



HILDE CAROLI CASAVOLA *

IL CAMBIAMENTO STRUTTURALE DEL DIRITTO PUBBLICO EUROPEO E LA COSTRUZIONE DI UNA SOCIETÀ EUROPEA DEMOCRATICA**

SOMMARIO: 1. Società e diritto pubblico europei. – 2. La virtù dei migliori giuristi. – 3. Dinamismo dell’oggetto d’osservazione e “apertura” dell’osservatore-interprete.

1. Società e diritto pubblico europei

All’indomani delle elezioni parlamentari in Polonia (ottobre 2023) e alla vigilia di un anno in cui quattrocento milioni di europei in ventisette paesi saranno chiamati a votare per l’elezione dei 720 membri del Parlamento Ue (a giugno 2024, le prime elezioni post-Brexit), fermarsi a riflettere sul diritto, la cultura giuridica e la società europei è tempo ben investito, soprattutto se condiviso tra potenziali elettori di diverse generazioni. Forti di questa convinzione, si è inteso proporre una lettura interdisciplinare di uno fra i contributi più ambiziosi al dibattito pubblico su dove vada l’Ue e il suo diritto. Ci si è accostati al saggio di Armin von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, con la gravità e la consapevolezza di chi si accosta ad un’opera che è il condensato di uno studio pluridecennale e, per il suo tramite, a tutta una tradizione di contributi teorici con finalità divulgativa spesso preconizzatori di direttrici di cambiamento e sviluppi fondamentali, quella dei tascabili scientifici (*taschenbuch wissenschaft*, abbreviato stw) editi dall’editore berlinese Suhrkamp¹.

Rispetto alla tradizione richiamata, il tema del cambiamento strutturale, *focus* del libro, attiene al diritto pubblico sia nel senso di oggetto di un tale cambiamento sia in quello di motore del cambiamento stesso, per l’intima forza normante. Il fenomeno giuridico

* Professoressa ordinaria di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi del Molise.

** La presente sezione riunisce i contributi dei relatori al convegno dal titolo “*L’emergere e la democratizzazione della società europea: una nuova lettura del diritto pubblico europeo*”, tenutosi presso il Dipartimento giuridico dell’Università degli studi del Molise, a Campobasso, il 20 novembre 2023.

Si ringraziano vivamente i relatori, i contributori e i collaboratori delle cattedre di Istituzioni di diritto pubblico e Diritto amministrativo che ne hanno consentito la realizzazione. Un ringraziamento particolare va al prof. Fulco Lanchester per la preziosa supervisione nella raccolta degli atti.

¹ Il tema del *Strukturwandel* rimanda a J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Berlin, Suhrkamp, 1962 (trad. it., ID., *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Bari, Laterza, 1971) e prima, ancora, a G. LEIBHOLZ, *Der Strukturwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, Berlin, Springer, 1951 (*Il cambiamento strutturale della democrazia nel XX secolo*).

rilevante è comunitario prima ed europeo (o euro-unitario) poi, e la relativa qualificazione (gius)pubblicistica si caratterizza in senso originale, per l'assenza di precedenti vicini, soprattutto per essere quel fenomeno altro dal fenomeno giuridico statale. Significativamente in quarta di copertina il tema dello *Strukturwandel* è riassunto nei termini seguenti: «[d]ie Nationalstaaten bestehen als evolutionäre Errungenschaften fort, aber eingebettet und aufgehoben in der demokratischen europäischen Gesellschaft», vale a dire «gli Stati nazionali continuano ad esistere come conquiste evolutive, ma sono incorporati e rilevati dalla società democratica europea».

Si tratta del punto di approdo di una analisi condotta lungo tre direttrici: una filosofica, una storico-filosofica ed una giuridica. La prima si dipana attraverso il confronto con Kant (e il suo diritto cosmopolitico, nella lente del quale pubblico e privato sono indistinti), e altri pensatori eminenti, ma soprattutto sulla scia di Hegel e dell'idea di conservazione e rilevazione (che è anche superamento) delle articolazioni o i paradigmi istituzionali in cui prende progressivamente forma il vivere sociale. La seconda si snoda in tre momenti di svolta o tornanti storici (*Settelzeit*), individuati secondo la *Begriffsgeschichte* di Koselleck: il periodo 1945-1989 segnato dalla caduta del socialismo²; il biennio 2008-2010 con la crisi finanziaria e l'elezione di Orban³; l'arco degli ultimi tre lustri dal 2010 ad oggi (cui ben si adatta la definizione di Edgar Morin di epoca delle poli-crisi, per le vicissitudini ecologiche, migratorie, pandemico-sanitarie, belliche). Quanto alla terza direttrice, la ricostruzione giuridica si sviluppa – per usare le parole dell'Autore – come un «acquilone che monta controvento»⁴, con consistenza dialettica: gli argomenti sono snocciolati in contrapposizione alle tesi di Carl Schmitt (*jus publicum europeum*; Europa fatta di Stati nazionali), di Joseph Weiler (né Stato, né confederazione, ma un *tertium genus*, un *unicum*) e all'orientamento giurisprudenziale del secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco, secondo cui le decisioni degli organi europei di spesa, che aggravano i bilanci nazionali, devono ottenere il consenso dei Parlamenti nazionali.

Nella predominanza dell'approccio filosofico – fra le tre direttrici⁵ – è racchiusa la matrice autenticamente tedesca di quella tradizione culturale erede diretta dell'umanesimo

² La caduta del muro di Berlino e la successiva riunificazione della Germania delimitano la preistoria dell'Europa geopolitica, con lo schiudersi della possibilità per i paesi dell'area ex-sovietica di intraprendere un percorso politico autonomo, anche diverso da quello socialista. L'Europa visse allora un momento di effettiva “apertura” politica, ma senza una chiara idea né del ruolo che gli Stati Uniti avrebbero potuto assumere in un'eventuale “partita” né dell'interesse della Comunità europea al riguardo. Resta la famosa frase del segretario di Stato Usa, James Baker, «if the Soviet Union will accept the re-unification of Germany after 1989, surely it will not accept any further expansion of Europe on the East-side front». Sui profili geopolitici di quella fase storica, vd. C.J. BICKERTON, *The Perils of Performance: EU Foreign Policy and the Problem of Legitimization*, 28 *Perspectives*, 2007, n. 28, 24-42.

³ Periodo caratterizzato – per il diritto pubblico europeo – dalla circostanza « dass die juristische Auseinandersetzung über die Zukunft der europäischen Gesellschaft in verfassungsrechtlichen Kategorien erfolgt» (che il dibattito giuridico sul futuro della società europea si svolge nelle categorie costituzionali), A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, 113.

⁴ A. VON BOGDANDY, *La costruzione della società democratica europea: concetti, principi, corti, scienza giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2023, 915 ss., spec. 917.

⁵ Valga per tutte la parte in cui A. von Bogdandy cita un significativo passaggio delle *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie I (1805-1806)* di G.W.F. Hegel: «Mancher wird zweifeln, ob Art. 2 EUV als identitätsstiftender Verfassungskern taugt. Er wirkt kompromisshaft. In der Tat muss er zwischen vielen Identitäten, Ideen, Interessen, Traditionen und Weltanschauungen vermitteln. In hegelianischer Tradition erscheint das allerdings nicht als Manko: „Der Weg des Geistes ist die Vermittlung, der Umweg“» (alcuni dubiteranno che l'art. 2 TEU sia adatto come nucleo

classico, nel cui solco la riflessione di von Bogdandy gemma come un frutto maturo e prezioso⁶.

2. La virtù dei migliori giuristi

La lettura del saggio riporta alla mente, infatti, una celebre frase del libro di Margherite Yourcenar, *Memorie di Adriano*: «i (nostri) migliori giuristi (da qualche generazione) rivolgono le loro cure nella direzione del senso comune»⁷.

Qual'è – si chiede von Bogdandy – il senso comune della società europea che esiste e va definendosi in un processo continuo, ogni giorno sotto i nostri occhi? La sua risposta è: innanzitutto un senso democratico, come certifica l'art. 2 TEU⁸; il percorso intrapreso da quanti convivono all'interno dell'Unione alla ricerca dell'unità sociale europea, come sintesi, *summa* e superamento della diversità delle singole società nazionali (si pensi al motto dell'Ue “in varietate concordia”), ha natura essenzialmente democratica⁹.

Il cambiamento strutturale (operato soprattutto per categorie costituzionali) dell'ordinamento (pubblico) che si configura nei tre suindicati tornanti storici, avviene attraverso il diritto, che è un sistema di mediazione¹⁰. Tale cambiamento è agito dai giudici (Corte di giustizia e corti nazionali in funzione comunitaria) e dagli interpreti (la scienza giuridica, i giurisperiti) “aperti” ad un'opera interpretativa costante dei principi, dei valori, scritti nei trattati e nelle fonti normative derivate, invariati nelle prassi. Operatori del diritto, giudici e interpreti hanno un compito cruciale in questo momento storico: sono in condizione di intercettare le istanze emergenti della “società democratica europea” e di favorire il dispiegarsi della potenzialità emancipatrice del diritto (amministrativo, in particolare) europeo attraverso la concretizzazione di quelle libertà (di manifestazione del pensiero, di associazione, di opposizione politica) e quelle garanzie democratiche di

costituzionale che forma l'identità. Appare come un compromesso. Infatti, deve mediare tra molte identità, idee, interessi, tradizioni e visioni del mondo. Nella tradizione hegeliana, tuttavia, questo non sembra essere un difetto: “Il cammino dello spirito è la mediazione, le deviazioni”» (*Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, 14).

⁶ Rileva, in proposito, la linea di pensiero, sottotraccia nel volume, che – da Gerhard Leibholz a Ernst-Wolfgang Böckenförde (ma anche da Rudolf Smend a Hermann Heller e altri) – concepisce un legame reciproco tra etica e politica e tra politica e diritto, che sia valido a partire dalla dimensione del singolo individuo sino a quelle collettive del vivere sociale (corpi intermedi e Stato democratico; su quest'ultimo aspetto sia consentito rinviare a H. Caroli Casavola, *Il finanziamento della politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2015, 293, spec. 295 ss.).

⁷ M. YOURCENAR, *Memorie di Adriano*, trad. a cura di L. Storoni Mazzolani, Torino, Einaudi, 1988, 109.

⁸ A. VON BOGDANDY, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, loc. cit.: «[d]ie folgende, diese Antwort ausbuchstabierende Rekonstruktion des europäischen öffentlichen Rechts als Recht der europäischen demokratischen Gesellschaft nimmt den Stier bei den Hörnern: Demokratie bildet den Schlüsselbegriff im Ringen um die europäische Grundstruktur» (la seguente ricostruzione del diritto pubblico europeo come diritto della società democratica europea, che illustra questa risposta, prende il toro per le corna: la democrazia è il concetto chiave nella sfida per la struttura europea di base).

⁹ Si noti la relazione concettuale con la Weg-Ziel Theorie („der Weg ist das Ziel“), per cui *ein bestimmtes Verhalten zu einem bestimmten Ergebnis führt*, vale a dire che “un certo comportamento porta a un certo risultato” (si vedano gli studi di M. G. EVANS – R. HOUSE, 1970-71) ma anche che la meta è il viaggio in sé, ossia il distacco da ciò che si conosce, l'apertura a nuove possibilità, siano esse deviazioni o compromessi, e il godersi passo dopo passo ogni nuova esperienza. In tal senso, A. SANDULLI, *L'ordinamento giuridico europeo e il suo diritto pubblico: una fattispecie a formazione progressiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2023, 983 ss., spec. 993.

¹⁰ R. BIFULCO, *Il ruolo del diritto e dei giuristi nella costruzione dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2023, 925-36.

contenuto valoriale (come il diritto di voto, lo Stato di diritto, ispirati all'eguaglianza, la non discriminazione, il pluralismo, la parità uomo / donna, la tolleranza, la solidarietà e altri) che ne costituiscono la sostanza ultima.

Quello di von Bogdandy è un appello alla responsabilità, rivolto (anzitutto, ma non soltanto) ai giuristi, un appello ad essere vigilanti, ad essere sentinelle della natura democratica della società europea: né far finta che il problema delle violazioni sistemiche in alcuni contesti nazionali non esista, né avere paura di denunciarle e perseguirle o contrastarle, e interpretare il diritto secondo quella natura (pertanto, usando il *naming and shaming* contro le violazioni).

Qual è il motivo? Perché è così determinante il ruolo della scienza giuridica oggi, in quello che costituisce – come suindicato – un tornante storico?

Nel cambiamento epocale comportato da trasformazioni tecnologiche e socio-economiche intensissime e rapidissime, che stravolgono i parametri del lavoro tradizionale (la robotica, l'intelligenza artificiale, la cd. *platform economy*), rendono la “conoscenza” sempre più diffusamente “sociale”¹¹ (e i dati, la materia prima principale dei sistemi economici produttivi), soltanto dalla scienza giuridica possono provenire i significanti, i nuclei essenziali delle nozioni che – partendo dall'indagine analitica delle cose particolari – presentano il maggiore potenziale decostruttivo e critico-cognitivo che serve a dipanare la matassa aggrovigliata dell'ordinamento europeo. Un ordinamento in divenire, a costruzione progressiva, messo a dura prova dalla portata disintermediante della scala globale su cui operano i poteri economico-finanziari frutto della rivoluzione tecnologica e che mina “i fondamenti sociali dell'integrazione sociale in molti Stati membri”¹² (e di recente, dalla guerra alle sue porte, che mette a repentaglio la «meta-funzione» dell'Unione di «evitare il prodursi di guerre nell'area europea»¹³).

La scienza giuridica ha un compito cruciale perché essa è in grado di individuare il modo di una nuova percezione e significazione, così fornendo una cassetta degli attrezzi interpretativa in parte rinnovata. Laddove politici e funzionari pubblici – nel *rule-making* – possono comprendere non completamente la realtà oggetto di regolazione e finire preda dei regolati, essa è in grado – per la sua genuina pluralità – di incidere concretamente sull'assetto istituzionale, tornando sempre col guizzo di un ago magnetico a puntare sulla necessaria inerenza della funzione sociale allo scopo di qualsivoglia produzione.

3. Dinamismo dell'oggetto d'osservazione e “apertura” dell'osservatore-interprete

¹¹ Si veda, in tal senso, il *Frammento sulle macchine* di K. MARX (1858), in cui si delinea un futuro di macchine in grado di svolgere la maggior parte del lavoro in luogo degli uomini, che nel tempo liberato dalle incombenze, possono dedicarsi alla “conoscenza”.

¹² A. VON BOGDANDY, *La condizione della scienza giuridica europea alla luce del saggio di Carl Schmitt*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4 del 2020, 997 ss.

¹³ S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, n. 3, 2002, 473-4.

Si tratta di un aspetto che diviene evidente nelle fasi storiche segnate dal venir meno di quel complesso di certezze e sicurezze che sembrava restituire all'osservatore (e costituire) il carattere più statico della società.

È già accaduto con la fine dell'assolutismo, quando il rigoglioso fiorire di idee politiche e proposte culturali inedite, segno della vivacità intellettuale innescata dall'Illuminismo, si coniuga al dinamismo economico e alla rottura dei vincoli dei sottogruppi privilegiati che componevano la società dell'Antico Regime: si affermano allora, per la prima volta, principi – la libertà, la dignità umana, l'eguaglianza dei cittadini, non più sudditi – che sono l'*acme* (ἀκμὴ) della civiltà giuridica e richiederanno oltre due secoli per consolidarsi in conquiste di garanzie concrete, sostanziali. Nelle parole di Gian Domenico Romagnosi è ben chiara la peculiarità, resa manifesta dalla sollecitazione del contesto: «tutte le scienze si danno mano scambievolmente; niuna forse ve n'ha, in cui maggiore debba sentirne l'alleanza, quando in quella del diritto e dell'utilità sociale»¹⁴. Il giurista italiano più importante fra i due secoli (1761-1835), mosso dall'anelito – del suo tempo – a compendiare il sapere enciclopedico, si pone con riferimento alla concettualizzazione del sapere giuridico, in linea di continuità con l'antico brocardo *hominum causa omne jus constitutum* (Hermogeniano).

Certo, diritto e utilità sociale sono un'endiadi che in questa svolta storica, richiede al giurista- interprete cautela, accortezza e coerenza al monito *distingue frequenter*, al fine di evitare i condizionamenti delle tradizioni teorico-ermeneutiche della cultura (giuridica) di appartenenza e di vagliare attentamente le sfumature di significato delle locuzioni opzionabili¹⁵.

In una Europa stretta tra un dibattito politico fortemente polarizzato (fra forze sovraniste e non) e la minaccia bellica sul fronte orientale, il contesto ha un effetto annichilente, più che entusiasmante. Ciononostante, non può tralasciarsi l'emersione, negli ultimi anni, di fenomeni socio-politici inediti: da un lato, movimenti transnazionali che promuovono obiettivi politici condivisi (come nel caso di Volt; www.volteuropa.org) e che non sono proiezione extraparlamentare dei gruppi politici che si costituiscono all'interno del Parlamento dalla riunione dei parlamentari provenienti dai partiti nazionali affini sotto il profilo ideologico¹⁶; dall'altro, iniziative transnazionali *bottom-up* promosse da comitati di cittadini europei¹⁷, volte all'implementazione di *standard* sociali nella regolazione giuridica delle attività economiche nazionali finanziate da programmi politici comunitari¹⁸, iniziative

¹⁴ G.D. ROMAGNOSI, *Prospetto generale delle materie del diritto pubblico* (1834), in *Opere di Gian Domenico Romagnosi*, a cura di A. DE GIORGI, Milano, Volpato, 1841-1848, vol. III, 1, 107 e 108.

¹⁵ Un esempio è l'accurata disamina delle differenti accezioni dei termini società e comunità nella lingua e nella cultura giuridica tedesca, in quelle dei paesi di lingua romanza e nel diritto Ue, che capovolge la prospettiva del dualismo *Gesellschaft/Gemeinschaft* (riconducibile a F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft. Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen*, Berlin, 1887), che A. VON BOGDANDY sviluppa nel saggio (*Strukturwandel des öffentlichen Rechts*, 18-19, 57 e altre).

¹⁶ In tema, A. CIANCIO, *Sistema europeo dei partiti e integrazione politica nell'UE*, in A. IACOVIELLO (a cura di), *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact*, Milano, Giuffrè, 2016, 209 ss., spec. 211 ss.

¹⁷ Sulla surrogazione dei gruppi di interesse e le associazioni di categoria ai partiti politici tradizionali v. P. C. SCHMITTER, *The consolidation of democracy and representation of social groups*, in "American behavioral scientist", 1992, XXXV, 4-5, 422-449.

¹⁸ L'emendamento sulla *social cross-compliance* in agricoltura, approvato il 22 ottobre 2020, è stato adottato come art. 14 (titolato "Principio e ambito di applicazione"), sezione 3 ("Condizionalità sociale"), del Regolamento (UE)

che vedono coincidere l'interesse di una società europea rispettosa del principio dello stato di diritto (*rule of law*) – e pertanto, democratica – con l'interesse di gruppi sociali subalterni, come quello degli extracomunitari irregolari vittime di sfruttamento del lavoro nel mercato interno. Sono forse i primi segnali di un progressivo cambiamento della platea di *stakeholder* (portatori di interesse) su cui le regole europee significativamente “impattano” e di un embrionale articolarsi di tessuto connettivo tra i relativi interessi suscettibile di costituirne in futuro l'unità funzionale?

Per rispondere a domande di questo tipo è fondamentale l'impegno nell'analisi empirica, il mettersi “in ascolto” degli individui e della società europea nel loro rapporto concreto con le dinamiche del potere di ambito europeo, non come sonnambuli¹⁹, ma rivolti nella direzione del comune senso democratico anche nelle questioni inerenti aspetti particolari, apparentemente di nicchia del fenomeno giuridico Ue, alla ricerca dei punti di collegamento, di una visione la più largamente condivisibile, con la consapevolezza dell'articolazione e del divenire che il saggio di Armin von Bogdandy meritoriamente restituisce.

2021/2115 del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme sul sostegno ai piani strategici che gli Stati membri devono elaborare nell'ambito della Politica agricola comune (Piani strategici della PAC) e finanziati dal Fondo europeo agricolo di garanzia (FEAGA) e dal Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (FEASR) e che abroga il Regolamento (UE) n. 1305/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (UE) n. 1307/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio. Esso stabilisce che «gli Stati membri indicano nei rispettivi piani strategici della PAC che, al più tardi a partire dal 1° gennaio 2025, gli agricoltori e gli altri beneficiari che ricevono pagamenti diretti ai sensi del capitolo II o pagamenti annuali ai sensi degli articoli 70, 71 e 72 sono soggetti a una sanzione amministrativa se non rispettano i requisiti relativi alle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili o gli obblighi dei datori di lavoro derivanti dagli atti giuridici di cui all'allegato IV».

¹⁹ C. CLARCK, *I sonnambuli. Come l'Europa arrivò alla Grande guerra*, trad. it. D. Scaffei, Roma, Laterza, 2013.