

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
CENTRE OF EUROPEAN LAW AND POLITICS

University Bremen

ZERP

Christian Joerges

**Il Diritto Privato nella Politica Economica
Europea dopo la Crisi Finanziaria***

Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi Vol. 11
2017

Als Herausgeber arbeiten an der Reihe mit:

Prof. Luisa Antoniolli, Trento
Prof. Aurelia Colombi Ciacchi, Groningen
Prof. Michele Comenale, Sassari
Prof. Francesca Fiorentini, Triest
Prof. Christian Joerges, Bremen
Prof. Luca Nogler, Trento
Prof. Udo Reifner, Hamburg/Trento
Prof. Silvia Sonelli, Modena
Prof. Gian Maria Uda, Sassari
Prof. Dian Schefold, Bremen
Prof. Christoph U. Schminck-Gustavus, Bremen
Prof. Christoph U. Schmid, Bremen (geschäftsführend)

Beiträge zu deutsch-italienischen und europäischen Themen können den Herausgebern von allen interessierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern zugeleitet werden. Die Einreichung wird per Email an cschmid@uni-bremen.de erbeten.

* Traduzione dall'inglese a cura della dott.ssa Elena Guella, Università di Brema. La versione originale del presente contributo è stata pubblicata con il titolo *Private Law in Europe's Political Economy after the Financial Crisis*, in MATTHIAS RUFFERT (ed.), *European Economy and People's Mobility*. Project Conference of the Jean Monnet Centre of Excellence Jena, Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, 101-125.

Editorial

Publisher &
Distributor: Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen
www.zerp.eu

Reproduction: Subject to editor's permission

Bremen, January 2017

Indice

I.	CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE E STRUTTURA DELL'ARGOMENTAZIONE	4
II.	TRE NARRAZIONI SUL DIRITTO PRIVATO E L'INTEGRAZIONE EUROPEA	6
II.1.	“One size fits all”: il messaggio dell'integrazione attraverso un progetto legislativo	6
II.2.	L'istituzionalizzazione della razionalità del mercato dopo il 1985	7
III.	VISIONI ALTERNATIVE.....	9
III.1.	L'economia come sistema di governo	9
III.2.	Risposte legali.....	12
	a) Conflicts-law Constitutionalism.....	12
	b) “Un dialogo di mutua reattività”	14
IV.	LA SECONDA TRASFORMAZIONE DELL'EUROPA E IL SUO IMPATTO SUL DIRITTO PRIVATO	17
IV.1.	Crisis “Law”	17
IV.2.	L'impatto sul diritto privato.....	21
IV.3.	La resistenza e validità delle culture economiche	23
V.	CONTESTARE ATTRAVERSO IL DIRITTO PRIVATO? UN EPILOGO SPECULATIVO	24
	Referenze	26

I. CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE E STRUTTURA DELL'ARGOMENTAZIONE

Il diritto privato è divenuto oggetto degli studi europei piuttosto tardi. Ad esso ha fatto riferimento il presidente della Commissione in modo alquanto cauto, persino timido (Hallstein 1964). La nostra disciplina è entrata nell'edificio legale europeo dalla porta sul retro, solamente negli anni Ottanta e per mezzo di alcune direttive non troppo incisive in merito alle politiche sul diritto dei consumatori, una disciplina secondaria che a quel tempo era ancora percepita come un parente povero e indesiderato nella famiglia del diritto privato. A questo inizio in sordina doveva però seguire una carriera ben più spettacolare quando il processo d'integrazione si dispiegava con dinamiche senza precedenti a far data dalla metà degli anni Ottanta. Le nuove attività, in particolare nel regno della regolamentazione sociale (protezione del consumatore, sicurezza sul lavoro e tutela ambientale), non hanno però toccato il nocciolo duro del diritto privato. Ma hanno comunque influenzato le relazioni esistenti all'interno del diritto privato con tali requisiti giuridici vincolanti. Dopo che la proclamazione nel Trattato di Maastricht del 1992 di "*an ever closer Union*" aveva aperto nuovi dibattiti sull'architettura costituzionale e sollevato l'interrogativo circa la necessità di un "Trattato costituzionale", è sembrato logico completare questi sforzi mediante il progetto di un codice civile europeo. Lo sfondo concettuale di tutti questi nuovi orizzonti ed iniziative rimase comunque debitore dei traguardi del periodo di fondazione del processo di integrazione e la sua leggendaria agenda di "integrazione attraverso il diritto" (Joerges 1997; 2004).

Ad ora, siamo diventati consapevoli delle imperfezioni di questo lascito. L'approfondimento del processo d'integrazione è divenuto molto più complesso e conflittuale di come in origine si riteneva dovesse essere. Per trasportare del carbone a Newcastle, il Trattato di Roma e l'establishment della Comunità economica europea poteva fare affidamento sull'accettazione di principio del, e sulla fedeltà al, costituzionalismo democratico negli originari sei Stati membri; una lealtà che comportava il loro impegno verso un *welfare state* (Judt 2005: 791ss.; 2010: 127ss.). La comprensione di questo contesto e fondamento, quale lascito comune del processo di integrazione, non viene screditata dalla povertà sociale del Trattato di Roma. Il grande traguardo di quel Trattato era il rifiuto del nazionalismo economico e la trasformazione del precario stato della natura delle relazioni internazionali in un ordine legale di relazioni inter-statali. Il fatto che il Trattato CEE si focalizzasse sull'apertura delle economie nazionali e il contenimento delle ambizioni politiche non fu percepito come una minaccia per i valori e le conquiste sociali. Avrebbe potuto, al contrario, venire inteso come una conferma dei poteri dello stato-nazione nel regno delle

politiche di welfare (Giubboni 2003, 38 ss.). Questa concezione godette di un ampio sostegno (Ohlin-Report 1956) e ricevette una base teoretica forte nella nozione di “*embedded liberalism*” di John Gerard Ruggie (Ruggie 1982). Lo stesso vale per l’impegno per la democrazia. Per essere precisi, “la democrazia non era parte del DNA dell’integrazione europea” (Weiler 2012: 268), ma questo deficit rispecchiava il fatto che il progetto si fondava su di un trattato internazionale. Il diritto internazionale non può né stabilire una democrazia né eliminarla. E il diritto privato? Esso ha sperimentato una trasformazione radicale dopo l’era del “liberalismo classico” e l’affermazione delle democrazie costituzionali. Ha ricevuto un’impronta sociale attraverso innovazioni metodologiche, attivismo giudiziario e innovazioni legislative legittimate democraticamente (Joerges 2000a).

Queste osservazioni dovrebbero essere sufficienti per chiarire le tensioni ed i conflitti che il progetto di integrazione era destinato ad attraversare una volta giunto il momento. Sembra ovvio, in particolare, che il continuo rafforzamento delle attività di regolamentazione europea sarebbe stato accompagnato da dibattiti circa la legittimazione della regolamentazione europea e le sue credenziali democratiche. Sullo sfondo della comune, benché variegata, eredità dello stato sociale, è stato al contempo inevitabile che queste discussioni includessero la ricerca di un modello sociale europeo e si rivolgessero alle tensioni fra la costruzione di un mercato europeo e le politiche sociali perseguite all’interno degli Stati membri. I sistemi di diritto privato avevano a disposizione tutta una serie di evoluzioni già sperimentate, verso una materializzazione della loro eredità formalista e un’inclusione di funzioni regolatrici nei loro obiettivi. Il disegno sottostante a tali conseguenti interrogativi e difficoltà è ricorrente. Gli Stati membri dell’Unione hanno attraversato sviluppi democraticamente legittimati che spesso avevano molto in comune ma, nondimeno, rispecchiavano la diversità dei loro contesti socio-economici e politici. Questa diversità rappresentava la sfida concettuale e politica del progetto di integrazione, sulla quale si concentreranno i paragrafi successivi. La nostra discussione distinguerà i primi anni – c.d. “periodo formativo” del processo di integrazione, gli sviluppi dinamici che sono seguiti all’adozione dell’Atto Unico europeo nel 1985 e la programmazione del Libro Bianco sul completamento del mercato unico¹ e, infine, ma non per ultimo, la sfortunata svolta del 1992 con la creazione dell’Unione economica e monetaria. Argomenteremo che le soluzioni della politica di integrazione europea alle sfide poste dalla diversità europea erano, attraverso questi sviluppi, mal concepite e, infine, drammaticamente sbagliate nel 1992. In una separata sezione (III) ci domanderemo anche se tutto ciò non fosse in altro modo inevitabile e “*alternativlos*”.

1 Libro bianco sul completamento del mercato interno. Presentato dalla Commissione in occasione del Consiglio europeo di Milano del giugno 1985

II. TRE NARRAZIONI SUL DIRITTO PRIVATO E L'INTEGRAZIONE EUROPEA

La ricostruzione dell'incontro del diritto privato con il progetto di integrazione può essere letta come un'illustrazione del percorso di dipendenze che ha portato ad un *lock-in*: un pignoramento di alternative costruttive. La composizione concettuale di questa relazione si è verificata nei primi anni della CEE, molto tempo prima che il diritto privato entrasse nell'agenda delle politiche di integrazione.

II.1. *“One size fits all”*: il messaggio dell'integrazione attraverso un progetto legislativo

Le ricostruzioni del periodo di formazione in generale e della prima giurisprudenza della Corte di Giustizia europea tendono ad essere caratterizzate da incondizionato elogio e ammirazione. “Integrazione attraverso il diritto” divenne un marchio di fabbrica del progetto europeo (Cappelletti, Secombe e Weiler 1986 ss.). Si credeva e ci è stato insegnato che la legge dovesse rappresentare sia “il fattore che l'oggetto dell'integrazione” (Dehousse e Weiler 1990: 243). I Trattati vennero concepiti come la “carta costituzionale” dell'Europa, e le dottrine dell'effetto diretto, della supremazia e del primato portavano a sostenere l'evidenza di tale natura. Con il senno di poi, la debolezza dell'edificio dottrinale è facilmente evidenziabile. Perché l'armonizzazione dei sistemi giuridici dovrebbe portare ad un *justice surplus*? Perché gli Stati membri di una Comunità con differenti configurazioni socio-economiche e orientamenti politici divergenti dovrebbero lottare per l'uniformità dei loro regimi giuridici e per la loro attuazione? Come potrebbe la primazia di una qualche disposizione del diritto europeo sulla legge nazionale, incluse previsioni di rilievo costituzionale, diventare il nocciolo duro dell'ordine della CEE? Perché il più influente di tutti gli studiosi di diritto dell'Unione europea può ancora concludere che “*Van Gend en Loos* è l'Europa, con tutte le sue complessità” (Weiler, 2014: 103)? Una spiegazione illuminante rimane quella per cui quelle decisioni *quasi* irreversibili di cruciale importanza venivano prese ben lontano dalle arene politiche (Stein, 1981) e le implicazioni di lungo termine divennero visibili solo molto tempo dopo (Rasmussen, 2014: 143).

Può essere aggiunto anche un tocco di *Realpolitik*. Le pietre angolari dell'edificio dottrinale dell'integrazione attraverso il diritto, come la concezione delle libertà economiche quali diritti fondamentali che possono essere invocati dai cittadini del mercato unico europeo contro i governi nazionali, erano pienamente in linea con potenti interessi economici. Non importa che gli autori

dell'edificio dottrinale fondamentale non abbiano mai parlato dell'economia e della sua regolamentazione. Senza che fosse necessario, le disposizioni dei trattati che toccavano l'economia e aprivano nuove opportunità agli operatori economici dovevano diventare di importanza straordinaria.

È in questo che si rinvengono le basi dell'alleanza *de facto* esistente fra l'integrazione attraverso il diritto, da un lato, e il "costituzionalismo economico" della Scuola ordoliberal tedesca, dall'altro lato. L'ordoliberalismo dominava i settori del diritto privato della giovane Repubblica Federale tedesca. Questa scuola di pensiero aveva un programma ben elaborato per dare ordine all'economia "attraverso la legge". Questo riordino doveva essere accompagnato sia attraverso regole giuridiche che istituzionalizzassero i mercati liberi, sia attraverso la supervisione del loro funzionamento in un sistema di concorrenza non distorta per mezzo del sistema giudiziario e di autorità amministrative indipendenti antitrust. L'autonomia dell'economia, e la protezione legale dell'autonomia con la sua supervisione attraverso enti non politici, erano concepiti come elementi costitutivi di una *Wirtschaftsverfassung* (costituzione economica) che era compatibile con il costituzionalismo democratico e che meritava di essere protetta contro ogni intervento politico discrezionale (per un riassunto conciso si veda Böhm 1966 [1989], per un elaborato determinante si veda Mestmäcker 1973).

È agevole capire perché i sostenitori dell'ordoliberalismo abbracciarono l'agenda del progetto di "integrazione attraverso il diritto". La legislazione europea sembrò perfettamente in linea con le nozioni ordoliberali, non solo sostanzialmente ma anche grazie alla sua configurazione istituzionale, che affidava al potere giudiziario l'istituzionalizzazione dei mercati aperti e alla Commissione europea la protezione dalle distorsioni del loro ordine competitivo (si veda, più dettagliatamente, Joerges 2016). In che modo tutto ciò riguardava il diritto privato? Con riferimento al prevalente programma di "integrazione attraverso il diritto" possiamo sottolineare la sua piena mancanza di interesse; con riferimento alla scuola ordoliberal, possiamo notare che la concettualizzazione della Comunità europea come una costituzione economica offriva un inquadramento coerente del diritto privato, anche se ciò rimase un'astratta utopia di cui quasi nessuno al di fuori della Repubblica federale prese atto.

II.2. *L'istituzionalizzazione della razionalità del mercato dopo il 1985*

L'Atto Unico europeo del 1985 e il Programma di mercato unico rappresentavano uno spostamento di dimensioni paradigmatiche. M. Rainer Lepsius (1995) ha definito questo ri-orientamento del progetto di integrazione come un'istituzionalizzazione di uno specifico percorso di razionalità che doveva

guidare l'intero catalogo delle politiche europee. Secondo una prospettiva del tutto simile, Marija Bartl (2015a; 2015b) ha individuato l'instaurazione di una "razionalità del mercato interno" come uno specifico schema di azione politica, che "ha trasformato lo stesso concetto di giustizia che sorregge il diritto privato, il concetto di persona o soggetto di diritto, lo schema (re)distributivo del diritto privato così come la base normativa sulla quale si fonda il diritto privato". "Strumentalizzazione" è la nozione che Christoph Schmid (2010; 2011) ha usato per definire le specificità oggettive e normative dell'europeizzazione del diritto privato. Queste analisi dei contenuti normativi del diritto privato europeo non devono essere messe sullo stesso piano con le suggestioni esplicative istituzionalistiche della Scuola di Colonia di scienze politiche e sociologia economica (Martin Höpner e Armin Schäfer 2008; Fritz Scharpf 1999), ma esse convergono nella diagnosi di un'"inclinazione neo liberale" del progetto di integrazione.

Questa seconda fase di incontro fra diritto privato e integrazione europea era caratterizzata da tensioni e conflitti fra la nuova enfasi sulla razionalità economica e l'intensificazione della costruzione del mercato europeo, da una parte, e una pletora di obiettivi regolatori perseguiti dagli Stati membri, dall'altra. Nella sentenza fondamentale *Cassis de Dijon*², la Corte di giustizia europea ha definito gli interessi che il diritto europeo accetta come esaustivamente legittimi. Vie è un parallelo impressionante fra questa decisione e il famigerato caso *Lochner* del 1905³ nel quale la Corte suprema statunitense limitò la legislazione di New York a specifici poteri di polizia, i quali erano definiti in relazione alla sicurezza, alla salute, al morale e al generale benessere del pubblico. La tanto elogiata *Cassis*, proprio come l'infamata *Lochner*, è stata una pronuncia che ha affermato la preminenza dei principi economici sui processi democratici⁴. La convergenza fra giuristi e sociologi ha il suo *fundamentum in re*. Ma questa non è l'intera storia. Né la diagnosi di Lepsius dell'istituzionalizzazione di nuovi criteri di razionalità economica, né la forza di un'integrazione "negativa", opposta ad una "positiva", che gli autori di Colonia hanno meticolosamente documentato nelle loro analisi, rispecchia la vita della legge in modo comprensivo o adeguato. Questa vita è molto meno stringente e coerente della presentazione che gli osservatori che fanno affidamento su categorie sociologiche o analisi di economia politica vorrebbero farci crede-

2 Caso 120/78, ECR [1979] 649 - *Cassis de Dijon*.

3 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

4 In precedenti pubblicazioni ho negato questa analogia e sostenuto che il giudizio in *Cassis* può essere letto come una saggia mitigazione fra gli interessi francesi e le preoccupazioni tedesche (per esempio Joerges 2007). Ad oggi, apprezzo la critica della mia interpretazione *all-too-positive* di D. Chalmers (2007) e A.J. Menendez (2011).

re (Möllers 2015). Giuristi pratici e accademici non possono evitare la discussione delle pretese normative avanzate dalle parti, e nelle loro valutazioni considereranno le specificità fattuali dei singoli casi. La vita della legge è molto più caotica delle analisi che ci propinano i sociologi.

Questa, in ogni caso, non è tutta la storia. Quello che i giuristi cercano di raggiungere è una ricostruzione delle costellazioni conflittuali che loro incontrano nei termini della loro disciplina, le sue specifiche percezioni delle condizioni della società. Franz Wieacker (1953) notoriamente caratterizzò tali percezioni come i “modelli sociali” sui quali si affida la legge nella sua comprensione delle funzioni sociali e delle supposizioni normative della legge. Jürgen Habermas (e.g., 1992: 238; 1998) e molti altri hanno sviluppato questo esempio (e.g., Kübler 1975). Nella mia stessa ricostruzione dei rapporti fra diritto privato e integrazione europea, ho contrastato la “logica del diritto privato” con la “logica dell’integrazione”, suggerendo che queste logiche differiscono categoricamente (per esempio, Joerges 1997; Joerges e Brüggemeier 1999), la prima essendo impegnata con il miglioramento della giustizia sociale interna, mentre la seconda deve mitigare tra queste preoccupazioni e gli interessi della Comunità (Unione), i dettagli di cui non possono e non devono preoccuparci nel presente contesto. Ciò che deve essere sottolineato è la discrepanza fra questa ricostruzione della relazione fra il diritto privato e le prevalenti narrazioni.

III. VISIONI ALTERNATIVE

Le tensioni fra la razionalità del mercato e la legittimazione democratica devono perciò essere intese come un duplice problema dalla dimensione empirica e normativa. Ci occuperemo in primo luogo della dimensione empirica in termini di sociologia economica, prima di rivolgere l’attenzione alla concettualizzazione legale della *problématique* normativa.

III.1. *L’economia come sistema di governo*

I mercati sono tutto tranne che entità funzionanti meccanicamente. Si tratta di istituzioni sociali. Questo è il principale insegnamento del fondamentale *Great Transformation* (1944 [2001]) di Karl Polanyi, che recentemente ha vissuto una notevole rinascita⁵ ed è stato elaborato significativamente (per esempio, Block 2003; Ruggie 1982, Esposito 2011: 63-75). Su queste basi, taluno concettualizza “l’economia come un sistema di governo” (Joerges, Stråth e Wag-

5 Non a caso, un Massimo sociologo economico tedesco, Tellingly, osserva: “We are all Polanyians now” (Beckert 2007:7).

ner 2005) e le implicazioni politiche che Polanyi ha sottolineato sono certamente degne di nota:

“[G]overnments will find it possible to ... tolerate willingly that other nations shape their domestic institutions according to their inclinations, thus transcending the pernicious nineteenth century dogma of the necessary uniformity of domestic regimes within the orbit of world economy. Out of the ruins of the Old World, cornerstones of the New can be seen to emerge: economic collaboration of governments and the liberty to organize national life at will” (Polanyi [1944] 2001: 253-254)⁶.

Con questa osservazione, Polanyi anticipò la visione ed il messaggio degli studi sulle varietà di capitalismo che erano stati iniziati da Peter Hall e David Soskice nel 2001, poi riprese e comprovate ulteriormente nei dibattiti sulla crisi finanziaria (Höpner e Schäfer 2010; Streeck 2010; Iversen e Soskice 2013; Hall 2014; Scharpf, 2015; Manow 2015). Tutte queste analisi confermano e sottolineano che il funzionamento delle economie di mercato non è uniforme, e ciò in quanto le loro configurazioni istituzionali variano significativamente. Il principale punto di riferimento e di inizio è “il modo in cui le imprese risolvono i problemi di coordinamento che devono affrontare” in cinque differenti settori: relazioni industriali; formazione professionale e educazione; *governance* aziendale; relazioni infra-impresa; e dipendenti (Hall e Soskice 2001: 6-8). In queste prospettive, sviluppano la loro distinzione, ad oggi famosa, fra economie di mercato liberali (di matrice anglosassone) e economie di mercato coordinate del nord Europa. Essi rifiutano di valutare le prestazioni di queste economie in termini normativi e non specificano l’ancoraggio legislativo delle istituzioni che hanno identificato. Ma è ovvio che la giuridicizzazione è una preconditione per il funzionamento di entrambi i modelli. Due implicazioni di rilevanza normativa sembrano egualmente ovvie: la trasformazione di un tipo nell’altro è difficilmente effettuabile, e l’inserimento selettivo di elementi di una varietà nella struttura dell’altra può avere effetti distruttivi (Hassel 2014; 2015).

6 “Tuttavia con la scomparsa del meccanismo automatico dalla base aurea i governi troveranno possibile lasciar cadere l’aspetto di maggiore impedimento della sovranità assoluta, e cioè il rifiuto alla collaborazione nell’economia internazionale. Nello stesso tempo diventerà possibile tollerare [volentieri] che altre nazioni modellino le loro istituzioni interne secondo le loro inclinazioni, transcendendo così il pernicioso dogma del diciannovesimo secolo della necessaria uniformità dei regimi interni nell’orbita dell’economia mondiale”. Di tale lavoro è disponibile la traduzione in lingua italiana: K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino 1974 e 2000: 316 f. (traduzione di Roberto Vigevani).

È difficile comprendere perché questa, finora, molto considerevole massa di letteratura abbia poco attratto l'attenzione all'interno delle discipline giuridiche. Rilevanti eccezioni includono Duncan Kennedy (2012) e Gunther Teubner, i cui scritti sul tema sono i più importanti nel presente contesto, nella parte in cui si sono occupati dell'europeizzazione del diritto privato (in particolare, Teubner 1998; 2002; 2015). Il suo lavoro merita di essere citato per esteso:

“Contrary to all expectations, the globalisation of markets and the computerisation of the economy have not led to a world-wide convergence of economic institutions. Despite all undeniable tendencies to minimise transaction costs, selective mechanisms of the market, processes of re-litigation and regulatory competition, institutional differences have not been wiped out. On the contrary, globalisation and indeed European harmonisation have produced new institutional divergences. One of the most remarkable developments of the last thirty years is that divergences between economic institutions – corporate finance, corporate governance, industrial relations, education and training, inter-company relations, contracting networks, standard setting and dispute resolution – have increased in advanced societies and not decreased, despite the liberalisation of the world markets and the establishment of a common market in Europe.”
(Teubner 2002; text accompanying notes 9-10)

In questo passaggio il teorico e sociologo prevale sul giurista. Ma ne consegue la traduzione dell'analisi nel mondo giuridico:

“Production regimes are the institutional environment of economic action. They organise the production of goods and services through markets and market-related institutions and determine the framework of incentives and constraints. Production regimes are the ‘rules of the game’ which govern economic action. Their idiosyncrasies which equally irritate legal harmonisers and evolutionary economists are explained by the fact that single institutions are not isolated from each other but interact as interdependent elements of a stable system. Financial arrangements and corporate governance are strongly influenced by industrial relations, education and training, contracting networks, inter-company relations, standard setting and dispute resolution and vice versa. They constitute an interlocking system which tends to be self-perpetuating. Fed by strategies of rational collective actors, economic institutions interact with each other and produce specific stable configurations which in their turn enable institutional advantages to be formed in the international competition of production regimes. ‘Varieties of Capitalism’ are thereby explained by the intra-systemic dynamics of production regimes.

Regimes differ widely from economy to economy, even within the European context. As can be expected, the strongest divide exists between continental European production regimes (Austria, Benelux, Germany, Norway, Sweden, Switzerland) on the one hand and their Anglo-Saxon counterparts (Great Britain, USA, Ireland, Canada, Australia, New Zealand) on the other. Each production regime reacts against external influences as an interlocking system. Thus, they develop a considerable stability in relation to efficiency-driven evolutionary pressures, a remarkable resilience towards changing demands of va-

rious markets, a continual resistance against institutional transfers, in short: a considerable historical continuity.” (Teubner 2002; text accompanying notes 25-27).

III.2. Risposte legali

Un certo numero di implicazioni normative per la concettualizzazione dell'integrazione europea sembrano essere ovvie. La differenza di preferenze e orientamenti all'interno dell'Unione europea è il prodotto di esperienze storiche, controversie politiche, apprendimento della società e continuo *decision-making*. Non possono essere trattati come un ostacolo per l'integrazione che deve essere raggiunta sia nei procedimenti giudiziari che nei processi di trattativa intergovernativa. L'agenda di "integrazione attraverso il diritto" con la sua filosofia per cui *one-size-fits-all* non è solo sociologicamente ma anche normativamente difettosa, a causa della sua inosservanza della infrastruttura normativa dell'economia. Dobbiamo concepire il tessuto normativo dei nostri ordini economici come un "acquis sociale" il quale è, ovviamente, soggetto a cambiamenti ma ciononostante merita di essere protetto contro intrusioni illegittime.

Questa concezione e simili intuizioni hanno caratterizzato una varietà di sforzi di superare l'ortodossia dell'"integrazione attraverso il diritto". Solo due di esse verranno delineate in questa sede.

a) Conflicts-law Constitutionalism

Nel mio stesso lavoro ho ricercato un modo per riconciliare il deficit democratico del progetto europeo con il suo impegno democratico per mezzo di una deviazione che prende avvio da una critica del potenziale democratico degli stati nazionali: sotto l'impatto dell'uropeizzazione e della globalizzazione, le società contemporanee stanno sperimentando un divario ancora più grande fra coloro che prendono le decisioni e coloro che ne subiscono le conseguenze. Questa divergenza è *una sfida normativa per gli ordini democratici*. Sempre di più gli stati costituzionali sono incapaci di garantire l'inclusione di tutte quelle persone che subiscono gli effetti delle loro politiche e delle politiche all'interno del loro processo decisionale. La nozione democratica di autoregolamentazione, comunque, la quale postula che i destinatari di una legge dovrebbero essere in grado di comprenderla essi stessi come i suoi autori, richiede "l'inclusione dell'altro". L'approccio del conflitto tra diritti, una ricostruzione contestuale degli elementi del diritto internazionale privato, si basa su queste osservazioni e argomentazioni. Come conseguenza del loro molteplice grado di interdipendenza, gli Stati membri dell'Unione europea non sono più nella

posizione di poter garantire la legittimazione democratica delle loro politiche. Un diritto europea che si preoccupa del miglioramento di tali effetti esterni, cioè che si sforza di compensare i fallimenti delle democrazie nazionali, può indurre la propria legittimazione a partire dalla sua funzione compensatoria.

Con ciò, la normativa dell'Unione europea può, in fin dei conti, liberarsi dalla critica della sua legittimazione, che l'ha accompagnata fin dalla sua nascita. Invece di richiedere all'Unione di curare il suo deficit democratico, dovremmo capire e sviluppare il potenziale della legislazione europea per compensare lo strutturale deficit democratico degli stati nazionali europei. Tre compiti impegnativi, che sono di particolare importanza per la valutazione della gestione della crisi europea, seguono a queste premesse: il primo riguarda la definizione e configurazione dell'effetto esterno non-democratico del processo decisionale nazionale, e la definizione e configurazione della sua compensazione attraverso la legislazione europea⁷. Il secondo riguarda la qualità normativa degli assetti e procedure cooperativi. Il terzo riguarda il trattamento di raggruppamenti di "vero" conflitto, nei quali una soluzione positiva non può essere raggiunta, così che entrambe – la legge e la politica – devono imparare a convivere con la risultante "indecidibilità" (Lenoble 1996).

Il caso normativamente più forte per l'approccio del conflitto tra diritti, una ricostruzione contestuale degli elementi del diritto internazionale privato sono i conflitti "diagonali", cioè costellazioni nelle quali la soluzione di un problema non può essere raggiunta attraverso i poteri conferiti, ma necessita l'impiego di competenze lasciate agli Stati membri. Lo schema dei pertinenti conflitti e tensioni era estremamente ricorrente: l'agenda di instaurazione del mercato unico europeo si ingeriva in settori che gli Stati membri avevano esentato dalla *market governance*, agendo su terreni di competenza che non avevano definitivamente o che solo parzialmente erano conferiti al livello europeo. In tale raggruppamento di conflitti "diagonali" la legislazione europea non può plausibilmente rivendicare la propria "supremazia" o fare ricorso alla dottrina della "*pre-emption*". I due livelli di governo dovrebbero, piuttosto, coordinare le loro agende in modo cooperativo. In molti casi, la Corte di giustizia europea ha infatti trovato soluzioni innovative per tali complesse costellazioni di conflitti. Tali repliche dovevano partire dalla filosofia *one-size-fits-all* e fare ricorso, piuttosto, a uno sviluppo di cornici procedurali all'interno delle quali l'Unione

7 In vista della critica a questo punto (si veda sotto la sezione III.2.2), un prestigioso endorsement merita di essere notato: "*Nation-states ... encumber each other with the external effects of decisions that impinge on third parties who had no say in the decision-making process. Hence, states cannot escape the need for regulation and coordination in the expanding horizon of a world society that is increasingly self-programming, even at the cultural level ...*" (Habermas 2007: 176).

europea e le giurisdizioni coinvolte potessero soddisfare le proprie preoccupazioni e interessi (Joerges 2004: 157 ss.; Joerges e Schmid 2011: 291 ss.).⁸

b) “*Un dialogo di mutua reattività*”

Una “mutua reattività” è la chiave di un nuovo approccio al problema della “legittimazione sociale nel mercato interno”. Questo approccio presenta molte affinità con il *conflicts-law constitutionalism*, ma è, per lo stesso motivo, un’innovazione cruciale – dal mio punto di vista anche molto promettente (Mulder 2016).

Jotte Mulder avvia le sue considerazioni con delle riflessioni sull’argomento dagli effetti esterni” – un punto di partenza nella riconcettualizzazione del “diritto europeo come un nuovo tipo di legge dei conflitti”. Nella sua discussione egli si concentra sull’obiezione che *Alexander Somek* ricondusse ad una “questione fondamentale” nella quale si domanda “cosa potrebbe essere fatto per evitare che l’argomento degli effetti transnazionali scivoli in un infuriare a ruota libera di un processo economico dovuto?” (Somek 2010: 332). *Mulder* approva a quanto pare *Somek* con l’equazione di quest’ultimo delle due versioni dell’argomento che *Miguel Maduro* ed io avevamo completato circa nello stesso periodo (Joerges e Neyer 1997, basato su Joerges 1995; Maduro 1997; 1998). Per riformulare, l’argomento mette in discussione la legittimazione democratica dei processi decisionali nazionali che interessa “terze parti che non hanno diritto di parola nel processo decisionale” (Habermas 2007: 176). Nella concezione di *Somek*, i sostenitori dell’argomento raccomandano una correzione di questo fallimento dello stato-nazione attraverso una versione europea della nozione americana di “*economic due process*”: un’imposizione di regole di libero movimento che ci si aspetta diano voce agli outsiders. La mia stessa concezione dell’argomento era però differente. Con l’uso da parte mia dell’argomento del “fallimento democratico”, ho cercato sia di giustificare gli interventi compensatori europei sia di definire le loro condizioni e limitazioni. Essi devono usare la normativa europea al fine di incoraggiare la formazione di una volontà democratica. Spetta, certamente, all’autore di assicurare la chiarezza di questo messaggio. Il mio era evidentemente non abbastanza chiaro. Ma la mia critica all’opinione che GA *Maduro* ha assunto

⁸ Esempi famosi includono: Caso C-67/96, *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textiel industrie*, [1999] ECR, I-5751; Caso C-280/00, *Altmark Trans GmbH v Regierungspräsidium Magdeburg und Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*; Caso C-212/97, ECR [1999] I-1459 – *Centros Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*; più recentemente Caso C-573/12, *Ålands Vindkraft AB v Energimyndigheten*, sentenza del 1 luglio 2014 (Grand Chamber), nyr.

nel caso *Viking*⁹, la mia critica della sua opinione nel contenzioso *Temelin*¹⁰ e, da ultimo, ma non per importanza, la mia critica alla sua richiesta di intervento nelle competenze chiave degli Stati membri per mezzo di un certo sopranazionalismo amministrativo (si veda Maduro 2012 e la critica in Joerges 2014c: 35 ss.), la mia critica del costituzionalismo economico (per esempio Joerges 2005), tutti militano contro una “raffigurazione di outsiders attraverso la libera circolazione”. Abbastanza fortunatamente, *Mulder* è principalmente interessato ad una risposta costruttiva alla questione di *Somek*. E la sua ricerca è, dal mio punto di vista, molto apprezzabile. Due argomenti concettuali sembrano qui di particolare importanza.

Il primo riguarda la sua riconcettualizzazione dell’argomento dagli effetti esterni che lui legge come un “argomento da contenimento”:

“the argument from containment conceptualises the intentions of the EU internal market not necessarily as ‘pro trade’ but as a means to engage in a dialogue with Member States on how their national systems can and need to be adjusted in order to accommodate the out of nation state interests that are to be made part of national processes of governing or governance structures” (Mulder 2016: 15, 18).

La nozione di “sovrnazionalismo deliberativo” attraverso la quale *Jürgen Neyer* ed io desideravamo catturare il potenziale del sistema dei comitati europei per giungere a risposte ragionate alle differenze normative poggiavano su intuizioni molto simili. La riconcettualizzazione di *Mulder* è più ambiziosa. Coinvolge non solo l’apparato amministrativo con il suo apporto di expertise e osservatori della società sociale, ma i sistemi legali dell’Unione nella loro interezza con un potere giudiziario impegnato nel comprendere e mitigare i conflitti (abbastanza simile per un caso esemplificativo, si veda Joerges 2000b).

Questa riconcettualizzazione dell’”argomento dagli effetti esterni” è collegata con una riconcettualizzazione del c.d. “deficit sociale” del progetto di integrazione. Questo deficit è ampiamente definito dalla mancanza di poteri dell’Unione europea in campi che sono di costitutiva importanza per la struttura portante delle funzioni dello stato sociale (per esempio, Scharpf 2010). Ne consegue che “il sociale” rimane un campo delle democrazie costituzionali che abbisogna di essere difeso dallo smantellamento deregolamentativo dell’Unione europea. In aggiunta, l’approccio di *Mulder* è ancora più esauriente. Partendo da una revisione molto ponderata dei principali lavori delle varietà

9 Opinione rilasciata nel 2009. Maggio 2007, Caso C-438/05, *The International Transport Workers’ Federation and The Finnish Seamen’s Union v. Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*; si veda in senso critico Joerges e Rödl 2009.

10 Opinione dell’AG Poiares Maduro rilasciata 22 aprile 2009, nel caso C-115/08, *Oberösterreich v. ČEZ as*, [ECR] 2009 I-10265 e critica in Joerges 2014a.

di studi sul capitalismo e discussioni intensive della sociologia economica di *Karl Polany* e dal racconto Polanyano dell'integrazione dell'"economia" (Mulder 2016: 29 ss., 35 ss.), *Mulder* perviene ad una definizione della *problématique* dell'integrazione, che corrisponde, in molti modi, al mio modo di intendere "l'unità nella diversità come vocazione dell'Europa" (Joerges 2014b): la diversità delle economie e società europee può essere vantaggiosa economicamente e socialmente. L'agenda dell'"integrazione attraverso il diritto" con la sua filosofia di "*one-size-fits-all*" rischia, se portata avanti con il rigore cui stiamo assistendo nella gestione europea della crisi finanziaria, di condurre alla distruzione dei vari *acquis sociales* all'interno dell'Unione. *Mulder* oltrepassa queste affinità in due importanti aspetti. (1) Nella sua concezione del problema dell'integrazione è implicita una nuova concettualizzazione del "sociale" e della legittimazione della legislazione e *governance* europea del mercato interno. L'Europa deve abbracciare la sfida dell'integrazione attraverso una "riconciliazione dei locali valori sociali interni nel contesto degli obiettivi del mercato sovranazionale [che] richiede una forma di esplicita reattività al contesto sociale cui è stato aggiudicato" (ibid., 63). (2) Ciò che richiede questo tipo di reattività, e come può essere raggiunto, è quindi esplicitato in tre "standard normativi", e cioè "l'interazione dei principi di efficienza sostanziale, margini di discrezionalità e *good governance* nel giudizio di libertà di movimento". Questa "interazione" non è un semplice esercizio di discrezionalità. Gli standard sia strutturano sia disciplinano la valutazione di una costellazione di conflitti altamente specifici. Allo stesso tempo, vi è molto realismo nella formula di *Mulder*. Questo realismo ha una solida base nell'operare del potere giudiziario, che è legato alla ricerca di una ricognizione normativa. *Mulder* non afferma che il processo e la *adjudication* genereranno un "sistema". Ciò che afferma, e che documenta in modo convincente, è il potenziale ricostruttivo e la validità degli standard normativi che guidano la sua analisi.

Queste analisi estensive sono incredibilmente sottili e per lo più convincenti. *Mulder* prende le distanze dalle rigidità nella critica della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea da parte degli allievi del Max-Planck di Colonia che sottolineano il contributo di questa giurisprudenza ad un'agenda neoliberale di integrazione "negativa" e costruzione del mercato (*Mulder*, in particolare 35-62; si veda la sezione II.2 per riferimenti). Un'ulteriore specificazione: la sua, per chiamarla così, concettualizzazione orizzontale della legittimazione sociale nel mercato interno rende la categoria dei "conflitti diagonali", che rivestono particolare importanza nell'approccio conflittuale (si rinvia alla precedente sezione III.2.1), superflua. Si tratta di una conclusione severa nell'ambito dell'analisi di *Mulder*. La categoria rimane indispensabile per un'analisi adeguata dei fallimenti della configurazione istituzionale europea nella crisi finanziaria, ai quali ci dedichiamo ora.

IV. LA SECONDA TRASFORMAZIONE DELL'EUROPA¹¹ E IL SUO IMPATTO SUL DIRITTO PRIVATO

È tempo ora di dare concretezza all'affermazione per cui la crisi finanziaria avrà un impatto sul processo di europeizzazione del diritto privato. La nostra analisi intraprenderà tre passaggi analiticamente distinti, anche se correlati. Il primo sarà un resoconto sommario delle trasformazioni della costellazione costituzionale europea, che hanno comportato le risposte alla crisi europea: come lo spostamento a nuovi modelli di *governance* economica influenza le funzioni sociali del diritto privato? (IV.1) Il secondo si occuperà dei cambiamenti indiretti o di ideazione: come la richiesta per un'aumentata competitività e le cosiddette riforme strutturali influenzano i settori di pertinenza del diritto privato? (IV.2). Il terzo si occuperà del grado di effettività della nuova *governance* europea. Se c'è un nocciolo di verità nei messaggi delle varietà di studi capitalistici, sembra difficilmente verosimile che la "seconda trasformazione dell'Europa", cui stiamo assistendo in questo momento, comporterà una positiva convergenza delle economie europee verso un rinnovato quadro legale (IV.3). Delle considerazioni in qualche modo più confortanti verranno riservate per le conclusioni (V.).

IV.1. Crisis "Law"

È essenziale, per il mio ragionamento, comprendere la trasformazione dell'ordine europeo dopo la crisi. "*Constitutional Change through Euro Crisis Law*" è il titolo di un ampio progetto dell'IUE, che si prefigge di documentare compiutamente ciò a cui stiamo assistendo a tutti i livelli di governo nell'intera Unione¹². Il mio resoconto, al contrario, sarà tutto tranne che esauriente. Si limiterà piuttosto ad una discussione con l'Unione economica e monetaria così come stabilita nel Trattato di Maastricht e il susseguente Patto di stabilità e crescita del 1997, e si concentrerà sul suo uso delle virgolette nell'indicare la nozione di "diritto".

Questo focus è un annuncio della mia tesi: nella mia concezione, il Trattato di Maastricht è il punto più importante e decisivo del progetto di integrazione, il *quale* ha sostituito l'agenda di "integrazione attraverso il diritto" con modelli di *governance* emergenziale al di fuori della *rule of law*.

Questa dura critica potrebbe essere non facilmente intuibile. Il Trattato di Maastricht era percepito dall'opinione corrente degli studi legali europei come

11 Quanto al primo, si veda J.H.H. Weiler 2000: 2431 ss.

12 <http://eurocrisislaw.eui.eu>.

una continuazione ed un approfondimento di quanto era stato compiuto fino a quel momento, un movimento perciò verso “*an ever closer union*”. Ma sia l’apertura a nuove politiche che l’incoronazione del completamento del mercato interno attraverso l’unione monetaria si scontrarono con riserve considerevoli da parte dei maggiori studiosi, con forte impegno della Scuola di Freiburg (Streit e Mussler 1995; istruttive erano le riserve contro il passaggio ad una terza fase dell’EMU in Biedenkopf 2012: 78-92).

A posteriori, il Trattato di Maastricht è ampiamente caratterizzato come un punto di svolta di maggiore importanza nel progetto d’integrazione, sebbene di carattere problematico (per il recente dibattito italiano si veda Losurdo 2016, 25 ss.). In particolare, è risultato chiaro che l’Unione economica e monetaria ha senza dubbio portato ad una forte convergenza di politiche economiche. La tesi che la pressione verso l’armonizzazione, germogliante dall’integrazione, sarebbe diventata più forte e addirittura irresistibile con una comune valuta (Mestmäcker 1973) che può avere avuto il suo *fundamentum in re* nella più piccola ed omogenea Comunità degli anni Sessanta e Settanta, è stata falsificata. L’Unione economica e monetaria, com’è stata stabilita a Maastricht, non può essere difesa più a lungo come un comando di ragione economica, ma viene più adeguatamente intesa come un progetto politico, rassicurante i vicini della Germania che il paese sarebbe stato fedele ai suoi impegni europei (Dyson 2014: 609 ss.). Parlando teoricamente, la promessa di Maastricht ha prodotto un ibrido, una brutta mescolanza di ordoliberalismo e *planification*, con la Germania impegnata a difendere la sua filosofia della stabilità in principi sostanziali e norme di legge, e cedendo alle preferenze francesi nelle norme procedurali del Consiglio generale della BCE. Parlando giuridicamente, l’ibrido dovrebbe – nella terminologia dell’approccio dei conflitti – essere caratterizzato da una costellazione di conflitti diagonali. Questa nozione richiede comunque una precisazione esplicativa.

La politica monetaria è diventata una competenza esclusiva dell’Unione (articolo 3 I TFUE). Con questa previsione, l’Unione reclama supremazia nell’ambito di questa politica, un’assegnazione che non ha incluso le politiche economiche e fiscali. L’esercizio di queste politiche può avere effetti esterni e portare a conflitti “orizzontali”. Come sperimentato subito dopo l’instaurazione dell’Unione economica e monetaria, la politica monetaria e le politiche nazionali possono pur sempre entrare in conflitto. Esso, tuttavia, non è un conflitto verticale per il quale la supremazia potrebbe fornire una soluzione. Si tratta di un “conflitto diagonale”: entrambi, l’Unione e gli Stati membri, sono certamente interessati al funzionamento delle proprie economie. Ma i poteri necessari a raggiungere questo obiettivo sono attribuiti a due distinti livelli di governo. Il modello di risoluzione di conflitti previsto all’articolo 119 TFUE è “l’adozione di una politica economica che si basi su uno stretto coordinamen-

to delle politiche economiche degli Stati membri” come statuito dall’articolo 121 TFUE. Com’è chiaramente visibile dai testi legislativi e confermato da analisi meticolose (Braams 2013), questo strumento era legislativamente imperfetto. La “comunità della stabilità” dell’Unione economica e monetaria esisteva solo sulla carta. Si trattava di un ordine fittizio che non poteva essere realizzato. Né il Trattato di Maastricht ha fornito meccanismi di rinforzo del suo background di idee, né il successivo Patto di stabilità e crescita del 1997 ha di conseguenza completato il Trattato. Il funzionamento dell’intero nuovo regime dipendeva dalla buona fortuna economica e dalla continua trattativa politica.

Se il Trattato di Maastricht sull’Unione economica e monetaria e il Patto di stabilità e crescita sono, parlando sul piano giuridico, troppo deboli, perché non fissare la costruzione attraverso regole più forti? Questa domanda, cui viene così spesso data risposta affermativa, ci porta all’essenza della materia sia in termini pratici che costituzionali. Quanto al primo aspetto, è illuminante considerare la comprensione delle discipline non legali citate nella sezione I. Non solo le differenti condizioni socio-economiche all’interno dell’Eurozona generano una varietà di interessi, ma le differenze nelle configurazioni istituzionali, nelle culture economiche e nelle norme sociali praticate chiarisce inoltre perché l’ordine europeo e la *governance* di controllo non possono raggiungere i loro obiettivi. Le implicazioni normative e costituzionali di questa costellazione di conflitto sono di fondamentale importanza. Non c’è nulla di insolito o intrinsecamente problematico nei compromessi, nelle incoerenze o negli ibridi rappresentati, o generati, dalla creazione degli atti legali. Ciò che è caratteristico dell’esempio europeo, e ciò che distingue l’ordine europeo dalle democrazie costituzionali, è la carenza di un’infrastruttura politica e di un’impalcatura istituzionale nella quale la contestazione politica democratica possa avere luogo e legittimare un completamento o miglioramento dell’imperfetto edificio che deve essere raggiunto. L’assetto di Maastricht, dobbiamo concludere, tristemente rappresenta un compromesso politico mal definito, piuttosto che un raggiungimento sostenibile di validità e valenza costituzionale.

La fragilità dell’assetto di Maastricht era un difetto congenito che rimase latente fino alla crisi economica che ha iniziato a dispiegarsi nel 2008. Da quel momento, abbiamo assistito ad uno stabilirsi alla velocità della luce di nuovi modelli di *governance* economica europea e meccanismi di regolamentazione. Sfortunatamente, non posso soffermarmi sui dettagli in questa sede. Piuttosto, mi concentrerò su tre aspetti particolarmente interessanti dei nuovi modi e meccanismi di *governance* economica.¹³

13 Si veda in precedenza Joerges e Giubboni 2013.

Il primo: la supervisione e controllo dei disequilibri macro-economici, che impongono i due regolamenti del “*six-pack*” n. 1176/2011 e n. 1174/2011¹⁴, disattendono il principio di enumerazione dei poteri e, allo stesso modo, la legittimazione democratica delle istituzioni nazionali, in particolare i poteri di spesa dei parlamenti degli “stati che ricevono assistenza”. Il secondo: in questo abbandono della filosofia di *one-size-fits-all*, che orienta l’integrazione europea in generale e la politica monetaria in particolare, la crisi europea di governo nondimeno fallisce nel raggiungere una variazione che potrebbe essere fondata in una scelta democraticamente legittimata; piuttosto, al contrario, lo scrutinio individualizzato di tutti gli Stati membri è equipaggiato verso l’obiettivo di bilanci di spesa e cerca di imporre la disciplina che appare funzionalmente necessaria; i “*receiving states*” non possono che rispondere alle pertinenti richieste attraverso misure di austerità: riduzione degli stipendi e dell’assistenza sociale.

Il terzo: il meccanismo del nuovo regime, con le sue misure individualizzate orientate solo per mezzo di clausole generali necessariamente indeterminate, è normativo per sua stessa natura, stabilendo apparati esecutivi transnazionali al di fuori sia del dominio delle politiche democratiche *che* dalla forma di responsabilità che la *rule of law* tradizionalmente garantiva; i concetti centrali utilizzati dalla nuova *governance* economica non possono essere definiti con precisione, né dai giuristi né dagli economisti, e sono perciò non giustificabili; *rule of law* e requisiti di protezione legislativa sono stati sospesi, Questo tipo di de-legalizzazione è affiancato da valutazioni di prestazione degli Stati membri, che non possono che essere altamente discrezionali.

Sembra altrettanto rilevante che irritante che simili preoccupazioni possano essere rinvenute nel parere rilasciato dall’Avvocato generale della Corte di giustizia europea nel caso OMT C-62/14 del 14 gennaio 2015 (Cruz Villalòn 2015). L’erudito Avvocato generale osserva nella sua disquisizione sulle nozioni di politica economica e monetaria, che:

“The Treaties are silent ... when it comes to defining the exclusive competence of the Union in relation to monetary policy” (Cruz Villalòn 2015: para 127).
“The division that EU law makes between those policies is a requirement imposed by the structure of the Treaties and by the horizontal and vertical distribution of powers within the Union, but in economic terms it may be stated that any monetary policy measure is ultimately encompassed by the broader category of general economic policy” (Cruz Villalòn 2015: para. 129).

Ne consegue che la configurazione che il testo del Trattato si aspetta che facciamo quando riguardi misure quali quelle di politica monetaria, piuttosto che economica, deve basarsi sugli “obiettivi ascritti a tale politica” (para. 127). contrariamente ai fatti, che possono essere verificati quando una decisione è

14 Testi in Losado e Menéndez 2014: 443 ss., 449 ss.

presa, è normalmente incerto e controverso se tali obiettivi possano essere realizzati e, se sì, come¹⁵.

L'affermazione per cui l'Unione economica e monetaria di Maastricht può essere definita quale conseguimento di validità costituzionale è un anatema per la comunità dei giuristi di diritto europeo. Concludo dal passaggio appena citato che ha, anche se solo implicitamente, l'approvazione di un Avvocato generale. La sua insistenza per cui "l'Unione oggi è governata da un insieme di principi relativi sia ai suoi obiettivi che ai suoi limiti, che nel suo insieme rappresentano il suo quadro costituzionale" (Cruz Villalòn 2015: para. 215) è incompatibile con l'analisi dell'Avvocato generale degli effettivi contenuti di questo quadro. È vero, anche se non confortante, che le costituzioni nazionali a loro volta operano per mezzo di formule vaghe e competenze mal definite. Ciò che distingue "l'ordine europeo da quello delle democrazie costituzionali ... è la mancanza di un'infrastruttura politica e di un quadro istituzionale nel quale la contestazione politica democratica potrebbe continuare e legittimare un completamento o miglioramento di quanto è stato concordato" (Joerges 2015: 80).

La conformità all'Unione economica e monetaria di Maastricht ed al Patto di stabilità e crescita, così abbiamo argomentato, non è mai stata un'opzione, perché Maastricht ha generato una costellazione di conflitti genuinamente turbolenti. Questa affermazione implica che dovremmo essere cauti nel rigettare le soluzioni a questa turbolenza come semplicemente ostinate e maliziose. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, un rinomato costituzionalista ed ex giudice della Corte costituzionale tedesca, è stato il primo a definire la crisi della politica economica e monetaria come uno stato emergenziale (Böckenförde 2010).

IV.2. *L'impatto sul diritto privato*

La crisi legislativa europea influenza il diritto privato senza alcuna diretta interferenza? Influenza entrambe le tradizioni di cui abbiamo riferito in precedenza (sezione II) in modi fondamentali, benché differenti.

15 La Corte europea di giustizia ha avvallato il ragionamento del suo AG nella sentenza del 16 giugno 2015 (Caso C-62/14, *Peter Gauweiler and others, and Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag v Deutscher Bundestag*). Proprio come l'Avvocato generale, la Corte sottolinea che "Treaty contains no precise definition of monetary policy but defines both the objectives of monetary policy and the instruments which are available to the ESCB" (para. 41). Ciò che la BCE decide di intraprendere è legale fin quando "it does not appear that that analysis of the economic situation of the euro area as at the date of the announcement of the programme in question is vitiated by a manifest error of assessment" (para. 74).

Secondo la nozione essenziale di *Franz Böhm* di “*private law society*”, società del diritto privato, l’ordine sociale doveva compiersi attraverso una decisionalità decentralizzata guidata dai prezzi del mercato, “supervisionata” dal, e integrata nel, *ordo* concorrenziale. Per citare ancora Gunther Teubner:

“This autonomous order of social-steering and coordinating instruments is transformed into a genuine constitution of the economy as soon as it is stabilized by legal rules. ... It is decisive that these legal norms cannot be conceived apart from the social order; rather, one must grasp the economic constitution as an inseparable relation between legal order and social ordering.” (Teubner 2015, text accompanying notes 16-17)

La crisi della legislazione ci ha lasciati con un differente tipo di economia. Ha perso fiducia nei processi decisionali decentralizzati e autonomi, ma cerca di supervisionare l’economia e la società nella loro interezza: sostituisce l’*ordo* economico con interventi discrezionali. La visione di *Mestmäcker* di un ritorno alla società civile (*bürgerliche Gesellschaft*) e alla sua legislazione, presentata notevolmente e appassionatamente nel 1991, è diventata un’astratta utopia.

Il danneggiamento della tradizione “sociale” è ancora più drammatico. Si verifica in parte clandestinamente, in parte esplicitamente. *Simon Deakin* (2012) ha identificato l’impatto meno apparente in un’analisi delle famose sentenze *Laval* e *Viking* della Corte di giustizia del 2007 – nell’immediato periodo successivo alla crisi finanziaria¹⁶. *Deakin* sottolinea come non vi sia un collegamento diretto individuabile sia nella crisi finanziaria che nella crisi dei debiti sovrani. Ciò che appare, comunque, è che gli sviluppi nell’architettura costituzionale europea hanno aiutato a legittimare uno specifico modo di pensare la relazione fra il sistema legislativo e il processo di integrazione economica. Ciò che *Deakin* ha presentato in modo pressoché esitante qualche anno fa sembra ad oggi piuttosto ovvio ai protagonisti della legislazione europea a tutela del consumatore (*Micklitz* 2012; *Micklitz e Reich* 2014). Come *Marija Bartl* lo riassume: la protezione del consumatore dagli abusi del meccanismo del mercato ha portato ad un cittadino del mercato che ci si aspetta promuova ed esegua il funzionamento del meccanismo del mercato (*Bartl* 2015a; vedi *idem*, 2015b).

Un conclusivo e comprensivo studio di importanza esemplare è in corso al *Centre of European Law and Politics* di Brema (ZERP) sotto la direzione di *Christoph Schmid*. Questo progetto si occupa del diritto delle locazioni e delle politiche abitative, una “falsa merce” nella definizione di *Karl Polanyi* (Gla-

16 Caso C-438/05, *International Transport Workers’ Federation, Finnish Seamen’s Union v Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti* [2007] ECR I-10779; Caso C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* [2007] **ECR I-11767**; **di poco posteriore e anche più problematico il caso** C-346/06, *Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert v Land Niedersachsen* [2008] ECR I-01989.

sman 1996, 5 ss.). La complessità economica, politica e sociale è ovvia/chiaara. La politica abitativa, sia come locatore che come proprietario, è incorporata in uno spettro di politiche enormemente ampio al di là del diritto dei contratti: la regolamentazione del credito, la legislazione delle imposte, le politiche energetiche, le politiche urbanistiche, ecc. È del tutto privo di sorprese il fatto che l'impatto della crisi finanziaria sulle questioni abitative nell'Unione europea è stato tutt'altro che uniforme. Altrettanto importante per il mio ragionamento: questo denso network regolamentativo è stato generato in una moltitudine di processi economici, politici e sociali specificamente nazionali. Il risultato rappresenta un *acquis* sociale. L'uniformità non è praticabile, né la sua imposizione sarebbe legittima.

IV.3. La resistenza e validità delle culture economiche

Come già menzionato, la varietà di scuole capitalistiche tende ad evitare qualunque classificazione normativa. Ciò nonostante, inerente alla loro analisi è una difesa implicita delle configurazioni istituzionali delle quali si occupano. Lo storico dell'economia *Werner Abelshauser* è molto più esplicito in questo e la sua nozione di "culture economiche" riflette questa preoccupazione normativa (Abelshauser 2012). I giuristi semplicemente non possono trattare il loro oggetto con noncuranza normativa. *Gunther Teubner*, che ho citato precedentemente, ha recentemente esposto una riaffermazione della sua analisi. Prendendo le mosse ancora una volta dalla "resilienza delle mentalità collettive e particolarità delle culture produttive", lui sottolinea ora in modo più stringente l'interdipendenza degli elementi istituzionali dei regimi produttivi – finanza d'impresa, educazione manageriale, relazioni contrattuali fra imprese, reti di inter-organizzazione, processi di standardizzazione e regolamentazione dei conflitti fra imprese – e il loro potenziale di auto-regolamentazione (Teubner 2015, testo allegato nelle note 11 e 12), e procede ad un raffinamento della sua teoria di "*societal constitutionalism*". Non sono né preparato né capace per intraprendere una discussione su questo punto. Noto semplicemente che la mia comprensione delle infrastrutture istituzionali dell'economia come *acquis* sociale – dell'"economia come sistema di governo" – cerca di conservare collegamenti con le costituzioni statali e la loro legittimazione democratica (si veda Maus 2015: 157-171). Tanto premesso, l'intrusione infragovernativa e esecutiva autoritativa nelle infrastrutture istituzionali dell'economia e della società sembra profondamente problematica.

V. CONTESTARE ATTRAVERSO IL DIRITTO PRIVATO? UN EPILOGO SPECULATIVO

Abbiamo continuamente guardato al nostro argomento dal punto di vista degli sviluppi a lungo termine del progetto di integrazione come un tutt'uno e concluderemo a questo livello di astrattezza e generalità. I nostri commenti sulla relazione fra diritto privato e integrazione del mercato erano certamente critici nei confronti dell'aspettativa, e richiesta, di un sistema sempre più comprensivo di diritto privato in un'Unione europea sempre più stretta. Per sottolinearlo ancora: questo critico distanziamento è tutto tranne che euroscettico. È piuttosto inteso per sostanziare la visione alternativa del fortunato motto dello sfortunato progetto di costituzione europea del 2003. Il motto era "unità nella diversità".

Lasciatemi sottoporre una rielaborazione di questa formula paradossale in tre punti, primo, con l'aiuto dell'osservatore americano, quindi con un ulteriore riferimento alle intuizioni e affermazioni degli storici dell'economia e della varietà degli studi capitalistici, che saranno collegati in un ultimo passaggio con le risposte legislative all'emergenza europea.

Dani Rodrik, un economista politico della Scuola Kennedy, che solo occasionalmente commenta le questioni europee, in un libro ad oggi famoso sulla globalizzazione (Rodrik 2011), ha avanzato una "tesi del trilemma". *Rodrik* afferma l'impossibilità del perseguimento simultaneo di globalizzazione economica, politiche democratiche e determinazione nazionale (autonomia), sottolineando che solo due obiettivi possono essere accoppiati: o la globalizzazione economica con le politiche democratiche, o la democrazia e l'autonomia nazionali. In uno dei suoi commenti sulla crisi europea (Rodrik 2014), egli ha sottolineato che l'Unione europea fornisce una drammatica illustrazione di questa tesi del trilemma. L'Unione europea potrebbe transnazionalizzare la democrazia attraverso il federalismo e per questo mezzo difendere i vantaggi del mercato comune. La federalizzazione implicherebbe che allo stesso tempo si sarebbe forzati a stabilire politiche europee comuni per legittimare la necessaria assunzione di politiche fiscali e sociali. È questa una richiesta per un organismo comprensivo di legislazione europea, per "più Europa" e la susseguente sostituzione della legge nazionale con la legge europea? La diagnosi di *Rodrik* è *de facto* profondamente pessimistica, perché l'opzione federale è, nella sua prospettiva, solo un'astratta utopia. Un'unione politica e democratica dovrebbe essere raggiunta e definita non attraverso i vari nuovi modelli di governance economica e "legislazione di crisi"; dovrebbe emergere da processi democratici. Lo stesso vale per le configurazioni istituzionali dell'economia. Tutto ciò dovrebbe accadere molto presto, ma è, *hélas*, semplicemente inconcepibile nel prevedibile futuro viste le attuali pressioni politiche, sociali ed economiche.

Nella mia interpretazione, la tesi del trilemma di *Rodrik* è però una drastica messa a fuoco delle prevalenti visioni. Se *Rodrik* ha ragione, l'Europa è infatti "intrappolata", per utilizzare una qualificazione coniata da *Claus Offe* (2013; 2015). Ma quanto realistico è questo pessimismo, che lascia poco o nessuno spazio per un'Unione non federalizzata politicamente realistica, ma anche normativamente attrattiva. Secondo gli economisti politici e storici di cui si è riferito nella sezione III.1, esiste un forte sostegno per l'assunzione per cui la "visione dell'unione nella diversità" è economicamente e socialmente sensata. In particolare, *Werner Abelshauser*, in un recente manifesto *unitas in pluralitate* (Abelshauser 2014), non ha solo sottolineato la resistenza delle varietà di capitalismo contro un'"integrazione economica a comando" ma ha aggiunto che questa resistenza è tutt'altro che deplorabile. La diversità istituzionale, sostiene, è una risorsa. La diversità è di beneficio per l'economia, piuttosto che detrimento. Considerevole e prominente supporto si ha per questa visione (Majone 2015; Manow 2015).

Le implicazioni per il diritto privato sono considerevoli. Abbiamo sostenuto che le mosse verso una ancor più intensa c.d. razionalità di mercato e la richiesta per "competitività" sono profondamente in disaccordo con le funzioni sociali del diritto privato nelle democrazie costituzionali. Se vi è un nocciolo di verità nelle conclusioni appena riferite, allora le nostre richieste normative sono tutt'altro che astratta utopia. Abbiamo anche indicato la dicotomia di "normalizzazione" e "contestazione" come repliche all'imposizione autoritaria di nuovi modelli di *governance* europei e allo smantellamento dell'eredità dei traguardi raggiunti dagli Stati europei del dopo guerra. "Contestazione" che, in particolare per mezzo degli "stati richiedenti assistenza finanziaria", ha, finora, avuto ben poca influenza sugli organizzatori delle politiche europee della crisi. La loro autorità è comunque limitata. È semplicemente inconcepibile che l'intero corpo normativo che costituisce l'infrastruttura dell'Unione europea possa essere oggetto delle "riforme strutturali" concepite e richieste così enfaticamente, in particolare dai membri dell'Executive Board della BCE (Mersch 2015). Il pretesto di conoscenza, che caratterizza la politica monetaria europea, può ben incontrare i limiti delle sue "fantasie di potere" nelle funzioni di ordine proprie del diritto privato.

Referenze

- Abelshauser, W. (2012), "Ricardo neu gedacht: Komparative institutionelle Vorteile von Wirtschaftskulturen", in W. Abelshauser *et al.*, "Kulturen der Weltwirtschaft", *Geschichte und Gesellschaft*, Sonderheft 24.
- Abelshauser, W. (2014), Europa in Vielfalt einigen. Eine Denkschrift. Retrieved from <http://www.homes.uni-bielefeld.de/wabelsha/Denkschrift.pdf>. (accessed on 14 January 2015).
- Bartl, M. (2015a). The Way we do Europe: Subsidiarity and the Substantive Democratic Deficit, *European Law Journal*, 21, 23-43.
- Bartl, M. (2015b) Internal Market Rationality and the Direction of the Union: Resuscitating the Market at the Object of the Political, *European Law Journal* 21, 572-598.
- Beckert, J. (2007), The Great Transformation of Embeddedness: Karl Polanyi and the New Economic Sociology, *MPIfG Discussion Paper 07/1*, Cologne.
- Biedenkopf, Kurt (2012). *Der Weg zum Euro. Stationeneinerverpassten Chance*, Berlin: Hertie School of Governance.
- Block, F. (2003), Karl Polanyi and the Writing of "The Great Transformation", *Theory and Society* 32, 275-306.
- Böckenförde, E.-W. (2010), "Kennt die europäische Not kein Gebot? Die Webfehler der EU und die Notwendigkeit einer neuen politischen Entscheidung", *Neue Zürcher Zeitung*, 21 June 2010.
- Böhm, F. (1966), Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, *Ordo* 17, 75-151, abbreviated English version: Böhm (1989), Rule of Law in a Market Economy, in A.T. Peacock, and H. Willgerodt (eds), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*. New York: St. Martin's Press/ London: Macmillan, 46-67.
- Braams, B. (2013). *Koordinierung als Kompetenzkategorie*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Cappelletti, M., M. Seccombe and J.H.H. Weiler (1986 ss.), *Integration Through Law, Europe and the American Federal Experience*, Vol. 1-5, Berlin: Walter de Gruyter.
- Chalmers, D. (2007), "A Comment on Joerges", in B. Kohler Koch and B. Rittberger (eds), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Lanham MD: Rowman & Littlefield, 329-343.

- Cruz Villalòn, P.: Opinion in Case C-62/14, Peter Gauweiler and others and Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag v Deutscher Bundestag, delivered on 14 January 2015.
- Deakin, S (2012), The Lisbon Treaty, the *Viking* and *Laval* Judgments, and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy", in: Niklas Bruun, Klaus Lörcher and Isabelle Schömann (eds), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, Hart Publishing, 19-44.
- Dehousse, R., and J.H.H. Weiler (1990), The Legal Dimension, in W. Wallace (ed.), *The Dynamics of European integration*. London, New York: Pinter, 242-260.
- Dyson, K. (2014), *States, Debts and Power. Saints and Sinners in European History and Integration*, Oxford: Oxford University Press.
- Esposito, Elena (2011), *The Future of Futures*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Giubboni, S. (2003), *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino.
- Glasman, M. (1996), *Unnecessary Suffering: Managing Market Utopia*, London: Verso.
- Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung*, Frankfurt aM: Suhrkamp Verlag; [1999] *Between Facts and Norms*, Cambridge MA: The MIT Press.
- Habermas, J. (1998), "Paradigms of Law", in M. Rosenfeld and A. Arato (eds), *Habermas on Law and Democracy*, Berkeley CA, University of California Press, 13-25.
- Habermas, J. (2007), "Does the Constitutionalization of International Law Still Have a Chance?" in idem, *The Divided West*, Cambridge: Polity Press, 113-93.
- Hall, P.A. (2014), "Varieties of Capitalism and the Euro Crisis", *West European Politics*, 37: 6, 1223–1243.
- Hall, P.A., and D. Soskice (2001), *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, Oxford: Oxford University Press
- Hallstein, W (1964). *Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, *RabelsZ* 28, 211-230
- Hassel, A. (2014), Adjustments in the Eurozone: Varieties of Capitalism and the Crisis in Southern Europe, *LEQS Paper* No. 76/2014.

- Hassel, A. (2015), The German Model in Transition, in B. Unger (ed.), *The German Model*, Düsseldorf: Hans-Böckler-Stiftung, 105-134.
- Höpner, M., and A. Schäfer (eds) (2008), *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*, Frankfurt aM: Campus Verlag, 2008.
- Höpner, M., and A. Schäfer (2010), A New Phase of European Integration: Organized Capitalisms, *West European Politics* 33, 344-368.
- Iversen, T., and D. Soskice (2013), *A Structural-Institutional Explanation of the Eurozone Crisis*, Cambridge MA: Harvard University, Department of Government.
- Joerges, C. (1995), “Die Beurteilung der Sicherheit technischer Konsumgüter und der Gesundheitsrisiken von Lebensmitteln der Praxis des europäischen Ausschußwesens (‘Komitologie’)”, *ZERP-Diskussionspapier 1/95*, Bremen.
- Joerges, C. (1997), “The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective”, *European Law Journal* 3, 378-406.
- Joerges, C. (2000a), “The Science of Private Law and the Nation-State”, in: Francis Snyder (ed.), *The Europeanization of Law. The Legal Effects of European Integration*, Oxford-Portland OR: Hart Publishing, 47-82.
- Joerges, C. (2000b), “Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example”, *European Review of Private Law* 8, 1-16.
- Joerges, C. (2004), On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Law of Justi(ce)-fication (*justumfacere*) for the EU Multi-level System”, in A. Hartkamp *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, The Hague: Kluwer Law International, 159-190.
- Joerges, C. (2005), “What is left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy”, *European Law Review* 30, 461-489.
- Joerges (2007), Rethinking European Law’s Supremacy: A Plea for a Supranational Conflict of Laws, in Beate Kohler Koch/Berthold Rittberger (eds), *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2007, 311-327.

- Joerges, C. (2014a), “The Timeliness of Direct Democracy in the EU – and the Contest over Atomic Energy in Conflicts-law Perspectives, in J. Busch *et al.* (eds), *International Constitutional Law in Legal Education. Proceedings of the Erasmus Intensive Programme NICLAS 2010-2012*, Vienna: Facultas, 89-100.
- Joerges, C. (2014b), “Unity in Diversity as Europe’s Vocation and Conflicts Law as Europe’s Constitutional Form”, in Rainer Nickel and Andrea Greppi (eds.), *The Changing Role of Law in the Age of Supra- and Transnational Governance*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 2014, 125-176, available also at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723249.
- Joerges, C. (2014c), Three Transformations of Europe and the Search for a Way Out of its Crisis, in idem and C. Glinski (eds), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance. Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance*, Oxford: Hart Publishing, 25-46.
- Joerges, C. (2015), The Legitimacy Problématique of Economic Governance in the EU, in Hertie School of Governance, *The Governance Report 2015*, Oxford, Oxford University Press, 90-94.
- Joerges, C. (2016), Integration through Law and the Crisis of Law in Europe’s Emergency, in D. Chalmers, M. Jachtenfuchs, C. Joerges (eds), *The End of the Eurocrats’ Dream: Adjusting to European Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press, 299-338.
- Joerges, Christian, and Jürgen Neyer (1997), From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, *European Law Journal* 3, 273-299.
- Joerges, C., and G. Brüggemeier (1999), Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts, in: P.-C. Müller-Graff (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden: Nomos 1993, 2nd ed. 1999, 301-360.
- Joerges, C., and C. Schmid (2011), Towards Proceduralization of Private Law in the European Multi-Level System, in A. Hartkamp *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code. Fourth Revised and Expanded Edition*, , The Hague: Kluwer Law International,, The Hague: Kluwer Law International, 277-310.
- Joerges, C., and C. Schmid (2004/2011), “On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Law of Justi(ce)-fication (*justumfacere*) for the EU Multi-level System”, in A. Hartkamp *et al.*(eds), *Towards a European Civil Code*, The Hague: Kluwer Law International, 3rd ed, 159-190

- Joerges, C., B. Stråth, and P. Wagner (2005), *The Economy as a Polity: The Political Constitution of Contemporary Capitalism*, London: UCL Press.
- Joerges, C., and F. Rödl (2009), Informal Politics, Formalised Law and the ‘Social Deficit’ of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*, *European Law Journal* 15, 1-19.
- Joerges C. e S. Giubboni S., Diritto e politica nella crisi europea, in *Rivista critica di diritto privato*, n. 3, 2013, 343-367.
- Judt, T. (2005), *Postwar: A History of Europe since 1945*, New York: Penguin Press.
- Judt, T. (2010), *Ill Fares the Land*, New York, Penguin Press.
- Kennedy, Duncan (2012), Political Ideology and Comparative Law, in M. Bussani and U. Mattei, *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, 35-56.
- Kübler, F. (1963), Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, *Archiv für die civilistische Praxis* 162, 104-128.
- Kübler, F. (1969), Kodifikation und Demokratie, *Juristen Zeitung* 1969, 645-651.
- Kübler, F. (1975). Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie, Karlsruhe: C.F. Müller 1975.
- Lenoble, J. (1996), Law and Undecidability: A New Vision of the Proceduralization of Law, *Cardozo L. Rev.* 17, 1935-1996.
- Lepsius, M.R. (1995), Max Weber und das Programm einer Institutionenpolitik, *Berliner Journal für Soziologie* 5, 327-333.
- Losada, F., and A.J. Menéndez, *The Key Legal Texts of the European Crises. Treaties, Regulations, Directives, Case Law*, ARENA Centre for European Studies, 2014.
- Losurdo, F (2016), *Lo Stato sociale condizionato: Stabilità e crescita nell’ordinamento costituzionale*, Turin: Gappichelli.
- Maduro, M.P. (1997), Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Freedom and Political Rights, *European Law Journal* 3, 55-82.
- Maduro, M.P. (1998), *We the Court*, Oxford: Hart Publishing 1998.
- Maduro, M.P. (2012), A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice, European Parliament, September 2012, available at: <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

- Majone, G. (2015), The Deeper Euro-Crisis or: The Collapse of the EU Political Culture of Total Optimism, EUI Working Paper LAW 2015/10.
- Manow, P. (2015), Social Protection, Capitalist Production – The Bismarckian Welfare State in the German Political Economy 1880-2010, unpublished Habilitation thesis, Constance.
- Maus, I. (2015), Menschenrechte, Demokratie und Frieden. Perspektiven globaler Organisation, Berlin: Suhrkamp Verlag.
- Menéndez, A.J. (2011), United they Diverge? From Conflict of Laws to Constitutional Theory? On Christian Joerges' Theory, RECON Online Working Paper 2011/06, Oslo.
- Mersch, Y. (2015), On European Unity: Economic and Institutional Challenges Facing Europe, Speech at the European Economics & Financial Centre, London, 25 June 2015, available at: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2015/html/sp150625.en.html>.
- Mestmäcker, E.-J (1973), Power, Law and Economic Constitution, *The German Economic Review*, 11, 177-92.
- Mestmäcker, E.-J. (1991), Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, *Rechtshistorisches Journal* 10, 177-192.
- Micklitz, H.-W. (2012/4), The Expulsion of the Concept of Protection from the Consumer Law and the Return of Social Elements in the Civil Law: A Bittersweet Polemic, Florence: EUI Working Paper LAW 2012/03
- Micklitz, H.W., and N. Reich (2014), The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive, *Common Market Law Review* 51, 771-808.
- Möllers, C (2015), Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Union", *Leviathan* 43, 339-364.
- Mulder, Jotte (2016), Social Legitimacy in the Internal Market - A Dialogue of Mutual Responsiveness-, Ph.D Thesis, EUI Florence.
- Offe, C. (2013), Europe Entrapped. Does the EU have the Political Capacity to Overcome its Current Crisis?, *European Law Journal* 19, 595-611.
- Offe, C. (2015), *Europe Entrapped*, Oxford: Polity Press.
- "Ohlin Report" (1956), International Labour Organisation, Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts, *International Labour Review* 74, 99-123.

- Polanyi, Karl (2001 [1944]), *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston MA: Beacon Press edition with Foreword by Joseph Stiglitz and introduction by Fred Block.
- Rasmussen, M. (2014), Revolutionizing European law: A History of the Van Gend en Loos judgment, *International Journal of Constitutional Law* (I•CON) 12, 136-163.
- Rodrik, D. (2011), *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, New York-London: W.W. Norton.
- Rodrik, D. (2014): *The Future of European Democracy*. Princeton Institute for Advanced Study, retrieved from <https://www.sss.ias.edu/files/pdfs/Rodrik/Commentary/Future-of-Democracy-in-Europe.pdf>.
- Ruggie, J.G. (1982), International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order, *International Organization*, 36, 379-415.
- Scharpf, F.W. (1999), *Governing in Europe Effective and Democratic?*, Oxford: Oxford University Press.
- Scharpf, F.W. (2010), The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a “social market economy”, *Socio-Economic Review* 8, 211-250.
- Scharpf, F.W. (2015), After the Crash: A Perspective on Multilevel European Democracy”, *European Law Journal* 21 (2015), 384-405.
- Schmid, C. (2010), Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union: Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung, Baden-Baden: Nomos.
- Schmid, C. (2011), The Instrumentalisation Thesis in a Nutshell, in C. Joerges and T. Ralli (eds), *European Constitutionalism without Private Law — Private Law without Democracy* (RECON Report No. 14).
- Somek, A (2010), The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders through Freedom of Movement, *European Law Journal* 16, 315-344.
- Stein, Eric (1981), Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, *American Journal of International Law* 75, 1-27.
- Streeck, W. (2010), *E Pluribus Unum? Varieties and Commonalities of Capitalism*”, Cologne: MPIfG Discussion Paper 10 /12.

- Streit, M.E., and W. Mussler (1995), The Economic Constitution of the European Community: From “Rome” to “Maastricht”, *European Law Journal* 1, 5-30.
- Teubner, G. (1998), Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Differences, *Modern Law Review* 61, 11-32.
- Teubner, G. (2002), Idiosyncratic Production Regimes: Co-evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism, in J. Ziman (ed.), *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford: Oxford University Press, 161-182).
- Teubner, G. (2015), Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism, Ms. Frankfurt a.M.
- Weiler, J.H.H. (2000), The Transformation of Europe, *Yale Law Journal*, 100, 2403-2483.
- Weiler, J.H.H. (2012), Europe in Crisis – on “Political Messianism”, “Legitimacy” and the “Rule of Law”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 248-26.
- Weiler, J.H.H. (2014), Van Genden Loos: The individual and the “Rule of Law” as subject and object and the dilemma of European legitimacy, *International Journal of Constitutional Law* (I*CON) 12, 94-103.
- Wieacker, F. (1953), *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Karlsruhe: C.F. Müller.