



EDITORIALE – 20 MARZO 2019

L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti

di Giovanni Pitruzzella

Avvocato Generale alla Corte di giustizia dell'Unione europea



L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*

di Giovanni Pitruzzella

Avvocato Generale alla Corte di giustizia dell'Unione europea

1.- L'Europa dei mercati e l'Europa dei diritti. Riflettere sulle relazioni tra i concetti, le idee e le esperienze giuridiche, politiche ed economiche che sono sottese alle due espressioni, aiuta a mettere a fuoco l'identità dell'Europa e alcune delle sfide epocali alle quali essa deve far fronte.

Se oggi è frequente sentir dire, anche da chi da una valutazione complessivamente positiva dell'integrazione, che "Un'altra Europa è possibile" – per usare il titolo di un libro recente di Maurizio Cotta – bisogna chiarire se le innovazioni richieste riguardano l'identità costituzionale dell'Unione Europea, di cui un aspetto certamente importante è costituito dal mercato comune e dalla concorrenza, oppure le politiche pubbliche che sono state promosse nell'ambito del *framework* istituzionale europeo.

Si tratta di una differenza di grande rilievo, perché nel primo caso si mette in discussione la legittimità e la sopravvivenza stessa dell'Unione Europea, che dovrebbe essere sostituita da qualcosa di diverso ma allo stato assolutamente indeterminato, mentre nel secondo caso si riconoscono i grandi risultati che, grazie all'integrazione, i popoli europei hanno raggiunto in termini di pace, progresso economico, libertà, ma si chiede di adeguare le politiche pubbliche dell'Unione ad un contesto che è profondamente mutato.

Un contesto in cui è entrato in crisi quell'ordine politico-economico che in occidente, dopo la fine del secondo conflitto mondiale, era riuscito – per usare le parole di Ralf Dahrendorf – a "quadrare il cerchio", cioè a realizzare un equilibrio virtuoso tra mercato, democrazia e libertà individuali. Infatti, le istituzioni e le regole introdotte, a livello nazionale e internazionale, nel secondo dopoguerra hanno dato una soluzione al problema che le società europee hanno dovuto affrontare, fin dai primi anni del novecento, e che è stato sintetizzato da quel capolavoro di storia economica che è *The Great Transformation* di Karl Polanyi, nei seguenti termini: nei sistemi di capitalismo liberal-democratico c'è una contraddizione, che va risolta, tra il principio democratico, con il rispetto che chiede per l'autodeterminazione dei popoli, e la logica del mercato che richiede di lasciar funzionare liberamente l'economia limitando l'interferenza dei governi.

L'ordine che ne è risultato è stato chiamato dallo scienziato politico John Ruggie, *embedded liberalism* (cioè un liberalismo economico integrato in un sistema più ampio), perché nel momento in cui abbracciava

* Intervento tenuto in occasione della lezione inaugurale del ciclo di seminari "[Lezioni aperte sull'Europa](#)", organizzato dalle Università di Roma Sapienza, Tor Vergata e Roma Tre nel mese di marzo 2019.

l'economia di mercato la sottoponeva a qualche forma di controllo politico sia a livello nazionale che sovranazionale (con istituzioni quali il FMI, la Banca Mondiale, e la Comunità economica europea), e ne temperava gli effetti dannosi in termini di coesione sociale grazie al *Welfare State*.

Alla fine di un processo durato quasi trent'anni, in molti Paesi, a cominciare dagli Usa e dall'UK, e poi a livello mondiale, questo sistema è stato progressivamente indebolito a favore dei mercati, sempre più globalizzati, e della loro supposta capacità di autoregolazione in assenza di interventi pubblici esterni. Perciò, oggi c'è chi sostiene che il liberalismo è diventato "disembedded" e questa tendenza avrebbe favorito la crescita delle diseguaglianze e dell'insicurezza, e per reazione lo sviluppo del nazionalismo. Di fronte al sentimento di ansia e di precarietà sprigionato dai mercati globali, i cui effetti sfuggono al controllo degli individui e dei popoli, questi ultimi cercano il calore protettivo dell'identità nazionale. A tali conclusioni giunge, tra gli altri, Jack Snyder sull'ultimo numero di *Foreign Affairs*, dedicato appunto a *The New Nationalism*.

In questa nuova Grande trasformazione, che è alimentata non solo dalla globalizzazione dei mercati ma anche da altre tendenze parimenti potenti come la quarta rivoluzione industriale basata sulle tecnologie digitali, come si colloca l'Unione Europea? Possiamo dire che essa ha concorso a alimentare il fondamentalismo di mercato e la svolta neoliberista, oppure, al contrario, l'Unione offre un modello diverso di relazione tra mercati, democrazia e libertà individuali che può fornire risposte adeguate alle sfide dei tempi presenti? Quale relazione esiste tra l'opzione europea a favore del mercato e della concorrenza e la tutela dei diritti?

2.- Il primo pilastro del progetto europeo, sin dal Trattato di Roma, è stato il mercato comune. L'integrazione in un unico grande mercato ha favorito relazioni pacifiche tra gli Stati, dopo gli orrori del "secolo breve", ma anche la crescita economica. E poiché, come evidenziato in un libro di Holmes e Sunstein, tutti i diritti costano, le nostre libertà per essere effettive richiedono che siano disponibili risorse economiche sufficienti per la loro tutela. Senza le quali non possono funzionare i tribunali, la polizia, le scuole, gli ospedali, le infrastrutture. Insomma, anche la tutela dei diritti è condizionata, in una certa misura, da un mercato che funziona in modo da produrre ricchezza, una parte della quale deve confluire nei bilanci pubbliche per alimentare le politiche con cui si rendono effettivi i diritti proclamati dai documenti legali.

L'art. 26 (2) del TFUE definisce il mercato interno come uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, ossia quelle che vengono definite le libertà fondamentali. La cornice esterna è l'unione doganale che comporta il divieto, fra gli Stati membri, dei dazi doganali all'importazione e all'esportazione e di qualsiasi tassa d'effetto equivalente

(art. 28 TFUE). In quest'ambito, nella realizzazione del mercato interno confluiscono tre aspetti: le libertà fondamentali, la tutela della concorrenza, il *level playing field* che si realizza tramite l'armonizzazione legislativa e i limiti all'intervento pubblico.

La più diffusa narrativa del mercato interno suggerisce un movimento espansivo che ha portato ad allargare le libertà economiche previste dal Trattato. La conseguenza è stata che un numero sempre maggiore di regolazioni nazionali è caduto nel campo di applicazione delle previsioni e dei divieti dei Trattati. Il risultato ultimo sarebbe stato la prevalenza incontrastata del mercato e della sua logica economica, il suo prevalere rispetto a quegli obiettivi sociali la cui realizzazione era tradizionalmente affidate alle regolazioni nazionali.

Non credo che questa narrazione abbia un fondamento nella realtà giuridica e ed economica del mercato interno e penso invece che abbia ragione chi, come Clemens Kaupa (*The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, 2017), sostiene il carattere pluralistico della Costituzione economica che non avrebbe abbracciato un unico e definito modello economico. L'ampliamento dell'ambito di applicazione delle libertà fondamentali ha certamente allargato il campo delle regolazioni nazionali che possono essere sottoposte ad uno scrutinio di compatibilità con il diritto europeo. Ma questo ampliamento non ha escluso la compatibilità con il diritto europeo di quelle regole nazionali che tutelassero fondamentali interessi pubblici a condizione che tali misure fossero proporzionali.

Prendiamo, come esempio, la libera circolazione delle merci e la previsione del Trattato (oggi l'art. 34 TFUE) che, al fine di assicurare il mercato interno, vieta non solo le restrizioni quantitative all'importazione, ma anche le misure di effetto equivalente (MEE). Quanto alle prime è evidente che contrastano con un mercato senza frontiere interne quelle misure che stabiliscano limiti all'importazione di merci in termini quantitativi oppure limitino il volume o il valore dei prodotti importati. Il concetto di "misure aventi un effetto equivalente" è più difficile da definire. Al riguardo si sono presto contrapposte due interpretazioni. La prima secondo cui il divieto si sarebbe dovuto applicare esclusivamente a quelle misure che colpiscono le merci che fisicamente passano il confine e quindi discriminano tra merci importate e merci prodotte nel mercato domestico. La seconda interpretazione, invece, applicava il divieto delle misure di effetto equivalente a tutte quelle misure che avessero come effetto quello di danneggiare il commercio, e quindi a qualsiasi regolamentazione anche se essa si riferisse indifferentemente a tutte le merci, indipendentemente dalla loro origine.

Questa seconda interpretazione è stata quella accolta dalla Corte di Giustizia. La prima storica decisione riguardava il caso *Dassonville* (1974). La "formula" *Dassonville* amplia l'ambito di applicazione della garanzia della libertà di movimento delle merci perché tutte le misure, anche quelle indistintamente rivolte alle merci nazionali e a quelle importate, che hanno effetti restrittivi sul commercio tra Stati membri può

costituire un MEE. Ma a controbilanciare l'espansione del divieto di MEE c'è, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la precisazione secondo cui le limitazioni alla libertà di movimento sono ammesse se perseguono un interesse pubblico, purché siano proporzionato allo scopo. Questa linea di ragionamento è stata ripresa da una sentenza successiva riguardante il caso *Cassis de Dijon* (1979). Secondo questa giurisprudenza, il divieto di MEE riguarda indistintamente tutte le merci indipendentemente dal luogo di origine. In ossequio a questa interpretazione è stato introdotto il principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni. Un prodotto conforme alla legislazione del Paese di origine deve potere essere commerciato liberamente nel Paese di importazione, e se la legge di quest'ultimo prevede requisiti diversi, essa deve essere disapplicata. C'è chi vi ha visto la drastica limitazione del potere dello Stato di adottare misure di regolazione restrittive delle libertà economiche, e quindi una forte spinta liberalizzatrice. La realtà è diversa. La Corte ha riconosciuto la possibilità di introdurre limitazioni alle libertà di movimento per la tutela di fondamentali interessi pubblici, anche al di là di quanto previsto l'art. 36 TFUE (motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita della persona, degli animali o di preservazione di vegetali, di protezione del patrimonio storico e archeologico, a tutela della proprietà intellettuale). La sentenza citata ha riconosciuto che delle misure che potrebbero essere qualificate come MEE sono in realtà ammissibili se necessarie per l'osservanza di requisiti obbligatori delle merci introdotti per garantire interessi pubblici quali l'effettività dei controlli fiscali, la protezione della salute pubblica, la correttezza delle transazioni commerciali, la tutela del consumatore.

La Corte quindi ha confermato che gli Stati sono competenti a introdurre delle misure che limitano la libertà di movimento delle merci, purché esse siano "necessarie" per soddisfare fondamentali interessi pubblici. Laddove il termine "necessario" è stato inteso come dotato dello stesso significato di proporzionale. Quindi le misure limitative sono ammesse se servono a realizzare un interesse pubbliche e siano proporzionali rispetto allo scopo perseguito. Successivamente la decisione sul caso *Kerk* ha introdotto una presunzione di compatibilità comunitaria delle previsioni che disciplinano le condizioni di vendita, che quindi non costituiscono MEE nella misura in cui esse si applicano a tutti i soggetti nell'ambito del territorio nazionale e nella misura in cui esse si applicano nello stesso modo, in fatto e diritto, alle merci importate e a quelle domestiche.

In estrema sintesi le libertà economiche previste dai Trattati non hanno valore assoluto. ma vanno bilanciate con altri interessi pubblici che gli Stati possono legittimamente perseguire con gli strumenti regolatori di cui dispongono. Si potrà discutere sull'opera di bilanciamento effettuata dalla Corte con riguardo al singolo caso concreto, ma la disciplina dei Trattati consente diversi equilibri nei rapporti tra mercato ed altri interessi pubblici e non impedisce l'azione regolatoria degli Stati, purché sottoposti a un controllo di proporzionalità.

Non sono c'è la possibilità di un intervento pubblico a limitazione delle libertà economiche ma c'è anche un robusto intervento antitrust che serve a limitare gli “eccessi” del potere economico.

3.- Quali sono gli obiettivi del diritto europeo della concorrenza?

A tale proposito sovente si cita l'ordoliberalismo, che ha avuto un sicuro peso nell'elaborazione e nella pratica del diritto europeo, e si sostiene che la tutela della concorrenza deve assicurare la “rivalità” tra le imprese e quindi la struttura pluralistica del mercato. In questo modo, però, si pone l'accento su quello che, secondo la tradizione culturale richiamata, doveva essere soltanto uno strumento che aveva una finalità molto più ampia, che riguardava il funzionamento della democrazia.

L'obiettivo della politica della concorrenza dell'ordoliberalismo – scolpito nelle pagine di Eucken, Rüstow, Röpke, Böhm - consisteva nel preservare una società libera. Per raggiungere quest'obiettivo occorre perseguire la sistematica eliminazione della concentrazione del potere economico privato attraverso la garanzia di una completa competizione nel mercato. La struttura pienamente concorrenziale doveva servire non soltanto a realizzare l'efficiente allocazione delle risorse, ma soprattutto, e questo era di centrale importanza nel pensiero ordoliberalista, a garantire una società libera in cui lo Stato non cada preda degli interessi riferibili alle grandi concentrazioni di potere economico.

La principale obiezione che gli ordoliberali muovevano nei confronti dell'accumulazione di potere economico riguardava l'inevitabile e indesiderabile impatto che esso ha sul processo politico. Sul piano economico la concentrazione di potere di mercato e, soprattutto, il suo abuso distorce l'efficace allocazione delle risorse perché i prezzi perdono la loro funzione di indicatori della scarsità. Ma, al di là degli aspetti negativi sul piano economico della concentrazione di potere economico, c'è il pericolo, su cui puntavano l'attenzione gli ordoliberali, che lo Stato venga catturato da potenti interessi privati, con la possibilità che sia minacciato non solo il sistema economico ma la stessa democrazia.

Proprio il riconoscimento del carattere strumentale della concorrenza rispetto ad un obiettivo politico, traccia una distinzione profonda tra ordoliberalismo e neoliberalismo. E permette di individuare alcuni limiti al dispiegarsi della concorrenza, quando viene meno il nesso di strumentalità con gli obiettivi economici e politici che la concorrenza dovrebbe realizzare. In questo quadro, la tutela della concorrenza diventa una parte essenziale della Costituzione di una società libera e democratica.

L'ordinamento costituzionale degli Stati membri, come l'Italia, si è progressivamente aperto, sotto l'influenza del diritto europeo, al mercato e alla tutela della concorrenza, ponendo limiti all'intervento pubblico e garanzie del *level playing field*. Ma la tradizione costituzionale italiana, così come quella francese (il Paese dell'*État providence* e dell'impresa pubblica) e, per certi profili, quella tedesca riconoscevano il

ruolo dell'intervento pubblico nella sfera economica e sottolineavano la correlazione tra la Costituzione economica e determinate finalità sociali.

Queste tradizioni dovevano pesare sulla definizione della linea di confine tra mercato e intervento pubblico. Garantita l'economia di mercato si trattava di stabilire fin dove essa potesse spingersi e dove, di converso, dovesse arrivare l'intervento pubblico. Se l'influsso del diritto europeo e le nuove interpretazioni costituzionali dovevano portare quest'ultimo a dismettere le vesti dell'intervento diretto nell'economia sotto forma di «Stato imprenditore», nondimeno restava uno spazio sufficientemente ampio per gli interventi pubblici di «correzione» delle dinamiche spontanee del mercato.

Insomma, le tradizioni costituzionali degli Stati membri hanno contato ai fini della soluzione di quel fondamentale dilemma della democrazia liberale, che Giuliano Amato, con la consueta lucidità, ha sintetizzato nei seguenti termini: «come impedire che il potere privato diventi una minaccia alle libertà degli altri? Ma come impedire che il potere confidato a questo scopo alle istituzioni non ingigantisca esso stesso e non giunga a distruggere esso le libertà che dovrebbe proteggere?».

4.- Nell'esperienza statunitense la linea di confine è stata tracciata a favore delle libertà economiche, muovendo dal sospetto nei confronti del potere del governo e dalla fiducia nella capacità dei mercati di autocorreggersi producendo efficienze. Nell'esperienza europea, al contrario, si è avuto un maggior sospetto nei confronti del potere privato e più fiducia nella capacità correttive dell'intervento pubblico. Qui è sufficiente richiamare l'idea, ben presente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, della «speciale responsabilità» dell'impresa dominante, ma anche il rilievo che viene dato ai prezzi predatori, il dovere dei titolari di *essential facilities* di consentire l'accesso da parte di terzi a condizioni non discriminatorie, la configurazione del *margin squeeze* come autonoma figura di illecito anticoncorrenziale, i limiti che il diritto della concorrenza può porre allo sfruttamento di diritti di proprietà intellettuale.

Così come del tutto inconcepibile per la tradizione statunitense è la figura dell'abuso di posizione dominante mediante prezzi eccessivi. L'*excessive price* è ignoto al diritto antitrust statunitense che ha fiducia nelle capacità di autocorrezione del mercato in presenza di prezzi ritenuti eccessivi, mentre è previsto dal diritto europeo e ha conosciuto recentemente nuova fortuna – soprattutto dopo il caso *Aspen* - nella pratica della Commissione e delle autorità della concorrenza italiana, britannica e spagnola.

Altrettanto significativo è il rigore dei test applicati dalla Commissione in sede di controllo delle concentrazioni, soprattutto se confrontato con la più largheggiante tendenza presente negli Stati Uniti, soprattutto dopo che, a partire dalle nuove *guidelines* sui *mergers* approvate nel 1982 il focus del DOJ è passato dalla struttura del mercato al *market power* e agli effetti del *merger* sui prezzi, secondo un approccio che è stato ripreso dalle *guidelines* del 2010. Certamente, negli Stati Uniti si è registrata, negli ultimi anni,

una tale concentrazione di potere economico che ha portato l'*Economist* a vedere l'affermazione di una nuova "rivoluzione capitalista".

Invero, anche il diritto della concorrenza europeo si è orientato verso l'efficienza economica, e ha progressivamente espunto dalla sua pratica considerazioni attinenti a interessi pubblici diversi, come quelli riguardanti la tutela dell'ambiente o dei livelli occupazionali, la cui protezione è stata rimessa a interventi regolatori esterni ed estranei rispetto al diritto della concorrenza.

Ma l'espressione «efficienza economica» conosce diversi significati, che sono indubbiamente più ampi in Europa rispetto a quelli impiegati negli Stati Uniti, e che sembrano prestarsi alla tutela indiretta di altri interessi, che probabilmente vanno al di là dell'efficienza, rendendo sensibile la pratica antitrust europea a quelle esigenze di garanzia della democrazia e della libertà politica care agli ordoliberali.

In primo luogo, perché in Europa si ragiona di efficienza soprattutto in termini di benessere del consumatore e quindi del surplus di benessere che l'intervento antitrust gli assicura, con inevitabili effetti distributivi a suo favore. E questo può spiegare il ruolo che nel diritto europeo può avere l'abuso di sfruttamento mediante prezzi eccessivi. In secondo luogo, perché l'efficienza può richiedere che l'antitrust intervenga per eliminare le barriere all'entrata mantenendo il mercato aperto e non contentandosi del fatto che non ci sono restrizioni produttive e la domanda dei prodotti esistenti è comunque soddisfatta. In terzo luogo, perché l'efficienza può essere considerata dinamicamente come capacità di innovare, che viene compromessa quando l'impresa dominante, anche se diventata tale grazie all'innovazione, adotta dei comportamenti che, pur non restringendo la produzione e non incidendo negativamente sui prezzi, ostacolano l'entrata nel mercato agli innovatori di domani.

C'è da domandarsi se, attraverso questo allargamento dell'intervento antitrust, non si realizzino – sia pure indirettamente - delle finalità ulteriori rispetto a quelle che attengono all'efficienza economica. In altre parole, se è difficile non riconoscere che ormai la Commissione e le autorità della concorrenza non operano un bilanciamento tra l'interesse alla tutela della concorrenza e altri interessi pubblici, sicché i loro provvedimenti riposano solamente su considerazioni riguardanti la concorrenza, in cui ben presenti sono gli argomenti economici, parimenti si potrebbe ipotizzare come la pratica del diritto della concorrenza serva, non solo al buon funzionamento dei mercati, ma altresì al buon funzionamento della democrazia.

Un antitrust, ben più intrusivo di quello nordamericano, può contenere quell'eccesso di potere economico che, in assenza di interventi antitrust o di interventi molto ossequiosi nei confronti della libertà di impresa, pregiudica la libertà politica, si serve della sua capacità di condizionamento per ottenere dal potere politico privilegi e rendite di posizione, riuscendo così, invece di creare nuova ricchezza, ad accaparrarsi una maggiore fetta della ricchezza prodotta, accentuando le diseguaglianze.

L'«eccedenza» dell'antitrust europeo rispetto alla sfera meramente economica sembra presente negli interventi della Commissione e delle autorità nazionali di concorrenza che riguardano gli abusi di posizione dominante dei «giganti» di Internet.

In questo campo c'è un vistoso contrasto tra l'attivismo della Commissione europea e la prudenza delle Autorità antitrust americane. In Europa, sono stati aperti casi importantissimi che riguardano l'abuso di posizione dominante da parte di alcuni grandi operatori nella rete. Pensiamo alla condanna pari a 2.42 miliardi di euro inflitta a Google per avere abusato della sua posizione dominante nel mercato dei motori di ricerca generali al fine di dare un vantaggio nel settore dei servizi di comparazione di acquisti al suo Google Shopping. Oppure al caso aperto dal *Bundeskartellamt* nei confronti di Facebook, seguendo l'ipotesi secondo cui la piattaforma avrebbe abusato della sua posizione dominante nel mercato dei *social networks* imponendo agli utenti uno sfruttamento particolare, con riguardo all'uso dei loro dati provenienti da terze parti e alla possibilità di riunirli insieme a quelli tratti dai loro accounts. In questo caso il danno per i consumatori consisterebbe nella perdita del controllo sui loro dati e la violazione delle regole sulla tutela dei dati personali, che diventa un sintomo di un abuso da sfruttamento.

Senza entrare nel merito di queste complicatissime vicende, esse potrebbero comunque essere considerate – in un contesto in cui sempre più frequentemente si insite sulle minacce che i nuovi monopolisti possono arrecare al funzionamento della democrazia e alle libertà personali - come una spia dell'attitudine del diritto europeo della concorrenza a considerare interessi diversi da quello riguardante l'efficienza economica.

Ai giorni nostri, altre spinte portano a rafforzare la suddetta attitudine. Mi limito a osservare - citando, tra gli altri, Joseph Stiglitz - che un potere economico eccessivamente concentrato fa aumentare le diseguaglianze, mentre un maggior rigore nei confronti della concentrazione di potere economico disincentiva la crescita delle rendite di posizione e, quindi, contrasta il vantaggio che da esse ottengono coloro che, grazie al potere economico che detengono, sono già nei livelli più elevati della distribuzione dei redditi.

5.- All'integrazione negativa che si realizza attraverso il rispetto delle libertà fondamentali – affidata soprattutto ai Giudici europei e nazionali – si contrappone l'integrazione positiva realizzata attraverso l'intervento del legislatore europeo che armonizza le regole presenti nei diversi Stati in vista della realizzazione di un unico mercato interno.

Gli interventi di armonizzazione legislativa, condotti in nome della realizzazione del mercato interno, hanno spesso portato alla tutela di nuovi diritti. Infatti, occorre sottolineare come la clausola (oggi l'art. 114 del TFUE) che prevede l'adozione di misure relative al riavvicinamento delle disposizioni legislative,

regolamentari e amministrative che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, è stata interpretata nel senso che essa può giustificare interventi diretti a realizzare obiettivi non di mercato.

In pratica, come messo in luce da Vasiliki Kosta nel suo libro su *Fundamental Rights in EU Internal Market Legislation* (2018), l'integrazione positiva è divenuta un mezzo per realizzare un bilanciamento tra le libertà fondamentali del mercato e i diritti fondamentali, in modo da realizzare una correzione del mercato. In questo modo si è gradualmente passati da un sistema in cui i diritti individuali erano strumentali alla realizzazione del mercato interno ad un sistema in cui nuovi diritti fondamentali hanno limitato le tradizionali libertà di movimento e hanno svolto una funzione di correzione del mercato.

Gli esempi di una simile tendenza sono numerosi. Possiamo iniziare col citare le direttive sulla protezione dei dati personali adottate a metà degli anni novanta (in particolare la direttiva 95/46/CE). Il fondamento della direttiva stava nell'esigenza di armonizzare la legislazione degli Stati membri in materia di tutela dei dati personali per assicurare la libera circolazione all'interno della CEE. In questo modo, però, è entrato nel diritto europeo il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, i cui sviluppi successivi sono stati imponenti.

Da una parte, c'è stata la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha progressivamente esteso il contenuto della tutela della privacy su internet. A tale proposito occorre fare riferimento al caso *Google Spain* (2014), in cui la Grande sezione della Corte ha affermato l'esistenza del "diritto all'oblio", che consente ai cittadini dell'Unione di chiedere ai gestori dei motori di ricerca su Internet, come Google, di eliminare i link verso pagine web pubblicate da terzi dai risultati delle ricerche effettuate partendo dal nome di tali soggetti e contenenti informazioni che li riguardano. Tale pronuncia è stata resa quasi in contemporanea con un'altra "storica" decisione riguardante la causa *Digital Rights Ireland*, con la quale la grande sezione della Corte ha dichiarato l'invalidità di una direttiva del 2006 riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico. Al riguardo la Corte ha ritenuto che l'obbligo, imposto dalla direttiva, di una conservazione dei dati temporalmente illimitata incideva "in modo specifico e diretto" sul diritto alla vita privata e sul diritto alla tutela dei dati personali, in quanto i dati che i fornitori dei servizi di comunicazione elettronica erano tenuti a conservare consentivano, nel loro complesso di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone. Quindi, c'è stata la sentenza sul caso *Schrems* (2014), riguardante l'applicazione delle norme della direttiva che consentiva il trasferimento dei dati personali dei cittadini europei verso uno Stato terzo (come gli USA). In seguito alle rilevazioni nel cosiddetto caso Snowden relativo al trattamento dei dati personali negli Stati Uniti da parte dei servizi di intelligence, un cittadino austriaco si opponeva al trasferimento dei propri dati personali, operato dalla filiale irlandese di Facebook

verso gli USA. La Corte di giustizia ha proceduto all'annullamento di una decisione della Commissione che consentiva detto trasferimento di dati (il cosiddetto *Safe Harbour Agreement*). Infine, la sentenza sul caso *Puskár* (2017), dove la Corte ha esaminato una legislazione nazionale che poneva delle restrizioni procedurali al privato che intendeva agire in giudizio per la tutela del diritto alla riservatezza dei dati personali, ponendo l'accento sul fatto che simili restrizioni possono violare il diritto ad una protezione effettiva, consacrato dall'art. 47 della Carta sui diritti fondamentali, se non rispettano il principio di proporzionalità.

Dall'altra parte, il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali ha via via acquistato un maggior riconoscimento normativo e una tutela legislativa assai estesa. L'art. 16 del TFUE ha stabilito che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano, fornendo una base legale più ampia e solida a successivi interventi legislativi in questa materia. Già prima la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione aveva garantito il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare (art. 7) e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art.8). Diritto alla protezione dei dati personali che recentemente ha avuto una completa disciplina legislativa con il *General Data Protection Regulation* (GDPR, regolamento 2016/679) entrato in vigore il 25 maggio 2018, il quale attribuisce agli individui una vasta gamma di diritti finalizzati alla protezione dei loro dati personali, quali il diritto di accesso ai propri dati, quello di chiedere la rettifica degli errori, di limitare il processo da parte di operatori privati dei propri dati, e anche il diritto alla portabilità degli stessi da un operatore all'altro. Un insieme assai vasto di diritti che limitano indistintamente i poteri pubblici e privati, correggendo le mere dinamiche di mercato.

6.- Analoghe vicende si possono ritrovare in altri campi del diritto dell'Unione, che si sono sviluppati a partire dall'esigenza di armonizzare la legislazione dei differenti Stati per permettere il funzionamento del mercato interno. Il primo programma per la protezione dei consumatori è stato varato dal Consiglio nel 1975, con l'affermazione di cinque fondamentali diritti del consumatore: il diritto alla protezione della salute e della sicurezza, il diritto alla protezione degli interessi economici, il diritto alla riparazione dei danni subiti, il diritto all'educazione e il diritto alla tutela in giudizio, a cui si è successivamente aggiunta l'enfasi sull'informazione preventiva del consumatore.

La disciplina di tutela del consumatore si è sviluppata attraverso una vasta serie di direttive – attualmente circa novanta - e ha finito per trovare una base legale assai forte nei Trattati, non solo nell'art. 114 TFUE ma anche nell'art. 169, secondo cui, al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione

e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. Questa disciplina trova applicazione negli ordinamenti degli Stati membri anche a situazioni meramente interne, che non implicano quindi alcuna relazione transfrontaliera.

Con questa ampia legislazione siamo in presenza di una forte correzione delle dinamiche di mercato e delle libertà economiche, con la finalità di riequilibrare un rapporto economico che in partenza è squilibrato a danno del consumatore. Questa tendenza ha assunto, nel diritto dell'Unione, un ruolo talmente forte da andare oltre quanto espressamente previsto dalle direttive e che ha portato a fondare un'azione "positiva" da parte delle Corti a favore del consumatore. Questa "dottrina dell'azione positiva" parte dalla premessa che il consumatore, in quanto soggetto debole, manca fin dall'inizio di una genuina opportunità di utilizzare una difesa giuridica, anche in assenza di ostacoli procedurali all'accesso alle Corti. Semmai esiste un "handicap procedurale" che deriva dal disequilibrio che caratterizza la sottostante relazione economica. Da qui la necessità di un'applicazione *ex officio* da parte delle Corti della normativa a tutela del consumatore, indipendentemente dai contenuti della domanda introduttiva del giudizio (tendenza che si sviluppa a partire dalla decisione nel caso *Van Schijndel* del 1995).

Il medesimo obiettivo di riequilibrio a favore del soggetto debole riguarda la complessa normativa che ha dato origine al diritto del lavoro europeo e che si è sviluppata attraverso una serie di direttive, che spaziano dalle misure rivolte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori a quelle sulla disciplina del riposo del lavoratore, al pacchetto di direttive che riguardano il divieto di discriminazione.

Queste ultime, a differenza delle altre trovano un fondamento indipendente dalle norme sul mercato interno, e precisamente nell'art. 19 TFUE, il quale prevede espressamente la competenza dell'Unione ad adottare una legislazione che contrasti le discriminazioni sulla base del sesso, delle origini razziali o etniche, della religione e delle credenze, delle disabilità e degli orientamenti sessuali. Sulla base di questa previsione sono state adottate tre direttive, che hanno dato luogo ad una copiosa giurisprudenza in cui il principio di discriminazione entra in bilanciamento con le libertà economiche.

Un allargamento della sfera di protezione del lavoratore si è avuta con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nel 2000, che ha assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati, con il Trattato di Amsterdam. Tra gli altri sono stati riconosciuti il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, il diritto di negoziazione e di azioni collettive, il diritto di accesso ai servizi di collocamento, la tutela in caso di licenziamento ingiustificato, il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque, il diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite, il divieto del lavoro minorile, il diritto a conciliare vita familiare e vita professionale, ecc.

Nell'interpretare le direttive a protezione del lavoratore, la Corte di giustizia, in più occasioni, ha sottolineato come il lavoratore debba essere considerata la parte debole del rapporto, sicché è necessario impedire al datore di lavoro di comportarsi in modo tale da imporre una restrizione dei suoi diritti. Perciò deve essere vietata ogni azione o omissione del datore di lavoro che possa dissuadere il lavoratore dall'esercizio dei suoi diritti e che il complesso di queste norme va interpretato in modo da assicurare il raggiungimento del loro effetto utile. Espressione di questa tendenza ad accordare un'ampia protezione al lavoratore subordinato è la recente giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto efficacia diretta nei rapporti orizzontali tra privati all'art. 31 della Carta con riguardo al diritto alle ferie, nel caso *Max Planck* (2018).

Le esemplificazioni della correzione dei mercati attraverso la tutela di valori extramercantili e il riconoscimento di diritti individuali potrebbero continuare a lungo, passando dalla libertà di informazione, realizzata attraverso la garanzia del pluralismo dei media (in particolare si richiama la direttiva sui Servizi di media audiovisivi), per arrivare alla tutela dell'ambiente (la cui base legale si trova ora nell'art. 191 TFUE), con cui si pone rimedio al problema delle esternalità negative di alcune attività economiche ed a varie ipotesi di veri e propri "fallimenti di mercato".

Ancora restano aperti numerosi problemi e c'è, per esempio, chi si interroga sulla possibilità di dare vita ad una "Unione sociale", ma certamente contraria alla realtà dell'integrazione è l'immagine di un'Europa regno del liberismo e la contrapposizione, talora enfatizzata nel dibattito pubblico, tra l'Europa del mercato e l'Europa dei diritti.

7.- Naturalmente una tappa importante nell'affermazione dell'Europa dei diritti si è avuta con l'adozione della già citata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che impone all'intero corpo giuridico europeo – fatto di migliaia di regolamenti, direttive e decisioni – di essere coerente con le sue previsioni, le quali, inoltre, devono essere rispettate dagli Stati membri quando applicano il diritto dell'Unione.

In questo modo l'Unione, in tutti i campi della sua azione, tende a realizzare i principi dello Stato di diritto. In questa nozione confluiscono la tutela dei diritti fondamentali, anche nei confronti della legislazione europea e di quella nazionale che rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione, il controllo di legalità sugli atti dell'Unione, che tende sempre più a diventare un controllo pieno, e l'indipendenza dei giudici, che si estende ai giudici nazionali.

Sotto quest'ultimo profilo, indicazioni di estremo interesse si ricavano dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, da due recenti sentenze: la sentenza della Grande sezione del 27 febbraio 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses contro Tribunal de Contas* e la sentenza della Grande Sezione del 25 luglio 2018 nella causa LM.

In modo estremamente sintetico, va notato come la Corte, nella prima decisione, ricorda che secondo l'art. 2 TUE l'Unione si fonda su valori, come lo Stato di diritto, che sono comuni agli Stati membri. L'Unione è un'Unione di diritto in cui i singoli hanno il diritto di contestare in sede giurisdizionale la legittimità di qualsiasi decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di qualsiasi atto dell'Unione. L'art. 19 TUE, che concretizza il valore dello Stato di diritto affermato dall'art. 2 TUE, affida l'onere di garantire il controllo giurisdizionale nell'ordinamento giuridico dell'Unione non soltanto alla Corte, ma anche agli organi giurisdizionali nazionali. Quest'ultimo, infatti, afferma che “gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”.

Il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli traggono dal diritto dell'Unione costituisce un principio generale di diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è stato sancito dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali e che è attualmente sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Tutto ciò ha importanti implicazioni sui caratteri degli organi giurisdizionali. Ogni Stato membro – afferma la Corte – deve garantire che gli organi rientranti, in quanto “giurisdizione” nel senso definito dal diritto dell'Unione, nel suo sistema di rimedi giurisdizionali nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione soddisfino i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva. Per garantire detta tutela “preservare l'indipendenza di detto organo è di primaria importanza, come confermato dall'art. 47, secondo comma della Carta, che menziona l'accesso a un giudice ‘indipendente’ tra i requisiti connessi al diritto fondamentale ad un ricorso effettivo”.

Nella decisione successiva, in modo ancora più chiaro, la Corte afferma che: “si deve sottolineare che il requisito dell'indipendenza dei giudici attiene al contenuto essenziale del diritto fondamentale a un equo processo, che riveste importanza cardinale quale garanzia della tutela dell'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione e della salvaguardia dei valori comuni agli Stati membri enunciati all'art. 2, segnatamente, del valore dello Stato di diritto”.

In conclusione, l'indipendenza dei Giudici è attratta nel campo di applicazione del diritto dell'Unione ed è considerato indispensabile per garantire il diritto fondamentale ad un equo processo che, a sua volta, è necessario per garantire l'insieme dei diritti derivanti al singolo dal diritto dell'Unione, salvaguardando il valore dello Stato di diritto.

8.- In Europa, in tempi recenti, l'indipendenza dei Giudici è sottoposta a forti tensioni.

In Polonia, il 20 dicembre 2017 il Presidente della Repubblica ha promulgato la legge sulla Corte suprema, che ha introdotto nuove regole sul pensionamento dei Giudici, aventi come effetto pratico il cambiamento della composizione della Corte, cui sembra sotteso l'obiettivo di ottenere un Giudice più sensibile alle esigenze del potere politico.

La legge prevede, tra l'altro, l'abbassamento dell'età pensionabile dei Giudici della Corte suprema a sessantacinque anni ed è applicabile a tutti i componenti della Corte, compresi quelli nominati prima dell'entrata in vigore della legge (3 aprile 2018). Quest'ultima però contempla la possibilità di ottenere una proroga della permanenza in servizio oltre i sessantacinque anni, ma la proroga è subordinata all'ottenimento di un'autorizzazione del Presidente della Repubblica, oltre che alla presentazione, da parte dei Giudici in carica di una dichiarazione indicante la loro intenzione di continuare a esercitare le funzioni giurisdizionali e di un certificato riguardante la permanenza di condizioni di salute tali da rendere il richiedente idoneo all'esercizio delle funzioni.

Inoltre la legge detta alcune disposizioni transitorie riguardanti i Giudici facenti parte della Corte suprema, disponendo che coloro che hanno raggiunto l'età pensionabile al momento dell'entrata in vigore della legge o entro il 3 luglio 2018 siano collocati a riposo il 4 luglio 2018, salvo il caso in cui abbiano ottenuto l'autorizzazione presidenziale alla proroga delle loro funzioni. Ma il Presidente della Repubblica, nell'adottare la decisione sulla richiesta di proroga, non è vincolato ad alcun criterio prestabilito e la sua decisione non è sindacabile in giudizio.

La stessa legge autorizza il Presidente della Repubblica a decidere liberamente, fino al 3 aprile 2019, di aumentare il numero di Giudici della Corte suprema.

Il 2 ottobre 2018 la Commissione europea ha proposto dinanzi alla Corte di Giustizia un ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, contro la Polonia. Con tale ricorso la Commissione ha chiesto alla Corte di dichiarare che, da un lato, abbassando l'età per il pensionamento dei Giudici della Corte Suprema e applicando tale modifica ai Giudici nominati prima della data di entrata in vigore della legge e, dall'altro lato, attribuendo al Presidente della Repubblica il potere discrezionale di prorogare la funzione giurisdizionale di alcuni Giudici, la Repubblica di Polonia è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in base all'art. 19, paragrafo 1 del Trattato sull'Unione Europea ed all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

L'art. 19 citato stabilisce, infatti, che gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. A sua volta, l'art. 47, come si è ricordato in precedenza, prevede che ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto

delle condizioni previste dallo stesso articolo. Tra tali condizioni rientra il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un Giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge.

Su richiesta della Commissione la Vicepresidente della Corte ha adottato, inaudita altera parte, un provvedimento provvisorio (il 19 ottobre 2018) con cui ha ordinato alla Repubblica di Polonia di sospendere, fino all'adozione della decisione finale, l'applicazione della legge contestata e dei provvedimenti di attuazione e di assicurare che i Giudici della Corte Suprema interessati dalla legge sul pensionamento possano esercitare le proprie funzioni nella medesima posizione ricoperta, godendo di status di diritti e condizioni di lavoro analoghe a quelle di cui beneficiavano prima del 3 aprile 2018, data di entrata in vigore della legge.

9.- Ritorniamo alla Costituzione economica europea. Essa riguarda la relazione tra il sistema economico e il sistema legale e in essa si tengono insieme gli aspetti micro e quelli macroeconomici. I primi fanno riferimento al mercato interno e al diritto della concorrenza, i secondi alle misure di politica economica, fiscale e monetaria.

Per terminare dobbiamo occuparci di quest'ultimo profilo, perché anche qui possiamo notare un superamento del *market paradigm*, anche se restano da sciogliere dei nodi molto più complessi e fonti di maggiori divisioni rispetto a quanto è avvenuto nel mercato interno.

Gli Stati dell'Eurozona, secondo la disciplina introdotta dal Trattato di Maastricht, dovevano finanziarsi sul mercato. Gli Stati che richiedevano risorse finanziarie al di là di quelle derivanti dalla tassazione dovevano emettere *bonds* ed altri strumenti finanziari alle condizioni stabilite dai mercati dei capitali. Il costo del finanziamento sarebbe stato differente per ciascun Stato membro, deciso in modo decentralizzato dai mercati, sulla base del suo valore di credito.

I tassi di interesse avrebbero avuto una funzione disciplinatrice. Se uno Stato spendeva di più rispetto a quanto giustificato dai suoi fondamentali economici i mercati avrebbero chiesto tassi più elevati, spingendolo ad una riconsiderazione delle sue politiche. Nessuna istituzione europea avrebbe dovuto svolgere queste due funzioni, riguardati il finanziamento e la disciplina.

Il paradigma di finanziamento statale basato sul mercato era chiaramente indicato da quello che è ora è l'art. 125 (1) TFUE che contiene la "no bail-out clause". Ma va altresì richiamata la previsione che ora è contenuta nell'art. 123 (1) TFUE che proibisce il finanziamento monetario degli Stati da parte della ECB. Queste previsioni avevano un comune obiettivo: rendere chiaro ai mercati che, salvo alcune limitate eccezioni (art. 122 (1) TFUE), gli Stati dell'Eurozona dovevano sopportare i costi delle loro politiche

senza alcun supporto da parte di altre istituzioni pubbliche. Il fatto che uno Stato facesse parte dell'Eurozona non doveva equivalere ad una garanzia del suo debito da parte dell'UE e degli altri Stati. Il “modello Maastricht” di finanziamento ha mal funzionato e i tassi di interesse, fino allo scoppio della crisi, non hanno riflesso le condizioni economiche e di bilancio di ciascuno Stato e tutto ciò ha favorito degli squilibri tra le economie dei Paesi dell'Eurozona che hanno alimentato la crisi. Per reagire ad essa sono stati introdotti i vari meccanismi di assistenza finanziaria agli Stati in difficoltà. Prima un *Greek financial assistance facility*, poi L'*European Financial Stabilisation Mechanism* (EFSM), quindi l'*European Financial Stability Facility* (EFSF) e, nel 2012, l'*European Stability Mechanism* (ESM). Il meccanismo creato ad hoc per la Grecia, l'EFSF e l'ESM sono finanziati e garantiti dagli Stati membri. Queste istituzioni hanno a loro disposizione diversi strumenti, ma il più importante e usato consiste nei prestiti concessi agli Stati in difficoltà. Nonostante le apparenze, però, l'assistenza finanziaria è ben dissimile da una normale transazione nel mercato. Infatti, le condizioni dei prestiti non seguono una logica di razionalità economica, perché sono molto più favorevoli di quelle che gli attori economici richiederebbero nei mercati.

Accanto a questa innovazione c'è ne un'altra che segna, ancora di più, la distanza dal “modello Maastricht”. Mi riferisco agli interventi della ECB, e precisamente il *Security Markets Programme* (SMP) e soprattutto il suo successore l'*Outright Monetary Transactions* (OMT), annunciato nel 2010 con l'obiettivo di correggere il malfunzionamento dei mercati delle obbligazioni pubbliche e restaurare le modalità di corretta trasmissione della politica monetaria, attraverso l'acquisto di titoli di debito pubblico nei mercati secondari. La tendenza si è accentuata quando è stato avviato un programma di acquisto di obbligazioni pubbliche di vastissima portata: il *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), che, a maggio 2017, aveva raggiunto il volume di 1.534,8 miliardi di euro. Con questi programmi, la ECB si è avvicinata a quella figura di *lender of last resort*, che mancava nel disegno dell'Eurozona, ma che ha posto il problema della sua compatibilità con il divieto di finanziamenti monetari agli Stati e con il mandato di politica monetaria della ECB limitato alla stabilità dei prezzi.

10.- Le richiamate trasformazioni del diritto dell'Eurozona hanno avuto riconoscimento e consacrazione da parte della Corte di giustizia in tre casi: *Pringle* (2012), *Gauweiler* (2014), *Heinrich Weiss* (2018). Nel primo la questione da risolvere era la compatibilità dell'istituzione dell'ESM con l'art. 125 TFUE; il secondo caso riguardava il rapporto tra l'OMT e la proibizione di finanziamenti monetari agli Stati stabilita dall'art. 123 (1) TFUE e il mandato della ECB, il terzo la compatibilità con il diritto dell'Unione del programma di acquisto di attività del settore pubblico sui mercati secondari. Le decisioni, certamente complesse, in definitiva affrontano il medesimo problema di fondo, ossia la questione se il passaggio dal “market-

based” paradigma di Maastricht ad un sistema di trasferimenti da alcuni Stati ad altri e di assistenza finanziaria fosse costituzionalmente accettabile.

Nei casi citati, però, la Corte subordina le nuove modalità di intervento pubblico nel finanziamento degli Stati all'imposizione agli stessi di condizioni adeguate a ripristinare una sana politica di bilancio. In *Pringle*, l'assistenza finanziaria è giustificata e ritenuta compatibile con i Trattati proprio in quanto essa si avvale della “condizionalità”, per cui l'assistenza finanziaria è condizionata all'adozione da parte dello Stato beneficiario delle misure indicate in un programma di assistenza. In *Gauweiler*, il fatto che l'acquisto dei bond sia subordinato alla piena *compliance* con i programmi di aggiustamento strutturale preclude la possibilità che l'OMT possa incentivare gli Stati a non proseguire la via del consolidamento fiscale. In questo modo la Corte ha rafforzato un altro aspetto della trasformazione costituzionale recente, ossia il rilievo centrale del principio di “condizionalità” nel finanziamento pubblico degli Stati membri.

Il suddetto principio, per quanto riguarda i programmi di assistenza finanziaria, è stato affermato per la prima volta al termine dell'Eurogruppo dell'11 aprile 2010, quando è stato lanciato il sostegno finanziario alla Grecia condizionato a un programma di assistenza congiunto, ed è stato consacrato e sviluppato dalla normativa e dalla prassi seguita dai successivi meccanismi di assistenza finanziaria. Nel 2011 il Consiglio europeo decise l'introduzione di un nuovo paragrafo nell'art. 136 TFUE che subordinava la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria ad un principio di “stretta condizionalità”.

Per quanto riguarda l'ECB, già la famosa lettera del 5 agosto 2011 di Trichet e Draghi subordinava l'intervento dell'ECB per far abbassare i tassi di interesse dei bonds italiani all'adozione di riforme con particolare riferimento al mercato del lavoro e al sistema di sicurezza sociale. Questa condizionalità “implicita” è stata resta esplicita con l'OMT, visto che gli acquisti di obbligazioni pubbliche venivano espressamente subordinate al fatto che lo Stato beneficiario seguisse un appropriato programma dell'EFSF o dell'ESM.

In questo modo si realizzava un'altra importante innovazione: l'intervento delle istituzioni europee nelle politiche economiche nazionali. Il “modello Maastricht”, invece, si basava sulla rigida separazione tra la politica monetaria affidata ad un'istituzione indipendente (ECB) sul modello della tedesca *Bundesbank*, e le politiche economiche rientranti nella competenza degli Stati membri. L'intervento dell'EU era rigorosamente circoscritto all'imposizione di limiti al debito e al deficit – dotati di mezzi di *enforcement* abbastanza deboli – ed al coordinamento delle politiche economiche nazionali attraverso raccomandazioni giuridicamente non vincolanti (art. 121 TFEU). Da questo modello si è passati ad un sistema in cui l'assistenza finanziaria è subordinata ad una profonda intrusione delle istituzioni europee nelle politiche economiche nazionali (attraverso strumenti quali *Memorandum of understanding* e decisioni del Consiglio e la gestione successiva affidata alla Troika).

Questo controllo europeo sulle politiche economiche nazionali si è spostato dai meccanismi per mitigare le crisi alla predisposizione dei mezzi per prevenirle. Da una parte, la scissione, voluta da Maastricht, tra politica monetaria e politica economica ha mostrato tutti i suoi limiti rappresentati dall'irresponsabilità finanziaria di alcuni Paesi come la Grecia e dagli squilibri macroeconomici, che hanno riguardato soprattutto i rapporti tra la Germania (con il suo elevato surplus della bilancia commerciale) e altri Paesi con economie poco competitive. Dall'altra parte, gli Stati creditori, per limitare la loro esposizione finanziaria e circoscrivere il ricorso agli strumenti di assistenza, hanno chiesto e ottenuto l'introduzione di regole per prevenire la crisi finanziaria degli Stati più deboli. Da qui hanno origine le note regole introdotte col *six pack* (2011), il *two pack* (2013) il *Fiscal Compact* (2012) e il semestre europeo (2011).

Il punto cruciale è che la condivisione del rischio (*risk sharing*), che è propria della "comunità di stabilità" delineata dalle precedenti trasformazioni costituzionali e accentuato da alcune delle recenti proposte di riforma, non può essere accettato se non a condizione che siano introdotte delle regole che limitino il rischio e scoraggino il *moral hazard*. Per trovare il punto di equilibrio tra queste diverse esigenze è indispensabile un clima di fiducia reciproca tra gli Stati dell'Eurozona, tra Stati creditori e Stati debitori, tra Stati del Nord e Stati del Sud, la cui mancanza rende ancora incompleta la *governance* economica dell'Eurozona e esposta alle minacce di una nuova crisi. In ogni caso merita di essere sottolineato come la vicenda, insieme a quella del mercato interno, può servire a rafforzare la tesi secondo cui la Costituzione economica europea ha carattere pluralistico non accogliendo un preciso modello economico, ma lascia aperta la strada a differenti modelli economici, sia pure nell'ambito dei principi e delle regole procedurali fissate dai Trattati (così Clemens Kaupa nel suo *The Pluralistic Character of The European Economic Constitution*, 2016).

11.- Riannodando i fili lungo cui si sono svolte le nostre riflessioni si delineano alcuni tratti fondamentali dell'identità costituzionale europea. Essa si riferisce ad un'economia di mercato aperta, capace di generare ricchezza e di accrescere le possibilità di scelta dei consumatori, corretta da un forte intervento pubblico che serve a contrastare gli abusi del potere economico, ma anche a correggere le dinamiche del mercato attraverso i diritti. In questo modo l'integrazione europea ha tentato di conciliare la scelta a favore di un'economia di mercato in libera concorrenza con un intervento pubblico diretto a garantire, oltre ad una crescita sostenibile, obiettivi di equità sociale, di libertà, di rispetto dello Stato di diritto e di protezione della democrazia contro la cattura da parte del potere economico privato. Tutti elementi richiamati dall'art. 2 del TUE.

Un'identità costituzionale che sembra molto distante dal fondamentalismo di mercato e che riafferma la perdurante attualità di quel modello di *embedded liberalism* da cui siamo partiti. Un'identità costituzionale



che, però, non sembra inquadrare entro schemi rigidi e immutabili le politiche dell'Unione e sembra lasciare spazio a differenti equilibri dei rapporti tra mercato e potere pubblico, sicché la Costituzione economica europea è stata descritta come una struttura pluralistica che consente, entro certi limiti, lo sviluppo di politiche economiche differenti.

Un'identità che si è delineta non tanto attraverso un processo gerarchico di tipo *top-down*, quanto attraverso un processo circolare cui partecipano attori diversi, nazionali e sovranazionali (dai governi nazionali, alla Commissione e al Consiglio, fino ai giudici europei e nazionali). Su questo processo circolare attraverso cui si forgia l'identità costituzionale europea ha richiamato l'attenzione l'Avvocato generale Cruz Villalón, in una conclusione del 14 gennaio 2014 relativa al citato caso *Gauweiler*. Secondo l'Avvocato generale le tradizioni costituzionali degli Stati membri hanno fornito le linee guida su cui costruire il sistema di valori su cui l'Unione Europea è basata, con la conseguenza che, nel medio e nel lungo termine, c'è una convergenza tra l'identità costituzionale dell'Unione e quella degli Stati membri. Certamente, le relazioni tra mercato e intervento pubblico, tra libertà economiche e diritti fondamentali potranno richiedere nuovi equilibri e forti innovazioni nelle politiche europee per rispondere alle sfide dei tempi presenti, ma offrono comunque una base solida e reale per cercare le risposte idonee a fronteggiare l'ansia e l'incertezza dei popoli e degli individui nel tempo presente.