



*Costituzionalismo.it*

Fascicolo 3 | 2021

Sull'equilibrio costituzionale  
dell'Unione europea.  
La costituzione  
“nata dal cambiamento”  
e i limiti alla priorità applicativa  
del diritto sovranazionale

di Giuliano Vosa

EDITORIALE SCIENTIFICA

SULL'EQUILIBRIO COSTITUZIONALE  
DELL'UNIONE EUROPEA.  
LA COSTITUZIONE “NATA DAL CAMBIAMENTO”  
E I LIMITI ALLA PRIORITÀ APPLICATIVA  
DEL DIRITTO SOVRANAZIONALE

*di Giuliano Vosa*

Investigador Posdoctoral Visitante, Departamento de Derecho Público  
I y Ciencia Política Università Rey Juan Carlos, Madrid

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE: UN PRIMATO RAFFORZATO, EPPURE DISSOCIATO DALLA FORMA?; 2. L'APERTURA AL DIRITTO SOVRANAZIONALE: PREMESSE TEORICHE E STORICO-POLITICHE: 2.1. DALLA FORMA AL PRIMATO E RITORNO: LE RAGIONI DI UN'INTEGRAZIONE “ATTRAVERSO IL DIRITTO”; 2.2. LETTURE DIVERGENTI DEI VALORI COSTITUZIONALI: L'INTEGRAZIONE NEL DIBATTITO DOTTRINALE E SULLA SCENA (GEO)POLITICA; 2.3. IL DECENNIO PRE-COMUNITARIO E LA CONTINUITÀ COL PROGETTO EUROPEO; 3. LA *PLANUNGSVERFASSUNG* E LE SUE CONSEGUENZE: GLI STRUMENTI DELL'APPLICAZIONE PRIORITARIA DEL DIRITTO DELLA COMUNITÀ; 4. LA *WANDEL-VERFASSUNG*: IL MOTO COSTITUZIONALE CONVERGENTE DEGLI STATI D'EUROPA; 5. LA NASCITA DELL'UNIONE EUROPEA E IL “MODELLO-MAASTRICHT”: SOVRANITÀ POPOLARE E TUTELA DEI DIRITTI; 6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

**1. Introduzione: un primato rafforzato, eppure dissociato dalla forma?**

A non pochi osservatori delle vicende europee è parso chiaro che, a partire dalla crisi degli anni Dieci, l'Unione abbia inteso rafforzare la pretesa normativa del proprio diritto, specialmente in determinati settori, con priorità su quello nazionale e in riferimento a un ambito applicativo sempre più vasto. Due, in specie, i campi in cui tale pretesa si è fatta particolarmente incisiva. Da un lato, la controversia con la Polonia sul rispetto della *rule of law* cela una questione assai spinosa: se possa farsi discendere dal nucleo di “valori dell'Unione” ex art. 2 TUE una norma specifica che inerisca a condotte in principio non disciplinate dal diritto dell'Unione, e che, se violata, dia luogo a procedura d'infrazione<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Su posizioni contrapposte, si vedano A. VON BOGDANDY, *Principles and Chal-*

D'altro lato, il diritto della sfera economica è venuto ammantandosi di una *specialità nella specialità* che ne moltiplica in senso teleologico le pretese espansive<sup>2</sup>.

Mette conto di segnalare che una siffatta pretesa non si accompagna ad una parallela, convincente ricostruzione in chiave monistica dell'Unione come *constitutional polity*. È, questa, una chiara differenza rispetto agli ultimi trent'anni, in cui numerose teorie d'eco costituzionalistica hanno sostenuto il primato del diritto dell'Unione sulla base di una ricostruzione della sua forma come entità politica unitaria. Si nota, infatti, la dissociazione dei due filoni di dibattito: se gli studiosi dell'Europa quale *single polity* non si annoverano forzatamente tra i fautori del primato incondizionato del diritto dell'Unione<sup>3</sup>, i sostenitori di quest'ultimo ricorrono ad argomenti slegati da una rilettura dell'Unione stessa in guisa unitaria, ma piuttosto ispirati a ragioni d'ordine etico-politico.

Sfogliando i contributi più recenti, a ragioni di aperta *preferibilità*<sup>4</sup> si sommano appelli a una *constitutional maturity* che induca gli Stati ad accettare la supremazia *tout court* del diritto dell'Unione<sup>5</sup>; resta invece in minoranza chi si studia di preservare il legame tra forma politica ed atti giuridici spiegando il primato con (e a partire da) le categorie del diritto costituzionale degli Stati. In tale ultimo caso, un primato «assoluto»<sup>6</sup> si giustificerebbe alla luce di un'*auto-rottura costituzionale* – concetto di stretta ascendenza *schmittiana* e derive autoritarie altret-

---

*lenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2019-14*, 1-33, e M. RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61/2018, 933-971, spec. 948.

<sup>2</sup> J. BAST, *Autonomy in Decline? A Commentary on Rimšēvičs and ECB v Latvia*, in *Verfassungsblog.de*, 13 maggio 2019.

<sup>3</sup> Si veda, da ultimo, S.R. LARSEN, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford University Press, 2021, spec. 41 ss.

<sup>4</sup> J. BAQUERO CRUZ, *What's Left of the Law of the Integration?*, Oxford University Press, 2018, 27-51, spec. 28 ss.

<sup>5</sup> R.D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 23:1, 2016, 136-150, spec. 139 ss.

<sup>6</sup> Sulla qualifica di assolutezza riferita al primato cfr. il dibattito in M. LÓPEZ ESCUDERO, *Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 64/2019, 787-825,

tanto nitide<sup>7</sup> – ovvero s'imporrebbe in via d'interpretazione orientata delle clausole costituzionali di apertura a ordinamenti esterni<sup>8</sup>. Tuttavia, nessuna di queste letture sembra capace di occultare il pregiudizio etico positivo per la *ever closer union* quale *bene in sé* – di tal che una sempre maggior integrazione attraverso il diritto debba ritenersi preferibile, costi quel che costi, ad ogni altra alternativa. Per cui, anche gli argomenti meglio accomodati sulla dogmatica del diritto costituzionale degli Stati non rinunciano a un massiccio supporto d'ordine morale, che annacqua, se non forse estingue, il dato volontaristico nella formazione del diritto dell'Unione – con la non trascurabile controindicazione di rendere poco o punto rilevante il consenso dei destinatari quale fondamento della sua obbligatorietà.

Stando così le cose, le ricostruzioni costituzionalistiche dell'Unione europea che si proponevano – seppur in fogge assai diverse – di perpetuare tale elemento volontaristico e trasfonderlo in un'architettura *multi-layered* o multilivello appaiono oggi vacue, o addirittura inconferenti. Il dibattito teorico fra *pluralisti* e *anti-pluralisti*, che ha animato gli ultimi due decenni, in questo frangente pare ristagnare, come fermo a un binario morto. I fautori del pluralismo, infatti, sembrano restii ad entrare nel merito delle condizioni cui, a corollario delle rispettive impostazioni, deve sottoporsi il primato<sup>9</sup>; piuttosto affidandosi più genericamente alle virtù di «auto-correzione» del pluralismo

---

e A. ARENA, *Sul carattere «assoluto» del primato del diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, XIII/2018, 317-340.

<sup>7</sup> Á. FIGUERUELO BURRIEZA, *Acotaciones al tema de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno*, in *Revista de Estudios Políticos*, 51/1986, 191-212, spec. 195 ss.

<sup>8</sup> N. LUPO, *L'art. 11 come «chiave di volta» della Costituzione vigente*, in *Rassegna parlamentare*, 3/2020, 379-419.

<sup>9</sup> Sulla difficoltà di rinvenire un criterio unificante nell'interpretazione della clausola di cui all'art. 4(2) TUE, nonché sulla sua insufficienza, *per se*, a produrre un «*more cooperative framework*», col rischio di una «*interpretive anarchy*», G. MARTINICO, *Constitutional conflicts and agonistic pluralism: what can we learn from political theory?*, in G. DAVIES, M. AVBELJ (a cura di) *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Cheltenham, Elgar, 2018, 78-95, che rilegge il conflitto generato dall'incrocio fra diritto interno e sovranazionale col prisma del «pluralismo agonistico» di Chantal Mouffe. Tale schema, tuttavia, non si fa problemi a «sbattere la porta in faccia» a coloro che «revocano in dubbio le basilari istituzioni democratiche» (*ibid.*, 88 e nota 48) con l'ovvia implicazione di dover premettere una concezione della democrazia a condizione della libera esplicazione del conflitto – così ratificando la priorità dell'argomento morale-razionalistico su quello volontaristico.

stesso<sup>10</sup>. D'altronde, la corrente degli *anti-pluralisti* si mostra di per sé alquanto eterogenea, comprendendo sia i critici radicali dell'integrazione (i c.d. "sovranisti")<sup>11</sup> sia, all'estremo opposto, i fautori del "prendere o lasciare", per i quali il recesso è l'unica opzione disponibile a chi non si sottometta al diritto dell'Unione<sup>12</sup>. Tale rimescolamento, che nella celebrazione di *Brexit* trova la più icastica raffigurazione, plasticamente rende ragione dell'inconferenza di tale disputa rispetto a quella che riguarda il primato<sup>13</sup>; stabilizzandosi così la divaricazione del dibattito sulla forma rispetto a quello sulle fonti dello spazio comune<sup>14</sup>.

Per cui, deve desumersi, l'argomento che regge il primato incondizionato del diritto dell'Unione fa volentieri a meno di spiegazioni inerenti alla forma della comunità politica di riferimento e, dunque, all'assetto dei rapporti sociali sottostanti<sup>15</sup>: pretende piuttosto d'imporre per la pura *forza del fatto*, accompagnata da una valutazione etica apertamente favorevole a una tale imposizione – certamente *soggettiva*, benché da molti condivisa; eppur presentata come capace, da sola, di generare diritto legittimo.

Non pare inopportuno, dunque, chiedersi dove intenda appoggiarsi una simile pretesa normativa; tenuto conto peraltro delle rovinose conseguenze della crisi degli anni Dieci, là dove un *Ersatzunionsrecht*<sup>16</sup>

<sup>10</sup> A. BOBIĆ, *Constitutional Pluralism Is Not Dead: An Analysis of Interactions Between Constitutional Courts of Member States and the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, 18:6, 2017, 1395-1428.

<sup>11</sup> M. LOUGHLIN, *Constitutional Pluralism: An Oxymoron*, in *Global Constitutionalism*, 3/2014, 9-30.

<sup>12</sup> F. FABBRINI, *After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States*, in *German Law Journal*, 16:4, 2015, 1003-1023, spec. 1022.

<sup>13</sup> Si rafforza, pur dinanzi alla prova di un'evidente insufficienza a tenere assieme i fili del conflitto politico in seno all'Unione, il transito "dalla sovranità alla *primauté*", scindendosi i due discorsi: C. DE FIORES, *Europa, Stato e sovranità dopo la Brexit*, in *Teoria politica*, 7/2017, 199-218, 206 ss.

<sup>14</sup> Tirano le fila del dibattito G. DAVIES, M. AVBELJ, *Introduction*, nel citato volume a loro cura *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, 1-8, ove rendono conto delle difficoltà di approcciarsi al tema fra teoria, pratica e legami col principio democratico (tre punti che rispecchiano le tre parti del volume).

<sup>15</sup> Sul dibattito in ordine alla forma di governo nello spazio comune cfr. il volume a cura di R. IBRIDO, N. LUPO, *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2019, spec. *Introduzione*, firmata da entrambi i curatori, 9-53.

<sup>16</sup> Che in italiano suona come "sucedaneo del diritto dell'Unione", non senza una sfumatura di "contraffatto": R.A. LORZ, H. SAUER, *Ersatzunionsrecht und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Zustimmungsgrundlagen für den Fiskalpakt, den*

adottato perlopiù fuori dal quadro procedurale e materiale dell'Unione ha causato l'inasprirsi delle diseguaglianze tra Stati e in seno ad essi – come, peraltro, le note vicende della pandemia non hanno mancato di sottolineare dolorosamente<sup>17</sup>.

Di fronte a una tal pretesa, non sorprende che posizioni ad essa recisamente contrarie sorgano a presidio dell'ordinamento statale, con ragioni ora aggrappate a una perdurante sovranità – fino al punto da negare in radice la peculiarità dell'integrazione europea rispetto ad altri ordini internazionali – ora intente a tracciare riserve non valicabili di competenza domestica, di tal ch  l'Unione si rassegni, senza ulteriormente interloquire, all'applicazione differenziata o selettiva del diritto comune da parte degli Stati.

L'ipotesi da cui muove questo scritto   che la dissociazione tra i due filoni di dibattito qui segnalati sia in realt  congenita al diritto dell'Unione e origini dalle peculiarit  del processo d'integrazione, che si   svolto *attraverso il diritto* e non per mezzo della politica come, invece,   accaduto per gli Stati. Di qui l'inversione logica che, per un certo tempo, ha tratto in inganno l'osservatore: se nel diritto costituzionale degli Stati lo studio della forma politicamente stabilita precede logicamente e causa fattualmente il sistema degli atti-fonte, nel diritto costituzionale *dopo lo Stato*   lo studio di questi ultimi e dei loro effetti a precedere logicamente e causare in via di fatto la forma dello spazio ove tali atti operano.

  quindi possibile sostenere che, con riguardo all'Unione, il dibattito sulla forma non sia che una descrizione delle conseguenze di qualcosa che   gi  avvenuto; e che, perdipi ,   avvenuto sul piano degli effetti giuridici, cio  dell'interpretazione delle norme, piuttosto che a livello di modificazioni formali, politicamente sancite, dello spazio in cui tali norme cercano applicazione<sup>18</sup>.

Di qui l'esigenza di rifarsi a quest'ultimo piano, quello dell'interpretazione del diritto dell'Unione, per un duplice scopo: rinvenire criteri utili alla ricostruzione del primato come assoluto o limitato e,

---

*ESM-Vertrag und die  nderung des AEUV*, in *Die  ffentliche Verwaltung*, 15/2012, 573-581.

<sup>17</sup> A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell'emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 1-81.

<sup>18</sup> Su cui P. RIDOLA, *Prime riflessioni sullo spazio pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 31-49.

quindi, accedere a una miglior comprensione della forma dell'Unione stessa. È da quel piano, difatti, che si scorgono i meccanismi tesi a ridisegnare gli assetti sociopolitici dello spazio comune, in relazione ai quali si descrive, con approcci pure tra loro diversi, la "costituzione" della comunità che con tali meccanismi si è cercato di realizzare.

A tale scopo, occorrerebbe non solo approfondire il sostrato concettuale comune agli strumenti dell'integrazione giuridica nei rapporti col diritto internazionale/costituzionale all'epoca vigente, ma anche, per quanto possibile, sforzarsi di comprendere le dinamiche politiche sottostanti all'affermazione di tali strumenti, affinché la valutazione sulla forma dell'Unione possa riempirsi di contenuti concreti quanto all'atteggiarsi dei conflitti sociali nel suo seno.

È questa l'idea sviluppata dal lavoro qui proposto, che si articola in quattro paragrafi, di seguito brevemente anticipati nel contenuto.

Nel primo paragrafo (suddiviso in tre punti) pur pagando il prezzo di un'inevitabile semplificazione e talora di una sgradevole frammentarietà, si tenta di ricostruire talune coordinate teoriche e storico-politiche in merito all'apertura della produzione giuridica su un piano sovranazionale – intesa, questa, come riconoscimento di priorità applicativa al diritto della Comunità in un sempre più largo ventaglio di casi.

Nel secondo e nel terzo si esaminano i concetti che presiedono a tale apertura: la costituzione-piano, o *Planungsverfassung* – che disegna un orizzonte teleologico a giustificazione degli strumenti conati dalla Corte di Giustizia per assicurare al diritto comunitario la citata priorità – e la costituzione in cambiamento, o *Wandel-verfassung*, grazie alla quale tale priorità si estende alle norme costituzionali statali. Questi concetti, pur muovendo da una visione della Comunità quale entità politica, operano direttamente sul piano interpretativo: dapprima cavalcando l'assenso iniziale degli Stati per riplasmare l'argomento positivista dominante, e poi affiancandogli, fino a svuotarlo, un argomento teleologico orientato alla *ever closer union*, che veicola una preferenza etica per l'applicazione prioritaria del diritto dell'Unione a un sempre più ampio ventaglio di casi.

Segue l'esame del *modello-Maastricht*, frutto della relazione fra sovranità degli Stati e integrazione sovranazionale, all'esito del quale si espone un concetto che pare in grado di rinsaldare il legame tra assetti politico-istituzionali e priorità applicativa del diritto dell'Unione: quello di *equilibrio costituzionale*. Tal equilibrio segue tre linee diret-

trici – fra Stati e Unione, fra “costituzione dei diritti” e “dei poteri”, fra elemento volontaristico e moral-razionalistico nella formazione del diritto – e ha a pilastro la prima scaturigine dell'integrazione: la fedeltà ai valori sanciti dalle costituzioni del dopoguerra e rielaborati in seno alle istituzioni dello spazio comune.

Le conclusioni, infine, ricapitolando le tappe del percorso svolto, segnalano i rischi cui ci si consegnerebbe ove si sostenesse un primato incondizionato, paventando la rottura di un siffatto equilibrio. Se il progetto europeo vuol rafforzare, in chiave anti-totalitaria, gli assetti sociali, economici e politici scolpiti dalle costituzioni del dopoguerra sulla base dei valori in esse custoditi – quelli che hanno aperto le porte allo Stato pluralista e social-democratico di diritto – il *silenziamento* del conflitto che conseguirebbe a un'imposizione schiacciante del primato sacrificerebbe, insieme alle posizioni degli sconfitti, talune potenzialità assiologiche riconducibili proprio a quei valori, e ridurrebbe drasticamente la capacità del diritto di legittimare la decisione pubblica – cui si opporrebbe un ribollente, a quel punto incontrollabile, dissenso<sup>19</sup>.

## 2. L'apertura al diritto sovranazionale: premesse teoriche e storico-politiche

### 2.1. *Dalla forma al primato e ritorno: le ragioni di un'integrazione “attraverso il diritto”*

Fin dai primi decenni successivi al Trattato CEE, che sanciva la volontà degli Stati membri di procedere verso una “unione sempre più stretta”, le ricostruzioni tese a definire i caratteri specifici delle Comunità europee possono a grandi linee collocarsi fra due poli<sup>20</sup>. L'uno ne descrive la natura in riferimento alle categorie del diritto costituzionale, rileggendo l'integrazione sulla falsariga di uno Stato federale; l'altro preferisce piuttosto attenersi al diritto internazionale per i rapporti Stati-Comunità e al diritto amministrativo quanto alle relazioni

---

<sup>19</sup> Cfr. M. EVERSON, *The fault of (European) law in (political and social) economic crisis*, in *Law & Critique*, 24:2, 2013, 107-129.

<sup>20</sup> V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes. Contribution à l'étude de la nature juridique des Communautés*, Paris, 1974, 9 ss.

tra Comunità e cittadini. A ben vedere, tra questo dibattito e quello relativo alla capacità del diritto della Comunità di lasciarsi *preferire* nell'applicazione rispetto al diritto statale non v'è, in origine, comunicazione o nesso d'implicazione; e ciò in conseguenza dell'*estraneità* del diritto comunitario rispetto alle categorie del diritto degli Stati. L'impostazione dogmatica del diritto statale imponeva di aver riguardo alla "forma" dell'entità oggetto d'indagine, e dopo – se del caso, e in conseguenza dei risultati di una tale analisi – agli atti che da tal entità scaturivano, nonché ai loro rapporti col diritto interno. Invece, com'è noto, il tema dell'applicazione prioritaria del diritto comunitario – poi dell'Unione – nasce e si sedimenta col tempo sull'onda della giurisprudenza creativa della Corte di Giustizia, gradualmente mutando ragioni ed estensione: muove dalla genesi dell'effetto diretto in *Van Gend en Loos*, si estende alla speciale forza passiva riconosciuta alla norma comunitaria in *Costa c. ENEL*, per poi espandersi agli strumenti, variamente ricostruiti in dottrina, della *pre-emption*, dell'effetto utile, dell'interpretazione conforme, e via discorrendo<sup>21</sup>. La saldatura dei due piani di dibattito è il prodotto di una stagione successiva del processo di integrazione, quella che accompagna la *costituzionalizzazione* dell'Europa; è in quel tempo che un terzo filone di dibattito dottrinale si sviluppa a partire dall'identificazione di un sostrato comune valoriale, su cui poggia la tutela dei diritti da parte delle Corti<sup>22</sup>. Quest'ultimo filone, che pure non trova unanimi adesioni in dottrina<sup>23</sup>, si snoda su piani perlopiù esterni a quello puramente giuridico, cimentandosi ora nella ricostruzione storico-politica della Comunità come esempio di *federalizing process*<sup>24</sup>, ora nella descrizione di un sistema monista "multilivello" definito *Verfassungsverbund*<sup>25</sup>, ora nell'applicazione

<sup>21</sup> Tale dibattito è, da ultimo, ripercorso in D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano, 2018, 9 ss., 23 ss., 29 ss., *passim*.

<sup>22</sup> A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, 2009, spec. 341 ss.

<sup>23</sup> G. GUARINO, *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, Mondadori, 1997, 12 ss., *passim*.

<sup>24</sup> B. CARAVITA DI TORITTO, *Il federalizing process europeo*, Editoriale per *Federalismi.it*, 17 settembre 2014, 1-20.

<sup>25</sup> Ovvero "unione di costituzioni": cfr. I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 36:4, 1999, 703-750.

della teoria dei sistemi all'integrazione<sup>26</sup>. Percorsi di riflessione, questi, che paiono apertamente condurre al primato del diritto dell'Unione, o presupporlo, o comunque non contestarlo; salvo allontanarsene, in specie per l'ultimo di tali modelli, allorché del primato emerge la poderosa carica conflittuale.

Di qui l'illusione ottica per cui dibattito sulla forma dell'Unione e dibattito sulle fonti della medesima, cioè sul primato, marcino di pari passo; un'illusione che svanisce proprio quando, per la conflittualità che il primato veicola, sarebbe assai comodo poter appellarsi ad argomenti formali di carattere costituzionale.

È allora opportuno ricordare che, ai suoi albori, il primato non trovava riparo in ragioni di stretto diritto, costituzionale o internazionale, ma si appigliava ad argomenti schiettamente politici; al punto che Renato Treves definì i suoi sostenitori come fautori di un «volere-essere» invece che del «dover-essere»<sup>27</sup>. Da parte dei «comunitaristi», piuttosto, con toni anche molto accesi, si esibiva una retorica possente e talora alluvionale, secondo la quale l'integrazione appariva come *fine in sé*, occasione di civiltà imperdibile per chi ne prendesse parte e imperdonabile colpa storica per coloro che ne rimanessero esclusi<sup>28</sup>.

Ben presto questa retorica prese veste di narrazione, sospinta dagli interessi nobili e meno nobili che gonfiavano le vele dell'integrazio-

<sup>26</sup> N. MAC CORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford University Press, 1999, spec. 127 ss.

<sup>27</sup> R. TREVES, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di) *Diritto delle Comunità europee e diritto degli Stati membri*, Roma, 1969, 15: «Ogni costruzione giuridica che intenda essere completa non può non partire da un'analisi del 'dover essere' e dell' 'essere'. Si può riscontrare però, specialmente in autori che gravitano attorno alle Comunità, una tendenza ad insistere su quello che si potrebbe chiamare un 'volere essere'».

<sup>28</sup> Gli esempi in tal senso sono assai numerosi: P. GORI, *A quando anche l'Italia? Per un deciso riconoscimento del diritto comunitario*, in *Rivista di diritto civile*, 18/1972, 186-204, così esordisce: «L'Italia, ultimo difensore di una posizione che negli altri Stati occidentali si ritiene non più confacente, quantomeno nell'ambito della Comunità europea, alle moderne esigenze della vita associata a livello internazionale, pare che voglia dare così ragione a chi ne sottolinea certe inadeguatezze per la sua piena partecipazione al processo dell'integrazione europea». Cfr. poi C. RIBOLZI, *Problemi costituzionali concernenti i Trattati delle Comunità Europee*, in *Foro Padano*, 1965, IV, col. 41-42, secondo cui la contrarietà a Costituzione del diritto comunitario è da scongiurare perché condurrebbe «al ripudio di quella realtà innovatrice che è costituita dagli ordinamenti comunitari». Sul dibattito, G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, 123 ss., 272 ss., *passim*.

ne<sup>29</sup>; connotandosi eticamente in senso positivo la *militanza* per la *ever closer union*<sup>30</sup>. Si creò così, in tempi relativamente brevi, un pregiudizio positivo per chi sposasse la necessità morale e politica dell'Europa unita, tacciandosi finanche di genuflessione dinanzi al feticcio statalista chi si mostrasse scettico verso tale necessità – o, comunque, critico verso la preminenza accordatale su ogni altra valutazione etico-politica pur ricompresa nel perimetro costituzionale. Mette conto di notare che il disfavore pregiudiziale verso tale scetticismo restava intatto – lo denunciò con forza Francisco Rubio Llorente<sup>31</sup> – anche là dove motivato con riferimento al c.d. “*deficit democratico*”, ossia alla difficoltà di ricostruire nel nuovo contesto i meccanismi di funzionamento propri dello Stato di democrazia pluralista costruito dalle costituzioni nazionali, in prima battuta quello della rappresentanza generale<sup>32</sup>.

## 2.2. *Lecture divergenti dei valori costituzionali: l'integrazione nel dibattito dottrinale e sulla scena (geo)politica*

La contrapposizione dottrinale fra europeisti e scettici fotografa la tensione fra due interpretazioni divergenti, almeno in apparenza, dell'insieme di valori che sottende le costituzioni del dopoguerra: l'una guarda all'apertura verso dimensioni *ultra*-statali come all'orizzonte privilegiato per una loro più piena realizzazione; l'altra, che condivida o no quest'assunto, sottolinea l'insufficienza a tal fine dello statuto metodologico della scienza del diritto pubblico – che lega all'impianto statale l'universo valoriale espresso dalla costituzione – e teme che la priorità accordata all'apertura sovranazionale, minando i fondamenti della rappresentanza, finisca per danneggiare l'equilibrio socio-politico riconducibile alle formulazioni costituzionali.

Si provi allora una prima, rozza semplificazione. Può dirsi che dal polo dell'apertura sovranazionale si tenda a concepire il costituziona-

<sup>29</sup> J.H.H. WEILER, *Europe in Crisis – On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and 'Rule of Law'*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, 248-268.

<sup>30</sup> J.-W. MÜLLER, *The EU as a militant democracy, or: are there limits to constitutional mutations within EU Member States?*, in *Revista de Estudios Políticos*, 165/2014, 141-162, 146 ss.

<sup>31</sup> F. RUBIO LLORENTE, *El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 16:48, 1996, 9-33, spec. 20-21.

<sup>32</sup> L. RONCHETTI, *Rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2015, 9-38.

lismo soprattutto come insieme di congegni *counter-majoritarian* che limitano il sovrano nelle sue velleità tiranniche – dunque, come strumento volto a ingabbiare la maggioranza – vedendosi in tale apertura il mezzo più idoneo a tal fine. D'altro canto, dal polo opposto si legge il costituzionalismo come un insieme di congegni tesi alla più ampia integrazione sociale nelle strutture statali affinché i limiti al sovrano coincidano con le formule di tale integrazione; in altre parole, non tanto volto a ingabbiare la maggioranza, ma soprattutto a valorizzarne l'azione quale motore di una produzione di diritto legittimo che persegua l'obiettivo della tendenziale eguaglianza sociale. In tal senso, l'indebolimento, o addirittura la dispersione del nesso potere-responsabilità che l'apertura sovranazionale sembra comportare implica un rischio potenzialmente foriero di danni tali da sconsigliare, salvo avveduta cautela, di procedervi senza aver espressamente concordato, e riscritto, i lineamenti politico-sociali dello spazio comune.

Se si accetta questa rozza schematizzazione, non pare fuori luogo ricollegare la prima visione all'azione delle Corti a tutela dei diritti e l'altra all'opera di un legislatore che rappresenti l'interesse comune: un'etichettatura certo semplicistica, ma figurativamente efficace, dell'approccio al diritto costituzionale che consegue a ciascuna delle due letture.

Ora, correndo scientemente il rischio di cadere nella banalizzazione stilizzata di un quadro più complesso, si insista nel tentativo di semplificazione collegando i due poli – quello europeista, e quello scettico – alle rispettive matrici storiche e politiche.

Sotto tali profili, infatti, ferma restando la condanna per le atrocità commesse durante i conflitti mondiali, gli eventi che segnano la prima metà del Secolo Breve si narrano ben diversamente a seconda che il punto di osservazione si situi in prossimità di un polo o dell'altro. Da un lato, l'ascesa del nazismo sulle ali del consenso popolare è emblematica della sfiducia – del terrore – che suscitano le masse, il cui capriccioso volere occorre costringere entro limiti certi<sup>33</sup>. Dall'altro, l'accento cade sulle condizioni sociali in cui la Grande Guerra ha precipitato gli strati più umili della popolazione europea<sup>34</sup>; in tal guisa, i

---

<sup>33</sup> C. MÖLLERS, *We are (afraid of) the People*, in M. LOUGHLIN, N. WALKER (a cura di) *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford University Press, 2008, 88-90, spec. 101 ss.

<sup>34</sup> J.-W. MÜLLER, *Contesting Democracy. Political Ideas in Twentieth Century Europe*, Yale University Press, 2011, 7 ss., 49 ss.

totalitarismi del Novecento appaiono piuttosto il più cinico degli strumenti per *silenziare* la lotta di classe, onde si ridistribuiscono padroni e sudditi su bellicososi *cleavages* identitari instillati ad arte da una martellante propaganda<sup>35</sup>.

Da quest'ultima ottica, si noti, ciò che la lettura precedente ritiene obiettivo primario è fonte di pericolo massimo. Ingabbiare la maggioranza, infatti, se quest'ultima è crogiolo ingovernabile di masse imbelli – come quella prima lettura sembra presupporre – significa auspicarne la *domesticazione* coi mezzi che volta per volta si rivelino più efficaci<sup>36</sup>. Ma ciò – sostengono i fautori di quest'ultima prospettiva – conduce proprio a quell'approdo che, studiandosi d'ingabbiarla, la prima a ogni costo cerca di evitare: l'avvento di *leaders* capaci di attirarne il consenso attorno ad argomenti di *rottura*, che parlando “alla pancia” dei destinatari risultano ingestibili per i fautori del discorso costituzionalistico – mettendo a repentaglio, fra l'altro, la stessa tutela dei diritti<sup>37</sup>. L'antidoto a questa deriva sarebbe uno sforzo d'integrazione, lungo le vie della politica e del diritto, dei gruppi sociali emarginati da un compromesso sempre più rastremato verso l'alto<sup>38</sup>; ma un tale sforzo richiederebbe di uscire dalla prospettiva per cui “le masse” vanno domesticate<sup>39</sup>, e di farlo per di più proprio nel momento in cui, dinanzi al loro turbolento agitarsi, monta più forte il terrore dei *pochi* verso *i molti* – aumentando, del pari, le tentazioni manipolative a detrimento di questi ultimi<sup>40</sup>.

Identificare, abbracciando d'un sol sguardo la magmatica realtà politica del secondo dopoguerra, il primo polo con gli schieramenti filoatlantici liberal-democratico-cristiani e l'altro con quelli social-co-

<sup>35</sup> M.A. WILKINSON, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford University Press, 2021, 44 ss.

<sup>36</sup> C.J. BICKERTON, C. INVERNIZZI ACCETTI, *Technopopulism: The New Logic of Democratic Politics*, Oxford University Press, 2021, 88 ss.

<sup>37</sup> N. LACEY, *Populism and the Rule of Law*, in *Annual Review Law & Social Science*, 15/2019, 79-96.

<sup>38</sup> D. CHALMERS, *Crisis reconfiguration of the European constitutional state*, in D. CHALMERS, M. JACHTENFUCHS, C. JOERGES (a cura di) *The End of the Eurocrats' Dream – Adjusting to European Diversity*, Cambridge University Press, 2016, 266-298.

<sup>39</sup> N. CHOMSKY, *Requiem for the American Dream* (2015) ed. it. (V. Nicolì) *Le dieci leggi del potere*, Milano, 2017, spec. 27 ss.

<sup>40</sup> N. URBINATI, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Roma-Bari, 2020, 44 ss.

munisti più o meno fedeli al PCUS, è un'altra, vieppiù rozza, semplificazione; che tuttavia, oltre al vantaggio intrinseco della semplicità, offre una chiave di lettura storica, sociale e politica delle vicende dell'integrazione. Non che a sinistra mancassero i sostenitori dell'europeismo: basta evocare la figura di Altiero Spinelli per provare il contrario<sup>41</sup>. Anzi, è proprio questa caratteristica trasversalità alle forze social-comuniste che colloca l'integrazione in un disegno geopolitico più vasto<sup>42</sup>. Piuttosto, da quest'ottica, tali semplificazioni valgono a contestualizzare la traiettoria dell'Europa nel secondo dopoguerra, che infatti muove in una direzione di senso e valore ben precisa: l'adesione al progetto euro-atlantico, al liberalismo economico e alla tutela dei diritti, e al contempo la fuga dal modello sovietico, dalla collettivizzazione dei fattori di produzione e dalla subordinazione dei diritti alla totalità statale.

Lasciando debitamente fuori dal campo d'indagine le soggettive preferenze politiche, a chi ripercorre la storia del decennio costituzionale pre-comunitario – dall'entrata in vigore delle costituzioni italiana, francese e tedesca ai Trattati di Roma – non può sfuggire un duplice passaggio, che dall'ottica italiana si mostra con lampante evidenza. Da un lato, emerge la *radicalità* della scelta fra “destra” capitalista e “sinistra” social-comunista – che, per come sono prospettate in quegli anni, assumono i tratti, dogmatici fino alla de-secolarizzazione, di ideologie inconciliabili. Dall'altro lato, risalta l'esiguità del margine numerico appannaggio di coloro che tale scelta resero operativa nelle istituzioni e nella società, come del resto testimoniano le vicende della cronaca parlamentare<sup>43</sup> – nonché, purtroppo, della cronaca *tout court*<sup>44</sup>.

Dunque, in frangenti caratterizzati da scarso *fair play* istituzionale e segnati da eventi luttuosi, una maggioranza risicata in Parlamento e contestata nel Paese operò una scelta che condusse l'Italia ad approdi

---

<sup>41</sup> Si rilegga M. MASCIA (a cura di) *La 'sfida europea' di Altiero Spinelli a 30 anni dalla Laurea honoris causa (1982-2012)*, in *unipd.centrodiritiumani.it*, 2012, 1-116; 77 ss., 113 ss.

<sup>42</sup> S. CRUCIANI, *L'Europa delle sinistre. La nascita del Mercato comune europeo attraverso i casi francese e italiano*, Carocci, Bari, 2007, 25 ss., *passim*.

<sup>43</sup> P. L. BALLINI, «L'arma della scheda». *Alle origini della legge elettorale del 1953*, in *Ventunesimo Secolo*, 3:5, 2004, 159-219.

<sup>44</sup> G. GALLI, *I partiti politici italiani (1943-2004)*, Milano, 2001, 78 ss.; cfr. G. CASARRUBEA, M.J. CEREGHINO, *Lupara nera. La guerra segreta alla democrazia in Italia (1943-1947)* Milano, 2009, 73 ss.

antitetici rispetto a quelli che la minoranza, benché solida e organizzata, avrebbe auspicato. Né può dirsi, questa, una storia tutta italiana, sol che si abbia riguardo alle vicende della ratifica del Trattato NATO<sup>45</sup> e alla sorte dei partiti comunisti dell'Europa dei Sei<sup>46</sup>.

In definitiva, quella atlantica fu, su scala continentale, una svolta dai toni di radicalità tanto più netti quanto più nitido emergeva il sostanziale equilibrio dei rapporti di forza tra schieramenti opposti, quali venivano a fronteggiarsi nella cornice del parlamentarismo democratico che accomunava gli ordinamenti costituzionali europei<sup>47</sup>.

### 2.3. *Il decennio pre-comunitario e la continuità col progetto europeo*

Se si accetta questa ricostruzione, il *fil rouge* che lega gli accadimenti del decennio pre-comunitario e giustifica la sua caratterizzazione come premessa necessaria di quel che avviene “dopo” tiene assieme il dato politico e quello giuridico-costituzionale. La svolta a Occidente è prodromica a un'integrazione auspicata, si direbbe quasi diretta, dalle forze che avevano sostenuto il Patto Atlantico, il cui obiettivo è duplice: non disperdere il vantaggio acquisito nei rispettivi Stati dalle fazioni politiche affini, e scongiurare il recupero di una centralità politica per le fazioni politicamente avverse – marginalizzarle, dunque, oppure cooptarle nel nuovo scenario. A tal fine, nel dibattito interno ed europeo, risultano funzionali *cleavages* tali da ridistribuire le forze in campo, sì da scompaginare il fronte rivale fino a sancirne la subalternità tanto nell'agone politico quanto nel dibattito delle idee.

Non può allora sorprendere che, vinta nei rispettivi Stati – non senza difficoltà, specie in Italia – la battaglia per l'opzione atlantica, la fazione che l'aveva sostenuta abbia poi giocato un ruolo fondamentale

<sup>45</sup> Si permetta il rinvio a G. VOSA, *The Role of the Italian Parliament in the Stipulation of International Treaties: Rise and Decline of the 'Authorisation Model'*, in N. LUPO, G. PICCIRILLI (a cura di) *The Italian Parliament in the European Union*, Oxford, 2017, 35-54, ove ulteriore bibliografia.

<sup>46</sup> A. GUIO, *I Partiti comunisti e la crisi del 1947 in Italia e in Francia. Una riconsiderazione in chiave comparativa*, in *Ventesimo Secolo*, 6:12, “1947: l'anno della svolta”, 2007, 131-168; sulla Germania, l'ampia ricostruzione di P. MAJOR, *The Death of the KPD: Communism and Anti-Communism in West Germany, 1945-1956*, Oxford, Clarendon Press, 1997, spec. 74 ss., 229 ss.

<sup>47</sup> Sul punto, R. IBRIDO, *Forma di governo parlamentare ed equilibrio di potenza nel quadro della società internazionale*, Padova, 2020, spec. 31 ss., 170 ss.

nella messa in opera dell'integrazione europea "attraverso il diritto"<sup>48</sup>. Tale strategia, infatti, cristallizza i rapporti di forza interni e tiene a bada, al contempo, le opposizioni politiche; opera, a tal fine, lungo un triplice crinale. In primo luogo, oppone alla retorica del legislatore come espressione della volontà popolare quella della tutela, da parte delle Corti d'Europa, dei diritti di individui e gruppi, presentando gli Stati come restii a proteggerli<sup>49</sup>. In secondo luogo, sull'onda di una tale narrazione, sottrae decisioni pur notevoli al dibattito parlamentare – ove le gerarchie tra fazioni rivali paiono diuturnamente precarie – per delegarle a organi depositari di un sapere tecnico-giuridico, i cui esponenti provengono da gruppi sociali ristretti e omogenei, quindi più facilmente cooptabili alla causa<sup>50</sup>. Infine, costituisce una lusinga poco resistibile per coloro che, sull'onda di una visione politica o per semplice afflato ideale, coltivavano "da sinistra" progetti, o semplici aspirazioni, di stampo cosmopolita; mischia, dunque, le carte in seno alla fazione avversa, poiché la trascina in un dibattito foriero di divisioni interne, causandone nel lungo andare la frattura e infine la disgregazione.

La messa in opera della Comunità intesse una rete di protezione assai solida a difesa della posizione di vantaggio conquistata, nei primi anni del secondo dopoguerra, dalle forze atlantiste negli Stati europei. Lo screditamento dei capisaldi ideologici della fazione rivale passa per l'esaltazione della tutela giudiziale dei diritti e per il parallelo, graduale esautoramento delle sedi rappresentative, ove più aspra è la contesa delle idee e maggiore la possibilità di derivarne, mercé il formante legislativo, l'innovazione dell'ordinamento giuridico<sup>51</sup>. Ne consegue la marginalizzazione, via via più severa, delle forze che quella fazione compongono; da qui, giusta l'azione re-distributiva del *cleavage* europeista, originano lo scompaginamento e poi la disgregazione di tali forze – poco a poco cooptate nel progetto ovvero condannate all'ir-

---

<sup>48</sup> P. GERBET, *La genèse du Plan Schuman. Des origines à la Déclaration du 9 mai 1950*, in *Revue française de sciences politiques*, VI, 3, 1956, 525-553.

<sup>49</sup> Cfr. I. PERNICE, *Costa v ENEL and Simmenthal: Primacy of European Law*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (a cura di) *The Past and Future of EU Law: The Classics of European Law Revisited on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, 47-59.

<sup>50</sup> R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 1967, spec. 235 ss.

<sup>51</sup> R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39:1, 1991, 1-34.

rilevanza, fino a decretarne la subalternità nel campo ideologico e sul terreno della politica concreta.

Si delinea allora il quadro storico-politico che fa da sfondo al processo di costruzione di un'Europa integrata, delle cui caratteristiche tipiche emergono le cause giustificative. La costruzione europea blinda l'opzione atlantica e riserva a gruppi omogenei e ristretti la facoltà di controllare le decisioni che da quell'opzione discenderanno in futuro<sup>52</sup>. Tale scelta è in perfetta linea con l'idea di un'integrazione attraverso il diritto, alla quale infatti conseguono la marginalizzazione dei parlamenti e la valorizzazione del costituzionalismo quale fucina di congegni volti ad ingabbiare le maggioranze parlamentari a vantaggio di organi tecnico-giuridici slegati dalle preferenze del corpo elettorale.

Queste tipicità della costruzione comunitaria, pilotando la mutazione di Stati sovrani in "Stati membri"<sup>53</sup>, si schierano in difesa dello *status quo* così raggiunto: a guardia, cioè, dell'opzione atlantica e degli equilibri di potere ad essa inerenti<sup>54</sup>. Assicurano, infatti, ai gruppi dirigenti nazionali una posizione di vantaggio nell'adozione delle future decisioni, ancorché cruciali, di respiro europeo, offrendo loro un comodo riparo dai parlamenti – dunque, schermandoli dal dissenso che da questi avrebbe potuto sollevarsi, strutturandosi, a livello sia nazionale sia sovranazionale, in linee politiche alternative.

In questa luce, si colgono appieno il senso e la portata della disputa dottrinale tra i militanti della *ever closer union* e coloro che non si rassegnano a veder travolti i postulati della giuspubblicistica senza che si dia per risolto il nodo delle modalità del trapasso dal piano nazionale a quello sovranazionale<sup>55</sup>. Sullo sfondo di tale disputa, infatti, al netto delle preferenze politiche degli studiosi che ne furono protagonisti – fra loro eterogenee: lo racconta, in un'opera ormai classica, Giulio Itzcovich<sup>56</sup> – si compie un processo storico dal duplice connotato. Da un canto, si assiste al progressivo annacquamento delle dottrine social-comuniste e del loro potenziale eversivo rispetto allo *status quo*

<sup>52</sup> G. MAMMARELLA, P. CACACE, *Storia e politica dell'Unione europea (1926-2013)*, Roma-Bari, 2013, 45 ss.

<sup>53</sup> C.J. BICKERTON, *European Integration: From Nation-States to Member States*, Oxford University Press, 2012, in part. 21 ss.

<sup>54</sup> H. RASMUSSEN, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Leiden, 1986, 11 ss.

<sup>55</sup> G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie*, cit., spec. 265 ss.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 326-333.

consolidatosi, in seno agli Stati nazionali, nell'epoca moderna<sup>57</sup> – finanche celebrandosi l'aperta rottura col PCUS nel segno del c.d. "eurocomunismo"<sup>58</sup>; d'altro canto, il capitalismo come modo di produzione e sostrato di un pensiero politico-economico muove verso approdi inediti<sup>59</sup> e, ancorché da tempo paventati<sup>60</sup>, ancora non ben delineabili<sup>61</sup>.

Sul piano politico, tale processo annota l'uropeismo fra i suoi strumenti più efficaci, per via della sua elevata capacità redistributiva – il cui primo effetto è indurre non pochi esponenti delle fazioni riconducibili al social-comunismo ad accettare e fare accettare, pur se talvolta *oborto collo*, il progredire dell'integrazione attraverso il diritto in cambio del perseguimento di un ideale cosmopolita sfuggente ma fascinoso<sup>62</sup>.

Sul piano giuridico, esso si serve di un ventaglio di strumenti tesi a costruire tale integrazione mercé la formazione giurisprudenziale di un diritto comune. La creazione e il perfezionamento di tali strumenti attraversano, nell'analisi che qui si propone, almeno due fasi, all'esito

<sup>57</sup> S. BATTILOSSI, *Cultura economica e riforme nella sinistra italiana dall'antifascismo al neocapitalismo*, in *Studi Storici*, 37:3, 1996, 771-811.

<sup>58</sup> Nella Conferenza di Berlino del 29-30 giugno 1976 (ospiti, oltre al PCUS, i maggiori partiti comunisti europei: Spagna, Francia, Italia, Gran Bretagna, Portogallo, Germania) emersero linee comuni, elaborate da taluni di essi, «circa la via da seguire per giungere al socialismo e circa i caratteri della società socialista da costruire nei loro Paesi [...] È a queste elaborazioni e ricerche di tipo nuovo che taluni danno il nome di eurocomunismo. Questo termine non è evidentemente di nostro conio, ma il fatto stesso che esso circoli così largamente sta a significare quanto profonda ed estesa sia l'aspirazione che nei paesi dell'Europa occidentale si affermino e avanzino soluzioni di tipo nuovo nella trasformazione della società in senso socialista» (Discorso di Enrico Berlinguer, in L. RAITO, *Enrico Berlinguer e il sogno eurocomunista*, Rovigo, 2013, 29-30. Su tale dibattito interno alla sinistra europea, e sulle spaccature che genera in seno a quella fazione, cfr. R. BOZZI, *Introduzione all'eurocomunismo*, in *Gregorianum*, 59:3, 1978, 571-605, e E. BETTIZIA, *Il comunismo europeo*, Milano, 1978, 20 ss., *passim*; sui legami fra l'eurocomunismo e la strategia politica volta al superamento, in Italia, della *conventio ad excludendum* anticomunista, E. BERLINGUER, *Eurocomunismo e compromesso storico* (intervista di C. CASALEGNO) in *Europa*, 3 febbraio 1976.

<sup>59</sup> J. HABERMAS, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus* (1973) ed. it. *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Roma-Bari, 1979, spec. 30 ss.

<sup>60</sup> K. POLANYI, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (1944) Boston, 2001, spec. 250 ss.

<sup>61</sup> W. STREECK, *Gekaufte Zeit* (2013) ed. inglese (P. Camiller) *Buying Time: The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*, London-NewYork, 2014, spec. 51 ss.

<sup>62</sup> M.S. ADESSO, *Il consenso delle sinistre italiane all'integrazione europea (1950-1969)*, in *Diacronie. Studi di Storia Contemporanea*, 9:1, 2012, IV-14.

delle quali sembra compiersi quella saldatura – temporanea, nondimeno, e destinata a revocarsi in dubbio già all’indomani del Trattato di Lisbona – tra il dibattito sulla forma politica dell’Unione e quello che concerne il primato del suo diritto.

Nella prima, la carica eccentrica della pretesa europeista rispetto all’ordine costituito cavalca il concetto di costituzione-piano (*Planungsverfassung*) per scardinare dall’interno il modello stato-centrico su cui s’impenna lo spazio pubblico europeo. Questo costrutto, pur non intaccando formalmente quel modello, appresta alla Corte di Giustizia un fertile sostrato argomentativo per derivare dal diritto internazionale, senza salti, gli strumenti del primato, consentendo l’applicazione prioritaria del diritto comunitario con riguardo a un novero di fattispecie in continua espansione.

Nella seconda, tale applicazione prioritaria vuol estendersi alle costituzioni nazionali, rilanciando la pretesa di soppiantare la sovranità statale. Emerge allora il concetto di costituzione in cambiamento – *Wandel-verfassung* – che, esplicitando il dinamismo dell’integrazione, ne rilegge la traiettoria con le categorie del mutamento costituzionale, offrendo al primato sostegno e conferma. Tale concetto poggia su di un assunto *irenico*, che dà per risolto il conflitto di classe e inaugura la *pax*, politica e sociale, che si pretende in tal modo raggiunta<sup>63</sup>. Si noti fin da subito come tale assunto si sovrapponga al dato storico-politico sin qui rielaborato: esprimendo la conciliazione fra le ideologie un tempo inconciliabili, è adorno ammanto per la doppia sconfitta – screditamento ideologico, marginalizzazione o cooptazione politica – inflitta dalla fazione vincitrice a quella soccombente. Una sconfitta di cui l’integrazione è a un tempo strumento e risultato, coltivando l’ambizione di offrire una sintesi delle idee inizialmente veicolo di posizioni contrapposte<sup>64</sup>.

Nei prossimi paragrafi si proverà a dar conto della fortuna di questi due concetti attraverso l’esame delle loro peculiarità.

<sup>63</sup> M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 51:2, 2006, 1644-1669.

<sup>64</sup> J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996) ed. it. (L. Ceppa) *L’inclusione dell’altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2008, spec. 63 ss.

### 3. La *Planungsverfassung* e le sue conseguenze: gli strumenti dell'applicazione prioritaria del diritto della Comunità

Nei decenni che precedono il secondo conflitto mondiale, la dottrina internazionalistica accoglie interpretazioni del diritto pattizio legate a un ferreo positivismo, per cui le limitazioni alla sovranità degli Stati non sono ammesse se non esplicitamente consentite da questi ultimi. La sentenza *Lotus*, con cui la Corte Permanente di Giustizia Internazionale decide sul caso di un luogotenente di vedetta dell'omonimo vascello francese resosi responsabile della collisione con una nave turca, pone in maniera icastica i termini della questione:

«International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims. Restrictions upon the independence of States cannot therefore be presumed»<sup>65</sup>.

Questa regola è rimasta per lungo tempo centrale nella lettura del diritto internazionale pattizio. Sir Hersch Lauterpacht, in un articolo del 1950 sulle piattaforme sottomarine, individua proprio nella dottrina *Lotus* il limite all'azione dei principi giuridici generali in una materia pur priva di regolazione positiva<sup>66</sup>. Lo stesso studioso britannico, nell'ultima edizione (1958) di un lavoro sugli sviluppi del diritto internazionale nella giurisprudenza della Corte Internazionale di Giustizia, afferma che

«... the 'state of international integration' has not allowed the Court to attain the goals which the drafters of the Statute had set»<sup>67</sup>.

Del pari, nel 1959, Bin Cheng, in una trattazione dei principi di di-

---

<sup>65</sup> Corte Permanente di Giustizia Internazionale, *S.S. Lotus*, 1927 (ser. A – 7 settembre) n. 10, p. 18.

<sup>66</sup> H. LAUTERPACHT, *Sovereignty over Submarine Areas*, in *British Yearbook of International Law*, 27, 1950, 357-433, 383.

<sup>67</sup> H. LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, II a cura di, London, 1958, 3.

ritto internazionale, esordisce con un commento alla sentenza *Lotus*<sup>68</sup>; altri commentatori, pur opponendovi una lettura che adduceva l'esistenza di una struttura di Stati a supporto dell'estensione della giurisdizione della Corte<sup>69</sup>, concordano nel definirla un «*landmark case*»<sup>70</sup> e non ripudiano l'assunto per cui «*where there is State will, there is international law: no will, no law*»<sup>71</sup>. Insomma, benché i tempi fossero maturi per un costruttivismo giudiziale pur moderato – lo ribadisce Martti Koskenniemi a commento del lavoro di Lauterpacht citato da ultimo<sup>72</sup> – all'entrata in vigore dei Trattati di Roma *Lotus* è ancora la pietra angolare della libertà degli Stati sovrani là dove questi non abbiano espressamente inteso vincolarsi a mezzo del diritto internazionale.

In un quadro siffatto, non stupisce che le ricostruzioni della sovranazionalità europea di stampo teorico generale, pur ingegnosamente architettate, si rivelino, quanto al piano degli effetti giuridici, sterili: non configurandosi come ente unitario, dotato di sovranità originaria, la Comunità non ascende alla qualità di Stato – federale o *con*-federale purchessia<sup>73</sup> – dunque, non può pretendere che il proprio diritto prevalga su quello degli Stati membri al di là degli stretti vincoli imposti dal Trattato. Tuttavia, la necessità di un cambio di passo inizia a prospettarsi con crescente vigore.

Delle molteplici vie battute dalla neonata dottrina “comunitarista” europea spiccano gl'itinerari di ricerca della scuola di Francoforte, che sorge in piena temperie positivista – curiosamente, proprio ai tempi di *Lotus*. Capostipite infatti può ritenersene Karl Strupp. Professore sulle sponde del Meno dal 1926 al 1933, positivista di formazione, docente all'Accademia de L'Aja, Strupp pubblica nel '36 *Legal Machinery for Peaceful Change*, in cui redige, *de jure condendo*, una propria Carta

<sup>68</sup> BIN CHENG, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 1959, 29.

<sup>69</sup> J.-L. BRIERLY, *The 'Lotus' Case*, in *Law Quarterly Review*, 44/1928, 154-155.

<sup>70</sup> L. HENKIN, *International Law: Politics, Values and Functions*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, IV, 1989, 1-416, 278.

<sup>71</sup> A. PELLET, *The Normative Dilemma: Will and Consent in International Law-Making*, in *Australian Yearbook of International Law*, 26, 1988-'89, 22-53, 22.

<sup>72</sup> M. KOSKENNIEMI, *Lauterpacht: The Victorian Tradition in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2:2, 1997, 215-263, 255.

<sup>73</sup> G. JAENICKE, *Bundesstaat oder Staatenbund*, in *Völkerrechtliche und Staatsrechtliche Abhandlungen – Carl Bilfinger zum 75. Geburtstag*, Köln, 1954, 71-108.

per la Pace Internazionale<sup>74</sup>. Strupp auspica la creazione di un organo giudiziario chiamato ad applicare «*the generally recognised principles of international justice which ought to be law*» come recita la “sua” Carta all’art. 51.

L’opera di Strupp si colloca nel solco di un conflitto classico del diritto internazionale moderno: quello fra positivismo e diritto naturale, cioè fra un diritto fondato sulla volontà degli Stati – quindi, valido a prescindere dal contenuto delle norme – e uno basato sul rispetto per certi valori preordinati in scala, dunque tendenzialmente indifferente alla volontà degli Stati e legittimato secondo la conformità del suo contenuto a quella scala di valori. La posizione di Strupp, che si studia di procedere oltre il giuspositivismo, è allora minoritaria; col tempo, non manca però di guadagnare terreno, prendendo gradualmente il sopravvento nei decenni a venire<sup>75</sup>.

In ordine al diritto comunitario, l’impegno dei giuristi della Scuola di Francoforte è sin da subito serrato, in stretta collaborazione con gli esperti tedeschi che partecipano alla redazione dei Trattati. I temi più caldi, in un primo periodo, vertono soprattutto sulla ricostruzione dogmatica del nuovo soggetto sovranazionale, indugiando sulla dicotomia fra Stato federale e federazione di Stati<sup>76</sup>. In tale contesto, un esponente della scuola, professore di diritto internazionale e diritto dei brevetti – Carl Friedrich Ophüls – nel collegare la struttura istituzionale delle Comunità ai suoi obiettivi materiali denomina i Trattati istitutivi *Planungsverfassungen*, che in italiano suona “costituzionali-piano” ma anche, sforzandosi di dar voce alle sfumature più sottili, “pianificazioni a carattere costituzionale”. Le potenzialità ermeneutiche di quest’espressione emergono in uno scritto pubblicato nel 1965 in un volume a cura di Joseph Kaiser, ove si raccolgono contributi di più autori nel quadro di un *Simposio* sulla pianificazione politico-economica statale<sup>77</sup>.

Ophüls muove da una considerazione di fatto: i Trattati dispongo-

---

<sup>74</sup> K. STRUPP, *Legal Machinery for Peaceful Change*, Edinburgh-London, 1937, XXVI-85.

<sup>75</sup> AN HERTOGEN, *Letting Lotus Bloom*, in *European Journal of International Law*, 26:4, 901-926, 908 ss.

<sup>76</sup> S. KADELBACH, *Frankfurt’s Contribution to European Law*, in R. HOFMANN, S. KADELBACH (a cura di) *Law Beyond the State. Pasts and Futures*, Frankfurt-NewYork, 2016, 49-70, 51 ss., 54 ss.

<sup>77</sup> C.F. OPHÜLS, *Die europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassun-*

no la pianificazione di corpose politiche sostanziali che si sviluppano a partire dagli Stati e si estendono su piani ad essi comuni – con ciò ricalcando, malgrado la difformità d’impianto strutturale e d’origine storica, le modalità d’azione di uno Stato. Invertendo il ragionamento condotto da altri partecipanti – con special riguardo alla pianificazione in diritto interno, trattata da Ulrich Scheuner nello stesso volume, che è ritenuta elemento caratterizzante di uno Stato e trova fondamento nella costituzione<sup>78</sup> – Ophüls conclude che le Comunità si fondano su atti giuridici i quali, in forza della speciale volontà degli Stati nel disporre la pianificazione di politiche pubbliche comuni a partire da quelle interne, sono assimilabili a carte costituzionali, ancorché in chiave prospettica: sono allora *Planungsverfassungen*, poiché ripetono e sviluppano elementi propri di una costituzione.

Tale ricostruzione, benché irriducibile alla tradizionale sistematica delle forme politiche – il che, forse, spiega la sua scarsa diffusione in dottrina – si rivela illuminante per comprendere gli strumenti forgiati dalla Corte di Giustizia a supporto della priorità applicativa del diritto comunitario e della sua estensione a un sempre più ampio ventaglio di casi. Del diritto della Comunità, infatti, essa valorizza due aspetti chiave: da un lato il nesso fra primato ed espansione dell’ambito applicativo, dall’altro il rapporto tra speciale volontà degli Stati membri d’instaurare percorsi politico-amministrativi convergenti e preminenza accordata al criterio finalistico nell’interpretare il diritto basato sui Trattati, che di tali percorsi viene a costituire concretizzazione.

L’argomento basato sulla *Planungsverfassung*, infatti, si costruisce più o meno così: dal momento che la volontà degli Stati contraenti va intesa nel senso della progettazione di percorsi comuni verso il perseguimento di obiettivi materiali, il diritto comunitario, che tal progettazione concretizza, va letto in maniera strumentale rispetto all’instaurazione di tali percorsi. In altri termini, il consenso prestato dagli Stati con la stipula dei Trattati comunitari s’intende teleologicamente indirizzato al conseguimento di un’integrazione sempre maggiore nei settori materiali; di tal ché, consenso originario e teleologismo inter-

---

gen, in J.H. KAISER (a cura di) *Planung I – Recht und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft*, Baden-Baden, 1965, 229-245.

<sup>78</sup> U. SCHEUNER, *Verfassungsrechtliche Probleme einer zentralen staatlichen Planung*, in J.H. KAISER (a cura di) *Planung I*, cit., 67-90.

pretativo in vista di un'espansione progressiva del diritto fondato sui Trattati si sovrappongono reciprocamente.

In virtù di queste implicazioni, il diritto comunitario si proietta oltre la dottrina *Lotus*. Non ne rinnega l'approccio volontaristico-positivista; ma lo sviluppa in modo da eludere il divieto di interpretare in guisa estensiva le limitazioni di sovranità imposte a uno Stato in virtù di un trattato. L'ingegnosa sovrapposizione fra argomento del consenso originario e argomento teleologico capovolge, infatti, gli esiti di quella regola, senza però ripudiarla: in diritto comunitario, le limitazioni alla sovranità degli Stati possono/*devono* presumersi teleologicamente orientate a una maggior integrazione perché è così che, invariabilmente, *deve* interpretarsi la volontà degli Stati, protesa alla costruzione di politiche convergenti per mezzo di un diritto comune.

Tale costruito, in specie, si attaglia alla rinnovata struttura del Trattato CEE, sviluppando sul piano precettivo la disposizione-manifesto del nuovo *Preambolo*: è intenzione degli Stati contraenti procedere verso un'unione via via più stretta di Stati e popoli. Il fine ultimo della *ever closer union*, a mo' di cappello per gli obiettivi settoriali indicati dalle varie disposizioni, è architrave dell'assetto dei poteri conferiti dal Trattato alle istituzioni comunitarie<sup>79</sup>; sta, per così dire, a norma di chiusura di un *sistema* che è tale nelle intenzioni dei suoi fondatori<sup>80</sup>.

Sembra dunque essere l'argomento fondato sulla *Planungsverfassung* a giustificare, più e meglio delle speculazioni dottrinali intorno alla natura della Comunità – se più affine a uno Stato federale, o a una federazione di Stati – gli strumenti del primato del diritto che essa adotta<sup>81</sup>. A uno sguardo d'insieme, infatti, tali strumenti devono gran parte della loro forza giuridica a una considerazione di carattere etico, che assumendo l'integrazione come fine in sé la connota in senso positivo sotto il profilo valoriale. Tale considerazione si forma all'ombra dell'identificazione tra argomento teleologico espansivo e argomento del consenso originario, e acquista diritto di cittadinanza in seno al

<sup>79</sup> R. BIEBER, J.-P. JACQUÉ, J.H.H. WEILER, *An Ever Closer Union. A critical analysis of the draft Treaty establishing a European Union*, pref. A. SPINELLI, Luxembourg-Bruxelles, 1985, 7 ss.

<sup>80</sup> I. PERNICE, *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1, 1995, 100-120.

<sup>81</sup> A. TRABUCCHI, *Preambolo*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI, B. CONFORTI (a cura di) *Trattato istitutivo della comunità economica europea: commentario*, Milano, 1965, 18 ss., 25.

nuovo spazio pubblico sovranazionale esattamente in virtù di quest'identificazione, che ne ottunde il potenziale eccentrico – capace, a ben vedere, di stravolgere *dall'interno* l'impianto logico del modo argomentativo giuspositivista.

Già a tutta prima, infatti non può sfuggire che negli itinerari argomentativi proposti dalla Corte di Giustizia si verifica una singolare inversione di premessa e conseguenza: lo si nota dall'affermazione, invero assai comune, secondo cui il diritto comunitario deve applicarsi prioritariamente sul diritto interno perché altrimenti non potrebbe conseguire il suo scopo<sup>82</sup>. È quasi superfluo notare che, dall'ottica giuspositivista, il conseguimento di un dato scopo è effetto, e non causa, dell'applicazione prioritaria del diritto comunitario, la cui premessa invece riposerebbe su una teoria generale dei rapporti fra ordinamenti in uno spazio pubblico *dopo lo Stato*. Eppure, questa notazione passa in secondo piano, travolta dall'impellente necessità morale e politica di accodarsi al treno dell'integrazione. D'altro canto, si nota come tali strumenti non operino secondo la logica per cui un certo atto è legittimo se di esso sono predicabili le condizioni previste per la legittimità; bensì *per accumulazione*. Ove uno degli strumenti in questione si riveli insufficiente, da solo, a giustificare la priorità applicativa del diritto comunitario nel caso concreto, poiché non si verificano le condizioni da esso formulate, ecco che a suo sostegno se ne cita un altro, e nel caso un altro ancora, fino a raggiungere una soglia argomentativa che si ritiene – non senza una certa dose di arbitrarietà – bastevole allo scopo prefissato<sup>83</sup>.

Un siffatto *modus operandi* non manca di esibire la valenza assiologicamente preminente, d'ordine morale, attribuita al fine della *ever closer union*, posto a fondamento della necessità di perseguire concreti obiettivi di settore. Si fonda dunque su un'opzione politica selezionata in base a un giudizio di valore, per cui *deve* applicarsi la norma comunitaria comunque si configurino i rapporti fra ordinamento interno e

---

<sup>82</sup> Si vedano ad es. L. RATTI, *L'argomento dell'effet utile nell'espansione del diritto del lavoro europeo*, in *Giornale di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 3:155, 2017, 498-521, e U. ŠADL, *The role of effet utile in preserving the continuity and authority of European Union law: evidence from the citation web of the pre-accession case law of the Court of Justice of the EU*, in *European Journal of Legal Studies*, 8:1, 2015, 18-45.

<sup>83</sup> Cfr. D. GALLO, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea*, cit., 89 ss.

diritto sovranazionale; e ciò al solo fine, *a priori* preferibile, di conformarsi «all'insegnamento della Corte di Giustizia»<sup>84</sup>.

Si chiarisce, a questo punto, la sottile dissimulazione che accompagnava l'argomento basato sulla costituzione-piano. Nella prospettiva ch'essa costruisce, difatti, ogni sviluppo sul piano sovranazionale delle politiche comuni mediante atti di diritto comunitario è pur sempre riconducibile alla volontà degli Stati, presuntivamente coperto dal consenso prestato *una tantum* in sede di ratifica. Sicché, per paradosso, se si rimane nell'alveo tracciato dalla costituzione-piano, il diritto comunitario, malgrado rivendichi autonomia e specialità rispetto al diritto degli Stati, non rinviene dimensioni e categorie teoriche diverse da quest'ultimo<sup>85</sup>. Galleggia così in una zona grigia, insuscettibile di definizione e dunque riottosa all'applicazione di vincoli giuridici: *troppo* per il diritto internazionale, ma anche *troppo poco* per il diritto costituzionale.

Di qui la strumentalità di questo concetto alla costruzione del *dual supranationalism* di weileriana memoria<sup>86</sup>. L'ingegnoso costruito proposto da Ophüls perimetra un terreno comune fra gli europeisti e gli scettici, indicando la strada per quella riconciliazione tra dottrine antitetiche che ha luogo dapprima sul piano politico-ideologico – nei rapporti fra Stati e fra schieramenti al loro interno, nonché nel pubblico dibattito – per poi tradursi, sul piano istituzionale, nel dialogo fra Corti. In altri termini, la *Planungsverfassung* offre una soluzione capace di neutralizzare il dibattito sulla priorità applicativa del diritto comunitario: da un lato apre la via a un'integrazione attraverso il diritto, permettendo alla Comunità di perseguire gli obiettivi di settore in vista del fine della *ever closer union*; dall'altro lascia agli scettici la possibilità di continuare a rivendicare il ruolo degli Stati, che restano signori dei Trattati, e delle costituzioni nazionali.

Il risultato di questa neutralizzazione è che, proprio in virtù dell'imputazione formale alla volontà degli Stati di qualsiasi sviluppo delle politiche comunitarie – pure, in ipotesi, non immaginabile all'atto della ratifica e quindi privo di legami reali col consenso originario – dal

---

<sup>84</sup> N. CATALANO, *Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, in *Foro Italiano*, IV, 1964, col. 153.

<sup>85</sup> G. SACCHI MORSIANI, *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, Milano, 1963, spec. 73 ss.

<sup>86</sup> J.H.H. WEILER, *The Community System: The Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1:1, 1981, 267-306.

campo di gioco così perimetrato è escluso il concetto di sovranità<sup>87</sup>. Ciò implica un ulteriore passaggio, che obnubila, infilando come polvere sotto il tappeto, le preoccupazioni degli scettici: pone *fuori discussione* il problema del funzionamento di quei congegni che, nelle costituzioni statali, assicuravano alla sovranità un supporto rappresentativo, affinché questa si esercitasse “in nome del popolo”<sup>88</sup>. Col *sen di poi*, può concludersi che l'accantonamento di tali questioni s'intrecci alla marginalizzazione delle assemblee elettive e all'esautoramento della legge che da esse promana: contribuisce, infatti, in modo decisivo a trascinare nell'oblio il nodo della rappresentanza politica come sorgente di legittimazione del diritto<sup>89</sup>, assegnando un vantaggio cospicuo ai fautori di un costituzionalismo *counter-majoritarian* rispetto a chi preferisce intenderlo soprattutto come mezzo per la massima integrazione possibile delle classi e dei gruppi sociali nelle strutture ove si esercita il pubblico potere.

Sul piano sociopolitico, si noti come l'attribuzione al consenso iniziale degli Stati di una legittimazione tale da sorreggere un mutamento del quadro giuridico-costituzionale ricalchi i termini della battaglia politica sottostante, di cui fotografa l'esito: le istituzioni sovranazionali e i gruppi sociali che le popolano reclamano la perpetuazione di quel vantaggio, ancorché instabile e sottile, conquistato a partire dal decennio pre-comunitario dalle fazioni d'ispirazione atlantista. Quel vantaggio si traduce, dunque, nella facoltà di promuovere su scala europea, mercé il diritto comunitario, una certa lettura orientata del sostrato valoriale sotteso alle costituzioni statali, che ne piloti l'evoluzione verso approdi il più possibile congeniali a quei gruppi – tanto ideologicamente come in termini sociali, economici e politici<sup>90</sup>. A questo scopo, gli sviluppi di pianificazione comune costruiti a partire dalle Carte nazionali si orientano nettamente verso il polo delle libertà oc-

<sup>87</sup> N. MAC CORMICK, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, 1:3, 1995, 259-266, 264.

<sup>88</sup> V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana*, in ID., *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* (1954) ora in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, 100 ss.

<sup>89</sup> F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, 131 ss.

<sup>90</sup> Cfr. 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*, 2:3, 2005, 295-315.

*cidental*, accantonando l'eredità delle dottrine social-comuniste pure per quella parte che può dirsi ben ricompresa nei valori alla radice delle costituzioni del secondo dopoguerra.

#### 4. La *Wandel-verfassung*: il moto costituzionale convergente degli Stati d'Europa

L'argomento basato sulla costituzione-piano basta da solo a reggere l'integrazione attraverso il diritto fino al 17 dicembre 1970, allorché la Corte di Giustizia, con la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>91</sup>, mette nero su bianco che il primato del diritto comunitario deve intendersi «esteso a tutte le norme statali, anche costituzionali». Dinanzi al pericolo che una normativa sovranazionale disapplichi la Costituzione di uno Stato, riemerge la contesa sulla sovranità; ciò rende necessario, per sorreggere un primato così esteso, un aggiornamento del relativo armamentario concettuale.

Quest'aggiornamento, che segna una nuova stagione dell'integrazione nei rapporti col diritto nazionale, può intendersi a partire da un concetto forgiato da un altro giurista tedesco: Hans-Peter Ipsen. La sua lettura muove dall'eco giuspositivista dell'argomento basato sulla *Planungsverfassung*, della quale sposa l'impianto finalistico – chiama infatti la Comunità *Zweckverband*, unione di scopo<sup>92</sup> – e che rilegge mediante il concetto di mutamento costituzionale (*Verfassungswandlung*)<sup>93</sup> per cui la costituzione di un certo Stato muta in accordo con l'evoluzione della società cui inerisce. Perciò, «giocando con le parole», Ipsen può sostenere che la Comunità ha una costituzione «di un tipo non ancora segnalato finora»: una *Wandel-verfassung* – ovvero, una costituzione che *nasce* dal cambiamento<sup>94</sup>.

Il gioco di parole così proposto sovrappone i due fenomeni della costituzione (di uno Stato) in mutamento e della (non-)costituzione di

---

<sup>91</sup> CGUE, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 dicembre 1970, ECLI:EU:C:1970:114, 3.

<sup>92</sup> H.-P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, parla di «*Zweckverbände funktioneller Integration*» (196).

<sup>93</sup> HSÜ DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin, 1931, spec. 59 ss.

<sup>94</sup> H.-P. IPSEN, *Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration*, in J. SCHWARTZE (a cura di) *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, Baden-Baden, 1983, 29-62, spec. 50-51.

una comunità di scopo; conferisce allora a entrambi egual legittimazione e pari capacità d'innovare legittimamente l'ordinamento, malgrado la loro diversità<sup>95</sup>. Non sfugge infatti che, se la *Verfassungswandlung* si muove all'interno della cornice dello Stato – veste politica di una società costituita, la cui forma giuridica è la costituzione oggetto di mutamento – la *Wandel-verfassung* s'attaglia a una società non costituita ma che si costituisce mercé la costituzione oggetto di mutamento<sup>96</sup>. Così considerata, la costituzione non è più *forma*, bensì *causa* della comunità politica<sup>97</sup>: ne è strumento istitutivo, in luogo di adagiarsi su di essa come un mantello che si modifica per effetto del percorso evolutivo di questa.

Sancire una tale inversione di premessa e conseguenza segna l'ingresso in una dimensione alternativa dell'interpretazione giuridica, retta da un criterio assiologico-teleologico la cui bussola è costituita dai valori costituzionali rilette secondo gli intendimenti più affini alla fazione ormai consolidatasi al potere. Dunque, per effetto della lettura orientata che delle rispettive costituzioni propugnano i gruppi sociali ricollegabili a quella fazione, ovvero da essa cooptati, tali valori si dispongono in reciproca scala, all'apice della quale l'integrazione come fine in sé – la *ever closer Union* – abbraccia in un sol estuario l'intero spettro delle interpretazioni riferibili alle costituzioni statali.

Questa costruzione permette al diritto comunitario di accedere ad un discorso proprio del diritto costituzionale, attirando la sensibilità di quegli studiosi che dall'angolo visuale domestico propugnano l'esigenza di un'interpretazione del diritto per valori<sup>98</sup> e chiamano i giudici, specie costituzionali, a un protagonismo sempre più acceso<sup>99</sup>, in *sup-*

<sup>95</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 1-18, spec. 3 ss., e A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'Unione europea*, in *Federalismi.it*, 20/2018, 1-27, spec. 5 ss.

<sup>96</sup> A. MORRONE, *op. ult. cit.*, 2, 7-8; cfr. A. RUGGERI, *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, in *Relazione al Gruppo di Pisa* (Catanzaro, 8-9 giugno 2018) 1-26, spec. 19 ss.

<sup>97</sup> M. DOGLIANI, *Può la Costituzione europea non essere una Costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia & Diritto*, 3/2002, 80-90, 81 ss.

<sup>98</sup> Il tema, com'è noto, è assai vasto; si vedano ad es. A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 639-658, e G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, spec. 123 ss.

<sup>99</sup> Un esame del dibattito in G. PINO, *Costituzione "per regole", costituzione "per principi"*, *costituzione "per valori"*, in S. GIOVA, P. PERLINGIERI (a cura di) *I rapporti*

plenza di un legislatore nazionale assente o addirittura restio a riconoscere pienamente i diritti sanciti dalle Carte fondamentali<sup>100</sup>.

Non può non notarsi, dunque, come attorno ai valori si consolidi un terreno di dialogo fra gli studiosi del diritto internazionale d'impronta non positivista e gli studiosi del diritto costituzionale insoddisfatti della dogmatica statalista, anch'essa d'impianto positivista. È, difatti, con una lettura orientata ai valori costituzionali che le Corti apicali degli Stati muovono alla costruzione di principi capaci di conformare il diritto legislativo<sup>101</sup>; del pari, a livello internazionale, letture orientate a valori di giustizia comuni "alle nazioni civili"<sup>102</sup> permettono alle Corti internazionali di eludere le strettoie della volontà statale mediante l'enunciazione di principi a carattere generale.

Su questo terreno, ove il riferimento a valori asseveratamente comuni rimpiazza le volontà dei sovrani come in un giusnaturalismo di nuovo conio<sup>103</sup>, la Corte di Giustizia viene a cimentarsi nella costruzione di principi generali di diritto comunitario preordinati alla tutela di diritti fondamentali<sup>104</sup>. La nuova fonte da cui attingere per la ricostruzione di tali diritti prende il *nomen* evocativo di "tradizioni costituzionali comuni"<sup>105</sup>, ricostruite a partire dai valori incardinati nelle costituzioni con una rielaborazione dottrinarica e giurisprudenziale che si nutre dell'esperienza degli ordinamenti statali<sup>106</sup>. Tale concetto, d'inedita formulazione nel diritto moderno, si fonda sul postulato seguente: i valori attorno ai quali ruota l'azione delle Corti e quelli a fondamento dell'azione della Corte di Giustizia sono fra loro omoge-

---

*civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, 7-36, in unipd.it, 1-31, spec. 7 ss.

<sup>100</sup> M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, spec. 173 ss.

<sup>101</sup> Si vedano, *ex plurimis*, F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1998, 84 ss., *passim*, e A. BALDASSARRE, *Miserie del positivismo giuridico*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2005, 201-230.

<sup>102</sup> Secondo la dizione dell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

<sup>103</sup> G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Milano, 1999, 15 ss.

<sup>104</sup> K. LENAERTS, *Le respect des droits fondamentaux en tant que principe constitutionnel de l'Union européenne*, in M. DONY (a cura di) *Mélanges en l'honneur à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, 423-457.

<sup>105</sup> B. DE WITTE, *Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition*, in *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 2:2, 1995, 145-173.

<sup>106</sup> G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 182 ss., 263 ss., 309 ss.

nei, poiché frutto di una lettura orientata in modo analogo delle costituzioni statali – quella stessa lettura da cui è scaturita la pianificazione comune di settori dell’economia a partire dalle costituzioni medesime. Questa matrice comune esclude che, nella tutela dei diritti, emerga una contrarietà fra i risultati cui pervengono le Corti degli Stati nell’interpretazione delle rispettive costituzioni e quelli che consegue la Corte di Giustizia nell’applicare principi generali di diritto comunitario: ove se ne diano, si tratterebbe non di contrarietà radicali, ma di mere *dissonanze*, contenute entro margini di tollerabilità. Il conflitto, inteso come divergenza tale da dover essere ricomposta con una negoziazione politica – fondata sul riconoscimento dell’altro e degli interessi di cui è portatore – sembra silenziosamente eclissarsi.

In conclusione: a corollario della pianificazione comune di settori dell’economia, e sulla base dei presupposti che la fondano – lo sviluppo, sul comune piano sovranazionale, delle Carte costituzionali statali – un mutamento costituzionale convergente a partire dai valori contenuti in tali Carte viene a congiungere in un sol flusso gli Stati e la Comunità<sup>107</sup>. Le costituzioni nazionali, allora, mutano sotto l’influenza del diritto comunitario e a loro volta ne influenzano il corso, interagendo sul piano ermeneutico per mezzo dei giudici del *réseau judiciaire européen* che dialogano secondo le regole dell’argomentazione giuridica<sup>108</sup>.

Una tale impostazione rimette *fuori discussione* il tema della sovranità, rientrato in gioco dinanzi al potenziale *vulnus* per le costituzioni<sup>109</sup>. La Corte di Giustizia, infatti, applica un diritto analogo, o equivalente entro margini di tolleranza, a quello applicato dalle Corti statali: l’attività ermeneutica dell’una e delle altre ha a riferimento valori costituzionali che si assumono comuni, escludendosi in via di fatto il paventato *vulnus* alla sovranità perché il diritto della Comunità non condurrebbe a soluzioni radicalmente difformi da quelle offerte dal diritto interno, vista la reciproca comunanza. L’opposizione sovranità-cosmopolitismo, per cui quest’ultimo contrasta in radice con l’idea

<sup>107</sup> A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2/2001, 544- 574.

<sup>108</sup> G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011, spec. 207 ss.

<sup>109</sup> O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Milano-Udine, 2019, 298 ss.

di Nazione ed è incompatibile con la dogmatica del diritto costituzionale statale, si afferma come incontrovertibile – ancorché, lo ricorda Claudio De Fiores, storicamente inedita, se non *tout court* infondata<sup>110</sup> – e offre un rinnovato, decisivo argomento di stampo morale ai fautori dell'integrazione. Difatti, mentre alla traiettoria della *ever closer union* si ricollega l'evoluzione dei valori comuni alle costituzioni statali, sul concetto di sovranità, come per involontario automatismo intellettuale, si scarica tutto ciò che tali valori contraddice, incluso lo spettro dei totalitarismi nazionalistici. Sul fatto, peraltro in sé incontestabile, che la sovranità popolare sancita dalle costituzioni del secondo dopoguerra sia strumento principe, attraverso il suffragio universale, per il superamento e l'archiviazione di quegli stessi totalitarismi, si stende una coltre di colpevole oblio, sbilanciandosi verso il polo *counter-majoritarian* la visione del costituzionalismo *euro-unitario*.

Affievolitosi il legame fra diritto e volontà del “popolo sovrano”, il dibattito intorno alla sovranità trasloca dal piano dei rapporti fra ordinamenti a quello della tutela dei diritti, imperniato sulle ricostruzioni dei giudici e dei dottori<sup>111</sup>. Nel diritto dei *signori della pace* – nell'immagine potente di Danilo Zolo<sup>112</sup> – la disputa sull'ancoraggio rappresentativo che la sovranità difenderebbe viene allora assorbito dalla più appetitosa discussione sulla costituzione dell'Europa prossima ventura, che ruota intorno alla fattibilità-opportunità di adottare un testo formalmente costituzionale<sup>113</sup> per coronare l'unità di una *societas* che si vuole ormai a grandi linee costituita<sup>114</sup>.

<sup>110</sup> C. DE FIORES, *Le radici della nazione repubblicana. Fondamenti teorici e profili costituzionali*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2019, 54-82.

<sup>111</sup> M. DOGLIANI, *Il principio di legalità: dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in ID., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, Bologna, Il Mulino, 2016, 201-220, 203 ss.

<sup>112</sup> D. ZOLO, *I signori della pace. Critica al globalismo giuridico*, Bari, 1998 (I ed.), 9 ss., *passim*.

<sup>113</sup> Si rilegga ad es. il celebre dibattito tra D. GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in *JuristenZeitung* 50:12 (16 giugno 1995) 581-591; in inglese: ID., *Does Europe need a Constitution?*, in *European Law Journal*, 1:3, 1995, 282-302, J.H.H. WEILER, *Does Europe Need a Constitution?* Demos, Telos *and the German Maastricht Decision*, *ibid.*, 219-258, e J. HABERMAS, *Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe need a Constitution?'*, *ibid.*, 303-307.

<sup>114</sup> A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*, in *Columbia Journal of European Law*, 6/2000, 27-54.

Di qui la carica innovativa apportata dal nuovo concetto. Svelando la dissimulazione della *Planungsverfassung*, la costituzione nata dal cambiamento dichiara superato, in seno alla Comunità, l'ordine stato-centrico precedente, e legittima tale mutazione sulla scorta di una duplice considerazione. Per un verso, dà per imminente e ormai inevitabile l'adozione di una Carta costituzionale europea, che restaurerebbe in guisa federale o con-federale il modello stato-centrico; per altro verso presenta, nel frattempo, un surrogato in sé perfetto, già capace, in linea di principio, di rendere pressoché pleonastica l'adozione di un documento formalmente costituzionale.

Dunque: se la costituzione-piano rimandava al consenso originario degli Stati, presuntivamente teso a coprire gli sviluppi del diritto comunitario assicurandone priorità applicativa sul diritto statale, la costituzione in cambiamento afferma che, al margine di tale consenso, si è costituito un nuovo fattore di legittimazione, in base al quale il primato del diritto comunitario su quello statale può estendersi sin da subito anche alle norme costituzionali in attesa che l'unificazione politica, approdo della *ever closer union*, diventi realtà.

La *Wandel-verfassung* allora non cela più, anzi esplicita tutta, la carica eccentrica dell'integrazione rispetto al positivismo giuridico dominante sul piano ermeneutico – e, di conseguenza, rispetto all'ordine *stato-centrico* come tale. Di tal ché, è spianata la strada per la *costituzionalizzazione* dell'Unione europea, che si snoda attorno a due questioni.

La prima questione tiene insieme il problema dei limiti all'integrazione e il discorso sui vincoli sostanziali alla revisione costituzionale<sup>115</sup>. L'esistenza di vincoli siffatti, oggetto di acceso dibattito in diritto interno, è confermata dalla *Wandel-verfassung*, per cui essi coincidono con il nucleo di quei valori costituzionali attorno ai quali ruotano sia le costituzioni statali in cambiamento sia la costituzione nata dal cambiamento. Ora, tale cambiamento è in principio irrevocabile e illimitato, sottoponendosi le peculiarità statali al gioco di argomenti contrapposti che coinvolge le Corti nazionali e la Corte di Giustizia. Pertanto, i limiti alla riforma costituzionale *sono anche* i limiti all'integrazione europea, gli uni coincidendo con gli altri; il diritto statale e quello comunitario, infatti, si evolvono a partire dallo stesso nucleo valoriale,

<sup>115</sup> F.J. GARCÍA ROCA, *De la revisión de las Constituciones: Constituciones nuevas y viejas*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 40/2017, 181-222, spec. 184 ss.

frutto di una lettura orientata in senso omogeneo della matrice comune – ossia, i valori costituzionali<sup>116</sup>.

La seconda questione guarda alla fattibilità di una riserva di sovranità statale che rifiuti, in linea di principio, di sottoporre le proprie ragioni al dialogo comune di giudici e istituzioni, e concluda per l'innopponibilità, in linea di principio, di un tale argomento<sup>117</sup>. Sicché, le Corti costituzionali più battagliere nel difendere i limiti costituzionali all'integrazione sono indotte a riscrivere i rapporti fra diritto statale e comunitario: di qui la giurisprudenza *Solange II-Granital*, due casi che malgrado la diversità dei rispettivi ordinamenti evidenziano una linea comune<sup>118</sup>. Su tale via, il diritto costituzionale statale riconosce priorità nell'applicazione al diritto comunitario purché esso offra una tutela dei diritti fondamentali *equivalente* a quella che garantirebbe l'ordinamento interno<sup>119</sup>; altrimenti, le Corti nazionali tornerebbero ad esigere il rispetto dei principi basilari di quest'ultimo<sup>120</sup>, restaurando la supremazia delle costituzioni<sup>121</sup>.

Su tal duplice piedistallo, il percorso di costituzionalizzazione dell'Unione completa il processo storico e politico di cui l'integrazione è parte, apponendovi il tassello decisivo. La *Wandel-verfassung*, infatti, accantona il Parlamento legislatore, esautorato sul piano interno dall'azione delle Corti costituzionali e, su quello esterno, dall'incedere dei giudici sovranazionali. L'affievolimento del dato volontaristico e la sua subordinazione a quello etico-razionalistico, di matrice sapienziale-giurisprudenziale, quale sostegno del diritto dello spazio comune è compensato dall'emergere di una robusta nar-

---

<sup>116</sup> Cfr. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, spec. 174 ss.

<sup>117</sup> B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, 149 ss.

<sup>118</sup> BVerfG, 73, 339 2 BvR 197/83, 22 ottobre 1986, *Wünsche Handelsgesellschaft* (c.d. *Solange II*) e Corte cost., sentenza n. 170 del 5 giugno 1984, "La Pergola".

<sup>119</sup> S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa: un'introduzione*, in ID. (a cura di) *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 3-104, 19 ss.

<sup>120</sup> F. MODUGNO, *È illegittimo l'art. 189 del Trattato di Roma nell'interpretazione della Corte di giustizia delle comunità europee?*, in *Giur. cost.*, 1/1979, 916-938, 919, 928 ss.; cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 142 ss., e F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, II, Genova, 1997, 28 ss.

<sup>121</sup> Cfr., da ultimo, L. CASTELLI, *Alla ricerca del "limite dei limiti": il «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali nel dialogo fra le Corti*, in *Rivista AIC*, 3/2021, 454-486.

razione *libertaria*<sup>122</sup>, secondo cui l'Europa si fa carico dell'inerzia della politica in nome della tutela dei diritti individuali e scardina i privilegi arroccati in seno alle strutture statali sfruttando l'onda delle libertà di mercato<sup>123</sup>. Sostituendo a livello simbolico l'ormai debole rappresentanza parlamentare<sup>124</sup>, tale narrazione riscrive le coordinate sociopolitiche dello spazio pubblico sovranazionale mediante l'uso di un linguaggio giuridico largamente innovativo, che – malgrado le difficoltà ricostruttive<sup>125</sup> – si vorrebbe capace di conciliare pretese normative fra loro eterogenee<sup>126</sup>.

Si intuisce allora che un tale percorso inquadra sul piano giuridico-costituzionale l'esito della battaglia politica tra le fazioni che fin dal decennio pre-comunitario si erano combattute da posizioni (quasi) paritarie. Quella battaglia, ormai, si è conclusa. Mentre il sistema di valori dell'Occidente guida l'incessante espansione del diritto comunitario, accadimenti di portata politica globale segnano il consolidamento dell'opzione atlantica e il declino del modello social-comunista in uno a quello dello Stato che si era accreditato come suo alfiere. Sotto il profilo ideologico, dunque, il campo europeo ospita la *pax* tra vincitori e sconfitti, il cui vessillo è l'assunto della *Wandel-verfassung*: il paradigma della costituzione in cambiamento dà per pacificato, almeno entro certi margini di tolleranza, il conflitto, incluso quello che con maggior vigore aveva infiammato gli anni precedenti – ossia, lo scontro fra capitale e lavoro<sup>127</sup>. Intorno ai valori da cui è scaturito il mutamento costituzionale convergente cessa, per definizione, ogni contrasto<sup>128</sup>; v'è

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

<sup>123</sup> M. POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, spec 27 ss., 100 ss.

<sup>124</sup> G. FILIPPETTA, *Governance plurale, controllo parlamentare e rappresentanza politica al tempo della globalizzazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2/2005, 791-803.

<sup>125</sup> A. JAKAB, *European Constitutional Language*, Cambridge University Press, 2016, spec. 85 ss.

<sup>126</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, *La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 1/2004, 307-320.

<sup>127</sup> G. FERRARA, *I diritti del lavoro e la costituzione economica italiana ed in Europa*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005, 1-14; cfr. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, spec. 101 ss.

<sup>128</sup> C. JOERGES, *The Markets without the State? 'The Economic Constitution' of*

al più tollerabile dissonanza, riducibile a disputa tra posizioni diverse nel quadro di un dialogo giudiziale a più strati, ove ha la meglio chi presenta le ragioni di diritto più persuasive.

Questo, in breve, l'*iter* argomentativo che accompagna la costituzionalizzazione e che non smette di far presa su gran parte del ceto politico e accademico<sup>129</sup>. Il dato per cui, nel medesimo turno di tempo, il diritto CEDU entri a far parte del materiale a disposizione dei giudici del *réseau euro-unitaire* per la costruzione del diritto comune<sup>130</sup> non fa che confermare la direzione di senso imposta all'integrazione, sigillando come *fait accompli* lo scenario che viene a realizzarsi dopo la vittoria del patto euro-atlantico e la conseguente "fine della storia"<sup>131</sup>.

Quest'idea di costituzionalismo si afferma soprattutto tra coloro che, sforzandosi di procedere oltre le antiche contrapposizioni ideologiche, si prefiggono di stringere sul terreno dei diritti un'*alleanza* tra le visioni, liberale e socialista, un tempo radicalmente avversarie. Non pochi di essi, promuovendo con l'esempio un modello di studioso che, per approccio ed esperienze scientifiche e personali si presenta come europeo<sup>132</sup>, si fanno portavoce del nuovo corso e plaudono al definitivo consolidamento di quel che è stato ribattezzato «costituzionalismo dei diritti»<sup>133</sup>.

Tuttavia, lo spegnimento, che si vuole ormai definitivo, del dilemma della sovranità, cova sotto la cenere una duplice questione, che non vede estinta la sua carica conflittuale: da un lato la spettanza, nel caso concreto, «dell'ultima parola» nella tutela dei diritti fra Corti nazionali e sovranazionali; dall'altro, la sorte di quel fondamento rappresentati-

---

*the European Community and the Rebirth of Regulatory Politics*, in *EUI WP Law* 96/02, 1996, 1-72, spec. 59 ss.

<sup>129</sup> C. PINELLI, *Il dibattito sulla Costituzione europea e le virtù trasformative delle tradizioni costituzionali comuni*, Relazione al Seminario AIC "L'Europa fra Trattato e costituzione", Fiesole, 14 maggio 2004, in *associazionedeicostituzionalisti.it*.

<sup>130</sup> G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, J.A. DEL VALLE GÁLVEZ, *El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1:2, 1997, 239-376.

<sup>131</sup> F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man* (1992) New York-London-Toronto-Sydney, Free Press, 2006, spec. 211 ss., 287 ss., 313 ss.

<sup>132</sup> P. HÄBERLE, *Il giurista europeo di fronte ai compiti del nostro futuro costituzionale comune – 17 progetti sotto esame*, in S. PANUNZIO (a cura di) *I diritti fondamentali*, cit., 105 ss. (trad. A. De Petris).

<sup>133</sup> G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, spec. 29 ss., 51 ss.

vo che, nelle costituzioni degli Stati, permette di attribuire “al popolo” la sovranità medesima in guisa non soltanto formale.

## 5. La nascita dell’Unione europea e il “modello-Maastricht”: sovranità popolare e tutela dei diritti

Su questa falsariga, negli anni Novanta, il Trattato di Maastricht avvia un programma d’integrazione serrato e ambizioso, a cui corrodo il percorso di costituzionalizzazione dell’Unione trova nell’art. F una sua prima, compiuta formulazione normativa:

«L’Unione rispetta l’identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano su principi democratici.

L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla [CEDU] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

Risaltano in questa formula ambo i termini della duplice questione sopra segnalata. Il tema dell’ultima parola si giova di un vincolo esplicito all’azione dell’Unione, che «rispetta l’identità nazionale»; quello del fondamento rappresentativo segna la natura di tal vincolo, ancipite – si muove infatti sul piano dei poteri e su quello dei diritti a un tempo – e insieme fortemente unitaria.

Si noti anzitutto che il problema della sovranità rimane in parentesi: la stessa parola è sostituita da «identità». Una questione di *moda*, si è detto<sup>134</sup>; ma pure la volontà di non dar spazio a un concetto scientemente accantonato per far spazio al fine prevalente della *ever closer union* – e di lì, si è detto, ben appesantito, nel dibattito pubblico e scientifico, dall’estemporanea identificazione col nazionalismo muscolare alla base dei totalitarismi del Novecento. “Identità”, tuttavia, è concetto non meno spinoso di “sovranità”, giacché interpretabile con le ben note categorie schmittiane – quindi, potenzialmente, divisivo e *indialogabile* almeno quanto l’altro; lo stempera però il riferimento, nel testo del Trattato, ai «principi democratici» che reggono gli ordi-

<sup>134</sup> J.H.H. WEILER, *On the Power of the Word: Europe’s Constitutional Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3/2-3, 2005, 173-190, 184.

namenti statali. Tale locuzione, alquanto vaga a prim'acchito, acquista pieno significato alla luce della formulazione seguente, ove al costituzionalismo dei diritti si affianca il rispetto delle strutture attraverso cui si esercita la democrazia in seno agli Stati – cioè, delle forme e dei modi di esercizio della *sovranità popolare*.

Sicché, l'incrocio fra auto-governo democratico e *standard* equivalenti delinea i tratti di un "modello-Maastricht" dei rapporti Stati-Unione, teso a salvaguardare gli equilibri sociali, economici e politici custoditi dalle costituzioni del secondo dopoguerra e la *pax* che si vuole definitivamente raggiunta in seguito alla costituzionalizzazione dell'Unione europea. In tal senso, facendo leva sul suffragio universale, tale incrocio perpetua nella relazione circolare fra sovranità popolare «nelle forme e nei limiti della Costituzione» e ruolo delle Corti, specie costituzionali, a freno del legislatore, l'equilibrio fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti che contraddistingue ogni *societas* dotata di costituzione, a mente dell'art. 16 della *Déclaration* del 1789. Infine, per quest'articolata costruzione, l'equilibrio fra dato volontaristico ed etico-razionalistico a fondamento del diritto<sup>135</sup> resta ancorato a questa circolarità fra poteri e diritti, senza che né l'uno traccimi nella violazione arbitraria della sfera soggettiva altrui, né l'altro nell'*adjudication* di beni oggettivamente scarsi<sup>136</sup> – che rischia di essere altrettanto arbitraria ove non si tenga conto del più generale interesse al miglioramento delle condizioni di vita di una *societas* cosmopolita<sup>137</sup>, attenta ai «bisogni» della persona<sup>138</sup>.

Di qui, allora, la ricostruzione del parametro normativo che si impone quale limite al primato del diritto dell'Unione. Se tale modello tratteggia un equilibrio costituzionale che tiene assieme ordinamenti nazionali e diritto dell'Unione, è giocoforza sostenere che, ove una norma si ponga fuori asse rispetto alla curvatura delineata da tale equilibrio, quella norma veda revocata in dubbio la sua priorità nell'applicazione sul diritto interno finché non si riallinei con esso.

Tale parametro, dopo il naufragio del Trattato-costituzione, si ri-

<sup>135</sup> G. CAMPANINI, *Ragione e volontà nella legge*, Milano, 1965, 11 ss., *passim*.

<sup>136</sup> Si vedano R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 34 ss., *passim*, e G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017, 24 ss., *passim*.

<sup>137</sup> F. ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007, 14 ss., *passim*.

<sup>138</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, spec. 41 ss.

propone, rafforzato, nel Trattato di Lisbona<sup>139</sup>. Difatti, pur non mutando il quadro di riferimento, l'occhio scivola dalla valorizzazione del *democratic self-government* degli Stati eguali e sovrani alla possibile sollevazione di argomenti in difesa dei diritti e interessi sopra citati; di qui l'art. 4(2) TUE, per cui l'Unione rispetta l'identità degli Stati quale afferente alla loro struttura politica e costituzionale fondamentale – esplicitamente aprendosi alla possibilità per cui il diritto statale riacquisti priorità applicativa dinanzi a una pretesa normativa dell'Unione afferente a diritti e interessi peculiarmente sensibili<sup>140</sup>. Se letto in tale chiave, quest'approccio evidenzia un nesso tra eguaglianza formale di Stati ed eguaglianza sostanziale di cittadini, raccordandosi la “costituzione dei diritti” a quella “dei poteri” nello spazio europeo.

Un simile nesso emerge in molteplici clausole – nella centralità della democrazia rappresentativa, ex art. 10 TUE; nella funzione ancillare, ma non secondaria, assegnata ai Parlamenti nazionali nel quadro del «buon funzionamento» dell'Unione (art. 12 TUE) e negli strumenti di partecipazione diretta (art. 11 TUE) – per trovare completamente nella formula di cui all'art. 9 TUE, a voce del quale l'Unione «rispetta, in tutte le sue attività, il principio dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi».

Ora, dal momento che «uguale attenzione» non implica uniformazione, ma rispetto delle diversità materiali fra ordinamenti, appare che l'Unione non pretende di imporre un diritto uniforme in ossequio all'eguaglianza formale tra Stati<sup>141</sup>, ma si faccia carico delle rispettive differenze, avendo a tendenziale obiettivo una forma di eguaglianza sostanziale tra cittadini<sup>142</sup>.

Emerge allora la centralità del terzo paragrafo dell'art. 4 TUE. Affinché possano prodursi le condizioni della costituzionalizzazione, si

<sup>139</sup> L.F.M. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 6:3, 2010, 36-49.

<sup>140</sup> A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 48:5, 2011, 1417-1453.

<sup>141</sup> F. FABBRINI, *After the OMT Case*, cit., 1019 ss.

<sup>142</sup> Sulle declinazioni del principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione, G. ZACCARONI, *Equality and Non-Discrimination in the EU – The Foundations of the EU Legal Order*, Cheltenham, 2021, 20.

rende necessaria una cooperazione politica «sincera»<sup>143</sup>, intesa come reciproca comprensione delle ragioni altrui e astensione dall'imporre ai maggioranza misure che ledano diritti e interessi sensibili di una parte. Il dovere di leale cooperazione, infatti, deve permeare di sé le numerose sedi decisionali in cui si articola il *multilevel law-making*; in specie, dev'essere in grado di surrogare efficacemente la riduzione ai minimi termini delle fattispecie di voto all'unanimità in Consiglio<sup>144</sup>.

Quali vesti indossi tale dovere cooperativo, e se possa tradursi in un principio giuridico sì da presidiare i limiti del conferimento, è questione cruciale non meno che complessa, cui in queste pagine non può offrirsi una risposta adeguata<sup>145</sup>. Seguendo la giurisprudenza delle Corti nazionali, esso emerge là dove si ravvisi una lesione di diritti materiali capace di infliggere *vulnera* strutturalmente significativi alla sovranità statale<sup>146</sup>. Ad ogni modo, mette conto di segnalare che ognuna delle riletture costituzionalistiche dell'Unione evoca l'esistenza e auspica l'efficacia di un tale criterio, le cui tracce emergono in ricostruzioni anche fra loro divergenti. Nel lessico di Pernice, vi allude il fondamento «cooperativo» della «unione di costituzioni»<sup>147</sup>, la cui funzione è assicurare che nessuna parte resti sorda alle ragioni dell'altra. Nelle parole di Grimm, tale parametro riprodurrebbe il voto all'unanimità in seno al Consiglio, garantendo cioè a ogni Stato un certo diritto di interferire con la decisione finale<sup>148</sup>. Dall'ottica del pluralismo dei sistemi istituzionali, infine, un analogo criterio fungerebbe da ponte inter-sistemico<sup>149</sup> teso a colmare il divario comunicativo tra attori reciprocamente esterni senza dover ridefinire in guisa unitaria il «sistema dei

<sup>143</sup> R. IBRIDO, *La riforma del procedimento legislativo. Principio di "sincerità" e modello accusatorio di deliberazione politica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2014, 1-24.

<sup>144</sup> C. CALLIESS, *Restore credibility and trust by enforcing the rule of a law*, in *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, n. 115, 23 aprile 2020, 1-11, spec. 4.

<sup>145</sup> Si rimanda al tentativo sviluppato in G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri tra Stati e Unione europea*, Milano, 2020, 254 ss.

<sup>146</sup> M. CLAES, J.H. REESTMAN, *The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration at the Occasion of the Gauweiler Case*, in *German Law Journal*, 16:4, 2015, 917-970.

<sup>147</sup> I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *WHI Papers*, 5/2002, 1-15, in part. 6 e nota 18.

<sup>148</sup> D. GRIMM, *Does Europe need a Constitution?*, cit.

<sup>149</sup> N. WALKER, *The EU's Unresolved Constitution*, in *University of Edinburgh School of Law WP 2011/15*, 1-33, spec. 11-12.

sistemi»<sup>150</sup>; congegno, questo, minimo eppure irrinunciabile, a meno di non voler spogliare il costituzionalismo stesso d'ogni pretesa olistica<sup>151</sup>. Infine, nei termini che Weiler prende in prestito da Hirschman – *Exit, Voice, Loyalty* – può dirsi che effettivi diritti di *Voice* vanno riconosciuti ai membri del consesso comune in cambio della loro prestazione di *Loyalty*, cioè di lealtà al diritto che da tal consesso emana<sup>152</sup>; in caso contrario, una simile prestazione di lealtà, di stampo federale, non sarebbe giuridicamente obbligatoria. Questi diritti di *Voice* galleggiano tra forma e sostanza: si configurano come diritti procedurali, ma emergono nella violazione di interessi e diritti materiali, peculiarmente sensibili, di uno dei membri.

Del resto, sol che si abbia riguardo alla storia dell'integrazione, risulta che gli Stati abbiano acconsentito al sedimentarsi di una priorità applicativa per il diritto dell'Unione solo a fronte della regola, ereditata dal compromesso di Lussemburgo, per cui non si sarebbero comunque prese decisioni lesive degli interessi e diritti di uno solo fra di essi – sfruttando piuttosto ogni risorsa offerta dalla via negoziale<sup>153</sup>. Tale condizione costituisce il retroterra politico della costituzionalizzazione e illumina il versante più nascosto del *dual supranationalism*: il rispetto per i diritti e gli interessi di carattere costituzionale e di peculiare sensibilità politica di Stati che democraticamente si autogovernano. Gli uni e gli altri, infatti, non possono che restare appannaggio del diritto nazionale finché non riallocati in via politica a livello sovranazionale: sono difatti suscettibili, se pregiudicati, di far riemergere il conflitto che si dava per pacificato e ridotto a pura disputa giuridica<sup>154</sup> – così sospendendo il fondamento irenico della priorità applicativa del diritto dell'Unione sul diritto statale, anche costituzionale.

Ecco, dunque, che dal decennio pre-comunitario lungo la traiettoria dell'integrazione si articola un percorso politico-istituzionale che

<sup>150</sup> A. RUGGERI, *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *diritticomparati.it*, 19 aprile 2013.

<sup>151</sup> N. KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford University Press, 2010, 28 ss.

<sup>152</sup> J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100:8, 1991, 2403-2483 spec. 2411 ss., *passim*; il testo di riferimento è A.O. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty – Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, 1970, 19 ss.

<sup>153</sup> J. WERTS, *The European Council*, London, 2008, 9 ss.

<sup>154</sup> G. AZZARITI, *Diritto e conflitti: Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 216 ss.

tiene assieme gli Stati nell'Unione, e che a partire da Maastricht assume carattere costituzionale. Risalendone i tornanti, l'assetto dei rapporti fra Stati e Unione, nonché di quelli interni a ciascuno Stato membro, si rivela oggetto giuridico *in fieri*: un *non-finito* michelangiotesco. Donde la proposta – certo non inedita – di renderne il complessivo arrangiamento nei termini di un equilibrio: un assetto instabile e per natura precario, su cui l'integrazione europea viaggia come una bicicletta lungo un cammino interminato. Tale equilibrio, che è venuto assestandosi con le tappe del “dialogo” fra Corti<sup>155</sup>, esige che si restituisca la parola alla “politica” e alla correlativa responsabilità dei suoi protagonisti, là dove il conflitto si manifesti come debordante rispetto alle strettoie della lite giudiziale.

Quest'equilibrio, a ben vedere, tenendo assieme il dato politico-sociale con quello giuridico, ben può rileggersi nel segno della trasposizione sul piano sovranazionale di altrettanti equilibri sottesi alle costituzioni del secondo dopoguerra, che la parabola euro-unitaria ha prima sviluppato in pianificazioni economiche comuni e poi incanalato in un moto costituzionale convergente. Il consolidamento dell'Unione ha segnato il predominio della fazione atlantica, liberale e capitalista, su quella rivale; vigenti quelle costituzioni, tuttavia, tale predominio non si trasforma nel soffocamento delle istanze già veicolate dall'altra, o nella dispersione del suo patrimonio intellettuale. Al contrario, l'esperienza europea arricchisce il terreno comune dell'insegnamento di entrambe: pur collocandosi per intero nel quadro della democrazia liberale, informata alla tutela dei diritti individuali, non è sorda alle tensioni egualitarie d'ispirazione cattolico-popolare e social-comunista che hanno dato corpo allo Stato socialdemocratico di diritto<sup>156</sup>. Sicché, l'individualismo tipico del pensiero liberale non esclude la presenza di un elemento di auto-determinazione collettiva capace di mitigare l'egoismo dei diritti verso il contemperamento di interessi afferenti all'Unione quale comunità di cittadini-persone eguali<sup>157</sup> – e, infine, alla

---

<sup>155</sup> S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del «dialogo» tra le Corti*, Napoli, 2018, 13 ss., *passim*.

<sup>156</sup> A.J. MENÉNDEZ, *The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*, in *Journal of Law & Society*, 44:1, 2017, 56-78.

<sup>157</sup> V. FERRONE, *Il problema Rousseau e i diritti dell'uomo. La pratica politica dei diritti tra natura e cultura, individuo e comunità, «stato di pura natura» e società civile*, in *Studi francesi*, 167:II, 2012, 221-256.

*societas humana* intera, che si trova a coesistere in un mondo a risorse finite<sup>158</sup>.

È infine un equilibrio siffatto, che cammina sul filo dei valori sottesi alle costituzioni del secondo dopoguerra, a far da parametro di riferimento per confermare, o sospendere, il primato del diritto dell'Unione: esige, infatti, di riservare spazi il più possibile adeguati al dispiegarsi dei conflitti tra letture divergenti, benché non contraddittorie, dei valori costituzionali<sup>159</sup>, mettendo in pausa il macchinario dell'integrazione attraverso il diritto ove finisca col *silenziare* quei conflitti negando ospitalità a talune di esse<sup>160</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive

Segnalata la crescente dissociazione fra teorie costituzionalistiche dell'integrazione e ragioni giustificative della priorità applicativa del diritto comunitario, in queste pagine si è cercato di rileggere i fondamenti di tale priorità a partire dai mutamenti che investono i criteri interpretativi del diritto internazionale allorquando da *stato-centrico* si fa diritto di uno spazio comune sovranazionale.

Attorno al concetto di *Planungsverfassung* ruota il superamento dell'argomento giuspositivista basato sul consenso originario degli Stati, reso equivalente a un argomento teleologico orientato alla priorità applicativa del diritto dell'Unione in un ambito sempre più ampio di fattispecie in virtù dell'intento peculiare manifestato dagli Stati stessi verso una *ever closer union*; di qui la specialità del diritto comunitario – volto a tradurre nella pratica la pianificazione, espressamente voluta dagli Stati membri, di notevoli settori dell'economia a partire dalle costituzioni nazionali – rispetto al diritto sia internazionale sia interno.

Mediante il concetto di *Wandel-verfassung*, che riprende e sviluppa quell'altro, si esprime l'avvenuto sovvertimento delle logiche ar-

<sup>158</sup> G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 17 ss.

<sup>159</sup> Sul punto, A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, Relazione a "I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale", Capri, 19 marzo 2006, in *Costituzionalismo.it*, 1-30.

<sup>160</sup> P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e "integrazione" costituzionale in Europa – Tra passato e futuro: questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 199-271.

gomentative del positivismo in vista del fine, eticamente preminente, della *ever closer union*. Donde, la costituzionalizzazione dell'Unione europea s'impenna su un nucleo di valori comuni alle costituzioni nazionali, che a partire da essi avviano un cambiamento convergente tale da indurre la pacificazione dei conflitti sociali, economici e politici interni ai singoli Stati – ridotti a disputa giuridica appannaggio delle Corti. Per conseguenza, il diritto dell'Unione si applica con priorità sul diritto interno, anche costituzionale, purché tale applicazione non ridesti il conflitto che si dava per sopito. In quel caso, il circuito giudiziale europeo deve cedere il passo alla politica: il reciproco riconoscimento delle posizioni discordi è presupposto necessario del negoziato fra Stati, nonché fra essi e le istituzioni sovranazionali, teso a impedire lesioni di diritti e interessi sensibili.

Dall'azione combinata di tali concetti emerge che la priorità applicativa del diritto dell'Unione deve revocarsi là dove si manifestino tracce inequivoche di conflitti attinenti a siffatte posizioni. Difatti, conflitti di tal foggia segnalerebbero l'arresto, *in parte qua*, di quel moto costituzionale convergente che fonda il primato del diritto dell'Unione su quello statale, pure costituzionale, e necessiterebbero di spazi adeguati alla ponderazione di interessi divergenti – di tal ché gli attori della normazione si cimentino nella revisione dei limiti del conferimento a livello nazionale e sovranazionale, assumendo la relativa responsabilità politica.

Ripercorrendo i tratti di quest'equilibrio costituzionale che regge lo spazio comune, un monito si leva per chi sostiene che il primato del diritto dell'Unione debba, per bocca della Corte di Giustizia, esigersi a ogni costo, ritenendo *fuorilegge* i portatori d'interessi eterogenei rispetto ad esso e *illegali*, del pari, le loro posizioni. Apprestare al conflitto gli spazi necessari al suo riespandersi è non solo coerente con il progetto europeo – giacché in linea con l'assetto disegnato dalle costituzioni del secondo dopoguerra, che tal progetto mira a sviluppare in un contesto comune – ma presupposto giuridico del suo realizzarsi in un quadro unitario. Difatti, la priorità applicativa del diritto sovranazionale su quello costituzionale si è concretizzata soltanto in cambio del rispetto prestato dall'Unione verso un duplice parametro: il *national democratic self-government*, da un lato, e la tutela dei diritti fondamentali per *standard* equivalenti dall'altro.

Ove si rinunciassero a tali spazi, si userebbe il diritto ad adorno amantato di soluzioni unilateralmente imposte, facendone veicolo di le-

gittimazione della forza del più forte. Difatti, in tal caso, gli argomenti giuridici a sostegno di una decisione giudiziale assumerebbero toni d'insopprimibile politicITÀ: la loro forza di legittimazione deriverebbe non più dalla loro qualità persuasiva secondo *uso pubblico di ragione*<sup>161</sup>, ma dal puro potere – politico, economico, diplomatico, mediatico, e così via discorrendo – esercitato o minacciato da chi di quella decisione si gioverebbe<sup>162</sup>.

In un contesto siffatto, il rischio è la deflagrazione in scontro, finanche violento, del conflitto silenzioso, cui un diritto delegittimato, imposto con *force disguised as reason*, sarebbe incapace di porre argine<sup>163</sup>. Dinanzi a tale scenario, la macchina dell'integrazione attraverso il diritto girerebbe a vuoto, incapace di proseguirne il disegno; con esiti infausti non solo per la continuazione del progetto europeo, ma per la sua stessa perdurante sopravvivenza.

\* \* \*

## ABSTRACT

ITA

Pur circondato da una crescente conflittualità, il diritto dell'Unione va esprimendo una pretesa normativa rafforzata in settori di cruciale sensibilità politica, come l'Unione monetaria e la difesa dello Stato di diritto. Tale pretesa non si basa su una visione generale dell'Unione come *polity* unitaria; piuttosto insegue argomenti di carattere etico – per cui l'integrazione è fine *in sé* – o interpreta l'apertura degli ordinamenti nazionali alla stregua di un'auto-rottura costituzionale, *à la* Carl Schmitt. Questo lavoro vuol illustrare i concetti giuridici che a tal pretesa conferiscono efficacia normativa, e che tengono assieme Unione e Stati in un equilibrio costituzionale incentrato sull'esercizio democratico della sovranità nazionale e sulla protezione equivalente dei diritti fondamentali. Mettendo in relazione “poteri” e “diritti”, tale equilibrio difen-

<sup>161</sup> J. HABERMAS, *Reconciliation Through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls' Political Liberalism*, in *The Journal of Philosophy*, 92:3, 1995, 109-131.

<sup>162</sup> M.A. WILKINSON, *Economic Messianism and Constitutional Power in a 'German Europe': All Courts are Equal, but Some Courts are More Equal than Others*, in *LSE – Law, Society and Economy Working Papers* 26/2014, 1-33, 4 ss.

<sup>163</sup> A. VESPAZIANI, “*Force Disguised as Reason*”: *Law, Jurists, and Constituent Power in Boccaccio's Decameron*, in *German Law Journal* 19:4, 2018, 879-900.

de l'elemento volontaristico a sostegno del diritto dell'Unione, le cui norme risulterebbero sprovviste di efficacia obbligatoria ove carenti di base giuridica adeguata alla sensibilità politica degli effetti che pretendono di esprimere in capo ai destinatari.

EN

Reiterated, yet controversial claims for Union law's primacy in an ever-expanding array of cases are being raised in crucially sensitive areas – namely, EMU and rule of law. Such claims seem detached from a general constitutional view of the Union; rather, they rely on moral arguments, or interpret the openness of national constitutions towards the international sphere as constitutional *self-rupture* in Schmitt's terms. This work holds that all such views work as *ex-post* descriptions of the integration-through-law consequences – which cannot, as a corollary, be explained in light of the Union's general constitutional arrangements, but lay in the operability of certain concepts whose capacity to overturn the interpretive criteria for international law have perhaps been overlooked. In this light, the Union rests on a constitutional balance that comprises the Member States and the common supranational framework since the Maastricht Treaty. Tying respect for democratically-exercised sovereignty to equivalent protection of fundamental rights, this balance is disrupted by enhanced claims for primacy as no support from the (peoples of the) States is sought and no equivalent protection of rights is recognised, law's voluntarist element being on the way to suppression.



# *Costituzionalismo.it*

*Email: [info@costituzionalismo.it](mailto:info@costituzionalismo.it)*

*Registrazione presso il Tribunale di Roma*

*ISSN: 2036-6744 | [Costituzionalismo.it](http://Costituzionalismo.it) (Roma)*