LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

ALBERTO LUCARELLI

PRINCIPI COSTITUZIONALI EUROPEI TRA SOLIDARIETÀ E CONCORRENZA

7 LUGLIO 2020

CONSULTA ONLINE
PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

Alberto Lucarelli
Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza

SOMMARIO: 1. Il *fil rouge* della solidarietà: le basi giuridiche. – 2. La diversificazione dei modelli europei ed il principio solidarista. – 3. Il Trattato di Lisbona: convergenze e divergenze tra solidarietà e concorrenza. – 4. La Carta di Nizza: convergenze e divergenze tra solidarietà e concorrenza. – 5. La funzione sociale del mercato e l'incertezza del quadro di riferimento istituzionale. – 6. La coesione economica e sociale e la dimensione neoliberista di fronte all'insorgere dei fenomeni populisti. – 7. Mercato e solidarietà alla prova della crisi: il diritto pubblico europeo dell'economia. – 8. L'incertezza del quadro istituzionale: quali strumenti tra ordinamento sovranazionale e intergovernativo? – 9. Le misure proposte per fronteggiare la crisi: tra mercato e solidarietà e tra modello intergovernativo e sovranazionale. La recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht*.

1. *Il* fil rouge *della solidarietà: le basi giuridiche*

La pandemia, al di là degli aspetti sanitari, che hanno determinato scelte di natura politico-amministrativa, talvolta anche criticabili per l'uso disinvolto delle fonti, il sacrificio delle libertà fondamentali e la scarsa attenzione per i principi fondativi del costituzionalismo democratico quali il principio di legalità sostanziale e la riserva di legge assoluta, ha posto al centro la "questione sociale". Una questione che sta aumentando le diseguaglianze, premendo pericolosamente sulle intelaiature democratiche, dimostrando tutta la debolezza dei singoli Stati a poterle affrontare con strumenti e mezzi dignitosi. Le limitazioni delle libertà fondamentali attraversano pericolosamente l'Europa. L'Unione europea, sin dall'inizio dello scoppio della pandemia, ha deciso, al di là delle valutazioni di merito, di *giocare una sua partita*. Occorre capire, tuttavia, sulla base di quali principi e con quali strumenti ed obiettivi.

In quest'articolo, è mia intenzione riprendere un tema al quale mi dedico da anni, ovvero la dimensione sociale europea, analizzandola all'interno delle categorie classiche del costituzionalismo, quali la forma di Stato, la struttura piramidale delle fonti tra gerarchia e competenza, il rapporto pubblico privato, le relazioni tra diritto pubblico e *lex mercatoria.* Soprattutto, quanto i principi fondativi del diritto europeo (i c.d. principi costituzionali europei), seppur nel loro dato contraddittorio, ci si pone l'interrogativo in merito a quanto essi siano in grado di assumere forza prescrittiva e contribuire alla determinazione di un indirizzo politico tendenzialmente omogeneo. Tutto il ragionamento ruota intorno ai principi di solidarietà ed eguaglianza, presenti nel quadro dei principi europei, ma di fatto contraddetti da una forma di Stato sempre più orientata ad interpretare l'economia sociale di mercato quale luogo di giustizia commutativa piuttosto che distributiva, fondato sulla *competition law*. In tal senso, mi sembra opportuno proprio partire dai principi fondativi, ed attraverso un'analisi puntuale, provare a porre in relazione i principi con le regole, in un quadro che apparirà, come vedremo nel corso dell'indagine, altamente contraddittorio. E qui *entra in gioco* la teoria dell'indirizzo politico materiale che, quanto più è incerto, nebuloso e poroso il quadro dei principi e delle regole, tanto più diventa ostaggio dei rapporti di forza ~~e di regole~~ che progressivamente hanno penalizzato il modello socialdemocratico europeo, quello che aveva caratterizzato la crescita sociale in Europa nei primi trent'anni successivi alla seconda guerra mondiale.

Sembra opportuno, dunque, partire proprio dall'art. 3, par. 3 TUE che, nella sua contraddittorietà esprime un quadro di principi, che come si diceva, non sempre armonici e coerenti tra loro. Esso così dispone: «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico. L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la

giustizia e la protezione sociale, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri».

L'idea di fondo del lavoro è, dunque - partendo dalla suddetta disposizione - di individuare alcuni tra i principi più significativi caratterizzanti il modello socio-economico dell'Unione europea, studiarne le radici e l'evoluzione, ma soprattutto approfondirne il loro grado di effettività e prescrittività, in relazione alle regole attuative. Si tratta di una norma che contiene una pluralità di principi che, a loro volta, contribuiscono a costituire le categorie fondative del costituzionalismo democratico.

Il *filo rosso* della ricerca, che sta sullo sfondo, ma che risulta poi il vero protagonista, è l'indirizzo politico, ovvero la dimensione materiale dell'azione politico-normativa UE, l'unica in grado di trasformare i principi in regole, le enunciazioni formali in atti a contenuto prescrittivo.

In sostanza, l'art. 3, par. 3 TUE, risulta carico di significati, principi, obiettivi che, ovviamente, per assumere una piena qualificazione giuridica devono spostarsi sul piano dell'effettività e della prescrittività, attraverso il diritto derivato UE, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'azione normativa dei singoli Stati, le prassi, la *soft law*. La determinazione degli "alti" obiettivi ha necessità di una sua attuazione, da svolgersi nell'ambito di determinate forme, che possono, a seconda dei casi, caratterizzarsi per una dimensione più pubblicistica, o viceversa più mercantile, a prevalenza di *hard law* o, al contrario, scivolando verso forme di *soft law*. È evidente che forme e qualificazione degli strumenti nomativi incidono sulla natura e sulla determinazione degli obiettivi. Quest'ultimi, una volta fissati, possono soltanto tracciare una strada, poi tutta necessariamente da realizzare. Centrale, in questo percorso, diventa la funzione di determinazione di un indirizzo politico chiaro, univoco, unitario, espressione e frutto di un processo che, per assumere caratteri di democraticità, dovrebbe snodarsi tra partecipazione e rappresentanza democratica. Tuttavia, sappiamo bene che così non è, perlomeno non ~~lo~~ nell'attuale assetto istituzione UE. Occorre cercare di comprendere a chi è attribuito l'indirizzo politico governante UE, o comunque, al di là di formali attribuzioni, chi lo detiene? Temi complessi che cercheremo di affrontare nel corso della presente indagine, che risente dell'incerta forma di Stato UE e dell'altrettanto ambigua forma di governo. Mi spiego meglio: l'indirizzo politico UE sarà il frutto dell'azione dei singoli Stati, delle singole cancellerie (metodo intergovernativo), o piuttosto dell'UE, intesa nella sua forma federale? Sarà attuato in ambito europeo dal consiglio e dalla commissione, o viceversa al parlamento, unico organo dell'UE eletto direttamente dai cittadini, sarà assegnato un ruolo da protagonista? C'è una rappresentanza democratica nelle istituzioni Ue?

In presenza di un quadro istituzionale *imperfetto,* che cerca una sua forma costituzionale e che *in progress* ne esprime diverse, a seconda degli interessi in gioco e dei rapporti di forza, per provare a definire il modello socio economico, in particolare in relazione al rapporto tra solidarietà e concorrenza, all'interno del mercato, occorre partire dall'individuazione dei principi. In tal senso, si cercherà di sviluppare un ragionamento intorno ad essi, relazionandoci al diritto derivato ed alla giurisprudenza, ma con la consapevolezza che si è in presenza di principi a vocazione programmatica, privi della necessaria prescrittività, che si muovono, talvolta, su di un piano metagiuridico.

L'art. 3, par. 3 TUE, è un articolo dal quale è possibile declinare più principi, potenzialmente antitetici tra loro, che contribuiscono, a seconda della loro concreta attuazione, alla configurazione di differenti modelli economico[1], e che sono alla base di quella che, impropriamente, viene definita la c.d. *European Economic Constitution*[2].

Dalla lettura dei principi in esso contenuti, che si concretizzano in programmi ed obiettivi, l'articolo sembrerebbe volto, innanzitutto, a porre in equilibrio e ad armonizzare il mercato con la solidarietà, la concorrenza con i diritti sociali, le libertà economiche con la giustizia sociale, la crescita

[1] Sul punto A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. LUCARELLI e A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla costituzione europea,* Napoli, 2009.

[2] Cfr. A. HATJE, *The Economic Constitution*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-Portland, 2006, 590 ss.; nonché A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, in particolare XVIII ss.

economica con lo sviluppo sociale, le liberalizzazioni con la gestione pubblica dei servizi pubblici essenziali, così come ben delineato negli artt. 106 e 107 TFUE[3]. Insomma, un programma, letto nel suo complesso, di difficile attuazione, per usare un eufemismo.

Proviamo, dunque, ad estrapolarne qualche principio, ponendoli in relazione tra loro, al fine di verificare la possibilità di creare un microsistema, che poi, evidentemente, per spostarsi sul piano dell'effettività, necessita della decisione politica.

La giustizia sociale, la coesione economica, sociale e territoriale, ma anche la tutela dell'ambiente, si pongono quale perno intorno al quale sviluppare le politiche pubbliche dell'UE. L'art. 3, par 3, con l'espressione «…combatte l'esclusione sociale…» fa ricorso ad un linguaggio forte, deciso, coraggioso, esplicito, che presuppone azione dirette, tese a fronteggiare le discriminazioni e le diseguaglianze.

La disposizione va decisamente oltre l'eguaglianza formale, pur affermata implicitamente nell'articolo, ponendo le basi per azioni politiche e normative finalizzate a rimuovere gli squilibri economici e sociali. L'Unione, ai sensi del suddetto articolo, deve, inoltre, «…promuovere la giustizia e la protezione sociale…». Quindi, in questo *super articolo*, contenitore di più principi, vi è anche il tema della riduzione degli squilibri e delle diseguaglianze, ovvero i punti nevralgici che rappresentano la vera sconfitta delle socialdemocrazie[4], prima di trasformarsi a partire dagli anni novanta in *Terza via* o c.d. *New Labour*, con una progressiva riduzione degli spazi pubblici nei processi economici ed una innaturale convergenza verso i modelli neoliberisti[5].

Si è in presenza, dunque, con l'art. 3, par. 3 TUE, di disposizioni che esprimono, nella loro tensione e nel loro fondamento ben saldo nell'economia sociale di mercato, l'obiettivo di configurare la compatibilità del mercato con lo Stato e la legittimazione dello Stato nel mercato. Disposizioni che, come è stato dimostrato negli anni dalla giurisprudenza[6] e dalla dottrina, non si pongono sempre in linea con la nostra Costituzione, soprattutto nelle parti maggiormente caratterizzate da una visione liberista dei mercati[7]. Non è questa la sede per sviluppare e dimostrare la disarmonia tra il modello (o i modelli) socio-economico, oggetto del processo di integrazione UE e quello espresso nella Costituzione italiana del 1947, tuttavia possiamo provare ad affermare - e in qualche modo lo ritroviamo nei ragionamenti presenti in questa indagine - che il nostro ordinamento non esprime un

---

[3] Cfr. A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordiliberalismo e diritto pubblico dell'economia,* in *Dir. pubbl. eur. Rass.* online, numero speciale 1/2019.

[44] Sul punto appare interessante, nonché calzante, la riflessione di T. PIKETTY, *Capitale e ideologia*, Milano, 2020, 555: «Le società proprietariste, che sembravano così prospere e solide alla viglia della prima guerra mondiale, tra il 1914 e il 1945 subirono un crollo, tant'è vero che i cosiddetti paesi "capitalisti" tra io 1950 e il 1980 divennero di fatto società socialdemocratiche, con varie combinazioni di nazionalizzazioni, sistemi pubblici di istruzione, assistenza sanitaria, *welfare* e pensioni, e con l'adozione di una tassazione progressiva sugli alti redditi e sui grandi patrimoni. Eppure, nonostante l'innegabile successo iniziale, a partire dagli anni ottanta e novanta del Novecento le società socialdemocratiche hanno perso gran parte della propria vitalità. In particolare, non sono state in grado di far fronte all'aumento della diseguaglianza, che da allora è cresciuta quasi ovunque».

[5] Il ruolo fondamentale svolto dalle socialdemocrazie nei venti anni successivi alla seconda guerra mondiale, fondato sulla prevalenza del principio solidaristico sull'utilità individuale, viene meno a partire dagli anni ottanta del secolo scorso. In un recente libro P. COILLIER, *Il futuro del capitalismo. Fronteggiare le nuove ansie*, Roma-Bari, 2020, *passim*, sottolinea come proprio quel modello per rincorrere il neoliberismo si sia trasformato nella società dei rottweiler.

[6] A titolo esemplificativo, e già a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014 e, più di recente, la sentenza n. 69 del 2017, nonché la giurisprudenza "Taricco", inaugurata con l'ordinanza del 17 gennaio 2014 del GUP del Tribunale di Cuneo e proseguita con la sentenza resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (grande sezione) resa in data 8 settembre 2015 (in causa C-105/2014); proseguita poi, con l'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale e con la sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione), del 5 dicembre 2017 (causa C-42/2017) e conclusasi con la sentenza della Corte costituzionale del 10 aprile 2018, n. 115.

[7] In sostanza, progressivamente, si afferma un diritto della concorrenza europeo, di rilevanza costituzionale, che caratterizza fortemente la *European Economic Constitution* e quindi anche il nostro ordinamento giuridico costituzionale, e che trova le sue basi e radici nelle teorie degli ordoliberali tedeschi che rappresentano, già a partire dagli anni Venti del secolo scorso, un modello economico fondato sulla regola della concorrenza e sul libero mercato. Sul punto A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo tra fenomenologia e categorie del costituzionalismo*, in C. IANNELLO (a cura di), *Neoliberismo e diritto pubblico*, in *Dir. pubbl. eur. Rass.*, 2020, 170 ss.

modello di economia sociale di mercato, ma piuttosto un governo pubblico dell'economia, nel quale le libertà economiche sono limitate e subordinate da vincoli di utilità sociale. In Italia, la tensione tra i due modelli, emergeva anche tra i costituzionalisti; penso, in particolare, al Convegno nazionale AIC dell'11 e 12 ottobre 1991, alle relazioni di Amato[8], Guarino[9] e Bognetti[10] nelle quali, in virtù della supremazia del diritto UE sul diritto interno, si sosteneva l'incompatibilità del governo pubblico dell'economia con il diritto europeo. In particolare, si affermava l'inadeguatezza e l'inapplicabilità degli artt. 41, 3 comma Cost. e dell'art. 43 Cost., rispetto al nuovo corso del diritto europeo, tutto concentrato a liberare il capitalismo dalla presenza "pubblica" ed a porre beni e servizi, anche quelli pubblici ed essenziali, sul mercato concorrenziale.

Nella formulazione dell'articolo 3 TUE, rispetto alla disciplina previgente il Trattato di Lisbona[11], viene meno il riferimento ad un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non falsata, così come scompare il principio della libertà di concorrenza. La concorrenza, dunque, non compare più, quanto meno dal punto di vista formale, tra i principi-obiettivi dell'Unione europea, assumendo piuttosto la forma di una competenza dell'Unione caratterizzante il mercato; un mercato che deve essere fortemente competitivo, ma, allo stesso tempo, mirare alla piena occupazione, nel rispetto dell'ambiente. Insomma, una norma tutta da interpretare ed applicare, nella quale è evidente che rilevano soprattutto i rapporti di forza, al di là dei contenuti formali. Una norma che può pendere, nella sua fase attuativa, a seconda dei rapporti di forza, ora verso il diritto mercantile, ora verso il diritto pubblico dell'economia.

Oltre all'art. 3, par 3 TUE, il modello socio-economico dell'Ue si completa attraverso altre disposizioni, quali ad esempio: l'art. 14 TFUE che fa riferimento al principio della coesione economica e sociale in relazione all'erogazione dei servizi di interesse economico-generale, l'art. 2 TUE, sui valori dell'Unione, che si riporta al principio solidaristico, l'art. 9 TFUE che contiene una clausola sociale e l'art. 10 TFUE che àncora la politica e l'azione dell'Unione al principio di non discriminazione, principio ripreso anche da qualificanti norme della Carta di Nizza (art. 20 sull'uguaglianza davanti alla legge e art. 21 sulla non discriminazione)[12].

In questo quadro di principi e regole, l'obiettivo che ci si propone nel presente saggio, è di individuare, in relazione al modello socio-economico dell'UE, pur consapevoli della sua porosità, frammentarietà e contraddittorietà, i suoi fondamenti teorico-giuridici, in grado di costruire, accanto al diritto della concorrenza, tipicamente di matrice privatistico-mercantile, una sfera pubblico-sociale; di provare a dare rilievo, in ambito europeo, al diritto pubblico, soprattutto in ordine alla garanzia dei diritti sociali ed all'effettiva affermazione del principio di eguaglianza sostanziale[13].

---

[8] G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in AIC (a cura), *La Costituzione economica*, Padova 1997, 9 ss.

[9] G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in AIC (a cura), *La Costituzione economica*, cit., 21 ss.

[10] G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in AIC (cura), *La Costituzione economica*, cit., 121 ss.

[11] Art. 2 TUE, nella versione non consolidata, sostituito poi dall'attuale art. 3, prevedeva: «La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l' ambiente , un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri».

[12] A titolo esemplificativo si richiama K. BACON, *European Union law of state aid*, Oxford, 2017; P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri dell'Unione europea: un panorama costituzionale*, in L. MANDERIEUX e M. VELLANO (a cura di), *Etique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Torino, 2017; V. BRISIMI, *The interface between competition and the internal market. Market separation under article 102 TFEU*, Oxford-Portland, 2016; C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2010; M. CARTABIA, *Europe and rights: taking dialogue seriously*, in *European Constitutional Law Review*, 1, 2009; I. CASTANGIA e G. BAGIONI, *Il principio di non discriminazione nel diritto dell'Unione Europea*, Napoli, 2011; M. CREMONINI, *Il principio di solidarietà nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, 2006.

[13] Sul punto e diffusamente, A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit., *passim*, nonché F. BALAGUER CALLEJÒN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista. Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale*

Qual è il ruolo che ha svolto, o meglio e che ha potuto svolgere, il diritto pubblico in relazione al sistema socio-economico dell'UE? Ha reagito alle prevaricazioni di un mercato sempre meno temperato e sociale, o viceversa ne è diventato strumento ancillare? Il modello socio-economico europeo, in continua metamorfosi, è possibile, ragionando con le categorie classiche del diritto costituzionale, ricondurlo alla forma di Stato, intesa soprattutto quale meccanismo di relazione tra autorità e libertà? E nel caso come qualificare tale forma di Stato? Insomma, quesiti ai quali proveremo a dare delle risposte, ancor più necessarie oggi, quando, in situazioni di emergenza, il capitalismo, dopo la crisi del modello socialdemocratico di *Welfare State*, nelle sue forme neoliberiste, mostra tutti i suoi limiti, tutta la sua fragilità, soprattutto in presenza di crescenti diseguaglianze. Insomma, mai come in questo momento, la dimensione socialdemocratica e quella liberale hanno la grande chance di convergenza in quello che Gopnik, in un recente saggio, definisce fattore "P", ovvero la funzione *public*[14].

2. *La divergenza dei modelli europei ed il principio solidarista*

È evidente che prima dell'ondata sovranista[15] abbiano convissuto, in ambito europeo, due anime: una sociale legata al ruolo ed alla presenza dello Stato, o più in generale della proprietà pubblica nella sfera economico-produttiva, volta a bilanciare e regolare il mercato comune, aperto e concorrenziale, con il primato politico assegnato ai principi dell'economia mista e del *Welfare State*[16]; ed un'altra definibile individual-liberista, che ha guardato, da Reagan in poi, con ammirazione al modello statunitense, ed al ruolo attivo dei privati anche nell'ambito dei servizi di interesse generale e dei beni pubblici (istruzione, sanità, trasporti) e che meno profondamente avverte e ha avvertito il senso dell'identità europea[17]. Un modello riconducibile alla tradizione socialdemocratica, che si è imposta dopo la seconda guerra mondiale fino agli anni ottanta, ed uno neoliberista che, come vedremo nelle pagine successive, è ascrivibile all'onda lunga del pensiero della Scuola di Vienna. Tra queste due posizioni si collocava il modello ordoliberale, che, secondo parte della dottrina, costituiva, di fatto, una variante al modello neoliberale. Infatti, l'*Ordnungpolitik* degli ordoliberali, pur prevedendo un intervento pubblico dell'economia, si fonda su finalità ed obiettivi non distanti dal liberismo economico, ovvero centralità del mercato e del consumatore, riduzione degli spazi pubblici, processi di privatizzazione[18].

---

dell'UE, in A. LUCARELLI e A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Napoli, 2009.

[14] A. GOPNIK, *Il Manifesto del Rinoceronte. L'avventura del liberalismo*, Milano, 2020, *passim*.

[15] A seguito della vittoria alle elezioni in diversi stati membri di partiti "sovranisti" (si pensi al caso ungherese, austriaco, olandese, italiano, francese e inglese – per citarne alcuni) ma che tuttavia non è riuscita a "travolgere" totalmente l'Europa a seguito delle ultime elezioni del Parlamento Europeo nel 2019.

[16] Cfr. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003, 85.

[17] Cfr. M. RODRIGUEZ MOLINERO, *The Principle of Subsidiarity and European Union*, in M. TROPER e M.M. KARLSSON (a cura di), *Law, Justice and the State*, in *Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie*, 1995, 201; nonché I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà nel "Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2003, 1220 ss.

[18] Si tratta di una sorta d'interventismo liberale che si sviluppa a Friburgo (la Scuola di Friburgo) tra le due guerre. Alla fine degli anni venti, come evidenzia D.J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, New York-Oxford, 1998, spec. 335, « […] *the development of competition law ideas in Europe had an important transnational dimension. International organizations and conference such as the League of Nations World Economic Conference and the Interparliamentary Union's London Conference were spreading competition law ideas and creating an image of what competition law should be and what roles it should play. In many European countries, competition law ideas first acquired status and standing as a role result of these international efforts, and the model of competition law they created served as the basis for most postwar European competition law systems*». *The Havana Charter* incoraggiò molto i governi europei ad inserire nei loro ordinamenti giuridici norme sulla concorrenza.

Questa teoria configura, dunque, un'economia di mercato, limitata o per usare l'espressione di Hatje, *relativised* da opposti principi e poteri d'intervento delle istituzioni pubbliche[19].

Piuttosto che elaborare una teoria del diritto pubblico dell'economia (o di governo pubblico dell'economia), in cui lo Stato non si limita a regolare, ma ad intervenire laddove funzionale alla tutela effettiva dei diritti fondamentali, la Scuola ordoliberale di Friburgo costruisce una teoria di diritto ed economia o di diritto dell'economia[20], dove il diritto, quale forma e strumento, interviene nei processi economici e quindi sulle libertà economiche e sociali dei cittadini, anche massicciamente, soprattutto per agevolare ed incentivare il libero mercato. Un modello nel quale lo Stato deve essere *forte* per neutralizzare i monopoli, anche quelli relativi ai servizi pubblici essenziali, per costruire le strutture, il quadro istituzionale e l'ordine nel quale l'economia funziona.

Tuttavia, come affermava Eucken, lo Stato non dovrà mai dirigere i processi economici[21]. Insomma, secondo le teorie ordoliberali, contrariamente ai liberali classici, lo Stato deve ristabilire la concorrenza se essa non funziona; deve creare un ambiente favorevole, attraverso la formazione dei lavoratori, le infrastrutture, gli incentivi al risparmio, le leggi sulla proprietà, i contratti etc. Inoltre - e questo è un dato che letto oggi risulta molto significativo - s'insisteva sul primato della politica monetaria, tesa a garantire meccanismi automatici in grado di preservare la concorrenza, ma soprattutto di tendere alla stabilità[22].

Una visione, dunque, neoliberale fondata su un ordine di regole piuttosto che sul *laissez-faire* ispiratore del pensiero di von Mises ed Hayek[23]; una visione che, come vedremo, influenzerà il modello sociale ed economico dell'Europa e che negli anni sessanta in Germania troverà ampi spazi anche nel SPD[24].

I principi fondativi degli ordoliberali, quali il mercato (c.d. economia sociale di mercato[25]) e la libera concorrenza, che contribuiscono a creare nella Germania Federale, a partire dal 1957, un sistema di regole orientate alla *Competition Law*[26], guidano e hanno guidato l'azione dell'Unione europea, unitamente all'idea dell'assoluta rilevanza delle politiche monetarie ed al *totem* della stabilità e dell'equilibrio di bilancio.

La presenza delle due suddette matrici, con la significativa variante ordoliberale, tutte ascrivibili alla nozione di Stato democratico[27] e al costituzionalismo liberal-democratico, ma caratterizzate dal

---

[19] A. HATJE, *The Economic Constitution*, 591.

[20] D.J. GERBER, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the "New" Europe*, Chicago, 1994, ricostruisce il quadro storico di come e perché nasce la Scuola ordoliberale di Friburgo. In particolare, evidenzia come tra le due guerre con la Repubblica di Weimar agonizzante l'economista Walter Eucken aspira a rifondare anche filosoficamente la disciplina economica ed insieme ai giuristi Bohm e Grossmann-Doerth contribuisce alla creazione di una teoria che intende innanzitutto affrontare il tema dei monopoli.

[21] S. G. KARSTEN, *Eucken's social market economy and its test in post-war West Germany*, in *The American Journal of Economics and Sociology*, vol. 44, 2, 1985.

[22] W. EUCKEN, *Grundsatze der Wirtschaftpolitik*, Tubingen, 1952.

[23] Le teorie ordoliberali in Germania raggiungono il massimo livello di affermazione culturale ma anche politica quando Erhard, da ministro dell'economia di Adenauer, circondato da economisti ordoliberali quali Bohm, Eucken e Muller-Armack, fa votare due leggi decisive: una sull'indipendenza della Bundesbank, l'altra contro le limitazioni alla concorrenza.

[24] Nel 1955 Karl Schiller pubblica *Socialismo e concorrenza*, di cui ricorda lo slogan *Concorrenza fin dove è possibile, pianificazione soltanto se necessaria.* Come è noto nel novembre del 1959 a Bad Godesberg una maggioranza di delegati del SPD riconosce la proprietà privata dei mezzi di produzione e l'economia di mercato come principi fondamentali.

[25] In realtà, il dato sociale delineato nelle teorie ordoliberali, più che sul piano dei contenuti, tende ad identificare il ruolo dello Stato con la dimensione sociale a prescindere dei contenuti che nella sostanza non hanno quali obiettivi, perlomeno in via diretta, la tutela effettiva di diritti sociali.

[26] Nella Repubblica federale tedesca questo sistema fondato sulla regola della concorrenza assume una rilevanza *costituzionale* attraverso la promozione di valori e la promozione di diritti fondamentali, operando attraverso regole giudiziarie ed amministrative. Come osserva D. J. GERBER, *Competition Law*, cit., 269, «*The decartelization laws were in effect, first as occupation laws and later on a transitional basis as laws of the Federal republic, until they were replaced by the new German Competition law on January 1, 1958*».

[27] Tuttavia, sulla genetica conflittualità tra Stato democratico e Stato sociale, si veda S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, in *Dir. e Soc.*, 2, 1999, 185, il quale sostiene che lo Stato entra in

differente ruolo dello Stato, delle prestazioni del modello sociale e delle relative garanzie, non ha facilitato la costruzione di una dimensione giuridica comune a livello europeo, di un *idem sentire* sociale; valori che si sono ancor più indeboliti con il nazionalismo sovranista e populista[28]. Va detto, ma nell'economia del saggio non vi è spazio per approfondimenti in merito, che il sovranismo e il nazionalismo dei c.d. Paesi di Visigrad si sono collocati al di là del perimetro della tradizione del costituzionalismo liberal-democratico.

In estrema sintesi, si potrebbe dire che in Europa si è assistito alla contrapposizione tra modello neoliberista, orientato al mercato puro, con la sua variabile temperata ordoliberale, e modello socialdemocratico, geloso delle conquiste dello Stato sociale. Un modello quello socialdemocratico, tuttavia, sempre più disposto ad inclinarsi verso l'economia sociale di mercato degli ordoliberali, il c.d. modello renano, "mettendo sul mercato" servizi e beni pubblici, progressivamente teso a trasformare il cittadino in utente e/o consumatore, in una logica tipica del diritto privato e dell'affermazione dei diritti attraverso gli schemi propri del diritto mercantile.

In sostanza, il modello di Stato sociale, presentato da Neumann a Weimar[29], è stato successivamente trasformato, influenzato e deformato, proprio attraverso il contributo della Scuola degli ordoliberali e, più in generale, dai principi caratterizzanti l'economia sociale di mercato[30]. Nel nostro sistema costituzionale il modello economico-sociale *weimeriano* ha trovato la propria sintesi nello Stato sociale di diritto[31], rilevando come i meccanismi del mercato non fossero idonei ad assicurare la regolarità della riproduzione sociale, definendo l'ulteriore passaggio dalla democrazia politica a quella economica[32].

L'influenza decisiva della cultura ordoliberale sull'economia sociale di mercato - quella per intenderci direttamente richiamata dall'art. 3, par. 3 TUE - ha quale conseguenza diretta ed immediata che la regola comunitaria della concorrenza (*Competition law*), pur "infiltrata" anche nei sistemi nazionali di *droit social*[33], invece di porsi quale principio derogabile in presenza di fallimenti del mercato e di servizi che hanno l'obbligo di garantire i diritti fondamentali, assurge a bussola del sistema fondato su diritto ed economia, marginalizzando il ruolo del diritto pubblico dell'economia.

L'economia sociale di mercato, identificata originariamente nel modello *renano*, avrebbe dovuto esprimere un sistema configurabile in uno Stato non soltanto regolatore ma anche gestore; si pensi, in particolare, ai servizi relativi ad attività economiche, la cui rilevanza sociale avrebbe dovuto legittimare interventi dei poteri pubblici, specialmente nei casi in cui la spontaneità del mercato non fosse stato in grado di soddisfarli. Le regole della concorrenza e dell'economia di mercato avrebbero dovuto cedere dinanzi al principio dell'eguale soddisfacimento dei diritti sociali, quali diritti universali e fondamentali dell'uomo[34]. Ma è l'irrompere dell'ordoliberalismo, anche nel processo di

---

contraddizione con i principi ed il corretto funzionamento dello Stato di diritto, provocandone la crisi. In sostanza per l'A. lo Stato sociale può determinare una notevole limitazione sostanziale dei più essenziali e inviolabili diritti di libertà.

[28] Cfr. A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo tra fenomenologia e categorie del costituzionalismo*, in C. IANNELLO (a cura di), *Neoliberismo e diritto pubblico*, cit., 170 ss.; ID., *Populismi e rappresentanza democratica*, Napoli, in corso di pubblicazione.

[29] Occorre ricordare che in Germania nel 1953 veniva elaborato un documento economico (*Regierungsentwurf*) fortemente ispirato alle teorie degli ordoliberali, ma tuttavia meno liberista del documento commissionato a Josten nel 1949. Nel 1957 una versione modificata del documento del 1953 veniva presentata in parlamento, entrando in vigore il 1° gennaio 1958. Cfr. Sul punto, A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit., 132.

[30] D. J. GERBER, *Law and Competition in the Twentieth Century Europe*, Oxford, 1998, 275, sottolinea come la Scuola del pensiero economico degli Ordoliberali, prospettando una terza via tra capitalismo e socialismo, abbia influenzato l'economico sociale di mercato tedesca, con l'obiettivo di porre in equilibrio gli obiettivi dell'equità e della giustizia distributiva con quelli dell'efficienza.

[31] L. PALADIN, *Eguaglianza (dir.cost.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIV, 1965, 549, evidenzia come lo Stato sociale non possa ritenersi incompatibile con la conservazione della parità giuridica, venendosi così a configurare il cd. Stato sociale di diritto.

[32] Sull'uso del termine stato sociale nel XIX secolo si richiama H.F. ZACHER, *Das Soziale Staatziel*, in J. ISENSEE e P. KIRCHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1987, 1045-1111.

[33] S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, cit., 83.

[34] Cfr. A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, cit.

integrazione, che determina una torsione neoliberale del modello renano e depotenzia la cultura socialdemocratica, che in parte si riscontrava nell'economia sociale di mercato. Con il nuovo art 3, par. 3 TUE, che combina economia sociale di mercato e principi socialdemocratici fondati su solidarietà e giustizia sociale, sembrerebbe che lo spirito *public* del liberalismo riemerga, depurandolo, nella sua espressione di economia sociale di mercato, dagli eccessi neoliberisti degli ordoliberali. Questo mi sembra il punto veramente significativo ed originale, intorno al quale ragionare, ovvero un articolo (art. 3, par. 3 TUE) che contiene più principi che possono, a seconda dell'indirizzo politico che si intende determinare ed attuare, convergere od elidersi.

Vi è la possibilità oggi di far risorgere il diritto pubblico dell'economia nell'UE, ma a condizione che si ridimensioni la spinta ordoliberale. Non possiamo dimenticare che il modello di economia sociale di mercato, che trovava le proprie radici nella visione *keynesiana* di *Welfare State*, veniva travolto, a seguito della crisi petrolifera di fine anni '70, dalla rivoluzione *Reagan-tacheriana*, generando l'attuale ideologia del riformismo, «una teorica non più sorretta da un disegno primario di giustizia sociale ma al contrario volta principalmente alla ricostruzione di un sistema capitalistico il più possibile efficiente»[35].

Veniva meno, dunque, definitivamente, in Europa la spinta del riformismo *welfarista* che, a partire dalla Costituzione di Weimar, e successivamente nella Costituzione italiana del 1947, aveva prodotto e costituzionalizzato i diritti sociali, attribuendogli il valore della prescrittività e dell'effettività con un riconoscimento diretto di responsabilità in capo alle istituzioni pubbliche.

Con il ricorso ai principi di Maastricht, improntati al dominio della concorrenza ed alla prevalenza della cultura ordoliberale in ambito UE, si ridimensiona decisamente il modello di economia sociale di mercato, per *planare* su un liberismo formalmente temperato. La regolazione del mercato in sé e per sé non riesce a mettere in moto meccanismi tali da riconoscere e garantire secondo i principi di solidarietà ed eguaglianza i diritti dei cittadini, in particolare quei diritti sociali che non sempre sono conciliabili con la regola della concorrenza. Soprattutto, si tratta di un modello di diritto dell'economia (*law and economics)*, fondato sul principio della concorrenza, piuttosto che di un modello nel quale le istituzioni siano in grado di esprimere azioni fondate su principi alternativi, più aderenti a quello che comunemente si definisce Stato sociale[36].

Un modello basato su meccanismi automatici di pilotaggio; penso, in particolare, al famoso 3% di deficit ed all'instaurazione nel marzo del 2012 della c.d. "regola d'oro"[37], che limita i deficit *budgetari* per gli Stati membri; un modello che, oltre a determinare una forte erosione di sovranità, ha quali conseguenze dirette, processi di privatizzazione di beni e servizi, anche di quelli

[35] U. MATTEI, *Ballando sul ponte del Titanic. Cronaca di una catastrofe annunciata*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico*, Napoli, 2009, 78, nulla a che vedere dunque, come evidenzia Mattei con la corrente riformista che ebbe notevole peso all'interno della Seconda Internazionale (1889-1914) che condivideva il progetto di uguaglianza e giustizia sociale del movimento socialista ma si distingueva per il metodo legalista e gradualista piuttosto che rivoluzionario con cui l'obiettivo finale doveva essere raggiunto.

[36] Nel corso del lavoro si tratta anche di capire se in ambito europeo la regola della concorrenza (*competition law)* assume una rilevanza più politica o più giuridica. In questo senso, è importante verificare se per l'attuazione della regola della concorrenza svolga (abbia svolto) un ruolo più rilevante la Commissione, in una dimensione politica, o piuttosto la Corte di giustizia in una dimensione giuridica.

[37] Con la legge costituzionale n. 1 del 20 aprile 2012, che modifica l'art. 81 Cost., è stato introdotto nell'ordinamento italiano il "principio del pareggio di bilancio". La legge costituzionale è stata approvata da ciascuna Camera, nella seconda votazione, con la maggioranza qualificata dei due terzi, risultando, pertanto, non sottoponibile a referendum *ex* art. 138 Cost., comma 3. In tal modo il nostro Paese ha adempiuto alla prescrizione di cui al Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria, cd. *Fiscal Compact* che, all'art. 3, vincola gli Stati contraenti al pareggio (o avanzo) di bilancio, recependolo «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio» (par. 2). Sul punto si rinvia a D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale* vulnus *alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, 3, 2014.

normalmente considerati essenziali, ovvero direttamente riconducibili al soddisfacimento di diritti fondamentali[38].

È evidente, inoltre, come ben sottolineato in dottrina, che l'influenza delle teorie ordoliberali sul processo di costruzione dell'Unione Europea, in particolare finalizzata all'introduzione della concorrenza come strumento per l'integrazione ed il mercato, abbia avuto effetti anche sugli ordinamenti dei singoli Stati[39], anche su quelli come il nostro, nei quali la categoria della concorrenza fa la sua prima apparizione in Costituzione soltanto con la riforma del titolo V del 2001.

In presenza della crisi economica, determinata, da ultimo, dalla pandemia, si sono evidenziati tutti i limiti di tale modello, incapace e privo di strumenti finalizzati a politiche di solidarietà, coesione e giustizia sociale, ovvero di redistribuzione delle ricchezze. È arrivato, dunque, proprio il momento giusto per cercare di capire se i principi di giustizia sociale e solidarietà, contenuti nel diritto euro-unitario, vadano intessi come meri programmi di enunciazioni formali, o piuttosto principi-obbiettivi da attuare e da rendere effettivi.

3. *Il Trattato di Lisbona: convergenze e divergenze tra solidarietà e concorrenza*

Il Trattato di Lisbona, pur con le sue ambigue formule, sembrerebbe voler frenare l'idolatria della concorrenza e del mercato, attraverso il rafforzamento di principi democratici e la tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia, non si può assolutamente parlare di un'inversione di rotta. Infatti, "sul campo" non appaiono politiche pubbliche ed economiche alternative, né una maggiore attenzione verso i servizi pubblici essenziali. Si configura, piuttosto, una reazione scomposta ed emotiva alla crisi dei mercati finanziari ed alla contrazione della domanda, che si manifesta con un ricorso allo Stato ed agli istituti tipici del diritto pubblico, ai quali solitamente fa ricorso il capitalismo nei momenti di crisi.

Anche in questo caso, siamo ben lontani da politiche strutturali e di reale redistribuzione del reddito e degli assetti proprietari; ben lontani dal riformismo *weimariano*, ricco di contenuti culturali e di proposte politiche. Vero è che dopo Lisbona, da un punto di vista sistematico e contenutistico, i diritti sociali nello spazio giuridico europeo, e in riferimento alla Carta europea dei diritti fondamentali, trovano il proprio paradigma, o meglio, il proprio fondamento giuridico, nel principio di solidarietà, piuttosto che nel principio di eguaglianza. Si tratta di una dimensione della solidarietà che appare più servente alle libertà economiche, piuttosto che al principio di eguaglianza.

È noto infatti che i diritti sociali, oltre ad essere rivolti ad assicurare il godimento delle tradizionali libertà, siano soprattutto strumenti tesi a garantire la realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale, mediante un'azione sistematica e redistributiva dei pubblici poteri[40].

È vero che nel principio solidaristico si individua il paradigma dei diritti sociali in ambito europeo, sin dall'inizio del XX secolo, in particolare, nella classica costruzione di Duguit, nella quale si

---

[38] L'evoluzione dei rapporti tra Unione europea e l'incidenza della *competition law* è ampiamente esaminata da D.J. GERBER, *Competition Law*, cit.: «The creation of the European Economic Community in 1957 began a process of integration in which competition law has played a pivotal role, and that process has, in turn, imbued competition law with roles and influence far beyond those it is likely to have achieved otherwise», 334.

[39] Anche se come evidenziato da D. J. GERBER, *Competition.*, cit., da una parte la posizione tedesca ed olandese appare decisamente tesa all'introduzione ed affermazione della *competition law*, mentre, dall'altra quella d'Italia e Francia sembra decisamente più prudente.

[40] M. MAZZIOTTI, *Diritti sociali*, in *Enc. Dir.*, XII, 1966, 803, sottolinea come il concetto dei diritti sociali vada dedotto principalmente da un'indagine sulla funzione sociale dello Stato moderno e sul carattere delle norme in cui questa si estrinseca. È compito dello Stato moderno e sul carattere delle norme in cui questa si estrinseca. È compito dello Stato far sì che il principio di eguaglianza sia rispettato. In dottrina si è tuttavia osservato che la disciplina costituzionale relativa alle libertà economiche e sociali che trova, tra l'altro, il proprio fondamento nell'art. 3, comma 2 Cost., si presta ad applicazioni dirette, pur in difetto di un intervento legislativo. Si tratta infatti di principi effettivamente validi, quindi efficaci all'interno dell'ordinamento giuridico e vincolanti per il legislatore. Cfr. anche V. CRISAFULLI, *Ancora in tema di eguaglianza*, in *Giur. Cost.*, 4-5, 1959, 747.

sosteneva che i diritti sociali fossero soprattutto una manifestazione dell'interdipendenza sociale[41], ma è soltanto con la svolta *weimariana* che è possibile parlare di Stato sociale costituzionalizzato[42].

Con il passaggio dallo Stato democratico allo Stato democratico-sociale, il concetto della solidarietà sociale diventa riduttivo per elaborare la base teorico-applicativa dei diritti sociali[43]. Un concetto, quello della solidarietà, che ruota intorno alla persona, o a gruppi di persone, secondo una mera visione socio-centrica, prescindendo dall'azione dei pubblici poteri[44]. Nel principio di solidarietà si ravvisa, dunque, una spinta ed una matrice individualista che si attenua a mano a mano essa assume la dimensione sociale[45] ed aumenta la responsabilità pubblica nei confronti degli emarginati, non più tutelati dalle originarie comunità solidali.

Tuttavia, va anche sottolineato che nel processo evolutivo della forma dello Stato la solidarietà sociale rappresenta una prima traccia del dovere posto in capo ai pubblici poteri, configurando modelli di solidarietà istituzionale e regolamentata, solidarietà verso le generazioni future; modelli che non restano ostaggio di processi orizzontali di natura privatistica, ma che al contrario valorizzino la dimensione sociale, individuando le responsabilità dello Stato nei casi di mancata ottemperanza ai doveri di solidarietà.

La tesi, secondo la quale la crisi dello Stato sociale sarebbe irreversibile, ha visto la proposizione di nuovi modelli di solidarietà, in particolare si fa riferimento al *Welfare Mix* (Stato, mercato e non profit) ed al c.d. *Welfare Society* (anche definito sussidiarietà orizzontale[46]). In essi si configura una tipologia di società trasversale agli schieramenti, nella quale un virtuale pluralismo, o comunitarismo sarebbero in grado di accogliere in sé tutte le differenze, neutralizzando gli aspetti sovversivi del conflitto e riconoscendo la legittimità delle aspettative di ciascuno.

4. *La Carta di Nizza: convergenze e divergenze tra solidarietà e concorrenza*

La Carta europea dei diritti fondamentali[47], che nella parte relativa ai diritti sociali, sembrerebbe esprimere un compromesso tra individualismo e modello socio-centrico, presuppone forme di sussidiarietà orizzontale[48], come principio di regolazione tra sfera pubblica e sfera privata, e di

---

[41] L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, 1913, *passim.*

[42] Il primo vero e proprio tentativo di costituzionalizzazione di un catalogo ampio di diritti, comprensivo anche dei diritti sociali, è quello effettuato nel 1919 con la Costituzione repubblicana tedesca, la cd. *Costituzione di Weimar*. La sua seconda parte, dedicata appunto ai *Diritti e doveri fondamentali dei tedeschi*, rappresenta infatti uno snodo fondamentale nella vicenda di affermazione dei diritti sociali e l'avvio del loro percorso attraverso il XX secolo. Sul punto la letteratura è vastissima. Ci si limita a richiamare, N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995; nonché F. LANCHESTER e F. BRANCACCIO (a cura di), *Weimar e il problema politico-costituzionale italiano*, Milano, 2012.

[43] A. LUCARELLI (a cura di), *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico*, cit.

[44] Cfr. anche P. COSTANZO, *L'uso fatto della Carta dei Diritti dell'Unione nella giurisprudenza della Corte EDU*, in L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI e A. SAITTA (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, 121-156; ID., *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, in *Consulta OnLine* 2008 (26.VIII.2008).

[45] M. HARIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (1933), Milano, 1967.

[46] S. PAPA, *La sussidiarietà alla prova: i poteri sostitutivi nel nuovo ordinamento costituzionale*, Milano, 2008; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà nel "Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa"*, cit., 1220 ss.; P. CARETTI, *il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, 1993, 11 ss.; L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3B del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*,1993, 379 ss.; M. J. FERNANDEZ ESTEBAN, *El principio de subsidiariedad en el ordenamiento europeo*, Madrid, 1996.

[47] Che ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ai sensi dell'art. 6 dello stesso. Per approfondire si rinvia ad A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., *passim*.

[48] L'art. 9, comma 1, prevede che l'esercizio delle competenze dell'Unione si fondino sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. Si tratta di due principi che tendono a ridurre il ruolo dello Stato, prevedendolo soltanto laddove il privato non sia in grado di soddisfare esigenze di carattere generale.

Welfare Society, secondo logiche di cooperazione spontanea e non necessariamente regolamentata, in ogni caso tese ad avvantaggiare chi vi partecipa[49].

Logiche che, nella teoria dei giochi, hanno dimostrato, laddove prive di regolamentazione, di non tendere naturalmente verso il bene collettivo, verso il bene comune[50]. Modelli in cui il principio di eguaglianza sostanziale cederebbe di fronte al principio solidaristico e socio-centrico, la cui origine risiederebbe nella spontaneità dell'azione del singolo individuo, configurando quello che Baumann ha definito «agire solidale nel proprio interesse» o solidarietà di comunità, cioè solidarietà di gruppo a favore di qualcuno che spesso è anche la solidarietà contro qualcun altro[51].

I diritti sociali nella Carta europea dei diritti fondamentali[52] si riconoscono, quindi, in una forma di Stato in cui la tipica divisione *weberiana*[53] Stato-società risulta superata da modelli partecipativi e di confusione pubblico-privato, dove l'interesse pubblico rischia di disperdersi o frammentarsi, o, peggio ancora, di essere sostituito da un interesse collettivo espressione di una sommatoria di interessi individuali e di contingenti mediazioni. Partecipazione di tipo neo-corporativo che tende all'esaltazione delle istanze individualistiche o al confusionismo sociale e che esprime disagio verso la centralizzazione e burocratizzazione delle prestazioni sociali.

In sostanza, il principio di solidarietà, all'interno di un modello di *Welfare Mix* o *Welfare Society* configura la così detta teoria dei gruppi elaborata da Bentley[54] e Truman[55], nella quale partendo dagli individui i diversi gruppi della società civile cercano di aggregare i loro interessi e competere gli uni con gli altri nella società politica, non per il perseguimento del pubblico interesse, ma per influenzare le politiche statali. Solidarietà si pone quale espressione di un modello partecipativo che nulla ha in comune con la partecipazione politica strutturata che, invece, ha nel suo DNA il conflitto sociale, quale reazione alla tolleranza, nella mistificazione del "diritto mite" ed universale, finto ed ideologico.

La solidarietà tende ad essere utilizzata quale strumento per costruire la pace sociale, attraverso il conformismo esteriore delle azioni e la costruzione di una sfera privata, all'interno della quale tutte le opinioni possono essere tollerate, proprio perché private di rilevanza politica, secondo un processo di *neutralizzazione* della ragione politica.

Ma la questione sociale, o meglio la garanzia dei diritti sociali, non sembrerebbe potersi realizzare attraverso la neutralità della legge e la mitezza del diritto, senza porsi quali obiettivi regolamentati i principi di giustizia distributiva e di eguaglianza sostanziale, che imputino allo Stato precise responsabilità, sia nella fase di determinazione dell'indirizzo politico che in quella di attuazione.

L'assimilazione dei diritti sociali della Carta europea dei diritti fondamentali, ai valori di solidarietà, sembrerebbe voler "calare" i diritti sociali in una forma di Stato (europea) che non coincide con lo Stato sociale, o che quanto meno sottende a differenti tipologie di intervento delle istituzioni pubbliche. Si configura, dunque, in ambito europeo, un pluralismo delle forme istituzionali (*rectius* dell'organizzazione di autorità) che, secondo la lezione di Gurvitch[56], risponde alle esigenze di ridurre il potere statuale (percepito come repressivo) ed a creare molteplici spazi di autogoverno sociale.

È evidente che, mentre nelle Costituzioni dell'Europa continentale, il riconoscimento e la garanzia dei diritti sociali, secondo una concezione normativa di Costituzione[57], hanno rappresentato, nell'ambito dei processi costituenti, un "punto di arrivo" e di mediazione, caratterizzato da una complessità di contenuti e radici storico-teoriche, nell'ordinamento euro-unitario ciò non è avvenuto.

---

[49] R. NOZICK, *Anarchia, Stato e Utopia*, Milano, 2000, 195.
[50] In merito alla teoria dei giochi si veda R. D. LUCE e H. RAIFFA, *Games and Decision*, New-York, 1957.
[51] P.P. PORTINARO (a cura di), *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, Milano, 2002.
[52] In particolare, dagli artt. 27 ss.
[53] M. WEBER, *Parlamento e Governo* (1919), Roma-Bari, 1992, 23.
[54] A. F. BENTLEY, *The process of Government*, Chicago, 1908.
[55] D. TRUMAN, *The Governmental Process*, New York, 1951.
[56] G. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, Milano, 1949.
[57] M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 15.

Gli obiettivi comunitari, a prevalenza intergovernativa, tesi all'integrazione economica, e perseguiti attraverso un debole quadro istituzionale d'insieme, hanno prevalso rispetto al processo di integrazione sociale, determinando il c.d. *deficit della social policy*.

Per questi motivi, la teorica dei diritti sociali europei, in assenza di un vero processo costituente, perlomeno declinato secondo le categorie classiche del costituzionalismo liberal-democratico, di una comunità autenticamente politica di riferimento, ed in presenza di uno Stato-comunità disomogeneo e disarticolato, ha realizzato una cornice più elementare, nella quale si configurano livelli più essenziali, e di certo regressivi, rispetto all'ordinamento giuridico degli Stati membri[58].

Vi è, dunque, ancora un d*eficit* genetico alla base dei diritti sociali e del diritto sociale europeo che risente dell'incertezza del modello organizzativo e funzionale del potere[59].

Nell'ambito del processo politico-culturale e deliberativo della Carta europea dei diritti fondamentali, i principi ed i diritti più dichiaratamente economico-sociali (impresa, proprietà, ambiente, servizi pubblici essenziali, salute, consumatori[60]) spostano il loro baricentro da una dimensione sociale, ad altra tesa, nel suo complesso, ad un migliore funzionamento del mercato, delle imprese e delle libertà economiche. In dottrina, è stato evidenziato come l'approccio comunitario, confermato anche dalla Corte di Giustizia (v. le notissime sentenze Viking[61] e Laval[62]), pur riconoscendo al diritto d'azione sindacale la valenza di diritto fondamentale dei lavoratori europei, delinea un bilanciamento punitivo a vantaggio della libertà di impresa. Al bilanciamento tra diritti sociali e sindacali e libertà di matrice mercantilistica si sostituisce una subalternità dei primi ai secondi, che depotenzia la stessa possibilità di concreta fruizione dei proclamati diritti fondamentali[63].

Si riconduce il diritto di proprietà ai diritti di libertà civile ed al principio *albertino* dell'inviolabilità, proprio della forma di Stato liberale non democratica, venendo meno il nesso funzionale tra soddisfazione di bisogni individuali e bisogni collettivi caratterizzante l'art. 42 della Costituzione italiana[64]. Inoltre, sempre nella carta di Nizza, il diritto al lavoro (art. 15) è disancorato dalla visione *welfarista* e dal diritto a politiche pubbliche di pieno impiego, collocato piuttosto in una dimensione individualistica di diritto al lavoro-libertà[65].

Il *leit motiv* è evidente: riduzione degli spazi d'intervento dei poteri pubblici, gestioni tendenzialmente privatistiche dei servizi pubblici, anche di quelli essenziali, spazi ridotti per la proprietà pubblica, attività d'impresa e proprietà privata svincolate dalla funzione sociale, i diritti alla salute, all'ambiente e del consumatore visti in una logica più mercantile-privatistica che sociale.

---

[58] Sul problema del deficit organizzativo e istituzionale in ambito europeo già R. BELLAMY e D. CASTIGLIONE, *The uses of democracy. Reflections on the European democratic deficit*, in E.O. ERIKSEN e J. E. FOSSUM (a cura di), *Democracy in the European Union*, London-New York, 2000.

[59] A. VON BOGDANDY, *Supranationaler Foederalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform: Zur Gestalt der europaeischen Union nach Amsterdam*, Baden Baden, 1999, *passim*.

[60] Per un commento puntuale degli artt. 16, 17, 35, 36, 37, 38 della Carta europea dei diritti fondamentali sia consentito rinviare a A. LUCARELLI, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001. Con il Trattato di Lisbona, la Carta non è formalmente inserita nel Testo, tuttavia viene ad essa assicurato valore giuridicamente vincolante grazie alla nuova formulazione dell'art. 6 TUE che recita: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea […] che ha lo stesso *valore giuridico dei trattati*». Inoltre la Carta è stata di nuovo proclamata e sottoscritta dai rappresentanti di Commissione, Consiglio e Parlamento il 12 settembre a Strasburgo, dal momento che sono state apportate alcune modifiche.

[61] Sentenza della Grande Sezione dell'11 dicembre 2007, C-438/05.

[62] Sentenza della Grande Sezione del 18 dicembre 2007, C-341/05.

[63] R. DE LUCA TAMAJO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella società italiana*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2, 2008, 6-7.

[64] A. LUCARELLI, *Commento all'art.17 - Diritto di proprietà*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA E A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit., 142 ss. Così come nell'art. 16 (Libertà di impresa) scompaiono i limiti di natura sociale all'iniziativa economica privata così come posti dal secondo comma dell'art. 41 Cost.

[65] Per A. ALAIMO, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I diritti sociali*, in *Rass. dir. publb. eur.*, cit, 17, sostiene che soltanto nella "nervatura" della carta sarebbe visibile il riconoscimento del diritto al lavoro come diritto sociale a prestazione ed in particolare a prestazioni relative all'organizzazione di servizi per l'impiego.

Anche il dato che la Carta parli esplicitamente di diritto di lavorare (art. 15), piuttosto che di diritto al lavoro va inteso come valorizzazione del diritto-libertà di svolgere un lavoro adeguato alle qualificazioni e alle attitudini personali, sempre in un'interpretazione di matrice individualistica[66].

Così come, ai sensi dell'art. 30 della Carta di Nizza, sempre in materia lavoristica, la disciplina del licenziamento si risolve in una riduzione delle garanzie rispetto al nostro ordinamento giuridico[67], pur avendo fatto ingresso nel diritto europeo, a partire dall'Atto unico del 1986, il principio della coesione economico e sociale, principio ispiratore delle politiche pubbliche europee resta il libero mercato, con la consequenziale regola della concorrenza.

5. *La funzione sociale del mercato e l'incertezza del quadro di riferimento istituzionale*

L'idea politica originaria della Comunità economica europea, in linea con i principi fondativi dell'economia sociale di mercato, era che l'integrazione del settore economico avrebbe automaticamente provocato l'integrazione di alcuni settori, quale quello sociale[68]. Il mercato avrebbe determinato la coesione sociale, sopperendo a tre *deficit* che Scharpf individuava nella mancanza di un senso di identità collettiva preesistente, di un dibattito politico su scala europea e di una struttura istituzionale in grado di assicurare che gli attori politici rispondano ad un elettorato europeo[69]. Quest'idea è fallita, e il Trattato di Lisbona sembra non essersene reso conto, in quanto frutto di un processo tecnico – burocratico, intergovernativo, attento agli equilibri degli Stati e agli interessi delle multinazionali, ma meno attento alle dinamiche socio-economiche e soprattutto alle politiche redistributive ispirate ai principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziale.

In considerazione dei principi generali del costituzionalismo democratico, che pongono in relazione diritti sociali e forma di Stato, è evidente che un primo nodo problematico attiene proprio all'analisi di diritti sociali in assenza di un quadro di riferimento istituzionale e di un omogeneo modello economico-sociale europeo. Ciò, nella piena consapevolezza che l'effettiva garanzia dei diritti sociali, quale principio fondativo dello Stato democratico, non può essere affidata, secondo l'espressione di Stiglitz, a leggi commerciali inique[70]. Com'è noto, la categoria "forma di Stato", per contribuire a definire il rapporto autorità-libertà, dovrebbe basarsi su una non equivoca affermazione dei suoi fini.

Altro nodo problematico per l'inquadramento dei diritti sociali all'interno della forma di Stato europea è l'evidente contrapposizione tra concetti che sottendono al primato della politica, all'idea della sovranità statuale, quale strumento di trasformazione sociale, e modelli di produzione normativa, *oriented market*, tipici dei sistemi anglosassoni.

Occorre inoltre considerare la frequente dicotomia tra il rango costituzionale degli atti UE (i Trattati), dai quali è possibile individuare concetti quali l'uguaglianza, la solidarietà, la giustizia sociale, la piena occupazione, lo sviluppo sostenibile, in un difficile equilibrio all'interno dell'economia sociale di mercato, e la normativa comunitaria di settore, sovente ispirata da modelli economici liberisti. Una dicotomia che sembrerebbe riproporre la *vexata questio* dei due livelli di norme: quelle di natura programmatica e quelle espressione dell'indirizzo politico di maggioranza. Indirizzo politico, anche contingente e non necessariamente univoco, che nega la costruzione

---

[66] *Ibidem*, 117.

[67] L. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto,* in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I diritti sociali,* cit., 193 ss., si sofferma sul dato della c.d. *monetizzazione* della tutela rispetto ad un licenziamento ingiustificato, ovvero che sarebbe sufficiente pagare un costo per potere risolvere il rapporto di lavoro. Ciò significherebbe che la "proprietà" del posto di lavoro cederebbe di fronte all'interesse dell'imprenditore, che è in sé superiore.

[68] F. BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne,* Paris, 1988, 47.

[69] F. W. SCHARPF, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione Europea,* Bologna, 1999.

[70] J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori,* Torino, 2000, 169.

kelseniana della Costituzione quale limite al potere della maggioranza. Infatti, proprio la programmaticità delle disposizioni contenute nell'art. 3, par. 3 TUE, esprimono l'esigenza di porsi su di un piano attuativo coerente e tendenzialmente omogeneo. Questo resta il nodo centrale: una struttura quella UE dove i principi, a differenza delle Costituzioni rigide, sono derogabili dal diritto derivato, da orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia, dalle prassi, dai rapporti di forza, frutto del modello intergovernativo. È evidente che ciò determina una grande incertezza del diritto UE, ma soprattutto l'ineffettività dei principi, al di là della loro congenita e fisiologica contraddittorietà.

In presenza di questo quadro, risulta difficile individuare e classificare i diritti sociali senza conoscere il grado e la qualità degli interventi statali, ovvero del ruolo del diritto pubblico dell'economia in relazione all'attuazione dei principi, ma ancor più all'interno di un modello di società nel quale non sembrano avere grandi spazi i corpi intermedi; all'interno di una società improntata ad un concetto atomistico-individuale di partecipazione che mal si concilia con il principio solidaristico e con il riconoscimento e, ancor più, con la garanzia dei diritti sociali. Quel concetto di diritto sociale che, secondo Gurvitch, si fonderebbe sulla partecipazione (individuale e non organizzata) e non sulla legislazione dello Stato che contempla la questione sociale, cioè su quelle leggi che proteggono i deboli e i non possidenti e regolano l'intervento dello Stato nella sfera economica. Com'è noto, i diritti di partecipazione costituirono dalla fine dell'Ottocento il veicolo delle libertà mediante lo Stato, volte ad assicurare prestazioni dei poteri pubblici tese al riequilibrio delle posizioni dei singoli all'interno della società civile.

In conclusione, i diritti sociali fondati sulla solidarietà, ma asettici rispetto al *grande* tema della diseguaglianza, all'interno della Carta europea e quindi del Trattato di Lisbona, si rapportano ad uno Stato sociale sempre più "minimo" ed a conseguenti spazi del diritto pubblico dell'economia progressivamente ridotti.

6. *La coesione economica e sociale e la dimensione neoliberista di fronte all'insorgere dei fenomeni populisti*

In un momento di crisi, quale quello che stiamo attraversando, e di tensione all'interno dell'Europa, amplificato dalla pandemia, che vede sinteticamente la contrapposizione tra modello intergovernativo e modello sovranazionale[71], tra politiche del rigore e politiche fondate su spesa ed investimenti pubblici[72], ci si interroga a quali strumenti sia possibile far ricorso per orientare l'azione politico-normativa dell'Unione europea allo spirito della solidarietà, della coesione economica, sociale e territoriale, della giustizia sociale e dell'eguaglianza sostanziale.

L'espressione coesione economico-sociale non era presente fin dagli inizi dei Trattati istituivi, ed è comparsa, per la prima volta, con l'Atto Unico europeo del 1986[73]. Successivamente, ad essa è stato dedicato un apposito titolo a partire dalla revisione che ha avuto luogo con il nuovo Trattato

[71] E. DE MARCO, *Metodi intergovernativi, metodi "comunitari" e multilevel governance nell'ambito dell'Unione Europea*, in P. BILANCIA (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Milano, 2006.

[72] Si richiama, a titolo esemplificativo, M.T. STILE, *Il MES nella risoluzione delle crisi finanziarie europee. Un paradigma di limitazione della sovranità statuale*, in Rivista AIC, 2, 2020; G. RIZZONI, *Il "semestre europeo"fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in Rivista AIC, 4, 2011; L.S. ROSSI, *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità*: *aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 17, 2012;

[73] La coesione economica e sociale dà espressione alla solidarietà tra gli Stati membri e le regioni dell'Unione europea e favorisce lo sviluppo del territorio europeo attraverso la riduzione dei divari strutturali a livello territoriale e regionale, nonché la promozione di pari opportunità reali tra i cittadini. Essa prende forma attraverso diversi interventi finanziari, in particolare nell'ambito dei Fondi strutturali e di coesione.

sull'Unione Europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992[74]. Un principio, quello della coesione economica e sociale, capace potenzialmente di temperare il libero mercato con i principi solidaristici, ma al momento, tuttavia, reso debole da norme spesso frammentate, incoerenti, contradditorie[75].

L'affermazione di principi in ambito europeo, ancor più in maniera incisiva dopo l'approvazione della Carta europea dei diritti fondamentali[76], quali la libertà contrattuale, la libertà di iniziativa economica, la libertà della proprietà, sganciati dalla funzione sociale, e quindi dalla teoria dei doveri[77], determinano una compressione dei valori costituzionalmente garantiti e la speculare reazione di quei cittadini che vedevano concretizzarsi il fallimento dello Stato sociale ed il peggioramento delle loro condizioni materiali.

Patto neoliberista, dunque, che, dopo Maastricht[78], influenza, o meglio deforma, anche il modello democratico-sociale contenuto nella nostra Costituzione. In sostanza, progressivamente, si afferma un diritto della concorrenza europeo, di rilevanza costituzionale, che caratterizza fortemente la c. d. *European Economic Constitution* e quindi anche il nostro ordinamento giuridico costituzionale. Esso trova le sue basi e radici, come esaminato nei paragrafi precedenti, nelle teorie degli ordoliberali che rappresentano, già a partire dagli anni Venti del secolo scorso, un modello economico fondato sulla regola della concorrenza e del libero mercato[79]. Una sorta di torsione neoliberista dell'economia sociale di mercato, tuttora ben presente nelle dinamiche politico-normative UE.

Quel patto neoliberista, già insito nei Trattati fondativi di Roma del '57, ben lontano dal modello democratico-sociale, contenuto nella Costituzione italiana del 1947[80]. Un patto neoliberista, *governato* e *limitato,* fintanto che la dimensione europea si sviluppa su profili di natura commerciale, ma che esplode in tutta la sua forza, cercando di anestetizzare i conflitti, nel momento in cui l'Europa inizia ad avere un'ambizione economica e politica. In particolare, ciò avviene da Maastricht in poi, ove i processi economico-finanziari, dettati dalla *policy* euro-unitaria, e dagli estesi e penetranti fenomeni di globalizzazione, *saltando* la mediazione del parlamento, ma in senso più ampio direi della rappresentanza democratica, attribuiscono valore economico, piuttosto che politico, alle istituzioni[81].

La crisi della rappresentanza, dei modelli classici della partecipazione democratica e le contraddizioni del costituzionalismo democratico-sociale, od anche la sua successiva torsione e

---

[74] L'Atto unico europeo ha introdotto l'obiettivo della coesione economica e sociale vera e propria, istituzionalizzata infine come politica dal trattato di Maastricht (1992) negli articoli da 158 a 162 del trattato CE.

[75] Cfr. A. LUCARELLI, *Introduzione: Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit.; nonché ID., *Il modello sociale ed economico europeo*, cit., *passim*.

[76] Si v. A. LUCARELLI, *Commenti agli artt. 16 e 17 della Carta europea dei diritti fondamentali*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA e A. CELOTTO (a cura di), cit..

[77] Per approfondire, A. LUCARELLI, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit.

[78] A riguardo, a mero titolo esemplificativo ed indicativo, essendo sterminata la letteratura, si v. A. RICCI, *Un'alternativa europeista al neoliberismo di Maastricht e del Patto di Stabilità*, in AA.VV., *Europa dove vai?*, Milano, 2005, 82-98; F. BALAGUER CALLEJÒN, *Il Trattato di Lisbona sul lettino dell'analista, Riflessioni su statualità e dimensione costituzionale dell'Unione europea*, in A. LUCARELLI e A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, ora in ID., *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., *passim*; A. LUCARELLI, *Introduzione per un diritto pubblico europeo dell'economia,* in ID., *Scritti di diritto pubblico,* cit., 28, in particolare laddove si sottolinea come la Costituzione economica europea, o comunque la dimensione che ha avuto la forza di imporsi, in particolare dopo il Trattato di Maastricht, risenta di una lettura che trova le proprie radici nelle teorie degli ordoliberali e quindi nella tutela delle libertà individuali economiche dei cittadini, attraverso il mercato, e soprattutto attraverso l'affermazione del diritto di concorrenza.

[79] A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2019.

[80] Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, cit.; G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1981; A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, Roma, 1991; S. FOIS, *Analisi delle problematiche fondamentali dello "Stato sociale"*, cit., 163; F. RIMOLI, *Stato sociale*, in *Enc. giur.*, V, 2004, 797; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma, 2009; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA.VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Atti del LVIII Convegno di studi amministrativi, Milano, 2013.

[81] A. SUPIOT, *Homo juridicus*, cit., 235.

deformazione – sono indotte anche dall'obiettivo di porre in equilibrio capitale e impresa, con lo spirito neoliberista europeo. La conseguenza è l'immediata compressione della tutela dei diritti sociali, provocando due reazioni in Europa e segnatamente in Italia. Si generano due antitetici fenomeni populistici, sostanzialmente reattivi alla crisi della rappresentanza democratica, ed in senso più ampio ai regimi liberal-democratici, due espressioni dei c.d. fenomeni populistici[82]. Entrambi reagiscono, con modalità ed obiettivi diametralmente opposti alla spoliticizzazione della rappresentanza politica, al distacco tra la società civile e i governanti, si oppongono ad uno Stato sempre più regolatore che tende ad anestetizzare, attraverso la meteora di un diritto mite o moderato, il dissenso ed il conflitto, assorbendo l'apparente dimensione oggettiva e neutra delle regole di austerità, imposte in maniera sempre più forte in Europa[83].

La globalizzazione neoliberista viene avvertita in diversi Paesi europei come un *fatto* da accettare, al più da *regolare*, le questioni politiche sono ridotte a mere *faccende* tecniche da affidare agli esperti. La tecnocrazia, con uno Stato che non interviene nei rapporti impresa-lavoro, quanto piuttosto privilegia un'attività di regolazione esterna, avvia il passaggio, anche nei servizi pubblici essenziali, dallo Stato gestore allo Stato regolatore[84], o addirittura al *Minimal State*. In Europa, il modello dello Stato *leggero*, fortemente caldeggiato e sostenuto dal *new labour*, fondava le proprie strategie su un progressivo disarmo delle istituzioni pubbliche, ritenute "insufficienti e costose" e quindi non in linea con i parametri finanziari di Maastricht[85]. Il *Welfare* andava sostituito con variegate applicazioni del principio di sussidiarietà orizzontale (*Welfare, Welfare Society, Welfare mix)*[86]. Si immagina una società a basso contenuto conflittuale e politico, dove il processo di legiferazione si sposta progressivamente dalla sfera politica a quella economica, nella logica di quella che nel 1929 Schmitt definiva l'epoca delle neutralizzazioni e delle progressive spoliticizzazioni[87]. La dimensione sociale del mercato, pur presente nell'articolo che costituisce l'*incipit* del nostro lavoro, non è oggettivamente raggiungibile in assenza di un ruolo attivo delle istituzioni pubbliche che sul piano normativo si esprime attraverso il diritto pubblico dell'economia.

7. *Mercato e solidarietà alla prova della crisi: il diritto pubblico europeo dell'economia*

[82] Da una parte il populismo delle eguaglianze e dei diritti sociali (dove marcato è l'intento d'interazione tra democrazia partecipativa e democrazia della rappresentanza) dall'altro il populismo degli egoismi. Si realizza, dunque, un populismo, quale governo del popolo per il popolo, un popolo nazione e non un popolo sovrano, dove la comunità è immaginata in relazione al fatto di essere attore legittimo e fondatore dell'ordine politico, per difendere, ed ampliare, laddove possibile, le conquiste dello Stato sociale, per sensibilizzare i temi della giustizia ambientale, ponendo in stretta relazione la distruzione ambientale con le diseguaglianze versus un populismo per lo Stato debole, fondato sulla massimizzazione dei profitti privati e su tecniche di decisione veloci e poco proceduralizzate. Cfr. A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo tra fenomenologia e categorie del costituzionalismo*, in C. IANNELLO (a cura di), *Neoliberismo e diritto pubblico*, cit., 167-168.

[83] Cfr. A. LUCARELLI, *Le aporie del populismo tra fenomenologia e categorie del costituzionalismo*, in C. IANNELLO (a cura di), *Neoliberismo e diritto pubblico*, cit., 170 ss.

[84] Criticamente M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, 1990; R. MICCÙ, *Costituzionalizzare l'economia all'epoca della crisi*, in *Quad. pluralismo*, 1996; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; G.C. SPATTINI, *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di "Costituzione economica" (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario*), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1579; nonché, per una disamina approfondita degli aspetti legati all'intervento statale in materia economica, A. PISANESCHI, *Dallo Stato regolatore allo Stato imprenditore. E ritorno?* Torino, 2009; Infine, si veda altresì A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013, 36, in particolare laddove si afferma che nuove categorie giuridiche neo-patrimoniali e neo-contrattuali, spesso frutto della sintesi pubblico-privato, hanno determinato la configurazione di inedite forme del diritto pubblico, estranee alla nostra Costituzione, al punto da imporre una rilettura dei suoi principi fondativi.

[85] In merito, si veda l'analisi di S. HOLMES e C.R. SUNSTEIN, *The Costs of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York 1999, trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

[86] Sul punto si rinvia a A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 56.

[87] C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni, e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le Categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, in G. MIGLIO e P. SCHIERA (a cura di), *Le Categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bologna, 1972, 167-184.

L'attività interpretativa della dottrina, dunque, proprio sulla base dei c.d. *principi costituzionali europei*, può contribuire a selezionare criticamente principi e regole e provare a risolvere (bilanciare) loro eventuali conflitti, che fisiologicamente derivano da un modello di economia sociale di mercato. In quest'ambito si delinea il contributo che il diritto può e deve svolgere per il riconoscimento e l'affermazione dei principi costituzionali democratici nel processo d'integrazione europeo, che ovviamente ha caratteristiche di un processo costituente in *progress* permanente.

Ciò impone una riflessione sul modello economico europeo, sulle sue radici, sulla sua natura, al di là delle enunciazioni, enucleata dall'effettività delle norme, dalle prassi, dal ruolo della giurisprudenza. Con la consapevolezza di ragionare intorno ad un modello complesso, dall'ardua definizione unitaria ed omogenea, nella cui economia ha, perlomeno negli ultimi venti anni, oggettivamente, prevalso il "mercato" sul "sociale".

Tutto ciò spinge ad un approfondimento, che si articola e si snoda su basi teorico-giuridiche, e che si propone di comprendere ed analizzare vicende contemporanee quali quelle della "crisi greca" e ovviamente quella attuale provocata dalla pandemia.

La dimensione sociale dell'Europa, il principio di solidarietà, la coesione economico-sociale e territoriale, le deroghe, pur previste alla *competition law,* sono in grado di porsi quali principi fondativi di politiche pubbliche, in presenza di devastanti crisi sociali e finanziarie, quale quella che stiamo vivendo in questo periodo? Le soluzioni vanno trovate nei mercati o attraverso il ricorso agli strumenti pubblicistici?

È possibile, nell'ambito di un c.d. *diritto pubblico europeo dell'economia*, bilanciare, o quanto meno limitare, la dimensione mercantile-privatistico del diritto della concorrenza, che, al momento, caratterizza fortemente la c.d. *European Economic Constitution* e che trova le sue basi e radici nelle teorie ordoliberali[88]?

Le risposte alla crisi (o alle crisi) si pongono davanti ad un bivio: trovare strumenti di risoluzione solo all'interno del mercato e della finanza, indebolendo la dimensione sociale dell'Europa ed ovviamente dei singoli Stati, o piuttosto, partendo dai principi menzionati nell' *incipit* dell'articolo, trovarli in uno spazio giuridico, non orientato esclusivamente alla costruzione di un libero mercato, al raggiungimento e mantenimento della concorrenza ed alla sovranità del consumatore, ma piuttosto all'affermazione dei principi fondativi dello Stato democratico-sociale?

In questo senso *l'European Economic Constitution* non si porrebbe come un ordine statico, ma piuttosto come una trama giuridica flessibile, che consente interpretazioni differenti in relazione alle azioni politico-legislative dell'UE e dei singoli Stati.

Le crisi economico-finanziarie succedutesi, il *default* della Grecia, affrontato con meccanismi finanziari dell'UE che ne hanno annientato sostanzialmente lo Stato sociale, hanno spostato la *governance* europea più su modelli finanziari a guida della c.d. Troika (FMI, Banca europea e Commissione)[89], piuttosto che su strumenti di natura politica.

Infatti, è attraverso il metodo intergovernativo, operante nei due settori di cooperazione disciplinati dal TUE e dipendenti dalla volontà dei governi e basato sul potere decisionale del solo Consiglio (da esercitare, salvo eccezioni, all'unanimità), che si sono prodotti atti privi di controlli da parte della Commissione e della Corte di giustizia.

In questo quadro, basato sulle politiche del rigore, del pareggio di bilancio e dell'*austerity*, ed in un contesto a prevalenza intergovernativa, si innesta l'attuale pandemia e la tragica e dirompente crisi economica e sociale. Una crisi che prescinde dai singoli Stati, che coinvolge tutti i Paesi membri e che necessiterebbe dunque di una risposta comune: una risposta di un'Europa solidale.

---

[88] A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo,* cit.

[89] Cfr. anche R. CISOTTA, *What Role For the European Commission in the New Governance of the Economic Monetary Union?*, IAI, 2013; D. DINAN, *Institutions and Governance: A New Treaty, a Newly Elected Parliament and a New Commission*, in *Journal of Common Market Studies*, 48, 2010.

Occorre tener presente che da questo processo politico europeo sarà necessario - si spera – definire, finalmente, quale sarà l'orizzonte dell'Unione europea: un'unione di Stati (dimensione intergovernativa) o piuttosto un'entità sovranazionale con una proiezione federale?

Questa è la questione di fondo, che pone con forza il tema della forma dello Stato - i rapporti tra le istituzioni europee e quelli dei singoli Stati membri – una questione che si enuclea, dunque, da categorie classiche del costituzionalismo. Ma, altrettanto centrale nel dibattito politico-istituzionale, è la forma di governo, i rapporti tra Consiglio europeo, Commissione e Parlamento, la dimensione giudiziaria espressa dalla Corte di giustizia; tutto ciò legato all'annosa questione della rappresentanza democratica ed ai relativi strumenti di partecipazione politica. Il ruolo del Parlamento europeo, la sua capacità di influenzare la direzione politica, il rapporto tra rappresentanza democratica e sovranità del popolo e la misura in cui queste categorie, in una logica di "Stato costituzionale" sono state mortificate nel processo di integrazione europea, restano centrali per la configurazione di un modello socio-economico dell'Europa[90], che esprima pluralità ma non contraddittorietà.

8. *L'incertezza del quadro istituzionale: quali strumenti tra ordinamento sovranazionale e intergovernativo?*

L'indirizzo economico-finanziario del Trattato di Maastricht, declinato prevalentemente sul diritto della concorrenza, rigore ed austerità, l'abortito progetto di un'Europa politica dei primi anni 2000[91], maldestramente e senza coraggio ripreso e tradotto nel Trattato di Lisbona[92], ci danno nel 2020 un'Unione europea incerta, non sicura di sé, incapace di svolgere un ruolo geopolitico a livello mondiale.

Il bacino del Mediterraneo, e in particolare il Medio Oriente, ora, dopo il progressivo ritiro degli Stati Uniti, vede una presenza sempre più forte della Turchia di Erdogan e della Russia di Putin.

L'Europa "si muove" in ordine sparso, incapace di esprimere una direzione politica unitaria, o meglio, potremmo dire, priva di un proprio progetto politico. Quindi forma di Stato e forma di governo sono, o almeno dovrebbero essere, due temi centrali nel dibattito europeo, per la sopravvivenza stessa dell'Unione. Queste due centrali categorie del costituzionalismo dovrebbero essere affrontate con un approccio realistico e non formale, secondo il pensiero di Giambattista Vico[93]. Costruire un "vestito" che sia in grado di far svolgere all'Europa un ruolo politico, valorizzando i cittadini, la loro partecipazione, le loro richieste, le loro esigenze, anche nella considerazione che in Europa, fin dall'inizio, sono mancati gli strumenti che hanno maggiormente caratterizzato lo sviluppo delle democrazie nel XX secolo: i partiti politici, o in senso più ampio gli strumenti di partecipazione politica. I "filoeuropei", coloro che credono in un'Europa politica, in una forma di Stato che tende ad essere federale, dovrebbero abbandonare l'approccio funzionalista, cioè di un'Europa a *mille strati*, che procede senza un obiettivo, senza un vero e proprio indirizzo politico[94].

Questo approccio va avanti dal 1954, quando, in una visione che oggi diremmo sovrana, il Parlamento francese respinse il progetto di una Comunità europea di difesa. In contrasto con questa visione, politicamente e concettualmente debole, incapace di una proposta forte - se escludiamo il

---

[90] Cfr. A. LUCARELLI, *The conference on the future of Europe between form of state and form of government*, in *Dir. pubbl. eur. Rass.* online, 1, 2020.

[91] Il *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, è stato un progetto di revisione dei trattati fondativi dell'Unione europea, redatto nel 2003 dalla Convenzione Europea e definitivamente abbandonato nel 2007 a seguito della bocciatura dei referendum in Francia e nei Paesi Bassi.

[92] Poiché ancora incerto l'inquadramento circa la forma di stato e di governo europea e per il persistere di meccanismi intergovernativi in totale estraneità degli organi rappresentativi dal circuito di indirizzo.

[93] G. VICO, *Scienza nuova*, Milano, 1977.

[94] Sul tema dell'indirizzo politico, tra i tanti, si richiama C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, Milano, 2000; A. LUCARELLI, *Teorie del presidenzialismo. Fondamento e modelli*, Padova, 2000; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, 1993; T. MARTINES, *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Milano, 1967.

progetto (naufragato) della Costituzione europea - c'è stato un approccio molto politico, geloso delle prerogative dei singoli Stati e della loro forza diplomatica ed economico-finanziaria. Una sorta di realismo intergovernativo, dove l'Unione Europea diventa, in sostanza, un'arena di cooperazione interstatale istituzionalizzata. E questo è l'orientamento che ha prevalso negli ultimi anni.

Si pongono quesiti quali: valorizzare gli indirizzi politici ed economici dei singoli Stati, o cercare di unirli (*rectius* integrarli*)* attraverso un difficile e complesso processo di sintesi ed una visione che non divide? È chiaro che se pensiamo ad un'Unione sovranazionale, il suo equilibrio funzionale si basa, nel rispetto del principio delle competenze e del principio di sussidiarietà, sui rapporti con i singoli Stati membri. In questo senso, il principio di sussidiarietà verticale ha mostrato tutti i suoi limiti, determinando un *vulnus* allo stesso principio di solidarietà, alle sue complesse e contraddittorie declinazioni.

Porsi quale obiettivo un'Europa solidale, capace di esercitare politiche redistributive con finalità perequative, richiede una torsione delle competenze verso il "centro". Un *budget* europeo più significativo richiede che alcune politiche diventino "europee", come l'armonizzazione fiscale, la politica migratoria, la politica di solidarietà finanziaria, la politica degli investimenti, la politica del *Green Deal*. Ma ciò necessita la costruzione di un approccio sovranazionale, o addirittura di un approccio che possa essere impropriamente definito federale, non solo attraverso la qualificazione del sistema delle competenze, ma soprattutto con la struttura "costituzionale" della forma di governo e con la determinazione e l'allocazione delle risorse. La solidarietà, la coesione economico-sociale e territoriale, la giustizia sociale *passano* anche attraverso conflitti tra l'UE ed i singoli Paese membri; penso ad esempio all'attuale *battaglia* contro il *dumping* fiscale, ed alla necessità di imporre agli Stati un'aliquota minima nella UE. Una pratica, quella del *dumping* fiscale, che mette a rischio il gettito di diversi Paesi ed aumenta, in una visione antisolidaristica, la frammentazione economica nell'Unione europea, aggravando le difficoltà delle finanze pubbliche nel dopo-pandemia.

Insomma, le due grandi questioni da affrontare, anche per approcciare in maniera seria il tema della sovranità popolare all'interno UE, restano la forma di Stato e la forma di governo, con la derivata funzione di indirizzo politico, con la consapevolezza che l'auspicata torsione democratica dell'UE non possa esaurirsi in un dibattito all'interno delle cancellerie dei singoli Stati. Del resto, proprio questi problemi sono emersi, in modo ancor più evidente, nell'ambito dell'attuale crisi sanitaria ed economica.

9. *Le misure proposte per fronteggiare la crisi: tra mercato e solidarietà tra modello intergovernativo e sovranazionale. La recente sentenza del* Bundesverfassungsgericht

Sulla base degli scenari che si andavano consolidando in questi anni, i Paesi del Nord Europa (seppur con differenti sfumature) oggi, anche in presenza di crisi di natura pandemica, come quella determinata dal Covid-19, ritengono che ogni Paese, con una visione dell'Europa più intergovernativa che sovranazionale, possa rispondere con interventi in *deficit* con la sospensione del patto di stabilità[95].

Le proposte, in realtà sono state varie, e, da ultimo, anche la BCE ha annunciato un nuovo programma di acquisto di titoli pubblici (*Public Sector Purchase Programme* - PSPP). A tal riguardo, il *zweiter Senat* del *Bundesverfassungsgericht* ha accolto diversi ricorsi costituzionali in via diretta contro il programma richiamato. Secondo i suddetti ricorsi, «il Governo federale e il *Bundestag* tedesco hanno leso i diritti dei ricorrenti ai sensi dell'art. 38 c.1, per.1, in combinato disposto con l'art. 20 c. 1 e c. 2 e con l'art. 79 c. 3 del *Grundgesetz* (Legge fondamentale), avendo omesso di agire contro il fatto che la Banca centrale europea (BCE), nelle decisioni adottate per l'introduzione e

[95] CONSIGLIO EUROPEO - CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Report on the comprehensive economic policy response to the COVID-19 pandemic*.

l'attuazione del PSPP, non abbia esaminato né dimostrato l'osservanza del principio di proporzionalità»[96].

La sentenza del 5 maggio 2020, n. 32, al di là dei primi commenti sul punto, può essere indicativa dell'esito finale «della torsione subita – per effetto dell'azione condotta negli ultimi anni dalla BCE – dal modello teorico soggiacente al Trattato di Maastricht (e alle "riforme" successive) e dal correlativo assetto normativo. Visti in quest'ottica, l'impostazione di tale decisione, e i suoi stessi esiti, possono allora considerarsi rivelatori di una duplice, scomoda verità […]. E cioè, del fatto che la neutralità … politica della politica monetaria europea è essenzialmente un … mito […]; e che, malgrado questa circostanza, tale politica resta, allo stato attuale, nelle mani di un organo tecnico, non soggetto, in quanto tale, a controllo politico»[97].

A ciò, c'è chi ha aggiunto che «se la Bundesbank dovesse ritirarsi dai Programmi di interventi della BCE, incluso il *Pandemic Emergency Purchase Programme* (PEPP), il nuovo Programma di acquisti approvato dalla BCE sino alla fine del 2020 in risposta alla crisi da COVID 19 e decidesse, contestualmente, di non partecipare ad alcun programma di mutualizzazione del debito, neanche a quello più *soft* rappresentato dai *Recovery bond*, rimarrebbe praticabile soltanto una strada: quella dell'accesso incondizionato all'assistenza finanziaria del MES»[98].

Non a caso, anche per far fronte alla crisi sanitaria, il dibattito in Europa si è incentrato prevalentemente sull'utilizzo di meccanismi intergovernativi: se un Paese ha bisogno di un ulteriore aiuto finanziario, allora vi sarebbe il ricorso al Meccanismo europeo di stabilità (MES), trattato intergovernativo esterno al Trattato sul funzionamento dell'UE, che può fornire aiuto a singoli Paesi e a precise condizioni[99].

Il MES è stato istituito mediante un trattato intergovernativo, al di fuori del quadro giuridico dell'Unione, nel 2012[100]. La sua funzione fondamentale è concedere, sotto precise condizioni, assistenza finanziaria ai Paesi membri che, pur avendo un debito pubblico sostenibile, trovino temporanee difficoltà nel finanziarsi sul mercato.

La guida del MES è affidata ad un Consiglio di governatori, composto da 19 Ministri delle finanze dell'area euro. Il Consiglio assume, di regola, le proprie decisioni all'unanimità, incluse quelle relative alla concessione di assistenza finanziaria e approvazione dei protocolli d'intesa con i Paesi

---

[96] Rassegna di documentazione, *Le decisioni della BCE sul programma di acquisti di titoli di Stato eccedono le competenze. Comunicato stampa n. 32/2020 del 5 maggio 2020*, in *Federalismi.it*, numero 14 - 13/05/2020, 2.

[97] Così P. DE SENA e S. D'ACUNTO, *La Corte di Karlsruhe, il mito della "neutralità" della politica monetaria e i nodi del processo di integrazione europea*, in *SIDIBlog* 14 maggio 2020; nonché cfr. D. U. GALLETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *Federalismi.it*, 14, 2020; nonché B. CARAVITA, *L'arroganza della Corte tedesca che fa la sovranista*, in *Il Dubbio*, 8 maggio 2020 e ID., M. CONDINANZI, A. MORRONE e A. M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi.it*, editoriale 13 maggio 2020, secondo cui «l'emergenza Covid-19 ha spinto anche l'Europa alla ricerca di nuovi strumenti, proprio nello sforzo di trovare una politica comune, con il duplice obiettivo (non è detto che ciò sia corretto fino in fondo ma non è questo il punto), da un lato, di superare le strettoie di un'integrazione senza o, a tutto concedere, a ridotta solidarietà interstatuale; e, dall'altro, di ridurre la "fuga sovranista" di molti stati membri, resa ancora più concreta proprio in questa ennesima crisi politica. La prospettiva di un controllo nazionale sulle politiche monetarie (e economiche) della BCE e l'imposizione di uno scrutinio di proporzionalità tra mezzi e fini nei confronti delle istituzioni europee, disintegra con le armi del diritto quel già molto difficile orizzonte politico di una solidarietà europea e quel cruciale tentativo politico di contenimento del populismo sovranista nazionale». Cfr. anche L. VIOLINI, Bundesverfassungsgericht *contro tutti: percorsi e dilemmi della sentenza sulla politica monetaria europea*, in *Quad. cost.*, 2, 2020, 425 ss.; P. FARAGUNA, Bundesverfassungsgericht *contro tutti*: Quantitative Easing *incostituzionale per difetto di motivazione della proporzionalità*, in *Quad. cost.*, 2, 2020, 429 ss.; M. MADURO, *Si può disinnescare la bomba della sentenza tedesca*, in *lavoce.info* 18.05.2020..

[98] F. SALMONI, *Nota a prima lettura della sentenza del tribunale costituzionale federale tedesco sul* quantitative easing*: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES*, in *Consulta OnLine*, 2020/II, 290.

[99] SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZIO STUDI, *La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità*, del novembre 2019, XVIII legisl., Dossier, novembre 2019. n. 187.

[100] L'istituzione del MES è stata consentita da un'apposita modifica dell'art. 136 TFUE, approvata dal Consiglio europeo il 25 marzo 2011. L'Italia ha ratificato la modifica di tale articolo con la legge 23 luglio 2012, n. 115.

beneficiari della stessa. Può, però, operare a maggioranza qualificata (85% del capitale) laddove la Commissione europea e la BCE richiedano l'assunzione di decisioni urgenti, in caso di minaccia per la stabilità finanziaria ed economica della zona euro.

Il Consiglio dei governatori prende le decisioni più importanti, tra cui: la concessione o il rifiuto dell'assistenza finanziaria, la determinazione delle condizioni che i beneficiari dell'aiuto devono soddisfare e la definizione degli strumenti finanziari da utilizzare[101].

Il processo decisionale avviene su base intergovernativa, con ogni ministro delle finanze nazionale in possesso di un voto o (per le questioni riguardanti il capitale del MES) un voto ponderato in base al contributo di capitale del suo Stato membro. Le quote di partecipazione dei singoli Stati membri al meccanismo si basano sulla loro quota di capitale nella BCE. I maggiori azionisti del MES sono, nell'ordine, Germania, Francia, Italia, Spagna e Paesi Bassi, che detengono collettivamente l'81,5% del capitale versato del meccanismo. La maggior parte delle decisioni richiede l'unanimità, mentre le decisioni sul capitale richiedono la maggioranza dei voti ponderati.

A parte i prestiti puri ex art. 16, per i quali sono previsti *ab initio*, aggiustamenti macroeconomici, vi sono poi le misure di assistenza finanziaria precauzionale. Il sostegno alla stabilità, in via precauzionale, viene concesso a seguito della sussistenza di precisi requisiti di accesso ai meccanismi di assistenza finanziaria, nonché congiuntamente alla previsione di peculiari e rigorose condizioni, comportanti l'adozione di un programma di correzioni macroeconomiche alla politica di bilancio statale che lo Stato membro richiedente dovrà osservare[102].

Ogni Stato, colpito nel tessuto economico-sociale, secondo tale impostazione, dovrà fare ricorso sostanzialmente a meccanismi ordinari (salvo eccezioni, a seguito della pandemia, dettate dal c.d. MES *light*[103]), ciascuno calato nei propri bilanci.

Com'è noto il MES richiede che il Paese che domanda aiuto debba dimostrare che il suo debito accresciuto sarà comunque sostenibile. In caso contrario l'incremento debitorio verrebbe *punito* dai mercati finanziari con il relativo incremento dello *spread* sui titoli pubblici del Paese in questione. Si tratta di una mera logica intergovernativa, nella quale risulta assente il principio di solidarietà, e comunque non in armonia con i principi e le regole menzionati nella premessa del presente studio, che configurano una UE fondata sull'economia sociale di mercato e temperata dai principi della giustizia sociale, della coesione economico-sociale e territoriale e appunto della solidarietà. Infatti, come sottolineato di recente[104], è difficile poter ipotizzare che siano concretamente attivabili prestiti con ricorso al MES privi di condizionalità, ma, al contrario, vi potrebbe essere il rischio di modifiche peggiorative di queste ultime. Ciò nell'ambito di un meccanismo che si pone al di fuori dello stesso ordinamento europeo e che, in quanto tale, mal si concilia con il principio solidarista e di giustizia sociale.

Tali principi, ben presenti come si è visto, nel TUE, in coerenza con la nostra Costituzione, potrebbero costituire la base giuridica per andare, con una logica realmente sovranazionale e solidaristica, ben oltre il MES, ed oltre gli strumenti messi a disposizione della Banca europea degli investimenti (BEI) e della Commissione (SURE[105]) che rappresentano poco meno di un quarto

---

[101] In particolare, tutta la struttura di *governance* e modalità decisoria è contenuta negli artt. 4 ss. del Trattato MES.

[102] Cfr. A. DE CRESCENZO, *Il Meccanismo Europeo di Stabilità "alla prova" del futuro dell'Unione Europea. Parlamenti (ancora) assenti nelle condizionalità macroeconomiche?* in *La Cittadinanza Europea*, 1, 2020 e M.T. STILE, *The European Stability Mechanism in the face of the epidemiological emergency*, in *Dir. pubbl. eur. Rass.* online, 1, 2020.

[103] Si tratta della possibilità di accedere al MES evitando il meccanismo dei memoranda, purché il finanziamento sia destinato solo a scopi sanitari.

[104] F. SALMONI, *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova della crisi pandemica*, in *Federalismi.it*, 20, 2020.

[105] La proposta è volta a tutelare i lavoratori e i posti di lavoro messi a rischio dall'epidemia di COVID- 19, mediante la creazione di uno strumento temporaneo, ad integrazione delle misure nazionali (articolo 2), che metta a disposizione degli Stati membri risorse aggiuntive per il finanziamento di regimi di riduzione dell'orario lavorativo o di misure analoghe, miranti a ridurre l'incidenza della disoccupazione e della perdita di reddito dei lavoratori dipendenti e autonomi (articolo 1). Per approfondire, si veda SENATO DELLA REPUBBLICA, SERVIZIO STUDI, *Proposta per un sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione in un'emergenza (SURE)*. Note su Atti dell'Unione europea, n. 18.

(intorno ai 500 miliardi di euro) delle risorse stimate (almeno 2.000 miliardi di euro) per affrontare la crisi in corso.

Ancor più di recente, la Commissione europea ha avanzato la proposta di attivazione del programma *Next Generation UE* di 750 miliardi di euro[106], di cui 500 di sussidi e 250 di prestiti, da aggiungere al bilancio pluriennale dell'Unione europea (Ue) di 1.100 miliardi, per un totale di 1.850 miliardi. Tale proposta[107] rappresenta una novità anche sul piano politico, perché le istituzioni sovranazionali ancora oggi non dispongono di un potere di tassazione diretta. Il bilancio Ue è costituito per più di due terzi da trasferimenti finanziari degli Stati membri, che hanno potuto così preservare il loro potere fiscale (rispetto alle istituzioni sovranazionali).

Come sostenuto, infatti, «se chi controlla le tasse controlla il potere, allora è evidente che attivare una tassazione europea vuole dire ridurre il potere degli Stati membri e accrescere quello delle istituzioni sovranazionali. È questa la natura politica della frattura che è emersa tra i cosiddetti Paesi "frugali" (Austria, Paesi Bassi, Danimarca e Svezia), sostenuti da diversi leader dei Paesi del nord, e i Paesi del sud d'Europa più colpiti dalla pandemia (Italia, Spagna e Francia). I Paesi del nord, riaffermando il principio della dipendenza fiscale dell'Ue dagli Stati membri, chiedono che l'aiuto fornito ai Paesi del sud abbia la forma di prestiti da restituire (e non di sussidi). Poiché la pandemia ha indebolito i Paesi del sud più di quelli del nord (almeno per ora), le future restituzioni accentuerebbero il vantaggio dei secondi sui primi»[108], continuando a generare diseguaglianze. Proprio nei giorni in cui si sta completando il suddetto articolo abbiamo notizia che la proposta della Commissione sul *Next Generation EU* è stata rinviata in sede di Consiglio europeo a causa dell'opposizione dei c.d. Paesi *frugali*, ai quali si sono aggiunti quelli del *blocco di Visigrad*. L'opposizione verte soprattutto per le eccessive dimensioni finanziarie, per la prevalenza dei sussidi rispetto ai prestiti, ma anche per il ricorso al debito europeo, garantito da nuove risorse proprie, come la tassazione delle grandi società del web che operano nel mercato unico.

Occorre, dunque, interrogarsi se la presenza dei *principi costituzionali europei*, dai quali siamo partiti, e soprattutto la solidarietà e la dimensione sociale dell'economia di mercato possano, seppur in un sistema complesso, legittimare il ricorso a strumenti finanziari sovranazionali e non intergovernativi, senza entrare in conflitto con gli artt. 123-125 TFUE[109], che proibiscono la *mutualizzazione* dei debiti nazionali e con l'art. 310 TFUE, che impone al bilancio europeo di rispettare il pareggio tra entrate e uscite[110].

Ma questi limiti non possono e non debbono impedire di ragionare, in una logica sovranazionale e solidaristica, ma aggiungerei anche di equità e di giustizia sociale, sui seguenti punti: 1) costituzione

---

[106] Il Fondo per l'Europa della nuova generazione è ancora solo una proposta, anche se avanzata formalmente dalla Commissione UE. Dovrà essere valutato dal Consiglio Europeo del prossimo 19 giugno 2020, dopo quasi un mese di negoziati che si preannunciano assai duri, soprattutto con i cosiddetti "paesi frugali" (Olanda, Austria, Danimarca e Svezia) poco propensi a erogazioni a fondo perduto ai Paesi del sud-Europa (*Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic And Social Committee and the Committee of the Region*, 27.5.2020, COM(2020) 442 final). Il compromesso sembrerebbe che si stia sviluppando su una riduzione dell'impegno finanziario, ma sulla parte relativa ai prestiti.

[107] Il progetto è costituito di tre programmi. Il primo, di supporto agli Stati membri (655 miliardi), centrato su un *Recovery and Resilience Facility* (560 miliardi); il secondo, di supporto al settore privato (56,3 miliardi), basato su strumenti finanziari per aiutare la liquidità e gli investimenti strategici.

[108] S. FABBRINI, *Necessario promuovere l'eguaglianza tra gli Stati*, in *Il Sole-24 Ore*, 1° giugno 2020.

[109] Il TFUE all'art 123, comma 1, proibisce esplicitamente alle banche centrali di finanziare il deficit statale, tramite la concessione di scoperti di conto oppure l'acquisto dei titoli del debito da parte delle banche centrali nazionali. L'art. 124, fa divieto di acquistare titoli di debito pubblico; l'art. 125, infine, rappresenterebbe la clausola di no *bail-out*, che vieta la diretta assunzione di debiti sovrani da parte dell'Unione o di altri Stati membri, ma anche qualsiasi sostegno finanziario sotto forma di prestiti, garanzie, linee di credito, acquisto di titoli pubblici o accettazione degli stessi in garanzia.

[110] Per approfondire il tema del bilancio europeo, si richiama F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010.

di un fondo di ricostruzione collegato al bilancio pluriennale, garantito da nuove tasse europee[111] e dai trasferimenti nazionali, sostanziandosi in una politica di sovvenzioni e non di prestiti, garantiti da un debito pubblico europeo (2020-2027); 2) emissione di obbligazioni europee o *eurobond*, già emesse nel 1975 per rispondere alla crisi petrolifera[112].

I *principi costituzionali europei*, a partire dalla solidarietà, dalla protezione sociale, dalla coesione economico-territoriale, che dovrebbero costituire il solco dell'economia sociale di mercato dell'UE, fronteggiando il neoliberismo, anche nella sua versione temperata ordoliberale, potranno orientare scelte politiche verso l'istituzione di nuove categorie di risorse proprie, quali ad esempio la tassa sul digitale e sulle emissioni di carbonio (art. 311 TFUE[113]) ed adottare disposizioni che riguardino l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte (art. 113 TFUE[114]), od anche l'avvio di una sovranità digitale europea, a partire dal progetto franco-tedesco GAIA X, rendendo l'UE indipendente dai *cloud provider* americani.

Sempre nell'ambito delle regole europee (art 123, comma 2 TFUE) è possibile immaginare che la Banca centrale europea finanzi direttamente istituti creditizi pubblici o si istituisca un fondo pubblico europeo di emergenza sanitaria, con finanziamento diretto della Banca centrale europea, o ancora consentire alla BCE di esercitare il ruolo di banca centrale pubblica, comprando direttamente i titoli di Stato emessi dai Paesi per far fronte all'emergenza sanitaria, sociale ed economica?

Indipendentemente dalla pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco, numerose sono ancora le proposte e gli interrogativi messi in campo da approfondire ed ai quali dare una risposta.

Resta da risolvere un problema più generale: occorre, in un quadro istituzionale acerbo, poroso, non ben definito (forme di stato, forma di governo, rappresentanza democratica, diritti di partecipazione politica) riequilibrare un modello di economia europea che negli ultimi venti anni ha subito una torsione mercantile e finanziaria, estranea alla nostra cultura costituzionale, ma a volte influenzandola. Siamo ben consapevoli, come si è visto, che il modello socio-economico europeo nasce nell'*humus* culturale ordoliberale e sulla rilevanza data al principio della concorrenza, ma, valorizzando i principi di giustizia sociale, dai quali siamo partiti nel presente lavoro, è arrivato il momento di renderli effettivi, di farli vivere, al fine di ricondurre il mercato a una dimensione sociale e, soprattutto, coniugando la solidarietà, come nella nostra Costituzione, all'eguaglianza sostanziale. Insomma, dare vitalità, od anche ripartire, dalla Dichiarazione di Meseberg del 19 giugno 2018, nella quale Francia e Germania si impegnarono a rendere l'UE «…più democratica, sovrana e unita»[115].

---

[111] Per il governo tedesco, il Fondo dovrà essere garantito da nuove tasse europee, quale la tassa sulle transazioni finanziarie e la *digital tax*, quest'ultima da concordare all'interno dell'OCSE, sperando in un cambiamento alla Casa Bianca a partire da novembre prossimo.

[112] Sulla recente proposta dell'istituzione di un "*Recovery Fund*" nell'ambito di una più ampia iniziativa italo-tedesca in risposta alla crisi diffusa dal Covid19 si rinvia a *Unione europea – Iniziativa franco-tedesca per la ripresa europea dalla crisi coronavirus* (Parigi, 18 maggio 20), per cui «Per sostenere una ripresa sostenibile che ripristini e rafforzi la crescita nell'UE, la Germania e la Francia sostengono un ambizioso, temporaneo e mirato Fondo per la ripresa nel quadro del prossimo QFP, dando impulso a un QFP con carico iniziale nei primi anni. Data la natura eccezionale della sfida della pandemia COVID-19 per le economie di tutta l'UE, la Francia e la Germania propongono di consentire alla Commissione europea di finanziare tale sostegno alla ripresa prendendo a prestito sui mercati per conto dell'UE, nel pieno rispetto del trattato UE, del quadro di bilancio e dei diritti dei parlamenti nazionali».

[113] L'art. 311 TFUE stabilisce che l'Unione europea si dota dei mezzi necessari al conseguimento dei suoi obiettivi e che «il bilancio, fatte salve le altre entrate, è finanziato integralmente tramite risorse proprie». Il sistema di finanziamento dell'Unione europea è stato anche ridisciplinato dalla decisione del Consiglio UE 26 maggio 2014, n. 335.

[114] «Le imposte indirette comprendono l'imposta sul valore aggiunto (IVA) e le accise su alcolici, tabacco e prodotti energetici. Il sistema comune in materia di IVA è applicabile in generale ai beni e ai servizi acquistati e venduti ai fini dell'uso o del consumo nell'UE. Le accise vengono applicate sulla vendita o sull'uso di prodotti specifici. Ai fini del corretto funzionamento del mercato interno, l'attività legislativa dell'UE mira a coordinare e allineare le disposizioni in materia di IVA, nonché ad armonizzare le accise su alcolici, tabacco e prodotti energetici», per approfondire: PARLAMENTO EUROPEO, *Imposte indirette*.

[115] In questi giorni, mentre sto chiudendo l'articolo, dopo due anni Merkel e Macron si rincontrano nel Castello di Meseberg, residenza ufficiale del governo tedesco in Brandeburgo e sembra che, in questa sede, vogliano riproporre gli obiettivi riformisti di quella dichiarazione, soprattutto come dotare l'UE di una capacità fiscale e di un'autonoma strategia di difesa.