

Giuliano Vosa

Il principio di essenzialità

Profili costituzionali del conferimento
di poteri fra Stati e Unione europea

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Giuliano Vosa

Il principio di essenzialità

Profili costituzionali del conferimento
di poteri fra Stati e Unione europea

FRANCOANGELI

SDP

Studi di

Diritto Pubblico

Copyright © 2020 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

INDICE

Abbreviazioni	pag. 9
Prologo	» 10
Argomenti identitari, sintomo di disegualianza	» 10
Introduzione	» 13
1. Il fondamento dell'obbligatorietà del diritto dell'Unione: eguaglianza e autonormazione	» 13
2. La tesi: il principio di essenzialità a tutela dell'eguaglianza di Stati e cittadini davanti al diritto dell'Unione	» 18
Parte prima	
Dov'era finito il principio di essenzialità?	
Una rilettura del pensiero costituzionalistico applicato all'integrazione	
1. Primavera	» 27
1. Introduzione	» 27
2. <i>Planungsverfassung</i> e supremazia dell'argomento teleologico	» 31
3. Un "ordinamento giuridico di nuovo conio": l'avvio dell'integrazione	» 35
4. "Confondere il 'dover-essere' col 'voler essere'"	» 40
5. <i>Wandel-verfassung</i> : il piano comune fra (non)-costituzione europea e costituzioni nazionali	» 43
6. La scissione fra costituzione "dei poteri" e "dei diritti" sul piano nazionale ed europeo	» 50
7. In particolare, il ruolo della dottrina: la polarizzazione del dibattito e la sua incompiutezza	» 56
8. Il nobile intento pacificatore della liberal-democrazia europea	» 61
2. Estate	» 63
1. Introduzione	» 63
2. Il <i>Maastricht-Urteil</i> : l'Unione europea come <i>Staatenverbund</i> . La posizione di Grimm	» 65

3. Tesi (in apparenza) contrapposte: Weiler, von Bogdandy, Pernice. Il <i>Verfassungsverbund</i>	pag. 68
4. La <i>Kooperative Grundnorm</i> dell'Unione europea: analogie e differenze col modello statale	» 74
5. Un terreno comune: la sovranità "fuori discussione"	» 81
6. Poiares Maduro: il diritto "a contrappunto" di pretese sovrane <i>competing</i> ma <i>universalisable</i>	» 85
7. <i>September Morn</i> : l'eredità del Trattato-costituzione	» 91
3. Autunno	» 94
1. Introduzione	» 94
2. <i>Questioning Sovereignty</i> . Il fondamento (neo-)istituzionalista del pluralismo costituzionale	» 96
3. Il funzionalismo come problema: costituzionalismo <i>irenico</i> e <i>polemico</i>	» 102
4. Le diverse concezioni del pluralismo costituzionale	» 108
5. Il pluralismo radicale e le " <i>civil constitutions</i> "	» 113
6. <i>Beyond the German debate</i> : il dibattito all'alba della crisi	» 117
4. Inverno	» 121
1. Introduzione	» 121
2. Le incongruenze strutturali dell'UEM nella sentenza <i>Maastricht</i> del BVG	» 124
3. Il dibattito costituzionalistico a rivestimento di quello economico	» 130
4. Il risveglio dal <i>sueño constitucional</i> : " <i>constitutional mutation</i> " o " <i>increased institutional variation</i> "?	» 134
5. La divaricazione diritti-poteri e la violazione della <i>rule of law</i> : prime reazioni	» 141
6. Le critiche al pluralismo e la radicalizzazione del dibattito: " <i>sovranisti vs. europeisti</i> "	» 147
7. La rottura dell'equilibrio <i>Exit-Voice-Loyalty</i> e l'argomento identitario	» 153

Parte seconda

Da dove viene il principio di essenzialità?

Come si configura, come si è strutturato?

1. Il conferimento e le basi giuridiche	» 163
1. Introduzione	» 163
2. Dal Trattato CECA ai Trattati comunitari: pacificazione e neutralizzazione	» 166

3. “Tecnico” e “politico”: la s-politicizzazione del conflitto nell’ottica dell’auto-normazione	pag.174
4. Il profilo statico del conferimento: attribuzione di compiti	» 184
5. Il profilo dinamico del conferimento: capacità istituzionale e autonomia politica	» 186
6. Qualche precisazione lessicale: il linguaggio del conferimento	» 189
7. Come funziona il conferimento	» 199
2. La regola dei punti essenziali: genesi e rafforzamento	» 204
1. Introduzione	» 204
2. <i>Meroni</i> : il profilo statico del conferimento	» 205
3. <i>Köster</i> : il profilo dinamico del conferimento	» 208
4. La prima giurisprudenza applicativa della regola dei punti essenziali	» 213
5. L’incrocio con la dottrina dell’essenzialità in diritto costituzionale tedesco	» 218
6. La giurisprudenza successiva: incertezze applicative	» 227
7. Parlamentarismo europeo, parlamentarizzazione ed essenzialità: linee di un’equivalenza	» 230
3. Dal principio di essenzialità al giudizio di essenzialità	» 235
1. Introduzione	» 235
2. La definizione positiva dell’essenzialità quale criterio discrezionale fra procedure esecutive	» 237
3. La sanzione dell’obbligo di motivazione a fondamento giuridico di tale criterio	» 241
4. La maturazione del principio di essenzialità e il declino del parlamentarismo europeo	» 247
5. Il giudizio di essenzialità: il caso <i>Codice Frontiere Schengen</i>	» 254
6. Le caratteristiche del giudizio di essenzialità	» 259
7. A chiusura di un cerchio: il crepuscolo degli idoli	» 266

Parte terza

Perché oggi il principio di essenzialità può applicarsi alle basi primarie?

A quali casi, con quali modalità e con quali prospettive?

1. Le ragioni della crisi e la crisi delle ragioni: verso la cedevolezza del diritto dell’Unione	» 271
1. Introduzione	» 271
2. Le <i>Conclusioni</i> del Consiglio europeo del dicembre 2008: un cambio di paradigma	» 273

3. <i>Rescue under conditionality</i> : la fine delle illusioni costituzionalistiche	pag.282
4. La narrazione della crisi	» 292
5. La cedevolezza del diritto dell'Unione	» 297
2. L'eclissi della <i>Planungsverfassung</i> e la deriva del conferimento	» 299
1. Introduzione	» 299
2. Da <i>Pringle</i> a <i>Ledra</i> : il limite dell'“ <i>essential character</i> ” delle istituzioni dell'Unione	» 300
3. <i>ESMA</i> : un conferimento a basi giuridiche secondarie può contraddire le basi primarie	» 310
4. <i>Gauweiler</i> : la curvatura teleologica del mandato della BCE	» 317
3. Il tramonto della <i>Wandel-verfassung</i> e la genesi dell'argomento identitario	» 330
1. Introduzione	» 330
2. Germania, Estonia, Grecia, Portogallo: “alcune Corti sono più uguali di altre”	» 331
3. Davanti a un diritto dell'Unione della diseguaglianza: nascita dell'argomento identitario	» 340
4. Il BVG nella pronuncia su <i>OMT II</i> : un'inversione dell'ottica introversa?	» 352
5. Identità e competenza: le due facce del giudizio di essenzialità	» 362
6. Verso nuovi equilibri nell'applicazione del diritto dell'Unione	» 370
7. Oggi e domani: impedire la radicalizzazione di pretese di sovranità contrapposte	» 382
Conclusioni	» 397
1. Ricapitolando: il principio di essenzialità e il suo orizzonte futuro	» 397
2. Qualche ipotesi pratica: riscrivendo alcune recenti sentenze	» 407
3. Ai saluti	» 413

ABBREVIAZIONI

AFDUAM – Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

CMLR – Common Market Law Review

EJIL – European Journal of International Law

ELJ – European Law Journal

ELR – European Law Review

EuConst – European Constitutional Law Review

GLJ – German Law Journal

IJCL – International Journal of Constitutional Law

JCMS – Journal of Common Market Studies

JEPP – Journal of European Public Policy

MLR – Modern Law Review

YEL – Yearbook of European Law

CUP – Cambridge University Press

OUP – Oxford University Press

BCE – Banca Centrale Europea

BVG – *Bundesverfassungsgericht*

PROLOGO

Argomenti identitari, sintomo di disegualianza

Anno Duemilaventi. Le conseguenze della crisi che ha attanagliato l'Occidente nel decennio appena trascorso non smettono d'investire l'edificio europeo, ripercuotendosi a tutti i livelli: società, economia, politica, non ultimo il diritto. Rivendicazioni identitarie percorrono lo spazio comune, talora ammantandosi di una retorica potente ed evocativa – quella dello Stato-nazione – che a lungo il processo d'integrazione ha cercato di domare, e che oggi sembra riproporsi. L'onda di una critica anche distruttiva al progetto europeo porta con sé, come detriti di un passato rovinoso, frammenti di un nazionalismo muscolare ritenuto estinto, che certi schieramenti politici, pur accreditati di un seguito popolare non banale, paiono accingersi a ricomporre.¹

1. M. ROSENFELD, *The Identity of the Constitutional Subject: Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, 2009, riformula il concetto di identità nei termini di una relazione tra *Sameness* e *Selfhood*, esaminando i meccanismi psicanalitici che stanno dietro alla rivendicazione "identitaria" del *constitutional subject* (11s., 29s). M. TUSHNET, *How do constitutions constitute constitutional identity?*, in *IJCL*, 8:3, 2010, 671-676, 673, nel commentare il volume di Rosenfeld, pone l'accento sui termini *Condensation* e *Displacement* per descrivere la percezione, da parte del soggetto, di somiglianze e differenze tra sé e le cerchie in cui si identifica ("*imagined communities*"). Tali approcci mostrano come la rivendicazione identitaria sia non completamente fraseggiabile in termini di discorso consapevole, poiché non del tutto rielaborata e quindi riottosa a sottoporsi all'uso pubblico di ragione (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). Cfr., oltre all'ampia analisi comparatistica di Rosenfeld, *ibid.*, Part II, 71s., ove su "*Producing Constitutional Identity*", L. CORRIAS, *Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity*,

Sospinti da tali rivendicazioni, argomenti “identitari”² – impernati sul rispetto che l’Unione s’impegna a tributare alla “struttura fondamentale politica e costituzionale di ciascuno Stato” a mente dell’art. 4(2) TUE – lanciano il guanto di sfida alla pretesa obbligatoria del diritto dell’Unione. Tuttavia, al di là della minacciosa *vis* retorica che sprigionano, occorre riconoscere loro una forza persuasiva interna al mondo giuridico: il processo d’integrazione infatti, lungi dal fondare un’Europa politicamente unita, ha preservato come in uno scrigno la sovranità degli Stati “signori dei Trattati”. Sicché imporre, ad onta dell’argomento identitario, il primato incondizionato del diritto dell’Unione è operazione alquanto rischiosa, poiché alla base di un tale argomento sta una denuncia precisa:³ vi sono, dall’ottica di un certo Stato, interessi politicamente *sensibili* rimasti fuori dall’accordo sovranazionale che si pretende d’imporre come diritto.

Non può negarsi, allora, che l’Unione si trovi di fronte a un bivio “tragico”; sia che ceda agli argomenti identitari, sia che si affanni ad imporre il suo diritto come obbligatorio in generale. Nel primo caso consente a certi

in *EuConst.*, 12:1, 2016, 6-26. Sulla tollerabilità del dissenso, S. BESSON, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Hart, Oxford, 2005, mette a confronto i possibili significati di “*public reason*” nella dottrina contemporanea evidenziando quattro distinzioni (93s.) e sottolineando la difficoltà di accedere a un tale concetto in caso di dissenso radicale (111s.; ma cfr. anche 81s. sull’accordo minimo per una comprensione reciproca).

2. Seguendo il filo di J.H.H. WEILER, D. LUSTIG, *Judicial Review in the Contemporary World: Retrospective and Prospective*, in *IJCL*, 16:2, 2018, 315-372, spec. 357s., possono dirsi “identitari” (alla luce dell’art. 4(2) TUE) gli argomenti mediante i quali le Corti apicali nazionali avviano un “dialogo” più o meno sostenuto con la Corte di Giustizia al fine di smussare o eludere l’impatto del diritto dell’Unione sul diritto interno; nel linguaggio degli A., equivalgono a manifestazioni di un’opzione *Exit* selettiva all’inizio della “*third wave*” dello scrutinio giudiziale, evidenziando questioni politiche di peculiare sensibilità. Sulla difficoltà di leggere tali argomenti in modo inclusivo, G. van der SCHYFF, *Member States of the European Union, Constitutions and Identity: A Comparative Perspective*, in C. CALLIESS, G. van der SCHYFF (eds.) *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, CUP, 2020, 305-346, che pone l’accento sulla possibilità di approcciare il contenuto dell’argomento identitario per mezzo di un “*dialogical process creating and interpreting constitutional sources*” (328s.) che rilegga le condizioni del primato del diritto dell’Unione; in tal senso il confronto (330) con A. von BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *CMLR*, 48:5, 2011, 1417-1453.

3. È di “denuncia”, testualmente, il senso della prima questione identitaria sollevata dal Tribunale costituzionale tedesco (BVG: il noto “*Solange I*”): 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 *GLJ*, 16:4, 2015, 917-970, 922. Cfr. A. SCHNETTGER, *Art. 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European System*, in C. CALLIESS, G. van der SCHYFF (eds.) *Constitutional Identity*, cit., 153-181.

Stati di sottrarsi all'obbligatorietà del diritto che pur pretende di imporre agli altri, avallando una diseguaglianza tra di essi. Nel secondo è essa stessa a farsi promotrice di una siffatta diseguaglianza. Offrirebbe infatti argomenti a sostegno di quegli Stati capaci di far accettare a ragione o a forza la propria posizione agli altri, pur a danno degli interessi più sensibili di questi. Sicché l'obbligatorietà del diritto dell'Unione dipenderebbe dalla pura forza, secondo la legge che governa le relazioni internazionali; taluni Stati se ne servirebbero per imporre ad altri posizioni insostenibili, mentre a questi non resterebbe che una remissiva, acquiescente sottomissione.

Appare chiaro allora che l'ostacolo "identitario", connubio tra la solidità dell'argomento giuridico legato alla perdurante sovranità statale e la carica politica di una rivendicazione suscettibile di degenerare in nazionalismo radicale, costituisca un muro non più aggirabile per l'Unione, capace di arrestarne il cammino e indurne la disgregazione. Tale ostacolo segnala una diseguaglianza fra Stati e fra cittadini dinanzi al diritto dell'Unione; ne è sintomo ma non rimedio, poiché non sa come appianarla.

INTRODUZIONE

1. Il fondamento dell'obbligatorietà del diritto dell'Unione: eguaglianza e autonormazione

Con queste premesse, occorre chiedersi se il diritto dell'Unione possa permettersi, giuridicamente oltre che sotto un profilo etico-politico, di promuovere la diseguaglianza al di fuori di una *differenziazione* politicamente concordata fra livelli diversi d'integrazione.¹ La risposta a un tale quesito deve essere negativa. È agevole infatti verificare che l'eguaglianza degli Stati e dei cittadini si trovi alla base dell'attività normativa dell'Unione, aggiungendo una parola decisiva alla sua natura *democratica*.

Il diritto dell'Unione, infatti, lega il rispetto per le identità nazionali all'eguaglianza degli Stati davanti ai Trattati, l'uno e l'altra sanciti all'art. 4(2) TUE). All'eguaglianza fra Stati corrisponde l'eguaglianza fra popoli, composti da cittadini nazionali e insieme europei;² eguali tra loro e bene-

1. B. de WITTE, *Variable Geometry and Differentiation as Structural Features of the EU Legal Order*, in B. de WITTE, A. OTT, E. VOS (eds.) *Between Flexibility and Disintegration: The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Elgar, Cheltenham (UK) 2017, 9-26, spec. 10-11, nel ripercorrere la traiettoria della differenziazione all'interno del diritto dell'Unione, sottolinea l'ascesa di un modello che definisce "*variable geometry*", nel senso che "*the territorial design of the EU policy is modified from the outset*". Nelle sue parole, "*differentiation is... normatively attractive*" giacché consente il mutuo preventivo accomodarsi delle rispettive preferenze dei governi nazionali e delle opinioni pubbliche nazionali. L'analisi delle varie forme di differenziazione si sviluppa attorno alla capacità di "neutralizzazione preventiva dei conflitti": cfr. P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *Costituzionalismo.it.*, 3/2016, 197-254, spec. 211s.

2. J. SHAW, '*Shunning*' and '*seeking*' membership: Rethinking citizenship regimes in the European constitutional space, in *Global Constitutionalism* 8:3, 2018, 425-469, ripercorre l'evoluzione del concetto dalle origini all'allargamento fino alla *Brexit* mettendone in luce il valore "*ideal*" giacché "[c]itizenship rights have not been even remotely 'equally'

ficiari di eguale attenzione da parte delle istituzioni – secondo il disposto dell'art. 9 TUE.³

Si getta così un ponte fra eguaglianza degli Stati e dei cittadini, che dal piano formale si estende a quello sostanziale.⁴ Riverbera infatti negli assetti della produzione giuridica grazie alla *centralità* della democrazia rappresentativa, che si dispiega in egual misura presso l'Unione, nel Parlamento europeo, e presso ciascuno Stato, nei Parlamenti nazionali (come stabilito dall'art. 10 TUE).⁵ Se ne arguisce che, al pari dei diritti afferenti ai settori

allocated at least until well into the twentieth century in most if not all countries” per cui all'esame del diritto dell'Unione “[w]hat emerges is a picture of citizenship in the composite and complex euro-polity as a differentiated, rather than a uniform status. In that sense, it reveals similarities to national citizenship. Both offer a promise of equality, but a reality of differentiation” (440). Tuttavia, per la studiosa di Edimburgo, “Brexit and stalled enlargement help to show how Union citizenship remains a partial, differentiated and conditional status and yet it is also a potential pathway to greater personal and social freedom and a status which retains some promise of equality for the future” (468). Della stessa A., cfr. la raccolta di scritti in *Citizenship and Constitutional Law*, Elgar, Cheltenham, 2018. Nella dottrina italiana, E. TRIGGIANI (cur.) *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Cacucci, Bari, 2011, nonché dello stesso A., *Cittadinanza dell'Unione e integrazione attraverso i diritti*, in L. MOCCIA (cur.) *Diritti fondamentali e cittadinanza europea*, FrancoAngeli, Milano, 2011, 137-163; *ibid.*, cfr. L. MOCCIA, *Il 'sistema' della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, 165-193, spec. 180s. per il nesso col principio democratico.

3. Cfr. F. DONATI, *Commento all'articolo 9*, in A. TIZZANO (cur.) *Trattati dell'Unione Europea*, II ed., Giuffrè, Milano, 2014, 84-89.

4. In A.J. MENÉNDEZ, E.D.H. OLSEN, *Challenging European Citizenship. Ideas and Realities in Context*, Palgrave-McMillan, London, 2020, “citizenship is membership of a self-governing polity”; tuttavia, “[t]he intrinsic relation between citizenship, self-government and equality does not entail that the only form of government where citizenship is possible is radical democracy” (20-21). Tuttavia, il progetto europeo si muove in una linea di continuità con gli Stati, dunque non può fare a meno di legare cittadinanza ed eguaglianza: “Community law did not so much create new substantive rights, but rather ensured that the rights being acknowledged to nationals would be extended to Community nationals. This implied that the second ambivalence resulting from Van Gend and Costa was solved by turning European law into a means of realising the constitutional programme of equality enshrined into post-war democratic constitutions” (59). Cfr. C. CLOSA MONTERO, *Constitutional prospects of European citizenship and new forms of democracy*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. de WITTE (eds.) *Genèse et destinée de la Constitution européenne: commentaire du traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 1037-1063.

5. F. DONATI, *Commento all'articolo 10*, in A. TIZZANO (cur.) *Trattati dell'Unione Europea*, cit., 89-97. Cfr. P. RIDOLA, *Il principio democratico tra stati nazionali e Unione europea*, in *Nomos*, 2002, 75-91; U. DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'Integrazione Europea*, 3/2008, 513-525; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, III ed., CUP, 2014, 42s., 128s.; L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, V ed., Giappichelli, Torino, 2019, 83-183, 103s.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, VI

materiali dell'Unione, i diritti politici dei cittadini – nazionali ed europei a un tempo – sussistono ai due livelli su di un piano paritario.

Per cui il principio di eguaglianza si estende alla relazione che i cittadini intrattengono col potere pubblico; e di qui alla produzione di diritto che da quel potere emana – poiché la fonte di legittimità di quel potere, a mente dell'art. 10 TUE, sta nella rappresentanza tal com'è costruita, ossia mediante l'esercizio, su di un piano egualitario, dei diritti politici.

A riprova, si noti che un identico piano egualitario ospita gli strumenti di partecipazione diretta dei cittadini, a voce dell'art. 11 TUE.⁶ Tali strumenti si integrano con quelli della rappresentanza parlamentare in un tutto armonioso sotto l'egida dell'art. 1(2) TUE, che – nell'indicare l'integrazione sempre più stretta fra i popoli quale scopo del progetto europeo – vincola l'attività normativa ad esso riconducibile al principio di sussidiarietà, per cui le decisioni si prendono “il più vicino possibile ai cittadini”.⁷ A contraltare, il diritto a una tutela giudiziale effettiva ed

ed., Giuffrè, Milano, 2018, 15s.; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, V ed., Cacucci, Bari, 2017, 41s; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, II ed., Giappichelli, Torino, 2018, 52s.

6. Un quadro generale in F. DONATI, *Commento all'articolo 11*, in A. TIZZANO (cur.) *Trattati dell'Unione Europea*, cit., 98-107, e V. CUESTA LÓPEZ, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, in *European Public Law*, 1:16, 2010, 123-138. Già nell'interludio fra il naufragio del Trattato-costituzione e l'avvio dei negoziati di Lisbona emerge il profilo della partecipazione come strumento per governare i conflitti e assicurare consenso alle politiche europee, al punto che “*there is some evidence that especially in the societies within the EU the shift from government to governance is complemented by a strengthening of participatory policy-making beyond the State and the core institutions of the EU*” (H. HEINELT, *Participatory Governance and European Democracy*, in B. KOHLER-KOCH, B. RITTBERGER (eds.) *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Rowman & Littlefield, Lanham (Maryland) 2007, 217-232, spec. 228-229; vedasi anche il dibattito ivi riportato, con contributi di B. KOHLER-KOCH, P. MAGNETTE, M.Th. GREVEN). In J. MENDES, *Participation and the Role of Law after Lisbon: A Legal View on Article 11 TEU*, in *CMLR*, 48:6, 2011, 1849-1878, è enfatizzato il ruolo della partecipazione nell'architettura del Trattato di Lisbona, ove si celebra “*the transition from participation based on a logic of participatory governance to participation that concretizes democracy as a “value” of the Union, and that responds to the respective normative yardsticks, such as equality and transparency*” (1863); della stessa A., vedasi *Participation in EU Rule-Making: A Rights-Based Approach*, OUP, 2011, spec. Ch. 3. Negli anni della crisi, il tema è venuto a collocarsi in una posizione laterale nel dibattito scientifico ma non in quello istituzionale; da ultimo, A. DELIGIAOURI, J. SUTTER, *Evaluation of public consultations and citizens' participation in 2015: Better Regulation Agenda of the EU and the need for a deliberative e-rulemaking initiative in the EU*, in *Journal of European Politics and Society*, 2020 (online: 6 febbraio).

7. D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *cit.*, 128s., 393s., ove riferimenti alla posizione dell'allora Presidente della Commissione Barroso. Sul portato democratico

imparziale si nutre dell'interazione fra gli articoli 2 e 19 del TUE, estendendosi a tutti i cittadini dell'Unione.⁸

della sussidiarietà A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 1/2001, 13-34; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, ESI, Napoli, 2003, 175s. (sulla matrice cattolica antifascista e in parte anti-liberale, tesa alla conservazione delle articolazioni del pluralismo sociale); A. LUCARELLI, *Regioni ed Unione europea nel nuovo assetto costituzionale: un difficile equilibrio tra sviluppo economico ed unità della dimensione sociale*, in ID., *Percorsi del regionalismo italiano*, Giuffrè, Milano, 2004, 47-58.; con uno sguardo all'esperienza europea P. RIDOLA, *Sussidiarietà e democrazia*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 353-377. Sulla sussidiarietà in diritto dell'Unione, P. CRAIG, *Institutions, Power and Institutional Balance*, in P. CRAIG, G. de BÚRCA, *The Evolution of EU Law*, OUP, 2011, 41-84, 59s., 75s.; da ultimo F. BOCCHINI, *La sussidiarietà tra asimmetrie giudiziali ed asimmetrie sostanziali della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Nomos*, 1/2018, 1-26, e C. DIODATO, *Gli incerti ed elastici confini delle attribuzioni dell'Unione Europea: la debole applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Federalismi.it*, 24/2018, 1-18. Lo statuto teorico del principio di sussidiarietà e il suo rapporto col principio democratico sono esaminati in G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri di unificazione normativa*, ESI, Napoli, 2012, ove (36-37): "La preferenza per il livello decisionale più vicino ai cittadini induce processi di democratizzazione della comunità politica, giacché la partecipazione ordinariamente maggiore che si registra nei livelli di governo più bassi facilita l'attivazione effettiva degli strumenti della responsabilità democratica, ma al contempo reca in sé le premesse per sottostimare la componente ideologica dell'attività di governo e per approssimarla alla pura e semplice amministrazione di interessi particolari... fino a mutare l'essenza della rappresentanza politica in una *Vertretung* di interessi settoriali, produttrice di scelte di respiro corporativo". F. BALAGUER CALLEJÓN, *La subsidiariedad en la Unión europea*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 31/2019, definisce la sussidiarietà "un principio global de articulación de competencias que debe orientar en el futuro los cambios que se produzcan en el reparto de funciones entre la UE y los Estados miembros" in vista della "profundización democrática de sus estructuras e instituciones". In tal modo si eluderebbe il rischio "...que se oculte el principio de igualdad, porque el de eficacia de las decisiones del poder local o global sea el que impere" (M. RODRÍGUEZ IZQUIERDO-SERRANO, *La legitimación democrática del poder supranacional*, in *Estudios de Deusto*, 60/2, 2012, 45-70, 63). Nel regime pre-Lisbona, F. IPPOLITO, *Fondamento, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto delle Comunità e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2007, mette in luce il ruolo che l'introduzione del principio di sussidiarietà gioca nel transito da unanimità a maggioranza (da *government* a *governance*) negli assetti politici europei, con l'obiettivo di migliorare l'azione delle politiche comunitarie avvicinandosi ai rispettivi destinatari (16s). Cfr. A. ESTELLA de NORIEGA, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, OUP, 2002, 37s., per l'esame delle relazioni fra principio di sussidiarietà e legittimazione del diritto dell'Unione; v. anche 102s., 132s. Con chiarezza, già il *Rapport du Conseil d'Europe 'Définition et limites du principe de subsidiarité' – Communes et Régions d'Europe*, n. 55/1994, pp. 8-9, che individua tra «les phénomènes auxquels [le principe de subsidiarité] entend répondre» la «remise en cause de 'l'Etat-providence' construit après la deuxième guerre mondiale, pour assurer le redémarrage de l'économie mais surtout la dispensation d'un bien-être généralisé» vincolando sussidiarietà con eguaglianza.

8. Sulla configurabilità complessiva nel diritto non-statale di tale modello, A. von

Alla luce del quadro generale appena tratteggiato, sembra di poter delineare i fondamenti dell'eguaglianza tra Stati e cittadini come vincolo ineludibile per l'attività normativa dell'Unione. Non solo: tale eguaglianza, a ben vedere, si spinge oltre la proclamazione di cui agli articoli 4(2) e 9 TUE per consolidare l'asse portante della *democrazia* quale valore fondamentale dell'Unione, a voce dell'art. 2 TUE.

Infatti, l'eguaglianza di Stati e cittadini dinanzi al diritto dell'Unione risulta *corollario* – mercé la parificazione dei diritti politici di rappresentanza ascritti ai due livelli, cui si legano la parificazione dei diritti partecipativi e quella dei diritti di tutela giudiziale – di un'eguaglianza quale parametro strutturale, inerente all'assetto dei poteri che quel diritto producono; sicché la vicinanza dei cittadini alla produzione del diritto dell'Unione debba intendersi nel duplice senso di prossimità fisica e di valorizzazione del principio di auto-determinazione dell'individuo, persona e parte di una collettività, nella fissazione delle norme che gli si applicano.

In tal senso può dirsi che l'Unione assicuri, per quel che attiene alla produzione del suo diritto e quindi alla sua applicazione, una tendenziale auto-normazione; che non va intesa quale coincidenza soggettiva di decisore e destinatario, come nell'esempio di scuola di Robinson Crusoe⁹ – tutt'altro, stante il pluralismo istituzionale che caratterizza gli assetti decisionali europei – e neppure, *à la* Carl Schmitt, come identità sorretta da indialogabili radici etno-antropologiche;¹⁰ ma come partecipazione dei destinatari alla produzione del diritto che li riguardi mediante percorsi di discorso razionale, ispirati all'uso pubblico di ragione, che si snodano

BOGDANDY, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations*, in *EJIL*, 23:2, 2012, 315-334, spec. 321s.

9. Sulla figura di Robinson Crusoe l'aneddotica giuridica è copiosa, costruita sulla falzariga della "solitudine" da cui discende l'inesistenza di un "diritto" come regola di convivenza impossibile. Si vedano ad es. G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, X ed., Cedam, Padova, 2009, 3-4; M. AINIS, *Sull'eguaglianza molecolare*, in A. RUGGERI (cur.) *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Giappichelli, Torino, 2016, 15-28; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano, 2012, 254.

10. C. SCHMITT, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corrolarien* (1963) ed. it. G. Miglio e P. Schiera: ID., *Il concetto di politico*, in *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, il Mulino, Bologna, 1972, 100-165, 108 *passim*. Vedasi sul punto E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts*, in ID., *Recht, Staat, und Freiheit: Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte* (Suhrkamp, Frankfurt, 1991) anche in inglese (H. Bielefeldt): ID., *The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory*, in *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 10:1, 1997, 5-19.

lungo le vie della rappresentanza, della partecipazione diretta e della tutela giudiziale, fra loro non mutualmente esclusive ma in ordinata relazione reciproca.¹¹

Deve allora concludersi che l'attività normativa dell'Unione ha da rispettare l'identità nazionale senza uscire dal solco del principio di eguaglianza tra Stati e popoli d'Europa, e che in tal senso ha per bussola l'auto-normazione.

In altri termini, si delineano gli appigli normativi perché il diritto dell'Unione riconosca un principio generale che impone l'eguaglianza tra cittadini e Stati come corollario di una produzione giuridica imperniata sull'auto-normazione; quindi, implicandosi reciprocamente, autonormazione ed eguaglianza sono entrambe requisito sostanziale, rispettivamente, della produzione e dell'applicazione del diritto dell'Unione, dando corpo al valore della *democrazia* di cui all'art. 2 TUE.

2. La tesi: il principio di essenzialità a tutela dell'eguaglianza di Stati e cittadini davanti al diritto dell'Unione

Ora, se il diritto dell'Unione par riconoscere un principio generale che impone l'auto-normazione e l'eguaglianza come requisito sostanziale della propria produzione giuridica, ci si domanda come tal principio possa adoperarsi quale parametro di controllo, anche giudiziale. Occorre insomma

11. Non è questa la sede per affrontare il notevole tema delle relazioni fra queste tre fasi, che riecheggiano tanto l'arduo discernimento tra amministrazione e giurisdizione (che si delinea già in H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1934) ed. it. (R. Treves) *Lineamenti di una teoria pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, 109; cfr. F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *N.ss. Dig. It.*, Utet, Torino, 1996, 472-489, spec. 477, che cita O.W. KÄGI, *Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzipes: ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte und Verfassungslehre*, Raunhardt, Zürich, 1937, spec. 20s.) sia il delicato rapporto fra legislazione e giurisdizione, su cui, rinviando *ad infra*, si segnalano fin d'ora J.E. ROA ROA, *Control de constitucionalidad deliberativo*, Madrid, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (CEPC) 2019, spec. 235s., 255s. e C. ZURN, *Deliberative Democracy and Constitutional Review*, in *Law & Philosophy*, 21: 4/5, 2002, 457-512, spec. 508s. Sul rapporto tra democrazia rappresentativa e partecipativa, M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, FrancoAngeli, Milano, 2012, 31s. per la relazione di "integrazione" tra le due e 57s. per lo studio della dinamica propositiva innescata dagli strumenti di partecipazione; sulla funzione partecipativa dell'azione in giudizio M. ESPOSITO, *L'azione in giudizio come diritto costituzionale di partecipazione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Giappichelli, Torino, 2016, 907-931, e in linea generale già M. VILLONE, *Interessi costituzionalmente protetti e giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano, 1974, 223s.

che la Corte di Giustizia si doti di un criterio per servirsene: per verificare – in parole semplici – quand'è che il diritto dell'Unione denota un'assenza giuridicamente rilevante di auto-normazione, a monte, e di eguaglianza, a valle, tale da condizionarne il primato sul diritto nazionale.

Un metodo empirico, inesatto ma utile allo scopo è guardare al *consenso* che il diritto dell'Unione raccoglie, o meglio all'assenza di un dissenso; ancora più esattamente, all'assenza di un dissenso imperniato su una lesione di diritti *intollerabile*, da cui origina una diseguaglianza tanto penetrante da dar luogo ad argomenti identitari.¹²

Difatti, a voler generalizzare, la diseguaglianza che soffia nelle vele di siffatti argomenti origina dal dissenso di uno Stato e/o di gruppi di cittadini verso una norma che pretende di imporsi loro come obbligatoria. Trova allora la sua radice in una decisione che taluni fra i suoi destinatari percepiscono come *eteronoma*: una decisione cui non hanno potuto efficacemente contribuire lungo le varie fasi della sua costruzione, e dalla quale si vedono *esclusi* nei loro interessi anche sensibili.¹³ Come conseguenza di un'auto-normazione carente, si scaricano sull'ultimo dei suoi meccanismi, e cioè la tutela giudiziale, tutte le tensioni di un conflitto politico irrisolto ma lancinante, che tuttavia un giudice si trova a mal partito nel districare. Evitare la diseguaglianza significa quindi assicurarsi il consenso dei destinatari alla norma cui devono sottostare, privilegiando le prime due strade dell'auto-normazione per evitare l'intasamento dell'ultima; costoro quindi dovranno in qualche modo prender parte al processo della sua produzione, sicché non abbiano motivi abbastanza solidi, *a posteriori*, per contestarla.¹⁴

Dunque, l'eguaglianza di Stati e cittadini davanti al diritto dell'Unione esige un certo livello di consenso; o, se si preferisce, esige che il dissenso resti entro termini accettabili – meglio ancora: esige un dissenso contenuto

12. Sul concetto di dissenso *reasonable*, teso alla ricerca di una chiave di giustizia deliberativa, S. BESSON, *The Morality of Conflict*, cit., 91s. e 110s., ove l'indagine sui "limiti del ragionevole" interseca la critica a una necessaria esclusione di tutti coloro che veicolano argomenti "irretrattabili". Tale critica, che la studiosa svizzera raggruppa in tre linee distinte, va qui riportata alla premessa del discorso: l'obbligatorietà del diritto dell'Unione (*infra*).

13. L. TRUCCO, *La nozione di "esclusione sociale" fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, in P. COSTANZO (cur.) *Diritti sociali e servizio sociale. Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2005, 119-138.

14. Sul legame di una tal costruzione col concetto di cittadinanza J. HABERMAS, *Remarks on Legitimation through Human Rights*, in *Philosophy & Social Criticism*, 2:3, 1998, 157-171, anche in ID., *Die Postnationale Konstellation: Politische Essays*, ed. ingl. (M. Pensky) *The Postnational Constellation: Political Essays*, MIT Press, Cambridge, 1998, 142s.