbia raggiunto indiscutibili successi, l'integrazione sembra aver oggi subito una battuta di arresto. Dal multiforme panorama politico europeo traspira, infatti, un diffuso disaccordo tra istituzioni sovranazionali, istituzioni nazionali e cittadini che sembra generare «a serious danger that a constitution is about to fail at its central task», identificandosi tale central task in «to keep disagreement within the boundaries of ordinary politics»¹⁰. Il radicalizzarsi del dissenso, che esorbita dagli argini della ordinary politics e che arriva talvolta a riversarsi in un violento rigurgito illiberale, rischia di sfociare nella rottura del patto costituzionale e nella dimidiata partecipazione al progetto politico europeo da parte di ordinamenti che mettono in discussione i basilari caratteri della, pur sfuggente, *rule of law* europea¹¹. Una minaccia che assume un duplice senso di

basic decisions are made by the leadership, sometimes over the opposition and usually over the indifference of the general membership».

⁸ E. Paolini, *Altiero Spinelli*, Bologna, Il Mulino, 1988, 234.

⁹ Cfr. A. Papisca, *Comunità Europea: dal consenso permissivo alla partecipazione politica*, in *Rivista Italiana di Scienza Politica*, vol. VI, n. 2, 1976, 289 ss.; L. Hooghe, G. Marks, *A Postfunctionalist Theory of European Integration: From Permissive Consensus to Constraining Dissensus*, in *British Journal of Political Science*, 2009, 1 ss.; G. Majone, *Integrazione europea, tecnocrazia e deficit democratico*, in *www.osservatorioair.it*, 2010.

¹⁰ Secondo la definizione di constitutional crisis di J.M. Balkin, *Constitutional crisis and Constitutional Rot*, in M.A. Greber, S. Levinson, M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, Oxford University Press, 2018, 14.

¹¹ Nozione i cui contenuti – almeno in parte elaborati dalla Corte di Giustizia, a partire dal caso Les Verts (1986) e, a seguire, nella sentenza Union de los Pequeños

marcia, provenendo dalla stessa Unione europea, alla ricerca di barriere capaci di contenere le conseguenze di tale crisi, ma anche direttamente dagli Stati.

Tenendo come *fil rouge* le suggestioni offerte dal binomio politico-giuridico, le pagine che seguono cercheranno di guardare agli strumenti che l'Unione possiede per far fronte all'attuale crisi costituzionale, leggendo tali strumenti in una prospettiva che sia utile a comprendere se essi siano funzionali al tentativo di incanalare e offrire composizione all'attuale disaccordo.

2. *Da dove origina l'attuale disaccordo?*

Numerosi sono i fattori che contribuiscono ad alimentare il perseverante disaccordo all'interno dei confini europei. Il primo tra essi è il crescere dell'insicurezza e delle diseguaglianze economiche acuite dall'incapacità degli ordinamenti – e innanzitutto di quello sovranazionale – di implementare l'equità sociale, soprattutto dopo l'avvento della crisi finanziaria. Di qui, l'escalation di aspre critiche rivolte al modello neoliberale su cui l'Unione ha costruito il proprio sistema economico.

A ben guardare ci sono però altri fattori più carsici ma ugualmente importanti che, attingendo dalla stessa storia dell'Europa, gettano luce sul dissenso diffuso nei confini europei. Come noto, il processo di integrazione ha portato ad un'erosione della sovranità degli stati in capo alle istituzioni sovranazionali. Sospinto dalla globalizzazione e delle teorie cosmopolite di cui esso si alimenta, il processo di internazionalizzazione/europeizzazione¹² ha indebolito il luogo in cui per molto tempo i singoli hanno radicato almeno una parte preponderante della propria identità¹³. Al contempo, non si è

Agricultores (2002) – coincidono con la definizione offerta dalla Commissione di Venezia nel Report del 2011 (CDL-AD (2011)003rev. Study n. 512/2009), successivamente ripreso dalla stessa Commissione nel più recente Rule of Law checklist, CDL-AD (2016)007, study n. 711/2013.

¹² Cfr. B.R. Barber, *Strong Democracy as Cosmopolis in the Age of Global Independence*, in T. Norris (ed.), *Strong Democracy in Crisis. Promise or Peril?*, London, Lexington Books, 2016, 18.

¹³ Del tema, particolarmente complesso, non si può dare conto nella sua interezza in questo scritto. Sul punto si rimanda a L.P. Vanoni, B. Vimercati, *Dall'identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo*, in corso di pubblicazione su *Quaderni costituzionali*.

però riusciti ad offrire un altro luogo – alternativo o concorrente – in cui il cittadino europeo potesse identificarsi. Esempio classico di tale mancanza è quello della cittadinanza europea che, lungi dall’aver instillato il germe di una solida appartenenza politica al progetto europeo, è stata infatti costruita – soprattutto attraverso l’intervento della Corte di Giustizia¹⁴ – attribuendole connotati puramente giuridici che l’hanno resa «una forma di trattamento privilegiato degli stranieri-cittadini comunitari nell’ambito degli stati membri, piuttosto che quelli di un vero e proprio status dei cittadini europei nell’ambito dell’ordinamento comunitario»¹⁵. Si è lasciata così intatta la percezione della carenza di un popolo raccolto intorno ad una comune identità europea, a cui si è provato a porre rimedio attraverso un vero e proprio passo costituente sulla convinzione che, «Europe’s constitutional treaty would credibly establish a paramount normativity, which is indispensable to a credible entry in our dictionary of European identity»¹⁶. Il processo costituente avviato nel tentativo di compattare il popolo europeo sotto una Costituzione (formale) si è però arenato ancora prima di poter essere messo alla prova. Ciononostante, le istituzioni hanno cercato comunque di procedere nel senso della costituzionalizzazione, assecondando per lo più l’idea della costruzione di un linguaggio comune attraverso il lessico dei diritti fondamentali, visto quale tassello mancante del demos europeo.

Complici un sistema di governance without government nonché la diffusione delle teorie neo-costituzionaliste, la focalizzazione sul versante dei diritti ha fatto sì che del compito di rinsaldare la debole unità politica venissero investiti i giudici sovranazionali, a discapito del circuito rappresentativo europeo e nazionale¹⁷. Come notato da Stone Sweet: «the constitutionalization of the [European]

¹⁴ M. Fioravanti, *Il costituzionalismo nella dimensione sovranazionale: il caso europeo*, in *www.astrid-online.it*, 2008.

¹⁵ M. Cartabia, *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1995, 1.

¹⁶ A. von Bogdandy *The European constitution and European identity: Text and subtext of the Treaty establishing a Constitution for Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, 314.

¹⁷ A. Morrone, *I mutamenti costituzionali derivanti dall’integrazione europea*, in *www.federalismi.it*, 2018: «il processo legislativo politico-democratico ha, così, conosciuto una metamorfosi attraverso la maieutica normativa di un’aristocrazia di toga iscritta a pieno titolo tra i principi della costituzione materiale europea».

treaty system has served to enhance the policy-making role of both the ECJ and ordinary judges. In today's multi-tiered European polity, the sovereignty of the legislature, and the primacy of national executive, are dead. In concert or in rivalry, European legislators govern with judges»¹⁸. Il processo di integrazione europea ha iniziato pertanto a poggiarsi precariamente su uno solo dei pilastri del costituzionalismo, avvantaggiando la dimensione giuridica a discapito di quella politica. L'aver investito organi giurisdizionali, privi di legittimazione democratica e di sistemi di accountability, di questioni che, tramite il sindacato sui diritti, esercitano un impatto sulle singole esperienze nazionali, ha dato adito ad un'eterogenesi dei fini, esacerbando le critiche rivolte alle istituzioni europee.

È anche per questa ragione che, intervenendo tecnocraticamente al di fuori del circuito democratico anche in settori destinati a produrre ricadute sensibili per il tessuto sociale europeo, tali istituzioni – già accusate di un perdurante deficit democratico – vengono oggi percepite come élites lontane dai reali bisogni dei cittadini e finiscono con l'alimentare il disaccordo verso l'Europa. Si pensi alle voci critiche rispetto al contenimento del deficit sistemico di alcuni Stati, in particolare in costanza della crisi economica, affrontato dall'Unione attraverso strumenti come quello della condizionalità e del Mes che esorbitano dal perimetro costituzionale dell'Unione¹⁹.

Nutrendosi di queste percezioni di distanza e di malcontento, alcuni ordinamenti nazionali hanno dato corso a processi legislativi che rischiano di minare l'omogeneità costituzionale europea²⁰, come dimostra il caso ungherese dove Orbán ha dichiarato di voler portare a compimento la creazione di una democrazia illiberale in aperta opposizione ai canoni propri del liberalismo europeo. Sembrano così vacillare quei «principi universalistici unici»²¹ che, te-

¹⁸ A. Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 193.

¹⁹ Cfr. *ex multis*, A. Baraggia, *Ordinamenti giuridici a confronto nell'era della crisi. La condizionalità economica in Europa e negli Stati nazionali*, Torino, Giappichelli, 2017.

²⁰ R. Miccù, V. Atripaldi, *La costituzione europea 'multilivello' tra garanzie di omogeneità e identità plurali*, in R. Miccù, I. Pernice, *The European Constitution in the Making*, Nomos, Baden-Baden, 2004.

²¹ J. Habermas, *Citoyenneté et identité nationale. Réflexion sur l'avenir de l'Europe*, in J. Lenoble, H. Dewandre (a cura di), *L'Europe au soir du siècle. Identité et démocratie*, Parigi, 1992, 29.

nendo nella coda dell'occhio il patriottismo costituzionale di habermasiana memoria, si era cercato di blindare attraverso l'adesione ai criteri di Copenaghen e attraverso l'art. 49 TUE. Tale blindatura, divenuta impellente in vista dell'allargamento dell'Unione verso i Balcani occidentali, sembra però arretrare nel suo presupposto finalistico, scalfito dalla riaffermazione di identità nazionali che reclamano il proprio essere popolo dentro la vacuità di un unico e unito popolo europeo²².

3. *Come rispondere al disaccordo?*

L'Unione non rimane certo insensibile a tali minacce sistemiche, la cui pericolosità discende anche dal riflesso che esse possono avere all'interno di altri ordinamenti europei votati all'emulazione dei vicini ungheresi (ma anche polacchi). Tra i numerosi strumenti messi a disposizione dai Trattati per far fronte al dissenso²³, le istituzioni europee hanno di recente concentrato la propria attenzione sul meccanismo che più di altri è nato come cintura protettiva intorno ai valori che l'Unione ha posto a fondamento della propria unità politica, ovvero sia l'art. 7 TUE.

Noti sono i dibattiti in dottrina su tale disposizione: parte della dottrina esprime il proprio scetticismo sottolineando difetti di ordine squisitamente procedurale ma anche sostanziale. Alcuni Autori ricordano, in particolare, come il ricorso alle accennate sanzioni potrebbe mettere in discussione la salvaguardia dell'identità costituzionale degli Stati interessati²⁴, riaccendendo i dubbi irrisolti sulla tenuta e sulla stessa portata dell'art. 4 TUE nella parte in cui tutela l'identità costituzionale quale costola necessaria dell'identità nazio-

²² D. Kochenov, L. Pech, *Strengthening the rule of law within the European Union. Diagnoses, Recommendations, and What to Avoid*, in *www.reconnect-europe.eu*, 2019.

²³ Tra di essi si ricordino la procedura di infrazione ex art. 258 TFUE, l'applicazione di misure di condizionalità per l'accesso ai fondi di coesione, l'art. 259 e l'art. 325 TFEU.

²⁴ S. Bartole, *I casi di Ungheria e Polonia. L'organizzazione del potere giudiziario tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *Quaderni Costituzionali*, 2018, 295 ss. Prosegue però l'A.: «Il discorso non può (...) procedere se si dimentica che la sottoposizione degli Stati membri dell'Unione europea al monitoraggio secondo i menzionati parametri non è un'imposizione (...), ma deriva dalla loro stessa accettazione al momento dell'adesione all'Unione» (308).

nale²⁵. Altra parte della dottrina, pur riconoscendo alcune criticità insite nell'art. 7, esprime la propria preferenza per la sua applicazione, reputandolo un mezzo bilanciato e necessario per un soggetto che abbia rotto il rapporto di fiducia con le istituzioni europee e con gli altri stati e che, portando a fallimento le procedure preliminari introdotte dopo il caso Haider²⁶, abbia in qualche misura dimostrato di non essere più disposto a condividere i presupposti del patto costituzionale europeo²⁷.

Qualora si giunga alle misure sanzionatorie previste dall'art. 7, l'esito che si produce è quello della rottura (almeno temporanea) del patto costituzionale con la sospensione del diritto di voto dello Stato in seno al Consiglio dell'Unione e con l'eventuale applicazione di ulteriori sanzioni, la cui determinazione rimane dentro un margine di discrezionalità del Consiglio²⁸. Insieme di sanzioni che avrebbero la forza di inaugurare, per dirla con Ackerman, un momento costituzionale che – nel portare a galla dei «confini insuperabili» nel lodevole intento di dare mordente ai valori europei – potrebbe però produrre effetti dirompenti²⁹. Si va così ingenerando un attrito quasi ossimorico: da una parte, si ha un sistema giuridico

²⁵ Sul rapporto identità nazionale e identità costituzionale si veda A. Manzella, *Dopo Amsterdam. L'identità costituzionale dell'Unione europea*, in *Il Mulino*, 1997, 918; L.F.M. Besselink, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, 36 ss.; S. Martin, *L'identité de l'État dans l'Union européenne: entre 'identité nationale' et 'identité constitutionnelle'*, in cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2012-3-p-13.htm; S. Gambino, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 538; T. Cerruti, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, www.federalismi.it, 2014.

²⁶ Il noto caso Haider aveva spinto all'introduzione di una procedura d'allarme preventiva (Trattato di Nizza), poi modificata con il Trattato di Lisbona, basata su un continuo dialogo e flusso informativo tra istituzioni europee e stato membro.

²⁷ Sul punto è stato evidenziato come le procedure dell'art. 7 non si pongano in rapporto di continuità logico-cronologica e come la situazione ungherese e polacca avrebbe potuto portare direttamente all'attivazione della procedura sanzionatoria (cfr. K.L. Scheppele, L. Pech, *Is There A Better Way Forward?*, in <https://verfassungsblog.de>, 2018).

²⁸ G.M. Ruotolo, *Le sanzioni dell'Unione europea contro la violazione dei principi fondamentali alla luce del trattato di Nizza*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia*, Milano, Giuffrè, 2005, 1023 ss.

²⁹ La stessa Ungheria ha infatti già paventato l'ipotesi, qualora si arrivasse alla procedura sanzionatoria, di indire un referendum per l'uscita dall'Ue. Analogamente si veda la dichiarazione dei giudici della Corte suprema polacca su una possibile *Polexit*.

(quello europeo) che si fa portavoce dei valori della democrazia liberale, pur con le persistenti debolezze che lo connotano in punto di democraticità, accountability delle proprie istituzioni e separazione dei poteri. Dall'altra, un sistema giuridico (quello nazionale) dove, a seguito di elezioni democratiche, si coltivano riforme che minano alcuni degli assi portanti della democrazia liberale.

La soluzione incardinata nell'art. 7 se rappresenta indubbiamente un potenziale deterrente nei confronti di minacce di disgregazione del progetto europeo, allo stesso tempo non possiede forse la forza di risolvere il disaccordo ponendosi piuttosto come fattore di ulteriore rottura³⁰. Innanzitutto, esso si manifesterebbe in tutta la sua portata divisiva quando il livello del disaccordo è ormai tale da non essere altrimenti contenibile. Inoltre, soprattutto nella contingenza attuale, esso non sembra realmente utile per guardare a fondo, anche nelle sue fasi di confronto dialogico, alle origini bilaterali della nascita del disaccordo. Infine, nonostante la razionale anima politica del suo primo comma, esso affida a meccanismi giuridici la risposta a problematiche anzitutto di tipo politico ponendosi quindi su un piano sfalsato rispetto alla natura delle ragioni del conflitto. Se le estreme situazioni polacca e ungherese necessitano di un lavoro di riassetto innanzitutto endogeno, le azioni messe in campo dalle istituzioni europee possono aiutare nella creazione di una «situazione di autorigenerazione per mezzo di processi nazionali»³¹.

È in questa direzione che occorre quindi volgere lo sguardo per rispondere in profondità alle vere ragioni dell'attuale crisi, verificando se nel diritto europeo esistano già strumenti che, utilizzati nella loro componente politica e non solo tecnico-giuridica, possano in qualche misura aiutare a riavviare il processo di integrazione europea oggi interrotto, consentendo una composizione pacifica dei confliggenti interessi politico-costituzionali.

³⁰ Come affermano A. von Bogandy, M. Ioannidis, *Il diritto ad avere diritti europei. Importanza e problemi dell'azione comune contro i deficit sistemici*, in *Scienza & Politica*, vol. XXVI, n. 50, 2014, 111 ss.: «all'interno di un'Unione in cui già regna la sfiducia reciproca e rinascono i nazionalismi, dipingere alcune istituzioni nazionali in questa maniera (ossia come membri deboli in quanto sistematicamente carenti) può approfondire divisioni già esistenti».

³¹ P. Sonnevend, *Preserving the acquis of transformative constitutionalism in time of constitutional crisis*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

4. *La riscoperta del principio di sussidiarietà*

Da cosa dunque ripartire in Europa, dando credito a tale prospettiva? La strada che si vuole qui suggerire è quella di ridare voce al principio di sussidiarietà che già in passato era stato individuato come il meccanismo politico-giuridico attraverso cui vincere le resistenze euroscettiche, ma che pare aver perso il proprio ruolo centrale nella struttura costituzionale europea arrivando persino, in alcuni casi, ad aver prodotto effetti distorsivi per la tenuta dell'intero sistema.

La sussidiarietà sconta del fatto di essere uno dei principi più amati e al contempo più vituperati del costituzionalismo europeo. Della «parola che ha salvato Maastricht»³² sembra oggi rimasto – nella più rosea delle letture – un guscio vuoto incapace di dare forma ai complessi rapporti in cui si articola la filiera verticale europea o, nelle critiche più pervasive, uno strumento piegabile verso un ribaltamento teleologico³³; introdotta come strumento di coesione, la sussidiarietà diventa il grimaldello per una progressiva «evaporazione» degli spazi di sovranità nazionale. Ciononostante, nel corso della sua storia di integrazione, l'Unione ha comunque sempre cercato, fin dalla sua introduzione con Maastricht, di seguire la direzione dell'implementazione di tale principio, intravedendo in esso e nella sua intrinseca natura di medium di prossimità al cittadino, un elemento chiave per attenuare lo strappo originario tra il decisore europeo e la base sociale. In questo senso, anche sulla spinta inferta dalle accese critiche rivolte al deficit democratico dell'architettura istituzionale europea, possono essere quindi ricondotti – in maniera più o meno diretta – una serie di interventi sul diritto primario europeo: la proceduralizzazione del principio di sussidiarietà; la periodica riformulazione e riconcettualizzazione delle clausole di protezione delle identità costituzionali nazionali; l'incremento del livello di democraticità delle istituzioni europee e dei processi decisionali³⁴; il rafforzamento del ruolo dei parlamenti

³² Secondo la nota formulazione dell'allora Primo Ministro Britannico Major.

³³ Sia concesso un rimando a B. Vimercati, *Natura e strumenti della better regulation. Un contributo allo studio dell'integrazione tra i diversi livelli di governo*, Torino, Giappichelli, 2017.

³⁴ Si veda il rafforzamento dei poteri legislativi del Parlamento europeo e il ruolo di quest'ultimo nella procedura di nomina della Commissione e del suo Presi-

nazionali, soprattutto con riguardo alla valutazione sulla conformità delle proposte legislative europee ai principi di sussidiarietà e proporzionalità tramite il c.d. dialogo politico e il sistema di allerta precoce; l'inclusione delle entità sub-statali grazie all'istituzione del Comitato delle regioni così come il coinvolgimento delle assemblee legislative regionali, benché con una portata esponenzialmente più contenuta rispetto all'inclusione dei rispettivi organi nazionali.

Questa prolusione di tentativi non si è però rivelata del tutto adeguata ad offrire risposta alle problematiche europee, sia per le perfettibilità sistemiche connaturate alle singole azioni riformatrici intraprese³⁵, sia per un problema di fondo che può forse accomunare tutti questi tentativi: essi si proiettavano su una lettura non integrale del principio di sussidiarietà. Parziale è infatti lo sguardo volto alla sussidiarietà nella sua sola anima giuridica, quale clausola di un rigido riparto delle competenze nel peculiare federalismo europeo e quale meccanismo che consente così di rimandare il confronto politico³⁶. La sussidiarietà, per poter esprimere appieno le proprie potenzialità e per poter ancora dire qualcosa, andrebbe forse riscoperta anche nella sua anima politica, come termometro della qualità/sostanza politica dell'intervento normativo comunitario³⁷. Come sottolinea Scoditti, «il costituzionalismo, quale tecnica di divisione del potere per prevenirne la concentrazione in poche mani, costituisce un argine importante alla tirannia delle maggio-

dente. In questo senso si muove anche la previsione dell'iniziativa legislativa di cui si intitolano i cittadini europei (sul punto cfr., *ex multis*, E. Longo, *The European Citizens' initiative: Too much democracy for EU polity?*, in *German Law Journal*, 2019, 181 ss.; M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, Franco Angeli, 2012; P. Zicchittu, *Il diritto di iniziativa dei cittadini: un nuovo strumento di partecipazione all'interno dell'Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 621 ss.).

³⁵ A titolo esemplificativo, si pensi alle critiche mosse contro la fragile incidenza dell'*early warning system*, derubricato come mera istituzionalizzazione di una procedura di consulenza (cfr. P. Küiver, *The early warning system for the principle of subsidiarity: the national parliament as a conseil d'etat for Europe*, in *European Law Review*, 2011, 101). O, analogamente, le critiche avanzate al Comitato delle Regioni il quale, nonostante alcune riforme, rimane un soggetto non propriamente istituzionale, con sola funzione consultiva e affetto da un deficit di legittimazione democratica.

³⁶ Cfr. G. de Búrca, *Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam*, Harvard Jean Monnet Working Paper, 1999.

³⁷ Cfr. A. Morrone, *cit.* il quale afferma: «la sussidiarietà come 'veicolo di legittimazione' delle istituzioni europee, trascende dunque la dimensione 'competenziale', perché svolge pienamente la funzione di 'fattore dell'ordinamento'».

ranze, secondo un classico pensiero, ma quell'argine potrebbe essere insufficiente se la democrazia perde del tutto la sua sostanza politica»³⁸.

5. *La sussidiarietà presa sul serio: l'apporto della better regulation*

È proprio nella riscoperta dell'anima politica della sussidiarietà che occorre investire sfruttando le sue connessioni con lo strumentario messo a disposizione dalle politiche europee della better regulation. Ci si può chiedere in quale misura uno strumento che guarda alla qualità della legislazione, più volte accusato di contribuire al consolidamento della tecnocrazia elitaria europea, possa partecipare alla costruzione di un'Europa sussidiaria e, quindi, più vicina ai cittadini. Di primo acchito, porsi tale interrogativo può apparire fuorviante dal momento che la better regulation è stata introdotta nella scena europea come strumento tecnico-giuridico che, abbracciando il paradigma funzionalista, ha enfatizzato la dimensione economico-efficientista del federalizing process europeo. Pur nascendo strettamente connessa alla razionalità funzionalista, la better regulation si è però evoluta nel tempo maturando una poli-funzionalità che consente di cogliere la sua aspirazione a diventare strumento capace di favorire la costruzione di un luogo dove possa rivitalizzarsi la dimensione politica del processo decisionale.

Soprattutto grazie ai recenti ammodernamenti che l'hanno interessata³⁹, essa assume infatti una duplice forza politica e normativa. Innanzitutto, tale strumento incide non solo sulla produzione delle norme (formalisticamente intesa) ma anche sul processo politico-decisionale che ne sta a monte, aiutando ad orientare la scelta legislativa dentro l'ambito di discrezionalità in cui opera. Sintomatico in questa direzione è l'ampliamento dimensionale sotteso al recente intervento della Commissione così come nei passi compiuti

³⁸ E. Scoditti, *Introduzione. Il popolo senza politica*, in *Questione Giustizia*, 2019.

³⁹ Aspirazione già presente nel Libro Bianco sulla governance (2001) il quale, portando a sintesi gli sviluppi delle riflessioni europee sul *federalizing process* e sulla qualità della legislazione, mira al riavvicinamento dei cittadini alle istituzioni dell'Unione, attraverso un adeguamento istituzionale e un'implementazione sul piano politico nel senso dell'efficacia e coerenza delle politiche eurounitarie.

⁴⁰ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Re-

dopo il Package del 2015⁴⁰: un ampliamento che, proiettato verso la società civile e su tutto il ciclo della norma, spinge verso una valorizzazione delle valutazioni di impatto *ex ante* ed *ex post* della produzione normativa così come delle consultazioni, in un'ottica di inveroamento del principio sussidiario che arriva fino alla previsione di forme di partecipazione delle società civile complementari all'attività decisionale nelle sedi della rappresentanza⁴¹. Su tale approccio dialogico si innesta la seconda forza propria delle strategie per l'implementazione della better regulation che sfruttano e sedimentano il metodo della cooperazione inter-istituzionale per cementare il raccordo tra i soggetti pubblici implicati nel processo decisionale oltre che con i destinatari dell'intervento legislativo stesso⁴².

Lavorando sulla valutazione dei contenuti della produzione normativa europea e sfruttando il metodo di coordinamento tra i soggetti della struttura ordinamentale europea, la better regulation può pertanto innescare un circolo virtuoso, appropriandosi di una dimensione propriamente costituzionale. Con l'intento di aumentare il tasso di democraticità formale ma soprattutto sostanziale della decisione pubblica⁴³, essa si presta infatti a valorizzare la dimensione politica e non solo giuridico-procedimentale della sussidiarietà, conferendole quella dimensione concreta e pratica, idonea ad indirizzare un decision-making process che sia espressione di una comunità autenticamente politica pur in costanza di una diversità che è ineradicabilmente fonte di disaccordo⁴⁴.

gioni, «I principi di sussidiarietà e di proporzionalità: rafforzarne il ruolo nel processo di definizione delle politiche dell'UE», {COM(2018) 490} - {COM(2018) 491}. Quest'ultima attinge inoltre i propri contenuti dalle linee di azione indicate nella Relazione della Task force per la sussidiarietà e la proporzionalità «Fare meno in modo più efficiente», disponibile sul sito www.ec.europa.eu, 2018.

⁴¹ Cfr. A. D'Atena, *cit.*, 14.

⁴² Il metodo cooperativo dovrebbe infatti consentire di evitare surrettizi sbilanciamenti della decisione politica sia a vantaggio di posizioni elitarie sia a vantaggio di alcuni soggetti definibili «minoranze».

⁴³ A. Manzella, *Sui principi democratici dell'Unione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 23.

⁴⁴ Cfr. E. Olivito, G. Repetto, *Perché pensare la crisi dell'Ue in termini di conflitti costituzionali*, in www.costituzionalismo.it, 2017: «è, pertanto, necessario che i conflitti costitutivi degli odierni *cleavage* politici, sociali e culturali (...) siano introiettati e immessi nelle pratiche politiche e nei processi decisionali europei, anche attraverso canali giuridico-istituzionali più ampi di quelli offerti dal solo circuito intergovernamentale o giurisdizionale».

6. Conclusioni

La storia dell'Unione, riletta attraverso le lenti dell'esplosione del disaccordo europeo, mette in luce l'assenza di uno spazio politico pubblico dove il disaccordo possa trovare composizione⁴⁵. Al contrario, l'aver conferito una caratura fortemente tecnocratica al processo decisionale ha inclinato il baricentro europeo verso meccanismi strettamente giuridico-procedurali, che vengono percepiti come ulteriori fattori di accrescimento della distanza tra cittadinanza e livello istituzionale⁴⁶. Il potere europeo nel sistema costituzionale multilivello si è infatti costruito nel tempo avvantaggiando una dimensione tecnico-giuridica a cui si affidava il compito di colmare le lacune sul piano politico insite nel processo di integrazione, tra le quali – in primo luogo – la mancanza di un popolo europeo che si riconoscesse nelle sue istituzioni. Istituzioni, a loro volta, distanti dalla base sociale in quanto titolari di un potere di fatto sganciato dal suo necessario contraltare della responsabilità. Come affermato da Luciani: «la più significativa conquista del costituzionalismo è stata forse l'imposizione del principio di corrispondenza fra potere e responsabilità: dove c'è potere deve esserci responsabilità, così come, in senso inverso, qualunque forma di responsabilità implica un potere di agire (o di non agire). È proprio tale conquista che sembra oggi messa a rischio dalla reazione del potere, che, finalmente catturato dal diritto, elabora raffinate strategie di nascondimento per sottrarsi ai limiti che l'ipoteca giuridica, fatalmente, gli impone»⁴⁷.

Tale sequenza se, da una parte, ha consegnato un'unità economica forte attraverso la quale si è garantito al continente europeo il più duraturo periodo di pace della sua lunga storia, dall'altra, ha

⁴⁵ Cfr. M.G. Rodomonte, *Il «populismo sovranista» e l'Europa. A proposito di crisi della democrazia e del processo di integrazione europea*, in *Nomos*, 2019; sul rapporto tra politica e diritto si veda inoltre B. Randazzo, *Populismo e diritto. Dialogando con Enrico Scoditti*, in *Questione Giustizia*, 2019.

⁴⁶ Cfr. *ex multis*, A. Pin, *The Transnational Drivers of Populist Backlash in Europe: The Role of Courts*, in *German Law Journal*, 2019, 225 ss.; J. Baroš, P. Dufek, D. Kosař, *Separation of Powers in Democratic Theory: Understanding Populism and Rise of the Unelected. The Case of Central Europe*, in *www.agenda.unict.it*, 2018; G. Scaccia, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista AIC*, 2017.

⁴⁷ M. Luciani, *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, voce in *www.treccani.it*, 2009.

gettato le condizioni affinché il naturale dissenso tra soggetti tra loro diversi chiamati a condividere un'esperienza giuridica e politica di unità si tramutasse in un disaccordo capace di compromettere quella stessa unità e quel patto costituzionale che si è cercato con fatica di fondare.

Affrontare questa situazione di crisi con meccanismi prettamente giuridici rischia forse di porsi come una risposta non del tutto adeguata a risolvere la profonda ferita di natura politica che affligge il costituzionalismo europeo perché «ben difficilmente il costituzionalismo, anche oggi, come nella sua tradizione storica, può fare a meno del suo necessario elemento politico»⁴⁸. È proprio qui che si inseriscono l'anima politica della sussidiarietà e della *better regulation* che possono aiutare a rinsaldare lo scollamento, presente nella governance europea, tra potere e responsabilità. Non si vuole negare come la *better regulation* possieda intrinsecamente elementi che, interpretati in chiave squisitamente tecnica tralasciandone la dimensione politica, possano risolversi in un ulteriore aggravio delle critiche già rivolte all'Europa. La tecnicità insita nelle procedure di valutazione richieste dallo strumentario sulla qualità della regolamentazione non è infatti scevra da abusi capaci di incentivare potenziali torsioni tecnocratiche e di posporre la discussione politica all'elemento tecnico. Letta però come strumento di rafforzamento del potere e della responsabilità rinsaldando l'elemento giuridico con quello politico, la *better regulation* può diventare tassello di quella «tensione realizzativa» diretta alla creazione e al consolidamento di una «unità politica che richiede un impegno quotidiano dei cittadini e delle istituzioni europee»⁴⁹.

Abstract

Il patto costituzionale europeo che si è cercato faticosamente di fondare nel corso del processo di integrazione è oggi sfidato dal profondo disaccordo che sembra insinuarsi nei rapporti tra istituzioni europee, istituzioni nazionali e cittadini. A fronte della radicalizzazione di tale disaccordo, che si canalizza anche in un rigurgito nazionalista, la soluzione sembra essere – nei casi più estremi – la rottura del patto costituzionale e

⁴⁸ M. Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, 166.

⁴⁹ A. Martinelli, *L'identità europea*, in *Quaderni di Sociologia*, 2011, 41 ss.

la partecipazione dimidiata al progetto politico dell'Unione di quegli ordinamenti che mettono in discussione i caratteri proprio della democrazia liberale europea. L'articolo, muovendo dalle cause da cui origina tale disaccordo, guarda agli strumenti di cui l'Europa dispone per far fronte alla crisi costituzionale europea, leggendo tali strumenti in una prospettiva che sia utile a comprendere se essi siano funzionali al tentativo di incanalare e offrire composizione all'attuale disaccordo.

The European constitutional agreement that has been laboriously established during the European integration process is today challenged by the profound disagreement that seems to creep into the relations between European institutions, national institutions and citizens. Against the radicalization of this disagreement, which is channeled into a nationalist backlash, the solution seems to be the breakdown of the constitutional agreement and the diminished participation in the European political project of those member states which are not respecting the conditions of Union membership, failing to adhere to the main values of the European liberal democracy. Moving from the causes giving rise to the European disagreement, the article will focus on the tools aimed to face the current constitutional European crisis, investigating whether they are useful in managing the current disagreement.