

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
CENTRE OF EUROPEAN LAW AND POLITICS

University Bremen

ZERP

Christian Joerges e Stefano Giubboni

Diritto e politica nella crisi europea

Recht und Politik in der Krise Europas

Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi Vol. 6

2013

Als Herausgeber arbeiten an der Reihe mit:

Prof. Luisa Antonioli, Trento
Prof. Aurelia Colombi Ciacchi, Groningen
Prof. Michele Comenale, Sassari
Prof. Francesca Fiorentini, Triest
Prof. Christian Joerges, Bremen
Prof. Luca Nogler, Trento
Prof. Udo Reifner, Hamburg/Trento
Prof. Silvia Sonelli, Modena
Prof. Gian Maria Uda, Sassari
Prof. Dian Schefold, Bremen
Prof. Christoph U. Schminck-Gustavus, Bremen
Prof. Christoph U. Schmid, Bremen (geschäftsführend)

Beiträge zu deutsch-italienischen und europäischen Themen können den Herausgebern von allen interessierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern zugeleitet werden. Die Einreichung wird per Email an cschmid@uni-bremen.de erbeten.

Editorial

Publisher &
Distributor:

Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen
www.zerp.eu

Reproduction:

Subject to editor's permission

Bremen, October 2013

Diritto e politica nella crisi europea*

CHRISTIAN JOERGES E STEFANO GIUBBONI**

SOMMARIO: 1. In esergo. – 2. L'integrazione attraverso il diritto. – 3. Processi di erosione: un *excursus* sulla sociologia economica di Karl Polanyi. – 4. Delegalizzazione dell'unione monetaria: la nuova *governance* economica europea. – 5. Costituzione senza custode. – 6. L'ombra di Carl Schmitt. – 7. La crisi come opportunità, secondo Jürgen Habermas. – 8. *Unitas in pluralitate*: per un'Unione con minori pretese.

1. “Voglio ringraziare di cuore la Germania e i tedeschi per il loro impegno per la nostra Europa. Non posso tuttavia non notare che siamo di fronte ad un paradosso. In ampie parti dell'opinione pubblica europea si ha, infatti, una percezione totalmente diversa [...]. In politica non conta a volte quello che facciamo, ma come lo facciamo. Si tratta cioè di spiegare e trasmettere con entusiasmo ciò che, secondo la nostra visione, è nel miglior interesse dei cittadini”.

Le parole citate sono state pronunciate dinanzi a un folto pubblico da José Manuel Durão Barroso al termine del suo discorso sullo stato attuale dell'Unione europea tenuto il 9 novembre 2011 nella sede del *Berliner Festspiele*¹. È vero: non si trova traccia di entusiasmo da queste parti. Ma non è questo ad inquietare l'opinione pubblica in Europa. A inquietare le disorientate opinioni pubbliche di molti paesi dell'Unione è il fatto che è Berlino – almeno così pare – a decidere cosa deve esser fatto nei paesi in crisi.

Il paradosso di cui si parla nel discorso di Barroso, in realtà, non esiste. Siamo piuttosto di fronte a una situazione di conflitto ben delineata, la quale si presenta nella forma della imposizione delle prerogative europee, in nome dei vincoli economico-finanziari, contro le pretese di auto-determinazione che gli Stati membri più colpiti dalla crisi, ed i loro cittadini, avanzano alla stregua dei

* Questo saggio è, per larga parte, la traduzione italiana a cura di Elena Guella, su cortese licenza della redazione di *Merkur - Zeitschrift für europäisches Denken*, dell'articolo pubblicato da Christian Joerges nel fascicolo del novembre 2012, 1013 s., di quella Rivista. Stefano Giubboni vi ha contribuito trasversalmente, approfondendo, in particolare, i profili relativi all'impatto del nuovo diritto europeo della crisi sui sistemi sociali nazionali ed aggiornando i riferimenti bibliografici. Di prossima pubblicazione in *Rivista critica del diritto privato*.

** Stefano Giubboni, Università degli Studi di Perugia, Facoltà di Scienze Politiche, (stefano.giubboni@cline.it); Christian Joerges, Università di Brema e Hertie School of Governance, Berlino (cjoerges@zerp.uni-bremen.de).

1 Disponibile all'indirizzo http://www.eu-direct.info/coRED/_data/Barroso-speech_original.pdf.

basilari principi, riconosciuti dallo stesso Trattato sull'Unione europea (TUE) all'art. 2, su cui poggiano la democrazia e lo Stato di diritto. A questo deplorabile stato di cose si è giunti inseguendo il mutevole andamento della crisi, con l'effetto di rendere sempre più difficile, se non impossibile², la gestione efficace delle sue potenziali conseguenze disintegrative sul tessuto dell'Unione.

In questo contributo argomenteremo che il paradosso apparente cui allude il presidente Barroso può essere in realtà sciolto se si analizza la situazione di conflitto – in cui esso, in effetti, si risolve – come crisi del rapporto tra diritto e politica nella costruzione della integrazione economica europea. L'integrazione europea è stata originariamente concepita come un progetto politico la cui realizzazione veniva essenzialmente rimessa a processi economici mediati dal diritto. Furono i teorici ordoliberali tedeschi a cogliere paradigmaticamente il significato di questo progetto, facendo delle libertà economiche fondamentali e del sistema di concorrenza non distorta edificato del Trattato di Roma il baricentro normativo della neonata Comunità economica europea. L'Unione economica e monetaria avrebbe dovuto perfezionare e portare a compimento questo progetto, ma è noto come le basi dell'intero edificio abbiano cominciato a erodersi subito dopo la sua costruzione.

La crisi finanziaria e dei debiti sovrani ha drammaticamente dimostrato la fragilità della UEM e dei principi sui quali essa è stata costruita alla fine degli anni Ottanta. La risposta alla crisi, all'impronta d'un invasivo managerialismo dai tratti autoritari³, ha cercato vanamente di compensare gli originari difetti di costruzione della UEM con l'introduzione di meccanismi regolativi che, in realtà, finiscono per svuotare di potere le istituzioni nazionali (*in primis* quelle parlamentari) e per minare la residua autonomia degli Stati membri nelle scelte di politica fiscale e sociale, sottoponendo soprattutto i paesi dell'Europa meridionale agli insostenibili vincoli di austerità imposti dal rispetto degli obiettivi macroeconomici e di bilancio asimmetricamente fissati a livello europeo. L'originario ideale normativo di un ordine costituzionale dell'economia europea viene così disatteso nel momento stesso in cui le inefficaci risposte alla crisi economico-finanziaria sinora attuate dall'Unione contribuiscono a renderne sempre più precaria la già debole legittimazione democratica, mettendo ormai apertamente in discussione i postulati costituzionali della forma dello

2 Cfr. C. Offe, *Europe Entrapped. Does the EU Have the Political Capacity to Overcome Its Current Crisis?*, in «European Law Journal», 2013, n. 5, 595 s., nonché W. Streeck, *The Crises of Democratic Capitalism*, in «New Left Review», 71, September-October 2011, 5 s.

3 V. meglio *infra*, § 6, e sin d'ora, da ultimo, M.A. Wilkinson, *The Specter of Authoritarian Liberalism: Reflections on the Constitutional Crisis of the European Union*, in «German Law Journal», 2013, vol. 14, n. 5, 527 s.

Stato di diritto, democratico e sociale, sulla quale si è storicamente radicata la costruzione comunitaria.

Le vie indicate per uscire dalla “crisi esistenziale” dell’Unione sono – evidentemente – tutte difficili e incerte⁴. Lo sono soprattutto quelle che implicano un rilancio dell’Unione attraverso una sorta di nuovo, improbabile processo costituente europeo, proiettato verso il compimento di una piena unificazione politico-federale. E lo sono, probabilmente, benché in misura minore, anche le proposte di riforma variamente dirette a restituire all’azione della UEM una autentica “dimensione sociale”⁵. Il più cauto suggerimento conclusivo di questo scritto è che una possibile strategia di risposta alla crisi europea sia pensabile, piuttosto, riconfigurando il rapporto diritto-politica nel senso di una più modesta e, se si vuole, politicamente meno impegnativa ridefinizione della *finalité* dell’Unione.

2. Che l’Europa sia essenzialmente una “comunità di diritto”, ebbe a spiegarlo già il primo presidente della Commissione⁶. Sin dall’esordio del processo integrativo si è fatto affidamento decisivo sul diritto e sulle sue risorse. Al diritto si è chiesto di trascendere definitivamente lo stato di natura nel quale erano precipitate le relazioni tra gli Stati europei, superando il loro passato bellicoso con un ordine di pace basato sull’addomesticamento dell’egoismo economico dei paesi fondatori della nuova Comunità.

La celebre formula della “integrazione attraverso il diritto” si è imposta nei primi anni Ottanta come motto di successo grazie all’opera seminale di giuristi tra i più influenti nella scena europea⁷. In effetti, nessun altro tentativo di razionalizzazione ha saputo restituire più compiutamente di quello espresso con tale formula lo specifico equilibrio tra diritto e politica sul quale si è costruito

4 Cfr. A.J. Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, in «German Law Journal», 2013, vol. 14, n. 5, 453 s., spec. 526.

5 Il dibattito francese mantiene, al riguardo, una certa vivacità: v. ad es. M. Aglietta, T. Brand, *Un New Deal pour l’Europe*, Paris, 2013, e le proposte da ultimo formulate, con maggior pragmatismo, da S. Fernandes e K. Maslauskaitė, *Une dimension sociale pour l’UEM: pourquoi et comment?*, Notre Europe – Institute Jacques Delors, Policy Paper 98 - Settembre 2013.

6 W. Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*, Düsseldorf, 1969.

7 L’ovvio riferimento è alla fondamentale ricostruzione di J.H.H. Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, in «Yearbook of European Law», 1981, n. 1, 257 s., seguita dalla non meno celebre ricerca collettiva diretta all’Istituto universitario europeo da Mauro Cappelletti, Monica Seccombe e dallo stesso Joseph H. Weiler, *Integration through Law*, Berlin-New York, 1986 (et seq.). Il lettore italiano deve fare necessariamente riferimento anche a J.H.H. Weiler, *Il sistema comunitario europeo. Struttura giuridica e processo politico*, Bologna, 1985.

il processo d'integrazione europea nella sua fase formativa.

La “costituzionalizzazione” dei Trattati, compiuta dalla Corte di Giustizia con la *inventio* d'un ordinamento giuridico autonomo di nuovo genere, distinto sia dal diritto degli Stati nazionali sia da quello internazionale, si è tradotta – come tale – nei principi giuridici fondativi di tale nuovo ordine: il diritto comunitario vincola gli Stati membri, assistito dalla *primauté* su quello nazionale; i suoi principi fondamentali sono, pertanto, *law of the land* europea, ed allorché siano formulati in regole precise e incondizionate dispiegano effetto diretto nei sistemi nazionali; così facendo, essi fondano l'unità del sistema comunitario ed esigono di essere applicati in modo uniforme all'interno della Comunità; ciò che richiede, a sua volta, un'autorità centrale che definisca le condizioni interpretative e applicative di questa unità: autorità che non può che essere la stessa Corte di Giustizia.

Naturalmente, sulla lunga strada della Comunità del 1957 verso un'unione sempre più stretta tra i suoi popoli, l'Europa ha rinnovato incessantemente quella che Hans Peter Ipsen ha chiamato la sua *Wandelverfassung*⁸. E ciononostante, quei principi fondamentali, sul cui solco è stata costituzionalmente impiantata l'intera costruzione dell'Europa comunitaria, sembrano, in questo lungo percorso, aver mantenuto intatta – almeno all'apparenza – la loro forza giuridica.

Si tratta, tuttavia, di un'apparenza ingannevole. L'effettiva tenuta di quei principi è oggi sfidata come mai accaduto in passato dalla “crisi esistenziale” dell'Unione⁹. Il diritto europeo della crisi non riesce – per aspetti decisivi – ad essere ricondotto nell'alveo di quei principi fondativi dell'ordine comunitario, gettando un'ombra sulla perdurante capacità euristica del paradigma della “integrazione attraverso il diritto”. Ma è a ben vedere lo stesso disegno originario dell'unione monetaria a risultare incompatibile con i postulati fondamentali di quella concettualizzazione della funzione del diritto nel processo di integrazione europea.

Nel suo discorso berlinesse Barroso si è concentrato unicamente sulla crisi della UEM e, quindi, su quello che può essere considerato – all'apparenza – il perfezionamento istituzionale del progetto della “integrazione attraverso il diritto”, nel significato famosamente illustrato da Weiler. L'Unione monetaria, come concepita dal Trattato di Maastricht del 1992, era evidentemente un progetto politico, ma un progetto nuovamente affidato ai codici normativi della integrazione attraverso il diritto. La moneta unica non doveva essere infatti

8 H.-P. Ipsen, *Europäische Verfassung – Nationale Verfassung*, in «Europarecht», 1987, 195 s., qui 201.

9 *Supra*, nota 4.

affidata ad un'Unione politica, ma doveva essere vincolata da un rigido sistema di norme giuridiche sovranazionali, preordinate a compensare il vuoto di solidarietà politica tra gli Stati membri. La politica monetaria veniva in tal modo federalizzata e al contempo depoliticizzata.

Questa costruzione svela tuttavia sin dall'origine una differenza decisiva rispetto al classico paradigma della integrazione attraverso il diritto. La differenza essenziale rispetto alla funzione assegnata da Weiler al diritto nel processo di integrazione comunitaria sta nel fatto che in quella concettualizzazione sopranazionalità normativa e politica intergovernativa debbono mantenersi in equilibrio. Il carattere duale del sistema comunitario implica, in quel modello, un necessario equilibrio dinamico tra diritto e politica nella costruzione europea. Il diritto sovranazionale non avrebbe dovuto e potuto sostituirsi interamente al processo politico di integrazione, l'equilibrio complessivo del sistema comunitario dipendendo, in questo schema concettuale, dai meccanismi di adattamento e di bilanciamento reciproco tra le due componenti.

L'unione monetaria concepita dal Trattato di Maastricht rompe irreversibilmente questo equilibrio. E alla base della funzione dominante assegnata al diritto nella realizzazione di questo progetto politico si rintracciano piuttosto i retaggi di un'altra concezione del sistema normativo comunitario, molto più esigente e prescrittiva circa la funzione costituzionale del diritto dell'economia. Non si fatica a scorgere i segni teorico-politici dell'ordoliberalismo tedesco: è questa concezione ad esigere una politica economica e monetaria "vincolata da regole costituzionali, basate come tali su criteri giustiziabili", l'unica a poter essere affidata alla responsabilità delle istituzioni sovranazionali¹⁰. La costituzione giuridica della politica monetaria ha in realtà inteso uniformarsi a queste prescrizioni, dando alla UEM una configurazione che avrebbe dovuto immunizzarla una volta per tutte da possibili derive keynesiane nella gestione macroeconomica. Politiche macroeconomiche di questo tipo avrebbero infatti dovuto necessariamente dare la priorità alla pre-determinazione politica degli obiettivi, oltre che degli strumenti di azione, alla stregua di una valutazione discrezionale e contingente della situazione economica evidentemente incompatibile con l'idea che l'Unione avrebbe dovuto agi-

10 Una classica riaffermazione di quelle dottrine si trova in E.-J. Mestmäcker, *Macht – Recht – Wirtschaftsverfassung*, in «Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht», 1972, n. 137, 97 s., da cui traiamo la citazione appena fatta nel testo. Per una complessiva valutazione critica dell'impatto di quella tradizione sulla costruzione comunitaria, e della UEM in specie, cfr. C. Joerges, *What is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in «European Law Review», 2005, 30, 461 s., e più recentemente G. Dale, N. El-Enany, *The Limits of Social Europe. EU Law and the Ordoliberal Agenda*, in «German Law Journal», 2013, vol. 14, n. 5, 613 s.

re sulla base di criteri normativi certi e predeterminati, se del caso giudizialmente sindacabili.

Come risulta oggi sin troppo evidente, questa strategia è risultata fallimentare. I difetti di progettazione istituzionale dell'Unione monetaria, nella forma perfezionata dal Patto di stabilità del 1997, erano peraltro già noti all'origine, e hanno del resto cominciato a manifestarsi ben prima della crisi finanziaria che ha contagiato i debiti sovrani degli Stati della "periferia" europea. Il fatto che proprio la Germania e la Francia non si siano per prime attenute alle regole del Patto di stabilità e crescita (nella sua originaria versione), e che poi la relativa procedura d'infrazione per *deficit* eccessivo iniziata dalla Commissione sia caduta nel nulla, ha tuttavia portato gli apologeti tedeschi dell'euro ad autoincolparsi in un *autodafé* postumo, strumentale alla richiesta di perfezionare l'ordine giuridico violato, rafforzandone gli automatismi e l'efficacia sanzionatoria.

Oggi possiamo affermare con più convinzione di ieri che si è trattato, ancora una volta, di richieste evidentemente mal concepite e, soprattutto, mal indirizzate. "Il limite del 3% è, nel migliore dei casi, sciocco e, nel peggiore, perverso", ebbe a scrivere Barry Eichengreen – uno degli osservatori più autorevoli della politica monetaria europea¹¹ – in un articolo apparso su *Die Zeit* del 20 novembre 2003. L'economista americano sapeva perfettamente che la Germania non poteva permettersi il Patto di stabilità nella sua posizione di allora, e che dunque nemmeno vi si sarebbe adeguata. Il che dimostra che col Trattato di Maastricht il progetto dell'integrazione attraverso il diritto, esteso alla costituzione monetaria, aveva ottenuto una vittoria di Pirro. Un decennio più tardi avrebbe trovato la sua Canne.

3. "Più Europa è sempre meglio". "In ultima analisi anche le crisi hanno sempre fatto avanzare l'integrazione europea". Queste affermazioni di euroottimismo, così spesso ripetute in passato (e in paesi come la Germania e l'Italia più che altrove, in Europa), non si trovano più su un terreno sicuro¹². La crisi ha sgretolato le antiche certezze sulle magnifiche virtù progressive degli avanzamenti dell'integrazione europea, dando la stura al riemergere, in tutto il Continente, di antiche diffidenze e pericolosi risentimenti nazionalistici.

In un tale frangente, è più che mai utile uno sguardo retrospettivo (e prospettico allo stesso tempo) alla sociologia economica dell'emigrante austro-

11 V. ad es. B. Eichengreen, *The European Economy since 1945. Coordinated Capitalism and Beyond*, Princeton - Oxford, 2007.

12 Il mutato atteggiamento dell'opinione pubblica italiana è stato da ultimo finemente rilevato e analizzato da I. Diamanti, *Radiografia dell'euro-entusiasta*, ne «La Repubblica» del 12 ottobre 2013.

ungherese Karl Polanyi¹³, la cui opera ha conosciuto in questi anni un giusto – e già di per sé significativo – *revival*¹⁴. Un rapido *excursus* sulla sua opera ci pare utile a ridimensionare molte delle residue convinzioni sulla sostenibilità (anzi, sulla asserita ineluttabilità per assenza di praticabili alternative) dell’attuale assetto della integrazione attraverso il diritto in Europa.

Il riferimento a Polanyi ci sembra al proposito illuminante almeno sotto tre profili.

Primo: nella ricostruzione polanyiana i mercati non sono l’esito spontaneo di un qualche processo sociale evolutivo ma costituiscono il prodotto di una decisione o meglio di una pianificata strategia politica. L’intero progetto del mercato interno è la conferma storicamente forse più cospicua ed emblematica della correttezza di questa tesi.

Secondo: uno dei più importanti punti di arrivo dell’analisi polanyiana concerne quella che egli chiama la *social embeddedness*, ovvero il necessario radicamento sociale dell’economia di mercato. In prospettiva europea, ciò significa che il mercato interno, e la stessa Unione monetaria, non possono ignorare la varietà dei sistemi di integrazione sociale, operanti essenzialmente a livello nazionale, da cui dipende in ultima analisi il loro funzionamento.

Terzo: nella ricostruzione polanyiana dell’ascesa della moderna economia capitalistica industriale di mercato, giocano come noto un ruolo preminente tre merci “fittizie”: moneta, lavoro e terra. La natura fittizia di tali merci risiede nel fatto che esse vengono considerate e trattate come tali anche se non sono state create per il mercato. La spinta impressa dalla liberazione delle forze di mercato nella direzione di una mercificazione integrale della moneta, del lavoro e della terra genera tuttavia inevitabilmente contro-movimenti di auto-protezione della società. L’attualità della ricostruzione polanyiana ci appare

13 K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it. di R. Vigevani con una introduzione di A. Salsano, Torino, ultima ed. 2010 (edizione originale in lingua inglese 1944).

14 Sull’attualità del pensiero di Polanyi v., fra i molti, G.P. Cella, *Le tre forme dello scambio. Reciprocità, politica, mercato a partire da Karl Polanyi*, Bologna, 1997; J. Beckert, *Beyond the Market. The Social Foundations of Economic Efficiency*, Princeton - Oxford, 2002; Id., *Die soziale Ordnung von Märkten*, Max-Planck Institut für Gesellschaftsforschung (MPIfG) Discussion Paper 07/6, Köln, 2007; G. Dale, *Karl Polanyi. The Limits of the Market*, Cambridge, 2010. Tra i giuristi, per tutti, C. Joerges, J. Falke (eds.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford - Portland (Oregon), 2011, e, più di recente, con uno sguardo critico sulle dinamiche di disarticolazione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale in atto in Europa, D. Ashiagbor, *Unravelling the Embedded Liberal Bargain: Labour and Social Welfare Law in the Context of EU Market Integration*, in «European Law Journal», 2013, vol. 19, n. 3, 303 s.

sorprendente anche a quest'ultimo riguardo.

Della moneta si è già accennato e si tornerà a parlare tra breve a proposito della nuova *governance* economica europea. L'attrazione del fattore-lavoro nella logica mercificante del mercato interno è fenomeno risalente e complesso¹⁵, che ha ricevuto una singolare e forse non casuale accelerazione con la deflagrazione della crisi economica e finanziaria in Europa. Non è certo sfuggito agli osservatori più attenti che le celebri decisioni con le quali la Corte di Giustizia ha sostanzialmente sancito la prevalenza costituzionale delle libertà economiche comunitarie sui diritti di azione collettiva riconosciuti ai lavoratori europei dagli ordinamenti nazionali siano state pronunciate nel dicembre 2007¹⁶, quasi in coincidenza con lo scoppio della crisi finanziaria¹⁷. Da allora, le pressioni de-regolative sui sistemi di diritto del lavoro e di relazioni industriali degli Stati membri dell'Unione si sono accentuate, specialmente nei paesi più in difficoltà, parallelamente all'irrigidimento delle politiche europee di *austerity*.

Manca, e sarebbe d'altra parte ancora prematura, un'organica indagine comparata sulle conseguenze che le misure "anticrisi" – così come veicolate dalla nuova *governance* economica dell'Eurozona – hanno prodotto in particolare sugli Stati membri che hanno dovuto fare ricorso all'aiuto finanziario europeo¹⁸, sottoponendosi ai rigidi programmi di riforma negoziati con la *Troika*

15 V. tra i molti D. Ashiagbor, *Unravelling the Embedded Liberal Bargain*, cit., 308 s., e in precedenza, in termini analoghi, S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, spec. 78 s. (nonché da ultimo Id., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 31 s.).

16 V. Corte Giust., 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*, e Corte Giust., 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*; poi seguite, a crisi già conclamata, da Corte Giust., 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Rüffert*, e Corte Giust., 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*.

17 V. per questa osservazione S. Deakin, *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: in Search of New Foundations for Europe's 'Social Market Economy'*, in N. Bruun et al. (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford-Portland (Oregon), 2012, 19 s. Nell'ambito sterminata letteratura sul famoso quartetto della Corte v. per tutti, tra gli autori italiani, G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2008, 237 s.; U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009; A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in «Rassegna di diritto pubblico europeo», 2010, n. 1, 45 s.

18 V. peraltro la ricerca collettiva ora curata da J.-C. Defraigne, J.-L. De Meulemeester, D. Duez e Y. Vanderborght, *Les modèles sociaux en Europe. Quel avenir face à la*

all'insegna della austerità come condizione di accesso a tale sostegno. La direzione di fondo di queste misure pare peraltro univoca¹⁹, come testimonia la stessa esperienza dell'Italia²⁰, paese che, tecnicamente, non ha (almeno allo stato, e al netto dell'intervento della Banca centrale europea sul mercato secondario dei titoli di Stato) dovuto ricorrere agli strumenti di aiuto finanziario che si sono nel frattempo consolidati nel Meccanismo europeo di stabilità.

Di "terra", infine, nel senso delle nostre risorse naturali, si occupa la politica ambientale dell'Unione: in realtà un fiore all'occhiello nel processo d'integrazione. Il conflitto per l'energia nucleare è, naturalmente, trasversale, e di nuovo il diritto vi ha giocato un ruolo centrale quanto infelice. Il Trattato Euratom del 1957 aveva celebrato l'energia nucleare come la tecnologia del futuro per eccellenza; la decisione sul relativo uso fu tuttavia riservata alla competenza degli Stati nazionali. In ciò, il Trattato di Lisbona non ha affatto innovato il quadro normativo consolidatosi da allora, con il risultato che in Europa si può pervenire all'effettivo abbandono dell'energia nucleare solamente se tutti gli Stati membri mettono in atto – spontaneamente – tale scelta. La sostenibilità di questo assetto normativo comincia ad essere messa in discussione finanche in Germania.

Ma intanto l'Europa è occupata con la propria moneta.

4. Il Consiglio tedesco degli esperti economici, operante pur dopo l'abrogazione *de facto* della legge sulla stabilità d'ispirazione keynesiana del 1967, ha diagnosticato nel suo rapporto del 5 luglio 2012²¹ una crisi "multipla": crisi del sistema bancario, crisi del debito sovrano e crisi macroeconomica e fiscale si intreccerebbero in un circolo vizioso, collegate tra di loro in un vortice che rafforza la propria potenza distruttiva. L'Unione economica e monetaria europea – così come congegnata dal Trattato di Maastricht – non era evidentemente nella condizione di poter fare fronte a tutto questo: non ne aveva,

crise?, Bruxelles, 2013, nonché K. Armingeon, L. Baccaro, *Political Economy of the Sovereign Debt Crisis: The Limits of Internal Devaluation*, in «Industrial Law Journal», 2012, vol. 41, n. 3, 254 s.; S. Clauwert, I. Schöman, *The Crisis and National Labour Law Reforms: A Mapping Exercise*, ETUI – European Trade Union Institute, Working Paper 2012/4, Bruxelles, 2012.

19 Come ben evidenzia S. Deakin, *Editorial – The Sovereign Debt Crisis and European Labour Law*, in «Industrial Law Journal», 2012, vol. 41, n. 3, 251. In una prospettiva più generale cfr. anche A. Supiot, *A Legal Perspective on Economic Crisis of 2008*, in «International Labour Review», 2010, vol. 149, n. 2, 151 s.

20 Cfr. S. Giubboni, A. Lo Faro, *Crisi finanziaria, governance economica europea e riforme nazionali del lavoro: quali connessioni?*, in AGI, *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012: competizione versus garanzie?*, Torino, 2013, 41 s.

21 Disponibile all'indirizzo <http://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de>.

semplicemente, gli strumenti.

Dall'inizio del 2010 si è tuttavia cominciato a reagire alla crisi in tempi inusitatamente rapidi a confronto della farraginosità che caratterizza l'azione dell'Unione, e lo si è fatto con tecniche regolative sempre più spregiudicate, rese necessarie e urgenti – o almeno così giustificate – dal rischio concreto d'un imminente avvvitamento della crisi: Strategia Europa 2020 (marzo 2010), Semestre europeo (maggio 2010), accordo quadro per il l'istituzione di un fondo europeo di stabilità (giugno 2010), *Euro-Plus Pact* (marzo 2011), *Six Pack* (dicembre 2011); e molto altro ancora, in una sequenza sempre più incalzante: *Two Pack* (novembre 2011 e febbraio 2013), Meccanismo europeo di stabilità (febbraio 2012), *Fiscal Compact* (marzo 2012). Poiché, all'evidenza, tutto ciò non si concilia esattamente con i Trattati – mal conciliandosi, in particolare, con il divieto di salvataggio *ex art.* 125 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) – si decide di aggiungere, in base alla procedura di revisione semplificata *ex art.* 48 del TUE, un paragrafo 3 all'art. 136 del TFUE: il quale, quindi, con effetto dal 1° gennaio 2013, dovrebbe finalmente dare sicura base giuridica agli interventi di aiuto e sostegno finanziario agli Stati in difficoltà.

Dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico questi interventi offrono davvero abbondante materia di discussione, e non a caso il dibattito sui limiti di azione garantiti all'Unione dai Trattati, in particolare prima che entrasse in vigore la ricordata modifica dell'art. 136 TFUE, rimane a tutt'oggi acceso. Il vero problema, tuttavia, non sta tanto nel fiorire di interpretazioni più o meno acrobatiche del testo dei Trattati, quanto nel mutamento costituzionale profondo che si viene consumando dietro questi esercizi, visto che, in definitiva, ad un agire legalmente determinato ed improntato ai canoni della *rule of law* comunitaria si sovrappongono, ora, sempre di più misure discrezionali segnate dalla contingenza e dalla condizionalità ed affidate al governo di una inafferrabile sorveglianza multilaterale. La protagonista di queste misure è una sorta di amministrazione funzionale transnazionale di nuovo conio, apparentemente esemplata su di un modello di agenzie indipendenti destinate ad agire in ambiti esulanti dalla sfera delle competenze formali dell'Unione.

Ora, è vero che il modello delle agenzie indipendenti è da tempo ben radicato nella esperienza delle democrazie costituzionali nazionali, dove assolve ad importanti compiti regolativi in ambiti che, per la natura eminentemente tecnica dei problemi trattati, si rende opportuno isolare in qualche misura i processi decisionali dai ritmi e dalle vicissitudini della ordinaria dialettica politica. Tuttavia, nelle democrazie costituzionali degli Stati membri la delegazione di poteri alle agenzie indipendenti è di norma ben delimitata e, soprattutto, si innesta in un sistema di controlli e garanzie idonei ad assicurare un complessivo equilibrio istituzionale.

Nel caso della nuova *governance* europea della crisi, questi limiti sono stati invece pericolosamente superati. I nuovi meccanismi regolativi ibridi della *governance* economica europea – fondati, specie nella fase iniziale, su una inedita combinazione di *hard law* comunitaria, di procedure e decisioni inter-governative e di strumentazione para-contrattuale d'incerta collocazione tra diritto pubblico e privato – si intrudono in profondità nella sfera delle politiche sociali e fiscali di natura redistributiva tipicamente allocate alla autonomia degli Stati membri. Lo stesso Giandomenico Majone, il più autorevole fautore dello sviluppo di una *governance* europea affidata al modello delle agenzie indipendenti, ha sempre avvertito che la sfera delle politiche redistributive – e quindi, in primo luogo, delle politiche fiscali e sociali – dovesse rimanere rigorosamente riservata agli Stati membri, gli unici a possedere le risorse di legittimazione democratica necessarie per agire in quest'ambito.

Oggi Majone avverte – giustamente – che i nuovi meccanismi di gestione macroeconomica attivati per fronteggiare la crisi europea mettono pericolosamente in discussione questi limiti, rischiando di convertire il *deficit* democratico dell'Unione in un vero e proprio “*default* democratico”²². In effetti, come nota sulla stessa scia Damian Chalmers²³, questa nuova forma di integrazione attraverso il diritto delle economie miste e dei sistemi nazionali di *welfare* importa indebitamente nella sfera delle politiche redistributive le strutture dello Stato regolatore, senza tuttavia dotare l'Unione degli strumenti democratici di risoluzione dei conflitti distributivi operanti tipicamente a livello nazionale. I rischi di *default* democratico risiedono esattamente in questa inusitata deriva verso la de-politicizzazione delle questioni di giustizia sociale e redistributiva, sempre più affidate al managerialismo tecnocratico della nuova *governance* ed isolate da una reale capacità di incidenza dei processi democratici operanti all'interno degli Stati membri (in particolare, come ovvio, di quelli maggiormente colpiti dalla crisi economico-finanziaria)²⁴.

5. La virulenza della crisi, col suo rapido propagarsi a paesi baricentrici per la stabilità della Eurozona, ha reso di fatto impraticabile l'opzione di una revi-

22 Cfr. G. Majone, *Rethinking European Integration after the Debt Crisis*, UCL Working Paper 3/2012, London 2012.

23 Cfr. D. Chalmers, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in «European Law Journal», 2012, vol. 18, n. 5, 667 s.

24 Per una più diffusa trattazione di tali aspetti v. C. Joerges, M. Weimer, *A Crisis of Executive Managerialism in the EU: No Alternative?*, Maastricht University – Faculty of Law Working Paper 2012-7, Maastricht, 2012; F. De Witte, *EU Law, Politics and the Social Question*, in «German Law Journal», 2013, vol. 14, 5, 581 s.; S. Giubboni, *European Citizenship and Social Rights in Times of Crisis*, Centro Einaudi, LPF – Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica, Working Paper 2/2013, Torino, 2013.

sione dei Trattati secondo la procedura ordinaria da questi prefigurata. Oltre che incompatibile, per i lunghi tempi richiesti, con la situazione di emergenza affrontata, questa opzione è apparsa anche politicamente assai rischiosa, per la disaffezione (e in certi casi l'aperta ostilità) di importanti settori delle opinioni pubbliche nazionali e la conseguente incertezza di possibili esiti referendari.

In un contesto del genere, il ruolo di controllo di legittimità affidato dall'art. 263 del TFUE alla Corte di Giustizia diviene – almeno in teoria – evidentemente cruciale. Ma è proprio questo il punto: come può essere verosimile che proprio quelli che al par. 2 di tale disposizione vengono definiti come i soggetti legittimati attivi – ovvero gli Stati membri, il Parlamento europeo, il Consiglio, la Commissione – procedano contro provvedimenti nei quali essi stessi sono così profondamente coinvolti e che la Corte possa, poi, effettivamente esercitare la propria funzione di controllo? E – ciò che forse più rileva da un punto di vista sistematico – quanto in là una ipotetica pronuncia della Corte di Giustizia potrebbe verosimilmente spingersi, tenendo conto che si è in presenza di scelte che attengono alla struttura portante delle politiche, europee e nazionali, per fronteggiare la crisi? Le due notissime controversie sul Meccanismo europeo di stabilità (MES) sino ad oggi discusse, prima dinanzi alla Corte costituzionale tedesca e poi – finalmente – dinanzi alla Corte di Giustizia, hanno messo plasticamente in rilievo la sostanziale intrattabilità di siffatte questioni a livello europeo.

La sentenza del 12 settembre 2012 della Corte costituzionale tedesca sul MES e sul *Fiscal Compact* si colloca in un filone di giurisprudenza che rintraccia ancora il suo imprescindibile punto d'abbrivio nella celebre sentenza del 12 ottobre 1993 sul Trattato di Maastricht. Con questa sentenza – come si troppo noto – la Corte aveva contribuito in maniera determinante a forgiare i fondamenti costituzionali dell'Unione economica e monetaria, chiarendo che la *conditio sine qua non* per la partecipazione della Germania fosse una costituzione de-politicizzata della UEM. La Corte doveva aver capito in tempi non sospetti, per così dire, quanto fragile fosse il fondamento materiale dell'Unione monetaria, cui pure accordava il proprio (condizionato) benessere. L'altrettanto nota decisione sul Trattato di Lisbona del 30 giugno 2009, senza voler mettere esplicitamente in discussione il precedente su Maastricht, ha tuttavia usato accenti nuovi. Da una parte, ha riconosciuto in capo alla Germania una responsabilità costituzionale per l'integrazione, ma d'altra ha anche sottolineato il proprio ruolo a protezione della statualità democratica tedesca. In questa prospettiva, responsabilità d'integrazione e responsabilità democratica esprimono istanze diverse che vanno però tra di loro conciliate, nel senso che la tutela dell'una non può andare a scapito dell'altra.

Diversamente da quanto avvenuto con i due evocati, storici precedenti, accolti con accenti generalmente (e talvolta aspramente) critici nella dottrina co-

stituzionalistica europea²⁵, la sentenza sul MES, oltre ad un generale e del tutto comprensibile sospiro di sollievo a “Bruxelles” e nei “mercati finanziari”, ha suscitato consensi insolitamente ampi a favore della Corte costituzionale tedesca finanche negli ambienti accademici tradizionalmente meno benevoli nei suoi confronti. E tuttavia, ad una esame più attento, la sentenza rivela tutta la problematicità a cui si è accennato.

La si coglie anzitutto nella ambivalenza, ai limiti del paradosso, con la quale la Corte è costretta a difendere il potere di bilancio del *Bundestag* come elemento essenziale della statualità democratica tedesca. La necessaria piena partecipazione del *Bundestag* alle decisioni riguardanti la concessione di aiuti finanziari ai *partner* europei in difficoltà sui mercati è preconditione per la salvaguardia dei diritti democratici del popolo tedesco. E ciò è innegabile, dal punto di vista della Costituzione democratica tedesca. Il problema – intrattabile in questa prospettiva – sta tuttavia proprio nella unilateralità del punto di vista democratico adottato dalla Corte di Karlsruhe, che trascura completamente di considerare le analoghe esigenze di salvaguardia dei processi democratico-parlamentari degli altri Stati membri dell’Unione (e, in particolare, di quelli colpiti dalla crisi finanziaria). Perché ad esempio non considerare il principio democratico dell’autonomia di bilancio dei parlamenti nazionali come un elemento essenziale delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri?

La unilateralità argomentativa della Corte costituzionale tedesca non costituisce tuttavia il solo “fallimento democratico” della sua decisione sul MES. Svalutando il rilievo dei diritti democratici “degli altri”, la Corte ha anche dato il proprio avallo costituzionale al principio di stretta condizionalità su cui è basata l’architettura istituzionale degli aiuti finanziari concessi agli Stati in crisi dal MES. Ma la condizionalità – se intesa nei termini stretti in cui è apparentemente assunta nel MES – è requisito che mal si concilia col principio democratico. Come riconciliarla ad esempio con il passaggio nel quale la Corte afferma che la “clausola di eternità” della Costituzione della Repubblica federale (art. 79, par. 3) esige la garanzia che il processo democratico sia sempre mantenuto “aperto”? Una tale affermazione ha senso, ancora una volta, solo se si riferisce questa garanzia (e l’impegno della Corte costituzionale tedesca a renderla effettiva) alla (sola) Germania.

Il che ci riporta al problema di fondo da cui abbiamo preso le mosse in questo abbozzo di analisi sul problema del controllo di costituzionalità del nuovo diritto europeo della crisi. La Corte costituzionale tedesca, che di fatto si

25 Esiste – sul *Maastricht-Urteil* e sul *Lissabon-Urteil* – una letteratura sterminata, di cui non avrebbe senso dar conto, neppure “a campione”, in questa sede: valga, per una sintesi, il rinvio al recente contributo di A.J. Menéndez, J.E. Fossum, *La peculiare Costituzione dell’Unione europea*, Firenze, 2012, 231 s.

trova a emanare decisioni che impegnano l'intera Unione (o, quantomeno, tutti i paesi della Eurozona), non può, e neppure deve, assumere su di sé la autorità e la responsabilità necessarie a porsi come custode costituzionale d'Europa. Il problema – come si dirà tra un momento – è che neppure l'unica candidata legittimamente in campo per assolvere ad un siffatto compito dimostra di essere in condizione di esercitare tale ruolo di “custode” della Costituzione europea.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha come noto avuto la sua occasione di assolvere ad un siffatto ruolo, stavolta in relazione alla compatibilità del MES con i Trattati istitutivi, grazie alla lodevole insistenza del signor Thomas Pringle, deputato del Parlamento d'Irlanda fermamente contrario al coinvolgimento del proprio paese nel nuovo meccanismo permanente di aiuto finanziario, ed alla prontezza con cui la Corte Suprema irlandese ha rinviato la relativa questione pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo. La Corte di Giustizia – nella sua composizione plenaria – si è pronunciata, significativamente, il 27 novembre 2012²⁶.

Il signor Pringle aveva denunciato che il neo-istituito regime di aiuto finanziario del MES si ponesse in contrasto con le regole dei Trattati – in buona sostanza alterando la fisionomia costituzionale della UEM – principalmente sotto due profili: da un lato – e si trattava evidentemente del cuore della questione – in relazione alla allegata violazione dell'ampio divieto di *bail-out* consacrato dall'art. 125 del TFUE; da un altro lato, e più specificamente, in riferimento alla “clausola di emergenza” di cui all'art. 122, par. 2, del medesimo Trattato. Nella sua risposta alla questione pregiudiziale, la Corte ha in primo luogo pacatamente ricordato la *ratio* della prima delle due previsioni del Trattato: “l'articolo 125 del TFUE è diretto a garantire che gli Stati membri rispettino una politica di bilancio virtuosa [...]. Infatti, il divieto stabilito all'art. 125 TFUE garantisce che gli Stati membri restino soggetti alla logica del mercato allorquando contraggono debiti, la quale deve spingerli a mantenere una disciplina di bilancio. Il rispetto di una disciplina siffatta contribuisce a livello dell'Unione alla realizzazione di un obiettivo superiore, vale a dire il mantenimento della stabilità finanziaria dell'Unione monetaria”²⁷.

In che modo, però, questa filosofia dell'art. 125 del TFUE può essere conciliata col messaggio di fondo del MES, che rende in definitiva possibile il salvataggio collettivo degli Stati in crisi finanziaria? La risposta della Corte è piuttosto netta: “Poiché l'art. 122, par. 1, TFUE non rappresenta un fondamento giuridico adeguato per un'eventuale assistenza finanziaria dell'Unione agli Stati membri che già si trovano o rischiano di trovarsi in gravi problemi finan-

26 V. la sentenza in causa C-370/12, *Thomas Pringle c. Irlanda*.

27 Così la Corte di Giustizia, al par. 136 della sentenza *Pringle*.

ziari, l'istituzione di un meccanismo di stabilità come il MES non sconfina nei poteri che detta disposizione conferisce al Consiglio²⁸.

La risposta della Corte avalla in tal modo una sostanziale trasformazione della costituzione economica europea. Va da sé che questo nuovo regime costituzionale debba rispondere ad una propria *ratio*: “[...] il Trattato MES non prevede che un sostegno alla stabilità sia concesso fin dal momento in cui uno Stato membro la cui moneta è l'euro incontra difficoltà a trovare un finanziamento sul mercato. Infatti, conformemente agli articoli 3 e 12, paragrafo 1, di tale Trattato, un sostegno alla stabilità può essere accordato ai membri del MES che già si trovino o rischino di trovarsi in gravi problemi finanziari solo qualora un siffatto sostegno sia indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso nonché dei suoi Stati membri e la concessione di tale sostegno sia subordinato a condizioni rigorose commisurate allo strumento di assistenza finanziaria scelto²⁹”.

Se questi passaggi interpretativi vengono letti insieme, è agevole cogliere un quadro abbastanza preciso e sconcertante della nuova costellazione costituzionale europea. La filosofia del divieto di *bail-out*, col suo appello alla autonomia e alla responsabilità degli Stati membri, viene rimpiazzata da un nuovo regime di *governance* collettiva delle situazioni di crisi. Il diritto delega tuttavia alla politica una tale gestione senza curarsi troppo dei problemi di legittimità democratica posti dai nuovi processi decisionali nell'ambito del MES. La contraddizione che ne consegue è abbastanza evidente: da un lato, il diritto europeo della crisi dà vita ad una iper-regolazione del governo dell'economia, che stringe in una fitta trama regolatoria e vincolistica, assistita da un forte apparato sanzionatorio sovranazionale semi-automatico, la condotta macroeconomica e fiscale degli Stati membri; ma, dall'altro lato, si assiste ad una strisciante de-legalizzazione, nella misura in cui i concetti chiave della nuova *governance* – a partire da quelli di *deficit* eccessivo o di serio squilibrio strutturale – spalancano amplissimi spazi di valutazione politica discrezionale agli apparati tecnocratici post-democratici cui è affidata la loro implementazione.

La Corte di Giustizia e la Corte costituzionale tedesca agiscono perciò *in tandem*: entrambe hanno dato la loro benedizione ai nuovi strumenti di governo della crisi, i quali introducono meccanismi condizionali di monitoraggio sulla condotta degli Stati del tutto privi di precedenti nella storia del costituzionalismo democratico. Il diritto europeo della crisi disegna così uno strumentario di controllo senza precedenti sulla virtù fiscale degli Stati coinvolti; la Germania europeizza la sua filosofia di risparmio, elevandola a condizione d'accesso

28 Ivi, par. 116.

29 Ivi, par. 142.

ai trasferimenti finanziari del MES; la Corte costituzionale federale tedesca prende decisioni dalle quali dipende la sopravvivenza della moneta unica europea, con ovvi riflessi sugli scenari dell'economia mondiale.

Tutto ciò non è l'esito di sinistre congiure: accade perché la dinamica della crisi ha preteso troppo dal diritto. Esiste però una sufficiente consapevolezza della gravità del mutamento in atto? E, drammatizzando il nostro interrogativo, possiamo domandarci, evocando una radicale alternativa di letture della crisi: abbiamo a che fare con uno stato d'emergenza, che legittima una risposta altrettanto eccezionale da parte dell'esecutivo, una qualche forma di "dittatura commissariale"? O dobbiamo all'opposto poter intendere la crisi come una *chance* nella quale l'Europa può avanzare sulla strada della sua democratizzazione?

La prima alternativa evoca – evidentemente – Carl Schmitt; la seconda, Jürgen Habermas.

6. Carl Schmitt si definisce come un pensatore situazionale. Sarebbe perciò già per questo scorretto tentare di rintracciare nei suoi scritti, pur visionari, elementi di diagnosi dell'attuale situazione europea. È innegabile però che la sua opera apra sull'oggi una serie di sguardi teorici di sorprendente e inquietante attualità. Questo vale non solo per lo stato di emergenza (*Ausnahmestand*), appena evocato. Vale anche per le diverse diramazioni concettuali ad esso legate, a partire dalla pure evocata idea di "dittatura commissariale" elaborata all'inizio degli anni '20. E vale anche per le sue analisi del declino della separazione dei poteri, elaborata a partire dalla metà degli anni '30. Vale, inoltre, per gli elementi essenziali della sua *Großraumtheorie*.

Schmitt ha esposto questa teoria all'inizio del 1939, a Kiel. La cornice per la presentazione del *Großraumordnung* internazionale, come divieto di intervento di poteri spazialmente alieni, è stato un convegno del *Reichsgruppe Hochschullehrer des Nationalsozialistischen Rechtswahrer-Bundes*, il quale coincideva con i festeggiamenti per i 25 anni dalla fondazione dell'Istituto di diritto internazionale di Kiel³⁰. Nella impostazione di Schmitt, la vera pianificazione spaziale esistente in Europa sarebbe lo *ius publicum europaeum* tradizionale, che ha fatto dello Stato sovrano la categoria fondamentale. Ora dovrebbe esserci uno specifico "spazio", quale punto di riferimento concettuale per il diritto internazionale. A garante e custode del *Großraumordnung*, Schmitt destinava un popolo "che appare cresciuto per questo compito": ovviamente, il popolo tedesco.

30 La relazione venne pubblicata nel mese di aprile del 1939 nella collana dell'Istituto, e nel 1941 vide la sua quarta edizione. È stata egregiamente commentata da G. Maschke: *Carl Schmitt. Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Berlin, 1995.

La *Großraumtheorie*, con la sua “dottrina Monroe tedesca”, si confaceva alla politica di potenza nazionalsocialista. Ma Schmitt non ha fondato la sua *Großraumkonzeption* solo sulle ambizioni egemoniche del popolo tedesco³¹. Quel concetto rimanda infatti a processi di trasformazione sociale dominati da sviluppi tecnici, industriali ed economici non meno prominenti. Quei processi annunciavano una erosione del fondamento territoriale del diritto statale e internazionale, facendo già emergere l’esigenza di una profonda ristrutturazione dell’ordine delle relazioni internazionali e la graduale sostituzione del classico diritto internazionale con sistemi normativi che oggi chiameremmo, con anglicismo neutro, “*governance structures*”, o, con accenti volutamente critici, come forme di “*authoritarian managerialism*”³². Schmitt rinviava esplicitamente a due fenomeni: all’intensificarsi delle relazioni di interdipendenza economica che oltrepassano i confini degli Stati (“*Großraumwirtschaft*”) e al predominio assunto dagli sviluppi guidati dalla tecnica (“*Technizität*”).

Dopo la crisi finanziaria, nel discutere delle implicazioni del nuovo sistema di governo europeo della crisi, ridiventano così rilevanti non solo le precoci diagnosi di Carl Schmitt sulla perdita di sovranità degli Stati nazionali e sui processi di de-legalizzazione delle relazioni tra gli stessi. Altrettanto rilevanti ci appaiono le sue analisi sulla generalizzata crescita di potere dell’esecutivo e sulla tendenza alla usurpazione delle prerogative legislative da parte dei governi con l’imporsi di una “*ratio gubernativa*”³³. Schmitt fa espresso riferimento alla figura “dell’aperto stato di eccezione”, per evidenziare come in esso la prassi della delega legislativa (*legislativen Delegationen*) assuma “un particolare significato teorico e pratico”³⁴.

31 V. amplius C. Joerges, *Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project*, in C. Joerges, N.S. Ghaleigh (eds.), *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford, 2003, 167 s.

32 Cfr. M. Koskeniemi, *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, in «Theoretical Inquiries in Law», 2007, vo. 8, 9 s., spec. 16; Id., *Miserable Comforters: International Relations as New Natural Law*, in «European Journal of International Relations», 2009, vol. 15, 395 s., spec. 411.

33 Cfr. C. Schmitt, *Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)*, in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 1938, 6, 252 s. Per uno sguardo comparativo sullo sviluppo di forme di delegazione del potere legislativo v. quanto Carl Schmitt annotava già in «Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht», 1936, n. 6.

34 C. Schmitt, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* [1921], Berlin, 1989 (quinta ed.). Cfr. sul pun-

Può una tale prassi esser definita “dittatoriale”? Posta in questi termini, la domanda è, per Schmitt, eccessivamente semplicistica. Una delega di potere legislativo offre sempre, “fino al punto in cui essa resti nei limiti della Costituzione”, un “ponte legale, che consente sia di tornare alla originaria legalità costituzionale, sia di raggiungere un terreno costituzionale completamente nuovo”³⁵.

È questa, dunque, la nuova costellazione costituzionale europea post-crisi? Un ex giudice costituzionale tedesco, prestigioso giurista e profondo conoscitore dell’opera di Carl Schmitt, è stato il primo ad alludere allo stato di emergenza³⁶. Altri lo hanno presto seguito: il MES, ha osservato Ulrich Hufeld rifacendosi espressamente alla *Dottrina della Costituzione* di Schmitt³⁷, “assume la stessa forma della misura di rottura-costituzionale”³⁸ teorizzata in quella dottrina.

È difficile negare che la crisi finanziaria europea abbia una certa attinenza con il concetto schmittiano di “stato di emergenza”. È invece indubbiamente – e fortunatamente – forzato l’accostamento al concetto di “dittatura commissariale”. I protagonisti della nuova *governance* economica europea post-crisi sono in effetti troppi perché quella analogia possa avere un serio fondamento. Il Consiglio europeo detta la linea, ma è tutt’altro che un attore politico unitario; il Consiglio deve coordinare la propria azione con quella della Commissione, e non di rado occorre il consenso, o l’autorizzazione, del Parlamento europeo, di quelli nazionali e – come visto – delle Corti costituzionali. E la Germania, benché evidentemente lo Stato più potente d’Europa sul piano economico, è ben lontana dalla possibilità, ed anche dalla intenzione, di assumere una *leadership* di tipo egemonico, come pure è stato talvolta prospettato³⁹. Il sistema –

to la seminale ricostruzione di H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin, 1992, 62 e 70 s.

35 Ivi, 253.

36 Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Kennt die europäische Not kein Gebot? Die Webfehler der EU und die Notwendigkeit einer neuen politischen Entscheidung*, NZZ6/21/2010, http://www.nzz.ch/nachrichten/kultur/literatur_und_kunst/kennt_die_europaeische_not_kein_gebot_1.6182412.html.

37 Cfr. C. Schmitt, *Verfassungslehre* [1928], trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984.

38 U. Hufeld, *Zwischen Notrettung und Rütlichswur: der Umbau der Wirtschafts- und Währungsunion in der Krise*, in «Integration», 2011, vol. 34, 117 s., qui 122.

39 Cfr., con varia tonalità, anche critica, W.E. Paterson, *The Reluctant Hegemon? Germany Moves Centre Stage in the European Union*, in «Journal of Common Market Studies», 2011, vol. 49, 57 s.; C. Schönberger, *Hegemon wider Willen. Zur Stellung Deutschlands in der Europäischen Union*, in «Merkur», 2012, 66, 1 s. Per una complessiva valutazione critica v. ora G. Majone, *Has European Integration Gone*

complesso e farraginoso – è dunque in definitiva basato sulla necessità del compromesso tra i diversi livelli di governo. Ed è semmai la tecnica ad avere sostituito il dittatore.

La constatazione resta tuttavia sconcertante. Perché resta il fatto che i nuovi strumenti di governo dell'economia istituzionalizzati per rispondere alla crisi si pongono su di una pericolosa traiettoria di collisione con istituzioni e processi politici democraticamente legittimati a livello nazionale. Il governo europeo della crisi – nell'affidarsi alle risposte di una sempre più invadente (e apparentemente inconcludente) *governance* tecnocratica – disattende così l'impegno solennemente consacrato dai Trattati ad una Unione fondata su democrazia e *rule of law*.

È giunto per questo il momento di passare alla prospettiva di Habermas.

7. *Faktizität und Geltung* (*Fatti e norme* nella edizione italiana)⁴⁰, il maggior contributo di Habermas alla teoria discorsiva del diritto e della democrazia, è apparso nello stesso anno in cui è stato concluso il Trattato di Maastricht, che ha drasticamente ridotto l'autonomia di cui godevano Stati membri in cruciali ambiti di azione politica. Habermas non aveva affatto sottovalutato le minacce insite in tale progetto. Fra gli studi preparatori di *Faktizität und Geltung* si rinviene uno scritto che analizza la relazione fra la democrazia sociale, come istituzionalmente incarnata, in Europa, nelle forme del *Welfare State* nazionale, ed i processi decisionali organizzati a livello europeo: Habermas la visualizzata come una relazione potenzialmente conflittuale, certamente capace di minacciare l'autonomia politica dei cittadini europei sulle questioni di natura redistributiva⁴¹.

E tuttavia, già in quella prima occasione di analisi della nuova costellazione costituzionale europea Habermas assume una posizione risoluta, dando una chiara risposta prospettica a quella minaccia: l'integrazione europea è la cura fondamentale ai fallimenti democratici e alle derive nazionalistiche degli Stati nazionali, *in primis* di quello tedesco; la sua dignità costituzionale non deriva, peraltro, solo da questa conquista storica, giacché essa si pone, oramai, come preconditione per la stessa preservazione, oltre che per l'ulteriore sviluppo, in Europa, delle conquiste del costituzionalismo democratico, ai cui esigenti cri-

Too Far – Or Not Far Enough?, Cambridge, 2014 (spec. cap. 8).

40 J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992. L'opera è apparsa in italiano col titolo *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Milano, 1996.

41 Cfr. J. Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, San Gallo, 1991 (trad. it.: *Cittadinanza politica e identità nazionale*, in Id., *Morale, diritto, politica*, a cura di L. Ceppa, Torino, 1992, 105 s.).

teri normativi deve, però, essere ora compiutamente conformata. A partire da questa consapevolezza, Habermas ha da allora appassionatamente seguito – da cittadino e da teorico della democrazia – le alterne vicende del processo di integrazione europea, stimolandone i progressi nonostante le battute d’arresto dei *referendum* francese e olandese e il ridimensionamento delle ambizioni di riforma costituzionale col Trattato di Lisbona⁴².

Critico sempre severo dei *deficit* democratici della Costituzione europea e della debolezza della sua *élite* politica, egli non si è sottratto alla sfida esistenziale lanciata all’intera costruzione europea dalla più grave crisi nella storia dell’Unione: si è misurato con questa sfida in innumerevoli interventi pubblici e, in modo sistematico, nel saggio *Zur Verfassung Europas*⁴³. “Federalismo esecutivo post-democratico” è l’espressione utilizzata da Habermas per (s)qualificare l’apparato tecnocratico di gestione della crisi costruito per rispondere agli imperativi dei mercati, mettendo tuttavia in gioco la democrazia in Europa. Nella prospettiva di Habermas, questa crisi – senza precedenti per gravità – può e deve tuttavia costituire una opportunità per rilanciare e rafforzare il progetto politico europeo, a partire da una riscoperta delle sue credenziali democratiche.

Il nocciolo teorico della proposta habermasiana rimane poggiato sul duplice vincolo e impegno degli europei quali cittadini dello Stato di appartenenza e, allo stesso tempo, cittadini dell’Unione. In coerenza con la propria teoria discorsiva del diritto e della democrazia, Habermas compie una difesa della statualità democratica fondata sul riconoscimento dei diritti umani; e per questo esclude la necessità che l’Unione si trasformi compiutamente in uno Stato federale. Gli europei debbono imparare a far convivere politicamente in modo maturo questa loro duplice dimensione di cittadini di un certo Stato nazionale e dell’Unione. È questa una concezione democratica dell’Europa tipicamente habermasiana nella misura in cui la democratizzazione del processo di integrazione europea dipende da tale duplice sentimento e impegno di una cittadinanza attiva oltre le differenze socio-economiche ed i *cleavages* politici nazionali. La scommessa democratica di Habermas è che i cittadini europei, sempre più consapevoli di tale loro *status* duale, sapranno discorsivamente forgiare un legame di solidarietà europea e di comune identità civica oltre i confini degli Stati nazionali. Naturalmente egli non ignora che le *élite* politiche dei singoli

42 Per maggiori ragguagli v. C. Joerges, *Reflections on Habermas’ Postnational Constellation*, in C. Ungureanu, K. Günther e Christian Joerges (eds.), *Jürgen Habermas*, Vol. 2, Aldershot-Burlington, 2011, XI s.

43 J. Habermas, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Berlin, 2011, significativamente tradotto in italiano da C. Mainoldi con il titolo *Questa Europa è in crisi*, Roma e Bari, 2012.

paesi – specie in una fase di crisi economico-sociale che colpisce asimmetricamente gli Stati membri, dividendo i creditori del Nord dai debitori del Sud – tendono a perseguire strategie talvolta esplicitamente basate su di un particolarismo nazional-egoistico; la sua scommessa è, tuttavia, che proprio l'esigenza di concorrere al superamento della crisi con uno sforzo necessariamente collettivo saprà alla fine sprigionare questa comune proiezione europea dei cittadini dell'Unione.

A ben vedere, mantengono ancora una straordinaria attualità gli argomenti con i quali Jürgen Habermas ha affrontato l'ormai leggendaria *querelle* con Dieter Grimm sulla possibilità di una Costituzione democratica europea⁴⁴. La continuità di argomentazione di entrambi gli avversari di quella famosa disputa intellettuale è in effetti degna di nota. Altrettanto degna di nota è, tuttavia, una comune lacuna: l'economia – oggi drammaticamente al centro delle preoccupazioni europee e soprattutto dei paesi socialmente devastati dalla più grave crisi dal secondo dopoguerra – è, in entrambi quei celebri contributi, *en quelque façon, nul*. Certo, a quel tempo la costituzione giuridica della UEM poteva essere considerata come una sorta di conclusiva consacrazione del successo del progetto del mercato interno, con la ragionevole previsione che l'unione politica sarebbe seguita a perfezionamento dell'opera.

La temerarietà di quelle previsioni si può tuttavia oggi in retrospettiva ricostruire – specie con l'amaro senno del poi – nella cornice della sociologia economica di Karl Polanyi, di cui si è già detto sopra. Il processo di integrazione, per come è stato costruito, ha certamente contribuito a “deregolare” l'economia europea; ha incrinato l'interdipendenza fra le costituzioni sociali e del lavoro degli Stati membri e la costituzione economica sovranazionale, senza poter evidentemente ricostruire a livello europeo le tradizioni di *welfare* dell'Europa⁴⁵; ha – appunto – eroso il radicamento sociale dei processi di mercato, senza che allo stato sia possibile intravedere un contro-movimento di carattere propriamente europeo.

8. La scelta fra un federalismo esecutivo post-democratico, improntato ad un managerialismo tecnocratico e autoritario, e un'Unione dotata di nuove competenze politico-legislative, di una capacità fiscale adeguata per politiche paneuropee di stimolo macroeconomico, democratica e legittimata, non solleva

44 D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in «Juristenzeitung», 1995; J. Habermas, *Braucht Europa eine Verfassung? Eine Bemerkung zu Dieter Grimm*, in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt, 1999. Per la versione inglese v. D. Grimm, *Does Europe need a Constitution?*, in «European Law Journal», 1995, 1, 282 s.; J. Habermas, *Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?'*, *ivi*, 303 s.

45 Si veda anche F. Rödl, *The Labour Constitution*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford – München, 2010, 623 s.

evidentemente alcun dilemma da un punto di vista normativo, essendo scontata – da questo punto di vista, e di certo per gli autori di queste pagine – la direzione da intraprendere. La vera domanda è se una tale scelta sia realisticamente ed effettivamente disponibile agli attuali attori del processo di integrazione europea in crisi. E il dubbio – forte e motivato – è che non lo sia, neppure dopo le fatidiche elezioni politiche tedesche con la riaffermazione della signora Merkel e il possibile avvio di una nuova esperienza di governo di coalizione con la SPD in Germania.

Non si può peraltro non notare un elemento in comune tra due opzioni pur radicalmente alternative sul piano politico e normativo. Entrambe, seppur su premesse opposte, sembrano infatti reclamare “più Europa”. Ciò che tuttavia rappresenta anche un comune punto di debolezza di entrambe le alternative sul tappeto. Occorre infatti riconoscere il clamoroso fallimento degli approcci, seguiti sino ad oggi nella gestione della crisi essenzialmente attraverso una sconsiderata politica generalizzata di austerità, basati sulla idea che esista, in Europa, un’unica risposta valida per tutti (la filosofia del “*one-size-fits-all*”). Occorre riconoscere, da un lato, che le misure in tal senso attuate per fronteggiare la crisi sono state nel migliore dei casi incapaci di superarla, aggravando drammaticamente il *deficit* democratico dell’Unione, e, dall’altro, che la prospettiva indicata da Habermas per ricostruire una legittimità democratica a tale livello, istituzionalizzando una forma di solidarietà sociale europea, ha almeno un fragile fondamento empirico e non appare – francamente – in vista.

L’alternativa cui allude il titolo di questo paragrafo conclusivo – e che fa riferimento al motto dello sfortunato Trattato costituzionale europeo – deve essere allora diversa. Evocando la formula della “unità nella diversità” non si intende evidentemente accarezzare l’idea d’un ritorno sulla scena degli Stati nazionali, con i loro rigurgiti di nazionalismo economico. Con essa si intende piuttosto puntare ad un modello di integrazione che sappia razionalizzare la accresciuta eterogeneità – e finanche la crescente divergenza di interessi – che caratterizza la geografica politica, economica e sociale europea dopo l’allargamento, oggi ancor più chiaramente in conseguenza delle nuove asimmetrie innescate dalla grande crisi. L’idea di fondo di questa proposta alternativa è che sia necessario passare da una “integrazione attraverso la uniformazione” ad una “integrazione attraverso la soluzione dei conflitti”. “*Conflicts-law as Europe’s constitutional form*”, è la formula ormai da tempo coniata in tale prospettiva teorica dal primo autore del presente articolo⁴⁶.

46 Per approfondimenti si rinvia – più di recente, e tra i molti contributi dedicati al tema – a C. Joerges, *The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as a Constitutional Form*, RECON Working Paper 2010/05, ARENA Center for European Studies, Oslo, 2010; Id., *Unity in Diversity as Europe’s Vocation and Conflicts Law as Eu-*

In questa sede non è possibile riprendere nei dettagli i contenuti di tale proposta. Qui può solo conclusivamente osservarsi come – nella prospettiva da essa indicata – il compito essenziale del diritto europeo dovrebbe diventare quello di dar voce alle preferenze democratiche e alle conseguenti legittime differenze, in primo luogo nella sfera delle politiche sociali e di *welfare*, cui esse danno vita sul piano delle concrete opzioni politiche nazionali, purché queste siano formulate facendosi carico dei vincoli di solidarietà che derivano dalla comune appartenenza all’Unione.

Un sistema del tipo di quello delineato dal *Fiscal Compact* – con le sue rigide prescrizioni di virtù fiscale uniformemente valide per tutti i membri della Eurozona – è evidentemente incompatibile con una tale concezione delle funzioni del diritto europeo, rischiando di porre in insanabile contraddizione – senza prevedere adeguate forme di risoluzione del conflitto – le esigenze di stabilità della costituzione monetaria della UEM con le istanze democratiche di preservazione delle nervature essenziali dei sistemi nazionali di *Welfare State*.

L’insostenibilità di un tal assetto, ove non si dovesse restituire agli Stati membri un più ampio margine di autonomia nella determinazione delle proprie politiche fiscali e sociali, non stenterà a manifestarsi in uno scenario nel quale la crisi economica e finanziaria dei paesi più deboli dell’Unione è tutt’altro che prossima alla soluzione. La recente decisione della Corte costituzionale portoghese sulla legge di bilancio per il 2013, approvata dal Portogallo in attuazione dei gravosi impegni di *austerity* assunti con la *Troika*⁴⁷, ce ne offre un primo – forse ancora timido, ma già significativo – indizio, al quale si farebbe bene a prestare tutta la dovuta attenzione⁴⁸.

rope’s Constitutional Form, LEQS Paper No. 28, London 2010 (in <http://ssrn.com/abstract=1723249>); Id., *Europe’s Economic Constitution in Crisis*, ZENTRA Working Paper in Transnational Studies No. 06/2012, Bremen – Oldenburg, 2012; M. Everson, C. Joerges, *Reconfiguring the Politics-Law Relationship in the Integration Project through Conflicts-Law Constitutionalism*, RECON Online Working Paper 2011/31, ARENA Center for European Studies, Oslo, 2011.

47 Si tratta della decisione n. 187/2013 del giudice costituzionale portoghese.

48 Per un commento alla decisione v. G. Coelho, P. Caro de Sousa, “*La morte dei mille tagli*”. *Nota sulla decisione della Corte costituzionale portoghese in merito alla legittimità del bilancio annuale 2013*, in «Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali», 2013, fasc. 139, 527 s.