

Bruno Brancati

Seminario Gruppo di Pisa 24 novembre – Brescia. “Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto”

Contributo provvisorio, da non citare.

Il contenuto del presente contributo provvisorio non impegna lo studio legale PwC Tax and Legal Services (TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti) presso il quale Bruno Brancati sta prestando la propria attività

I confini sfumati del diritto e le loro ripercussioni sull'attività delle Corti. Il caso delle misure anticrisi

1. In dottrina¹ è stata avanzata una tesi che si intende contestare, in parte da un punto di vista terminologico, in parte da un punto di vista strettamente contenutistico. In base a questa tesi, le due grandi crisi abbattutesi sull'Unione in questa prima parte del XXI secolo (ovvero la crisi costituzionale e la crisi economica) avrebbero messo in discussione il modello di *integration through law*². Secondo l'A., si starebbe verificando una sorta di “de-giuridicizzazione”³ a vantaggio di processi di politicizzazione, e il ruolo delle corti sarebbe marginalizzato⁴. Non si può negare, in effetti, che proprio in uno degli ambiti decisionali più importanti, ovvero quello della *governance* economico-finanziaria, i processi di politicizzazione si siano dimostrati molto intensi (si pensi al *Memorandum of Understanding*, frutto di una negoziazione tra la Commissione, di concerto con la BCE e il FMI, e lo Stato membro interessato). Tuttavia, la presenza di intensi processi di politicizzazione non giustifica l'utilizzo del termine “de-giuridicizzazione”, o “de-legalizzazione”, che dovrebbe consistere in una sorta di fuoriuscita del sistema decisionale dall'alveo del diritto, la quale non si riscontra. In realtà, l'A. specifica che l'uso del termine “*de-legalisation*” si riferisce principalmente a profili di illegittimità e alla crisi della costituzionalizzazione e della democraticità delle decisioni⁵, ma non si può evitare di segnalare che si tratta di un termine improprio, che evoca un fenomeno che non si constata nella realtà, ovvero la “ritirata del diritto”. Anzi, per certi versi, si può registrare un fenomeno opposto, ovvero la “moltiplicazione” degli strumenti giuridici atti a regolare certi processi. Non si può neanche condividere l'osservazione per cui il ruolo delle corti starebbe diventando marginale.

¹ Tale tesi è stata sostenuta da N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism in crisis*, Routledge, London and New York, 2015.

² Il riferimento, ovviamente, va all'opera della *Integration through Law Scholarship* di Cappelletti, Seccombe e Weiler. Vedi M. CAPPELLETTI – M. SECCOMBE – J.H.H. WEILER (eds.), *Integration through Law, Europe and the American federal experience*, I tomo, De Gruyter, Berlino e New York, 1985.

³ L'A. parla di una *governance* economica “*de-legalised*” ma non “*re-democratised*” (N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., 123).

⁴ Vedi N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., 7.

⁵ N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., 5-6; 123; 125-127.

Fatta questa premessa, è possibile affrontare specificamente il tema della molteplicità delle fonti, con le sue ripercussioni sull'attività delle corti nell'ambito della *governance* economico-finanziaria.

2. Il tema della “molteplicità” delle fonti si può declinare in diversi modi, in base alle accezioni, con cui si può intendere la “molteplicità”. Un modo, forse quello più scontato, potrebbe essere quello di considerare la molteplicità in senso essenzialmente quantitativo, e quindi il numero delle fonti che disciplinano un determinato ambito. Si tratta di un aspetto sicuramente molto importante, da cui può dipendere, come ricaduta, la qualità della regolazione giuridica.

La molteplicità si può però intendere anche in senso strettamente e direttamente qualitativo, ovvero come diverse tipologie di fonti.

La molteplicità, poi, si può indagare come caratteristica delle singole fonti, ovvero come aspetto intrinseco di fonti, il cui iter vede il coinvolgimento non semplicemente di organi diversi, ma di livelli di governo diversi. In questo senso, ciascuna fonte deve fare i conti con una “molteplicità” dentro di sé.

Si svolgeranno innanzitutto alcune riflessioni su quest'ultimo aspetto menzionato, quello della “molteplicità” all'interno delle fonti. Costituisce un dato piuttosto scontato quello per cui l'iter che conduce alla produzione di una fonte del diritto veda la partecipazione di una serie di organi. Ciò che invece può meritare maggiore approfondimento e riflessione è la produzione di fonti del diritto tramite l'interazione, il coinvolgimento di diversi livelli di governo. Tale fenomeno non rappresenta certo una novità nel panorama delle fonti del diritto (basti pensare, limitandosi all'ordinamento italiano, che le Regioni possono esercitare l'iniziativa legislativa volta alla produzione di leggi dello Stato: anche in questo caso una fonte del diritto è il frutto della sinergia di livelli di governo diversi), ma costituisce, comunque, un terreno di indagine molto interessante, che presenta peraltro peculiarità in relazione alla *governance* economico-finanziaria. In questa si assiste ad una interazione e ad un intreccio continui tra due livelli di governo – nazionale e sovranazionale: più appropriato sarebbe dunque parlare di “duplicità”, e non di molteplicità. Il ciclo di bilancio, che conduce alla legge di bilancio⁶, che di per sé è una fonte nazionale, vede un significativo intreccio tra il livello di governo nazionale e quello sovranazionale. L'intreccio tra i livelli di governo appare in modo alquanto evidente se si considerano le tre discipline fondamentali della *governance*, volte rispettivamente ad assicurare bilanci in equilibrio, ad evitare disavanzi eccessivi, a correggere squilibri macroeconomici⁷. In particolare, in forza della prima di queste discipline, gli Stati membri dell'euro-zona sottomettono annualmente un programma di stabilità al Consiglio e alla Commissione. L'atto normativo di riferimento è il Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, modificato dal Regolamento (CE) n. 1055/2005, del 27/07/2005, e dal Regolamento (UE) n. 1175/2011, del 13/12/2011. Si tratta della parte preventiva del Patto di stabilità e crescita. Tra gli Stati membri e le istituzioni sovranazionali (Consiglio e Commissione) si svolge un processo comunicativo volto a rendere possibile la sorveglianza da parte delle istituzioni sovranazionali, le quali rivolgono avvertimenti e raccomandazioni agli Stati membri di volta in volta

⁶ Si rammenta che, a seguito della legge n.163 del 2016, la nuova legge di bilancio ricomprende al suo interno i contenuti delle precedenti legge di stabilità e legge di bilancio.

⁷ Vedi D. CHALMERS, *The European Redistributive State and a European Law of Struggle*, in *European Law Journal*, vol. 18, n. 5, Settembre 2012, 677.

interessati, per indurli a raggiungere gli obiettivi indicati dal regolamento n. 1466/1997. Le autorità nazionali, dunque, non assumono solitariamente le decisioni riguardanti l'equilibrio dei bilanci, ma ricevono l' "attenzione" delle istituzioni sovranazionali. La "sfumatura" dei confini (per richiamare il titolo dell'intervento) è relativa all'intreccio tra livelli di governo, talmente stretto da rendere non sempre facilmente e univocamente individuabile la titolarità delle decisioni.

Considerando la molteplicità delle fonti come diversità delle tipologie di fonti, la *governance* economico-finanziaria offre altri spunti di grande interesse. Essa non è disciplinata soltanto da fonti di diritto UE, ma anche da fonti esterne al quadro giuridico formale dell'Unione europea, qualificabili come accordi internazionali. Si tratta di importanti strumenti di disciplina che sono stati posti in essere durante la crisi, e che hanno assunto un notevole rilievo, tanto da indurre taluno ad affermare che la crisi avrebbe prodotto nell'Eurozona più integrazione, senza però aver incrementato la sovranazionalizzazione⁸. Si deve osservare, però, che tali strumenti hanno anche stretti legami con l'ordinamento giuridico dell'Unione e hanno avuto un forte impatto sugli ordinamenti giuridici nazionali: sussistono, dunque, interrelazioni importanti tra fonti di tipo diverso. Gli strumenti che si prenderanno in considerazione sono il Patto Euro Plus per il coordinamento delle politiche economiche per la competitività e la convergenza, il *Fiscal Compact* e il Trattato MES. Il primo è volto a rafforzare il coordinamento delle politiche economiche e la loro convergenza nella direzione di una maggiore competitività, attraverso delle linee guida e la fissazione di obiettivi. Il Patto Euro Plus ha natura meramente programmatica, ma assume un notevole rilievo per i suoi contenuti, in quanto contiene i due elementi fondamentali della strategia europea anti-crisi, ovvero il bilancio in pareggio e le riforme strutturali nell'ambito previdenziale e del mercato del lavoro⁹.

Il *Fiscal Compact* ha ad oggetto le politiche ed i vincoli di bilancio recependo – con qualche irrigidimento – le regole del Patto di Stabilità e crescita sul pareggio di bilancio; prevede anche il rapporto debito pubblico/Pil e l'eccezionalità delle deviazioni dal percorso imposto. Il *quid pluris* derivante dal *Fiscal Compact* non attiene principalmente ai suoi *contenuti*, poiché sono in gran parte già presenti nel diritto UE¹⁰. Da un punto di vista contenutistico, il *Fiscal Compact* si può considerare per lo più un atto "ripetitivo" di regole già esistenti. Esso, però, stabilisce l'obbligo di introdurre negli ordinamenti nazionali le regole e i principi di cui all'art. 3, par. 1, *con disposizioni di natura permanente, preferibilmente costituzionale, o il cui rispetto fedele sia garantito lungo il corso di tutto il processo di bilancio*. Si assiste, dunque, ad una trasfusione di "contenuti" (attinenti alle regole e ai vincoli di bilancio) da alcune fonti (di diritto UE), ad altre (nazionali), per il tramite di una fonte "terza", il *Fiscal Compact*, che funge da "fonte-ponte" tra le prime due. Questo articolato percorso tra fonti diverse, che però non introduce grandi novità contenutistiche, potrebbe far sorgere l'interrogativo su quali ragioni ne stiano a fondamento, e su quali "risultati" o effetti produca. Con specifico riguardo al caso italiano, in cui l'approvazione della riforma costituzionale recata dalla l.cost.n. 1/2012 è avvenuta in tempi rapidissimi, Tosato ha individuato due ragioni. La prima non ha carattere giuridico, ma è nondimeno assai rilevante: fornire "visibilità" alle regole sui bilanci,

⁸ Vedi S. FABBRINI, *La crisi dell'euro e le sue conseguenze*, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n. 3/2016, 661-663.

⁹ Vedi P. CHIECO, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al XVIII Congresso A.I.D.L.A.S.S., 28-30 maggio 2015, 17-18.

¹⁰ Vedi ad esempio IVI, 18.

anche per dare un “segnale” ai mercati¹¹. La seconda ha sicuramente maggiore pregnanza giuridica: si tratterebbe di coinvolgere i meccanismi di garanzia nazionali, per cercare di compensare le carenze che affliggono il livello sovranazionale, in particolare per quanto riguarda il coinvolgimento della Corte di Giustizia¹².

Non si può evitare di sottolineare, però, che la riforma costituzionale, incidendo pesantemente e direttamente sul testo della Costituzione, reca in sé la potenzialità di grandi ripercussioni ordinamentali. Non va dato per scontato, comunque, che queste ultime siano unilaterali. Certamente è vero che si tratta di una riforma con una forte impronta neoliberalista, che sembra “colorare” ideologicamente un testo costituzionale che originariamente, in materia di bilancio, lasciava il legislatore alquanto libero di fare le sue scelte¹³. D’altro canto, la nuova normativa contiene anche alcuni margini di flessibilità¹⁴. La normativa sui bilanci di matrice europea, una volta introiettata nella Costituzione italiana, deve necessariamente adattarsi al resto della Costituzione, che la “circonda”; in particolare, essa non può che essere interpretata in modo conforme con i principi supremi della stessa, e, in caso di contrasto, saranno questi ultimi a dover prevalere. Tutte queste operazioni, peraltro, devono essere svolte non da un giudice esterno all’ordinamento italiano, ma dalla Corte costituzionale italiana, cosa che dovrebbe fornire la massima garanzia possibile di tutela del nucleo irriducibile della Costituzione.

Il Meccanismo europeo di stabilità è stato approvato grazie alla decisione 2011/199/UE, volta alla modifica, con procedura di revisione semplificata, dell’art. 136 TFUE: con il par. 3 è stata introdotta la possibilità per gli Stati membri la cui moneta è l’euro di istituire un meccanismo di stabilità finanziaria per salvaguardare la stabilità della zona euro, ed è stato previsto che «la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria [...] sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». La compatibilità del MES con i Trattati UE è stata molto discussa, soprattutto in riferimento alla *no bail out clause* ex art. 125 TFUE, ovvero al divieto di salvataggio finanziario degli Stati membri. Ciononostante, la Corte di Giustizia, con la celebre sentenza *Pringle*¹⁵, ha

¹¹ Vedi G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell’Unione: l’interazione fra i livelli europeo e interno*, Relazione tenuta nell’ambito del seminario “Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012”, Roma, Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, disponibile su www.cortecostituzionale.it 13.

¹² Vedi *ivi*, 13-14.

¹³ Vedi F. SAIITTO, “Costituzione finanziaria” ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo «Stato fiscale» allo «Stato debitore», in www.rivistaiaic.it, n. 1/2017, 05/03/2017, 6-13, e GIU. SERGES, *Norme “tecniche” e norme ideologiche. Una riflessione sulle regole dell’austerità e sull’articolo 81 della Costituzione*, in G. GRASSO (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Atti del seminario annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa”, Como, 20 novembre 2015, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, 280-281. Per Chessa, il nuovo impianto costituzionale (che recepisce, come si è detto, l’impianto sovranazionale) accoglie assunzioni di teoria economica di stampo neoclassico, ordoliberal e austroliberale, e risulta alquanto incompatibile con un approccio autenticamente keynesiano (vedi O. CHESSA, *Pareggio strutturale di bilancio*, cit., in particolare 464-470).

¹⁴ Vedi M. LUCIANI, *L’equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, Relazione al Convegno “Il principio dell’equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012”, Corte costituzionale, 22 novembre 2013, disponibile su www.cortecostituzionale.it.

¹⁵ C- 370/12, del 27.11.12. La decisione trae origine da un rinvio pregiudiziale della corte suprema irlandese, con cui si ponevano tre questioni: 1) alla luce dell’uso della procedura di revisione semplificata e della possibilità della violazione del diritto UE da parte del contenuto dell’emendamento, è valida la decisione del Consiglio europeo 2011/199, con cui era emendato l’art. 136 TFUE per permettere la creazione di un meccanismo di stabilità dell’area euro? 2) è consentito ad uno stato dell’area euro far parte di un accordo internazionale come il Trattato ESM, avuto riguardo al

ritenuto legittima la procedura seguita per modificare l'art. 136 TFUE e la stessa costituzione del MES¹⁶. Il Meccanismo europeo di stabilità è stato istituito mediante un ente di diritto internazionale, di cui gli Stati sottoscrittori detengono quote, come nelle società private. In base ad una decisione del *Board of Governors*, spetta alla Commissione, di concerto con la BCE e con il FMI, la negoziazione con lo Stato membro interessato del *Memorandum of Understanding (MoU)*, in cui vengono stabilite le condizionalità per la concessione dell'assistenza finanziaria, commisurate alla gravità delle carenze da affrontare e allo strumento di assistenza finanziaria scelto¹⁷. Lo Stato membro interessato dovrebbe essere libero di accettare o meno le condizionalità del *Memorandum* e l'assistenza finanziaria. Inutile dire, però, che le decisioni dello Stato interessato saranno, di fatto, fortemente condizionate dai rapporti di forza creatisi nell'ambito della negoziazione. Per quanto riguarda i *Memoranda*, è il caso di segnalare che si tratta di strumenti controversi, ai quali si attribuisce talora natura giuridica, talora natura politica¹⁸. Si deve aggiungere che il Trattato MES, pur essendo esterno al quadro giuridico formale dell'Unione, presenta dei collegamenti ad esso (oltre che al *Fiscal Compact*¹⁹). Infatti, in base all'art. 13.3 del Trattato MES, «il Protocollo d'intesa è pienamente conforme alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal TFUE, in particolare a qualsiasi atto legislativo dell'Unione europea, compresi pareri, avvertimenti, raccomandazioni o decisioni indirizzate al membro dell'ESM interessato»²⁰. Come è stato notato, emerge un quadro complessivo in cui l'utilizzo di una pluralità di strumenti diversi, anche estranei al diritto dell'Unione formalmente inteso, non impedisce una forte integrazione tra gli stessi, da cui deriva una forte vincolatività nei confronti degli Stati membri²¹.

La sfumatura dei confini risiede nel fatto che i collegamenti tra fonti diverse sono molto profondi e le loro ripercussioni non sempre sono precisamente e

diritto UE? 3) Se la decisione 2011/199 fosse valida, il diritto di uno Stato membro di ratificare il Trattato ESM sarebbe soggetto alla preventiva entrata in vigore dell'emendamento all'art. 136 TFUE? Le risposte della Corte alle tre questioni sono state, rispettivamente: sì, sì e no.

¹⁶ Secondo la Corte, il MES non contraddirebbe la *ratio* dell'art. 125 TFUE, in quanto il principio di stretta condizionalità riuscirebbe a fugare il rischio dell'azzardo morale dei Paesi assistiti. Per Losurdo, in virtù di un'interpretazione teleologica che assegna carattere sovraordinato alla stabilità finanziaria, rispetto al principio del divieto di salvataggio, la Corte avrebbe costituzionalizzato il principio di stretta condizionalità (vedi F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 52-53).

¹⁷ Gli strumenti di assistenza finanziaria vanno dalla concessione di una linea di credito condizionale precauzionale (art. 14) alla ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie del Paese (art. 15), ai prestiti (art. 16), al sostegno al mercato primario e secondario (artt. 17 e 18). Gli articoli richiamati sono del Trattato MES.

¹⁸ Sulla loro natura vedi, per esempio, E. CORREIA BAPTISTA, *Natureza Jurídica dos Memorandos COM o FMI e COM a União Europeia*, in *Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71*, II, 2011, disponibile su <http://www.oa.pt/upl/%7B1767f2d3-4fcc-4d89-b9e4-363358446bb7%7D.pdf>; e M. IANNELLA, *Condizionalità e diritti sociali. Spunti dal caso portoghese*, in *Diritto e società*, n. 1/2016, 109-115. Il Tribunale costituzionale portoghese, soprattutto in alcune decisioni, ha assegnato loro valore giuridico (per esempio, nell'importante sentenza n. 187/2013).

¹⁹ Infatti, la preventiva sottoscrizione del *Fiscal Compact* e – in un momento successivo – il recepimento negli ordinamenti nazionali della disciplina dell'art. 3 dello stesso *Fiscal Compact* sono condizioni immancabili per ricevere l'assistenza finanziaria dal MES.

²⁰ Questa previsione è stata richiamata nella citata sentenza *Pringle*: la Corte di Giustizia ha precisato che il MES non costituisce uno strumento di coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri; piuttosto, l'art. 13.3 del Trattato ESM garantisce la conformità con l'art. 125 TFUE e con il coordinamento delle politiche economiche (punto 111).

²¹ Vedi P. CHIECO, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, cit., 23.

preventivamente “misurabili”. Si pensi al controverso strumento dei *Memorandum* e al loro impatto sugli ordinamenti interni. Se si considera il caso del *Fiscal Compact*, si può parlare di “valicabilità” dei confini tra le fonti, nella misura in cui certi contenuti normativi vengono “traghettati” da una fonte all’altra.

Questo quadro delle fonti nell’ambito della *governance*, così complesso e frastagliato, ha delle ripercussioni sul ruolo delle corti, che sono state intensamente coinvolte nei processi decisionali innescati dalla crisi²².

3. Per quanto riguarda il coinvolgimento della Corte di Giustizia, le considerazioni che si devono fare per compiere una valutazione sono problematiche. Relativamente all’importante sentenza *Pringle*, si è affermato²³ che la Corte di Lussemburgo sarebbe stata relegata a un ruolo poco incisivo, che le avrebbe soltanto permesso di avallare semplicemente il nuovo strumento costituito dal Trattato MES e l’iter che ha condotto ad esso. In verità, importanti potenzialità per il ruolo della Corte di Giustizia sono dischiuse proprio dagli strumenti internazionalistici più importanti, i Trattati MES e *Fiscal Compact*. Infatti, l’art. 37 del Trattato ESM prevede la competenza della Corte di giustizia a conoscere delle controversie aventi ad oggetto le decisioni del Consiglio dei governatori concernenti l’interpretazione e l’applicazione di detto Trattato e la compatibilità con esso delle decisioni adottate dall’ESM. Il Trattato *Fiscal Compact* attribuisce alla Corte, con l’art. 8²⁴, un ruolo che non pare affatto banale. Infatti, una o più parti contraenti del Trattato, sia sulla scorta delle conclusioni della Commissione europea, sia indipendentemente da queste, possono chiedere alla Corte di Giustizia di verificare il rispetto dell’art. 3, par. 2, del Trattato, il quale prevede che le regole in tema di bilancio, poste dall’art. 3, par. 1 del Trattato, «producono effetti nel diritto nazionale delle parti contraenti al più tardi un anno dopo l’entrata in vigore del presente trattato 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». Non è ben chiaro fino a qual punto si debba estendere il controllo della Corte di Giustizia²⁵. Questa potrebbe, forse, svolgere il ruolo attribuitole in modo “notarile”, ma non si può escludere, tuttavia, che essa interpreti il proprio ruolo in maniera più “impegnativa”, valutando non solo la mera introduzione di determinate regole, ma anche le modalità con cui vengono interpretate, attuate e seguite; la Corte, dunque, potrebbe spingersi fino al punto di stabilire se siano rispettate oppure aggirate da un punto di vista sostanziale. Segnali importanti, poi, provengono da alcune pronunce della Corte di Giustizia, rese in occasione di alcuni rinvii pregiudiziali sollevata da alcune corti costituzionali. Uno di questi è stato sollevato dalla Corte costituzionale italiana, e aveva ad oggetto una questione delicatissima e spinosa: quella del precariato scolastico²⁶. Con la storica

²² Per una lettura del coinvolgimento delle corti alla luce del dibattito sul pluralismo costituzionale, vedi L. PIERDOMINICI, *The Theory of EU Constitutional Pluralism: a Crisis in a Crisis?*, in *Perspectives on Federalism*, Vol. 9, issue 2, 2017, disponibile su http://www.on-federalism.eu/attachments/262_download.pdf.

²³ «*The Pringle decision suggests not that the ECJ has abdicated its privileged status, but that it has been deposed*» (N. SCICLUNA, *European Union Constitutionalism*, cit., 134).

²⁴ Il fondamento della competenza è ravvisato nell’art. 273 TFUE.

²⁵ Vedi F. LOSURDO, *Lo stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell’ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 44-45.

²⁶ Offre una visione di sintesi di tutta la vicenda A. PAOLITTO, *Il precariato scolastico tra “la buona scuola” e il dialogo “multilevel” delle corti: l’occasione per un bilancio*, in giustiziacivile.com, n. 9/2016, Approfondimento 8 settembre 2016.

ordinanza n. 207/2013, la Corte costituzionale ha chiesto alla Corte di Giustizia se l'accordo quadro allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, osti alla normativa interna sulle supplenze scolastiche, e se le esigenze organizzative del sistema scolastico possano essere considerate come ragioni obiettive che giustificano la reiterazione dei contratti, ai sensi dell'accordo quadro. La Corte di Giustizia, in risposta al rinvio pregiudiziale, ha reso la sentenza *Mascolo* del 26 novembre 2014 (cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13), in cui ha affermato che l'accordo quadro allegato alla direttiva menzionata osta alla normativa nazionale. Con specifico riguardo alle esigenze finanziarie, la Corte di Lussemburgo, pur riconoscendo che «considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare», ha affermato che «esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato ai sensi della clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro». Probabilmente, però, i rinvii pregiudiziali più importanti che hanno interpellato la Corte di Giustizia sui temi della *governance* e delle misure anti-crisi sono stati sollevati dal Tribunale costituzionale federale tedesco, ed hanno avuto oggetto misure adottate dalla BCE. La vicenda relativa al primo si è conclusa. Essa ha riguardato l'OMT, un programma annunciato dalla BCE²⁷. Con il suo rinvio, il Tribunale costituzionale tedesco aveva posto le premesse per un conflitto potenzialmente irreparabile²⁸ con la Corte di Giustizia, ma alla fine la pronuncia di quest'ultima²⁹ è stata osservata (pur con alcune critiche del Tribunale costituzionale federale tedesco³⁰). Il secondo rinvio pregiudiziale, invece, è stato sollevato nell'estate del 2017³¹ ed ha ad oggetto il Quantitative Easing (QE), una misura della BCE che ha già avuto importanti implicazioni pratiche³². Il Tribunale di Karlsruhe sospetta che siano stati oltrepassati i limiti del mandato di politica monetaria della BCE (artt. 119 e 127 TFUE), osservando che sulla base degli effetti del QE esso parrebbe qualificabile come misura di politica economica, nonché che sia stato violato il divieto di finanziamento posto dall'art. 123 TFUE. È stato osservato che il "tono" di quest'ultimo rinvio appare più conciliatorio e dialogante di quello precedente, che aveva una maggiore carica conflittuale³³. In ogni caso, esso sembra costituire un importante segnale che conferma il trend di coinvolgimento delle diverse corti europee, le quali non paiono affatto relegate ad un ruolo subalterno neanche in relazione ai temi della crisi.

Per concludere questa panoramica necessariamente sintetica sul ruolo delle corti nella *governance*, non si può non citare il caso del Tribunale costituzionale portoghese, che ha svolto un ruolo da protagonista. Questo giudice si è prodigato in un'opera di difesa

²⁷ Sul caso OMT, si rimanda a: F. FABBRINI (a cura di), *The European Court of Justice, the European Central Bank and the Supremacy of EU Law, Special Issue* (2016) 23 *Maastricht Journal of European & Comparative Law* 1.

²⁸ Vedi P. FARAGUNA, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul caso OMT/Gauweiler*, in www.diritticomparati.it, n. 1/2016, 4.

²⁹ Causa C-62/14, *Peter Gauweiler e a./Deutscher Bundestag*, Grande Sezione.

³⁰ Vedi P. FARAGUNA, *La sentenza*, cit., 9-12.

³¹ Provvedimento del 18 Luglio 2017 - 2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15. pubblicato il 15 agosto 2017.

³² Vedi M. GOLDMANN, *Summer of Love: Karlsruhe Refers the QE Case to Luxembourg*, 16 agosto 2017, disponibile su <http://verfassungsblog.de/summer-of-love-karlsruhe-refers-the-qe-case-to-luxembourg/>.

³³ Vedi *ivi*.

delle istanze sociali, protette dalla costituzione portoghese, dalle misure di aggiustamento più aggressive, pronunciando importanti dichiarazioni di incostituzionalità³⁴.

In questa sede, è importante segnalare, con riguardo al profilo delle ripercussioni del piano delle fonti sull'operato delle corti, che in dottrina è stata avanzata l'idea che esista un nesso tra le fonti della governance e il particolare coinvolgimento delle corti nazionali. In particolare, secondo Kilpatrick, sebbene non sia affatto scontata l'estraneità al diritto eurounitario di alcune fonti, certe corti nazionali si sarebbero fondate su tale presupposto per evitare un confronto con la Corte di Giustizia sulle misure anticrisi³⁵. Sarebbe questo, quindi, un effetto dei confini sfumati del diritto.

4. La forte espansione del coinvolgimento delle corti nell'ambito dei processi decisionali della governance ha svolto l'importante ruolo di creare un supporto di legittimazione per i processi decisionali, a fronte della "crisi di legittimazione" derivante non solo dal problema democratico che riguarda l'Unione europea, ma anche dal fatto che le linee di demarcazione tra livelli di governo diversi sono tutt'altro che definite, con la conseguenza di rendere difficile l'individuazione della titolarità decisionale³⁶. Accanto a queste opportunità positive per le corti, non mancano profili di rischio: in particolare, si tratta del rischio di politicizzazione del giudice, ineliminabile quando questo è intensamente coinvolto in materie ad alto tasso di politicità, come quelle relative alla *governance* economico-finanziaria. Con riguardo, in particolare, al giudice costituzionale, è stato osservato opportunamente che le "peculiarità" che lo caratterizzano non possono sfociare in veri e propri abusi³⁷.

³⁴ Il ruolo di questo Tribunale è stato sottolineato da alcuni autori. «*The approach taken by the Tribunal seems destined to exceed national boundaries and become a tool of confrontation and fertilization amongst constitutional courts in the wake of the growing phenomenon of horizontal dialogues between national judges*» (R. CISOTTA-D. GALLO, *The Portuguese Constitutional Court Case Law on Austerity Measures: A Reappraisal*, in C. KILPATRICK-B. DE WITTE, *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights' Challenges*, EUI Working Papers, 2014/05, 93).

³⁵ Vedi C. KILPATRICK, *Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry*, EUI Working Papers, 2015/34, 23-24.

³⁶ Per Ruggeri, «forse, il modo più adeguato a racchiudere in una formula sintetica la situazione odierna è quello di ragionare di una "sovranità condivisa" tra Stati ed organizzazioni sovranazionali (in specie, l'Unione), dalle movenze non lineari e caratterizzata da punti di equilibrio interno continuamente oscillanti» (A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, Relazione conclusiva per l'Italia delle V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale su *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, Lecce 14-15 settembre 2012, in www.giurcost.org, 11).

³⁷ Vedi R. ROMBOLI, *L' "obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in www.forumcostituzionale.it, 6 aprile 2015, 4. L'A. richiama un saggio di Pizzorusso in cui si distingueva tra uso e abuso del diritto processuale costituzionale.