DEI MOLTEPLICI RACCORDI TRA FORME DI ORGANIZZAZIONE POLITICA E TUTELA DEI DIRITTI NELLO SPAZIO PUBBLICO EUROPEO: OLTRE LA VICENDA OMT³⁵⁵

di Giuliano Vosa*

Sommario: 1. Introduzione. Separazione dei poteri e garanzia dei diritti: tentazioni stato-centriche e derive centrifughe nello scenario post-statale. - 2. Prima lo Stato: breve storia di una presunzione assoluta. - 3. Whatever it takes: Gauweiler, ovvero la curvatura teleologica del mandato della BCE. - 4. Il Bundesverfassungsgericht e OMT: la pretesa razionalizzazione dell'ordine giuridico europeo. - 5. Nuove rotte per la tutela dei diritti sul piano sovranazionale: Ledra e i suoi indefinibili approdi.

156

1. Introduzione. Separazione dei poteri e garanzia dei diritti: tentazioni stato-centriche e derive centrifughe nello scenario post-statale.

L'articolo 16 della *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, prima pietra della *Révolution* del 1789, poneva una clausola generale tanto famosa quanto, forse, inesplorata nelle sue pieghe più profonde.³⁵⁶ Che ogni società in cui non si dia separazione dei poteri né garanzia dei diritti non abbia una costituzione, è infatti formula di rito per definire i tratti caratteristici di una carta costituzionale. Nondimeno, si fa fatica a ricavare da questa formula le conseguenze più radicali, che paiono turbinosamente ruotare attorno a un buco: quello dell'assenza, in questa definizione, della parola "Stato". Se si vuole tener fede a un convincimento diffuso, per cui siffatta formula racchiude in un senso ampio il campo operativo di una costituzione, occorre prendere atto di questa mancanza, al cui seguito emergono due passaggi alquanto significativi. Primo, che fra costituzione e Stato vi è un nesso solo eventuale, e che ben può l'una sopravvivere all'assenza dell'altro, espandendo al di là dei confini nazionali

³⁵⁵ Sottoposto a referaggio.

* Ph.D., assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, LUISS Guido Carli, Dipartimento di Giurisprudenza.

³⁵⁶ Questa la celeberrima formulazione in lingua originale: « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

la mappatura della produzione giuridica e dei connessi rapporti fra potere e individuo.³⁵⁷ Secondo, che esistono mutue connessioni fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti, e che tali connessioni non cessano di operare là dove la società di cui si parla non assuma quella forma di organizzazione politica cui si dà nome Stato.³⁵⁸ Se si accetta che tali due passaggi segnano risposte non banali al dilemma dei rapporti in cui si articola il potere pubblico, diviene impossibile prescindere da un breve esame delle questioni che squadernano, là dove si presti attenzione alle più recenti vicende della tutela dei diritti nello spazio pubblico europeo.³⁵⁹ Con questo termine oggi si usa

³⁵⁷ Un'ipotesi ormai accettata dalla dottrina, ancorché intrecciata per numerosi fili al dibattito sulla natura dell'Unione e sul *deficit* democratico che la affliggerebbe. Il tema si è posto in termini specifici per i costituzionalisti britannici, che hanno incentrato la loro analisi sulla svalutazione del concetto di sovranità come formula descrittiva del potere statale: cfr. N. Mc CORMICK, *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, OUP, 1999, in part. p. 133ss., 137ss., ove, illustrate le vie del superamento, nell'epoca attuale, del concetto di sovranità nel suo duplice risvolto politico e giuridico, giunge a sostenere che una via democratica attraverso la *sussidiarietà* può conferire al "Commonwealth europeo" un assetto di tipo costituzionale. Dall'angolo visuale dei giuristi continentali, il dibattito – della cui amplissima portata è senz'altro impossibile rendere qui una sintesi anche superficiale – si è sovente concentrato sulla utilizzabilità di una nomenclatura costituzionalistica per il fenomeno dell'integrazione europea; se ne danno ipotesi distinte, sulle quali M. DOGLIANI, *Può la Costituzione europea non essere una Costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia e Diritto*, 2/2003, 80s., anche in www.costituzionalismo.it, 26 luglio 2003, traccia un'ideale dicotomia fra quelli che legano l'idea di Costituzione alla nazione, e quelli che ne prescindono (84-85). Sulla distanza fra il progetto di Trattato costituzionale e una Costituzione, A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in A. D'ATENA, E. LANZILLOTTA (cur.), *Da Omero alla Costituzione europea*, Tored, 2003, 330s. Sotto l'aspetto metodologico. L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2001, 405s., in part. 411s., chiarisce che "[l]a parte più attraente e duratura del paradigma statale non sta ... tanto e solo nella connessione fra un popolo, uno Stato e una Costituzione, ma sta, piuttosto, nel monismo che caratterizza ciascuno di questi termini e che consente quindi di porre la sequenza come internamente coerente e congruente, di modo che ciascun termine rafforzato e legittimi l'altro"; tuttavia "[l]'approccio monista incorre, peraltro, in inevitabili contraddizioni se applicato all'ordinamento europeo". Che una visione della Costituzione come imprescindibilmente legata al paradigma statale appaia "angusta" lo ribadisce A. CANTARO, *Europa sovrana: la costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Dedalo, 2003, p. 42.

³⁵⁸ Sugli esiti cui perviene la teoria della c.d. *Verfassungsverbund* (I. PERNICE, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, *WHI Working Papers*, 8/2008, 1-29, 22s.) cfr. N. WALKER, *Looking beyond the German Debate*, anche in *LSE Working Papers*, 8/2009, 1-30, p. 3 e note relative, nonché p. 20s. Cfr. anche l'approccio che vede la sovranità nazionale come *condivisa* a partire dall'auto-limitazione dello Stato (ad es. P. SERRA, *Il problema dello Stato*, in *Democrazia e diritto*, 2/2008, 29s.) Del resto, che i confini concettuali dell'unità costituzionale europea fossero alquanto problematici emerge altresì in J. E. FOSSUM, A. J. MENÉNDEZ, *The Constitution's Gift: A Constitutional Theory for a Democratic European Union*, Rowman & Littlefield, 2011, in part. p. 45s. e 163s., ove il problema della capacità di legittimazione delle strutture statali in un ordine non stato-centrico appare, se così vuol dirsi, in tutta la sua evidenza.

³⁵⁹ La riflessione sullo spazio pubblico europeo, restando alla dottrina italiana, è tracciata finemente da P. RIDOLA, *Prime riflessioni sullo spazio pubblico nelle democrazie pluralistiche*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, 2009, 31s., in part. 34s., ove se ne ricostruiscono le origini a partire dalle ricostruzioni di R. SMEND, *Zum Problem des öffentlichen und der Öffentlichkeit* (1955), in ID., *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1957, 462s., che ragiona di integrazione in ambito statale. Di qui, il concetto di *spazio pubblico* è stato riferito in un senso ristretto ai soggetti non istituzionali, nonché, in un senso più ampio, alle interazioni fra tali soggetti e quelli istituzionali. Tale ultimo significato, ai limitati scopi di cui nel testo, pare il più corretto, poiché segue il progressivo dispiegarsi degli spazi per l'espressione del diritto-dovere all'auto-determinazione come corollario della centralità della persona nella gestione del potere

indicare il luogo di riferimento per lo sviluppo delle forme organizzative del potere che alla tutela dei diritti sono strumentali: il campo operativo delle istituzioni deputate alla produzione giuridica, in uno scenario che ha visto poco a poco smantellarsi l'armamentario dogmatico a presidio della sovranità dello Stato.

Tale scenario si popola oggi di concetti specifici, fra cui l'identità costituzionale appare forse il più notevole.³⁶⁰ Questo concetto, adoperato dalle Corti in funzione oppositiva rispetto a uno spostamento di poteri normativi su assi sovra-statali, presenta a ben vedere un potenziale applicativo dai confini ancora inesplorati.

In controtendenza ai percorsi *multilivello* di tutela dei diritti, fin qui battuti nel contesto europeo, l'identità costituzionale pare condurre a una riedizione, sotto spoglie mutevoli ma non nuove, della contesa fra tutela dell'unità statale e riconoscimento della (mera) strumentalità di quest'ultima alla garanzia dei diritti dei singoli. In questo senso, riveste un'importanza sistematica non trascurabile, poiché si volge ad illuminare un nuovo passo dell'eterna vicenda dei rapporti di potere. Nel frangente che oggi si attraversa, pare infatti stagliarsi, in controtendenza rispetto al paradigma *multi-livello*, il ritorno all'identificazione fra Costituzione e Stato, in uno alla sovrapposizione di quest'ultimo con la sede naturale di una Costituzione – dunque, col luogo di riferimento per la produzione giuridica, in cui si svolgono separazione dei poteri e tutela dei diritti. Una linea che, a livello politico, pare ormai tracciata – complice il naufragio del Trattato

pubblico. Si veda a proposito la *Introduzione* di J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1962, Luchterhand, ed. it., *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Laterza, 2006, 3s.

³⁶⁰ Il concetto di identità costituzionale è venuto formandosi dall'art. 6, par. 3, del Trattato UE *post-Maastricht*, a tenore del quale l'Unione europea avrebbe dovuto "rispettare le identità nazionali degli Stati membri" (cfr. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, 2013, 190s). Dopo il Trattato di Lisbona, a voce dell'art. 4, par. 2, TUE, "[l]l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale ...". Sembra allora delinearsi una zona di competenza statale *rinforzata*, nell'ambito della quale si conferiscono ai giudici nazionali argomenti per eludere o ritardare l'impatto del diritto europeo. Tale clausola parrebbe esigere una cooperazione tra i vari livelli (cfr. L. BESSELINK, *National and constitutional identity before and after Lisbon*, in *Utrecht Law Review*, 2010, 6-3, 36s., 45) e altresì indicherebbe una regola di massima per una composizione preventiva di tali conflitti in via politica (P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell'identità costituzionale tra conflitti giurisdizionali e negoziazione politica*, in *www.costituzionalismo.it*, 3/2016, 197s., in part. 205s).

costituzionale – e che si rafforza nelle strategie perseguite dai governi degli Stati membri, prima e dopo la ratifica del Trattato di Lisbona.³⁶¹

L'identità costituzionale appare allora funzionale ad un consolidamento di tale linea sotto il profilo giuridico: il potenziale assiologico che vi si cela, a una lettura sistematica dei rapporti tra organi della costellazione *post*-nazionale, non è privo di carica dinamica.³⁶² Non può trascurarsi infatti che la (ri-)affermazione della centralità dello Stato nella tutela dei diritti pone questi ultimi in rapporto diretto con il rafforzamento dello Stato stesso. Le virtualità interpretative che naturalmente innesca un simile rapporto potrebbero assumere tendenze perniciose, ove assecondassero una traiettoria simile a quella che all'alba del Novecento condusse non pochi Stati liberali alle forme organizzative del totalitarismo.³⁶³ Non è superfluo, infatti, ricordare che una simile giuntura concettuale è venuta storicamente risolvendosi in una torsione *monistica* della separazione dei poteri – a mera descrizione delle funzioni svolte dallo Stato – e nel parallelo ripiegamento dei diritti dell'individuo, pure collocati in posizione ancillare rispetto allo Stato; così rovesciandosi quel rapporto di strumentalità che invece porrebbe questo al servizio di quello.³⁶⁴ Allora, un processo siffatto riporterebbe a galla,

³⁶¹ Cfr. A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (eds.) *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona: nuovi studi sulla Costituzione europea*, prefaz. G. Tesaurò, in part. F. BALAGUER CALLEJÓN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista*, 13s. Cfr. M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo "decostituzionale"*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 205s.; nonché le osservazioni di J. M. de AREILZA, *Lisbon Treaty: a Dadaistic legal drafting*, in <http://grahnlaw.blogspot.it> [v. 21 aprile 2017].

³⁶² La citazione è tratta da J. HABERMAS, *Die Post-nationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie*, in ID., *Die Post-nationale Konstellation: Politische Essays*, Suhrkamp, 1998, in part. 91s., e pare assai opportuna poiché evidenzia una netta cesura tra le forme organizzative del potere nel paradigma della statualità – che involge le forme organizzative nazionali, disciplinate dal diritto costituzionale di ciascuno Stato, e quelle internazionali, disciplinate dal diritto internazionale – e il multiforme scenario in cui si agitano oggi i poteri normativi. Cfr. C. JOERGES, *Constitutional in Post-National Constellation: Contrasting social regulation in the EU and in the WTO*, in C. JOERGES, E.-U. PETERSMANN (eds.) *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Hart, 2006, 491s., in part. 494s.

³⁶³ Il paradigma identitario dello Stato sembra aver preso piede come (contro-)reazione alle spinte individualistiche che scaturirono dalla temperie culturale della Rivoluzione francese: cfr. K. W. SWART, *'Individualism' in the Mid-Nineteen Century (1826-1860)*, in *Journal of the History of Ideas*, 23/1, 1962, 77s. La dissoluzione di tale paradigma, su cui nel Novecento si fondava l'assolutezza "sovra" della decisione politica, ha comportato la dissoluzione dell'unitarietà statale; tuttavia, oggi sembra necessario rivedere tale modello, per volgersi ad un'accettazione *inclusiva* del pluralismo. Cfr. G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Laterza, 2005, in part. 26s., 42s., 121s.

³⁶⁴ Una torsione "che discende direttamente dallo sfumare delle tecniche di limitazione del potere forgiate nell'ambito del costituzionalismo moderno" (A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Giuffrè, 2006, 169-170). Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA, P. RIDOLA, *I diritti*

mercé la forza assiologica dell'identità costituzionale, il profilo tradizionale e carismatico che storicamente ha fondato l'identificazione fra Stato e suddito; gradualmente confinando in un limbo d'irrilevanza il fondamento razionale della legittimazione del potere.

Una simile evoluzione dello scenario europeo parrebbe foriera di turbolenze non lievi, poiché avrebbe luogo con modalità disordinate e tempi imprevedibili; per di più, in seno a una *Gemeinschaft* articolata, percorsa da fili d'interazione sociale ormai non più districabili, indisponibili ad una recisione netta. Una società *aperta*,³⁶⁵ tesa verso un pluralismo multinazionale e cosmopolita; eppure percorsa da venti dubbiosi, a fatica tenuta in pugno dai governi statali e regolata, non senza affanni, da quelle forme organizzative del potere – talora indecifrabili nella struttura, spesso imprevedibili e asimmetriche negli esiti – che continuamente vengono a generarsi a partire da questi.

366

A tale deriva, certo rischiosa per le sorti complessive dell'Unione, potrebbe contribuire l'abuso, sul piano sovranazionale, della legittimazione *tecnica* delle decisioni pubbliche, che sempre più spesso viene contrapponendosi ad assetti marcatamente

costituzionali, vol. I, Giappichelli, 2001, 3s., in part. 19s.; S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, 2007, in part. 35s. per la significativa evoluzione del concetto di separazione dei poteri.

³⁶⁵ Da ultimo, l'evoluzione della teoria della società aperta nella Costituzione tedesca è ripercorsa da R. C. VAN OYEN, *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, Springer (e-book) 2017, ove per un commento alle opere di K. Popper (91s.) e a quelle di P. Häberle (181s.) nonché per il loro risvolto pratico nella giurisprudenza del BVerfGE (285s). Sul ruolo della cultura nella costruzione europea, cui in tempi turbolenti più che mai va prestata attenzione, P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft (Schriften zum Öffentlichen Recht)*, II ed., Duncker & Humblot, 1998; v. 7s., sul concetto di *Kulturverfassungsrecht*. Sul tema, la II ed. di *Conversaciones académicas con Peter Häberle*, a cura di D. VALADÉS, edita da UNAM – México, 2017.

³⁶⁶ P. SERRA, *Il problema dello Stato*, cit., si serve della teoria degli ordinamenti giuridici di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1917-1918) ed. Sansoni, 1977, in part. 102s., per spiegare come la *auto-limitazione* dello Stato porti ad un sistema fondato su una concezione della sovranità come *spazio condiviso*, che si ritiene la migliore per fondare una teoria dell'ordinamento giuridico europeo. A tale ricostruzione va apposta tuttavia una postilla critica, su cui si avrà modo di tornare: il *paradigma multilivello*, che l'A. stesso contrappone a quello *monista* (cfr. 38-39), si fonda sulla *cooperazione* tra diversi livelli, come del resto quello della sovranità condivisa (33s.); presuppone dunque un accordo politico di fondo tra le rispettive componenti istituzionali della *dialettica orizzontale* tra Europa e Stati (B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Guida, 2002, p. 182, cit. dall'A. n. 22). Ove tale accordo faccia difetto, occorre rivisitare i postulati teorici di una ricostruzione siffatta. Essa, infatti, pare in tutto dipendente dall'accordo fra istituzioni, che ricalca moduli giusprivatistici e ad essi riconduce la propria validità (cfr. S. ANASTASIA, *L'appello ai diritti. Diritti e ordinamenti, nella modernità e dopo*, Giappichelli, II ed. 2008, p. 76, cit. dall'A. n. 29). La dimensione unitaria della *polity* europea non è dunque un presupposto, ma una conseguenza, un orizzonte successivo ed eventuale rispetto alle vicende della produzione giuridica; la quale, su questa linea, appare de-costruita lungo sfere asimmetriche rispetto al perimetro della sovranità statale (G. TEUBNER, *The King's Many Bodies: The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy*, in *Law & Society Review*, 1997, 31-4, 763s).

intergovernativi.³⁶⁷ Tale criterio si assume capace di reperire soluzioni *ottimali* per tutti in materie d'interesse comune; è allora impiegato in chiave centripeta, quale surrogato di una rappresentanza politica malferma. Nondimeno, *tecnico*, vale ribadirlo, è qualifica ancipite, che racchiude in sé due figure distinte: quella della complessità scientifica, e quella di una scarsa sensibilità politica. Per l'operatività di tale legittimazione, quindi, entrambe queste figure devono sussistere; per contro, là dove all'una non corrisponda l'altra, la legittimazione tecnica nasce gracile, incapace di fornire alla decisione un supporto non effimero.

Non è banale infatti rammentare che la legittimazione tecnica ha storicamente svolto una funzione strumentale rispetto al tema dell'unità giuridica dello Stato, cui contribuiva con la *spoliticizzazione* di talune questioni potenzialmente divisive.³⁶⁸ Occorre però dire che oggi un processo di tal fatta, letto dalla prospettiva dei titolari dei diritti sacrificati dal decisore *tecnico*, si risolverebbe in un inarrestabile fattore di disgregazione: non v'è difatti unità politica sotto le insegne di uno Stato, cui approntare alla bisogna una veste giuridica, ma uno scenario dagli esiti incerti, segnato da cariche elettriche ad alta polarizzazione, le cui tensioni reciproche verrebbero ad esacerbarsi in modo difficilmente contenibile.

La decisione fondata sulla legittimazione tecnica di chi la assume ha infatti una caratteristica congenita: si rivela massimamente restia ad una riconsiderazione critica,

³⁶⁷ Cfr. *ex plurimis* K. TUORI, K. TUORI, *The Eurozone Crisis: A Constitutional Analysis*, CUP, 2013, in part. 221-231. Sulla legittimazione tecnica, e sui suoi rapporti con un'indebolita rappresentanza politica, cfr. G. PASTORELLA, *Technocratic Governments in Europe: Getting the Critique Right*, in *Political Studies*, 2016, 948s.

³⁶⁸ Nel celebre discorso *L'era delle spoliticizzazioni e delle neutralizzazioni* del 1922, ora in C. SCHMITT, *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, ed. it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, 1972, 167s., il giurista di Plettemberg ripercorre le dinamiche della lotta politica, che migrando da un settore all'altro ora soggiacciono a tentativi di neutralizzazione, ora invece si colorano di sensibilità. La tecnica, a tal uopo, pare indicare "una sfera di pace, comprensione e riconciliazione" sottratta all'invasione della politica (*ibid.*, 178); in realtà, ponendosi al servizio di una decisione presa altrove, semplicemente risulta strumentale alla politica che se ne serve. In tal senso, il rapporto fra l'una e l'altra si dispiega solo "quando appare chiaro quale tipo di politica è abbastanza forte da impadronirsi della nuova tecnica e quali sono i reali raggruppamenti amico-nemico che crescono su questo terreno" (182). Volendo trarre un insegnamento dalla lezione schmittiana, dunque, nel caso OMT l'affidamento al campo della tecnica della materia economica non dispensa dall'epifania del *politico*, che subentra con la decisione ultima nello stato di eccezione (C. SCHMITT, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Duncker & Humblot, 1922, ed. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del politico*, cit., 27s). Tale decisione si manifesterebbe in tutto il suo potenziale divisivo, d'un colpo squadernando tutta la carica di sensibilità politica che percorre la materia economica. Sul punto, con forza, L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il caso decisivo*, in *Riv. AIC*, 2/2016, in part. 3-5 e note relative.

anche qualora si palesi altamente controversa. Tale decisione, infatti, postulando la superiore capacità dei decisori, difficilmente può ammettere riconsiderazione nel merito se non da parte dello stesso consesso; ovvero, più raramente, di consessi riconosciuti come parimenti legittimi, e solo se *ad hoc* abilitati.³⁶⁹ Ergo, astraendo il discorso a legittimazione della decisione ad un livello più alto di quello accessibile alla generalità dei consociati, la qualifica di *tecnico* – ove si addentri in una materia ad alta sensibilità politica – tende a relegare ai confini dell'irrelevanza – non meno di un appello *identitario* allo Stato in quanto tale, magniloquente, ma vacuo nel merito – il fondamento razionale discorsivo del potere, affidandosi ad una *ragione* espressa per bocca di aruspici designati, e solo per queste vie modificabile.

Tutte queste questioni, intricate di per sé, e ancor più imprevedibili nelle conseguenze che ne scaturiscono, si ritrovano fra le chiavi di lettura della vicenda OMT e nello scenario che si apre dopo di essa. Le ampie argomentazioni apprestate all'uopo dalle Corti, infatti, gettano un fascio di luce vivida sulle vicende della produzione giuridica nello spazio pubblico europeo, imponendo allo studioso di scrutare l'orizzonte con sguardo attento. Al crocevia fra separazione dei poteri e tutela dei diritti, tali vicende sembrano quasi ripiegare su se stesse, come appesantite dalle volute barocche di un pluralismo ormai esuberante. Interrogandosi sulla legittimazione della produzione giuridica nelle sue scaturigini più profonde, esse ne ripercorrono il filo, avventurandosi nei meandri complessi di un edificio *post-statale*.³⁷⁰

³⁶⁹ Cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, 1984, in part. 22s., ripreso anche da M. VOLPE, *Tecnocrazia e crisi della politica*, in Aa. Vv., *Governi tecnici e tecnici al Governo*, Giappichelli, 2017, 1s., 3-4, ove si delinea l'antitesi fra i re-filosofi di Platone – “politici” al massimo livello – e il ricorso alla “tecnica” nell'accezione che se ne fa oggi, che tende a mettere in parentesi la sensibilità politica di una data questione, affidandola a “chi ne capisce”. Non sfugge all'A. che entrambe queste visioni appaiono antitetice al concetto di democrazia (5s).

³⁷⁰ Circola, nella letteratura giuridica e politologica, un'idea di *post-* rispetto al costituzionalismo imperniato sulla statualità, ad indicare un frangente in cui le categorie del pensiero fin qui sviluppate paiono esaurire la loro capacità di catturare la realtà e giustificarla, senza che se ne scorgano all'orizzonte di nuove. Si vedano a tal proposito numerose opere critiche in merito ai caposaldi del costituzionalismo statualista: il parlamentarismo (S. S. ANDERSEN, T. S. BURNS, *The European Union and the Erosion of Parliamentary Democracy: A Study of Post-Parliamentary Governance*, in S. S. ANDERSEN, K. A. ELIASSEN, *The European Union: How Democratic is it?*, Sage – London 1996, 227s.); la sovranità (N. Mc CORMICK, *Questioning Sovereignty*, cit., in part. 123s. (*On Sovereignty and Post-Sovereignty*)) il positivismo giuridico (K. PETROSKI, *Is Post-Positivism Possible?*, in *German Law Journal (Special Issue: The Many Fates of Legal Positivism)* 12-2, 2011, 663s.) i processi costituenti (A. ARATO, *Post Sovereign Constitutional Making: Learning and Legitimacy*, 2016, OUP, spec. Part I) e la stessa democrazia (C. CROUCH, *Coping with Post-Democracy*, Fabian Society, 2000, dal 2012 [162](http://www.fabians.org.uk/wp-</p></div><div data-bbox=)

Nel torno di tempo che si attraversa, la dinamica delle relazioni tra forme *post*-statali di organizzazione del potere e tutela dei diritti rinviene nello spazio giuridico europeo ulteriori, poliedriche soluzioni per la produzione di norme. Tali soluzioni, pur non inedite, si svolgono in una dimensione in qualche modo nuova per il diritto costituzionale, là dove gli Stati si trovano nella chiara impossibilità di intitolarsi un monopolio nomopoietico. Guardando a ritroso, per leggerne l'evoluzione, l'intreccio di tali relazioni segue la parabola della legittimazione dei poteri europei, inoltrandosi lungo quel sentiero accidentato che unisce il costituzionalismo liberale di fine Ottocento a quello *sociale* del secolo XX.³⁷¹ Preso atto delle non lievi differenze che separano il contesto odierno da quello in cui si affermarono concetti e strumenti che pure oggi si ripropongono, non pare inutile ripercorrerne le modalità operative, per saggiarne l'effettiva potenzialità nell'assicurare una decisione legittima.

2. Prima lo Stato: breve storia di una presunzione assoluta.

Un unico ordito tiene insieme separazione dei poteri e garanzia dei diritti, estremi della dialettica sottostante alla produzione giuridica, sin dall'alba del costituzionalismo; e l'intreccio fra l'uno e l'altro estremo dà la cifra della legittimazione del potere che domina nella società di riferimento. Allo scopo di ritrovare nel dibattito di oggi i fili di un discorso che prende le mosse da scenari lontani, è buona regola conferire all'analisi una pur minima profondità storica. È d'uopo allora ripercorrere a volo d'angelo i passaggi che, nell'esperienza occidentale, hanno visto mescolarsi l'uno all'altro questi concetti, e segnalarne le reciproche interazioni.

Nell'anticamera del costituzionalismo, l'irrevocabilità del patto sociale con cui i cittadini rinunciano alla facoltà di decidere del loro destino fonda l'irretrattabilità del

content/uploads/2012/07/Post-Democracy.pdf [v. 22 aprile 2017]; a p. 6s. la denuncia impietosa dei "sintomi della *post*-democrazia".

³⁷¹ Cfr. P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 35s.; P. CARETTI, A. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, 2011, cap. I.

potere, consentendo al sovrano di porsi ad *anima dello Stato*, uno e indiviso.³⁷² A queste condizioni, i diritti non sussistono se non *nello* Stato stesso; giacché non ve ne sarebbe alcuno oltre l’abbraccio paternalistico del Re, fuori dal quale l’individuo, come soggetto di diritti, semplicemente *non è*.

Fondamento di tale ricostruzione è una precomprensione di carattere antropologico, che si trasforma in una presunzione giuridica: lo Stato, inteso come apparato operativo, secondo le forme di organizzazione politica che gli sono proprie, agisce *per il bene dei suoi sudditi*, considerati nel loro *insieme*. A tali sudditi, ove considerati singolarmente – dunque, quali individui – non è dato apporre una *propria* valutazione del *loro stesso* bene contro quella operata dallo Stato: tale valutazione resta, in ultima istanza, nella disponibilità del potere pubblico.³⁷³

Questa presunzione è insita in una’idea che si direbbe *organicistica*, poiché considera “il popolo” quale parte di un tutto, come gli organi di un corpo unico, e non già come insieme di singoli nelle loro irripetibili caratteristiche.³⁷⁴ Non occorre dire, dunque, che gli spazi per un discorso razionale a legittimazione del potere scompaiono dinanzi alla figura del Re, che brilla di luce carismatica e si ammanta di tradizioni immutabili.³⁷⁵

La rivendicazione del diritto di resistenza traccia una prima divaricazione fra i diritti dell’individuo e l’azione dello Stato, per cui al singolo residua una facoltà di scelta che si contrappone alla volontà del Re.³⁷⁶ Tale facoltà indica un mutamento di tipo

³⁷² Così in G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. Dir. Cost.*, 1996, 3s., in part. 13s., anche in ID., *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluralistiche*, Giappichelli, 2005, 3s.

³⁷³ “Ma se il Sovrano domanda o toglie qualche cosa in virtù del suo potere, in tal caso nessuna azione di legge è possibile, poiché tutto ciò, che egli fa in virtù del suo potere, è fatto con l’autorità di ogni suddito, e per conseguenza colui, che agisce contro il sovrano, agirebbe contro sé stesso”. Così T. HOBBS, *Leviathan* (1651) Part II, Chap. XXI “Of the Liberty of Subjects”, nella trad. it a cura di M. Vinciguerra, *Leviatano*, Laterza, 1976, 194s., altresì citata da G. SILVESTRI, *op. ult. cit.*, n. 26. Si manifesta per tal via il fondamento culturale di un regime politico, cogliendosene l’evoluzione in controluce al mutamento di paradigma nella comprensione di sé della persona: cfr. P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, cit., in part. 28s.

³⁷⁴ Nel celebre passo di K. F. von GERBER, *Über öffentliche Rechte* (1852), trad. it. di P.L. Lucchini, *Sui diritti pubblici*, in ID., *Diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1971, 67s., i diritti fondamentali radicano nella stessa esistenza della legge, e non esistono se non per effetto dell’auto-limitazione dello Stato, di cui costituiscono meri “effetti di diritto pubblico”; cfr. l’analisi che di quel passo svolgono L. FERRAJOLI, E. VITALE, *Diritti fondamentali: un dibattito teorico*, Laterza, 2001, ed. digit. 2015, cap. I e note 8-9.

³⁷⁵ Doveroso rimandare a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Mohr Siebeck, 1922, Parte I, Cap. III (*Die Typen der Herrschaft*) anche online a www.textlog.de (v. 9 maggio 2017).

³⁷⁶ Il diritto di resistenza sembra affondare le sue radici nell’etica luterana e calvinista, là dove si affermava il principio per cui al sovrano potesse disobbedirsi, se non altro passivamente, qualora ordinasse qualcosa

antropologico, uno scatto qualitativo nella comprensione di sé della persona, che si aggrappa a tal facoltà per rivendicare il diritto-dovere all'auto-determinazione, quale condizione irrinunciabile per perseguire la propria felicità.

Il nesso fra rivendicazione del diritto alla felicità e pretesa alla costruzione di forme di organizzazione politica fondate sul discorso razionale fra eguali emerge fra le correnti del Seicento inglese e trova nella Costituzione nordamericana la sua più alta formulazione, distendendosi sia lungo la direttrice dei rapporti tra organi federali, sia sull'asse delle relazioni fra potere centrale e autonomie locali.³⁷⁷ Si segnala allora, in questo frangente, la crescente rilevanza assegnata alla legittimazione razionale del potere nella produzione giuridica. Ne è testimonianza la dottrina della *force and effect of law*, che si studiava di mantenere alla deliberazione emanata dai rappresentanti dei cittadini il posto d'onore nel processo di produzione del diritto, mediante un atto poi sottoponibile al vaglio del giudice sul metro dei principi costituzionali.³⁷⁸ Tale insegnamento prendeva vigore all'interno di un ordinamento che, votato al pluralismo istituzionale per *rispecchiamento* con le strutture della società in cui operava, forgiava su quello stampo la separazione dei poteri.³⁷⁹

“contro Dio”. Tale convincimento si poneva a giustificazione delle lotte politiche nell'Inghilterra del Cinquecento, e giungeva a spogliare della legittimazione teologica “il Re tiranno” sicché potesse essere giudicato come un privato cittadino qualsiasi. Placatesi col regno di Enrico VIII e di Elisabetta I, le tensioni politiche e ideologiche che conducevano al diritto di resistenza vennero ad innestarsi nell'accesso dibattito sulla supremazia della *fundamental law* e sulla teoria del governo misto. Cfr. L. D'AVACK, *Costituzione e Rivoluzione. La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Giuffrè, 2000, 48s., 201s.; A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico*, cit., 122s.

³⁷⁷ Sul nesso tra federalismo e separazione dei poteri, J. BULMAN-POZEN, *Federalism as a Safeguard of the Separation of Powers*, in *Columbia Law Review*, 112-3, 4/2012, 459s., in part. 478s., analizza le molteplici linee d'interazione fra stati e federazione, nel quadro di un *cooperative federalism* di cui coglie i segni di un decisivo influsso nell'ordinamento statunitense degli ultimi decenni (cfr., della stessa A., *Executive Federalism comes to America*, in *Virginia Law Review*, 102, 2016, 953s., in part. 994s., 1016s).

³⁷⁸ Tale dottrina, nel quadro dei limiti alla potestà di delega normativa del Congresso al potere esecutivo, mirava ad istituire un principio di legalità sostanziale, ricollegando il *nomen* di un atto giuridico agli effetti da esso prodotti. La c.d. *nondelegation doctrine*, sulla quale si sono costruiti taluni limiti sostanziali al potere di delegare, distingueva – sia pure in modo alquanto confuso – fra regole di condotta, e regole *quasi-legislative*, rafforzando per queste ultime l'obbligo di densità precettiva a carico del legislatore. Sul punto, K. C. DAVIS, *Administrative Law Treatise*, 1958, I, 79ss.; nella dottrina italiana, l'analisi di M. PATRONO, *Sistema dei “Regulatory Powers” e Corte Suprema federale*, Giuffrè, 1974, 150s., 229s.

³⁷⁹ È significativo, a tal scopo, che nella dottrina costituzionalistica – prevalentemente non italiana – del Novecento si sia tracciata la differenza tra sistemi a supremazia della legge e sistemi a separazione dei poteri. Nel primo caso, forse meglio, la supremazia potrebbe ascrivere al legislatore parlamentare, poiché fondata sulla superiore legittimazione che la rappresentanza generale conferisce al Parlamento. Cfr. ad es., I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, University of London Press, 1963, in part. 23s.; B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Essai synthétique à Les Constitutions européens*, Paris-Presses Universitaires de France,

Altrove, come nel nascente *Reich* guglielmino, nel medesimo tempo prevalgono forme di organizzazione politica diverse, ove il principio monarchico seguita a riflettere di un potere carismatico e tradizionale, che si esprime col decreto regio; l'ambito applicativo della legge – adottata col mero *intervento* del Parlamento³⁸⁰ – si ritrova in una posizione laterale. La separazione dei poteri, mera suddivisione descrittiva, strumentale all'esercizio del potere sovrano, resta priva di contenuto precettivo, e afona con riguardo al pluralismo della società.³⁸¹ I diritti degli individui nascono così limitati in ampiezza, poiché compressi nell'area di *Eigentum und Freiheit*; e rimangono altresì asfittici in profondità, poiché non riguardano che una fascia ristretta della società – quella che al Gabinetto del *Kaiser*, ovvero alle istituzioni parlamentari, riusciva a conseguire l'accesso. Per gli altri, la presunzione che si è detta organicistica, di riassumere cioè nello Stato l'interesse degli individui nella loro totalità – senza che questi possano, *uti singuli*, contribuire a determinarlo – permane incontestata.

In altri ordinamenti ancora, come nella Francia rivoluzionaria, la proclamazione degli ideali illuministici si traduceva nella sovranità del Parlamento, e nella conseguente centralità della legge – opera dei rappresentanti e quindi espressione della *volonté générale* – in aperta rottura con le forme di organizzazione politica del recente passato.³⁸² Tuttavia, anche negli Stati che avevano accolto e anzi alimentato la scintilla

1951, vol. I, p. 10s. Per la dottrina italiana, cfr. M. PATRONO, *Sistema dei "Regulatory Powers"*, cit., in part. 21s.

³⁸⁰ Significativamente, nell'ordinamento tedesco del *Reich* la riserva di legge (*Vorbehalt des Gesetzes*) si identificava con la c.d. *riserva di intervento* (*Eingriffsvorbehalt*) incentrata sulla tutela della proprietà e della libertà personale (cfr. G. ANSCHÜTZ, *Gesetz*, in K. F. von STENGEL, M. FLEISCHMANN (cur.), *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, 2vol., II ed., 1913, 212s). Nella dottrina italiana, S. FOIS, *La riserva di legge: lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, 1963 (ed. provv.), anche in ID., *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Giuffrè, 2010, 1s., in part. 25s. e 35-36, ove sul significato politico e giuridico della riserva. Cfr. inoltre G. SCACCIA, *La riserva di legge. L'esperienza tedesca*, 2002 (ed. provv.), 15s.

³⁸¹ Secondo M. NIGRO, *Il "segreto" di Gerber*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1973, 293s., 304-305, Gerber completa la sua svolta "organicistica" in *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*, Leipzig, 1865 (I ed.), ed. it. K. F. von GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in ID., *Diritto pubblico*, cit., 103s., ove si legge che nello Stato il popolo assurge nel suo insieme alla coscienza e alla capacità di volere che il diritto esige, acquistando personalità giuridica. Sul punto, M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law (1870-1960)*, CUP, 2001, II ed. 2004, in part. 182s. e note relative, ben illustra che i limiti al potere dello Stato, pur esistenti, provenivano "from inside the State's will, and not from the history or interests of autonomous communities (*Genossenschaften*) or an independent theory of subjective rights" (p. 184).

³⁸² Sulla supremazia della legge parlamentare, da cui dipendono i confini del potere esecutivo, e sul fatto che «il regolamento non può far niente senza autorizzazione legislativa, può invece far tutto con simile autorizzazione» R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920, Sirey, 585 e nota 9, (cit. anche da S. FOIS, *La riserva di legge*, cit., p. 179 e note relative). Cfr. anche *Contribution*, cit.,

dell'89, la sovranità dell'Assemblea gradualmente lasciava campo all'intervento di un esecutivo sempre più forte. Gli spazi per la normazione del Governo irrimediabilmente venivano ad ampliarsi, a spese di quelli del Parlamento; e con essi gli strumenti per demandare ad esso la facoltà di determinare in concreto precetti giuridici, pur assente una disposizione costituzionale che lo abilitasse in tal senso – anzi, talvolta, malgrado espliciti vincoli di segno avverso.³⁸³ La corrispondenza tra forma di legge e contenuto precettivo volto ai destinatari di tale legge appariva così sbiadire; restringendosi la garanzia partecipativa dell'individuo attorno all'intervento giudiziale, tarato sul caso singolo e sulle concrete rivendicazioni che il privato aveva da opporre al potere statale. Nondimeno, il privilegio che si accordava all'azione dello Stato affievoliva finanche il potere di sindacato del giudice; lasciando così, in un numero non irrilevante di casi, campo libero all'azione debordante della *Macht* statale.³⁸⁴

Sacrificata sull'altare dell'unità dello Stato, tesa a una coesione necessaria per far fronte ai nemici della Rivoluzione, la separazione dei poteri smorzava la sua carica

p. 288s., sulla generalità della legge come sua presunta caratteristica sostanziale, in realtà da confutare; 326s. sulla nozione formale di legge. Sull'itinerario scientifico del celebre studioso, M. GALIZIA, *Il «positivisme juridique» di Raymond Carré de Malberg*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, 335s., ove se ne mette in luce sia la centralità nell'evoluzione del pensiero costituzionalistico francese, sia il suo rapporto privilegiato – anche in quanto alsaziano – con la cultura giuridica tedesca (339-341).

³⁸³ Sulla prassi delle c.d. *lois-cadre* nella *III République*, nonché sulla legge c.d. *Andre Marie* (17 agosto 1948) che consentiva all'*Assemblée* di delineare gli ambiti di competenza della legge e quelli di competenza del regolamento, in sostanziale aggiramento dell'art. 13 della Costituzione del 1948 (*IVème République*) cfr. M. LASCOMBE, G. TOULEMONDE, *Le droit constitutionnel de la Vème République*, 13ème éd., L'Harmattan, 2015, 267s.; R. PINTO, *L'effacement du législateur souverain. La loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, 1948, 64-4, 517s. Nella dottrina italiana, P. PICCIACCHIA, *La delega legislativa nell'esperienza costituzionale francese*, Giuffrè, 2005, 13s., nonché 33s. (sul controllo giurisdizionale del riparto tracciato) e 48s.

³⁸⁴ R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution*, cit., 602s. sulla facoltà piena, per il Parlamento di «*s'en remettre au règlement d'administration publique su toute matière quelconque*»; 609-610, ove si nega la sussistenza di un sindacato di costituzionalità delle leggi («*il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier la constitutionnalité des actes du Corps législatif*»); *ibid.*, 717s., ove si descrive come confinato alla mera esegesi della legge l'esercizio della funzione giurisdizionale negli anni successivi alla *Révolution*; 720s., ove l'A., benché riconosca alla funzione giurisdizionale «*une certe puissance initiale de creation du droit*» (721) ne traccia il limite nel divieto di esercizio di funzione legislativa (741s.) ossia di «*donner à ses décisions la forme et la valeur de regles generales*» (745). Quanto al controllo di legalità dell'azione amministrativa, si ricorda che il *Conseil d'Etat* (1 maggio 1822, n. 5363, *Laffitte*, e 9 maggio 1867, n. 39621, *Duc d'Aumale*) elaborava la teoria dell'*acte politique*, per cui taluni atti del Governo, identificabili per il loro motivo politico (*mobile politique*) esulavano dal controllo giudiziale; tale nozione, inizialmente concepita in maniera assai ampia, è venuta restringendosi poco a poco, con l'elaborazione della teoria degli *actes gouvernementales* – i soli a sfuggire al sindacato giurisdizionale – che prende le mosse dall'*arrêt Napoléon*, (*Conseil d'Etat*, 18 febbraio 1875, n° 46707, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17ème éd., 2009, 16s). Cfr. G. TEISSIER, *La responsabilité de la puissance publique*, Dupont – Paris, 1906, 124s.

pluralistica, che pure Montesquieu le aveva sostanzialmente riconosciuto, per sfumare nel dogma dell'organicismo.³⁸⁵

Il soffocamento del pluralismo istituzionale generava conseguenze restrittive in tema di garanzia dei diritti. Dalla marginalità che, in simile contesto, assumeva la persona quale titolare del diritto-dovere all'auto-determinazione, origina la torsione statalistica dei diritti individuali, che da presupposto *ideale* e *politico* per il sovvertimento dell'Antico Regime diventavano merce di scambio per la sopravvivenza del nuovo, come rientrando all'ovile dopo il miraggio della *Révolution*. Parcheggiandosi all'ombra di un rassicurante, benché angusto, paternalismo statalista, la vicenda della tutela dei diritti veniva da ultimo riaffermando la presunzione organicistica di cui sopra; e cioè che lo Stato provvede al bene degli individui *come insieme*, senza che sia loro realmente data la possibilità di provvedervi da soli, ciascuno per sé.³⁸⁶

All'esito di questa pur superficialissima rassegna, si palesa nitida una vocazione anti-pluralistica in quei regimi che, malgrado l'impronta del parlamentarismo, non si disfino dell'eredità dello statalismo autoritario. Tali regimi, costruendo la separazione dei poteri come mera articolazione di funzioni predeterminate dallo Stato, faticano a separare da esso i diritti, poiché non apprestano all'individuo adeguati spazi per partecipare alla produzione delle norme che gli si applicano; in altre parole, al fine di

³⁸⁵ Nella lettura del pensiero montesquieuiano emergono gli influssi delle teorie britanniche del governo misto, in uno alla profonda consapevolezza storica del ruolo giocato dai corpi intermedi – i *Parlements*, in prima battuta – che avevano popolato l'orizzonte sociale e giuridico francese, pur ostacolando l'unificazione amministrativa dello Stato. Cfr. M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Liberty Fund – Indianapolis, 1967, II ed. 1998, 83s. A riprova, V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, Barbera, 1889, 60-61, riconoscendo la carica pluralistica insita nella separazione dei poteri di Montesquieu, la bolla come un “errore sostanziale, che è stato causa non ultima di molti errori e incertezze della scienza nostra. Tutta quella teorica, infatti, contraddice a un principio essenziale, che vede nello Stato un *organismo*, per quanto *sui generis*, in cui tutte le parti sono connesse, tutte le funzioni coordinate, sino a fondersi tutte in una grande unità”.

³⁸⁶ Come annota M. LA TORRE, *La crisi del Novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, 2006, in part. 93s., esiste un cospicuo filone del pensiero filosofico e giuridico tedesco che, sviluppando un organicismo più o meno deciso, finisce per ricondurre i diritti allo Stato: tale filone parte da Gerber e Laband e prosegue con G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, II ed., Mohr Siebeck, 1905, 86s., cit. dall'A. n. 83. Di qui l'incrocio col filone dello stato di necessità come fonte del diritto, donde lo Stato agisce in ultima istanza per il fine di pura auto-conservazione (cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, cit.) che giocoforza include la conservazione degli assetti di potere consolidati al suo interno. A tale autoconservazione, che tutela la stabilità al potere dei gruppi dirigenti, incidentalmente si fanno ricondurre le posizioni soggettive di diritto. Emerge allora la dimensione “sacra” della sovranità, per cui essa, da concetto teologico secolarizzato, sembra ripiegare verso una dimensione insondabile, quasi trascendente, che in uno avvolge lo Stato e chi ne regge le istituzioni: cfr. F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *Archivio Rivista AIC*, 30 aprile 2007, par. 2 e note 11s.

proteggere la propria sopravvivenza quali ordinamenti unitari, di fatto non consentono che i propri componenti, in quanto persone, dispongano degli strumenti adeguati per decidere del proprio destino. Giacché costretti, in ultimo, a poggiare le forme organizzative del potere su pilastri diversi da quelli del discorso razionale, tali ordinamenti perdono il filo da ricollegare, mercé la separazione dei poteri, al diritto-dovere all'auto-determinazione; nella pretesa di costruire i diritti da una prospettiva eteronoma rispetto all'individuo, finiscono per imporre ad esso la supremazia dello Stato.³⁸⁷

Il primato dello Stato sull'individuo appare un'ineluttabile conseguenza anche qualora si affermi la centralità della rappresentanza politica – manifesto della supremazia del discorso razionale – a criterio univoco di legittimazione del potere. Appare infatti che, in assenza di adeguati spazi per un pluralismo istituzionale a salvaguardia della separazione dei poteri, la proclamazione della centralità dell'Assemblea eletta abbia finito egualmente per ridurre gli spazi di auto-determinazione dell'individuo. Mercé il primato della rappresentanza, infatti, si è finito per conferire alla *volonté générale* virtù taumaturgiche smisurate rispetto alle sue forze. Per lungo tempo le si è strumentalmente attribuita – in un crescendo *para-fideista* verso “la legge della ragione e la ragione della legge” – la capacità di rinvenire un compromesso ottimale per *tutti* i consociati; così riducendo al minimo, in nome dell'unità dello Stato, gli spazi di replica interni all'ordinamento.³⁸⁸ Ergo, a dispetto della posizione cardinale assegnata al Parlamento,

³⁸⁷ L'auto-limitazione dello Stato, infatti, appare in ultima istanza il vettore per l'affermazione del suo primato contro le pretese di libertà individuale: cfr. M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo: una vicenda teorica*, Giuffrè, 1996, in part. 132s. Tale auto-limitazione in Italia segue la scia di un organicismo *à la Savigny*, vincolato al diritto che promana dalla società di riferimento, e di cui tuttavia lo Stato resta l'unico legittimo aruspice, pur ammettendosi in principio un diritto di resistenza (V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., in part. 112-114). Tale organicismo, proprio perché in ultima battuta tutto interno allo Stato-persona, finisce per ritorcersi in una svalutazione della legalità come argine per la tutela dei diritti (O. RANELLETTI, *Concetto e contenuto giuridico della libertà civile* (1899), in *Scritti giuridici scelti*, vol. I – *Lo Stato*, Jovene, 1992, in part. 202) aprendo il varco all'epifania della *Macht* statale. La parabola della torsione statualistica dei diritti di libertà in nome di un organicismo anti-legalitario nell'opera dei giuristi italiani di inizio Novecento è finemente ripercorsa da G. FILIPPETTA, *Legge diritto necessità: i diritti di libertà dall'auto-limitazione dello Stato-persona allo stato di diritto di eccezione*, in *Riv. AIC*, 4/2011, 1-15, in part. 6s., 9s. e note relative.

³⁸⁸ Nelle celebri pagine di R. CARRÉ de MALBERG *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Sirey, 1931, 17s., il principio rappresentativo alla base della legittimazione del *Corps législatif* fa sì che “*toutes les citoyens concourent, par l'intermédiaire des représentants nationaux, à l'adoption de la loi, qui, par suite, reste susceptible d'être qualifiée produit de la volonté générale*”. Il razionalismo positivista dello studioso francese si ispira al pensiero kelseniano, per cui i fondamenti di legittimazione dello Stato dovevano sottrarsi all'organicismo e trasferirsi in un sistema di

la legittimazione della produzione giuridica restava come a metà del guado, impantanata in tratti d'imprescussibile vischiosità; non così lontana in fondo da quell'afflato carismatico e tradizionale che rivestiva un tempo il sovrano di Hobbes.³⁸⁹

A corollario di quest'impostazione, che racchiude in un medesimo tratto filoni assai diversi del pensiero costituzionalistico moderno, accomunati dalla tendenza a risolvere nello Stato la centralità della persona, sta una concezione *classica*, meramente difensiva dei diritti individuali.³⁹⁰ Tali diritti, ove non restino soffocati dal dogma dell'organicismo, equivalgono a posizioni private che il singolo mira a preservare dal potere pubblico, sottraendole all'arbitrio del sovrano. Non sfugge peraltro che, lungo questa via, è breve il passo verso l'affermazione dei totalitarismi del Novecento, che su tale impostazione – ossia, sulla presunzione assoluta che lo Stato faccia l'interesse di tutti, senza che alcuno di essi, *uti singulus*, possa avere a dolersene – hanno appoggiato la legittimazione carismatica dei rispettivi capi.³⁹¹

Nelle carte costituzionali del dopoguerra, di contro, prevale una concezione rinnovata del rapporto fra diritti e Stato, in virtù della quale si forgiavano le basi per riscrivere la

norme oggettivate ed ordinate in senso gerarchico. Dal vertice di tale sistema, ovvero la norma fondamentale – piuttosto che dall'autorità sovrana – veniva a legittimarsi la manifestazione di volontà dello Stato (cfr. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911, Mohr Siebeck, in part. 48s). Tale sistema, nondimeno, ha pagato cara la sua dichiarata incapacità di apporre limiti contenutistici al volere del sovrano. Secondo C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, 1932, ed. it., *Legalità e legittimazione*, in ID, *Le categorie del politico*, cit., 211s., l'unica garanzia della legittimazione della produzione giuridica parlamentare è la reale possibilità per le minoranze di subentrare al potere; se tale garanzia viene meno, parimenti svanisce la legittimazione dello stato legislativo parlamentare (240). Ora, se la maggioranza può annientare, fin tanto che si trovi al potere, le minoranze, anche fisicamente, non può negarsi che tale possibilità si tramuti in fittizia, eventuale, fino a dissolversi.

³⁸⁹ L'impossibilità di ricondurre alle categorie del discorso razionale la decisione rappresentativa, per la quale la maggioranza era abilitata a decidere per la totalità senza che alle minoranze residuassero ulteriori spazi per la difesa delle proprie posizioni, appare fatalmente ricalcare lo schema organicistico, che in radice parimenti considera la *voce* del Sovrano come la *voce* di tutto il popolo. Sui concetti di diritto e di legge, il cui fondamento giustificativo appare decostruirsi secondo linee indecifrabili, la riflessione originale di J. DERRIDA, *Force de loi. Le "Fondement mystique de l'autorité"*, Galilée, 1994. Un affascinante intreccio tra diritto e letteratura, sugli stessi temi, si legge in M. CRÉPON, *Kafka e Derrida: l'origine della legge*, in *MicroMega – Il rasoio di Occam*, 3 maggio 2013.

³⁹⁰ *Abwehrrechte*, per la dottrina tedesca: cfr., *ex plurimis*, R. POSCHER, *Grundrechte als Abwehrrechte: reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Mohr Siebeck, 2003, 15s., 107s.; sulle libertà personali, con riguardo alla religione e alla libertà di coscienza in generale, M. BOROWSKI, *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Mohr Siebeck, 2006, 216s., 354s.

³⁹¹ Cfr. M. WEBER, *Politik als Beruf*, 1919, ed. it., ne *Il lavoro intellettuale come professione. Due saggi*, trad. A. Giolitti, pref. D. Cantinori, Einaudi, 1948, 79s. H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism* (1951) Harcourt, Brace & Co., III ed. rist. 1973, esprime con forza il ruolo della propaganda nei totalitarismi del Novecento, caratterizzata da una "*scientificity*" capace di presentare come messianico il ruolo dei capi agli occhi delle masse e giustificando in tal modo il terrore quale forma di esercizio del potere (341s.; 344-345).

separazione dei poteri in guisa di un'inderogabile pluralità di organi istituzionali.³⁹² Entro tali organi, destinatari di attribuzioni costituzionali, può esplicarsi l'azione politica del singolo nella produzione di diritto, quale parte della generale libertà di auto-determinarsi, a sua volta limite reciproco di un'eguale libertà altrui.³⁹³

Se si getta uno sguardo alle costituzioni italiana e tedesca, praticamente coeve e segnate da esperienze storiche non troppo dissimili, vi si scorgono i segni di una svolta antropologica prima che giuridica, che lega separazione dei poteri e garanzia dei diritti nell'ordito della *nomopoiesi*, conferendo un significato nuovo al principio personalista.³⁹⁴ Nella rottura programmatica col passato, non sfugge l'intento di promuovere un modello di società innovativo, in larga parte inedito per la storia d'Occidente, in cui il diritto-dovere all'auto-determinazione fondi, per il tramite degli organi istituzionali, e grazie alla loro azione ordinata quale disciplinata nella Costituzione, le premesse per tutelare i diritti non più *contro*, ma *attraverso* lo Stato. Da *Leviatano* minaccioso, il potere si farebbe utile *strumento* dei diritti; essi si concretizzerebbero per il tramite degli organi che gestiscono il potere pubblico, alla cui composizione i titolari di tali diritti sono chiamati a partecipare *in primis* come elettori, ed alle cui attività, lungo circuiti sempre più fitti di *sfere comunicative*, sono invitati a reagire.³⁹⁵

³⁹² Entro tali organi, la produzione del diritto è non più un atto del sovrano, irreversibile e compiuto, modificabile soltanto con un nuovo atto del sovrano; ma un processo interminato, aperto alla partecipazione di soggetti diversi, tutti compartecipi della sovranità, riconducibile in via ultimale alla Costituzione che di tali soggetti fissa le attribuzioni. È forse in questo senso che potrebbe leggersi l'intuizione di A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale*, Cedam, 1996, ora in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, 2002, 3s., ad avviso del quale "le norme che prevedono uno speciale procedimento per la revisione costituzionale non costituiscono il "fondamento" della sua rigidità costituzionale, ma ne rappresentano la "conferma" (p. 11) Nel senso di cui nel testo, proprio l'esistenza di siffatti, ulteriori spazi istituzionali per la partecipazione consentirebbe agli interessati di tenere aperta, per così dire, la vicenda della produzione giuridica prima che la norma prodotta debba applicarsi, penetrandone la sfera personale. Emerge allora il ruolo sistematico delle Corti nel vaglio di merito delle scelte legislative. Sulla funzione *counter-majoritarian* in cui si colloca la produzione giudiziale del diritto, con riferimento alla vicenda OMT, v. F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *www.costituzionalismo.it.*, 3/2016, 23s., 30.

³⁹³ Cfr. S. RODOTÀ, *Libertà e diritti in Italia: dall'Unità ai giorni nostri*, Donzelli, 1997, in part. 102s.

³⁹⁴ Cfr. N. URBINATI, *Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Laterza, 2011, in part. 4-5.

³⁹⁵ Un agire *comunicativo*, che J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 voll., Suhrkamp Verlag, 1981 (ed. it. a cura di G. E. Rusconi, Il Mulino, 1986) riconduce all'interazione fra soggetti capaci di linguaggio e di relazione, contrapponendolo ad un agire *strategico* (cfr. S. BELARDINELLI, *Il progetto incompiuto: agire comunicativo e complessità sociale*, FrancoAngeli, 1996, 11s., 29s). Scaturisce da tali interazioni, esercizio di potere comunicativo, la produzione giuridica (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag,

Il nesso fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti si apre così ad una dimensione nuova, realizzatasi in ambito statale, ove il diritto-dovere di autodeterminazione appresta alla produzione giuridica un percorso lineare, funzionale alla prima e quindi alla seconda. Attraverso il voto, a un tempo diritto e dovere civico, i cittadini di uno Stato eleggono i rappresentanti in Parlamento; e questi, a mezzo delle leggi, tracciano il perimetro concreto dei diritti e dei doveri dei consociati. Tali leggi infatti assegnano diritti e impongono doveri, primo fra tutti il dovere contributivo; demandano ad autorità amministrative, vincolate alla legalità e sorrette dalla relazione fiduciaria che sostiene il Governo, il compito di tradurli in precetti applicativi; conferiscono infine ai giudici, indipendenti dal legislatore ma sottoposti alla legge, la funzione di reinterpretarli risolvendo casi concreti.³⁹⁶ Pertanto, i cittadini, esercitando il diritto di voto, si volgono a comporre il Parlamento, rafforzando la legittimazione della rappresentanza; quindi, attraverso i meccanismi di funzionamento di questa; mercé l'azione ordinata degli organi istituzionali previsti dalla Costituzione, godono dei diritti loro riconosciuti e a un tempo adempiono ai doveri correlativi, che si traducono – gli uni e gli altri – in concrete vicende di vita.³⁹⁷

Attraverso un simile schema, la relazione fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti riceve una cornice teorica perfetta, realizzandosi per il tramite del diritto di voto una

1992, ed. ingl. a cura di W. Rehg, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Massachusetts, 1996, in part. 151s).

³⁹⁶ Sul rapporto fra diritto legislativo e giurisprudenziale R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, 2013, in part. 27s., 69s.

³⁹⁷ E' noto che, nella giuspubblicistica almeno italiana, la tematica dei doveri abbia suscitato meno interesse di quella dei diritti; nondimeno, i doveri stanno a completamento dei diritti, affinché il potere statale integri questi con quelli, in nome del principio personalista sancito dalle Costituzioni del dopoguerra. Cfr. *ex plurimis* N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990, 53s.; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, 1967, 5s., 48s. A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in www.forumcostituzionale.it, 20 aprile 2015, p. 3, ben individua la posizione centrale, nell'ordito costituzionale, del principio *solidarista*, che si esprime in termini politici, economici e sociali (*ibid.*, 6s.) e viene a secolarizzarsi dalle proprie origini etico-religiose, ponendosi a chiusura necessaria del riconoscimento dei diritti inviolabili (F. POLACCHINI, *Il principio di solidarietà*, in L. MEZZETTI (cur.), *Diritti e doveri*, Giappichelli, 2013, 227s., 228; della stessa A., cfr. *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, BUP, 2017, in part. 150s.) Con chiarezza, F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, Relazione al Gruppo di Pisa, *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria, 9-10 giugno 2006*, 3s., 7 e nota 18, ricorda che il principio solidarista si impernia "... sul riconoscimento della dignità e libertà umana come valore oggettivo ed universale, che deve orientare l'azione sociale al fine di rendere effettivo il nucleo dei diritti fondamentali preesistenti ad ogni ordinamento politico e costituenti il fondamento di legittimità del potere pubblico". Cfr., *ibid.*, p. 462s., A. SPADARO, *Sul necessario carattere «globale» (e non solo interno) dei doveri nello stato costituzionale contemporaneo*, ove (ad es. 465) sulla "necessità" di prevedere "forme di giustizia distributiva internazionale".

corrispondenza tendenziale fra governanti e governati – condizione basilare per una ricostruzione integrata del rapporto fra diritti individuali e potere statale – secondo le vie del discorso razionale. Ora, però, non può nascondersi che tale schema celi in sé i germi del proprio stesso superamento, per ragioni che possono schematicamente riassumersi in due filoni.

Per un verso, è fin troppo ovvio che il tramonto dello Stato quale monopolista della produzione giuridica abbia causato la rottura del paradigma *autarchico* della normazione domestica, sfumandone irrimediabilmente i contorni. L'istituzione del centro normativo comunitario, esterno alle forme organizzative del potere statale, ne rimodula le strutture: assegnando facoltà nomopoietiche a soggetti non statali, cui riconosce *capacità istituzionale e autonomia politica*, irrimediabilmente rinuncia alla propria stessa autarchia. Tali soggetti popolano un ordinamento strutturalmente non unitario, che non realizza *una tantum* il bene dei suoi sudditi ma si limita ad additare un obiettivo ultimo, che descrive con la celebre formula “unione sempre più stretta di Stati e popoli”.³⁹⁸ In tale scenario, l'orizzonte si mostra libero, punteggiato di obiettivi di settore, fitti e irregolari come arcipelaghi, eppure tutti concettualmente disposti in funzione di una “unione sempre più stretta”, *tèlos* ultimale rispetto al raggiungimento degli obiettivi di settore indicati nei Trattati.

In un ordinamento giuridico siffatto, ove il pluralismo colloca l'unitarietà nel cielo dei *Grenzbegriffen*, sono gli organi della costellazione *post*-nazionale, secondo le basi giuridiche dei Trattati (e quelle secondarie) a determinare in concreto, volta per volta, le modalità con le quali i rispettivi obiettivi di settore debbano essere perseguiti. Corollario, la separazione dei poteri, nata al di qua dell'orizzonte dello Stato, resta libera dal postulato unitario che inquadra l'azione degli organi corrispettivi e che tutti li indirizzava a realizzare il bene dei sudditi intesi come collettività unica. Le forme di organizzazione del potere, in siffatto contesto, valorizzano in massima parte

³⁹⁸ Cfr. J. H. H. WEILER, *Does Europe need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *European Law Journal*, 1-3, 1995, 219s. Dello stesso A., v. *La tesi dello Stato europeo e la sua critica: uno scambio con F. Mancini*, in ID., *La Costituzione dell'Europa*, Il Mulino, 2003, 576-577, e *In defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg*, in J. H. H. WEILER, M. WIND (eds.) *European Constitutionalism Beyond the State*, CUP, 2003, 7s., in part. 9, ove si ricorda che non esiste alcuna presupposizione di autorità riferibile al popolo sovrano per l'Unione europea, a differenza che negli Stati – ancorché federali. Cfr. P. SERRA, *Il problema dello Stato*, cit., 41s.

l'autonomia politica di tali organi; essa, tuttavia, poggia in ultima analisi su una capacità istituzionale che i Trattati ricostruiscono solo sommariamente, e i cui fondamenti effettivi di legittimazione restano lontani da una verifica approfondita.

Per altro verso, un'ulteriore deriva centrifuga sta sul piano concettuale, ricollegandosi alla vocazione universale che la rappresentanza politica acquista una volta liberata dei suoi presupposti stato-centrici.³⁹⁹ Fondata sulla centralità della persona, la rappresentanza politica è generale, ed investe la persona in quanto tale: dunque, mal tollera distinzioni artificiali, suscettibili di fondare *status* discriminatori, come quelle basate sui confini statali. A riguardo, un caso lampante è la graduale estensione dei diritti fondamentali anche a coloro che non godono del titolo di cittadino: un tema che impegna tutti gli Stati occidentali, sotto il profilo pratico non meno che sotto l'aspetto teorico.⁴⁰⁰ Non occorre infatti ricordare che, nel modello fin qui tracciato, i cittadini di un certo Stato si vedono garantiti i diritti in virtù della centralità della persona, che fonda sul riconoscimento della dignità umana il loro diritto-dovere all'autodeterminazione. Perciò, sembrerebbe irrimediabilmente contraddittorio se, in nome della medesima centralità, costoro si arrogassero la facoltà di negare quegli stessi diritti a un'altra persona, cui sarebbe disconosciuta un'eguale dignità. Tale discriminazione avrebbe fondamento solo qualora si premettesse che, per il diritto costituzionale di uno Stato, il *non-cittadino* è "*non-persona*". Ma un simile postulato farebbe discendere la "qualifica" di persona da uno *status* fondato dal diritto dello Stato, che pertanto in concreto disegnerebbe il perimetro di tutti i diritti individuali che sulla persona si fondano. Si tornerebbe così all'interno dell'antico solco, ove lo Stato ha priorità sull'individuo; riviverebbe cioè la presunzione organicistica sopra richiamata,

³⁹⁹ F. BILANCIA, *Le forme della democrazia contemporanea e il germe della sua autodistruzione*, in Aa. Vv., *Democrazia. Storia e crisi di una forma politica*, Editoriale Scientifica Napoli, 2013, 135s. Sul disorientamento che tale deriva universalistica comporta per le istituzioni rappresentative statali, che si trovano a rappresentare soggetti le cui relazioni non ricalcano i confini statali (H. LINDHAL, *Sovereignty and Representation in the European Union*, in N. WALKER (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart, 2003, 87s., 103) cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, cit., 109s., 117.

⁴⁰⁰ Su cui si perdoni il riferimento a G. VOSA, *'Cure essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Diritto Pubblico*, 2/2016, 721s., spec. par. 2, ove ulteriore bibliografia.

per cui esso provvede al bene dei suoi sudditi presi nel loro insieme, restando precluso all'individuo *uti singulus* il provvedervi da sé.⁴⁰¹

In ultima istanza, la rottura del paradigma autarchico dello Stato nazionale ha causato l'erosione delle categorie concettuali su cui sono venute a poggiarsi le forme organizzative del potere statale. Spalancatesi quindi praterie *sconfinare*, le vie della separazione dei poteri e della garanzia dei diritti paiono avventurarsi in territori inesplorati,⁴⁰² da un lato aspirando a una dimensione universale che nei fatti resta asfittica, dall'altra tenendosi abbarbicate alle strutture statali. È questa la dimensione complessa dello spazio pubblico europeo odierno: derivata dal modello stato-centrico, ad esso successiva e conseguente, e pur tuttavia irriducibile alla *classica* dicotomia fra diritto internazionale e diritto costituzionale.⁴⁰³

Di conseguenza, nello spazio pubblico europeo, il rapporto tra separazione dei poteri – o, se si preferisce, forme di organizzazione politica – e tutela dei diritti assume una duplice connotazione. Per un verso, sembra orientarsi verso strati *ultra*-nazionali, arricchendosi di tendenze eccentriche rispetto al figurino statale; a queste però gli Stati stessi hanno apprestato argini solidi, riconducendo ad una dimensione intergovernativa gli snodi che ritengono cruciali della produzione giuridica europea. Per altro verso, la rassicurante cornice dell'ordinamento statale può dirsi indebolita, se non definitivamente sgretolata, nei suoi presupposti teorici; in netta difficoltà là dove si

⁴⁰¹ Prima dell'affermazione delle Costituzioni del dopoguerra, vincolata all'organicismo statale, la rappresentanza si trovava invero a negare il fondamento razionale del proprio nesso rappresentativo, modellando se stessa in base a talune caratteristiche di *status*: cfr. V. E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 74s. (ove per i “temperamenti” del suffragio universale relativamente a talune “classi”, per le quali si ritiene “non adattabile la forma rappresentativa”: 75-76) e 81s. (ove la esplicita derivazione statale del diritto elettorale, “conferito dallo Stato, conformemente ai suoi fini”). Cfr. L. CARLASSARE, *Problemi attuali della rappresentanza politica*, in N. ZANON, F. BIONDI (cur.) *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 21s., ove per la “svalutazione del rapporto rappresentativo” (36s.) che origina dalla presunzione per cui “gli eletti rappresentano la «nazione» senza legame con gli elettori”, sottolineando come il mandato imperativo, nella Francia rivoluzionaria, si affermi parallelamente all'ascesa delle classi “che tendono a gestire globalmente il potere”.

⁴⁰² M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, 2006, 107s.

⁴⁰³ L'interazione dei due modelli, entrambi riconducibili allo Stato, se ha condotto il diritto costituzionale ad interrogarsi sulle scaturigini della propria legittimazione, ha parimenti richiesto agli studiosi di diritto internazionale di riflettere sull'oggetto della propria indagine. Cfr. la Relazione a cura dello *Study Group della International Law Commission*, finalizzato da Martti KOSKENNIEMI, *Fragmentation of International Law: Difficulties arising from Diversification and Expansion of International Law*, UN General Assembly Document A/CN.4/L.682, 13 April 2006, pubbl. dall'*Erik Castrén Institute* di Helsinki, 21 aprile 2007, in part. 30s. Da ultimo, cfr. A. JAKUBOWSKI, K. WIERCZYŃSKA (eds.), *Fragmentation vs. Constitutionalisation of International Law: A Practical Inquiry*, Routledge, 2016.

tratti di motivare con le categorie del discorso razionale scelte politiche che si ripercuotono, come ormai pare inevitabile, entro uno spazio pubblico non meramente nazionale.⁴⁰⁴

Le perturbazioni che interessano il modello statale della produzione giuridica, in un all'incompiutezza di quello sovranazionale, spingono all'impiego di forme alternative di legittimazione rispetto a quella tradizionalmente basata sulla centralità del Parlamento, onde l'ordinamento che sorge nello spazio pubblico europeo non cessi di essere tale, ma possa volgersi al perseguimento degli obiettivi politici indicati.

Da un canto, allora, emerge il ruolo cardinale delle Corti, nazionali e sovranazionali: decisori legittimati dal dominio di una ragione artificiale e tendenzialmente asettica come il diritto, sempre più spesso arbitri di ultima istanza in vece di una politica balbettante – ove non del tutto inesistente, per statuto o per forza – quale esibita dagli organi rappresentativi.⁴⁰⁵

D'altro canto, spicca la crescente valorizzazione di criteri di legittimazione tecnica per la gestione di politiche complesse, affidate ad organi dotati di *expertise* scientifico che si suppone adeguato. Di tali organi, la Banca Centrale Europea – istituzione indipendente per eccellenza, *domina* della politica monetaria – costituisce forse

⁴⁰⁴ È questo un tema che impegna gli studiosi del diritto internazionale e costituzionale. Per i limitati fini di cui al presente scritto, possono ascriversi da un lato i contributi di chi si interroga sulle categorie di un costituzionalismo globale (A. PETERS, *The Merits of Global Constitutionalism*, in *Indiana Journal of Legal Studies*, 19, 2007, 397s.; per un diverso approccio M. ROSENFELD, *Is Global Constitutionalism Meaningful or Desirable?*, in *European Journal of International Law*, 2014, 25-1, 177s.; cfr. altresì U. K. PREUSS, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN, *The Twilight of Constitutionalism?*, OUP, 2016, 23s). D'altro canto, è oggetto d'analisi il versante della costituzionalizzazione del diritto internazionale: ora sotto il profilo della legittimazione delle fonti (M. KUMM, *The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis*, in *EJIL*, 15-5, 2004, 907s., in part. 909s.) ora sotto quello della forza espansiva di concetti come democrazia, trasparenza, *judicial review* e rispetto dei diritti fondamentali (J. KLABBERS, *Constitutionalism Lite*, in *International Organizations Law Review*, 1/2004, 31s., 33) ora ancora dall'ottica "rovesciata" della *de-nazionalizzazione* del diritto costituzionale (A. von BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harvard International Law Journal*, 47, 2006, 223s., dinanzi alla quale ci si chiede se possa parlarsi di istituzionalizzazione di un *ordine federale internazionale* (230). Per un riepilogo delle diverse posizioni, R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in *Riv. AIC*, 4/2014, in part. 24s. Peraltro, lo stesso Klabbers segue un filone di ricerca sul diritto istituzionale internazionale, per il quale cfr. J. KLABBERS, *The Paradox of International Institutional Law*, in *International Organizations Law Review*, 5, 2008, 1–23; cfr. anche A. VON BOGDANDY, S. DELLAVALLE, *Universalism Renewed: Habermas' Theory of International Order in light of competing paradigms*, in *German Law Journal (Special Issue: The Kantian Project of International Law)* 10-1, 2009, 5s; per la crisi dei modelli monistici della produzione giuridica, 17s.

⁴⁰⁵ Su cui cfr. M. DAWSON, *The Political Face of Judicial Activism: Europe's Law-Politics Imbalance*, in *Maastricht Working Papers*, 2012-1, in part. 5s.

l'esempio più luminoso, per la sua visibilità istituzionale e per la delicatezza delle decisioni che è chiamata ad assumere.⁴⁰⁶

Tale scenario, caratterizzato da un certo *disordine* nelle intersezioni fra ordinamenti, ha per un periodo trovato nella dottrina del *costituzionalismo multilivello* un'immagine conciliante.⁴⁰⁷ Questa ricostruzione, in estrema sintesi, descrive un'integrazione *virtuosa* tra forme di organizzazione politica nazionali e sovranazionali, assegnando un ruolo chiave alla tutela dei diritti, costruita su di una "unione di costituzioni" (*Verfassungsverbund*) e materialmente attuata mediante l'azione coordinata dei giudici

⁴⁰⁶ Cfr., da ultimo, O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, 2016, in part. 265s., 331s., e R. IBRIDO, *L'Unione bancaria. Profili costituzionali*, Giappichelli, 52s., 111s.; cfr. inoltre, in generale, M. P. CHITI, V. SANTORO (cur.) *L'Unione bancaria europea*, Pacini editore, 2016.

⁴⁰⁷ Tale ricostruzione si deve principalmente a I. PERNICE, di cui cfr. *Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, in R. BIEBER, P. WIDMER (eds.), *The European constitutional area*, 1995, Schultless, 225s., 261, e *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, in *Europarecht*, 31, 1996, 27s. e ancora *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, 703s. Cfr. altresì le ricostruzioni che preferiscono parlare di costituzione *composita*, nel quadro di una sovranità non già raccolta a livello europeo ma condivisa – sovrana l'UE, sovrani gli Stati – valorizzando uno scritto di I. PERNICE, F. C. MAYER, *De la constitution composée de l'Europe*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 623s. Singolare che da questo stesso scritto, tradotto in italiano col titolo *La Costituzione integrata dell'Europa*, in *WHI Papers* 7/2003, 3-28, pubbl. in G. ZAGREBELSKY (cur.) *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Laterza, 2003, 43s., abbia preso le mosse un dibattito (italiano ma non solo) sulla natura sovrana dell'Unione, a seguito del quale si tende ad attribuire alla tesi multilivello una tendenza gerarchizzante, a causa, tra l'altro, della terminologia forse imprecisa della traduzione (cfr. "*federazione costituzionale*, ovvero la Costituzione composita dell'Europa": *ibid.*, p. 48). Si veda, sul punto, L. BESSELINK, *The Place of National Parliaments within the European Constitutional Order*, in N. LUPO, C. FASONE, *Interparliamentary Cooperation in the Composite European Constitution*, Bloomsbury, 2016, 23s., in part. 24-26. Invero, accenti più vicini ad una concezione *federalista* echeggiano in A. von BOGDANDY, *The European Union as a Supranational Federation: A Conceptual Attempt in the Light of the Amsterdam Treaty*, in *Columbia Law Journal*, 2000, 6-1, 27s., in part. 28 e n. 6, ove si legge "*The central thesis of this article states that the external nature of the Union has, to a large extent, developed along the lines of federalism*". Cfr., successivamente – con posizioni meno nette – ID., *Founding Principles*, in A. von BOGDANDY, J. BAST (eds.) *Principles of European Constitutional Law*, II ed., Hart-Beck, 2011, ad es. ove individua "*norms of primary law having a normative founding function for the whole of the Union's legal order*" (21-22). Più sfumata, sul punto, la posizione di D. CURTIN, I. DEKKER, *The EU as a "Layered" International Organisation: Institutional Unity in Disguise*, in P. CRAIG, G. de BURCA (eds.) *The Evolution of EU Law*, OUP, 1999, 83s.; successivamente, delle stesse A., *The Constitutional Structure of the European Union: Some Reflections on Vertical Unity-in-Diversity*, in P. BEAUMONT, C. LYONS, N. WALKER (eds.) *Convergence and Divergence in European Public Law*, Hart, 2002, 59s., ove si nota che un approccio kelseniano (65s.) risulta fuorviante, ancorché si individui una regola di unità, e che il principio di cooperazione tra i vari strati, "*involving a dialogue among the various levels of governance*" (72) tenuto conto delle differenziazioni settoriali, si colloca alle fondamenta dell'ordinamento europeo. Cfr. sul punto G. TUSSEAU, *Theoretical Deflation: The Question of Competence and Power-Confering Norms Theory*, in L. AZOULAI (ed.) *The Question of Competence in the European Union*, OUP, 2014, 39s. Sul disordine che caratterizza l'ordinamento europeo, N. WALKER, *Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 6, 373s., e poi in ID., *The EU Unresolved Constitution*, in *University of Edinburgh School of Law Working Paper 15/2011*, 1-18.

nazionali ed europei. Benché d'indubbia eleganza, tale dottrina si rivela minata da una contraddizione logica, giacché muove da un presupposto che invece dovrebbe dimostrare: la complementarietà tra i due livelli è un dato di fatto non immutabile, giacché dipende dalla volontà politica concorde, o almeno non apertamente discorde, dei partecipanti.⁴⁰⁸ Tale concordia potrebbe assumersi a postulato del discorso se fosse il corollario di una pre-esistente unità politica; ma tale unità non esiste nel cielo dei concetti, e anche sul terreno della prassi appare, oggi più che mai, revocata in dubbio. Non sembra potersi negare che, ove tale presupposto venga meno, un'aperta discordia tra i soggetti in campo indurrebbe tale ricostruzione – pure fin qui tesa a reggere l'ordito tra forme organizzative del potere e tutela dei diritti nello spazio pubblico europeo – a interrogarsi, e non superficialmente, sulla propria stessa esistenza.

Nella vicenda OMT, che si dispiega in un *batti e ribatti* fra Karlsruhe e Lussemburgo, le contraddizioni cui si è fatto cenno mostrano il loro potenziale dirompente. Vengono così alla luce, come venature lungo un corpo in tensione, le tormentate linee di forza del potere pubblico, quale si esercita nello spazio giuridico europeo durante il tempo turbolento che si attraversa.

Lo scritto cui qui ci si appresta vuol mettere in relazione le forme di organizzazione politica entro cui si è ramificata la separazione dei poteri – che includono il conferimento di poteri normativi alle istituzioni dell'Unione, nonché il (*sub*-)conferimento a istituzioni legittimate in via tecnica di poteri altrettanto rilevanti – con la garanzia dei diritti. Obiettivo di tale esame è scandagliare la tenuta costituzionale del sistema, sperimentandone le giunture al crinale dei rapporti fra Stati e Unione, nonché fra gli stessi organi istituiti dal Trattato.

⁴⁰⁸ Da cui deriva la complessità del ruolo di giudice di più ordinamenti, su cui ad es. G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, 2013, 105s. Può qui rileggersi un passo di M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Archivio Rivista AIC*, 17 luglio 2006, par. 5, ad avviso del quale “[i]l costituzionalismo multilivello presenta una visione armonica dei rapporti tra le varie istanze decisionali che non corrisponde alla realtà ... e occulta la dimensione dello scontro”. Sul punto, cfr. D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, 18-5, 2012, 667s., ad es. 669s. Come afferma O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, 2014, 597 (segnalando peraltro di dover riconsiderare in un senso meno ottimistico le proprie posizioni) la costituzione europea che si dava per vigente “identificava troppo sbrigativamente l'ordine dei diritti con l'ordine dei mercati concorrenziali”.

In vista di tale percorso, che da una succinta analisi del contesto muove alla lettura critica della giurisprudenza, ed ambisce a formulare alcune riflessioni generali sulla scorta delle argomentazioni ivi dispiegate, è opportuno anticipare una considerazione, sul metro della quale si verranno ad articolare osservazioni ulteriori.

La legittimazione politica del diritto dell'Unione possiede un duplice risvolto, che segue le formule scolpite da ciascuna base giuridica: l'uno, verticale – nei rapporti Stati-Unione – l'altro orizzontale, concernente le relazioni fra istituzioni europee. Il primo si condensa nel principio del conferimento, che vincola l'azione delle istituzioni alle competenze attribuite. Il secondo tende a valorizzarne i profili operativi, tramite i quali riconosce l'esistenza di un ordinamento sovranazionale ormai in via di razionalizzazione; viene così incrementandosi là dove il Parlamento europeo sia associato alla produzione giuridica, in specie nella procedura legislativa ordinaria. Inoltre, secondo il settore di intervento, può rafforzarsi in virtù dell'azione dei Parlamenti nazionali, ovvero là dove siano previste altre forme di democrazia partecipativa – che restano però ancillari a quella rappresentativa, a mente del Trattato di Lisbona.⁴⁰⁹

A corollario, la legittimazione tecnica – lo si è premesso – s'intreccia sovente con quella di matrice politica, tagliando il campo di numerose istituzioni; di norma disponendosi, come si è detto, in funzione centripeta, quindi dallo *strato* sovranazionale. Si pensi ad esempio alla Commissione, cui è riconosciuta la capacità di raccogliere ed elaborare dati giuridici e fattuali, giustificandone il c.d. diritto di iniziativa legislativa.⁴¹⁰ Alla Banca centrale europea, di seguito BCE, che il Trattato (art. 130 TFUE) rende

⁴⁰⁹ Sulla base degli articoli 10-11 del TUE *post*-Lisbona, la c.d. democrazia partecipativa ha conosciuto una evoluzione teorica e pratica consistente, evidenziando non di rado le lacune nel processo di legittimazione degli atti giuridici dell'Unione. Cfr., ad es., J. MENDES, *Participation in EU Rule-making: A Rights-Based Approach*, OUP, 2011, 26s., 449s. Per un inquadramento generale, anche sulle differenze terminologiche tra i vari ambiti semantici riconducibili alla partecipazione, cfr. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. Dir.*, *Annali IV*, Giuffrè, 2006, 271s. Sui rapporti fra democrazia partecipativa e rappresentativa, cfr. P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *ID, Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 323s.

⁴¹⁰ Nei termini specificati, da ultimo, in CGUE, *Consiglio c. Commissione*, C-409/13, 14 aprile 2015, ECLI:EU:C:2015:217, su cui M. STARITA, *Sul potere della Commissione europea di ritirare una proposta legislativa e sui suoi riflessi sugli equilibri istituzionali nel diritto dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, 17, 16 settembre 2015; si perdoni inoltre, tra gli altri, il rinvio a G. VOSA, *The Power to Withdraw a Legislative Proposal: Commission's Space of Autonomy in a Poly-centric Law-making*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1/2016, 217s.

indipendente dai governi nazionali, se ne riconosce una quota sostanziosa, in virtù della quale le è richiesto di risolvere problemi complessi grazie al proprio *expertise*.

Sotto il profilo politico, inoltre, la BCE è legittimata per lo più in senso verticale, ossia dall'ambito operativo fissato dal principio del conferimento.⁴¹¹ Infatti, non opera praticamente mai in procedura legislativa ordinaria, ed il controllo parlamentare – tanto del Parlamento europeo, quanto dei Parlamenti nazionali – si limita di fatto a una verifica *ex post* del suo operato, per lo più sulla base di documenti che essa stessa fornisce, nel quadro del c.d. dialogo monetario.⁴¹²

⁴¹¹ L. GORMLEY, J. De HAAN, *The Democratic Deficit of the European Central Bank*, in *European Law Review*, 21, 1996, 95s.

⁴¹² Su cui, diffusamente, R. IBRIDO, *L'Unione bancaria europea. Profili costituzionali*, 2016, Giappichelli, 221s., e da ultimo ne *Il controllo democratico della politica monetaria: equilibri costituzionali e integrazione europea dopo le sentenze OMT*, in *www.federalismi.it*, 5/2017, in part. 7s. L'A. ravvisa la possibilità, per la BCE, di giustificare eventuali "sconfinamenti" (5s.) della BCE dalle proprie competenze, "per così dire, ordinarie" attraverso l'istituzione di meccanismi di controllo parlamentare. Tale controllo, soggiunge, potrebbe rivestire le forme di un mero "controllo-verifica" e non di un "controllo-ingerenza" a mente del principio di indipendenza della BCE sancito all'art. 130 TFUE [sulle differenze fra i due tipi di controllo cfr. J. GARCÍA ROCA, R. IBRIDO, *El control parlamentario en Italia: un estudio comparado sobre el concepto y algunas de sus mejores prácticas*, in F. PAU i VALL (cur.) *El control del gobierno en democracia. Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Madrid, Tecnos, 2013, 105s., cit. dall'A.]. Va detto, nondimeno, che l'A. riconduce alla parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'UE un significato *debole*, giacché ritiene "assai più persuasiva" (n. 12) la tesi di coloro che rifiutano di confrontarsi con le implicazioni del parlamentarismo a livello nazionale, disconoscendo la tesi *forte* che farebbe coincidere il parlamentarismo europeo con la nascita di una forma di governo parlamentare. Da quest'ultima affermazione – senz'altro condivisibile, poiché l'UE non può essere assimilata al parlamentarismo statale – sorge, tuttavia, un corto circuito logico difficilmente districabile: in diritto interno, parlamentarizzazione implica parlamentarismo, ossia primato del Parlamento nella legittimazione della produzione giuridica, e dunque – proprio in virtù di questa equivalenza – democrazia. Non si vede allora come, per i sostenitori della tesi *debole*, parlamentarizzazione possa implicare democrazia saltando, per così dire, il passaggio teorico del parlamentarismo, ossia senza che il Parlamento sia collocato al vertice della legittimazione della produzione giuridica. È questo salto logico all'apparenza ingiustificato ad indebolire la tesi di coloro che vedono nell'*empowerment* del Parlamento europeo un sicuro fattore di democrazia, senza analizzarne le circostanze pratiche e senza valutare l'eventualità per cui sia più democratico il livello nazionale (secondo un'analisi detta dei *costs of non-Europe*, su cui lo Studio del Servizio di Ricerca del Parlamento europeo (European Added Value Unit), *Mapping the Costs of Non-Europe 2014-2019*, Aprile 2015, *www.europarl.europa.eu*, v. 28 aprile 2017). Nel caso della BCE, tale passaggio teorico si traduce in un dato pratico di rilievo non trascurabile, che peraltro non sfugge all'A. (10s.): il decisore parlamentare, in un sistema statale, può da solo far valere gli effetti di un disaccordo con la Banca centrale rispettiva a seguito di un controllo *ex post*, semplicemente modificandone lo *status* di autonomia. Una simile modifica, per contro, è ampiamente al di là delle competenze del Parlamento europeo, richiedendo senz'altro una modifica dei Trattati. A questo proposito, la tesi riportata dall'A. (10) per cui "una valutazione dell'efficacia dei meccanismi di controllo parlamentare sulla BCE non può essere operata in astratto, ma deve altresì muovere da un confronto con il livello di *accountability* cui erano sottoposte le banche centrali degli Stati membri prima delle istituzioni dell'Unione Monetaria" viene sviluppata constatando che, mentre in alcuni Stati membri il controllo risultava "particolarmente penetrante" (come in Svezia) in altri Stati (come l'Italia) tale controllo si era di fatto affievolito, peraltro col consenso delle Camere stesse. Nondimeno, tale prassi risultava criticabile, e viene criticata dallo stesso A. (e non solo: cfr. R. IBRIDO, *op. ult. cit.*, p. 11 e note relative). Non si vede allora come potrebbe, una ricostruzione che si assume in partenza criticabile, prendersi a parametro per valutare "comunque migliore" il controllo del Parlamento europeo sulla BCE, e come quest'opinabile valutazione

Ora, se in generale la legittimazione politica dipende dal rispetto dei limiti del conferimento – in senso verticale; nonché, in chiave orizzontale, dall’associazione di vettori di democrazia rappresentativa e partecipativa alla produzione giuridica che ne scaturisce – la legittimazione tecnica funziona tanto meglio quanto meno politicamente sensibili siano le materie per le quali ci si volge a produrre diritto. Solo in quel caso, infatti, i due significati riconducibili a *tecnico* vengono a coincidere, senza che la proclamata complessità nasconda un’indebita sterilizzazione di questioni politicamente controverse.

In che modo tutti questi principi di legittimazione siano stati sollecitati nel lancio del programma OMT, e in qual misura siano stati rispettati i postulati teorici che presiedono al loro rispettivo funzionamento, è appunto il tema che occuperà le prossime pagine di questo scritto.

3. Whatever it takes: Gauweiler, ovvero la curvatura teleologica del mandato della BCE.

*“But there is another message I want to tell you. Within our mandate – within our mandate – the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the Euro. And believe me, it will be enough”.*⁴¹³

La frase di Mario Draghi, Presidente della BCE, alla conferenza di Londra sui *Global Investments* fa in un lampo il giro del mondo, diventando d’un colpo emblema del ruolo assunto dalla BCE quale ultimo baluardo per la difesa della moneta unica. Se si ricorda quanto forte spirassero, in quel torno di tempo, i venti di tempesta sull’Eurozona, sia quanto alla sua tenuta, sia con riguardo alla sopravvivenza stessa dell’Euro, si coglie appieno il senso politico altissimo della posizione maturata da Draghi, a dispetto dell’informalità della sede in cui è stata raccolta.

valga a conferirgli in tal guisa una patente di conformità a standard democratici che, nel contesto *post-nazionale*, dovrebbero ad ogni modo essere riformulati. Cfr. L. VIELLECHNER, *The Limits of Law (and Democracy) in the Euro Crisis: An Approach from Systems Theory*, in *German Law Journal (Special Issue - Democracy and Financial Order—Legal Perspectives)* 2016, 17-5, 748 ss., in part. 760s.

⁴¹³ Discorso del Presidente della BCE Mario Draghi alla *Global Investment Conference*, Londra, 26 luglio 2012, verbale in inglese a <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>

A strettissimo giro – 2 agosto 2012 – un comunicato stampa della BCE annuncia il lancio di un programma di operazioni monetarie definitive (*Outright Monetary Transactions*, OMT) di cui vari comunicati successivi (si vedano fra gli altri quelli del 6 e del 9 settembre 2012) puntualizzano i dettagli tecnici.

Il programma OMT consiste, a dirla brevemente, in una promessa, e cioè che la BCE acquisterà titoli del debito pubblico di uno Stato in difficoltà, a condizione che il Governo dello Stato in questione abbia sottoscritto un *Memorandum of Understanding* (Protocollo d'Intesa) con le autorità di governo del MES – Meccanismo Europeo di Stabilità, entrato in vigore nel luglio 2012 – nel quadro di un programma di aiuti sottoscritto a norma del relativo trattato, e che di tale Protocollo le autorità competenti abbiano verificato l'adempimento.

A precisa domanda – formulata da un cronista durante una conferenza stampa a Francoforte il 2 settembre 2012 – se vi fossero limiti quantitativi o temporali al programma OMT, Draghi rispose in modo netto: “ ... *there are no ex-ante limits on the amount of Outright Monetary Transactions. And the size – as I think it said in the first press release or the introductory statement – is going to be adequate to meet our objectives*”.⁴¹⁴

Alla luce di una risposta tanto perentoria, l'espressione *whatever it takes* appare in tutto il suo potenziale dirompente: “un bazooka”, com'è stato definito dalla stampa, ossia un'arma in principio illimitata per capacità penetrativa e portata operativa, capace di dissuadere gli operatori finanziari da speculazioni suscettibili di danneggiare gli Stati più deboli dell'Eurozona e mettere a repentaglio la tenuta stessa di quest'ultima.⁴¹⁵

È dunque il caso di rileggere brevemente l'intera frase del Presidente Draghi, che si compone di tre parti. Alla più famosa di esse, il celebre *whatever it takes*, si appongono due ulteriori locuzioni, non meno importanti: l'*incipit*, ossia *within our mandate* – ribadito due volte, a premessa del discorso – e la chiusura, il cui senso sta nell'eco

⁴¹⁴ Verbale della Conferenza stampa tenuta da Mario Draghi e da Vítor Constâncio, Vice-Presidente della BCE, Frankfurt am Main, 6 settembre 2012, <https://www.ecb.europa.eu/press/pressconf/2012/html/is120906.en.html>

⁴¹⁵ Così nei titoli di numerose testate. A titolo di esempio, cfr. *OMT: The ECB Launches Its Bazooka*, editoriale di Ed CONWAY, *Skynews*, 6 settembre 2012, <http://news.sky.com/story/omt-the-ecb-launches-its-bazooka-10470801>; *Mario Draghi: ECB bond-buying bazooka 'ready'* [redazione online] *The Telegraph*, 4 ottobre 2012, <http://www.telegraph.co.uk/finance/financialcrisis/9587648/Mario-Draghi-ECB-bond-buying-bazooka-ready.html>.

planetaria che quelle parole avrebbero ricevuto, e che è stata pensata appositamente per rivolgersi non solo all'uditorio del momento, bensì a tutti gli attori politici ed economici interessati: *believe me, it will be enough*.

La portata complessiva di quest'affermazione si legge allora nel quadro della dialettica fra i poteri europei, tesi a preservare la zona-Euro ma divisi quanto alle modalità con cui concedere agli Stati in difficoltà eventuali aiuti. In particolare, può dirsi che *whatever it takes* appare rafforzato dall'enfatica chiusura, il cui significato – far passare forte e chiaro il messaggio per cui la BCE si sarebbe schierata senza esitare a difesa dell'Euro – è nitido, rimarcato dal tono suadente dell'oratore. La premessa, allora – *within our mandate* – appare porsi come riconoscimento necessario della capacità istituzionale della BCE, che trova quale campo di legittima esplicazione il solco tracciato dal principio del conferimento.

In parole semplici, Draghi dice al mondo intero che la BCE avrebbe fatto tutto quel che il diritto dell'Unione le avrebbe consentito, pur di proteggere la moneta unica. Dà così per assunto che, nella valutazione della BCE, il salvataggio della moneta unica si identifica con gli obiettivi del suo stesso mandato; e che l'istituzione è pronta a perseguirlo, secondo i poteri che le sono conferiti.

Resta dunque da stabilire se lanciare il programma OMT sia attività rispettosa del diritto dell'Unione; vale a dire, se rimanga tutta interna al mandato cui la BCE è vincolata in nome del principio del conferimento, e se non violi alcuna ulteriore norma di diritto europeo.

Ecco allora stagliarsi gli estremi della legittimazione del potere nello spazio pubblico europeo. Da un lato, alla BCE sono attribuite capacità istituzionale e autonomia decisionale amplissime nel campo della politica monetaria: è questo il risultato di un riconoscimento di legittimazione tecnica, in nome della quale si presume che la BCE “sappia cosa deve fare” per attuare tale politica. D'altro lato – come il suo Presidente avverte di dover ribadire con l'espressione *within our mandate* – non può certo disconoscersi la presenza, nell'ancoraggio costituzionale che sostiene la BCE, di un solido principio di legittimazione politica, inquadrabile nell'ambito dei rapporti Stati-Unione, in virtù del quale la BCE deve attenersi alle competenze conferite.

Il raccordo fra l'uno e l'altro estremo determina che, per non sganciarsi dal proprio ancoraggio costituzionale, la BCE deve sapientemente miscelare entrambi gli argomenti a suffragio della propria legittimazione; ad esempio, aggrappandosi a un solido fondamento politico là dove venga ad indebolirsi quello tecnico – nella fattispecie, perché la materia di cui si verte è altamente controversa, dunque politicamente sensibile; oppure viceversa, in caso contrario.

È proprio sulla sussistenza di una forma di legittimazione a sostegno dell'azione della BCE che verte la questione pregiudiziale sollevata dal *Bundesverfassungsgericht* (BVG).⁴¹⁶ I giudici di Karlsruhe, infatti, interrogano la Corte di Giustizia dell'Unione (CGUE) con riguardo alla legittimità del programma OMT sotto due punti: 1) se la BCE ha ecceduto i limiti del suo mandato lanciando il programma OMT, e 2) se tale programma è compatibile con il diritto dell'Unione europea in una sua norma qualificante, e cioè il divieto di aiuti finanziari da parte dell'Unione agli Stati, di cui all'art. 123 TFUE.

La risposta alla prima domanda richiede di discernere il sottile crinale che distingue politica monetaria e politica economica: un distinguo non certo agevole, ma fondamentale per il diritto dell'Unione, che dalla pertinenza di una certa misura alla politica monetaria fa dipendere, a voce degli articoli 118-120 TFUE, la competenza stessa della BCE. In altre parole: se le OMT sono materia di politica monetaria, la risposta alla domanda è no, poiché la BCE ha per compito istituzionale proprio quello di svolgere la politica monetaria, e tutte quelle attività che fanno parte della politica monetaria ricadono automaticamente nel suo mandato.⁴¹⁷

La risposta alla seconda domanda sta nell'accertamento di una violazione, da parte della BCE, di una norma imperativa del diritto dell'Unione: quella che vieta forme di

⁴¹⁶ BVG, ordinanza del 14 gennaio 2014 (c.d. OMT – I) 2 BvR 2728/13, in inglese a https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2014/01/rs20140114_2bvr272813en.html. Se ne veda il commento, fra gli altri, di A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfGe*, in www.federalismi.it, 4, 19 febbraio 2014, 1-15.

⁴¹⁷ Con riguardo alla natura artificiale, se si vuole, della divisione tra i due ambiti, I. FEICHTNER, *Public Law's Rationalization of the Legal Architecture of Money: What Might Legal Analysis of Money Become?*, in *German Law Journal (Special Issue Democracy and Financial Order—Legal Perspectives)* 17-5, 2016, 875s., interrogandosi sul potere del denaro di stravolgere dall'interno gli equilibri costituzionali, arguisce che (879) “it should be the objective of legal analysis, informed by political economy research, to propose reforms of monetary institutions to enable democratic experimentalism”.

finanziamento agli Stati, codificata all'art. 123 TFUE. Pertanto, se l'acquisto di titoli di Stato sul mercato privato da parte della BCE è considerato alla stregua di un aiuto finanziario allo Stato in questione, il programma OMT è illegittimo; se invece si configura in modo diverso, sì da non ricadere nel divieto di finanziamento monetario ai bilanci statali, ciò significa che la BCE, lanciando il programma OMT, non ha violato il diritto dell'Unione.

Entrambe le domande, a dire il vero, rilevano della stessa matrice, e cioè se la BCE stia agendo all'interno dei propri poteri, quali delimitati dal diritto vigente, nell'annunciare il programma OMT.⁴¹⁸ Nel primo caso, il vizio paventato è l'incompetenza, ossia l'eccedenza di tali attività rispetto ai limiti scolpiti dal principio del conferimento. Nel secondo caso, tale vizio si avvicina ad una violazione di legge; giacché il giudice tedesco si chiede se l'eccedenza del mandato, da parte della BCE, non riverberi nella violazione dell'art. 123 TFUE, in virtù del quale sono proibite forme di finanziamento monetario, da parte dell'Unione, ai bilanci degli Stati.

Già a prima lettura, balza all'occhio un punto di evidenza empirica, che vieppiù illumina la delicatissima natura politica dell'intera vicenda.⁴¹⁹ A tenore dell'art. 267 TFUE, la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla validità e sull'interpretazione di *atti* compiuti dalle istituzioni, o da altri organi dell'Unione. Tuttavia, fino a prova contraria, nessun atto giuridico ha fatto seguito al lancio del programma, che in via di fatto non ha mai visto la luce – né al

⁴¹⁸ Il caso della BCE assume dunque valenza paradigmatica della legittimazione dei poteri pubblici nello spazio europeo. Che la posta in gioco fosse più ampia dell'effettiva questione sul tappeto, ampliandosi verso il delicatissimo tema dei rapporti fra ordinamenti – collocandosi peraltro nel solco della ben nota, cospicua giurisprudenza del BVerfG – appare ben chiaro già ai commentatori dell'ordinanza di rinvio, fra i quali non mancano le posizioni critiche. Sottolinea ad es. U. DI FABIO, *Karlsruhe makes a Referral*, in *German Law Journal*, 2/2014 (*Special Issue*), 107s., 109 che il rinvio pregiudiziale “...is no submissive genuflection. It is also not a coercive imposition. It is an example of the openness towards Europe mandated by the Basic Law” ponendo così la questione: “How would it be if the national courts submissively ignored European institutions' clear transgressions of their competences, even though the Member States remain the masters of the Treaties?”. Altri, nondimeno, ne ravvisano la portata quasi impositiva, sollevando argomenti altrettanto radicali: per R. D. KELEMEN, *On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23-1, 2016, 136s., 140 e 148, la pretesa del BVerfG di scrutinare gli atti dell'Unione e dichiararli inapplicabili in Germania sarebbe “*untenable*”.

⁴¹⁹ F. C. MAYER, *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German Law Journal*, 2/2014, 111s., 135-136, chiaramente segnala che “... the reality of the Euro crisis is that constitutional law arguments replace political arguments, which goes far beyond an attempt to respect the constitutional framework”.

momento del lancio, né, a dir il vero, nel tempo in cui si scrive – e non si è mai tradotto in *atti* di diritto dell’Unione. L’unico atto di tal guisa esistente è il verbale del comunicato stampa della BCE, e si dubita radicalmente che possa rientrare in senso proprio nell’ambito applicativo dell’art. 267 TFUE.

A rigore, dunque, la CGUE avrebbe potuto – forse dovuto – dichiarare la propria incompetenza, giacché non è posto alla sua attenzione un atto, né una vicenda giuridica concreta.⁴²⁰ Tale possibilità, tuttavia, non è stata considerata dalla Corte, che non ha ritenuto di rinunciare alla pronuncia di merito, sostenendo che nel comunicato vi erano tutti gli *elementi essenziali* che consentivano di identificare gli estremi della domanda. Ora, il fatto che dal documento fossero desumibili gli *elementi essenziali* delle OMT, non varrebbe a distinguerlo da una comunicazione ufficiale, ovvero da qualunque atto di un’istituzione che, non producendo immediatamente effetti giuridici, resterebbe fuori dall’ambito dell’art. 267 TFUE. Tale punto, tuttavia, viene trascurato dalla Corte di Giustizia.⁴²¹

Ogni considerazione critica sul protagonismo giudiziale, pur validamente imperniata sulla constatazione per cui non v’è un’autentica *res ad oggetto* della controversia, ma

⁴²⁰ Come sottolinea, fra gli altri, A. HINAREJOS, *Gauweiler and the Outright Monetary Transactions Programme: The Mandate of the European Central Bank and the Changing Nature of Economic and Monetary Union*, in *European Constitutional Law Review*, 11/ 2015, 563s, 566, la Corte ha rigettato la questione per la quale il programma OMT sarebbe un mero atto preparatorio, privo di effetti giuridici, “without going into its merits”. A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo*, cit., 7, nota d’altro canto un analogo atteggiamento da parte del BVerfG, “... perché la questione, nel merito, appariva davvero decisiva per le sorti del processo di integrazione”. Cfr. K. F. GÄRDITZ, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 15-2, 2014, 183s., in part. 190s. Mette conto di notare come le *Conclusioni* dell’Avvocato Generale Pedro Cruz VILLALÓN, depositate il 14 gennaio 2015, ECLI:EU:C:2015:7, sottolineino l’abbondanza “peculiare” (par. 30s.) di riferimenti al diritto nazionale operata dal BVerfG, in particolar modo con riguardo alla giurisprudenza sui limiti al processo di integrazione. Sul punto, a suo avviso, “[e]merge ... tutta l’ambiguità con cui la Corte di Giustizia si trova a dover fare i conti nel presente procedimento pregiudiziale: da un lato, un tribunale costituzionale nazionale che accetta in definitiva la propria condizione di giudice nazionale di ultima istanza ai sensi dell’articolo 267 TFUE, e ciò come espressione di uno speciale rapporto di cooperazione e di un principio generale di apertura al cosiddetto «programma di integrazione»; dall’altro lato, però, questo stesso tribunale che pretende di rivolgersi alla Corte – mettendolo in bella evidenza – senza rinunciare alla propria responsabilità ultima di dichiarare il diritto per quanto riguarda le condizioni e i limiti costituzionali dell’integrazione in Europa del suo Stato di appartenenza” (par. 49).

⁴²¹ Sul punto, le *Conclusioni* dell’Avvocato Generale, cit., par. 70s., ammettono che ‘in linea di principio’ (72) la giurisprudenza della Corte potrebbe far propendere per la irricevibilità del ricorso; tuttavia, in nome di un ‘approccio antiformalistico’ (76) ritengono di poter sindacare nel merito l’atto, pur trattandosi ‘di una misura dai tratti atipici’ (82), ‘tenuto conto non solo del suo contenuto, e degli effetti reali che può produrre, ma anche delle circostanze nelle quali è stato adottato’ (90).

un'astratta questione di diritto – per cui l'attività della Corte par scivolare oltre il *proprium* della giurisdizione, verso una funzione quasi-consultiva, preventiva e suprema – deve allora fare i conti con un'esigenza avvertita come impellente da tutte le parti coinvolte, in un frangente tanto delicato quanto incerto negli esiti: cioè, rivestire di una credibilità massima il programma OMT tal come lanciato, quindi con la potenza di un bazooka, affinché potesse conservare, ed anzi accrescere, l'efficacia dissuasoria che già aveva iniziato ad esercitare nei riguardi dei mercati finanziari.

Nel merito, la replica della Corte, nella ormai celebre sentenza *Gauweiler*, traccia con una certa puntualità i passaggi su cui si costruisce la legittimazione del potere della BCE nello spazio giuridico europeo.⁴²²

La Corte si intrattiene dapprincipio sulla struttura delle norme che regolano il conferimento di poteri alla BCE, ossia sui paletti che delimitano la “politica monetaria” di cui la BCE, quale vertice del Sistema Europeo di Banche Centrali (SEBC) è responsabile. Analizza quindi per primo, se vuole seguirsi lo schema finora condotto, il principio di legittimazione politica che sostiene la BCE: il rispetto delle competenze attribuite. Nel disporsi a siffatta analisi, indugia sulla peculiare disposizione delle norme in cui esso si concretizza, imprimendo loro una forte impronta teleologica, mercé una lettura evolutiva, il cui propulsore è il riconoscimento della legittimazione tecnica della BCE.

Procedendo ad una lettura di tali norme, infatti, pare evidente la loro frammentarietà, cui corrisponde un naturale intreccio tra i rispettivi ambiti di competenza, che si rivela assai arduo da districare. In prima battuta, occorre menzionare l'art. 282, par. 1, TFUE, a voce del quale la BCE (in uno al SEBC) conduce la politica monetaria. In base a tale indicazione, si rende necessario capire quali misure facciano parte della politica monetaria; in particolare, quale sia la linea di confine fra politica monetaria e politica economica, atteso che quest'ultima rientra, al contrario della prima, nelle competenze degli Stati.

A tal scopo, è necessario procedere all'esame delle norme preposte all'individuazione dell'uno e dell'altro campo d'azione. Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione si

⁴²² CGUE, C-62/14, *Gauweiler et alt. v. Deutscher Bundestag*, 16 giugno 2015, ECLI:EU:C:2015:400.

prevede un Titolo VIII, rubricato “Politica economica e monetaria”, di cui fanno parte gli articoli 119 e ss. Rilevano ai fini qui esplicitati, in particolare, l’art. 127, par. 1, e l’art. 119.

L’art. 127 TFUE, che inaugura il Capo II – destinato alla politica monetaria – esordisce disponendo al primo paragrafo che “[l]’obiettivo principale del Sistema europeo di banche centrali ... è il mantenimento della stabilità dei prezzi”. Il paragrafo 2 soggiunge che il primo dei “compiti fondamentali” cui il SEBC deve “assolvere” è “definire e attuare la politica monetaria dell’Unione”.

L’art. 119 TFUE, che apre il Titolo e sta a premessa sia del Capo I – *Politica economica*, che del Capo II – *Politica monetaria*, recita che “[a]i fini enunciati dall’art. 3 TUE, l’azione degli Stati membri e dell’Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l’adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza”.⁴²³

Seguitando, così soggiunge l’art. 119, al secondo paragrafo:

“[p]arallelamente, alle condizioni e secondo le procedure previste dai trattati, questa azione comprende una moneta unica, l’euro, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche, che abbiano l’obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi e, fatto salvo questo obiettivo, di sostenere le politiche economiche generali nell’Unione conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza”.

Leggendo le varie norme in un’ottica di sistema, e ribadito che il SEBC è di fatto guidato dalla BCE, se ne deduce a tutta prima che: 1) la BCE conduce la politica monetaria (art. 282, par. 1, TFUE); 2) la BCE ha l’obiettivo principale della stabilità dei prezzi (art. 127, par. 1, TFUE); 3) la politica monetaria ha l’obiettivo principale della stabilità dei prezzi (art. 119, par. 2, TFUE, prima parte).

⁴²³ I fini enunciati dall’art. 3 TUE sono quelli generali dell’Unione. Si noti pertanto che sia la politica economica, sia quella monetaria si situano nel medesimo orizzonte interpretativo: un orizzonte aperto, all’interno del quale agiscono le istituzioni dell’Unione cui i Trattati hanno conferito poteri normativi. Interessante il raccordo fra principio del conferimento e principio di proporzionalità operato dal par. 6, che la Corte non manca di valorizzare in *Gauweiler*, e l’incrocio fra conferimento e obiettivi dell’Unione, tra i quali (par. 4) vi sono la politica monetaria e l’istituzione dell’euro.

Non appare, dunque, che la politica monetaria riceva *definizioni* fondate su standard contenutistici precettivi, tali da assurgere a vincolo per la BCE medesima: al contrario, la politica monetaria è presentata come oggetto da *definire e condurre*, quindi in sé generico nel contenuto e sfumato nei suoi confini, collocato nell'orizzonte teleologico della stabilità dei prezzi. Non pare, insomma, che le formule dei Trattati si prestino a interpretazioni tali da fornire indicazioni precettive su quali possano o debbano essere le misure di politica monetaria. Difatti, non pare potersi ricavare dalla lettera dei Trattati un vincolo abbastanza denso da fungere da parametro per sanzionare anche in via giudiziale l'eccedenza di eventuali misure siffatte rispetto al mandato. Al contrario, gli unici vincoli che sembrano porsi rispetto all'azione della BCE sono di natura finalistica: consistono in obiettivi, in indicazioni di risultato, là dove pare di poter ascrivere alla BCE un'ampia facoltà di scelta quanto alle modalità per raggiungerli.⁴²⁴

Il paragrafo 3 dell'art. 119, a dir il vero, sembra dettare talune prescrizioni di contenuto; tali prescrizioni, tuttavia, risultano inadatte a tal scopo, e ciò sotto un duplice profilo. Primo, perché riguardano sia la politica economica che quella monetaria, e non possono dunque valere per distinguere il campo proprio dell'una da quello riservato all'altra; attesa, peraltro, la necessità di uno "stretto coordinamento" delle politiche economiche nazionali, cui si aggiunge il ruolo di supporto che a tali politiche appresta il SEBC. Secondo, perché anch'esse – pur battezzate "principi direttivi" – sono null'altro che indicazioni teleologicamente orientate, traguardi da raggiungere piuttosto che obblighi di contenuto da rispettare.⁴²⁵

Perciò, in assenza di vincoli contenutistici sufficientemente corposi, l'interprete è autorizzato a ritenere che rientri nel campo della politica monetaria tutto ciò che abbia per obiettivo la stabilità dei prezzi. Il passo è allora breve, e il ragionamento elementare: se (a) la BCE conduce la politica monetaria, e (b) la BCE ha l'obiettivo della stabilità dei prezzi, nonché (c) la politica monetaria ha come obiettivo principale la stabilità dei

⁴²⁴ Cfr. T. BEUKERS, *The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Program: "In the ECB We Do Not Trust. What About You?"*, in *German Law Journal (Special Issue: The OMT Decision of the German Federal Constitutional Court)*, 2014, 15-2, 343s., 345.

⁴²⁵ "Queste azioni degli Stati membri e dell'Unione implicano il rispetto dei seguenti principi direttivi: prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile". Può dirsi, con R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria*, cit., 5, che politica economica e politica monetaria sono concetti "a fisarmonica" e non già "due grandezze certe, predeterminabili in astratto e una volta per tutte".

prezzi, ne risulta che (d) è politica monetaria tutto ciò che nell'apprezzamento della BCE abbia per obiettivo la stabilità dei prezzi. Pertanto, in assenza di ulteriori indicazioni, è la BCE a decidere che cosa sia politica monetaria e che cosa no, perché è la BCE che decide che cosa sia strumentale alla stabilità dei prezzi e che cosa invece ne sia estraneo. Corollario, è la BCE che, decidendo su quali siano in concreto i confini della politica monetaria, sostanzialmente disegna i confini del proprio mandato.⁴²⁶ La formula *within our mandate*, premessa e ribadita dal Presidente Draghi, avrebbe allora il valore di una mera clausola di stile.

Tale deduzione, logicamente inoppugnabile, ha tuttavia un riverbero costituzionalistico non secondario sui rapporti fra Stati ed Unione. Come si legge all'art. 119, par. 3, TFUE, infatti, la politica economica e la politica monetaria devono tendere agli stessi obiettivi, il primo dei quali è “prezzi stabili”. Ora, l'identità di orizzonte teleologico fra l'una e l'altra politica rende possibile, anzi addirittura auspicabile, che la BCE, conducendo la politica monetaria, adotti misure che abbiano un'influenza in politica economica. Tale interazione pare confermata sia dall'art. 120 TFUE – che richiama gli obiettivi generali dell'Unione, di cui all'art. 3 TUE, al pari dell'art. 119 TFUE – sia dall'art. 127, par. 1, a voce del quale “[f]atto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi, il SEBC sostiene le politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea”.

Secondo lo schema previsto dai Trattati, insomma, è congenito un certo intreccio fra politica monetaria e politica economica, che del resto non potrebbero che svolgersi tramite azioni coordinate “degli Stati membri e dell'Unione”, a mente dell'art. 119, par. 1. Sussiste dunque un rapporto di mutua compenetrazione fra politica economica e politica monetaria, che rende estremamente porosi i confini fra l'una e l'altra, disegnati in chiave reciprocamente strumentale. In tale contesto, la BCE – tributaria di una

⁴²⁶ Secondo A. MANZELLA, C. PINELLI, L. GIANNITI, *Politica monetaria e politica economica nell'Unione europea*, Astrid, 2016, 3s., i poteri della BCE si espanderebbero verso il campo della politica economica là dove tale sconfinamento fosse necessario per salvaguardare l'oggetto medesimo della politica monetaria, ossia la stessa esistenza di una moneta unica. Appare, pertanto, come tale condizionalità sia nel pieno sindacato della BCE medesima, che può affermare senza tema di smentite i limiti imposti da tale necessità. Sul punto, cfr. J. MENDES, *Discretion, Care and Public Interests in the EU Administration: Probing the Limits of Law*, in *Common Market Law Review*, 2016, 53-2, 419s.

legittimazione tecnica autorevole, in virtù della quale possiede capacità istituzionale e autonomia decisionale – potrebbe, nell’esercizio dei suoi poteri di definizione e conduzione della politica monetaria (*within its mandate*) influenzare la politica economica degli Stati membri. Nel portare avanti gli obiettivi di politica monetaria, la BCE si troverebbe naturalmente ad invadere, per naturale conseguenza delle proprie condotte, il campo della politica economica; di tal guisa che gli Stati in ipotesi dissenzienti rispetto alle decisioni della BCE si vedrebbero di fatto privati di talune competenze concrete, anche assai rilevanti, senza che il principio del conferimento ne risulti formalmente violato, e senza poter opporre alla BCE (per statuto indipendente dai Governi, e legittimata tecnicamente) alcuna ulteriore obiezione.⁴²⁷

La Corte, pur nelle volute eleganti del ragionamento che conduce, di fatto segue senza tentennamenti questa linea argomentativa.⁴²⁸ Riconosce da un lato che il SEBC deve sottostare ai limiti del diritto primario, in virtù del principio del conferimento;⁴²⁹ tuttavia, non ha difficoltà ad ammettere che “il Trattato FUE non contiene alcuna definizione precisa della politica monetaria” ma ne definisce gli obiettivi e i mezzi;⁴³⁰ e che i primi, più che i secondi, sono canone ermeneutico privilegiato per ritagliarne l’ambito applicativo.⁴³¹ Degno di nota il passaggio per cui “risulta dal comunicato stampa” che il programma OMT ha come obiettivo l’unicità della politica monetaria, dunque è ovvio che contribuisca a realizzare tale politica “nella misura in cui questa ... deve essere unica”.⁴³² Una tautologia vera e propria, giacché l’unico parametro che si adduce per ricondurre alla politica monetaria il programma OMT “risulta dal comunicato” stesso con cui la BCE ne annuncia il lancio; ma quel comunicato (pur non

⁴²⁷ Secondo alcuni, sarebbe questo un effetto delle innovazioni apportate al quadro istituzionale europeo come conseguenza della crisi economica. F. W. SCHARPF, *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy*, in *Max Planck IfG Discussion Paper 11/11*, 2011, 1s., si chiede (p. 35) se non vi sia “a hidden agenda of EMU reforms”, dal momento che il successo del nuovo regime “seems to depend on the capacity of the Commission to prevent macroeconomic imbalances by issuing precise policy instructions (named “recommendations”) to member-state governments”.

⁴²⁸ Come peraltro suggerisce l’Avvocato Generale: cfr. *Conclusioni*, cit., par. 125s.; cfr. la differenza tra “... competences based on aims (*zielbezogene Kompetenzen*) as opposed to competences based on fields (*sachbezogene Kompetenzen*)”, in J. BAST, *Don’t Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court’s Ultra Vires Review*, in *German Law Review*, 2014, 15-2, 169s., 175.

⁴²⁹ CGUE, *Gauweiler*, cit., par. 41.

⁴³⁰ *Ibid.*, par. 42.

⁴³¹ *Ibid.*, par. 46.

⁴³² *Ibid.*, par. 47.

essendo atto giuridico) è oggetto del giudizio, e non può esserne contemporaneamente il parametro, a meno di non ammettere che la BCE sia a un tempo fonte e misura delle proprie azioni.

In parole semplici, è proprio questo il succo dei passi successivi, in cui la Corte, volgendosi a sindacare il merito della decisione della BCE, di fatto ne replica i passaggi argomentativi, avallandone le conclusioni. In breve: la BCE, lanciando il programma OMT, non ha violato il diritto dell'Unione.

Quanto alla selettività del programma, infatti, occorre dire che OMT “ha come obiettivo quello di rimediare alle perturbazioni del meccanismo di trasmissione della politica monetaria ...”; ora, poiché tale obiettivo è strumentale alla politica monetaria – in quanto anch'esso strumentale alla stabilità dei prezzi – “risulta che” vi rientri.⁴³³ È appena il caso di notare che l'accertamento di tutti questi nessi di strumentalità è rimesso all'apprezzamento della BCE, sul quale il giudice tralascia di soffermarsi oltre. Parimenti, “[la] circostanza che l'attuazione di tale programma sia subordinata al rispetto integrale dei programmi di aggiustamento macroeconomico del FESF o del MES non vale a modificare tale conclusione”;⁴³⁴ giacché OMT persegue obiettivi di politica monetaria indipendenti dagli obiettivi del MES – che ne persegue di propri, sicuramente esterni all'ambito della politica monetaria – e tali obiettivi sono strumentali all'obiettivo principale della stabilità dei prezzi, nonché a quello, ad esso ancillare, di sostenere le politiche economiche generali dell'Unione. Essi rientrano dunque nel raggio d'azione del SEBC; fanno parte cioè della politica monetaria.⁴³⁵

Così argomentando, la Corte valorizza il ruolo strumentale del SEBC con riferimento alle misure di politica economica:⁴³⁶ nelle parole dei giudici di Lussemburgo, “... non è escluso che un programma di acquisto di titoli di Stato che presenti una caratteristica del genere possa rafforzare, in modo incidentale, l'incitamento al rispetto di tali programmi di aggiustamento e favorisca così, in una certa misura, la realizzazione degli obiettivi di politica economica che tali programmi perseguono”.⁴³⁷

⁴³³ *Ibid.*, par. 56.

⁴³⁴ *Ibid.*, par. 57.

⁴³⁵ *Ibid.*, par. 57-65.

⁴³⁶ *Ibid.*, par. 59.

⁴³⁷ *Ibid.*, par. 58.

Ora però, giacché la competenza per le politiche economiche è degli Stati e non dell'Unione, l'uso del verbo "favorire" rivela una pre-comprensione in ordine al nesso fra politiche monetarie e economiche, che mostra inequivocabilmente la matrice unitaria dalla quale procedono le valutazioni sull'una e sull'altra. Siffatta unitarietà, ove le valutazioni di merito in ordine alla prima (da parte della BCE) ed alla seconda (da parte degli Stati) si trovassero a divergere, pare a rigore impraticabile; poiché dalla questione controversa potrebbe inferirsi la contrarietà, anche radicale, fra ciò che si prefigge la BCE e ciò che si prefiggono (taluni fra) gli Stati.⁴³⁸ Al posto di "favorire", dunque, spingendo oltre il caso concreto l'*iter* argomentativo della Corte, potrebbe ben starci "ostacolare": che l'una favorisca l'altra, ovvero la ostacoli, dipende dal particolare punto di vista dei soggetti competenti a svolgere l'una e sviluppare l'altra. Tali soggetti, giova ripeterlo, sono distinti e contrapposti: da un lato la BCE, indipendente per statuto da ogni influenza statale, dall'altro gli Stati stessi. Il giudizio della Corte risulta allora schiacciato sul caso concreto; sostenibile soltanto in via empirica, in considerazione della sua natura anticipata rispetto a ogni concreto utilizzo del programma OMT, che impedisce il sorgere di contrasti di merito nonostante la

⁴³⁸ È noto, peraltro, che taluni fra gli Stati che hanno invitato i dirigenti della BCE ad esporre, in quel frangente, le misure annunciate davanti ai propri Parlamenti nazionali si sono visti opporre uno sgradevole, quanto insuperabile rifiuto; le cui motivazioni, a vederle dall'esterno ed in assenza di ogni ulteriore evidenza, non riescono a scrollarsi di dosso la polvere di una studiata selezione degli interlocutori "più malleabili". Come annota R. IBRIDO, *Il controllo democratico della politica monetaria*, cit., 21s., il Presidente Mario Draghi ha tenuto audizioni presso i Parlamenti tedesco (*Bundestag*: ottobre 2012) spagnolo (*Congreso de los Diputados*: febbraio 2013) francese (*Assemblée Nationale*: giugno 2013) finlandese (novembre 2014) e italiano (Senato: marzo 2015). Al contrario, il vicepresidente della BCE Vitor Constancio, adducendo motivi formali, ha rifiutato un invito non dissimile da parte del Parlamento portoghese (cfr. N. COELHO, D. FROMAGE, *The ECB in check: a case from Portugal on the new Single Supervisory Mechanism*, in *Blogdroiteuropéen*, 2016. In generale, l'illusione di un *gioco di squadra* fra Parlamento europeo e parlamenti nazionali sembra tramontare proprio là dove servirebbe, ossia nelle materie di maggior sensibilità politica: poiché il PE, trascinato in una contesa che non ha il potere di controllare né quello di orientare, rischia di fare quel che altrove è stato identificato come l'interesse dell'Unione, a qualunque costo, talvolta trascurando le questioni di metodo. La posizione assunta da Martin Schultz, allora Presidente del Parlamento europeo, contro le determinazioni del Parlamento greco nella crisi finanziaria, con special riguardo al *referendum* del 5 luglio 2015, resta a tal proposito crudamente esemplificativa. Cfr. in primo luogo l'intervista a *Der Spiegel*, ed. online, *'Greek Voters Should Be Realistic'*, 3 febbraio 2015, di N. Blome e C. Schult, e poi quella concessa a *Handelsblatt*, 1 luglio 2015, ove si augurava la sconfitta del *no* al *referendum* (caldeggiato dalla maggioranza che sosteneva il governo di Tsipras, regolarmente eletta mesi prima); tale risultato avrebbe dato il la ad un governo tecnocratico transitorio, con cui si sarebbe raggiunto un accordo. Schultz avrebbe detto testualmente, "[i]f this transitional government reaches a reasonable agreement with the creditors, then Syriza's time would be over". Se ne vedano i commenti nei vari *media*, ad es. www.theparliamentmagazine.eu, nell'art. di B. Johnson, 6 luglio 2015, *Greek debt crisis: Parliament president censured over controversial remarks* [v. 4 aprile 2017]. Cfr., in merito, B. CARAVITA di TORITTO, *Parlamentarizzare, semplificare, razionalizzare i percorsi decisionali europei*, in www.federalismi.it, editoriale – 15 luglio 2015, 1-5.

materia appaia *prima facie* controversa. Per contro, a volerlo leggere in astratto, un siffatto itinerario argomentativo appare poco condivisibile; poiché consente l'interferenza fra ambiti che il Trattato affida a due soggetti contrapposti, e motiva tale interferenza dall'ottica soggettiva di uno solo dei due contendenti, peraltro legittimato in via *tecnica*. Per questa via, come si intuisce, l'altro contendente non ha alcuna possibilità di ribattere.

Lo stesso principio opera con riferimento alla violazione del divieto di finanziamento monetario degli Stati, da parte dell'Unione; facendosi, se così può dirsi, ancor più evidente il *favor* per la prospettiva della BCE e il riconoscimento della sua autonomia decisionale. La Corte ammette che tale divieto riveste carattere assoluto e copre “qualsiasi assistenza finanziaria”;⁴³⁹ né potrebbe il SEBC “validamente acquistare titoli di Stato sui mercati secondari in presenza di condizioni che conferiscano, in pratica, al suo intervento un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di titoli del debito pubblico presso le autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri”.⁴⁴⁰ Tuttavia, in base al consueto argomento teleologico, l'assolutezza del divieto è di colpo stemperata in un obbligo, per la BCE, di “circondare il proprio intervento di garanzie sufficienti per conciliarlo con il divieto di finanziamento monetario risultante dall'articolo 123, paragrafo 1, TFUE” e tale divieto, interpretato teleologicamente a sua volta, si traduce in un più blando vincolo a non adottare misure che dissuadano gli Stati da una sana gestione finanziaria.⁴⁴¹

Proseguendo nel suo ragionamento, la Corte ammette che il programma OMT potrebbe avere un effetto equivalente ad un finanziamento monetario illecito; si affida però ai “chiarimenti” forniti dalla BCE per inferire che sarebbe comunque circondato di garanzie adeguate, tali da scongiurare il pericolo che si tratti di una misura idonea “a sottrarre gli Stati membri di cui trattasi all'incitamento a condurre una sana politica di bilancio”.⁴⁴²

Il giudice di Lussemburgo apertamente sostiene che “il suddetto programma prevede l'acquisto di titoli di Stato soltanto nella misura necessaria per preservare il

⁴³⁹ CGUE, *Gauweiler*, cit., par. 93-95; 95.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, par. 97.

⁴⁴¹ *Ibid.*, par. 102.

⁴⁴² *Ibid.*, par. 109.

meccanismo di trasmissione della politica monetaria e l'unicità di tale politica e che detti acquisti cesseranno una volta raggiunti tali obiettivi".⁴⁴³ Nell'enunciare quel che a suo dire sarebbe un limite a garanzia di legalità dell'operazione, in realtà espressamente arma il bazooka annunciato da Draghi con il celebre *whatever it takes*, poiché nei fatti rimette alla BCE ogni valutazione, anche in corso d'opera, sulla durata e sulla portata del programma OMT. Se si ricorda la risposta fornita da Draghi alla domanda del giornalista, riportata *supra*, in ordine ai *limits in size* del programma, non vi sono più dubbi sull'*endorsement* che la Corte appresta al Presidente della BCE: i giudici di Lussemburgo di fatto avallano le intenzioni di Draghi, comunicando ai mercati che le OMT saranno legittimamente disposte, se del caso, in misura "*adequate to meet our objectives*".

Resta dunque inteso che, per quel che attiene al rispetto del principio del conferimento – fondamento di legittimazione politica per la BCE, come premesso in avvio – Francoforte possa sostanzialmente tracciare con la propria azione il campo della politica monetaria, curvandosi quello della politica economica per effetto del proprio apprezzamento. Tale curvatura, inseguendo il *télos* della stabilità dei prezzi, circoscrive l'ambito di competenza degli Stati rispetto a quello di pertinenza della BCE:⁴⁴⁴ senza che agli Stati stessi, pur in ipotesi privati di ambiti importanti della loro facoltà di deliberare in politica economica, residui possibilità di replica nel merito.

Può dirsi, in definitiva, che OMT poggi su un fondamento di legittimazione politica alquanto fragile; di cui, per motivi teorici e pratici, ben si avvertono gli scricchiolii. Resta dunque da illuminare l'aspetto della legittimazione tecnica, che strettamente si lega a quella politica, e che si illumina del requisito della motivazione a supporto del programma in questione. Se spetta in buona sostanza alla BCE, in forza del principio del conferimento, di definire e condurre la politica monetaria – occupando con la propria azione spazi di fatto conquistati alla politica economica, cioè alla competenza

⁴⁴³ *Ibid.*, par. 112.

⁴⁴⁴ Secondo M. GOLDMANN, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review*, in *German Law Journal*, 15-2, 2014, cit., 265s., l'attuazione di politiche monetarie deve essere sottoposta ad un mero "rationality-check" (266) dal momento che, fra le altre cose, "*Monetary policy is not just any administrative activity that requires being subjected to full judicial review in order to ensure respect for individual rights. Rather, the making of monetary policy resembles that of any other economic policy*" (269) di fatto obliterando l'inesistenza di un confine precettivo fra l'uno e l'altro settore.

degli Stati – ci si aspetta che la motivazione alla base delle scelte relative sia corposa, al punto da risultare inattaccabile. È bene ricordare, infatti, che la legittimazione tecnica funziona solo se le due accezioni di *tecnico* – scientificamente complesso e politicamente poco sensibile – combaciano all’esito della scelta che su tale legittimazione ambisce a poggiarsi. Se così è, infatti, la motivazione alla base della decisione è tanto solida da essere condivisibile, almeno nei punti salienti, da *tutte* le parti in causa. Diversamente, una motivazione che lasci controversa la questione è spia di sensibilità politica; il decisore tecnico non è attrezzato a trattarla, giacché la sua soluzione non sarebbe più quella universalmente riconoscibile come *la migliore*, ma una delle possibili alternative sul tavolo, la scelta fra le quali meglio spetterebbe a un decisore legittimato in via politica.

Di qui il legame tra il vettore di legittimazione tecnica e quello di legittimazione politica, basata sul principio del conferimento e creata strutturalmente *debole* poiché costruita secondo un’ispirazione teleologica. Difatti, qualora vi fosse una condivisione delle linee generali, il nesso tra politica economica e monetaria ne uscirebbe rafforzato in positivo. Se non vi fosse conflitto, l’azione della BCE in politica monetaria effettivamente “favorirebbe” e non “ostacolerebbe” la politica economica dei singoli Stati; né potrebbero mai questi ultimi considerare tale azione come un’invasione di competenze altrui, giacché vi sarebbe a monte accordo sulle linee di fondo fra l’una e gli altri.⁴⁴⁵ In tal modo, la legittimazione tecnica della BCE andrebbe a corroborare il nucleo della legittimazione politica basata sul principio del conferimento; apprestando infine un sostegno adeguato all’azione congiunta “degli Stati membri e dell’Unione”, come dispone l’art. 119, par. 1, TFUE, nel quadro di una sostanziale cooperazione.

Ci si aspetterebbe dunque che la motivazione sul lancio di OMT da parte della BCE sia oggetto di uno scrutinio accurato da parte della Corte; non tanto, forse, sotto il profilo strettamente tecnico – di cui al giudice non è dato, potrebbe inferirsi, di conoscere nello specifico⁴⁴⁶ – quanto sotto l’aspetto della (scarsa) sensibilità politica, mediante

⁴⁴⁵ Sul nesso tra dimensione politica e tecnica dell’identità costituzionale (ma analogo discorso può farsi per l’*ultra vires*) rispetto alle quali svariati meccanismi di integrazione differenziata si collocano a rimedio preventivo, insiste P. FARAGUNA, *Alla ricerca dell’identità costituzionale*, cit., 225s.

⁴⁴⁶ Cfr. ad es. M. GOLDMANN, *Adjudicating Economics?*, cit., 265s., 266-268; J. BAST, *Don’t Act Beyond Your Powers*, cit., in part. 176s.

un'indagine non superficiale dell'effettivo consenso raccolto dalla misura in questione e dei correlativi interessi in gioco. Tale scrutinio potrebbe costituire un presupposto alla base di uno degli elementi del giudizio di proporzionalità – quello che indaga la natura del sacrificio imposto alle parti in causa per raggiungere gli obiettivi posti dalla misura in questione. Non occorre ricordare, del resto, che una verifica di proporzionalità deve accompagnare – a mente dell'art. 3, par. 6, TUE – la valutazione sul rispetto del principio del conferimento. Sarebbe allora proprio un controllo di proporzionalità a svelare se la BCE, nel lancio di OMT, abbia ecceduto i limiti del mandato.

Un simile scrutinio, nondimeno – benché se ne riconosca la pertinenza⁴⁴⁷ – di fatto manca: di più, è apertamente escluso dalla Corte, la quale pone solo la prima delle due accezioni di *tecnico* a suffragio della relativa legittimazione, disconoscendo la seconda. Nelle parole dei giudici, "... poiché il SEBC è chiamato, quando elabora e attua un programma di operazioni di mercato aperto quale quello annunciato nel comunicato stampa, a procedere a scelte di natura tecnica e ad effettuare previsioni e valutazioni complesse, occorre riconoscergli, in tale contesto, un ampio potere discrezionale".⁴⁴⁸ La Corte non nega che tale potere debba essere circondato da garanzie procedurali, e che tali garanzie risiedano nell'obbligo "... per il SEBC di esaminare, in modo accurato e imparziale, tutti gli elementi pertinenti della situazione di cui trattasi, e di motivare le proprie decisioni in modo sufficiente".⁴⁴⁹ Tuttavia, soggiunge, ad onta dell'obbligo di cui all'art. 296 TFUE, per cui ogni atto giuridico dell'Unione dev'essere motivato affinché ne risulti "... in maniera chiara e inequivoca l'*iter* logico seguito dall'autore dell'atto di cui trattasi, in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni della misura adottata e alla Corte di esercitare il proprio controllo, non è però necessario che essa contenga tutti gli elementi di fatto o di diritto pertinenti".⁴⁵⁰ In aggiunta, "[l]'osservanza dell'obbligo di motivazione deve, peraltro, essere valutata

⁴⁴⁷ CGUE, *Gauweiler*, cit., par. 67: "... occorre ricordare che il principio di proporzionalità esige, per consolidata giurisprudenza della Corte, che gli atti delle istituzioni dell'Unione siano idonei a realizzare i legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa in questione e non eccedano i limiti di quanto è necessario per raggiungere questi obiettivi".

⁴⁴⁸ *Ibid.*; non diversamente, l'Avvocato Generale: cfr. *Conclusioni*, cit., par. 187.

⁴⁴⁹ CGUE, *Gauweiler*, cit., par. 69.

⁴⁵⁰ *Ibid.*, par. 70.

alla luce non soltanto del tenore letterale dell'atto, ma anche del suo contesto e dell'insieme delle norme giuridiche che disciplinano la materia in questione".⁴⁵¹

In sostanza, riducendo all'osso l'obbligo di motivazione, la Corte giunge nuovamente alla legittimazione dell'operato della BCE; esplicitando peraltro tale sua argomentazione in maniera palese, là dove apertamente soggiunge che l'operato della BCE può essere sindacato soltanto in base a un "manifesto errore di valutazione" che nel caso, a suo avviso, non sussiste.⁴⁵² Coerentemente, allora, la Corte elide l'accezione di *tecnico* quale "non politicamente sensibile": la sensibilità politica della questione non è mai fatta oggetto di esame, anzi viene abilmente circumnavigata in ragione della preminenza del significato (unico) di *tecnico* quale scientificamente complesso.⁴⁵³

Raccolta allora la valutazione della BCE, per la quale il programma OMT risultava idoneo a raggiungere il proprio scopo, la Corte rammenta che è necessario stabilire "se un siffatto programma non vada manifestamente oltre quanto è necessario per raggiungere i suddetti obiettivi". Si svolge in questo passo un'analisi di mero fatto, argomentata ora sulla falsariga delle conclusioni della BCE stessa, ora in base a una constatazione del tutto contingente, che ancor di più evidenzia la stretta attinenza delle argomentazioni preposte al caso concreto e la loro sostanziale incapacità di assurgere a regola generale. Soggiungono infatti i giudici di Lussemburgo, nello sviluppo dell'analisi, che "... a più di due anni dall'annuncio del programma controverso nei procedimenti principali, quest'ultimo non è stato attuato, avendo il Consiglio direttivo ritenuto che la sua applicazione non fosse giustificata dalla situazione economica della zona euro".⁴⁵⁴

In definitiva, la Corte avalla l'operato di Draghi, evitando, con prudente *self-restraint*, che il monito lanciato ai mercati finanziari dal Presidente della BCE esca sostanzialmente svilito da una pronuncia del giudice dell'Unione. Tuttavia, a margine

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² *Ibid.*, par. 74.

⁴⁵³ "A questo proposito, la circostanza, menzionata dal giudice del rinvio, che la suddetta analisi motivata sia oggetto di contestazioni non può bastare, di per sé sola, a rimettere in discussione tale conclusione, dato che, alla luce del carattere controverso che presentano abitualmente le questioni di politica monetaria, e dell'ampio potere discrezionale del SEBC, da quest'ultimo non può esigersi altro se non l'utilizzazione delle sue conoscenze specialistiche in campo economico e dei mezzi tecnici necessari di cui esso dispone al fine di effettuare la medesima analisi con la diligenza e la precisione necessarie" (*ibid.*, par. 75).

⁴⁵⁴ *Ibid.*, par. 84.

di tale pronuncia, è doveroso riflettere sui due interrogativi anticipati in premessa. In che modo i principi di legittimazione politica e tecnica siano stati sollecitati nella vicenda relativa al lancio del programma OMT, e in qual misura siano stati rispettati i postulati teorici che presiedono al loro rispettivo funzionamento, sono questioni delicate eppure ineludibili. Ora, dalla prospettiva della Corte di Giustizia, non potrebbe che asseverarsi la superiorità del principio di legittimazione tecnica, ascrivibile alla BCE in virtù della sua capacità istituzionale e autonomia decisionale basate sull'*expertise* scientifico dei suoi componenti. Tale superiorità è adoperata in chiave funzionale a giustificazione dello sconfinamento teleologicamente orientato da parte della BCE verso le competenze degli Stati in politica economica. In forza di tale legittimazione tecnica, *si presume* che l'azione della BCE "favorisca" la politica economica degli Stati; e ciò anche se presupposti e strumenti di tale azione fossero contestati proprio da quegli Stati la cui politica economica risulta "favorita" da siffatte misure. Agli Stati, in sostanza, non residuerebbe il diritto di opporre alla BCE una *propria* valutazione del *proprio* interesse in politica economica. Se tale valutazione fosse divergente, l'azione della BCE in politica monetaria non "favorirebbe", ma ostacolerebbe o addirittura stroncherebbe sul nascere le azioni degli Stati medesimi; e potrebbe farlo, per quel che asserisce la Corte di Giustizia, senza violare il diritto dell'Unione.⁴⁵⁵

Tracciato il campo dell'organizzazione dei poteri, i percorsi della tutela dei diritti appaiono parimenti segnati. L'operatività della presunzione organicistica che un tempo si ascriveva agli Stati verso i rispettivi sudditi sembra qui replicarsi *contro* gli Stati, dall'ottica sovranazionale; a ben vedere, tuttavia, marciando in direzione contraria

⁴⁵⁵ Si manifesta così tutta la vena paternalistica che permea l'azione delle istituzioni della *governance* europea, in specie per la materia economica, e che nella suggestiva immagine di J.-P. FITOUSSI, *Il dittatore benevolo. Saggio sul governo dell'Europa*, Il Mulino, 1998, 7s., pare riecheggiare suggestioni di assolutismo illuminato – del resto, non estranee al pensiero politico dell'Illuminismo e in qualche misura serpeggianti già nel variegato scenario filosofico del Settecento. Cfr. inoltre W. EASTERLY, *The Tyranny of Experts. Economists, Dictators, and the Forgotten Rights of the Poors*, Perseus Books Group – New York, 2013, ed. it. a cura di F. Galimberti, *La tirannia degli esperti. Economisti, dittatori e diritti dimenticati dei poveri*, Laterza, 2015, in part. 429s. Che una componente elitista sia dunque in qualche modo ricompresa nell'evoluzione di quel filone di pensiero che ha condotto alla proclamazione della superiorità del discorso razionale a legittimazione del potere, è allora un dato storico da cui non deve prescindersi per una comprensione più ampia delle dinamiche che agitano i poteri pubblici europei. Cfr. M. KOSKENNIEMI, *Declaratory legislation. Toward a genealogy of neoliberal legalism*, in R. LIIVOJA, J. PETMAN (eds.) *International Law-making – Essays in honour of Jan Klabbers*, Routledge, 2014, 27s.

rispetto a quella percorsa dalla Corte di Giustizia sui diritti.⁴⁵⁶ In questo caso, infatti, *contro* lo Stato non sta il riconoscimento del diritto individuale, ma la competenza tecnica *presunta* della BCE, senza che gli (*ex?*) sudditi possano giovare di uno scrutinio nel merito a sostegno di una decisione tanto delicata.⁴⁵⁷

È questo un corollario della legittimazione tecnica della BCE, che astrae il discorso razionale ad un livello rarefatto, frequentato soltanto da decisori parimenti legittimati in via tecnica, e non assoggettabile che ad un controllo *ex post*. Tuttavia, giova ripeterlo, la legittimazione tecnica può validamente surrogare la rappresentanza politica solo se opera in materie non sensibili sotto il profilo politico. Viceversa, se a *tecnico* si associa soltanto l'accezione di "scientificamente complesso" e non anche quella di "politicamente poco sensibile", si innesca un processo di *spoliticizzazione* coatta cui consegue la soppressione del dissenso. Le posizioni contrarie, infatti, non potrebbero elaborarsi e contrapporsi efficacemente al decisore tecnico, ma dovrebbero studiare il modo di insinuarsi al suo interno per influenzarne le decisioni, dopo averle contestate sotto un profilo scientifico. Tale influenza, infatti, ove si manifestasse sotto forma di ingerenze politiche dirette, cancellerebbe quell'autonomia ed indipendenza che ogni decisore tecnico – in primo luogo la BCE, a voce dell'art. 130 TFUE – non può che possedere.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ *Ex multis*, C. PINELLI, *I diritti fondamentali in Europa tra politica e giurisprudenza*, in *Pol. Dir.*, 1/2008, 45s.

⁴⁵⁷ Una simile conclusione offre argomenti a coloro che, rinvenendo nella stabilità dei prezzi il valore inderogabile della *Costituzione economica europea*, hanno inteso la BCE come "custode" di quest'ultima, in funzione *counter-majoritarian*, a protezione del meta-valore della credibilità della moneta unica (F. MOROSINI, *Banche centrali e questione democratica. Il caso della Banca centrale europea (BCE)*, Pisa, ETS, 2014). Tale ricostruzione, a ben vedere, non fa mistero dell'esigenza di eliminare ogni possibilità di dissenso attorno alle vie per le quali tracciare i confini tra politica monetaria ed economica, giacché taccia di "cortocircuito inflazionista/populistico" le eventuali richieste di aggiustamenti all'azione della BCE, bollandole come frutto dell'incrocio tra domanda di consenso e offerta illimitata di moneta per procacciarsene. Cfr. O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale e pareggio di bilancio*, Jovene, 2016, 265s., 292s. Sulla natura assolutizzante degli *-ismi*, che tendono a semplificare tematiche complesse, celando le peculiarità di posizioni critiche eterogenee rispetto ad una linea che si assume univoca, cfr. A. LOVEJOY, *The Great Chain of Being. A Study of the History of an Idea*, Harvard University Press, 1936, 5-6.

⁴⁵⁸ Solo in questo senso pare quindi sostenibile, con R. IBRIDO, *Il controllo parlamentare sulla politica monetaria*, cit., p. 26 e nota 80, che il concetto di potere neutrale di derivazione schmittiana possa applicarsi alla BCE "esaltandone, e non già minimizzandone, la natura politica". Si cela infatti in quest'ambiguità il travaglio della legittimazione della BCE, che si trova a dover prendere scelte politicamente sensibili, suscettibili cioè di sacrificare arbitrariamente interessi in gioco, senza garantire alcuna possibile replica e senza offrire alcuna certezza – se non la presunzione di competenza scientifica che avvolge la sua legittimazione tecnica – circa l'effettiva convenienza per tutti, in ultima istanza, della propria decisione. Appare allora, nel caso di specie, che la rottura del paradigma cooperativo fra Stati e Unione abbia

Pare scorgersi, tra le righe di questa pronuncia, un preciso disegno di politica istituzionale, che conduce al rafforzamento del livello sovranazionale nel settore *de quo* e a tal scopo scientemente sacrifica il rispetto degli equilibri costituzionali, per come articolati lungo il duplice asse sovranazionale (potere-individuo) e intergovernativo (Stati-Unione). In questo senso, la compressione degli spazi per il diritto-dovere di auto-determinazione apre a una torsione della separazione dei poteri – secondo fogge nuove solo all'apparenza, poiché in realtà di stampo antico – che non manca di far pesare i propri effetti sul piano della garanzia dei diritti.

4. Il Bundesverfassungsgericht e OMT: la pretesa razionalizzazione dell'ordine giuridico europeo.

Di fronte allo scenario assai problematico disegnato dalla Corte di Giustizia, la replica del BVG si legge sotto una duplice prospettiva. Dapprima riafferma la centralità dello Stato nella tutela dei diritti, là dove questi appaiano minacciati dalla traballante legittimazione dei processi decisionali comunitari: il collegamento tra forme organizzative del potere statale, che gravitano attorno alla rappresentanza politica, e diritti fondamentali è sancito a chiare lettere, e vale a ribadire il nesso fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti, la cui sede primaria si ricolloca in ambito statale. Così facendo, in seconda battuta, segna il confine della *razionalizzazione* dell'ordinamento dell'Unione, contrapponendo la propria lettura a quella della CGUE.⁴⁵⁹ In tale contesto,

smascherato la politicità di una decisione che si assumeva *tecnica*, e che si riscopre d'elevatissima sensibilità politica, dunque indebolita nei suoi presupposti di legittimazione.

⁴⁵⁹ Nella dottrina del diritto costituzionale degli Stati, il termine *razionalizzazione* è sinonimo di riduzione in forme predeterminate di una realtà politico-sociale magmatica e dunque cangiante. Tale operazione si muove nell'orizzonte di senso di una precomprensione ben definita: quella per cui la "forma" è capace di in-formare la realtà cui inerisce e quindi *con-formarla*. Cfr. R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel processo di risoluzione dei casi regolamentari*, Franco Angeli, 2014, 19-20 e nota 7. Muovendo da siffatte premesse, appare che, con riguardo all'ordinamento europeo, lo iato tra il quadro normativo formalizzato attributivo di poteri giuridici ed i reali rapporti di forza fra gli organi istituzionali fa sì che le regole sulla produzione di diritto – le c.d. *meta-norme* – si muovano in una dimensione *dinamica*, il cui parametro di riferimento è la valutazione sulla *essenzialità* dei punti di merito difesi da ciascuna istituzione (G. VOSA, "Nuovi elementi essenziali", ovvero del posto degli atti delegati nella sistematica delle fonti del diritto europeo, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3/2014, 681s). Tale osservazione, oltre a sconsigliare l'uso della nozione di forma di governo per l'Unione (R. IBRIDO, G. VOSA, "Forma" e "forme" negli assetti di organizzazione costituzionale dell'Unione europea, in *Il*

le forme di organizzazione del potere nello spazio pubblico europeo, delineatosi con la fine del monopolio statale sulla produzione giuridica, si dispiegano in un caratteristico *non-finito*, sviluppandosi in un ambiente per il quale l'unità politica è inavvicinabile *noumeno*, invece che presupposto indefettibile. È proprio questa tipica *non-finitudine* a lasciar scorrere, forse, in secondo piano il tema del decisore di ultima istanza, che affligge invece ogni modello per il quale l'unità politica sia un presupposto, in guisa dell'ordinamento statale.⁴⁶⁰

Il punto di partenza dei giudici tedeschi è il diritto di voto, protetto dall'art. 38 del *Grundgesetz* (GG). Nelle parole del Tribunale, il diritto di voto “*ensures the political self-determination of citizens and guarantees the possibility of their participating freely and equally in legitimating the state power exercised in Germany*”.⁴⁶¹ Il diritto di voto, dunque, è il fulcro di ogni forma organizzativa politica che voglia dirsi politicamente legittima, poiché tende a ricondurre ai destinatari le relative decisioni attraverso i meccanismi della rappresentanza. Di conseguenza, è parte di quel nucleo di diritti che, per il combinato disposto degli articoli 23, par. 1, e 79, par. 2, GG, vanno considerati intangibili sia dal legislatore domestico, sia dalle istituzioni dell'Unione.

Statuisce il BvG, tale diritto è violato là dove le istituzioni o altri organi dell'Unione “*exercise sovereign powers of their own accord*”; in tal caso infatti la rottura del principio del conferimento vedrebbe pregiudicato il principio della sovranità popolare (art. 20 GG) giacché non potrebbero da ultimo ricondursi al Parlamento le decisioni assunte a livello europeo. Tale principio è parte dell'identità costituzionale

Filangieri – Quaderno 2014, 187s.) se non in un senso meramente descrittivo (come, al plurale, si usa il termine *forme* in questo scritto) induce a considerare l'ordinamento europeo sotto il duplice punto di vista degli Stati – dunque, muovendo dal principio del conferimento dei poteri – e delle istituzioni medesime, valorizzandone cioè l'autonomia decisionale, e valutandone i rapporti come se ci si muovesse dentro un ordinamento giuridico originario. Il conflitto fra queste due *anime* si mostra con icastica potenza nel caso OMT, ove tali posizioni si stagliano l'una contro l'altra, senza peraltro che l'inconciliabilità di principio tra le due sfoci nello scontro politico.

⁴⁶⁰ Cfr. M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, 2013, in part. 5-6.

⁴⁶¹ *BVG*, 16 giugno 2016, 2 BvR 2728/13, par. 81ss.; 133ss.; in inglese a https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2016/06/rs20160621_2bvr272813en.html

dell'ordinamento tedesco, “*which mandates that all public authority exercised in Germany must have a basis of legitimation by the voter*”.⁴⁶²

Nel ribadire la centralità del modello statale nella legittimazione del potere in Europa, seguendo peraltro una lunga giurisprudenza culminata nel *Lissabon Urteil*,⁴⁶³ il BVG pone l'accento sul principio delle competenze attribuite, il quale manterrebbe agli Stati il diritto a rivedere il giudizio della CGUE sull'ambito applicativo del diritto dell'Unione, mediante un sindacato di *ultra vires* volto a ridefinire la *Kompetenz-Kompetenz*. Pur affermando il nesso fra tale principio e la legittimazione politica elettorale, il BVG prende atto che, entrando a far parte del diritto dell'Unione, l'ordinamento tedesco ha accettato l'esistenza di fondamenti di legittimazione delle decisioni pubbliche diversi da quello politico elettorale (“*other strains of legitimation*”) che si collocano a sostegno dell'azione degli organi dell'Unione.⁴⁶⁴ Nondimeno, soggiunge, siffatte forme di legittimazione alternative a quella politica elettorale si ritengono valide solo se il conferimento delinea “un'autorizzazione sufficientemente specifica” tale da ricondurre alla legittimazione politica elettorale, in ultima istanza, la decisione su aspetti sensibili. Altrimenti, le forme di organizzazione del potere nello spazio pubblico europeo ne risulterebbero alterate al punto da configurare l'indebita espansione delle competenze attribuite, a mo' di tacito mutamento degli assetti costituzionali individuati dal Trattato.⁴⁶⁵ Ove ciò si realizzasse, aggiunge il BVG, non sarebbe in contraddizione col principio di *Europafreundlichkeit* l'annullamento delle misure che ne derivassero, mediante uno scrutinio fondato (non sul modello *ultra vires*, ma) sull'identità costituzionale.

È interessante notare che, nelle parole del BVG, lo scrutinio di identità costituzionale si pone, in casi siffatti, a salvaguardia estrema delle forme organizzative del potere statale; asseconda allora una presunzione, invero non nuova alla luce di quanto fin qui elaborato, eguale e contraria a quella che emerge dalla pronuncia della CGUE.

⁴⁶² *Ibid.*, par. 82. Sulla valenza sistematica di quest'affermazione, con riferimento ai canali d'accesso che il diritto tedesco appresta al BVG, con forza F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, cit., 46s., 51s.

⁴⁶³ Su cui, *ex plurimis*, F. SCHORKOPF, *The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal (Special Section: The Federal Constitutional Court's Lisbon Case)*, 2009, 10-8, 1219s., e *ibid.* per altri contributi.

⁴⁶⁴ *BVG, ult. cit.*, par. 118ss.; 131.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, 131.

Nell'ottica di quel giudice, gli Stati sottostanno alla presunzione di una conduzione *oggettivamente* ottimale, da parte della BCE, della politica monetaria. In base alla lettura propugnata dal BVG, di contro, i diritti degli individui si vogliono protetti per il tramite dei rispettivi Stati là dove la Corte costituzionale ritenga di opporre una propria lettura dei limiti del conferimento all'interpretazione della CGUE, che di tali limiti resta tuttavia – a tenore dell'art. 267 TFUE – l'unico giudice competente.⁴⁶⁶

Per contro, lo scrutinio *ultra vires* interviene a sanzionare lo sconfinamento delle istituzioni europee dal perimetro delle competenze attribuite; dunque, l'azione che, pur condotta oltre i limiti tracciati dal conferimento, non invada la *sfera d'identità* di un certo Stato, a presidio della quale si forma l'argomento *identitario*. Che dalla difesa di tale sfera derivi la tutela dei diritti individuali nello spazio pubblico europeo, è presunzione non revocabile in dubbio; e ogni Stato può tracciare a piacimento i confini della *sua* sfera, malgrado, giova ribadirlo, lo spazio pubblico europeo nel suo complesso, superando la dicotomia fra diritto costituzionale ed internazionale, sfugga per definizione al monopolio degli Stati in quanto tali.⁴⁶⁷

Così concepito, il sindacato sull'identità costituzionale richiama argomenti volti a ricondurre presso gli Stati talune fattispecie che essi vedono come massimamente restie all'integrazione europea.⁴⁶⁸ Per tali fattispecie, mercé il giudice nazionale, la tutela

⁴⁶⁶ Con efficacia F. SAITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, cit., 54s., 58-59, riconduce lo scrutinio *ultra vires* ad un "vaglio di tipo procedurale o tecnico, ovvero di tipo non sostanziale" mentre ricollega al c.d. *Identitätskontrolle* la valutazione di tipo materiale sui limiti dell'integrazione, che – a tenore dell'art. 23, par. 1, terzo alinea, GG – sono sottoposti alla disciplina di cui all'art. 79 GG. La distinzione, nitida in principio, nella pratica sfuma considerevolmente, attesa la natura materiale del vizio di incompetenza in un quadro segnato dal policentrismo istituzionale.

⁴⁶⁷ Tale implicazione, si deve ritenere, vale per la Germania come per gli altri Stati membri, ciascuno per loro conto. F. C. MAYER, *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German Law Journal*, 15-2, 2014, cit., 143, mette in risalto "the German Paradox" e nota: "Some would even detect a lack of constitutional empathy here, considering the fact that concepts the German Constitutional Court invokes quite naturally such as self-determination, budgetary autonomy, etc., are not available to all other Member States anymore; subito dopo chiedendosi, con una certa carica di drammaticità, "[w]hat is actually left of selfdetermination or the free will of a people in a country that had to join an ESM program and the harsh "conditionalities" attached to it?". Cfr., *ibid.*, D. MURSWIEK, *ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014*, 147s.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, par. 141; cfr. 136ss.; 138 per l'esame dello scrutinio sull'identità costituzionale; 142ss. per un breve esame di diritto comparato in ordine a tale scrutinio; 145ss. Per un parallelo esame del diverso ambito del controllo *ultra vires*, che ha ad oggetto la violazione delle competenze attribuite, cfr. par. 145ss. Il fatto che sia un giudice nazionale (e per di più un giudice costituzionale, in luogo del legislatore) ad esercitare un simile controllo, se ribadisce in chiave stato-centrica la presunzione che si definiva organicistica – giocandola sul piano sovranazionale – d'altro canto risulta coerente con l'evoluzione delle forme organizzative del

delle forme organizzative statali torna a sovrapporsi alla tutela dei diritti; benché la Corte di Giustizia – giudice dell’interpretazione del diritto dell’Unione – ha ascrivito a quest’ultima la competenza a produrre norme giuridiche in quelle medesime fattispecie.⁴⁶⁹

Se dalla prospettiva dell’Unione è centrale l’autonomia decisionale di cui gode la BCE, in base ai poteri ad essa conferiti, con l’obiettivo di tenere salda la barra dell’integrazione, per il BVG il punto di partenza sta nella dimensione costituzionale del principio del conferimento (“... *the constitutional dimension of the principle of conferral*”) che deve guidarne la lettura.⁴⁷⁰ “Generosamente”, il BVG dice di reputare accettabile, in nome della supremazia del diritto dell’Unione, che lo scrutinio su misure quali quelle sottoposte all’esame della Corte si limiti all’errore manifesto; purché però la legittimazione politica di tali misure, lungo la direttrice dei rapporti Stati-Unione, venga saldamente assicurata dal collegamento con il corpo elettorale nazionale, mercé una lettura restrittiva dei limiti del conferimento.⁴⁷¹ Ove tale legittimazione politica in qualche modo si indebolisca, le decisioni assunte dalle istituzioni devono appoggiarsi ad altri parametri di legittimazione che possano surrogarla; tali parametri devono essere assunti in maniera adeguatamente stringente, valutandone in teoria e in pratica l’effettiva capacità di porsi a complemento della rappresentanza politica elettorale.⁴⁷²

potere nello spazio pubblico europeo, che di fronte all’eclissi della rappresentanza sempre più di frequente tendono a spostare in sede giurisdizionale il momento compositivo degli interessi in gioco.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, par. 177. Occorre quindi sottolineare che, a seguito fra l’altro dell’interpretazione spregiudicata delle norme sulla competenza – orientata dalla CGUE in senso teleologico e sistematico – dall’ottica del BVG il controllo *ultra vires* non basta più a proteggere gli Stati dall’invasione di quegli ambiti per cui opera la presunzione appena riportata. È proprio sull’impostazione del giudizio della CGUE, imperniato su di un canone ermeneutico spiccatamente teleologico, che si appuntano i rilievi mossi dal giudice costituzionale tedesco. Il BVG procede ad una lettura critica della sentenza *Gauweiler*, il cui risultato è “*at least tenable*”; giusta – è opportuno anticiparlo – l’apposizione, che ad arte si riconduce alla pronuncia della medesima Corte di Giustizia, di limiti vincolanti (*binding limits*) alle eventuali OMT lanciate in base al programma. Tuttavia, non è affatto certo che tali limiti siano proprio come li descrive il BVG; secondo la CGUE, essi si risolvono piuttosto nell’esplicazione dell’autonomia decisionale della BCE, fondata sulla sua legittimazione tecnica. Secondo F. C. MAYER, *Rebels Without a Cause?*, cit., ove davvero vi fossero siffatte restrizioni, “*the OMT would be a different program, crippled and ineffective*”.

⁴⁷⁰ BVG, *ult. cit.*, par. 184.

⁴⁷¹ La posizione del BVG, che svaluta sostanzialmente la legittimazione politica sovranazionale, sembra far passare in secondo piano la possibilità che tali decisioni conoscano diverse ed ulteriori forme di legittimazione. Contesta con fermezza questa linea R. IBRIDO, *Il controllo della politica monetaria*, cit., 6s., però riconoscendo che tale approccio è “perfettamente coerente” con la giurisprudenza costituzionale tedesca.

⁴⁷² Per l’esattezza, come il BVG evidenzia, nel settore in questione “*the independence granted to the European Central Bank (Art. 130 TFEU) leads to a noticeable reduction in the level of democratic legitimation of its actions and should thus lead to a restrictive interpretation, as well as to a particularly strict judicial review, of the mandate of the European Central Bank*”. Cfr. BVG, *ult. cit.*, par. 187.

Un'affermazione che suona come un monito secco, pur temprata dall'esame successivo, col quale il BVG giunge a valutare positivamente, rispetto al diritto costituzionale tedesco, il programma OMT. Tale valutazione positiva, difatti, si regge sul fondamentale assunto sopra anticipato: vale a dire, che le condizioni cui tale programma è sottoposto costituiscano altrettanti vincoli giuridici per la legittimità del programma, sicché il mancato rispetto di queste ne renderebbe illegittima l'applicazione. Nondimeno, che tale assunto corrisponda ad una realtà empirica, a leggere la sentenza della Corte di Giustizia, non appare certo inoppugnabile; tale sentenza, come si è fin qui provato a dimostrare, piuttosto lascia margini amplissimi alla BCE di realizzare il programma OMT in modo "*adequate to meet our objectives*". In altre parole, i giudici di Karlsruhe si ingegnano a rinvenire gli estremi di un vincolo *ex ante* rispetto all'azione della BCE senza contraddire la CGUE, anzi vidimandone la decisione, malgrado tali limiti appaiano assai più evanescenti a guardarli da Lussemburgo.

Appare allora con chiarezza, dietro quest'apparente incongruenza, tutta la delicatezza del ruolo politico giocato dalle Corti, europea e tedesca, nell'elaborazione di argomenti giuridici tesi a regolamentare, in uno alla validità di future OMT, la legittimità delle forme organizzative del potere nello spazio pubblico europeo. Dalla prospettiva della CGUE, tali forme si ricostruiscono secondo la traiettoria che imprime loro l'autonomia decisionale riconosciuta alle istituzioni che lo compongono; al contrario, dall'ottica del BVG, a tale autonomia si impongono dei limiti costituzionalmente preordinati, ristabilendo il primato del principio del conferimento e quindi della legittimazione degli Stati.

Ecco allora che il programma OMT, come interpretato dalle due Corti contrapposte – l'una operativa nella dimensione europea, l'altra attiva in un'ottica nazionale – nel battere i nuovi percorsi della separazione dei poteri all'incrocio con la tutela dei diritti, marca il confine della *razionalizzazione* in meta-norma delle forme di organizzazione politica nello spazio pubblico europeo, evidenziandone la strutturale incompiutezza. La lettura della Corte di Giustizia squaderna un ordinamento aperto, in cui le forme di organizzazione politica si sottopongono alla curvatura teleologica segnata dalle istituzioni dotate di autonomia decisionale, che riceve la massima valorizzazione. Di

contro, il BVG, passando al setaccio gli argomenti della Corte, si fa alfiere di una lettura costituzionalistica basata sul primato degli Stati: asserisce che il principio del conferimento è misura di tutte le azioni degli attori istituzionali, lasciando intendere che altre forme di legittimazione si misurano sul rigoroso parametro della capacità di surrogare la rappresentanza politica generale.

Due visioni agli antipodi, che però convergono nella valutazione di merito: l'equilibrio è stato per il momento rispettato, e dovrà essere parimenti rispettato – previa vigilanza delle istituzioni nazionali sui processi decisionali relativi – là dove il programma OMT riceve materiale attuazione.⁴⁷³ Pur lasciando sullo sfondo la questione pratica, che di fatto non si è mai presentata, sarebbe tuttavia un errore sottovalutare la portata giuridica delle norme la cui esistenza la CGUE, da un lato, e il BVG, dall'altro, sostengono. Tali norme infatti, ove una controversia sugli OMT dovesse sorgere in concreto, servirebbero da base di partenza per ulteriori, più sottili argomentazioni, volte con ogni probabilità ad ospitare di nuovo, mediante finissimi *distinguo*, entrambe le posizioni. Perché è il diritto europeo, nella sua irriducibile dualità di matrici, ad essere di per sé *non-finito*; teso ad un obiettivo per definizione irraggiungibile, pensato esattamente per accogliere, in barba ad Aristotele, uno e il suo contrario.⁴⁷⁴

Trascinata fuori dal recinto del diritto domestico, la separazione dei poteri si allarga a forme di organizzazione politica prive dell'orizzonte conchiuso dell'unità dello Stato. Tali forme appaiono di nebulosa decifrazione quanto al loro riverbero sulla tutela dei diritti: esse da un lato ammiccano alla vocazione universalistica della rappresentanza, di cui però subiscono la congenita debolezza; d'altro canto, tuttavia, restano intrappolati nelle pieghe stato-centriche dello spazio pubblico europeo, che vanno facendosi via via più spesse in un'epoca regressiva sotto l'aspetto dell'integrazione.

⁴⁷³ *Ibid.*, par. 195; 220. È questa la c.d. responsabilità per l'integrazione, intesa come esercizio del diritto-dovere di auto-determinazione (F. SAIITTO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa*, cit., 62s., 71

⁴⁷⁴ Come annota F. SAIITTO, *op. ult. cit.*, 41, la sentenza del BVG da un lato dà “slancio al principio democratico” e dall'altro salvaguarda “per certi versi da se stessa, la democrazia rappresentativa ... confermando così, pur nella sua non univocità sul piano teorico, la sopravvivenza del *constitutional pluralism* come *ordo ordinans* delle relazioni ordinamentali in Europa. Occorrerebbe allora domandarsi, alla luce di questa conferma, se lo slancio al principio democratico nn sia meramente nominale, ovvero meramente autoriferito (*ibid.*, 71-73) abbarbicato su quel patriottismo costituzionale che talvolta si è rimproverato al BVG (*ibid.*, 18) e che potrebbe rivelarsi foriero di ineguaglianze sul piano europeo.

Il piano europeo, ove mira a realizzarsi la dimensione integrata descritta dalla dottrina del *multilevel constitutionalism*, appare segnato da crepe evidenti: costretto a ricorrere a un decisore tecnico, nelle cui stanze ovattate si ottunde la sensibilità degli interessi sacrificati, paga all'attitudine euro-unitaria della decisione il prezzo di una legittimazione fragile. Tuttavia, se lo si guarda dall'ottica delle sovranità statali – ritenendole perduranti, a torto o a ragione – le conseguenze dell'auto-limitazione degli Stati a premessa del conferimento appaiono egualmente fosche.

Difatti, lungo i tornanti più scoscesi del cammino dell'Unione, l'identità costituzionale appare lo strumento per spostare sul piano nazionale, in ultima istanza, quel raccordo fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti che le Costituzioni avevano assicurato nell'ambito di un modello stato-centrico. Mediante l'identità costituzionale, in aggiunta allo scrutinio *ultra vires*, gli Stati tutelano così quegli ambiti della produzione giuridica che ritengono indispensabili alla loro sopravvivenza, e che vanno blindati là dove dal piano europeo si avanzino *inaccettabili* pretese di tal fatta. In tali ambiti, le forme organizzative del potere sorte nello spazio pubblico europeo ripropongono, senz'altra specificazione, quella presunzione organicistica che identifica infine i diritti dell'individuo con l'azione dello Stato.

Ora, se si assume che in ultima istanza il richiamo all'identità costituzionale di uno Stato faccia prendere alla tutela dei diritti la direzione delle capitali domestiche, si rischia non solo di ripudiare lo spazio pubblico europeo come *luogo* di un progetto comune, ma anche di revocare in dubbio il primato della legittimazione razionale della produzione giuridica. Difatti, che ciascuno Stato sia capace, in base alle norme del diritto costituzionale interno, di far sì che la presunzione organicistica si fondi sul diritto-dovere di auto-determinazione della persona – secondo il modello tracciato dalle Costituzioni moderne – è questione insondabile da un punto di vista che non sia interno a ciascuno Stato, poiché afferente al solo diritto costituzionale nazionale.⁴⁷⁵ Per esser chiari: qualora, diversamente dal BVG, un giudice nazionale ritenesse di difendere con l'arma identitaria principi *altri* dal diritto di voto, sarebbe impresa ardua opporgli

⁴⁷⁵ Una questione che pare forse sottovalutata: cfr. D. MURSWIAK, *ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014*, in *German Law Journal*, 15-2, 2014, 143 ss., in part. 158-159.

argomenti fondati sull'esegesi dell'art. 4, par. 2, TUE. Pare difficile, infatti, che tali argomenti, comunque forgiati, non si volgano a rivendicare una certa pretesa di discernere razionalmente l'altrui identità. Ma l'identità, per definizione, non appartiene a nessuno se non al suo titolare; e certamente non spetta che a questi, se lo ritiene, permettere che si disveli secondo percorsi razionali.⁴⁷⁶

L'abbandono della prospettiva europea della tutela dei diritti, allora, costituirebbe un fattore di disuguaglianza tra (cittadini di) Stati membri, per cui ciascun europeo si porterebbe appresso un patrimonio di diritti e doveri commisurato al suo *status* di cittadino tedesco, svedese, italiano o polacco – vale a dire, alla sua *appartenenza* statale – e, in base alla rivendicazione identitaria che dagli organi di tale Stato promana, non potrebbe accedervi se non in base alle norme di diritto interno di quello Stato. Un fattore non altrimenti giustificabile, se non con uno strumento antico ma duro a morire: il primato dello Stato sull'individuo.

Dunque, seguendo la linea evolutiva dello spazio pubblico europeo come germinato dal tramonto del modello stato-centrico, le forme di organizzazione del potere vengono sviluppandosi lungo percorsi multiformi ed irregolari, asimmetrici rispetto ai confini nazionali, ove la vocazione universale della rappresentanza politica pare distorcere i confini della legittimazione del diritto interno, e l'uso massiccio della legittimazione tecnica a supporto di scelte pur molto delicate restringe anche sul piano sovranazionale

⁴⁷⁶ Appare questo un meccanismo che scatta indipendentemente dalla qualità delle posizioni giuridiche in gioco; operando, ad esempio, anche di fronte a diritti degli individui, cui le Corti nazionali potrebbero opporre un atteggiamento meno *Europafreundlich* (magari su diritti collegati a questioni eticamente sensibili, soggette alle tentazioni conservatrici di non pochi Stati). L'identità costituzionale verrebbe a possedere un valore difensivo, soffocando il proprio potenziale di integrazione, e le Corti rischierebbero di trasformarsi in "cani da guardia della statualità" (P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e "integrazione costituzionale" in Europa. Tra passato e futuro: Questioni di metodo comparativo nella costruzione di un diritto costituzionale europeo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 199s., 209); e ciò a discapito di altri interessi, o finanche diritti, che resterebbero irrimediabilmente intrappolati fra le pieghe della *identity claim*. Difatti, finché il *discrimen* tra riconoscere o negare il diritto controverso si gioca sull'interpretazione delle competenze conferite, si resta pur sempre nell'ambito degli argomenti giuridici, spendibili nel quadro del "dialogo fra le Corti". Ove, di contro, tale decisione dipendesse dalla riconducibilità del caso ad un ambito identitario, appare che, qualsiasi sia la scelta, ripercorrerne la motivazione secondo percorsi razionali dipenderebbe in ultima istanza dal giudice nazionale, che potrebbe limitarsi a una motivazione assertiva, segnando una battuta d'arresto nella tutela dei diritti. Tale motivazione, inoltre, potrebbe limitarsi a ricalcare i motivi politici alla base di talune scelte operate a livello nazionale, che però – oltre ad imporsi ai cittadini di quegli Stati senz'altra possibilità di replica – risulterebbero difficilmente giustificabili, in ottica europea, per i cittadini degli altri Stati. Una prospettiva, peraltro, da valutare anche alla luce del dato per cui le garanzie di terzietà e indipendenza dei giudici nazionali – in specie, dei giudici costituzionali – dipendono *in toto* dal diritto interno di ciascuno Stato.

gli spazi per un discorso razionale a fondamento della produzione giuridica.⁴⁷⁷ Di qui l'incerto dispiegamento della tutela dei diritti, che vede ostruirsi i canali europei dal decisore tecnico, per definizione incontestabile, e che parimenti – ove ripiegasse verso la dimensione nazionale – dovrebbe dar conto di una strutturale, forse irreversibile torsione verso moduli statualistici che parevano archiviati.

5. Nuove rotte per la tutela dei diritti sul piano sovranazionale: Ledra e i suoi indefinibili approdi.

Ai tempi dello Stato assoluto, la concezione difensiva dei diritti individuali, per mezzo dei quali il sovrano si collocava ad *anima* del mondo elidendo nella sua carismatica figura ogni fondamento razionale del potere, si realizzava attraverso una presunzione che si è detta organicistica. In base ad essa, lo Stato, mercé le forme di organizzazione politica che gli sono proprie, agisce *per il bene dei suoi sudditi*, considerati nel loro *insieme*; mentre a tali sudditi, ove considerati singolarmente, dunque quali individui, non è dato apporre una *propria* valutazione del *loro stesso* bene che diverga da quella operata dallo Stato.

Contro una simile presunzione, nell'evoluzione dei rapporti fra potere e individuo, sono state battute strade molteplici, allo scopo di realizzare un'integrazione dei diritti *attraverso* lo Stato. Nelle Costituzioni del secondo dopoguerra, i diritti sono venuti a saldarsi ai meccanismi di funzionamento della rappresentanza politica, segno del diritto-dovere di autodeterminazione fondato sulla centralità della persona. Se ne è così assicurato lo sviluppo, almeno nel cielo dei concetti, all'interno di un modello statale autarchico, legittimato sulle categorie del discorso razionale, capace di realizzare la tutela dei diritti attraverso una separazione dei poteri fondata sul pluralismo istituzionale.

⁴⁷⁷ Va infatti chiarito che l'indipendenza della BCE, fondata sulla presunzione di legittimazione tecnica che le si ascrive, non è in alcun modo fondata su dati pacifici, ma è piuttosto il risvolto giuridico di un dibattito economico assai lungo ed intenso. Su tale dibattito, che ha percorso negli ultimi decenni la storia dell'Occidente, cfr. ad es. O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, cit., in part. 49s., 69s.

Tale modello, tuttavia, da un lato non può tenere a freno la vocazione universalistica cui la centralità della persona inevitabilmente lo chiama; dall'altro non regge all'impatto con la crescente dimensione globale della produzione giuridica, il cui monopolio è sottratto, probabilmente per sempre, al controllo degli organi statali. Questo duplice assunto, ormai poco contestabile, convive col dato – di evidenza empirica altrettanto incontrovertibile – per cui gli Stati si prefiggono l'obiettivo politico di mantenere presso la loro disponibilità le leve ultime del potere legittimo, relegando le strutture sovranazionali dell'Unione a una posizione subalterna. A contraltare, per trattenere ad un livello regolativo sovranazionale quei settori che gli Stati hanno ritenuto di mettere in comune, ad una legittimazione politica europea claudicante – poiché geneticamente limitata dal primato statale – si sono affiancati altri criteri di legittimazione: quello tecnico, che domina l'intero ambito della politica monetaria e si esprime attraverso il Sistema Europeo di Banche Centrali, a capofila delle quali sta la BCE, ne è un esempio cardinale.

Il simultaneo interagire di criteri molteplici, assortiti in una disordinata combinazione, appare nel complesso sottrarre terreno al discorso razionale quale fondamento delle decisioni pubbliche; mettendosi a repentaglio, per questa via, la corrispondenza tra forme organizzative dei poteri e garanzia dei diritti. Se la BCE, nella sentenza *Gauweiler*, appare un decisore tecnico privo di robusta legittimazione, giacché teso a sbrogliare una matassa politicamente sensibile interpretando con spregiudicatezza i limiti del proprio mandato, il modello per cui si batte il BVG, benché esemplare sotto il profilo dogmatico, parimenti non soddisfa.

Appare allora che l'eterna vicenda fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti nei rapporti autorità-libertà affronti un tornante assai aspro. Lo spazio pubblico europeo, difatti, ha sin qui operato secondo uno schema *multilivello*, grazie al quale il cittadino europeo si vedeva riconosciute proprie posizioni giuridiche soggettive sia *nell'inerzia* del proprio Stato, sia *contro* di esso; senza che però a tale contrarietà si opponesse, da parte dello Stato medesimo, un vincolo teso a restaurare il proprio ruolo di decisore di ultima istanza. Tale scenario costituiva un prolungamento naturale, benché dogmaticamente insoddisfacente, del modello autarchico stato-centrico: trascinando la contesa fra potere e individuo oltre le barriere statali, apprestava un rimedio empirico

alla perdita del monopolio statale sulla produzione giuridica, e assecondava le tendenze universalistiche della rappresentanza senza mettere in discussione quella legittimazione originaria di cui gli Stati faticavano a privarsi. In tal modo, questo modello consentiva di procedere verso un'integrazione tra forme organizzative del potere e diritti individuali; e riusciva nell'intento, pur abbracciando una realtà sociale estremamente eterogenea, senza che la legittimità delle forme organizzative del potere statale ne fosse revocata in dubbio.

Che si trattasse di un quadro in fondo illusorio, è dimostrato dalle circostanze attuali, ove la complementarità *virtuosa* fra nazionale e sovranazionale appare bruscamente interrotta.⁴⁷⁸ Si è ora infatti, al contrario, in una fase in cui ad una tutela scarnificata a livello europeo, sovente orientata a vidimare l'operato di decisori *tecnici*, gli Stati rispondono riaffermando la propria centralità quali decisori di ultima istanza. Per conseguenza, dinanzi alla restrizione degli spazi per una tutela dei diritti su scala europea, il piano nazionale affila l'identità costituzionale quale strumento teso ad organizzarne la salvaguardia attraverso le proprie forme di organizzazione politica – vale a dire, secondo i *propri* meccanismi di separazione dei poteri, interni al diritto di ciascuno Stato.

Ciò nondimeno, tali meccanismi, sgretolati dalla perdita del monopolio statale sulla produzione giuridica, non appaiono punto in grado di assicurare la garanzia di tali diritti in via uniforme nello spazio pubblico europeo. Nella prospettiva del discorso razionale, infatti, la valorizzazione dell'identità costituzionale da parte del giudice di uno Stato per un verso rischia di appigliarsi ad argomenti che tale discorso rifiutano, per altro

⁴⁷⁸ Segnala L. BUFFONI, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità*, cit., 16s., 30s., la decisione OMT avrebbe natura eccezionale rispetto ai postulati del pensiero economico ordoliberal, che ha ispirato e strutturato l'intera architettura economico-monetaria dell'Unione. In tal caso, non si tratterebbe un mero riappropriarsi del potere di decisione ultima da parte degli Stati a guisa di un mutamento meramente quantitativo nella diversificazione degli strumenti giuridici dell'Unione – come per le misure straordinarie di risposta alla crisi dei debiti sovrani, costruite secondo moduli esterni al quadro giuridico comunitario: B. de WITTE, *Euro-Crisis Responses and the EU Legal Order: Increased Constitutional Variation or Constitutional Mutation?*, in *EU Const. Law Review*, 11-3, 2015, 434s., 448. Al contrario, la frattura della legalità verificatasi sarebbe il segno di un mutamento qualitativo, forse reversibile e non definitivo, nei rapporti fra potere e individuo nello spazio giuridico europeo; da un lato, un decisore sovranazionale che replica posizioni parziali ammantandole di una legittimazione tecnica, dall'altro Stati nazionali che rivendicano propri spazi di autonomia rivestendoli dell'identità costituzionale. Nell'uno e nell'altro caso, non può fare a meno di notarsi la recessività degli argomenti per un dibattito fondato sui presupposti del discorso razionale.

verso reca conseguenze sul nesso fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti in altri Stati. La tutela dei diritti verrebbe infatti aggrappandosi al funzionamento interno di ciascun ordinamento nazionale, e alla sua capacità di resistere alle perturbazioni provenienti dall'esterno – quindi anche da parte di altri Stati membri, nell'ambito di un'Unione sempre più disunita – mantenendo intatta la capacità di realizzare diritti *attraverso* di esso, e senza pregiudicare, in egual misura, quella degli altri Stati membri. Non occorre dire che, là dove tale capacità dovesse venire meno anche in un solo punto, sia pure per effetto di prevalenti interessi di Stati membri politicamente più robusti, si avrebbe un ripiegamento, asimmetrico per materia e per nazione, dei rapporti fra potere e individuo; riaffermandosi, per vie non nuove ma certo rinnovate, quella presunzione organicistica che la storia aveva consegnato allo Stato, e contro cui si è combattuto nei secoli in nome della centralità della persona.⁴⁷⁹

Ad un simile flusso, volto a configurare su piani nazionali irregolari il rapporto tra forme di organizzazione politica e tutela dei diritti fondamentali, la Corte di Giustizia ha di recente cercato di porre un argine, dalle potenzialità evidenti ma non ancora nitide, con una pronuncia in tema di responsabilità *extra-contrattuale* dell'Unione – e conseguente obbligo di risarcimento del danno – a fronte di un Protocollo d'intesa siglato dalla Repubblica di Cipro e dalle autorità di governo del MES il 26 aprile 2013, relativo a specifiche condizioni di politica economica a fronte della concessione degli aiuti alla stabilità della Repubblica cipriota.⁴⁸⁰

Con tale sentenza, si è posto il problema della compatibilità col diritto dell'Unione dei protocolli d'intesa stabiliti ai sensi del MES, demandandosi alla Corte di Giustizia il compito di verificare se dalla violazione dei diritti fondamentali, come garantiti dal diritto dell'Unione, potesse scaturire tale responsabilità. La Corte ha asserito in primo luogo che la Commissione, pur firmataria e promotrice, in uno alla BCE, dei negoziati con Cipro, non si considera parte di tale Protocollo, che impegna direttamente il solo

⁴⁷⁹ Non sembra superfluo notare che i sostenitori della teoria *multilevel* abbiano reso una valutazione negativa, talora estremamente dura, della posizione assunta dal BVG in sede di rinvio pregiudiziale: cfr. F. C., MAYER, *Rebels without a cause?*, cit; lo stesso paragone cinematografico è adoperato (nello stesso volume del *German Law Journal*!) da M. KUMM, *Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might do About It*, *ibid.*, 203s.

⁴⁸⁰ CGUE, C-8/15 (casi riuniti), 20 settembre 2016, *Ledra Advertising and Mallis*, ECLI:EU:C:2016:701.

MES.⁴⁸¹ Tuttavia, smentendo sul punto il giudice di prima istanza, ha altresì affermato che la Commissione non può esimersi, nella sua qualità di *guardiana* dei Trattati, dal vagliare la compatibilità fra lo strumento che si appresta a firmare e il diritto dell'Unione; emergendo, in caso di contrasto, profili di responsabilità *ex art.* 340 TFUE, suscettibili di obbligare al risarcimento del danno.⁴⁸²

Nel caso di specie, la Corte ha riconosciuto il potenziale contrasto fra l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione – che tutela il diritto di proprietà – e la condotta delle istituzioni dell'Unione nel firmare il Protocollo d'intesa con Cipro.⁴⁸³ Nel merito, tuttavia, ha ritenuto che tale contrasto non assumesse i toni di una violazione qualificata, tale da far sorgere profili di responsabilità della Commissione e da obbligarla ad un risarcimento; poiché le misure sancite col Protocollo "... non costituiscono un intervento sproporzionato e inammissibile che pregiudica la sostanza stessa del diritto di proprietà dei ricorrenti".⁴⁸⁴

Si noti tuttavia come, a dispetto di una conclusione negativa per i ricorrenti – cui è negato il diritto al risarcimento – le aperture della Corte sul terreno dei diritti appaiano significative, sia per quel che attiene al valore obbligatorio della Carta dei diritti per le istituzioni – anche fuori del quadro giuridico dell'Unione – sia per quel che comporta l'ammissione, in linea di principio, di un diritto al risarcimento per violazione di siffatti diritti.⁴⁸⁵

Sembra stagliarsi allora, attraverso le strade appena aperte dalla Corte, una possibilità di riscatto del livello sovranazionale sul terreno dei diritti, benché fievole e ancora asfittica nelle sue potenzialità applicative. Si ricondurrebbe così verso una faticosa

⁴⁸¹ *Ibid.*, par. 52-53.

⁴⁸² *Ibid.*, par. 58-60. La questione era stata lasciata aperta, da CGUE, C-370/12, 27 novembre 2012, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756, par. 179, per cui le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione "si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". Per contro, in base alla sentenza *Ledra*, la Commissione deve rifiutarsi di firmare un atto regolato dal MES se ritiene che violi il diritto dell'Unione, ivi compresa la Carta stessa. Cfr. A. HINAREJOS, *Bailouts, Borrowed Institutions, and Judicial Review: Ledra Advertising*, in *www.euanalysis.blogspot*, 25 settembre 2016 [v. 2 maggio 2017].

⁴⁸³ *Ibid.*, par. 67 "... per quanto gli Stati membri non attuino il diritto dell'Unione nell'ambito del Trattato MES, cosicché la Carta non gli si applica in tale quadro ... la Carta si applica nondimeno alle istituzioni dell'Unione, compreso quando queste ultime agiscono al di fuori del quadro giuridico dell'Unione".

⁴⁸⁴ *Ibid.*, par. 74.

⁴⁸⁵ A riprova del fatto che tale pronuncia costituisca una "vittoria", sia pure prospettica, per i diritti di cui i ricorrenti si facevano latori, si noti la statuizione della Corte sulle spese, che restano divise fra le parti (*ibid.*, par. 78).

unità, sul piano della garanzia dei diritti, quel che lo sgretolarsi delle forme di organizzazione politica ha messo a rischio di frammentazione. Con questa sentenza, da Lussemburgo si annuncia uno schema ulteriore, per ora ancora quiescente, ma di grande forza suggestiva, per la ricostruzione dei rapporti tra forme organizzative del potere politico e tutela dei diritti nello spazio pubblico europeo, che tiene insieme autonomia decisionale riconosciuta alle istituzioni e vincolo ai poteri conferiti. In forza di tale approccio, le istituzioni dell'Unione sarebbero chiamate a rispettarne i vincoli giuridici anche là dove operino al di là del quadro giuridico dell'Unione stessa; foss'anche, se necessario, schierandosi *contro* l'operato del (governo del)lo Stato *de quo*.

Quale direzione prenderanno gli avvenimenti, e quali soluzioni si disporranno per farvi fronte, è l'interrogativo con cui il presente lavoro non può che concludersi; senza cioè realmente concludersi, poiché l'orizzonte, ora cupo, ora sereno, appare ancora spalancato dritto all'asta di prua.

Abstract: Nello spazio pubblico europeo, il modello statale della produzione giuridica, legittimato dal discorso razionale e imperniato sul raccordo fra separazione dei poteri e garanzia dei diritti, si sgretola in una *costellazione* di più istituzioni, cui i Trattati hanno riconosciuto autonomia decisionale in competizione con gli Stati medesimi. L'Unione europea, nei suoi eterogenei assetti di organizzazione costituzionale, traccia nuove vie sia per la separazione dei poteri – declinata nelle formule di equilibrio istituzionale descritte dalle basi giuridiche – sia per la garanzia dei diritti, che si articola in un sistema *multilivello*; l'una e l'altra, entro uno scenario che pone l'unità politica ad inafferrabile traguardo, e a un tempo elide nel *paradigma cooperativo* il problema giuridico della sovranità, cioè del decisore di ultima istanza. Qualche anno dopo, ripercorrere il caso OMT, esemplare nella sua complessità, mostra con icastica potenza le crepe che percorrono tale ricostruzione. Sotto il profilo della separazione dei poteri, infatti, denuncia l'insufficienza del piano euro-unitario – costretto ad affidarsi a un decisore tecnico in materie di altissima sensibilità politica – e di quello nazionale, cui non resta possibilità di replica. Sotto il profilo della garanzia dei diritti, vede le Corti statali affilare l'arma dell'identità costituzionale per sottrarsi a un'interpretazione spregiudicata dei limiti del conferimento da parte della Corte di Giustizia – nondimeno,

l'unica competente a tracciarli, secondo il diritto dell'Unione. Un simile scenario, oltre a pregiudicare l'integrazione politica, mette a repentaglio il primato della legittimazione razionale del potere, corollario della centralità della persona, nel cui nome si è combattuta in Occidente una battaglia culturale altissima, che costituisce il vero patrimonio comune dell'Europa. In un siffatto, preoccupante orizzonte, una recente giurisprudenza della Corte di Giustizia autorizza tuttavia a coltivare nuovi percorsi per riconsegnare a separazione dei poteri e garanzia dei diritti la tutela del discorso razionale a legittimazione dell'autorità.

Abstract: The State-based model for law-making, securing the tie between separation of powers and protection of rights, has turned into a *post-national constellation* of multiple bodies. Within the European public sphere, States have recognised institutional capacity to a number of such bodies, whose political autonomy curtails their own law-making monopoly. Separation of powers and protection of rights are pursued according to the variable formula of institutional balance enshrined in each legal basis and unfold within a multi-level framework. While denying unity as the political postulate, the Union follows a *cooperative paradigm* to avoid being confronted with the sovereignty dilemma, 'who decides in the last instance'. In the aftermath of the *OMT* case, the incongruencies of such a system seem to emerge in a clearer fashion. As for the separation of powers, the supranational level is prompted to endow a technical organ with the power to decide on highly politically sensitive matters, while national States are given little chance to reply. As for the protection of rights, national Courts make use of the constitutional identity as a tool to counter the broad reading of the conferral carried by the Court of Justice, i.e. the competent judge under Union law. Such situation endangers the integration process, and poses a consistent threat to a rational-based legitimation of the authority – yet the core cultural heritage of Europe, as a consequence of the self-determination principle rooted in the human dignity. However, a recent ruling by the Court of Justice appears to open new paths for the safeguard of the tie between the separation of powers and the protection of rights, perhaps enhancing rational discourse in the European public sphere.

Parole chiave: Unione europea - separazione dei poteri - garanzia dei diritti E.U.

Key word: separation of powers - the protection of rights