

# Sulla problematica tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea: spunti di diritto costituzionale e comparato a partire dal “caso Romania”

di Giuliano Vosa

**Abstract:** *On the problematic rule of law protection in the European Union: Constitutional and Comparative Reflections building on the Rumanian Case* – The Rumanian case on the so-called ‘rule of law protection’ points to a remarkable shift in the European integration path, as the rule of law the Court of Justice defends has little to do with the homonymous concepts rooted in national constitutional laws. A twofold question arises: what the origins of this *novel* rule of law are, and what consequences it may entail for the application of Union law. In this light, doubts are cast on whether such a concept is compatible with the original integration project as well as with the national constitutions’ legacy.

1983

---

**Keywords:** Rule of Law; Certainty of Law; Judicial Dialogue; European Narratives; NATO-EU relations.

## 1. Introduzione: il “caso Romania”

Salvo sparute, lodevoli eccezioni, la dottrina italiana (e non solo) non sembra aver dedicato al “caso Romania” un’attenzione particolare.<sup>1</sup> L’analisi sulla tutela della *rule of law*, centrale negli studi di diritto costituzionale, nonché di diritto comparato e dell’Unione, guarda piuttosto, per l’abbondante giurisprudenza e l’esemplarità del caso, alle vicende della Polonia, e, in minor misura, dell’Ungheria.<sup>2</sup> Più frequente, anche nel campo degli studi costituzionalistici, l’analisi della c.d. *rule of law conditionality* applicata ai fondi di derivazione europea, il cui approfondimento tocca, com’è naturale, l’intero

---

\* L’autore ha piacere di ringraziare la prof. Itziar Gómez Fernández e la prof. Mercedes Vera Padial per i commenti e le osservazioni a margine di una versione anteriore del lavoro, sviluppate, in particolare, nel corso del panel Separación de Poderes y Estado de Derecho del Seminario Italo-Español 2022 (Granada, 6-7 ottobre) nonché la dott.ssa Claudia Cinnirella, le cui riflessioni hanno contribuito a rafforzare le parti più deboli del testo – senza che tale debolezza, ovviamente, possa imputarsi ad altri che non all’autore stesso.

<sup>1</sup> Ad es., D. Gallo, *Primato, identità nazionale e stato di diritto in Romania*, in *Quaderni costituzionali*, XLII:2, 2022, 374-378.

<sup>2</sup> Si veda, ad es., R. Palladino, A. Festa, *Il primato del diritto dell’Unione europea nei dissiolgoi tra la Corte di giustizia e le Alte Corti ungherese, polacca e rumena. Questioni sullo Stato di diritto*, in *EuroJus*, 2/2022, 46-71.

concetto di *rule of law* e la traiettoria complessiva del suo dispiegamento nel diritto euro-unitario.<sup>3</sup>

Tuttavia, di recente, alcuni fra gli studiosi più attenti hanno segnalato il sottile, ma nitido cambio di passo che gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sembrano aver innescato quanto alla centralità della *rule of law* nell'ordito dei rapporti fra diritto dell'Unione e ordinamenti nazionali.<sup>4</sup> Si tratta, in effetti, di un cambio di non poco momento, la cui portata, a ben vedere, non solo disvela la “novità” della pretesa normativa del diritto dell'Unione, ma altresì getta una luce più chiara sulle sue scaturigini – pregiuridiche, s'intende, ancorché decisive per la sua pretesa di cristallizzarsi in diritto.

Alla luce della giurisprudenza “romena”, allora, questo lavoro prende le mosse da un'ipotesi riassumibile come segue: trascurare la “novità” del “caso Romania” nel quadro dei rapporti fra diritto dell'Unione e ordinamenti statali significherebbe lasciar scorrere sotto traccia un fenomeno inedito che interessa sia le condizioni del primato,<sup>5</sup> sia gli assetti politico-costituzionali in seno alla compagine europea.<sup>6</sup> A percorrerla tutta, infatti, la scia delle vicende romene sembra marcare una traiettoria eccentrica rispetto a quella dell'integrazione – di cui inaugura, forse, una *nuova* tappa<sup>7</sup> – al compimento della quale l'Unione potrebbe veder mutare radicalmente, in uno agli assetti sociopolitici interni, il quadro geopolitico globale in cui s'inscrive.

La “novità” del “caso Romania” emerge dalla combinazione di due singolarità.

Da un lato, è nota l'appartenenza della Romania all'*ex* orbita sovietica, da cui è uscita – unica tra quegli Stati – in modo violento, all'esito di cruenti

<sup>3</sup> Ad es., A. Baraggia, M. Bonelli, *Linking Money to Values: The New Rule of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges*, in *German Law Journal*, 23:2, 2022, 131-156. In lingua italiana, C. Fasone, *Crisi dello stato di diritto: condizionalità a tutela del bilancio dell'Unione e conclusioni del Consiglio europeo*, in *Quaderni costituzionali*, XLI:1, 2021, 214-217, e A. Baraggia, *La condizionalità a difesa dei valori fondamentali dell'Unione nel cono di luce delle sentenze C-156/21 e C-157/21*, in *Quaderni costituzionali*, XLII:2, 2022, 371-374; *amplius*, R. Calvano, *Legalità UE e Stato di diritto: una questione per tempi difficili*, in *Rivista AIC*, 4/2022, 166-190 e A. Guazzarotti, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione “costituzionalizzante”*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2022, 1-59.

<sup>4</sup> G. Pitruzzella, *L'Unione europea come “comunità di valori” e la forza costituzionale del valore dello “stato di diritto”*, Editoriale – *Federalismi.it*, 28/2021 (15 dicembre) iv-xii.

<sup>5</sup> B. Iancu, *Goat, Cabbage and Wolf. Primacy in Romania*, in *Verfassungsblog.de*, 7 gennaio 2022.

<sup>6</sup> G. Pridham, *Romania's Accession to the European Union – Political Will, Political Capacity and Political Conditionality*, in *International Issues & Slovak Foreign Policy Affairs*, 15:2, 2006, 52-67, e B. Iancu, *Handle with Care. On the Contextual Preconditions of Rule of Law Restoration*, in *Verfassungsblog.de*, 22 dicembre 2021.

<sup>7</sup> J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100:8, 1991, 2403-2483. Una tappa che, peraltro, potrebbe aver avuto inizio già con CGUE, C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, 27 febbraio 2018, ECLI:EU:C:2018:117; cfr. M. Ovádek, *Has the CJEU just Reconfigured the EU Constitutional Order?*, in *Verfassungsblog.de*, 28 febbraio 2018.

moti di piazza terminati coi processi sommari e le condanne a morte di Nicolae Ceaușescu e della moglie Elena.<sup>8</sup> Si spiega con l'eccezionalità dei rivolgimenti di quegli anni la difficoltà, nei decenni successivi, di ricostruire il tessuto sociale del Paese transilvanico; donde, la riottosità dei gruppi dirigenti consolidatisi con la *Revoluția* al momento di abbandonare, con l'europeizzazione graduale dell'ordinamento, istituti e strutture che ne cementarono il potere.<sup>9</sup> È noto, difatti, che la Romania, insieme con la Bulgaria, ha seguito una procedura di adesione inedita, c.d. "condizionata"; in realtà, forse, meglio si direbbe *controllata*, ossia contrassegnata da un peculiare sforzo di adeguamento al diritto dell'Unione in determinati settori, indicati da una Decisione della Commissione (c.d. Decisione MCV)<sup>10</sup> e, fino ad avvenuto adeguamento, monitorati da quest'ultima su base semestrale.

Dall'altro lato, spicca la peculiarità delle misure oggetto di contrasto col diritto dell'Unione, non solo attinenti a una materia costituzionale di massimo rilievo – il ruolo del giudiziario nell'ambito della separazione dei poteri – ma altresì latrici di una questione politica assai delicata. Infatti, col progressivo rafforzamento di gruppi dalla più nitida impronta europeista sulla scena politica dello Stato transilvanico, il diritto dell'Unione si trova a fungere da leva per un mutamento profondo e insieme rapido in seno alla Romania stessa, che mira ad orientarne la collocazione negli scenari europei e globali.<sup>11</sup>

Pertanto, malgrado la sua specificità, il "caso Romania" chiama ad interrogarsi sulla tenuta del diritto che l'Unione vuol imporre agli Stati dell'*ex* area sovietica, e, potenzialmente, per il loro tramite, in ottica futura, a tutti gli altri.<sup>12</sup> Un'indagine che, per la radicalità del conflitto scoperchiatosi, oltrepassa la mera esposizione di casi giurisprudenziali per addentrarsi in tematiche di respiro assai più generale.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Si veda ad es. N.R. Popescu, *Dumitru Popescu și Revoluția Română din 1989*, in *Sfera politiciii*, Vol. XXII, n. 182, 2014, 18-26, nonché gli altri contributi pubblicati nella stessa sede, anche per maggior bibliografia.

<sup>9</sup> Cfr. G. Ciascai, *De la Romania comunistă la Romania europeană – beneficii și costuri ale aderării României la Uniunea Europeană*, in *Sfera politiciii*, XXII, n. 182, 2014, 59-65.

<sup>10</sup> Decisione della Commissione 2006/928 del 13 dicembre 2006, che istituisce un Meccanismo di Cooperazione e Verifica dei progressi compiuti dalla Romania per rispettare i parametri di riferimento in materia di riforma giudiziaria e di lotta contro la corruzione (MCV), in G.U. L 354, 14 dicembre 2006.

<sup>11</sup> M. Sebe, *A Brief Overview of the Rumanian Case*, in IED – Institute for European Democracy – Report n. 14, *Rising Populism and European Elections – Collection of selected contributions*, [www.iedonline.eu](http://www.iedonline.eu), 2014, 229-284.

<sup>12</sup> W. Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Oxford, 2012, 55s.; l'idea che gli standard imposti agli Stati terzi fossero "to be taken more seriously" dall'Unione stessa fu, dai tempi del Consiglio d'Europa di Copenhagen del giugno 1993, oggetto di profonda discussione in dottrina (B. de Witte, *The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union*, in M. Cremona (ed.) *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003, 209-252, 210).

<sup>13</sup> M. Mendelski, *Europeanization and the Rule of Law: Towards a Pathological Turn*, in

Il lavoro procederà come segue.

Alla luce della riflessione teorica sviluppatasi attorno al concetto di “Stato di diritto” nelle costituzioni degli Stati membri si cercherà, dapprincipio, di ricostruire la giurisprudenza della Corte di Giustizia che di tale concetto fa uso, con special riguardo alle vicende romene. Si noterà che lo “Stato di diritto” ivi dispiegato diverge dall’omonimo concetto sedimentato nel diritto costituzionale statale. Questo, infatti, presidia l’equilibrio, ben saldo nelle Carte del secondo dopoguerra, fra l’elemento volontaristico e quello moral-razionalistico quali componenti del diritto – tenendo assieme, con l’affermazione della centralità della persona, l’apertura delle costituzioni al diritto sovranazionale e la loro rigidità sul piano interno. Quello, di contro, vale, com’è stato scritto, a dichiarare “incostituzionali le identità costituzionali degli Stati”;<sup>14</sup> crea, infatti, un nuovo parametro euro-costituzionale capace di neutralizzare la pretesa, da parte delle Corti statali, di contribuire alla delimitazione della frontiera tra ordinamento interno e diritto dell’Unione. Il presidio di tale frontiera sarebbe, in virtù di quel parametro, appannaggio della sola Corte di Giustizia; cosicché il massimo giudice dell’Unione, dinanzi all’esigenza suprema di tutela della *rule of law*, guadagnerebbe una posizione di centralità inattaccabile nel forgiare il diritto applicabile a qualsiasi caso concreto, anche a prescindere dal dato testuale, svalutando in modo pressoché definitivo il principio di attribuzione.

Ci si chiederà, allora, quale sia la radice di quest’inedito “Stato di diritto”, e quali le conseguenze della sua affermazione quanto ai rapporti fra diritto dell’Unione e ordinamenti interni – nonché, più in generale, ai complessivi assetti politico-costituzionali nello *spazio pubblico* d’Europa.<sup>15</sup>

La risposta alla prima parte della domanda sta nella svolta, politico-narrativa prim’ancora che giuridica, impressa all’Unione dall’ampliamento a Est e poi confermata con l’inedita adesione “controllata” della Romania. Marchio distintivo di tale svolta è l’ascesa di un’etica *euro-atlantica*: una *public & collective morality* esibita più che praticata, perché concepita a fini di parte e a quei fini strumentale. Tale *morality* sorge col 1989 e si fa segno d’una dominanza culturale, etica e infine giuridica, da parte del blocco euro-atlantico, la quale s’impone come per *irritazione*, à la Niklas Luhmann,<sup>16</sup> sugli Stati d’Europa e sull’Unione – sistema regionale ad elevata integrazione – nonché sui rispettivi abitanti.

Che tale processo, investendo l’Unione, venga a stravolgerne i tratti “costituzionali” più caratteristici, in primo luogo i fondamenti della pretesa

*Southeastern Europe*, 40/2016, 346-384, spec. 350s.

<sup>14</sup> P. Faraguna, *La Corte di giustizia alle prese con identità costituzionali incostituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, XLII:3, 634-637.

<sup>15</sup> P. Ridola, *Prime riflessioni sullo “spazio pubblico” nelle democrazie pluralistiche*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2009, 31-49.

<sup>16</sup> Si veda, ad es., N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, (1993) ed. ingl. (K.A. Ziegert) *Law as a Social System*, Oxford, 2004, spec. 76s., 142s., 305s.

normativa del suo diritto, è la tesi che si vuol argomentare in replica alla seconda parte della domanda, evidenziando, in conclusione, i rivolgimenti profondi, d'indole politica e giuridico-costituzionale, che da un processo siffatto verrebbero innescati.

## 2. “Stato di diritto”: storia (molto) breve di un concetto

La densa riflessione teorica sul concetto di “Stato di diritto” attraversa gli ultimi tre secoli di storia del costituzionalismo e ne rivela a prim'acchito la natura multiforme, esprimendo la difficoltà di ricostruirne i confini.<sup>17</sup> Pur pagando dazio a un'inevitabile approssimazione, si provi a rileggerne i lineamenti muovendo da una polarizzazione che, per quanto rozza, ne traccia le coordinate con sufficiente chiarezza. Da un lato, tale concetto attinge al filone del *Rechtsstaat*, limite pubblico al potere dei privati,<sup>18</sup> la cui sorgente – suprema fonte di legittimità del diritto – è la volontà del sovrano come autorità politica nella cornice statale.<sup>19</sup> D'altro lato, lo stesso concetto richiama l'idea di *rule of law*, in virtù della quale il diritto legittimo e la volontà del sovrano abitano due piani diversi, talora contrapposti<sup>20</sup> – e, ove vengano in conflitto, dev'essere questa a cedere a quello.<sup>21</sup>

Si tratta di una polarizzazione ideale, che ricalca una differenza strutturale. Nel primo caso, il diritto è prodotto *uno actu* da un sovrano *monolite*, privo d'interlocutori istituzionali alla pari – o, comunque, provvisti di analoga dignità ed egual rilievo giuridico. Nell'altro, il diritto risulta dall'equilibrio politico fra la Corona e una serie d'interlocutori siffatti, che da semplici corpi sociali assurgono al rango d'istituzioni, quali il Parlamento e le Corti di *common law*; differenziandosi, così, la produzione giuridica in molteplici fasi, l'una tesa a limitare l'altra nel quadro di una sovranità condivisa.

Per cui, “Stato regolato dal diritto fondato dal sovrano” e “Stato regolato dal diritto che limita il sovrano” riassumono in un sol concetto la dualità di *gubernaculum* e *jurisdictio*:<sup>22</sup> per un verso il diritto è comando,

<sup>17</sup> D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (cur.) *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2003, 17-88.

<sup>18</sup> R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, 7s.

<sup>19</sup> È tradizionalmente attribuita a R. von Mohl, *Staatsrecht der Königsreichs Württemberg*, Tübingen, 1829, 93s., spec. 101-108) l'idea per cui la limitazione del sovrano implichi il riconoscimento della qualità rappresentativa della legge; trattasi, però, di limitazione esterna all'apparato della sovranità statale e protesa verso la “società civile”, volta a tutelare libertà e proprietà quali bastioni principali del regime liberale. Sul punto, M. Ruini, *La distinzione tra società e Stato e la teoria dello Stato di diritto*, Roma (1905?), 11s.

<sup>20</sup> A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885) Indianapolis, 1982, 277s.

<sup>21</sup> L. D'Avack, *Costituzione e Rivoluzione. La controversia sulla sovranità legale nell'Inghilterra del '600*, Milano, 2000, 235s.

<sup>22</sup> Henri de Bracton (1210-1268) *De legibus et consuetudinibus Angliae*, ed. Woodmine – Yale-Oxford, 1915; cfr. N. Picardi, *Giurisdizione e sovranità. Alle origini della*

volontà sovrana; per altro verso, esprime una ragione *illuminata* e una morale condivisa che, opponendosi a tale volontà, ne modellano gli effetti.<sup>23</sup>

Ora, senza pretendere di tagliare così di netto un nodo gordiano del costituzionalismo, si rende necessario mettere a fuoco l'*aliquid novi* apportato dalle costituzioni del secondo Novecento. Esse, infatti, ruotano attorno a una novità storica: il suffragio universale, che permea di sé l'intera architettura dei poteri e ne riscrive i tratti basilari.<sup>24</sup> La sovranità popolare, articolata in forme e limiti costituzionalmente stabiliti,<sup>25</sup> ha ricondotto il *Rechtsstaat* e la *rule of law* lungo un'unica direttrice: quella della massima inclusione, nelle volute istituzionali in cui si articola il potere, d'istanze eterogenee.<sup>26</sup> Quest'inclusione si fonda sull'ordinata interazione dei poteri – legislazione, esecuzione e giurisdizione, latamente intese<sup>27</sup> – là dove ciascuno di essi designa una fase della produzione di diritto, funzionalizzata all'unità dello Stato, in cui individui e gruppi interagiscono con l'autorità pubblica verso il comune godimento di diritti e libertà.<sup>28</sup>

In tal quadro, il *gubernaculum* s'articola in un parlamento dotato di rappresentatività generale e in un governo, ad esso legato da rapporto fiduciario – con l'unica eccezione di Cipro, tra gli Stati dell'Unione<sup>29</sup> – dal quale dipende una pubblica amministrazione plurale, vincolata alla legge parlamentare;<sup>30</sup> mentre la *jurisdictio* si dispiega sui piani della legalità (ordinaria e costituzionale)<sup>31</sup> ponendosi un controllo di costituzionalità accentrato a garanzia ultima dei diritti.<sup>32</sup>

Tale ricostruzione è, a ben vedere, la meglio attrezzata per sostenere il paradosso delle Carte del secondo Novecento, e cioè l'essere a un tempo

---

giurisdizione statale, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 61:3, 2007, 685-708.

<sup>23</sup> Cfr. P. Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale*, Milano, 1969, spec. 95s., e P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, 19s.

<sup>24</sup> F. Lanchester, *Voto (diritto di) – Diritto pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, 1107-1133. Si rilegga, sul punto, C. Pinelli, "Un errore quasi necessario". *Il suffragio universale nel pensiero di Gaetano Mosca*, in *Quaderni costituzionali*, XII:1, 2011, 155-166.

<sup>25</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, II ed., Padova, 1970, 63s.

<sup>26</sup> P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale*, Torino, 2018, 359s.

<sup>27</sup> M. Troper, *Actualité de la séparation de pouvoirs*, in Id., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, 1994, 223-236.

<sup>28</sup> O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 261s., *passim*.

<sup>29</sup> Cfr. R. Ibrido, *L'evoluzione della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza costituzionale dei sei Stati fondatori*, in R. Ibrido, N. Lupo (cur.) *Dinamiche della forma di governo tra Unione europea e Stati membri*, Bologna, 2018, 57-84.

<sup>30</sup> S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano, 1973, 659-703; cfr., sul punto, G. Silvestri, *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, 259s.

<sup>31</sup> Sulla cui estensione sovranazionale B. Guastaferrò, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, spec. 205s.

<sup>32</sup> E. Cheli, *Prefazione*, in G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, 9-17; cfr., da ultimo, C. De Fiores, *Interpretazione delle leggi e interpretazione costituzionale*, in *Diritto e società*, 1/2015, 13-50.

*rigide* sul piano interno e *aperte* verso l'esterno: insuscettibili di revisioni formali se non attraverso procedure rinforzate *ad hoc*, eppure non impermeabili al diritto che emana da piani sovranazionali.

Questo paradosso può così provare a sciogliersi: tali costituzioni, volte all'integrazione del pluralismo nelle strutture del potere,<sup>33</sup> riconoscono primazia assiologica allo *status* universale di *persona*, che fonda e allo stesso tempo trascende quello contingente di *cittadino*, cui appartiene la sovranità.<sup>34</sup> Sicché, i diritti si riempiono di contenuto concreto grazie al concorso di più soggetti – ora diretta espressione del volere dei cittadini, ora portatori di ragioni *etiche* e *tecniche* condivise su scala non solo maggioritaria – i quali ne plasmano l'area operativa tenendo conto delle mutevoli esigenze sociali.<sup>35</sup> Quindi, oltre che per estensione territoriale (in base al grado d'autonomia loro riconosciuto) tali soggetti si differenziano per qualità della *representative claim*:<sup>36</sup> alcuni elaborano la volontà del sovrano “popolo”, altri hanno un profilo *counter-majoritarian*, facendosi latori di elementi d'ordine morale e/o razionale. Questi ultimi – si pensi alle Corti, ma anche ai decisori “tecnici” ritagliati sul modello delle *authorities* e delle banche centrali<sup>37</sup> – apportano alla produzione giuridica argomenti di respiro più alto, giacché *spoliticizzati* e *neutralizzati* rispetto ad essa.<sup>38</sup>

Lungo queste direttrici, dunque, si stabilisce tra potere e individuo un rapporto circolare che attraversa il diritto di voto – *dovere civico*, giacché esercizio libero di auto-determinazione – per lambire quello di azione<sup>39</sup> e

<sup>33</sup> Cfr. V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)* (1954) in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 100s., 104-105, e L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1983, 272s.

<sup>34</sup> L. Carlassare, *La sovranità del popolo nel pluralismo della democrazia liberale*, in Ead. (cur.), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Atti del Convegno di studi (Padova, 19-21 giugno 2003) Padova, 2004, 6s.

<sup>35</sup> R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018, 40s., ove si parla dei diritti come “ombrelli” la cui area periferica assicura una copertura sfumata, meno intensa di quella centrale, alle situazioni giuridiche che vi cercano riparo.

<sup>36</sup> M. Saward, *The Representative Claim*, Oxford, 2010, spec. 36s.

<sup>37</sup> Si veda il “classico” A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale, 1962, 12s., *passim*; più di recente, cfr. B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *NYU Law Review*, 73:2, 1998, 333-433. Sul versante tecnico, W. Easterly, *Economists, Dictators, and the Forgotten Rights of the Poor* (2014) ed. it. *La tirannia degli esperti. Economisti, dittatori e diritti negati dei poveri*, Roma-Bari, 2015, 31s., *passim*, e C.E. Mattei, *The Guardians of Capitalism: International Consensus and Fascist Technocratic Implementation of Austerity*, in *Journal of Law & Society*, 44-1, 2017 10-31. Da ultimo, sull'intreccio tecnico-politica nella produzione normativa, E. D'Orlando, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in *DPCE Online*, 50:1 (numero speciale) 2022, 347-432.

<sup>38</sup> Nel senso approfondito, com'è noto, da C. Schmitt, *Die Europäische Kultur im Zwischenstadium der Neutralisierung* (1929) ed. it. (G. Miglio, P. Schiera), *L'epoca delle spoliticizzazioni e delle neutralizzazioni*, in Id., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, 167-183.

<sup>39</sup> M. Esposito, *L'azione in giudizio come diritto costituzionale di partecipazione*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, 2016, 907-932.

ricominciare daccapo, tenendosi in equilibrio permanente, benché precario,<sup>40</sup> il dato volontaristico e quello moral-razionalistico lungo i sentieri del ciclo normativo.

Perciò, con Christoph Möllers,<sup>41</sup> può dirsi che le attuali costituzioni mediano tra auto-determinazione individuale e collettiva in seno allo Stato-comunità. Superano così, accomodando separazione dei poteri e garanzia dei diritti<sup>42</sup> in articolazioni atte a riconoscere e abbracciare il conflitto politico,<sup>43</sup> due fra i dilemmi più brucianti ereditati dal costituzionalismo precedente alla Seconda Guerra Mondiale: la tirannia della maggioranza e la paura delle masse.<sup>44</sup> Se all'una rimediano contrappesi costituzionali,<sup>45</sup> a queste ultime è offerto l'aggio d'una piena partecipazione alle articolazioni del potere,<sup>46</sup> al quale, sennò, si opporrebbero per via di *scontro*, sterile quanto pericoloso per la comune pacifica convivenza.<sup>47</sup>

Si scioglierebbe così l'ambiguità delle costituzioni contemporanee fra apertura sovranazionale e rigidità domestica. Infatti, svolgendo la lezione di Alessandro Pace, la causa della rigidità costituzionale sarebbe da ricercarsi nello stesso principio che ne fonda l'apertura sovranazionale: la centralità della persona, pilastro della comunità politica, che è a un tempo soggetto di diritti e attore partecipante della determinazione del loro contenuto. Non starebbe nell'aggravio procedurale previsto per la riforma – che di una tale rigidità è effetto, piuttosto che causa<sup>48</sup> – bensì nel predisporre, quelle Carte costituzionali, ad accogliere diritti e interessi divergenti, fissandone le regole d'ingaggio e tracciando gli equilibri tra gl'individui e i gruppi relativi; e ciò, sempre tenendo a stella polare la persona umana, capace di autodeterminarsi come singolo e come membro di una collettività.<sup>49</sup> Per tal loro caratteristica, allora, quelle Carte si volgono naturalmente ad una dimensione di reciproca

<sup>40</sup> E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017, 21s., *passim*.

<sup>41</sup> C. Möllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford, 2013, 51s., 106s.

<sup>42</sup> M. Luciani, *La "Costituzione dei diritti" e la "Costituzione dei poteri". Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II, Padova, 1985, 497s.

<sup>43</sup> G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, 109s., *passim*.

<sup>44</sup> C. Möllers, *We are (afraid of) The People: Constituent Power in German Constitutionalism*, in M. Loughlin, N. Walker (eds.) *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, 87-106.

<sup>45</sup> E. Cheli, *La Costituzione del 1948: il modello e la sua tenuta*, in Id., *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012, 25-38.

<sup>46</sup> N. Bobbio, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 1985, 31s., *passim*.

<sup>47</sup> N. Urbinati, *Pochi contro molti. Il conflitto politico nel XXI secolo*, Roma-Bari, 2020, 18s.

<sup>48</sup> A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione* (1996) in Id., *Potere costituente, revisione costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, 3s., 66.

<sup>49</sup> S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo* (1992) Roma-Bari, 1999, 14s., *passim*.



apertura; poiché tutte fondate su uno stesso cardine di cui preservano intatta la portata assiologica.

Dunque, la centralità della persona umana, sancita dalle costituzioni del secondo Novecento, permette di tener salda la rigidità costituzionale – opponendosi al diritto legislativo l'azione moderatrice dei decisori *counter-majoritarian* – e, a un tempo, di modulare l'apertura dell'ordinamento a piani sovranazionali d'integrazione reciproca, sempre tenendo fermo l'equilibrio tra elemento volontaristico e moral-razionalistico del diritto.<sup>50</sup> Equilibrio che, a sua volta, si riflette nel rapporto fra argomento testuale e teleologico-sistematico nell'interpretazione del diritto stesso, là dove la lettera d'un testo validamente adottato è punto di partenza dell'*iter* ermeneutico che conduce alla regola del caso concreto.<sup>51</sup>

Ora, può senz'altro ritenersi che il progetto europeo, come sviluppatosi dai primordi dell'integrazione, abbia come scopo *dichiarato* – cioè posto a giustificazione dell'intero disegno – quello di perpetuare l'eredità delle Carte dell'ultimo dopoguerra, sterilizzando ogni deriva nazionalistica totalitaria grazie alla capacità inclusiva di queste.<sup>52</sup> Se si accetta quest'affermazione, va accolto il suo corollario: l'apertura a piani sovranazionali, ove omettesse di perseguire analoga *inclusività*, romperebbe il circolo fra apertura e rigidità, causando il sacrificio dell'una in nome dell'altra o la rottura *tout court* della legalità costituzionale – tradendosi, in uno alla centralità della persona ereditata dalle Carte, lo scopo dichiarato dell'intero processo: tenere lontano dal “Paese d'Europa”<sup>53</sup> lo spettro del totalitarismo.

E, a dir il vero, il profilo dell'art. 2 TUE, muovendo dalla dignità umana, assorbe per intero la relazione dialettica fra cittadino e persona, ricercando una sintesi fra auto-determinazione individuale e collettiva nel rapporto fra volontà e ragione/morale. Dall'empireo della *dignitas* – lo ricorda in un fine ritratto Paolo Ridola<sup>54</sup> – discendono due vie: quella del *munus* e quella della *conquista*. Se per l'una la dignità è dono *ricevuto* dalla persona senza suo merito né colpa, adattandosi quindi a custodire diritti indipendenti dalla condotta di questa, per l'altra la dignità è traguardo da raggiungere mediante libera auto-determinazione. S'instaura, quindi, un denso legame fra *essere* e *diventare* persona, in conseguenza del quale la tutela dei diritti è in parte *esterna* al circuito politico e in altra parte *dipendente* dal

<sup>50</sup> G. Campanini, *Ragione e volontà nella legge*, Milano, 1965, 55s., *passim*.

<sup>51</sup> Per tutti, V. Crisafulli, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, 195-209.

<sup>52</sup> J. Habermas, *Die Einbeziehung, des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996) ed.it. L. Ceppa (cur.) *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, 2008, 141s.; cfr. C. Pinelli, *Il dibattito sulla Costituzione europea e le virtù trasformatrice delle tradizioni costituzionali comuni*, in *Archivio Rivista AIC*, 28 maggio 2004, par. 2-3.

<sup>53</sup> M. Patrono, *I diritti dell'uomo nel Paese d'Europa. Conquiste e nuove minacce nel passaggio da un millennio all'altro*, Padova, 2000, 14s., *passim*.

<sup>54</sup> P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il “principio libertà” nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 77-139, spec. 86s.

suo corretto funzionamento.<sup>55</sup> La catena “libertà, democrazia, uguaglianza”, non a caso in quest’ordine nel testo del Trattato, ricalca proprio l’*égalité* di Étienne Balibar:<sup>56</sup> la libertà uguale di tutti trova il suo limite e insieme il suo fondamento nelle articolazioni a ciò preposte dalla Costituzione, affinché l’auto-determinarsi individuale trasmuti in auto-determinarsi collettivo – comprimendosi le rispettive sfere, in tal reciproco accomodarsi, il meno possibile,<sup>57</sup> con l’ottimizzazione reciproca delle posizioni di ognuno.<sup>58</sup>

Se si segue questa ricostruzione, si giunge a sostenere che, nel collocarsi fra i valori fondamentali dell’Unione, lo “Stato di diritto” ha per significato originario proprio la perpetuazione, sul piano sovranazionale, di quell’equilibrio che le Carte del secondo Novecento si sono premurate di tracciare a livello nazionale: un equilibrio che attiene alla concezione più intima del diritto e che oscilla fra volontà, riconducibile al circuito politico, e ragione o morale, riferibili ora al giudice, ora all’esperto – del pari coinvolti, secondo vie diverse, nella produzione giuridica.<sup>59</sup>

Quest’equilibrio, “comune agli Stati membri” giacché profondamente intessuto nelle rispettive Carte fondamentali, s’irradia all’intera costruzione europea, facendosi impalcatura di una “società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini” – così, ancora, la lettera dell’art. 2 TUE.

### 3. Lo “Stato di diritto” secondo la Corte di Giustizia: un caso di omonimia?

Se lo “Stato di diritto” intessuto nell’ordito delle Carte nazionali fosse il progenitore dell’omonimo concetto difeso dalla Corte di Giustizia, il ragionamento condotto in tal sede dovrebbe giustapporre alla tutela dei diritti nel quadro *multilevel* la difesa delle sovranità uguali degli Stati nella misura in cui ne risultino protetti i rispettivi organi politici rappresentativi.

<sup>55</sup> S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, 32s., *passim*.

<sup>56</sup> É. Balibar, *La proposition de l’égalité: essais politiques 1989-2009*, Paris, 2010, *passim*.

<sup>57</sup> A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012, 99s.

<sup>58</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1986) ed. ingl. (J. Rivers) *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002, 47s., 388s.

<sup>59</sup> Sarebbe allora, forse, un errore relegare la dignità al ruolo di “*hermeneutic tool to build limits on public power*” (B. Cortese, *ECJ and National Constitutional Courts: A Collaborative Approach*, ne *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2018, 47-96, 87); poiché ne uscirebbe valorizzato il solo profilo di *munus*, determinandosi, quanto alla concezione del rapporto fra potere e diritto, un regresso verso le costituzioni ottriate. Si noti come chi sostenga quest’approccio tenda a squalificare come *culturally oriented* l’orientamento che ammette entrambi i lati della dignità umana, per poi legarlo al concetto di *Kulturnation* – il quale, al contrario, emerge là dove il profilo dell’auto-determinazione tra eguali si eclissi, lasciando spazio a criteri diversi dall’uso pubblico di ragione (J. Habermas, *Reconciliation Through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls’s Political Liberalism*, in *Journal of Philosophy*, 92:3, 1995, 109-131) per la sintesi fra volontà individuale e collettiva.

Avrebbe cura, quindi, tal ragionamento, di non creare scompensi fra i succitati poli della ragione, o morale, e della volontà, nel quadro della produzione giuridica: guarderebbe con cautela al conflitto interno a uno Stato membro – riconoscendogli il diritto ad auto-determinarsi secondo le vie apprestate dalla propria costituzione – e, conscio della rappresentatività lacunosa del Parlamento europeo, presterebbe al principio di attribuzione un'attenzione speciale là dove vengano in rilievo snodi sensibili dell'ordinamento nazionale, a tutela di un'eguaglianza non solo formale tra gli Stati.

Tutto ciò nondimeno, l'esame della giurisprudenza, pur sommario e incentrato sul caso romeno, conduce alla conclusione contraria. La tutela dello "Stato di diritto" in questa vicenda, difatti, si muove su binari opposti a quelli poc'anzi accennati.

Tale divergenza, invero palese, in certi casi non è occultata, ma apertamente disvelata. Nella dottrina "comunitarista" non manca chi sostiene, con toni anche lapidari, la doverosità giuridica della prevalenza dello "Stato di diritto europeo" rispetto agli "Stati di diritto nazionali".<sup>60</sup> La stessa Corte, in due sentenze recenti sulla condizionalità finanziaria – esterne al caso romeno – con identica formulazione scolpisce il legame tra lo "Stato di diritto" fondato sull'art. 2 TUE e la rivendicazione di *autonomia* del diritto dell'Unione.<sup>61</sup> Tuttavia, pur se si avallasse questa costruzione, non potrebbe celarsene la portata di problematica novità rispetto ai vigenti assetti politico-costituzionali dei rapporti Stati-Unione: grazie a tale clausola l'Unione non solo riaffermerebbe in via "assoluta",<sup>62</sup> cioè incondizionata, il primato del diritto dell'Unione,<sup>63</sup> ma pure risolverebbe per sempre a suo favore la *querelle* sulla matrice della propria *autonomia*,<sup>64</sup> cioè intorno alla natura originaria o derivata del proprio "ordinamento".<sup>65</sup> Verrebbero così recisi gli ormeggi che

---

<sup>60</sup> Ad es. E. Perillo, *Le decisioni collettive dei governi degli Stati membri e il rispetto dello Stato di diritto europeo: una competenza esclusiva della Corte di giustizia?*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3-4/2021, 519-551, spec. 520-521.

<sup>61</sup> CGUE, C-156/21, *Ungheria c./ Parlamento e Consiglio*, 16 febbraio 2022, ECLI:EU:C:2022:97, par. 125, e C-157/21, *Polonia c./ Parlamento e Consiglio*, 16 febbraio 2022, ECLI:EU:C:2022:98, par. 143, a voce dei quali "la condivisione dei valori di cui all'art. 2 TUE discende "dall'autonomia di cui gode [il diritto dell'Unione] nei confronti dei diritti degli Stati membri nonché del diritto internazionale".

<sup>62</sup> Sul punto, M. López Escudero, *Primacía del Derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 64/2019, 787-825.

<sup>63</sup> P. Mori, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2021, 73-92.

<sup>64</sup> R. Barents, *The Autonomy of Community Law*, Kluwer, L'Aja, 2004, 172s.; si rilegga, da ultimo, sull'evoluzione di tale concetto, M.-L. Öberg, *Autonomy of the EU Legal Order: A Concept in Need of Revision?*, in *European Public Law*, 26:3, 2020, 705-740, spec. 708s.

<sup>65</sup> G. Itzcovich, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1/2009, 34-60, spec. 36s., 43-45.

garantiscono la continuità politico-sociale e giuridico-costituzionale tra “l’esperienza costituzionale europea”<sup>66</sup> e le esperienze costituzionali statali del secondo dopoguerra.

Non appare, quindi, fuori luogo sostenere che il “caso Romania” si candidi a stampo paradigmatico di un *nuovo diritto dell’Unione*, emblema di un cambiamento filosofico, politico e giuridico-costituzionale i cui estremi sono ben lungi dall’essere compiutamente esplorati.

Onde si discernano i tratti salienti di un tale cambiamento, mette conto di soffermarsi su alcuni passaggi dell’itinerario argomentativo che i giudici europei hanno costruito attraverso più sentenze, circoscritte al (mancato) rispetto dello “Stato di diritto” da parte della Romania.<sup>67</sup>

A prim’acchito, si abbia riguardo alle caratteristiche degli atti giuridici dell’Unione da cui si fanno discendere effetti diretti, nonché ai rispettivi destinatari formali. Vengono in rilievo, a tutta prima, le “osservazioni e conclusioni” della Commissione nel quadro della procedura di cui all’art. 2 della citata Decisione MCV. Secondo l’art. 288 TFUE, tali atti, assimilabili alle raccomandazioni, *non* hanno effetti vincolanti; in più, s’indirizzano a Parlamento e Consiglio e *non* alla Romania, là dove la stessa Decisione MCV, a voce dell’art. 4, è diretta “alla totalità degli Stati membri” – quindi, ancora, a rigore, *non* alla Romania, che all’entrata in vigore della Decisione non era uno Stato membro.<sup>68</sup>

Vero è che, come sostiene l’Avvocato Generale Bobek nelle *Conclusioni* di *Forumul Judecătorilor*,<sup>69</sup> tali atti, per la loro natura e per il contesto in cui operano, “costituiscono qualcosa in più rispetto a una «tradizionale» raccomandazione”;<sup>70</sup> tuttavia, fra riconoscerne la peculiarità e trarne effetti direttamente vincolanti in capo alla Romania il salto è evidente. La Corte però non se ne cura,<sup>71</sup> né esita a valorizzare appieno il nesso funzionale tra Decisione MCV e adesione della Romania per aggirare il problema della

<sup>66</sup> Nell’espressione di S. Mangiameli, *L’esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008.

<sup>67</sup> Per un esame più dettagliato della giurisprudenza e per maggior bibliografia, si permetta il rinvio a G. Vosa, *La tutela dello “Stato di diritto” in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell’Unione?*, in *Federalismi.it*, 22/2022 (10 agosto), 184-225.

<sup>68</sup> L’art. 3(1) del Protocollo relativo alle condizioni e modalità d’ammissione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all’Unione europea, allegato al Trattato di Adesione di Romania e Bulgaria, non contiene alcun specifico riferimento alla Decisione MCV e si limita a disporre che “[l]a Bulgaria e la Romania aderiscono alle decisioni ed agli accordi adottati dai rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio”.

<sup>69</sup> *Conclusioni* dell’Avvocato Generale Michał Bobek, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» c./ Inspecția Judiciară*, 23 settembre 2020, ECLI:EU:C:2020:746.

<sup>70</sup> *Ibid.*, 153.

<sup>71</sup> CGUE, Cause riunite C-83/19, C-127/19 e C-195/19, *Asociația «Forumul Judecătorilor din România» c./ Inspecția Judiciară*, 18 maggio 2021, ECLI:EU:C:2021:393, par. 170s.

formale assenza di quest'ultima fra i destinatari di tale atto.<sup>72</sup> Sicché, dal connubio fra raccomandazioni e Decisione MCV emerge un vincolo giuridico *de-formalizzato in toto*, capace, in virtù dell'obbligo di leale cooperazione, di sprigionare effetti direttamente obbligatori per lo Stato transilvanico.

In tal senso, la già nota linea per cui il principio di leale cooperazione, corollario della fiducia reciproca tra gli Stati, è effetto, e non causa, della tutela giurisdizionale effettiva,<sup>73</sup> conosce un'ulteriore evoluzione.<sup>74</sup> Infatti, da questo principio, in forza della preminenza assiologica della *rule of law*, l'ordinato dispiegarsi delle relazioni giuridiche fra gli Stati e l'Unione viene a conformarsi secondo un nuovo corollario: un principio di "non regressione" in senso *forte*, in virtù del quale "[u]no Stato membro non può modificare la propria normativa in modo da comportare una regressione della tutela del valore dello Stato di diritto".<sup>75</sup>

Per tal via, la divergenza fra il raggio operativo del principio di tutela giurisdizionale effettiva "in quanto presupposto" del principio di leale cooperazione e quello ad esso riconducibile "in quanto corollario" di tale principio – il primo legato, sia pur in senso ampio, "all'attuazione" del diritto dell'Unione da parte degli Stati, a voce dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali; l'altro semplicemente relativo ai "settori disciplinati dal diritto dell'Unione" o "coperti" da questo<sup>76</sup> – sembra accentuarsi irreversibilmente, fino a renderne pleonastica la stessa delimitazione concettuale. L'ambito applicativo di entrambi, infatti, semplicemente segue la curva che, dinanzi a un certo fatto, il *valore dei valori* dell'Unione imprime "all'ordinamento europeo", determinandone la reazione; risulta, dunque, circoscrivibile solo *ex post* rispetto a tale fatto – a meno di non attribuire valore immediatamente precettivo alla mera locuzione "regressione", di per sé lapalissianamente generica.

Con lo scorrere della giurisprudenza, da tale condizione si distendono due direttrici fra loro intrecciate, che confermano una lettura siffatta: l'una manda in pensione l'argomento testuale, l'altra relega in soffitta quello del consenso originario. L'una evidenzia la progressiva marginalità della

---

<sup>72</sup> *Ibid.*, 155; 174.

<sup>73</sup> M.E. Bartoloni, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva ai sensi dell'art. 19, par.1, TUE*, ne *Il Diritto dell'Unione europea*, 2/2019, 245-259, spec. 253s.

<sup>74</sup> A partire da CGUE, C-619/18, *Commissione c./ Polonia*, 24 giugno 2019, ECLI:EU:C:2019:531, par. 43s.

<sup>75</sup> CGUE, C-824/18, 2 marzo 2021, *A.B. e a. (Nomina dei giudici alla Corte suprema – Ricorso)*, EU:C:2021:153, par. 108; CGUE, C-896/19, 20 aprile 2021, *Repubblika*, ECLI:EU:C:2021:311, par. 63; cfr. anche CGUE, *Forumul Judecătorilor*, cit., par. 162, e CGUE, C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, *Euro Box Promotion et alt.*, 21 dicembre 2021, ECLI:EU:C:2021:1034, par. 162.

<sup>76</sup> CGUE, C-192/18, *Commissione c./ Polonia (Indipendenza dei tribunali ordinari)*, 5 novembre 2019, EU:C:2019:924, par. 101s.; CGUE, C-896/19, *Repubblika*, cit., par. 36s.; CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., par. 220.

valutazione sulla natura dell'atto scrutinato e sulla lettera delle sue disposizioni; l'altra accantona quell'estuario di ragionamenti che muove dalla speciale volontà degli Stati di mettere in comune settori giuridico-economici via via più notevoli e sfocia nella costituzionalizzazione dell'Unione per moto convergente degli ordinamenti statali, imperniato su valori comuni.<sup>77</sup>

3.1. Da “leale cooperazione” a diretta applicazione: un salto triplo... oltre il dato positivo

Sulla prima direttrice segnalata si colloca il tema relativo alle forme e ai modi in cui, partendo dallo strumentario giuridico forgiato nei decenni dalla Corte stessa, si ottiene la disapplicazione del diritto interno: il prezzo è un sottile ma palese mutamento di quegli stessi strumenti – o, forse, può dirsi, una loro radicalizzazione, che muove ad una più compiuta dimensione sovranazionale e, senza ritrosie, svaluta *tout court* l'argomento testuale, così permettendo al diritto dell'Unione di prescindere, di fatto, da un supporto positivo.

In *Forumul Judecătorilor*,<sup>78</sup> la Corte di Giustizia, malgrado il parere contrario dell'Avvocato Generale Bobek,<sup>79</sup> s'incetra sulle raccomandazioni della Commissione e formula, come anticipato, una lettura *ardita* del dovere di leale cooperazione, che imporrebbe a ogni organo statale – senza riguardo per la sua collocazione interna nel quadro della separazione dei poteri – l'adozione di “tutte le misure idonee a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione, nonché [l'eliminazione delle] conseguenze illecite di una violazione di tale diritto”.<sup>80</sup> A parte la tautologia insita nella qualifica di “illecito” – che, a rigore, potrebbe predicarsi solo come conseguenza della valutazione sul diritto applicabile, e non già *a priori* rispetto ad essa – il meccanismo operativo richiamato si avvicina alla *invocabilité d'exclusion*, che parte della dottrina riconduce all'effetto diretto e che permette d'invocare una norma di diritto dell'Unione *ostativa* all'applicazione del diritto interno al fine di godere di taluni diritti che lo Stato non garantirebbe.<sup>81</sup>

In *Euro Box Promotion*<sup>82</sup> e in *RS*<sup>83</sup> la radicalizzazione si fa più matura.

<sup>77</sup> Su tale processo, si permetta il rinvio a G. Vosa, *Sull'equilibrio costituzionale dell'Unione europea. La costituzione “nata dal cambiamento” e i limiti alla priorità applicativa del diritto sovranazionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2021, 1-45, 19, 27s.

<sup>78</sup> CGUE, «*Forumul Judecătorilor din România*» c./ *Inspekția Judiciară*, cit.

<sup>79</sup> *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Michał Bobek, «*Forumul Judecătorilor din România*», cit., 157-162.

<sup>80</sup> CGUE, «*Forumul Judecătorilor din România*» c./ *Inspekția Judiciară*, cit., 176.

<sup>81</sup> Cfr. D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Giuffrè, Milano, 2018, 89s.; da ultimo, L.S. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Popławski*, in *Giustiziainsieme.it*, 3 febbraio 2021.

<sup>82</sup> CGUE, C-357/19 et alt., *Euro Box Promotion* (et. alt.) 21 dicembre 2021, ECLI:EU:C:2021:170.

<sup>83</sup> CGUE, C-430/21, *RS* (*Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle*), 22 febbraio 2022, ECLI:EU:C:2022:99.

Anzitutto, l'atto controverso è l'allegato della Decisione MCV,<sup>84</sup> su cui si fondano le raccomandazioni citate; mutare l'oggetto del giudizio permette di eludere il nodo dell'attribuzione di effetti vincolanti a un atto cui il Trattato espressamente li nega, ma infligge un duro colpo al nesso fra disposizione e norma – giacché nell'allegato si indicano, in maniera assolutamente generica e sotto forma di meri obiettivi da raggiungere, i campi oggetto di specifica attenzione da parte della Commissione.<sup>85</sup>

Su questa falsariga, poi, si stabilizza l'effetto diretto in conseguenza dell'obbligo di leale cooperazione, producendosi un'acrobazia concettuale – si direbbe, un *salto triplo* – che ammette l'applicazione diretta del diritto dell'Unione a partire da (e sulla base di) un atto generico nel contenuto e formalmente privo, Trattati alla mano, di effetti vincolanti.

A premessa, si rileggano le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Collins in *RS*,<sup>86</sup> ove si ripercorre lo schema dei rapporti fra leale cooperazione e diretta applicazione. In tal senso, i giudici statali, “in applicazione del principio di cooperazione” *ex* art. 4(3) TUE, hanno “l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione direttamente applicabile e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai privati, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge nazionale, sia anteriore sia successiva alla norma dell'Unione”.<sup>87</sup> Dal dovere di leale cooperazione, quindi, si fa discendere la tipica conseguenza del primato, di cui l'art. 19(1) TUE costituirebbe “manifestazione concreta”.<sup>88</sup> Ora, per l'Avvocato Generale, l'obbligo di disapplicazione sovviene, in particolare, quando “l'atto o la misura dell'Unione” ha “efficacia diretta”; altrimenti, il dovere di dare piena applicazione al diritto dell'Unione conduce all'interpretazione conforme o, in altri casi, al risarcimento del danno.

Si evidenziano, in particolare, due passaggi di questo ragionamento.

Primo: s'istituisce un rapporto causa-effetto tra “principio di cooperazione” e primato, come se questo potesse derivarsi non solo da atti “direttamente applicabili” – cosa che pure non omette di precisarsi – ma

---

<sup>84</sup> Si veda CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., 137-140; CGUE, *RS*, cit., 56.

<sup>85</sup> Così l'Allegato (GU L 354/56, 14 dicembre 2006): “Parametri di riferimento di cui all'articolo 1 che la Romania deve rispettare: 1) Garantire una maggiore trasparenza e una maggiore efficienza dei procedimenti giudiziari, in particolare potenziando la capacità e la responsabilità del Consiglio superiore della magistratura. Riferire in merito all'impatto dei nuovi codici di procedura civile e penale ed effettuare i necessari controlli. 2) Creare, come previsto, un'agenzia di integrità responsabile della verifica delle proprietà, delle incompatibilità e dei potenziali conflitti d'interesse, nonché dell'emissione di decisioni obbligatorie su cui basare eventuali azioni dissuasive. 3) Sulla base dei progressi già compiuti, continuare a condurre indagini professionali e imparziali su accuse di corruzione ad alto livello. 4) Adottare ulteriori misure per prevenire e combattere la corruzione, in particolare all'interno delle amministrazioni locali”.

<sup>86</sup> Presentate il 20 gennaio 2022, ECLI:EU:C:2022:44.

<sup>87</sup> *Ibid.*, 78.

<sup>88</sup> *Ibid.*, 80.

anche da atti che recano meri obblighi di leale cooperazione.

Secondo: si crea un'ambiguità terminologica fra “atto” e il ben più generico “misura”<sup>89</sup>, per il cui tramite, nell'ambito del primato, si apre alla possibilità di ascrivere efficacia diretta non solo agli “atti” ma pure ad atipiche “misure”, benché non specifiche nel contenuto, né suscettibili – stando al *nomen juris* loro attribuito – di sprigionare effetti giuridicamente obbligatori.

L'intera ricostruzione, dunque, prelude all'obiettivo di supportare l'idea per cui tutti gli atti o misure dell'Unione – anche le raccomandazioni e gli allegati alle Decisioni che ne costituiscono la base giuridica, contenenti mere elencazioni di obiettivi o al più obblighi di risultato, e soggetti alla sola leale cooperazione – sostengono il primato del diritto dell'Unione e possono essere interpretati, in principio, come produttivi di effetti diretti. Si interviene, in altri termini, sia sulla qualificazione che il Trattato dà delle sue norme, sia sul contenuto materiale di queste, sostanzialmente prescindendo dal *diritto scritto* per riscrivere a modo proprio l'intero “sistema delle fonti”<sup>90</sup> dell'Unione.

Su questo schema, la Corte opera un triplice passaggio. In prima battuta, si segnala l'affermazione seguente, posta già in *Euro Box Promotion* a fondamento dell'intero edificio:

al giudice nazionale che ha esercitato la facoltà o che ha adempiuto l'obbligo di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 TFUE non può impedirsi di applicare immediatamente il diritto dell'Unione in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte, altrimenti ne verrebbe ridotto l'effetto utile di tale disposizione.<sup>91</sup>

Con tal insegnamento, la Corte assegna all'effetto utile un ruolo chiave nell'arsenale concettuale a sostegno della priorità del diritto dell'Unione, donde l'ampliamento indefinito del suo ambito applicativo.<sup>92</sup> Dall'art. 267 TFUE, infatti, l'effetto utile s'irradia all'intero diritto materiale, la cui

<sup>89</sup> *Ibid.*, 79. Com'è noto, la tesi della Commissione, già nel caso *Forumul Judecătorilor*, propendeva per la natura di atti giuridici vincolanti, benché atipici, delle relazioni da essa redatte nel quadro dell'art. 2 della Decisione MCV: cfr. *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Michał Bobek, «*Forumul Judecătorilor din România*», cit., 159.

<sup>90</sup> Per l'analisi di questo passaggio concettuale, centrale nella ricostruzione delle fonti di qualunque “ordinamento” e indispensabile al fine di evitare che essa “si converta” nell'interpretazione (come denunciava A. Ruggeri, *Quale sistema delle fonti dopo la riforma del Titolo V?*, in *Federalismi.it*, 2/2006 (25 gennaio) 1-43, 4s., *passim*) la pagina di R. Bin, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 35s.

<sup>91</sup> CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., 257. Cfr. G. Caggiano, *La Corte di giustizia sulla tutela dell'indipendenza della magistratura nei confronti di sanzioni disciplinari lesive dello Stato di diritto*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2/2020, 249-266.

<sup>92</sup> M.E. Bartoloni, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018, spec. 38s.



applicazione “non può essere impedita”.<sup>93</sup> Il teleologismo interpretativo – un tempo legato al fine della *ever closer union* e alla narrazione dei benefici comuni che avrebbe apportato<sup>94</sup> – viene a ricondursi in via esclusiva a una *preferibilità* morale-razionale riconosciuta *a priori* al diritto dell’Unione su ogni ordinamento nazionale.<sup>95</sup>

Si assiste, poi, all’offuscamento della “diretta applicabilità” mercé il continuo riferimento all’efficacia diretta:<sup>96</sup> ne consegue l’intercambiabilità, per ogni atto o misura dell’Unione, fra i vari modi di manifestazione del primato, la selezione tra i quali sembra dipendere dal mero apprezzamento del giudice del rinvio.

Sicché, in ultima istanza, la Corte istruisce – *rectius*, vincola – i giudici interni: nella sua prospettiva, il primato obbliga a garantire piena efficacia al diritto dell’Unione “disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi normativa o prassi nazionale, anche posteriore, contraria a una disposizione del diritto dell’Unione che abbia effetto diretto”.<sup>97</sup>

In definitiva, ove sia ravvisata efficacia diretta di un atto o misura di diritto dell’Unione, il giudice deve conseguentemente disapplicare il diritto interno, a prescindere dal tipo di atto-fonte da cui trae la norma da applicare; e, una volta sollevato rinvio pregiudiziale (che, com’è noto, riguarda “atti”; ma la Corte è flessibile sul punto)<sup>98</sup> non può mai essere distolto dal seguire la norma dettata dalla Corte stessa, qualsiasi essa sia, altrimenti l’istituto del rinvio pregiudiziale verrebbe privato del suo effetto utile – quello, cioè, di dare massima e uniforme applicazione al diritto dell’Unione, con priorità sul diritto interno. Pertanto, “all’occorrenza”, la norma nazionale perde di obbligatorietà giuridica dinanzi a ogni atto o misura di diritto dell’Unione cui il giudice, su imbeccata anche perentoria della Corte di Giustizia, stabilisca di poter riconoscere effetti diretti.

In tale contesto, il richiamo ai requisiti consolidati in giurisprudenza affinché si dia effetto diretto – che la norma in questione sia chiara, precisa e incondizionata<sup>99</sup> – cui la Corte fa affidamento risulta assai ambiguo, giacché

---

<sup>93</sup> Si verifica un’accentuazione netta dei profili di collaborazione tra Corte di Giustizia e giudici nazionali, a detrimento della giurisdizione costituzionale (malgrado il principio per cui la collaborazione dovrebbe comportare il minor sacrificio possibile per l’autonomia procedurale nazionale: B. Cortese, *ECJ and National Constitutional Courts*, cit., 54s).

<sup>94</sup> Cfr. R. Bieber, J.-P. Jacqué, J.H.H. Weiler, *Introduction*, in *An Ever Closer Union. A critical analysis of the draft Treaty establishing a European Union*, pref. A. Spinelli, Luxembourg-Bruxelles, 1985, 7-16.

<sup>95</sup> Come sembra riconoscere uno dei suoi sostenitori più illustri: J. Baquero Cruz, *What’s Left of the Law of the Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford, 2018, spec. 27s.

<sup>96</sup> CGUE, *RS*, cit., 53-55.

<sup>97</sup> *Ibid.*, 53.

<sup>98</sup> CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., 140.

<sup>99</sup> “... il giudice nazionale cui il singolo amministrato che si sia conformato alle disposizioni di una direttiva chieda di disapplicare una norma interna incompatibile con

pare ormai approdata a compimento quella separazione tra requisiti dell'atto e proclamazione dell'effetto diretto<sup>100</sup> già avviata negli anni di Maastricht e decollata con l'entrata a regime della Carta dei diritti fondamentali.<sup>101</sup> Sicché, tal richiamo rivela piuttosto, in ottica di politica del diritto, l'esplicita volontà di stabilire un collegamento tra quest'ultima giurisprudenza e quella più risalente, come se non vi fossero salti tra l'una e l'altra<sup>102</sup> – salti che, tuttavia, non si riesce ad occultare per intero.

Sembra di cogliere, poi, un profilo evolutivo<sup>103</sup> rispetto alla dottrina *Popławski*, secondo la quale “una disposizione del diritto dell'Unione che sia priva di effetto diretto non può essere fatta valere, in quanto tale, nell'ambito di una controversia rientrante nel diritto dell'Unione, al fine di escludere l'applicazione d'una disposizione di diritto statale ad essa contraria”<sup>104</sup> – limitando, quindi, l'obbligo di disapplicazione in capo ai giudici nazionali alle sole norme aventi effetti diretti e valorizzando l'aggancio con la relativa “disposizione”.<sup>105</sup> Seguendo l'insegnamento scaturente dal “caso Romania”, infatti, si direbbe che la disapplicazione del diritto interno a fronte di norme dell'Unione è regola generale, anche se la lettera della disposizione da cui si vorrebbe ricavarla è solo generica, ovvero, addirittura, manca del tutto.

Ci sarebbe da chiedersi, allora, se l'effetto diretto, un tempo “malattia infantile” della Comunità,<sup>106</sup> secondo il “medico” del Kirchberg non sia ormai pienamente “guarito”.

detta direttiva non recepita nell'ordinamento interno dello Stato inadempiente deve accogliere tale richiesta, se l'obbligo di cui trattasi è incondizionato e sufficientemente preciso”: CGUE, 148/78, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, 5 aprile 1979, ECLI:EU:C:1979:110, 23. Cfr. D. Gallo, *Effetto diretto del diritto dell'unione europea e disapplicazione*, oggi, in *Osservatorio sulle fonti*, XII:3, 2019, 1-41, spec. 6s e note relative.

<sup>100</sup> Ad es. S. Robin-Oliver, *The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12:1, 2014, 165-188.

<sup>101</sup> Cfr. D. Sarmiento Ramírez-Escudero, *Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights' Protection in Europe*, in *Common Market Law Review*, 50:5, 2013, 1267-1304; da ultimo, *ex multis*, cfr. B. Nascimbene, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti fra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 6:1, 2021, 81-99.

<sup>102</sup> “... sia l'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE sia i parametri [di cui all'Allegato della Decisione MCV] sono formulati in termini chiari e precisi e non sono accompagnati da alcuna condizione, sicché essi hanno efficacia diretta”: CGUE, *RS*, cit., 58. Che l'art. 19(1) TUE costituisca uno strumento innovativo delle relazioni fra Corte di Giustizia e giudici nazionali, vincolando questi a un parametro nuovo e non di rado assai stringente per le decisioni di merito, lo constatano C. Iannone, G. Étienne, *La Cour de justice de l'Union européenne et le respect du principe de l'indépendance du juge national*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2020, 65-98, spec. 74s.

<sup>103</sup> P. Mori, *Il primato dei valori comuni dell'Unione europea*, cit., 89, rilegge questo passaggio attenuandone il contrasto, sia pure limitatamente al profilo dell'interazione fra art. 19(1) TUE e art. 47 Carta. Cfr. L.S. Rossi, *Effetti diretti*, cit.

<sup>104</sup> Così CGUE, C-573/17, *Popławski*, 24 giugno 2019, ECLI:EU:C:2019:530, par. 62.

<sup>105</sup> *Ibid.*, par. 61.

<sup>106</sup> P. Pescatore, *The Doctrine of "Direct effect": an infant disease of Community Law (1983)* in *European Law Review*, 40:2, 2015, 135-153.

Riassumendo: in *Forumul Judecătorilor*, dalla leale cooperazione cui la Romania è vincolata dai Trattati discende un mero obbligo di risultato – per l’Avvocato Generale Bobek – e, per la Corte, una *invocabilité d’exclusion*, ossia una conseguenza affine all’effetto diretto. Da qui, nella traiettoria che da *Euro Box Promotion* giunge a *RS*, si colgono tre passaggi così riassumibili: 1) l’obbligo di leale cooperazione (ricondotto, come pure nella giurisprudenza polacca, alla necessità di rispettare il valore della *rule of law* e ricostruito come corollario della fiducia reciproca tra gli Stati membri che rispettano, tra gli altri valori fondamentali, la *rule of law*) è riletto come giustificazione in senso ampio del primato, il quale è attribuito ad “atti o misure” che siano “direttamente applicabili”, mentre l’effetto diretto – cui consegue la disapplicazione del diritto interno – è una delle manifestazioni concrete del primato stesso; 2) sparisce il riferimento alla diretta applicabilità, per cui ogni atto o misura di diritto dell’Unione, pur recante un mero obbligo di leale cooperazione, è in principio coperto dal primato e capace di erogare effetti diretti se il giudice interno, assistito dalla Corte di Giustizia, è in grado di ricavarne norme che abbiano, almeno nominalmente, i requisiti tipici dell’effetto diretto; 3) l’effetto diretto, “all’occorrenza”, diviene la principale manifestazione del primato, per cui da ogni atto o misura di diritto dell’Unione possono ricavarsi norme che disapplichino il diritto interno là dove il giudice ne ravvisi i requisiti. Quest’ultima valutazione ha a bussola il criterio dell’effetto utile, che, una volta sollevato rinvio pregiudiziale, dalla procedura *migra* verso il merito della questione e si volge a sostegno della priorità applicativa della norma così come “suggerita” dalla Corte stessa. Tale norma, oltre a godere di una priorità siffatta, vede così ampliarsi in modo dichiaratamente indefinito il proprio raggio operativo.<sup>107</sup>

### 3.2. Il superamento del principio di attribuzione e la *rule of law* “valore dei valori”

Sull’altra direttrice spicca la marginalità del principio di attribuzione,<sup>108</sup> che svanisce dal ragionamento giuridico: a fronte di taluni valori fondamentali, l’ordinamento interno deve rispettare il diritto dell’Unione anche nei settori di competenza statale.<sup>109</sup> Questa presa di posizione accompagna la pretesa,

---

<sup>107</sup> Ciò, peraltro, nel quadro di un’evoluzione inedita del rinvio pregiudiziale (A. Adinolfi, *I fondamenti del diritto dell’UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il rinvio pregiudiziale*, ne *Il Diritto dell’Unione Europea*, 3/2019, 441-464, spec. 462) che da strumento della “vigilanza dei singoli” diviene mezzo per imporre, mercé il dialogo fra giudici, il diritto dell’Unione anche là dove nessun beneficio ne derivi per i singoli stessi. In tal senso, la cannibalizzazione dell’effetto diretto da parte di un primato “ipertrofico” pare ormai prossima al completamento (D. Gallo, *L’efficacia diretta*, cit., 351s).

<sup>108</sup> CGUE, *Forumul Judecătorilor*, cit., 111; CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., 133.

<sup>109</sup> Si veda già il rapporto, assai problematico, tra i molteplici usi dell’art. 19(1) TUE da parte della Corte di Giustizia (a partire da C-64/16, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, cit.) al lume delle relazioni con l’art. 51 della Carta dei diritti dell’Unione: M.E. Bartoloni, *La natura poliedrica del principio della tutela giurisdizionale effettiva*, cit.

enfaticamente già in *Euro Box Promotion*, per cui spetta alla sola Corte di Giustizia stabilire i limiti dell'applicazione del diritto dell'Unione, senza che i giudici statali pur apicali possano opporsi.<sup>110</sup>

A fronte di tale pretesa, emerge l'ambiguità dell'argomento fondato sulla ratifica della Dichiarazione n.17 allegata al Trattato di Lisbona, secondo cui gli Stati avrebbero accettato il primato del diritto dell'Unione “senza riserve” e “alle condizioni stabilite” dalla Corte stessa, come riconosciuto dal Servizio giuridico del Consiglio.<sup>111</sup> Ci si chiede, infatti, quali siano le “condizioni stabilite”; cioè quali condizioni, precisamente, avrebbero accettato gli Stati con la ratifica della Dichiarazione.

Infatti, se ha riguardo alle condizioni vigenti alla ratifica del Trattato di Lisbona, l'argomento si ritorce contro il suo promotore: ciò sia perché non è dubbia la posizione in tal senso delle Corti costituzionali statali, con cui la Corte di Giustizia, volente o nolente, aveva a confrontarsi,<sup>112</sup> sia perché la storia dei lavori preparatori della Dichiarazione testimonia di un'esplicita volontà degli Stati di “difendere le proprie prerogative” contro un primato incondizionato.<sup>113</sup>

Quindi: alla ratifica della Dichiarazione, gli Stati non avevano affatto riconosciuto al diritto dell'Unione un primato vincolato alle sole condizioni che la Corte di Giustizia avrebbe loro imposto di lì in avvenire, riservandosi volta per volta di aggiornarle unilateralmente in replica ai casi sottoposti alla sua attenzione

Per sostenere una tale interpretazione deve spingersi oltre i rapporti fra Stati e accedere a un piano costituzionale comune, in virtù del quale gli Stati avrebbero accettato che, d'allora in avanti, la Corte di Giustizia facesse da giudice unico e ultimo dei rapporti fra i rispettivi ordinamenti e il diritto dell'Unione. In tal modo, la Corte verrebbe ad operare quale arbitro supremo di un *europäische Verfassungsraum*, uno spazio costituzionale euro-unitario: costituirebbe, quindi, l'apice di una giurisdizione multilivello che include i rapporti fra poteri e la garanzia dei diritti.<sup>114</sup>

In quest'ottica, tuttavia, l'argomento fondato sulla Dichiarazione perde drasticamente di pregio. Gli Stati, infatti, avrebbero istituito uno “spazio

<sup>110</sup> CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., 244s.

<sup>111</sup> Con *Parere* del 22 giugno 2007; sul punto. S. Baroncelli, *Le fonti del diritto nell'UE dal Trattato di Roma al Trattato di Lisbona: verso un'accresciuta complessità del sistema*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2008, 1-46, spec. 35 e n. 123.

<sup>112</sup> Si leggano i *Reports* sui singoli Stati contenuti in A.-M. Slaughter, J.H.H. Weiler, A. Stone Sweet (eds.) *European Courts and National Courts. Doctrine and Jurisprudence*, Oxford, 1997.

<sup>113</sup> *Ex multis*, M. Cataldo, *L'Europa e le verità di Lisbona*, in *Rivista di Studi Politici Internazionali*, 80:2, 2013, 179-188, 181s.

<sup>114</sup> Sul punto, I. Pernice, *Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, in R. Bieber, P. Widmer (eds.) *L'espace constitutionnel européen – Der europäische Verfassungsraum – The European constitutional area*, Zürich, 1995, 225-264, spec. 231s.

costituzionale comune”<sup>115</sup> *post-statale*, il cui giudiziario si articolerebbe in una *rete* composta dalla Corte di Giustizia e dai giudici statali che la interpellano con rinvio pregiudiziale<sup>116</sup> – fra i quali, pacificamente, le Corti costituzionali.<sup>117</sup> Ora, ci si colloca in uno spazio costituzionale euro-unitario, allora va da sé che gli esecutivi degli Stati, nell’acceptare l’interpretazione del diritto dell’Unione così come sancita dalla Corte di Giustizia, non potrebbero impegnare i giudici interni, né limitarne, di per sé, la giurisdizione: in forza del principio di indipendenza giudiziale – per giunta, difeso a spada tratta dalla stessa Corte di Giustizia – i “giudici nazionali” restano titolari, nello spazio così individuato, di un ruolo *counter-majoritarian*, strutturalmente contrapposto ai rispettivi governi – la cui parola, da sola, mai potrebbe restringerne l’ambito operativo, fissato dalle Carte nazionali a tutela dei principi ivi custoditi.

In altre parole: se si restasse nel campo del diritto internazionale, il rispetto dovuto ai criteri interpretativi di cui all’art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati impedirebbe di far precedere il dato positivo da una precomprensione teleologica, orientata a fini che le istituzioni europee, esse sole, volta per volta ricalibrano;<sup>118</sup> se, invece, si varcasse la soglia della *sovranazionalità*,<sup>119</sup> entrando nel campo del diritto costituzionale, la Dichiarazione acquisirebbe la capacità di fondare uno spazio politico e giuridico unitario – vincolando così, per il futuro, e senza condizioni, i governi – ma perderebbe quella di vincolare in egual modo i giudici di tale spazio, inclusi quelli costituzionali. Essi, allora, *ipso facto* concorrerebbero a definire il diritto comune nel merito e nei rapporti fra ordinamenti,<sup>120</sup> tutelati

<sup>115</sup> A. D’Andrea, *Federalismi, regionalismi, autonomie*, in *Federalismi.it*, 7 novembre 2007, 1-11, 3s.

<sup>116</sup> Cfr. A. Bailleux, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, 2009, 341s.

<sup>117</sup> Cfr. J. Komárek, *National constitutional courts in the European constitutional democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12:3, 2014, 525-544. “La costruzione di un ordinamento nuovo (frutto dell’integrazione del sistema giuridico dell’Unione con gli ordinamenti interni), che mira a garantire nel suo complesso elevati standard di tutela dei diritti fondamentali, è una responsabilità comune e condivisa delle Corti costituzionali e della Corte di giustizia”: così F. Spitaleri, *Doppia pregiudizialità e concorso di rimedi per la tutela dei diritti fondamentali*, ne *Il Diritto dell’Unione Europea*, 4/2019, 729-766, 737.

<sup>118</sup> *Ex multis*, P. Pescatore, *International Law and Community Law—a Comparative Analysis*, in *Common Market Law Review*, 7:2, 1970, 167-183; cfr. K. Lenaerts, J.A. Gutiérrez-Fons, *To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, *EUI – AEL Working Papers* 2013/9, 1-48.

<sup>119</sup> Da ultimo, V. Constantinesco, *En torno a la supranacionalidad*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 49/2022, 105-120.

<sup>120</sup> Sullo slittamento dal primo al secondo ambito, preludio a una *incorporation* che cancellerebbe (a Trattati invariati) il profilo internazionalistico dell’Unione, R. Schütze, *European Fundamental Rights and the Member States: From “Selective” to “Total” Incorporation?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, 337-361, e, con riguardo al caso *Taricco*, E. Monserrat Pappalettere, *La sentenza “Taricco bis”: dalla contrapposizione degli ordinamenti al bilanciamento dei principi attraverso il dialogo*, ne *Il*

dalle stesse garanzie di indipendenza e autonomia che la Corte, oggi, rivendica per tali giudici “contro” gli Stati.

Non è lecito, insomma, far leva sulla natura *sui generis* della Comunità-Unione<sup>121</sup> per allineare nello stesso ragionamento l’argomento di diritto internazionale, in base al quale la Dichiarazione ratificata dai governi degli Stati avrebbe effetti di vincolo per la giurisdizione interna, e l’argomento di diritto costituzionale che attribuirebbe a quel vincolo, per il futuro, portata illimitata anche per le giurisdizioni statali. L’uno, infatti, presuppone un contesto in cui l’interpretazione del diritto muove dalla lettera del testo, bilanciando il criterio teleologico e quello sistematico con quello letterale, che racchiude la volontà degli Stati. L’altro, invece, apre al superamento di un contesto siffatto, facendo leva su quell’autonomia e specialità che proiettano al di là del consenso originario e della lettera del testo l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione, in chiave finalistica orientata al perseguimento degli scopi che si dicono comuni; tuttavia, nel costruire quell’ordinamento autonomo e speciale, non può che tutelare il ruolo dei giudici – di *tutti* i giudici, ognuno, da solo, in qualità di giudice dell’Unione<sup>122</sup> – in uno alle garanzie che tale ruolo pacificamente presuppone.

Ora, se è ipotizzabile coltivare l’una o l’altra delle due letture, pescare a scelta dagli elementi di entrambe per sostenere l’esclusione dei giudici nazionali, anche costituzionali, nella definizione del diritto comune significherebbe piegare a scopi di parte le barriere dell’argomentazione giuridica, consegnando il primato del diritto dell’Unione a una preferenza etico-politica *a priori* – implicita, ancorché inderogabile.<sup>123</sup>

---

*Diritto dell’Unione Europea*, 2/2018, 203-231, spec. 210s.

<sup>121</sup>L.-J. Costantinesco, *La nature juridique des Communautés européennes*, in *Annales de la Faculté de Liège*, 1979, 151-192.

<sup>122</sup> Si veda, in tal senso, l’argomento per cui a un giudice di uno Stato sarebbe precluso agire in difesa della sovranità nazionale poiché ciò farebbe di quello Stato un sovrano più eguale di altri (R. Adam, *Il controlimite dell’ultra vires e la sentenza della Corte costituzionale tedesca del 5 maggio 2020*, ne *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1/2020, 9-27, spec. 13-16); donde la critica mossa al *BVerfG* di aver censurato il rispetto, da parte della Corte di Giustizia, dell’art. 19(1) TUE, revocandone in dubbio la stessa natura di giudice (*ibid.*, 18s.). Tali critiche, certo fondate se si muove dal presupposto di poter scegliere, volta per volta, se attingere all’argomento costituzionalistico o a quello internazionalistico, cadrebbero ove si escludesse una tale libertà di scelta, peraltro esercitata sistematicamente in favore delle ragioni supportate dal diritto dell’Unione – al punto da mal celare, dietro la coltre di argomentazioni giuridiche, una *preferenza etica e politica*, dunque estranea al mondo del diritto, verso quest’ultimo.

<sup>123</sup> Non sarebbe allora accettabile lo “squilibrio” congenito fra Stati e Unione poiché così “voluto dagli Stati membri” (E. Perillo, *Dalla saga Taricco all’affaire Weiss: primato del diritto dell’Unione, tra giudicati costituzionali non recognoscentes e la regola dello «squilibrio»*, ne *Il Diritto dell’Unione Europea*, 3/2020, 489-513, 504s.) là dove tale squilibrio consenta alle istituzioni dell’Unione di operare in vista di quel che esse sole ritengono funzionale al perseguimento dei fini dell’Unione; alla loro azione, ove legittimata dal consenso originario, pone un limite precettivo il principio di attribuzione, da interpretarsi – in tal caso – in senso non estensivo, ossia tenendo conto dell’argomento del consenso originario e di quello letterale non meno che di quelli

Sembra proprio questa, in effetti, l'intenzione della Corte, che ne rivela l'obiettivo preciso: svincolare dallo speciale intento originario, trasfuso nella lettera dei Trattati, l'autonomia del diritto dell'Unione, onde si possano riscrivere i fondamenti narrativi e i pilastri costituzionali di quest'ultimo. Così facendo, infatti, la Corte può procedere a raccontare daccapo il suo "cammino costituzionale"<sup>124</sup> e in base a tale nuovo racconto forgiare un nuovo diritto dell'Unione, dotato di nuovi parametri di legittimità. Principe fra tali parametri è lo Stato di diritto, che eleva a giuridicamente doveroso tutto ciò che copre; invece, complici la marginalizzazione del principio di attribuzione e la svalutazione del dato positivo, svaniscono sia il perdurante consenso (dei popoli) degli Stati quanto alle norme di cui si esige la priorità applicativa, sia la compatibilità di queste ultime con le costituzioni statali – malgrado il rispetto che i Trattati pagano alle identità costituzionali degli Stati membri.

Sembra di poter inferire, allora, che la *rule of law* europea sia il vettore più potente di questa nuova *liturgia del vero*, che accompagna l'imposizione di un primato incondizionato del diritto dell'Unione e che – come avrebbe detto Michel Foucault – non solo illumina e comprende le *technicalities* del primato ma piuttosto le sorvola, eccedente e onnipervasiva rispetto ad esse, al fine di scrivere un nuovo capitolo del rapporto governanti-governati.<sup>125</sup> Lo "Stato di diritto", infatti, è fattore di consolidamento di questo nuovo diritto dell'Unione: da "principio sistemico"<sup>126</sup> a *valore dei valori*, la cui superiorità non può mai revocarsi in discussione e il cui raggio operativo spetta alla sola Corte decidere caso per caso. Da tale valore, infatti, deriva il principio di leale cooperazione, e da quest'ultimo discendono obblighi di applicazione del diritto dell'Unione e di disapplicazione del diritto interno difforme, entrambi al lume dell'effetto utile – il quale, a rigore, impedisce che ai giudici sia impedito di portare a termine entrambe queste attività.

Quest'inedito assunto motiva l'accantonamento *silenzioso*,<sup>127</sup> irrisolto in termini dogmatici,<sup>128</sup> dei canoni ermeneutici del diritto costituzionale, che contemperano la fedeltà al dato positivo con l'elaborazione di principi estrapolati da giudizi etici.<sup>129</sup> La fortuna del bilanciamento quale metodo di

---

teleologico e sistematico. Diversamente, sarebbe il mero fatto, la forza e non il diritto, a legittimare la subordinazione degli ordinamenti nazionali al diritto dell'Unione (M. Esposito, *(Dis)Unione Europea. Dal miraggio di una federazione perequativa al consolidamento egemonico dei «più uguali»*, Napoli, 2020, 8s., *passim*).

<sup>124</sup> G.A. Ferro, *Riflessioni sul cammino "costituzionale" della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in A. Ciancio (cur.) *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, 255-284.

<sup>125</sup> M. Foucault, *Du gouvernement des vivants – Cours au Collège de France 1978-1979*, Seuil/Gallimard, Paris, 2012, 317s.

<sup>126</sup> M.E. Bartoloni, *La natura poliedrica*, cit., 248s.

<sup>127</sup> Secondo un'efficace immagine di G. Martinico, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009.

<sup>128</sup> Si veda G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, spec. 277s.

<sup>129</sup> *Ex multis*, G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia* (2008) Bologna, 2017, spec. 223s.

composizione delle controversie intorno a diritti costituzionali viene, così, convertita in miseria: il diritto dell'Unione impone di derivare direttamente da un valore regole concrete dotate di priorità applicativa su ogni altra.<sup>130</sup>

Emerge a più riprese, in tal senso, la promiscuità linguistica del giudice di Lussemburgo, che utilizza i termini “principi” e “valori” come se indicassero concetti fungibili: circostanza che non può ritenersi frutto del caso o di errore accidentale, poiché è dalla confusione fra i due piani che si forma il sostrato di questa primazia applicativa tanto peculiare – si direbbe, rigida fuori e malleabile all'interno, poiché i contenuti che presenta come prioritari si prestano a esser modellati volta per volta dalla Corte stessa.<sup>131</sup>

Di qui, poi, l'evoluzione singolare che interessa la certezza del diritto. Smarrito l'appiglio *scritto*, infatti, il diritto dell'Unione si fa concretizzazione immediata d'un valore battezzato “supremo”, il cui potenziale *jusgenerativo*<sup>132</sup> resta però, fino alla pronuncia della Corte stessa, sospeso nel cielo dell'indistinzione. Non stupisce, allora, che la Corte costituzionale romana opponga alla Corte di Giustizia un concetto di *rule of law* che recuperi le coordinate dello Stato costituzionale: ponendo la certezza del diritto come corollario del principio di legalità, “cardine dello Stato democratico” e diretta derivazione della sovranità popolare, la indica quale irrinunciabile parte dell'identità costituzionale nazionale.<sup>133</sup> Tutti questi parametri, infatti, paiono marginali, se non assenti, nella rielaborazione europea<sup>134</sup> – almeno, in quella da ultimo sposata dal Kirchberg, ancorché non di rado divergente da talune letture antecedenti della stessa Corte.<sup>135</sup>

2006

<sup>130</sup> Sulla dimensione “assiologica” che ha assunto l'art. 19(1) TUE, estrinsecazione dell'art. 2 TUE, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, A. Favi, *La dimensione “assiologica” della tutela giurisdizionale effettiva nella giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di crisi dello Stato di diritto: quali ricadute sulla protezione degli individui?*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2020, 767-791, spec. 801s.

<sup>131</sup> M.E. Bartoloni, *op.ult.cit.*, 258-259.

<sup>132</sup> Cfr. P.S. Berman, *Jurisgenerative Constitutionalism: Procedural Principles for Managing Global Legal Pluralism*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20:2, 2013, 665-695.

<sup>133</sup> *Curtea Constituțională*, sent. 390/2021, 8 giugno 2021, par. 86 (79 nella traduzione inglese). *Amplius*, sul batti-e-ribatti fra le Corti nel “caso-Romania”, si consenta il rinvio a G. Vosa, *La tutela dello “Stato di diritto” in Romania*, cit., 204s.

<sup>134</sup> Dal canto suo, la Corte EDU ha avuto più volte modo di illuminare l'aggancio del principio di certezza delle situazioni giuridiche al principio di legalità e l'irrinunciabile valenza stabilizzatrice del diritto positivo. Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, 11 luglio 2013, *D'Auria e Balsamo c. Italia*, par. 33; 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, par. 56; 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia*, 24069/03, 197/04, 6201/06 e 10464/07, par. 174. Sul punto, P. Mori, *Il principio di legalità e il ruolo del giudice comune tra Corte costituzionale e Corti europee*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1/2018, 99-119, spec. 101s.

<sup>135</sup> Nella precedente giurisprudenza, la Corte di Giustizia ha regolarmente considerato la certezza del diritto come principio bilanciabile, dunque sacrificabile dinanzi ad altri diritti e interessi, ritenendola, tuttavia, “elemento imprescindibile dello Stato di diritto”. Nondimeno, com'è noto, ha avuto modo di imporre, ad esempio, l'infrazione del giudicato nazionale là dove comportasse una violazione del diritto comunitario (CGUE, C-119/05, *Lucchini*, 18 luglio 2007, ECLI:EU:C:2007:434, 63), come ad aprire la via verso un'equivalenza presuntiva fra rispetto di quest'ultimo e certezza del diritto che,



Tale ultima rielaborazione, nondimeno, è ribadita da una recente giurisprudenza, esterna al caso romeno eppure affine alle soluzioni ivi delineate. La Corte appare come preoccupata, a mo' di contraltare rispetto alla versione offerta dal giudice costituzionale dello Stato transilvanico, di riscrivere il nesso tra identità costituzionale nazionale e certezza del diritto secondo percorsi autonomi:

pur disponendo di identità nazionali distinte, insite nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, che l'Unione rispetta, gli Stati membri aderiscono a una nozione di «Stato di diritto» che condividono, quale valore comune alle loro proprie tradizioni costituzionali, e che si sono impegnati a rispettare in modo continuativo.<sup>136</sup>

È difficile non lamentare la natura apodittica di questo passaggio, che si limita ad enunciare come tale la continuità fra la *rule of law* europea e quella che risulta dalle tradizioni costituzionali comuni. Che la parola della Corte valga, essa sola, a costituire una tale continuità è, per la Corte, un postulato; benché, invero, quella continuità sia l'oggetto, e non già il punto di partenza, del ragionamento sull'identità costituzionale degli Stati che la Corte si sforza di aggirare.<sup>137</sup>

In conclusione, dunque, deve evidenziarsi lo iato profondo che separa lo “Stato di diritto europeo” da quello sorto nel diritto costituzionale degli Stati contemporanei – a questo punto, può dirsi, un semplice caso di omonimia.

Tale asimmetria, peraltro, appare non priva di risvolti paradossali, forieri di doloroso disorientamento per la *societas* europea.<sup>138</sup> Separandosi dal suo *patrimonio costituzionale*,<sup>139</sup> lo “Stato di diritto europeo” tronca la radice di quei valori che tuttavia, invoca a giustificazione del nuovo corso; e recide il cordone con le tradizioni costituzionali comuni<sup>140</sup> per riannodarlo a modo proprio – ossia, al riparo d'ogni interferenza da parte degli organi politici e giurisdizionali statali che ne sono depositari. In breve: la Corte di Giustizia,

---

in verità, non è scontata. *Amplius*, M.L. Tufano, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, ne *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4/2019, 767-791, 783s.; cfr. P. Martín Rodríguez, *The Principle of Legal Certainty and the Limits to the Applicability of EU Law*, in *Cahiers de droit européen*, 52:1, 2016, 115-140.

<sup>136</sup> CGUE, C-156/21, *cit.*, 234, e C-157/21, *cit.*, 266.

<sup>137</sup> Da ultimo, per la conferma in altro settore di analoga ritrosia sul punto, CGUE, C-391-20, *Cilevičs et al.*, 7 settembre 2022, ECLI:EU:C:2022:638, su cui F. Ferri, *Less is More (per ora)? Identità nazionale e limiti alle libertà di mercato nel caso Cilevičs*, in *Blog AISDUE*, 13 novembre 2022, 1-9.

<sup>138</sup> A.J. Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 14:5, 2013, 453-526; J. Komárek, *Waiting for the Existential Revolution in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 12:1, 2014, 190-212.

<sup>139</sup> Nell'espressione di A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

<sup>140</sup> *Ex multis*, M. Fichera, O. Pollicino, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions. Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 20:8, 2019, 1097-1118.

nel proclamare uno Stato di diritto “europeo”, travolge proprio il parametro che ha dato vita ai diritti fondamentali europei<sup>141</sup> e che ha fondato il nucleo valoriale comune oggi codificato all’art. 2 TUE.<sup>142</sup>

Ci si chiede, allora, quale sia la radice primigenia di un siffatto concetto – lo “Stato di diritto europeo” – e quali gli effetti di un suo dispiegamento tanto massiccio.

Una tal indagine obbliga a tornare indietro di qualche decennio, sulle orme dell’allargamento dell’Unione verso Est. Occorre, infatti, che si scrutino più da vicino le dinamiche storico-politiche alla base di quel rivolgimento, che – a ben vedere – riguardò e riguarda l’intero mondo euro-occidentale, e, di riflesso, gli equilibri geopolitici complessivi del pianeta.

#### 4. Alle origini dello “Stato di diritto europeo”: l’allargamento a Est tra NATO e UE

Risalire alle matrici della *rule of law* dell’Unione richiede di maneggiare con matura consapevolezza il tema dell’allargamento, giacché è proprio nel quadro dei rapporti con gli Stati dell’Europa centro-orientale che, nella prassi delle istituzioni e nel lessico dei giuristi, questo concetto ha conosciuto la sua nuova (rinnovata, e forse ciclica)<sup>143</sup> fortuna. È necessario, allora, cimentarsi in una lettura che ne decifri i molteplici rivoli, e che ne interpreti le ricadute sul diritto dell’Unione a partire da quel contesto tanto peculiare.

##### 4.1. “Vecchi” e “nuovi” Stati alla ricerca di una narrazione comune

“*Surviving Enlargement*” era il titolo, accattivante e col *sen di poi* non privo di una vena d’inquietudine, che Edward Best e Pierpaolo Settembri diedero a un *paper* presentato all’EUSA (*European Union Studies Association*) nella Conferenza Biennale del 2007.<sup>144</sup> In specie, gli autori si chiedevano se il Consiglio, più che raddoppiate le sue dimensioni (da 12 a 27 componenti fra il 2004 e il 2007) fosse riuscito a confermarsi come motore dell’integrazione nonostante l’ingresso di Stati eterogenei, sia tra di loro, sia rispetto a quelli dell’Europa occidentale, per storia, cultura, assetti sociali, tradizioni giuridiche e interessi politici.<sup>145</sup>

<sup>141</sup> S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa: un’introduzione*, in Id. (cur.) *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 3-104.

<sup>142</sup> R. Gosalbo Bono, *The significance of the rule of law and its implications for the European Union and the United States*, in *University of Pittsburgh Law Review*, 72:2, 2010, 229-360.

<sup>143</sup> M. Krygier, *The rule of law: an abuser’s guide*, in A. Sajó (ed.) *The dark side of fundamental rights*, Eleven International Publishing, The Hague, 2006, 129-161; cfr. l’approccio empirico di M. Hertogh, *Your rule of law is not mine: rethinking empirical approaches to EU rule of law promotion*, in *Asia European Journal*, 14/2016, 43-59.

<sup>144</sup> E. Best, P. Settembri, *Surviving Enlargement: How has the Council Managed?*, EUSA 10<sup>th</sup> Biennial International Conference, Montreal, 17 May 2007, 1-23.

<sup>145</sup> I. Damjanovski, C. Hillion, D. Preshova, *Uniformity and Differentiation in the Fundamentals of EU Membership: The EU Rule of Law Acquis in the Pre- and Post-Accession*

L'analisi evidenziava come le dinamiche negoziali interne all'organo intergovernativo, in uno alle ormai sedimentate forme procedurali, fossero rimaste invariate; potendosi, quindi, sostenere che il Consiglio avesse assorbito nel suo *style of business* l'impatto dei nuovi soci.<sup>146</sup> Tuttavia – avvertivano gli autori – si scorgevano tracce di un cambio qualitativo notevole, solo in parte misurabile coi numeri. La “*marginal nature*” degli atti legislativi adottati pareva indicare una maggior difficoltà nel districare la matassa degli interessi contrapposti;<sup>147</sup> la lunghezza di tali atti faceva segnare un drastico incremento, da imputarsi alla complessità crescente dei contenuti di merito.<sup>148</sup> Lo studio di due casi (le Direttive sulla qualità delle acque di balneazione e sulla gestione dei rifiuti delle industrie estrattive) mostrava una flessibilità strategica sorprendente da parte dei nuovi *players*, pronti ad associarsi coi “vecchi” per tutelare, di volta in volta, le proprie posizioni; si attivavano così dinamiche inedite, asimmetriche rispetto alle precedenti e non calcolabili con gli strumenti che avevano addomesticato queste ultime.<sup>149</sup>

Di tal ché, malgrado gran parte della letteratura dell'epoca salutasse in termini più o meno ottimistici l'ingresso di nuovi membri<sup>150</sup> e confidasse nelle doti d'amalgama delle istituzioni,<sup>151</sup> la variabilità delle condotte dei nuovi Stati appariva sintomo d'una ridisegnata politicizzazione delle materie regolate dal diritto comune.<sup>152</sup> L'immissione, in seno al ciclo normativo, di elementi eterodossi rispetto a quelli emersi nei decenni precedenti non restituiva un *cleavage* omogeneo;<sup>153</sup> al contrario, aggiungendo fratture nuove a quelle già note, lasciava campo all'ipotesi per cui miscelare interessi tanto variegati in seno al *decision making* dell'Unione ne avrebbe messo a dura prova i codici comunicativi,<sup>154</sup> sommando ulteriori elementi forieri di conflitto a quelli già affiorati col naufragio del Trattato-costituzione.<sup>155</sup>

---

*Contexts*, in *EUIdea Research Paper* No. 4, 31 May 2020, 1-32.

<sup>146</sup> Cfr. A. Dashwood, *The Impact of the Enlargement on the Union's Institutions*, in C. Hillion (ed.) *EU Enlargement: A Legal Approach*, Oxford, 2004, 45-56.

<sup>147</sup> E. Best, P. Settembri, *Surviving Enlargement: How has the Council Managed?*, cit., 7-8.

<sup>148</sup> *Ibid.*, 11-12.

<sup>149</sup> *Ibid.*, 13-15; cfr. 20.

<sup>150</sup> Cfr. F. Emmert, S. Petrović, *The Past, Present, and Future of EU Enlargement*, in *Fordham International Law Journal*, 37:5, 2014, 1349-1419, 1373s.

<sup>151</sup> Cfr. D. Kochenov, *EU Enlargement Law – History and Recent Developments: Treaty-Custom Concubinage?*, in *European Integration Online Papers*, 9:6, 2005, 1-23.

<sup>152</sup> Cfr. J. Kvist, *Does EU enlargement start a race to the bottom? Strategic interaction among EU member states in social policy*, in *Journal of European Social Policy*, 14:3, 2004, 301-318.

<sup>153</sup> R. Hertz, D. Leuffen, *Too big to run? Analysing the impact of enlargement on the speed of EU decision-making*, in *European Union Politics*, 12:2, 2011, 193-215.

<sup>154</sup> Cfr. T.A. Börzel, U. Sedelmeier, *Larger and more law abiding? The impact of enlargement on compliance in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 24:2, 2017, 197-215.

<sup>155</sup> P. Cruz Villalón, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*,

Di fronte a una decisa volontà politica di procedere all'allargamento, si avverte la necessità di racchiudere in un quadro unitario, narrativo prim'ancora che politico e giuridico, Stati con tradizioni diverse e interessi non di rado divergenti.

Tal constatazione induce a riflettere su un dato saliente: il rapporto fra applicazione prioritaria del diritto dell'Unione e allargamento a Est è caratterizzato dal tentativo di accorpate a una storia leggibile per categorie comuni (quella che unisce gli Stati dell'Europa centro-occidentale) la vicenda di Stati schierati fino a poco prima dal lato opposto dello stesso campo.<sup>156</sup> Per gli uni, infatti, la narrazione della *ever closer Union* racconta che, a corollario di una speciale volontà di *comunitarizzare* settori sempre più rilevanti dell'economia e del diritto interni, si è innescato un moto costituzionale convergente intorno a valori condivisi – quelli sanciti nelle costituzioni del secondo dopoguerra in reazione ai totalitarismi del Novecento – dal quale, col tempo, scaturisce un ordine giuridico comune.<sup>157</sup> Per gli altri, è chiaro, quella narrazione è inadeguata: provenendo da un'antitetica matrice ideologico-narrativa e da orientamenti politico-economici opposti, essi hanno aderito a tale ordine quando era ormai già compiuto nei suoi tratti cardinali.<sup>158</sup> Ne deriva che, per gli Stati di ultima adesione, il diritto dell'Unione si ritrova guarnito da una legittimazione assai meno salda;<sup>159</sup> senza che però si ridimensioni proporzionatamente la pretesa normativa che vi si ricollega, poiché resta ferma l'esigenza di garantirne l'applicazione uniforme fra tutti gli Stati, minandosi altrimenti l'intero edificio che custodisce l'ordine euro-unitario.<sup>160</sup>

Insomma: per l'Unione *allargata*, fabbricare una *cornice comune*, narrativa, politica e giuridica, che tenga dentro “vecchi” e “nuovi” Stati membri si pone come problema sin da subito, e con una certa urgenza.

#### 4.2. La narrazione euro-atlantica post-1989 e la “messa in scena” di un'etica pubblica condivisa

A tal fine – è la tesi che qui si sostiene – l'Unione ha assorbito e fatto propri i tratti di una narrazione non europea ma *euro-atlantica*, affermatasi all'indomani del crollo del Muro, i cui risvolti sulla produzione giuridica

---

Madrid, 2005, 22-23.

<sup>156</sup> K. Nicolaïdis, R. Howse, *'This is my EUtopia ...': Narrative as Power*, in *Journal of Common Market Studies*, 40:4, 2002, 767-792, 780s.

<sup>157</sup> A. Ruggeri, *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il “valore” della Costituzione*, in A. Ciancio (cur.) *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, 473-496.

<sup>158</sup> F. Larat, *Present-ing the Past: Political Narratives on European History and the Justification of EU Integration*, in *German Law Journal*, Special Issue: *Confronting Memories – Reflecting History*, 6:2, 2005, 273-290, 280s.

<sup>159</sup> Cfr. G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit., spec. 85s., 153s., 265s.

<sup>160</sup> J. Lindebloom, *Why EU Law Claims Supremacy*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 38:2, 2018, 328-356.

dell'Unione sono in larga parte ancora da analizzare.

L'esistenza di una siffatta linea narrativa non è sfuggita alla dottrina politologica. Frank Schimmelfennig, nel 2003, ricollega l'allargamento dell'Unione europea al progetto di espansione a Est della NATO in chiave anti-russa e sottolinea la *vis* retorica dell'accoppiata *euro-nord-americana*, dispiegata in prima battuta sul piano etico-messianico<sup>161</sup> dell'Occidente alfiere delle libertà individuali contro i totalitarismi collettivistici.<sup>162</sup> Lo studioso tedesco sostiene che la capacità evocativa del messaggio propugnato dalla coppia NATO-UE, pur formatosi in tempi diversi e formulato con modalità disomogenee, ha giocato un ruolo determinante affinché, nel mondo euro-atlantico, l'espansionismo s'imponesse a oppositori e scettici: gli uni e gli altri, pur non privi di solidi argomenti, si scoprirono di colpo ininfluenti, come travolti da una retorica irresistibile e generosamente profusa.

Non per gioco della sorte, né per un accidente della storia – segue Schimmelfennig – si è verificata una simile marginalizzazione di posizioni non irragionevoli. I meccanismi per cui un messaggio etico tanto possente – veicolo di una “*public & collective morality*” che si vuole “*shared*”<sup>163</sup> – influenzano le dinamiche relazionali dei membri di un certo consesso attirano l'attenzione degli studiosi di sociologia, che segnalano la trasmutazione di contenuti etici propagandati con retorica insistenza in regole giuridicamente cogenti.

Per Erving Goffman, citato da Schimmelfennig, in un “community environment” le istituzioni stabiliscono nei loro rapporti reciproci “a framework of appearances that must be maintained, whether or not there is feeling behind the appearances”.<sup>164</sup> Nella lettura di Ann Branaman, una tale cornice viene a fondarsi su un'etica pubblica sviluppata attraverso comportamenti e dichiarazioni *ad hoc*, nei rapporti tra soci e all'esterno: quindi, alla fine,

[m]orality does not reside within or above us but rather is manufactured through performances and interaction rituals.<sup>165</sup>

Quindi, si direbbe, un elemento d'ostentata apparenza, che Goffman

---

<sup>161</sup> J.H.H. Weiler, *Europe in Crisis – On 'Political Messianism', 'Legitimacy' and 'Rule of Law'*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, 248-268.

<sup>162</sup> F. Schimmelfennig, *The EU, NATO and the Integration of Europe: Rules and Rhetoric*, Cambridge, 2003.

<sup>163</sup> “*In a community environment, community members can be induced to refrain from pursuing their rule-violating preferences and to behave in a rule-conforming way when they are confronted with arguments that invoke their prior commitments, accuse them of acting inconsistently, call into question their reputation and credibility and thereby shame them into paying heed to their obligations as community members*”: F. Schimmelfennig, *op.ult.cit.*, 279.

<sup>164</sup> E. Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*, New York, 1959, 242.

<sup>165</sup> A. Branaman, *Goffman's Social Theory*, in C. Lemert, A. Branaman (eds.) *The Goffman Reader*, Malden (MA), 1997, pag. XLV–LXXXII, spec. XLVI.

assimila a una *performance* teatrale, funge da *medium* di comunicazione fra soggetti diversi, facendo sì che certe regole di condotta s'impongano, se non altro "in superficie",<sup>166</sup> a relazioni di puro potere, a *power games* altrimenti senza rete. Non sfugge però che un siffatto elemento reca con sé afflitti egemonici,<sup>167</sup> modellandosi sui rapporti di forza fra i soggetti del *community environment*; rispecchia, quindi, le priorità politiche dei gruppi ivi dominanti, presentandole come eticamente *migliori* e imbellettandole con argomenti e condotte *ad hoc*. Ora, chi rifiutasse di condividere tali priorità non avrebbe che da squarciare la coltre d'ipocrisia sotto cui si celano; tuttavia, costui potrebbe, in misura diversa secondo la delicatezza dei temi su cui dissente, sottostare a una generale riprovazione, o stigma, al fine di isolarlo in seno a quell'ambiente. Dietro l'asserita volontà di far rispettare l'etica comune, un tale stigma occulterebbe interessi inconfessabili, poiché tacciabili d'incoerenza rispetto alla *public & collective morality* che sorregge i rapporti di forza interni a quell'ambiente; colpirebbe allora inflessibilmente proprio chi, smascherandone l'ipocrisia e ostacolandone il pacifico sedimentarsi, di quella *morality* metterebbe a repentaglio la tenuta, minacciando, in tal modo, la dominanza dei gruppi che se ne servono.<sup>168</sup>

Il crescente ricorso a un simile stigma, anche nei termini di una mera allusione, sembra costituire una tipicità delle relazioni fra Stati *post-1989*, là dove nei decenni addietro il dispiegamento di categorie morali appariva meno frequente e più frammentario nei suoi presupposti.<sup>169</sup> Suo diretto antesignano può forse ritenersi quel *mutual fair play* tra *élites* che pervadeva la società internazionale ai suoi albori<sup>170</sup> e che nell'Ottocento trovò veste giuridica nella sovranità, "mite civilizzatore delle nazioni".<sup>171</sup> Tuttavia, dopo la Guerra Fredda, quel *prius* di "reciproca comprensione", che riconosce il suo pari pur non disdegnando l'uso spietato della violenza, si arricchisce di toni etici insistiti e divisivi, peraltro biasimati da non pochi osservatori.<sup>172</sup> Si

<sup>166</sup> E. Goffman, *op.cit.*, 9.

<sup>167</sup> A. Schlesinger Jr., *The Imperial Presidency*, ed. 2004, Boston – New York, 283s.

<sup>168</sup> R. Thakur, *Ethics, International Affairs and Western Double Standards*, in *Asia & Pacific Policy Studies*, 3:3, 370-377.

<sup>169</sup> B. Williams, *State Morality in International Relations*, in *American Political Science Review*, 17:1, 1923, 17-33, spec. 18-23; cfr. la citazione di W.W. Willoughby, *An Examination of the Nature of the State: A Study in Political Philosophy*, New York, 1896, 4, in forza del quale l'A. sostiene la tesi per cui l'abbandono della qualifica dello Stato come persona giuridica-morale segna il transito verso il costituzionalismo moderno, ove lo Stato si identifica con "first, [a] community of people socially united; secondly, a political machinery termed a government, and administered by a corps of officials termed a magistracy; and thirdly, a body of rules or maxims, written or unwritten, determining the scope of this public authority and the manner of its exercise".

<sup>170</sup> R. Ibrido, *Forma di governo parlamentare ed equilibrio di potenza nel quadro della società internazionale. Problemi comparatistici*, Padova, 2020, 75s.

<sup>171</sup> M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, 2001, 98s., *passim*.

<sup>172</sup> Per tutti J. Gaddis, *History, Grand Strategy and NATO Enlargement*, in *Survival* –

alimenta, infatti, la presunzione di una certa superiorità etica da parte occidentale, donde si ricavano criteri di condotta – elementi di una morale collettiva *condivisa* – le cui regole tracciano il perimetro di un’alternativa secca, *esclusiva*: ogni deviazione “grave” innesca una spirale di reazioni volta alla “squalifica” del trasgressore, cui segue il depauperarsi dei suoi rapporti interni e il deterioramento di quelli esterni – in specie, se gli interlocutori del trasgressore temessero conseguenze nei rapporti con l’ambiente comune ove lasciassero impunita una deviazione siffatta.<sup>173</sup>

Le radici di questa peculiarità intrecciano il tramonto dell’Unione Sovietica e la tracimante narrazione del *trionfo* del liberalismo. Alla sconfitta del rivale si lega, moltiplicandone la carica auto-encomiastica, il peana delle libertà del singolo sul collettivismo social-comunista.<sup>174</sup> La resa di una *Weltanschauung* sconfitta dalla storia è il ritornello che accomuna una certa parte delle classi dirigenti europee e nord-americane,<sup>175</sup> che Kees van der Pijl chiama *Atlantic ruling class*<sup>176</sup> Sull’onda di una narrazione siffatta, il predominio di questi gruppi accompagna lo smembramento dello Stato sovietico e lo smantellamento della sua sfera d’influenza; e ciò permette d’indirizzare agli *ex* membri di quella sfera un racconto nuovo, certamente di parte ma presentato come unico e in assoluto preferibile, che su Stati già indeboliti dalla lotta contro un regime al tramonto riscuote ampio successo – in particolare, perché offre ai rispettivi dirigenti (o aspiranti tali) il destro per emanciparsi definitivamente da quel regime, (ri-)legittimandosi agli occhi della cittadinanza attraverso la critica alle sue storture.<sup>177</sup>

4.3. Da narrazione (di parte) a scaturigine di un “nuovo” diritto: l’Unione come (sotto-)sistema euro-atlantico

Seguendo la linea di Schimmelfennig, dal ceto dirigente euro-atlantico che dopo il 1989 volge lo sguardo a Est sarebbe progressivamente emersa una narrazione capace di istituire un *community environment* tra le due sponde dell’oceano, tale da permettere ai suoi sostenitori di rafforzare la loro posizione a livello interno e sulla scena internazionale. Questa narrazione

---

*Global Politics and Strategy*, 40:1, 1998, 146-151.

<sup>173</sup> T.A. Börzel, *The noble west and the dirty rest? Western democracy promoters and illiberal regional powers*, in *Democratization*, 22:3, 2015, 519-535.

<sup>174</sup> La celebre tesi per cui il 1989 rappresenterebbe la vittoria della “società aperta” sulla “società chiusa” – prendendo a prestito l’apparato concettuale di K. Popper, *The Open Society and Its Enemies* (London, 1945) è in R. Dahrendorf, *Reflections on the Revolution in Europe*, New York, 1990 (2005) 28s., *passim*.

<sup>175</sup> Cfr. A. Cantaro, F. Losurdo, *L’integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (cur.) *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, 53-85.

<sup>176</sup> K. van der Pijl, *The Making of an Atlantic Ruling Class*, London, 1984, spec. 221s.

<sup>177</sup> F. Schimmelfennig, *The EU, NATO and the Integration of Europe*, cit., 63s.; cfr. A. Inotai, *The ‘Eastern Enlargements’ of the European Union*, in M. Cremona (ed.) *The Enlargement*, cit., 79-103 e W. Sadurski, *Constitutionalism*, cit., 143s.

sarebbe stata schierata a supporto di un progetto geopolitico preciso – l’espansione a Est della NATO e dell’Unione – che avrebbe ampliato e consolidato quell’*environment* sullo scacchiere geopolitico. Sicché, da semplice ideologia di un determinato gruppo, la *morality* veicolata da tale narrazione avrebbe generato regole giuridiche immediatamente cogenti *erga omnes*, cementando in diritto il dominio politico, economico e culturale dei gruppi egemoni in seno all’*environment* e offrendo una solida legittimazione alla loro dominanza sul piano euro-atlantico, nonché alla pretesa di egemonia globale che attraverso tal dominanza veniva a rafforzarsi.

La riflessione che se ne trarrebbe, allora, è che la nozione di “Stato di diritto” coniata e adoperata con tal disinvoltura dalla Corte di Giustizia altro non sia che il precipitato giuridico di quella *public & collective morality* che dall’altra sponda dell’Atlantico si spinge a lambire l’ordine politico-costituzionale europeo, e che mira a blindarne le condizioni di egemonia. Da essa, dunque, trarrebbe l’altisonante carica retorica e la portata espansiva praticamente illimitata; su di essa, del pari, modellerebbe la *vis* nomopoietica, smarcandosi dal controllo effettivo dei destinatari e invece fondandosi, dietro l’augusta facciata dei valori comuni *messi in scena*, sulla mutua, perdurante fiducia fra *élites* in seno a un emergente ambiente comune.

Se si segue questa ricostruzione, possono gettarsi le premesse per la risposta alla seconda parte della domanda cui si dedica questa ricerca: quali sono le conseguenze, quanto all’analisi dei rapporti fra ordinamenti e agli assetti politico-costituzionali complessivi, dell’uso spregiudicato della *rule of law* come strumento normativo in seno al diritto dell’Unione. Il risvolto principale dell’affermarsi della citata narrazione, infatti, sarebbe da ricercarsi nella capacità di conformare i sistemi politici interni o comunque legati a quell’*environment*, generando regole capaci di orientare o addirittura soppiantare quelle ivi auto-prodotte. Allora, la retorica dei valori occidentali non avrebbe solo puntellato le ragioni dell’allargamento a Est dell’Unione con un accattivante *storytelling*, prevenendo o sradicando le ragioni contrarie; avrebbe altresì contribuito a trascinare l’Unione stessa, nel suo insieme, in un gioco più grande, con l’obiettivo di farne il (sotto-)sistema regionale più solido di un (macro-)sistema euro-atlantico che aspira all’universalità etica, politica e giuridica.<sup>178</sup>

Se così fosse, gli obblighi discendenti dalla *public & collective morality* di tale ambiente verrebbero concretamente riprodotti, rilanciati o comunque avallati come diritto dalle istituzioni del relativo (sotto-)sistema. Per cui – non diversamente da quel che avvenne, secondo Martti Koskenniemi, con l’ascesa degli Stati<sup>179</sup>– i gruppi dirigenti statali ed europei cementerebbero la propria legittimazione interna grazie al riconoscimento riscosso in seno all’*environment*, e si farebbero forti, a loro volta, di tale legittimazione per

<sup>178</sup> G. Palombella, *Global law and the law on the globe. Layers, legalities and the rule of law principle*, in *Italian Journal of Public Law*, 4:1, 2012, 53-92.

<sup>179</sup> M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., 2001, 159s., *passim*.



accreditarsi, nei rapporti interni a tale *environment*, quali promotori e garanti del suo consolidamento, tutori della stabilità euro-atlantica.

Di tal ch , in base alla fiducia reciproca tra * lites* – alimentata dall’ostentato rispetto della *morality* e delle regole che ne derivano, sotto minaccia di un insostenibile stigma – verrebbero introdotte regole tali da adattare alle esigenze politico-istituzionali di un pi  ampio consesso tanto i rapporti fra ordinamenti in seno all’Unione, quanto gli assetti costituzionali correlativi, plasmando in tal senso il diritto vigente.

Alla luce di tali riflessioni, emerge pi  chiaramente la natura paradigmatica del “caso Romania” con riguardo alla configurazione dei rapporti fra ordinamento interno e diritto dell’Unione, nonch  all’intera organizzazione politico-costituzionale, presente e futura, della *polity* europea. Esasperando le conseguenze di una spoliticizzazione programmatica<sup>180</sup> lungo la traiettoria che vede gli Stati nazionali europei farsi “Stati membri”,<sup>181</sup> l’ordito di tali rapporti segue la curva di una superiorit  etica che tende a invadere il piano giuridico-istituzionale e che non disdegna di ispirarsi a stilemi di un *technopopulism*<sup>182</sup> sottile quanto, dalla prospettiva della democrazia costituzionale, insidioso, al fine di mantenere al potere, legittimandoli reciprocamente, i “soci” europei nella misura in cui si facciano garanti del *community environment*.

Per controintuitivo che sia, allora –   la tesi che qui si sostiene – la difesa della *rule of law* in Romania, ancorch  strumentale all’instaurazione di un regime “progressista” rispetto a quello attualmente vigente, andrebbe a puntellare una tendenza duplice. Sotto l’aspetto politico, essa asseconderebbe la necessit  di informare le classi dirigenti europee agli interessi e alle esigenze del *common environment* euro-atlantico, inteso, per quanto possibile, in senso complessivo; sotto l’aspetto giuridico-costituzionale, a tale processo corrisponderebbe una torsione intollerante,<sup>183</sup> per non dire autoritaria, del costituzionalismo europeo,<sup>184</sup> che ripiegherebbe verso forme pi  idonee a difendere i capisaldi del (neo)liberalismo politico.<sup>185</sup> Tale svolta, gi  ben visibile durante la crisi economica,<sup>186</sup> inseguirebbe, col

<sup>180</sup> M.A. Wilkinson, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford University Press, 2021, 118s.

<sup>181</sup> C.J. Bickerton, *European Integration: From Nation-States to Member States*, Oxford, 2012, spec. 21s.

<sup>182</sup> C.J. Bickerton, C. Invernizzi Accetti, *Technopopulism: The New Logic of Democratic Politics*, Oxford, 2021, 144s.

<sup>183</sup> Ad antitesi della c.d. “tolleranza costituzionale”: J.H.H. Weiler, *On the Power of the Word: Europe’s Constitutional Iconography*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3:2/3, 2005, 173-190, spec. 184s.

<sup>184</sup> A. Somek, *Delegation and Authority: Authoritarian Liberalism Today*, in *European Law Journal – Special Section: Hermann Heller’s Authoritarian Liberalism*, 21:3, 2015, 340-360; si vedano altres , *ibid.*, gli altri contributi.

<sup>185</sup> W. Bonefeld, *Freedom and the Strong State: On German Ordoliberalism*, in *New Political Economy*, 17:5, 2012, 633-656.

<sup>186</sup> C. Kilpatrick, *On the Rule of Law and Economic Emergency: The Degradation of Basic*

prolungarsi dello “stato di eccezione”<sup>187</sup> tra pandemia<sup>188</sup> e guerra,<sup>189</sup> la sedimentazione ultima in diritto oggettivo.<sup>190</sup>

Che un simile processo stia agendo sull’Unione e sul suo diritto vorrebbe dimostrarsi – chiedendo venia per la ristrettezza dell’esposizione – con l’esame dei due passaggi che seguono.

In primo luogo, l’Unione, accettando l’ingresso condizionato della Romania, accetta di sottoporsi ad una mutazione sottile ma strutturale. Non più consesso paritario di sovrani eguali, unito prima da una speciale volontà di *comunitarizzare* settori via via più rilevanti dei rispettivi sistemi giuridico-economici, e poi da un moto costituzionale convergente fra gli Stati intorno a valori comuni; ma *qualcosa di diverso*, che accoglie uno Stato dichiarandolo estraneo alle sue tradizioni e gli assegna un termine per allinearsi alle sue regole – ponendolo, quindi, su un piano di strutturale disparità rispetto agli altri, almeno finché tale condizione non cessi. Su questa falsariga, l’Unione prende ad atteggiarsi come un *club*, nel cui seno convivono membri diseguali per *status*, “soci” *anziani e neofiti*; e i neofiti, per il successo delle loro attività, dipendono invariabilmente, è ovvio, dalla *fiducia* degli “anziani”, o comunque, in quanto *cooptati* ad arte, dal loro benvolere.

In seconda battuta, il diritto dell’Unione assume un approccio assai meno inclusivo rispetto a quello che ne ha storicamente caratterizzato l’evoluzione. Segno distintivo di tale approccio è un’inedita espansività, che attorno al vessillo di un parametro etico indefettibile costruisce una supremazia incondizionata sul diritto degli Stati membri, e consolida un *pattern* tale da consentirgli d’imporsi, in futuro, anche a nuovi Stati membri, sempre alle stesse condizioni – cioè, senza condizioni.

Che tale, *o di tal fatta*, sia la matrice profonda del diritto dell’Unione imposto alla Romania, e per quel tramite suscettibile d’ampliarsi al resto d’Europa, può comprovarsi con l’analisi delle vicende relative, e susseguenti, all’adesione dello Stato transilvanico.

Quest’esame si articola in tre passaggi. Nel primo, l’Unione prende a modellarsi sulla falsariga d’un *club*, trattando la Romania da neofita al

---

*Legal Values in Europe’s Bailouts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 35:2, 2015, 325-353; da ultimo, sulla proceduralizzazione della *rule of law* nel diritto dell’Unione in virtù di una lettura evolutiva del principio di protezione giudiziale effettiva – nonché sull’insorgere di doppi standard con riguardo al diritto della crisi economica, e non solo, tale da implicare una legalità asimmetrica – si veda X. Groussot, A. Zemskova, *The Rise of Procedural Rule of Law in the European Union – Historical and Normative Foundations*, in A. Bakardjieva Engelbrekt, A. Moberg, J. Nergelius (eds.) *30 Years After the Fall of the Berlin Wall: Rule of Law in the European Union*, Oxford, 2021, 269-292, 283s.

<sup>187</sup> Si legga M. Luciani, *Il diritto e l’eccezione*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 31-59, spec. 45s.

<sup>188</sup> A. Algotino, *Costituzionalismo e distopia nella pandemia di Covid-19 tra fonti dell’emergenza e (s)bilanciamento dei diritti*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2021, 1-81, spec. 31s.

<sup>189</sup> M. Benvenuti, *Le conseguenze costituzionali della guerra russo-ucraina. Prime considerazioni*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2023 (20marzo), 20-46.

<sup>190</sup> L. Buffoni, *La politica della moneta e il soggetto della sovranità: il “caso decisivo”*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 1-33, 22s.

cospetto di soci anziani; lascia, tuttavia, quest'approccio al solo livello dei rapporti politici, e considera come transitoria ed eccezionale tale situazione. Nel secondo, quest'approccio si consolida e la fiducia reciproca, basata sul rispetto dei valori tratti dalla *morality* che si presume condivisa, abbandona il piano della politica per generare diritto immediatamente vincolante in capo alla Romania. Nel terzo, innestandosi la vicenda romena nella traiettoria del primato, il nuovo approccio si volge a soppiantare il precedente *modus* in via generale, con l'obiettivo di avviare un moto strutturale in seno all'Unione.

Quanto al primo passaggio, mette conto di ripercorrere il Parere della Commissione del 22 febbraio 2005, il cui punto 8 è rubricato *Accettazione del primato*.<sup>191</sup> "L'ordinamento giuridico instaurato dai Trattati comunitari" – vi si legge – "è caratterizzato dal fatto che alcune disposizioni dei trattati e alcuni atti adottati dalle istituzioni sono direttamente applicabili, che il diritto comunitario prevale su qualsiasi disposizione nazionale eventualmente in contrasto con esso e che esistono procedure che garantiscono l'interpretazione uniforme del diritto comunitario".

Una formulazione asciutta, cui segue l'altrettanto granitica precisazione per cui "l'adesione all'Unione europea presuppone il riconoscimento del carattere vincolante di tali norme, la cui osservanza è indispensabile per garantire l'efficacia e l'unità del diritto comunitario".

Sull'onda irenica della narrazione europeista, quest'approccio rimane, in principio, coerente con l'idea per cui la Romania avrebbe aderito all'Unione solo quando, per il naturale evolversi della sua traiettoria politica e giuridica, si sarebbe trovata in linea con l'*acquis communautaire*<sup>192</sup> – e ciò, senz'imposizioni esplicite di alcun tipo. In effetti, l'art. 39 del Protocollo di adesione riserva a Palazzo Berlaymont il diritto di posticiparne di un anno l'ingresso ove si diano "prove inconfutabili che lo stato dei preparativi per l'adozione e l'attuazione dell'*acquis* [...] sia] tale da manifestare il serio rischio... [di non poter] soddisfare le condizioni di adesione in una serie di settori importanti, inclusi gli impegni e i requisiti specifici applicabili alla Romania nei settori della giustizia e affari interni e della concorrenza".<sup>193</sup>

Tuttavia, meno di due anni dopo, in tempi di brusco raffreddamento

---

<sup>191</sup> Parere della Commissione del 22 febbraio 2005 sulle domande di adesione all'Unione europea presentate dalla Repubblica di Bulgaria e dalla Romania, in GU L 157/3 del 21 giugno 2005.

<sup>192</sup> Interessante notare che, secondo alcuni, l'*acquis* non è un concetto definito bensì *in progress*, riferendosi alle acquisizioni volta per volta consolidate dall'Unione mercé l'opera della Corte di Giustizia (cfr. E. Perillo, *Le decisioni collettive dei governi degli Stati membri*, cit., 522). Diviene però, a quel punto, difficile dire se l'applicazione prioritaria di una certa norma di diritto dell'Unione è imposta a uno Stato d'ultima adesione giacché parte dell'*acquis*, ovvero semplicemente in nome di una potestà, ascritta alla sola Corte di Giustizia, di *dire il diritto* applicabile, sovrapponendo anche in prospettiva principi, valori e regole (cfr. nel testo; si vedano le considerazioni critiche dell'A., 527s).

<sup>193</sup> H. Grabbe, *Assessing Conditionality and Its Implications*, in Ead. (ed.) *The EU's Transformative Power – Europeanization Through Conditionality in Central and Eastern Europe*, London, 2006, 7-38.

degli entusiasmi europeisti, e in un clima reso burrascoso dal naufragio del Trattato-costituzione, la Commissione, nel decidere di mantenere la data prefissata per l'ingresso (1° gennaio 2007) adottava la Decisione MCV, che istituiva il citato meccanismo di condizionalità. Tal meccanismo rappresentava una novità di non poco momento per l'impianto teorico del diritto dell'Unione, secondo il quale la pacificazione del conflitto è postulato inderogabile e premessa necessaria per un'integrazione attraverso il diritto che si costruisca nel dialogo fra giudici. Con l'adesione condizionata, difatti, l'Unione accoglie uno Stato come membro collocandolo su un piano diverso dagli altri; si accontenta, per così dire, del suo impegno a un allineamento rapido. Sicché, da un lato l'Unione accetta di farsi carico di una conflittualità ulteriore rispetto a quella di cui sono latori gli altri membri, riconoscendola e legittimandola; dall'altro, istituisce fra gli stessi Stati membri una relazione diseguale, per cui la Romania deve sforzarsi di "meritare la fiducia" concessale – di tal ché, ben difficilmente può dirsi Stato egualmente sovrano al pari degli altri.<sup>194</sup>

Emerge che, a tutela dell'apertura di credito concessa alla Romania, questo schema prevede una sanzione incentrata precisamente sul venir meno della fiducia da parte degli altri soci. Si legga, in tal senso, l'art. 7 della Decisione MCV:

---

2018

Qualora la Romania non riuscisse a rispettare i parametri di riferimento in maniera adeguata, la Commissione potrebbe applicare misure di salvaguardia a norma degli articoli 37 e 38 dell'Atto di adesione e in particolare sospendere l'obbligo, per gli Stati membri, di riconoscere e di eseguire, alle condizioni stabilite dalla legislazione comunitaria, le sentenze e le decisioni giudiziarie della Romania come i mandati di arresto europei.

Tale sanzione, si noti, non fa altro che esplicitare uno stigma, sotto forma di possibilità che i soci anziani dell'ambiente comune isolino il neofita e si rifiutino di interloquire con esso a causa della perdita di credibilità causata dal suo mancato adeguamento. In altri termini: pur optando per l'ingresso immediato del neofita, gli anziani pongono uno strumento per cui questi, ove non si conformi alle regole comuni, sia sottoposto a uno stigma che implichi conseguenze anche giuridiche. Tali conseguenze consistono, in particolare, nella disapplicazione del diritto dell'Unione per la (sola) parte in cui il *mutual trust* fra Stati membri è ritenuto fondamento – e, dunque, parametro di legittimità – del diritto dell'Unione stesso, come per il mandato di arresto europeo.

Sembra, dunque, che lo schema seguito dalla Commissione segua un progetto di estensione alla Romania della *public & collective morality* coltivata

---

<sup>194</sup> Cfr. G. Pridham, *Romania and EU Membership in Comparative Perspective: A Post-Accession Compliance Problem? – The Case of Political Conditionality*, in *Perspectives on European Politics and Society*, 8:2, 2007, 168-188.

nell'*environment* cui l'Unione fa capo. Si osservi come tale nuova strategia indichi, per l'Unione, una direzione inedita: da insieme paritario di Stati sovrani e di popoli eguali verso un modello diverso, quello di un *club* formato da soci tra loro diseguali, i cui reciproci rapporti seguono dinamiche di *status* – l'anzianità, il prestigio personale o di ceto, nonché il peso politico, sociale ed economico esercitabile, e/o concretamente esercitato, nelle circostanze contingenti.

Sulle prime, tale evoluzione resta in bozza, e transitorio il cambio, non derogando in via permanente all'impianto generale del diritto dell'Unione:<sup>195</sup> lo dimostra la disposizione che prevede l'abrogazione della Decisione MCV "non appena tutti i parametri di riferimento saranno stati rispettati in maniera soddisfacente".<sup>196</sup> Le istituzioni politiche dell'Unione, quindi, si servono di questo nuovo schema a mo' di strumento verso un'adesione *pleno jure*: il fattore fiduciario reciproco, pur mostrandosi nitido, rimane recessivo, poiché eccezionale e limitato, sia nel tempo, sia nell'ambito applicativo. Tale fattore, quindi, è in principio sterile quanto alla capacità di conformazione diretta dell'ordinamento romeno. Difatti, a ben vedere, la sanzione istituita dall'art. 7 della Decisione MCV, in linea con un tal carattere fiduciario, è coerente col fine d'indirizzare il negoziato tra i soci in vista del conseguimento della parità fra di essi – considerandosi, quindi, un tal regime di diseguaglianza endemica, essenzialmente temporaneo e derogatorio rispetto agli assetti costituzionali dell'Unione.

Ora, su tali basi, l'ipotesi per cui un giudizio negativo della Commissione su certe misure di diritto interno adottate dalla Romania in adempimento di tale condizionalità (art. 2 Decisione MCV) ne implichi la disapplicazione andrebbe recisamente esclusa; lo ha sostenuto, lo si è detto, l'Avvocato Generale Bobek nelle *Conclusioni* di *Forumul Judecãtorilor*. Invece, la Corte di Giustizia ha compiuto ogni sforzo per assicurarsi tale effetto; e lo ha fatto proprio valorizzando la natura fondamentale del legame fiduciario tra "soci".

Emergono, allora, le conseguenze dell'affermazione su cui la Corte basa l'intera costruzione dello "Stato di diritto": gli Stati membri condividono una serie di valori cui hanno volontariamente e liberamente aderito, e il rispetto per tali valori è condizione-base per la fiducia reciproca. Quest'affermazione, così formulata, innesca un mutamento profondo quanto al presupposto dell'obbligatorietà del diritto dell'Unione.<sup>197</sup> Nell'ottica della Corte, infatti, il legame fiduciario tra *soci* emerge quale scaturigine primaria della legittimità del diritto dell'Unione, sì da far premio – giusta la centralità

---

<sup>195</sup> E. Hirsch Ballin, *Mutual trust: The virtue of reciprocity: Strengthening the rule of law through peer review*, in C. Closa Montero, D. Kochenov (eds.), *Reinforcing rule of law oversight*, cit., 133-146.

<sup>196</sup> Così la Decisione MCV, *Considerando* 9.

<sup>197</sup> Cfr. A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlin, 2022, spec. 21s., 267s.

*totalizzante* della *rule of law* – su ogni altro parametro, per quanto saldamente ancorato alla lettera dei Trattati.<sup>198</sup> In tal modo, è il legame fiduciario a fondare il primato del diritto dell’Unione, che si fa incondizionato così come incondizionata è la necessità di reciproca fiducia.

È la stessa Corte a evidenziare tale passaggio. In *Euro Box Promotion*, riprendendo un filo già intessuto, è esplicitamente ricollegata alla fiducia reciproca tra Stati la legittimazione (non del solo diritto alla tutela giurisdizionale effettiva,<sup>199</sup> che al massimo avrebbe giustificato l’applicabilità del mandato di arresto europeo,<sup>200</sup> ma) di una parte assai cospicua e rilevante del diritto dell’Unione:

... lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia e il mercato interno poggiano sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri che le loro decisioni e le loro pratiche amministrative e giudiziarie rispettino pienamente lo Stato di diritto, [...].<sup>201</sup>

È appena il caso di segnalare, peraltro, che tale affermazione non sembra affatto rivestire i caratteri della eccezionalità o della transitorietà. Dunque, la fiducia tra gli Stati è pilastro di legittimità di *tutto* il diritto dell’Unione, che modella su di essa la propria pretesa normativa. È legittimo, allora, che la Romania, biasimata dai soci anziani per le manchevolezze riscontrate, sopporti vincoli più severi rispetto ad altri Stati; tali vincoli – sostiene la Corte – sono rafforzati dalla Decisione MCV e dai relativi parametri di riferimento, sostanziati nelle “osservazioni” semestrali della Commissione *ex art. 2* della citata Decisione.<sup>202</sup>

Vero è che, *rebus sic stantibus*, potrebbe dirsi che il peculiare regime cui è soggetta la Romania circoscrive allo Stato transilvanico l’operatività di tal “nuovo” diritto dell’Unione. Quest’ipotesi viene però smentita dal passaggio successivo, che esprime compiutamente l’ambizione a un cambio più generale. Infatti, i giudici del Kirchberg, benché qualificano come più intensi i vincoli che legano la Romania, si studiano di appianare le peculiarità della vicenda transilvanica per meglio amalgamarla alla complessiva parabola dell’integrazione. Apparentemente contraddittoria, ovvero semplicemente

<sup>198</sup> Cfr. S. Sciarra, *Rule of Law and Mutual Trust: A Short Note on Constitutional Courts as “Institutions of Pluralism”*, ne *Il Diritto dell’Unione Europea*, 3/2018, 432-443.

<sup>199</sup> Come si legge, ad esempio, nella giurisprudenza polacca: cfr. CGUE, C-896/19, *Repubblika*, cit., 62.

<sup>200</sup> Si veda, ad es., CGUE, C-404/15 e C-659/15 PPU, *Aranyosi e Căldăraru*, 5 aprile 2016, ECLI:EU:C:2016:198, nonché C-1128/18, *Dorobantu*, 15 ottobre 2019, ECLI:EU:C:2019:857. Un commento in G. Anagnostaras, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant: Aranyosi and Caldăraru*, in *Common Market Law Review*, 53:6, 2016, 1675-1704, nonché in L. Lionello, *Nuovi sviluppi per il test Aranyosi e Căldăraru ed il rapporto tra giurisdizioni: il caso Dorobantu*, in *EuroJus*, 1/2020, 107-121.

<sup>201</sup> CGUE, *Euro Box Promotion*, cit., 159.

<sup>202</sup> *Ibid.*, 188-189.

ridondante, quest'operazione ha un obiettivo: occultare la portata eccentrica del “caso Romania” rispetto ai percorsi fin qui battuti dalla vicenda euro-unitaria, della quale – deve dedursi – vuol innescare un movimento verso gli approdi battezzati dalla giurisprudenza “romena”.<sup>203</sup>

Mette conto di notare, infatti, che sia in *Euro Box Promotion* sia in *RS* la Corte avverte il bisogno di ripercorrere la traiettoria del primato; e che, cimentandosi in tale *racconto*, ha cura di giustapporre alle sentenze storiche quelle che hanno scandito la vicenda romena, dando ad intendere che non vi sono salti significativi tra la concezione del primato sostenuta nelle une e nelle altre. Emblematico di tale approccio è il paragrafo 47 di *RS*:

Infatti, nella sua costante giurisprudenza relativa al Trattato CEE, la Corte ha dichiarato che i Trattati comunitari hanno istituito, a differenza dei comuni trattati internazionali, un proprio nuovo ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore dei Trattati e che i giudici nazionali sono tenuti a osservare. Nei settori definiti dai Trattati gli Stati membri hanno limitato i loro poteri sovrani a favore di tale nuovo ordinamento giuridico dotato di propri organi e i cui soggetti sono non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in tal senso, sentenze del 5 febbraio 1963, *van Gend & Loos*, 26/62, EU:C:1963:1, pag. 23; del 15 luglio 1964, *Costa*, 6/64, EU:C:1964:66, pag. 1144, nonché del 21 dicembre 2021, *Euro Box Promotion* e a., C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 e C-840/19, EU:C:2021:1034, punto 245).

Si noti come la catena di citazioni leghi in un sol filo sentenze *remote* e *recenti*: la Corte elenca le une di seguito alle altre, come a parificarle tutte nell'ambito di un percorso complessivo che muove dai primordi dell'integrazione e arriva fino al giorno d'oggi. Quest'operazione, lungi dall'atteggiarsi come neutra, stinge ogni soluzione di continuità tra quelle e queste nella ricostruzione del primato. In altre parole, così argomentando, la Corte tenta di saldare il “caso Romania”, con tutto il bagaglio di peculiarità commentate, all'evoluzione del primato; come a voler schiacciare Stati vecchi e nuovi nella prospettiva di una superiorità incondizionata del diritto dell'Unione, giustificata in via etica e legata alle dinamiche della reciproca fiducia tra i “soci” del *club*.

## 5. Verso un diritto dell'Unione *espansivo*? Riflessioni conclusive

Il “caso Romania”, costellato da un susseguirsi di pronunce della Corte di Giustizia, sembra testimoniare di un cambio radicale per l'Unione e il suo diritto, tale da preludere a un nuovo corso nell'applicazione di questo. Emergono, infatti, due dati salienti.

Primo: lo “Stato di diritto” ricostruito dalla Corte di Giustizia taglia i

---

<sup>203</sup> D. Kochenov, *Rule of Law as a Tool to Claim Supremacy*, in *RECONNECT* – WP 9/2020, 1-19, 14s.

ponti con l'omonimo concetto sorto negli ordinamenti statali contemporanei e spezza i legami, sociopolitici e giuridico-costituzionali, con le Carte del secondo dopoguerra.

Secondo: al lume di quest'inedito concetto, la Corte di Giustizia ricostruisce dalle fondamenta i rapporti fra diritto dell'Unione e ordinamento interno, là dove quest'ultimo deve cedere a regole concrete ricavate a partire dall'art. 2 TUE attraverso un giudizio di cui la Corte stessa è titolare esclusiva.

Ci si è chiesti, allora, da dove provenga la spinta per un cambiamento siffatto, e dove conduca; in specie, domandandosi quali elementi abbiano influito sulla costruzione di un concetto di *rule of law* così distante da quello germinato in seno agli ordinamenti statali, e quali conseguenze possa comportare, con riguardo ai rapporti Stati-Unione e ai complessivi assetti politico-costituzionali dell'Europa, il suo dispiegamento tanto disinvolto, in senso pienamente normativo, da parte del giudice del Kirchberg.

Si è creduto di ritrovare nelle vicende dell'allargamento a Est le matrici di una nuova narrazione che, tenendo assieme Stati "vecchi" e "nuovi", ha sostituito quella originaria della *ever closer union*. Tale narrazione è frutto del discorso retorico, nient'affatto scevro di ambizioni egemoniche, del trionfo della liberal-democrazia occidentale sul collettivismo sovietico, e ha la particolarità di tendere all'estensione ad altri Stati – secondo gli obiettivi geopolitici del connubio NATO/UE – sì da creare un *community environment* euro-atlantico ed esclusivo, dominato da una *public & collective morality* che si pretende *shared* ma che, piuttosto, tende a presentare come etiche e doverose le opzioni politiche preferite dei gruppi dominanti. Da tale *morality* derivano regole di condotta che *irritano*, secondo l'insegnamento di Niklas Luhmann, Stati e Unione; questa, assorbita la narrazione euro-atlantica, è attirata dal *community environment* corrispettivo e tende a *giuridicizzare* le regole emananti da tale *morality* – in specie, per ciò che qui rileva, inerenti ai rapporti con gli ordinamenti interni e agli assetti costituzionali complessivi. Tali regole si rivelano strumentali al consolidamento dell'*environment*, poiché stabilizzano al potere quei gruppi dirigenti che ne garantiscono la tenuta.

Prende, dunque, a modellarsi la trasformazione dell'Unione da *polity* di Stati e popoli eguali e sovrani a *club* composto da *élites* reciprocamente legittimate, il cui collante irrinunciabile è il *mutual trust*. È questa fiducia scambievole a regolare l'obbligatorietà del diritto dell'Unione, diventandone il principale pilastro e parametro di legittimità. Si delinea, quindi, un nuovo approccio, al quale la Corte di Giustizia lega l'intera traiettoria del primato: disegna infatti un *continuum* da *Van Gend & Loos* e *Costa* fino a *Euro Box Promotion* – come se, legittimando l'uso della *rule of law* quale strumento d'un primato incondizionato a base fiduciaria, volesse accreditarlo come proseguimento coerente della traiettoria dell'integrazione, al fine d'imporlo



*erga omnes*.<sup>204</sup>

Il diritto dell'Unione si veste così di una caratteristica inedita: l'*espansività*, in senso sia dogmatico – imposizione di un primato incondizionato sul diritto interno, anche costituzionale – sia spaziale, come suscettibilità di applicarsi a nuovi Stati membri anche diversissimi da quelli euro-occidentali per storia, cultura e tradizioni giuridiche.<sup>205</sup> Tal espansività costituisce il tratto saliente di un ordine giuridico-costituzionale europeo fuori equilibrio, che scivola lontano dai canoni della socialdemocrazia per navigare verso l'orizzonte, invero già sperimentato, di un liberalismo spinto non immune da tentazioni autoritarie.<sup>206</sup> Se un tale scivolamento è, *nei fatti*, già in parte operativo, lo “Stato di diritto europeo” sembra proporsi come uno strumento, fin troppo potente, per consolidarlo in *diritto*; col non trascurabile risultato di escludere dai confini della legittimità coloro che, tra gli schieramenti politici e nella società, non si rassegnano al nuovo corso. Difatti, questo concetto offre copertura giuridico-costituzionale a tutto ciò che le istituzioni dell'Unione – nell'apprezzamento degli obiettivi dell'Unione stessa, e con l'avallo, volta per volta, della Corte – ritengono di collocare sotto l'ombrello dell'art. 2 TUE in quanto strumentale al perseguimento di tali obiettivi; riducendosi al minimo il controllo politico e il sindacato giurisdizionale da parte degli Stati, “erosi” irrimediabilmente nelle loro funzioni.<sup>207</sup>

2023

Non v'è chi non veda come una conclusione tanto drastica, ai limiti della distopia, risulti inappropriata se non circondata da un'estrema cautela. Verso di essa, tuttavia, conducono non poche riflessioni.

Si noti, a prim'acchito, che un tale diritto dell'Unione inciderebbe direttamente sul gioco politico statale – sia verso gli Stati membri, sia verso gli Stati che aspirassero all'adesione – favorendo i gruppi più sensibili alle regole dell'*environment* cui l'Unione appartiene. Per cui, l'applicazione di tale diritto non si limiterebbe a creare i presupposti per un ricambio fra dirigenti, ma lo causerebbe immediatamente nel presente; anche, nel caso, concedendo a *élites* politiche più “meritevoli di fiducia” più generosi margini nel derogare o attuare il diritto dell'Unione – e, viceversa, osteggiando gruppi che,

---

<sup>204</sup> P. Mori, *Il primato dei valori comuni*, cit., ammette “un'evoluzione, per certi versi straordinaria per la sua portata, dell'ordinamento giuridico dell'Unione e dei suoi rapporti con gli Stati membri” (74) e afferma che tale evoluzione ha consentito alla Corte “di superare i limiti posti dall'art. 51, par. 1, della Carta che ne circoscrive l'applicazione agli Stati membri unicamente ai casi in cui danno attuazione del diritto dell'Unione” (83); senza, tuttavia, soffermarsi sui profili problematici corrispettivi.

<sup>205</sup> A. Śledzińska-Simon, P. Bárd, *The Telos and the Anatomy of the Rule of Law in EU – Infringement Procedures*, in *Hague Journal on the Rule of Law*, 11/2019, 439-445.

<sup>206</sup> H. Heller, *Autoritärer Liberalismus?*, in *Die neue Rundschau*, 44/1933, 289-298, ora in ed. ingl. (B. Litschewski Paulson, S. L. Paulson, A. Somek) *Authoritarian Liberalism?*, in *European Law Journal*, 21:3, 2015, 295-301.

<sup>207</sup> M. Azpitarte Sánchez, *La erosión del Estado constitucional*, in D. J. Liñán Nogueras, P.J. Martín Rodríguez (dirs.) *Estado de Derecho y Unión Europea*, Madrid, 2018, 345-364.

legittimamente ascisi al potere negli Stati, non ispirino però egual fiducia, giacché riottosi allinearsi alla *morality* che tutela i rapporti di forza in seno al *common environment*. L'Unione, quindi, userebbe il suo diritto come fattore d'ingerenza rispetto a tale ricambio, di cui verrebbe a controllare gli esiti, assicurandosi che sulle macerie del gruppo detronizzato se ne edifichi un altro le cui posizioni siano allineate con le proprie; e lo farebbe non più in via informale, di *soft power*, ma giuridicamente, al punto che sarebbe necessario ammettere l'esistenza di *limiti esterni* di diritto costituzionale al gioco politico nazionale.

Vi sarebbero così Stati *più eguali di altri*, a cui sarebbe giuridicamente riconosciuta facoltà di derogare, volta per volta, più o meno cospicuamente, alle regole comuni, in virtù del peso politico, economico, diplomatico e militare loro ascritto caso per caso. Vi sarebbero poi, in seno a quegli stessi Stati, schieramenti ed esponenti politici *più eguali di altri*, per la fiducia che riscuotono in seno all'*environment*. Tutti costoro, degni di maggior fiducia, legittimamente metterebbero a frutto tale *status* per consolidare, nei rapporti personali e politici, un'egemonia sul piano interno; viceversa, la pressione di adeguarsi alle regole altrui graverebbe tutta sui soci meno degni – Stati, ma pure schieramenti o esponenti politici che, in ipotesi vittoriosi alle elezioni, non riscuotessero, tuttavia, altrettanta fiducia.

Che lo “Stato di diritto”, nell'ansia di accreditarsi come *valore dei valori* europei, offrisse copertura giuridica a opposti egoismi “sovranisti” e ponesse limitazioni pure assai cospicue al pluralismo di opinioni e posizioni legittime sarebbe, deve dirsi, un ben triste paradosso.

Seguitando sulla linea così tracciata, dunque, la *rule of law* imposta alla Romania darebbe un assaggio di come il diritto dell'Unione potrebbe servirsi dei valori per creare, assente una disposizione scritta, obblighi giuridici.<sup>208</sup> Ne risulterebbe un diritto legittimato dalla reciproca fiducia di *soci* diseguali per *status* e fondato su regole poste da decisori slegati dal consenso dei destinatari: giudici, tecnici, “esperti”.<sup>209</sup> In tale contesto, la riduzione degli spazi di dissenso entro limiti di *tollerabilità* tali da rendere inscalfibile l'egemonia dei gruppi dirigenti prenderebbe le vesti di ossequio a un'etica “condivisa” e a una ragione “illuminata”, di cui si predicherebbe l'efficacia direttamente, giuridicamente obbligatoria, e al di là delle quali starebbero la riprovazione e lo stigma dell'intera Unione.

Di un tale diritto emergerebbe nitida l'appartenenza, quale avamposto d'integrazione regionale, a un ordine euro-atlantico che aspira alla globalità. Tale ordine, pilastro d'una sfera d'influenza, o *Großraum*, di schmittiana memoria, avrebbe tuttavia una ragion d'essere alquanto diversa da quella che fondò il cammino dell'integrazione, poiché sarebbe senz'altro destinato, per

<sup>208</sup> L.D. Spieker, *From moral values to legal obligations: On how to activate the Union's common values in the EU rule of law crisis*, MPIL Research Paper Series No. 2018/24, 1-24.

<sup>209</sup> Cfr. M. Dani, *The Rise of the Supranational Executive and the Post-Political Drift of European Public Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 24:2, 2017, 399-428.

questa sua perenne ambizione espansiva,<sup>210</sup> allo scontro con altri *competitors* egualmente bellicosi nel quadro multipolare mondiale.<sup>211</sup>

Giunti alla fine di quest'indagine, è d'obbligo chiedersi se tale scenario possa presentarsi quale coronamento del progetto d'integrazione, o almeno se sia accomodabile con esso. A traguardo finale di un'Unione così ripensata non starebbe, infatti, il perseguimento d'una *ever closer union* quale naturale prosecuzione del disegno costituzionale degli Stati europei intrapreso nel secondo dopoguerra. Tutt'altro: l'obiettivo pare piuttosto il radicamento in Europa – nonché l'esportazione massiccia su scala globale – di taluni valori euro-atlantici, esibiti più che praticati, vettori di un'egemonia che concepisce sé stessa come universale.

Che un tal fine sia compatibile con il progetto iniziale, e non stia invece in antinomia sprezzante con esso non meno che con le Carte costituzionali che hanno fondato la democrazia pluralista negli Stati d'Europa, è domanda senz'altro inquietante; eppure, vorrebbe dirsi, urgente e ineludibile, affinché si valutino l'opportunità e la legittimità – finché si è in tempo – di una virata siffatta.

---

<sup>210</sup> Cfr. N. Chomsky, *Hegemony or survival: America's quest for global dominance*, New York, 2003, spec. 54s., 149s., 223s.

<sup>211</sup> C. Joerges, *Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project*, in C. Joerges, N. Singh Ghaleigh (eds.) *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its Legal Traditions*, Oxford, 2003, 167-191.