

La Carta e i "valori superiori" dell'Unione europea: critica e rivalutazione di una prospettiva

Marco Dani*

I. Un prodotto della belle époque del costituzionalismo europeo

Publicato come saggio di apertura di un volume collettaneo dedicato all'analisi della Carta di Nizza¹, Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea² può essere considerato a tutti gli effetti un prodotto tipico della belle époque del diritto costituzionale europeo. Con questa locuzione faccio riferimento ad un periodo storico, iniziato all'incirca all'inizio degli anni '80 del secolo scorso³ e conclusosi con i fatali referenda francese e olandese sul Trattato costituzionale del 2005, in cui si assiste alla cosiddetta costituzionalizzazione del diritto europeo⁴, un processo che, nelle speranze di molti, avrebbe dovuto contribuire alla trasformazione dell'Unione da un'organizzazione internazionale prevalentemente dedita alla regolamentazione del mercato comune ad un ordine giuridico e politico coerente con le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri. Il riferimento alla belle époque cerca di descrivere la generale atmosfera di ottimismo e spensieratezza che avvolgeva gli sviluppi istituzionali e una buona parte dei contributi dottrinali di quegli anni. Per quanto spesso ispirati dalle migliori intenzioni, tanto gli sviluppi istituzionali quanto la dottrina della belle époque avrebbero messo in discussione le categorie alla base del

* Professore associato in Diritto pubblico comparato, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Trento.

¹ R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti e giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, 2002.

² R. Toniatti, Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti e giurisdizione*, cit., 7-29.

³ Risalgono infatti a quegli anni le prime pubblicazioni in cui si fa esplicitamente riferimento ad una costituzione europea, cfr. E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981, 75, 1-27 e G. F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 1989, 26, 595-614.

⁴ Tra le numerosissime pubblicazioni in tema piace ricordare F. Palermo (a cura di), *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale*, Trento, 2004. Per una discussione critica del concetto di costituzionalizzazione, v. M. Loughlin, *What is Constitutionalisation?*, in P. Dobner, M. Loughlin (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, 47-69.

costituzionalismo democratico e sociale, contribuendo ad instradare il processo di integrazione europea verso un sentiero (un vicolo cieco?) sempre più irto di difficoltà, ambiguità e contraddizioni. Di tali criticità non si può dire non vi fosse contezza in quegli anni, visto che evidenti e ampiamente discussi erano i limiti storici e teorici all'interno dei quali il processo di costituzionalizzazione si dipanava. Tuttavia, l'ottimismo inebriante della belle époque induceva a sottovalutare le difficoltà e a liquidare con disinvoltura riserve che, nel loro rigore metodologico, segnalavano rischi che di lì a qualche anno si sarebbero puntualmente concretizzati⁵.

Sotto l'incoraggiante guida di Roberto Toniatti, in tanti ci siamo avventurati per quel sentiero, motivati dall'intuizione che si stesse aprendo una nuova ed esaltante fase della storia del costituzionalismo, nella quale statualità e sovranità sarebbero state superate per approdare ad una democrazia costituzionale pan-Europea capace di assicurare il governo dell'incipiente globalizzazione economica. Così non è stato e per Roberto e gran parte dei suoi allievi e compagni di strada la battuta d'arresto (se non il vero e proprio fallimento) del processo di costituzionalizzazione ha significato il progressivo abbandono di un campo di indagine a beneficio di altri e probabilmente più proficui e gratificanti percorsi di ricerca. Oltre agli scritti, di quella stagione temo rimanga solo una buona dose di nostalgia per la vivacità di quegli anni e per un'esperienza che, comunque la si giudichi, ha costituito un banco di prova sicuramente importante nella maturazione scientifica di quanti vi hanno partecipato. E' con questa disposizione d'animo che mi accingo a rileggere Verso la definizione dei "valori superiori" nel tentativo di rievocarne lo spirito, sottoporre a critica la tesi centrale e, forse sorprendentemente, proporre una rivalutazione. L'obiettivo non è tanto quello di proporre una difesa postuma delle ragioni del costituzionalismo della belle époque, quanto di utilizzare quello scritto in chiave contemporanea per impostare una soluzione ad alcuni dei più pressanti problemi strutturali dell'Unione. In quel saggio, la Carta di Nizza è presentata come una tessera di un più ampio mosaico che in quegli anni appariva a Roberto come a tanti altri in via di completamento⁶. La codificazione di un catalogo di diritti fondamentali prefigurava infatti «la costruzione di un'Europa autorevole e forte, estesa e coesa, dotata di

⁵ Meritano a riguardo una speciale menzione le osservazioni critiche sviluppate da D. Grimm, Does Europe Need a Constitution?, in *European Law Journal*, 1995, 1, 282-302.

⁶ R. Toniatti, Presentazione, in Toniatti, *Diritto, diritti e giurisdizione*, cit., 1.

identità e legittimazione, competitiva sul piano mondiale (non solo ma) anche in ragione dei propri valori»⁷. Insomma, un'Unione europea che razionalizzava e consolidava il proprio impegno nel campo dei diritti fondamentali era un'Unione europea che non esitava ad impegnarsi in un terreno ostico per esprimere la più intensa politicità di una comunità organizzata unitaria⁸. Nello scommettere su un orizzonte così ambizioso, Roberto rifuggiva dai facili entusiasmi per formulare su una posizione connotata da un più misurato realismo: in alternativa ai tanti che allora come ora vagheggiavano l'edificazione degli Stati Uniti d'Europa⁹, egli contrapponeva la prospettiva di un'Unione europea che difficilmente avrebbe acquisito la forza e la legittimazione necessarie a produrre un big bang federale¹⁰. Ben chiaro era infatti il limite posto al processo di integrazione europea dalla persistente sovranità degli stati membri, limite quest'ultimo che permetteva di attribuire all'Unione solo alcuni connotati costituzionali, «tanti quanti vengono ritenuti sufficienti a conferire identità e legittimazione senza sottrarre agli Stati la titolarità della sovranità»¹¹. Anche nelle previsioni più ottimistiche ne sarebbe perciò risultata un'Unione «potenza impotente» in «un'Europa che, incapace per propria debolezza strutturale di fronte agli Stati membri di risolvere il problema della titolarità della sovranità, sembra dichiararsi ad esso indifferente e procedere comunque, nel rispetto della storia, nel proprio cammino»¹².

⁷ Ibidem, 2.

⁸ Ibidem, 2.

⁹ Pur proponendo qualche spunto comparativo con l'incorporation doctrine e la privileges and immunities clause della costituzione americana (cfr. R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 15-17), il testo avverte «che la comparabilità con le origini del federalismo statunitense, per quanto suggestiva e comunque inevitabile, è da svolgere con prudenza» (cfr. R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 24-25, nota 43).

¹⁰ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 23.

¹¹ R. Toniatti, *Presentazione*, cit., 2.

¹² Ibidem, 2.

Tale cammino prefigurava un itinerario per molti versi originale¹³. Agli occhi di Roberto, l'Unione europea appariva come la manifestazione più evidente di una nuova fase della statualità europea, nella quale gli stati membri (assurti nel frattempo al rango di «stati comunitari»¹⁴) erano impegnati ad esercitare volontariamente, stabilmente e parzialmente la propria sovranità attraverso la partecipazione all'esercizio delle funzioni attribuite all'Unione, ivi compresa quella costituente¹⁵. Quella che si intravedeva era tutt'altro che una marcia trionfale verso la creazione di un megastato europeo; si delineava piuttosto un percorso graduale ispirato da sentimenti più ambigui, quali la «temeraria prudenza» o il «pavido coraggio», ed in cui si procedeva facendo sempre il minimo utile possibile per mantenere vivo un progetto altrimenti destinato allo stallo se non alla regressione¹⁶. Non vi è dubbio che per la vorace curiosità di un osservatore come Roberto una simile prospettiva risultasse ben più intrigante delle più scontate traiettorie del federalismo classico. L'evoluzione di una comunità politica funzionale¹⁷ era un fenomeno che, oltre a suscitare nello studioso un autonomo interesse che lo avrebbe portato ad ipotizzare l'emersione di un *tertium genus* sovrastatale alternativo tanto allo stato federale quanto alla confederazione¹⁸, finiva anche per saldarsi con altri temi approfonditi dal Nostro – penso soprattutto al regionalismo e alla cooperazione transfrontaliera – che, in comune con il processo di integrazione europea, hanno l'analoga propensione a relativizzare il tema dei confini e della statualità.

Nei vent'anni ormai trascorsi dalla pubblicazione di *Verso la definizione dei "valori superiori"* di acqua sotto i ponti ne è passata parecchia. Molte delle previsioni

¹³ La peculiarità del percorso evolutivo dell'Unione europea è esaminata, tra gli altri, da J. H. H. Weiler, *In defence of the status quo: Europe's constitutional Sonderweg*, in J. H. H. Weiler, M. Wind (a cura di), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003, 7-24. Per una confutazione di questa tesi e, quindi, per una ricostruzione del federalismo europeo in ossequio ai canoni classici degli ordinamenti federativi v. R. Schütze, *On "Federal" Ground: The European Union as an (Inter)national Phenomenon*, in *Common Market Law Review*, 2009, 46, 1069-1105.

¹⁴ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 25

¹⁵ *Ibidem*, 25.

¹⁶ R. Toniatti, *Presentazione*, cit., 1

¹⁷ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 24 e 26.

¹⁸ R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 186-187.

formulate dai costituzionalisti si sono rivelate fallaci e l'incessante serie di crisi europee (costituzionale, economico-finanziaria, migratoria, Brexit, della rule of law, del Covid-19) ha sostanzialmente esaurito la spensieratezza della belle époque del diritto costituzionale europeo. In modo piuttosto spietato è emersa allora l'inconsistenza di una stagione caratterizzata tanto dall'autoreferenzialità di noi intellettuali, quanto dall'incapacità degli attori politici di accumulare un volume sufficiente di capitale politico da investire nel completamento di un assetto istituzionale sempre più precario.

Con il senno di poi sarebbe tanto facile quanto scorretto ironizzare sulle tante illusioni coltivate in quella stagione. Non pare invece improprio ritornare su alcune tesi sviluppate in quegli anni sia per individuare in esse l'origine di alcuni errori successivi che già al tempo si sarebbero potuti prevedere ed evitare, sia per rivalutare alcune delle prospettive a suo tempo delineate, nella convinzione che, per quanto in un contesto sensibilmente mutato, esse potrebbero contribuire ad affrontare in maniera auspicabilmente più consapevole alcuni dei problemi rimasti irrisolti in un processo di integrazione che, nonostante tutto, prosegue.

Questo contributo si apre con una succinta ricostruzione della tesi centrale di Verso la definizione dei "valori superiori", ovvero quella della prevalente portata costituente della Carta di Nizza (sezione II). Tale tesi è sottoposta a due approfondimenti critici impostati secondo la dicotomia elusione-illusione (sezione III). Nel primo di questi approfondimenti si osserva come la tesi della portata costituente della Carta fosse in realtà basata sull'elusione della sovranità popolare ed alimentasse l'illusione dell'equivalenza funzionale tra la via giurisdizionale e la costruzione politica di un ordine costituzionale. Nel secondo approfondimento si rileva invece come la tesi in discussione trascurasse quasi interamente l'economia politica del diritto europeo, finendo così per ingenerare la seconda illusione, quella di un ordine costituzionale sovranazionale in larga misura fedele alla tradizione del costituzionalismo democratico e sociale europeo. Il contributo si chiude ripercorrendo succintamente gli esiti in larga misura deludenti della Carta di Nizza nel ventennio successivo alla sua proclamazione (sezione IV). Si osserva come la Carta abbia svolto sul piano costituente un ruolo marginale, non riuscendo a conformare secondo le coordinate del costituzionalismo democratico e sociale l'esercizio delle funzioni di governo all'interno dell'Unione. Paradossalmente, la Carta ha finito invece per legittimare

strutture giuridiche ed economiche disciplinate dai trattati che in misura rilevante aspirano alla trasformazione di quella tradizione costituzionale. E' alla luce di questa esperienza quasi ventennale che la tesi dei "valori supremi" merita di essere rivalutata: mentre continua ad essere illusoria la prospettiva di un apporto costituente dei diritti fondamentali, in un'Europa che davvero intenda riallinearsi con la tradizione del costituzionalismo democratico e sociale dei suoi stati membri dovrebbe spettare proprio alla Carta definire in modo esclusivo la cornice costituzionale entro cui si possono sviluppare le politiche europee. Un simile risultato si può conseguire solo attraverso la drastica decostituzionalizzazione dei trattati ed il corrispondente recupero ai circuiti della politica sovranazionale di questioni che oggi sono discutibilmente risolte in senso neoliberale all'interno del diritto primario dell'Unione.

II. La definizione dei "valori superiori" e la portata costituente della Carta

La tesi centrale sostenuta in Verso la definizione dei "valori superiori" è che il significato principale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vada rinvenuto nella sua portata costituente. All'inizio del saggio, infatti, Roberto contrappone due possibili paradigmi interpretativi della Carta¹⁹. Si individua anzitutto un paradigma garantista, ovvero un'interpretazione della Carta che ne mette in risalto il contributo al consolidamento e allo sviluppo di un sistema giuridico integrato di tutela dei diritti fondamentali. Il secondo paradigma ha invece natura costituente e, come anticipato, è quello che egli ritiene essere prevalente²⁰. In questa prospettiva, la principale funzione assegnata alla Carta sarebbe quella di contribuire alla costruzione di una comunità di valori che si affianchi alla comunità di funzioni già instaurata attraverso i Trattati europei. Non saremmo quindi in presenza di un atto che sostituisce o sovverte il precedente impianto istituzionale dell'ordinamento comunitario: la Carta si presenta come un atto che integra e completa la ragione d'essere costitutiva e funzionale dell'Unione²¹.

¹⁹ R. Toniatti, Verso la definizione dei "valori superiori", cit., 7-10.

²⁰ Ibidem, 7.

²¹ Ibidem, 7.

In che senso quindi la Carta avrebbe portata costituente? E' qui che Toniatti ricorre alla metafora del mosaico: in Europa non sarebbe in corso un processo costituente risultante dall'emersione e dall'affermazione istantanea di una volontà politica costituente; saremmo piuttosto in presenza di un processo più graduale di perfezionamento progressivo di una architettura istituzionale e di una comunità politica i cui tratti identitari vengono in rilievo mano a mano che le tessere del mosaico si allineano secondo una traccia in cui è facile riconoscere i tratti tipici del costituzionalismo europeo di derivazione liberale e sociale²². L'instaurazione di un ordine costituzionale europeo non segue quindi le traiettorie tipiche del potere costituente o, per essere più precisi, del potere costituente esercitato in chiave democratico-rivoluzionaria²³. Nell'Unione europea si assisterebbe piuttosto ad un processo per certi versi analogo a quello riscontrabile nella transizione costituzionale spagnola, quando alla definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento giuridico (Art. 1, Costituzione spagnola del 1978) si giunse attraverso la rielaborazione della cultura costituzionale europea da parte dei giuristi spagnoli e la riappropriazione costituente di questa tradizione da parte dell'intero popolo della Spagna liberaldemocratica²⁴. Ecco quindi spiegato il riferimento ai "valori superiori" dell'ordinamento europeo ed al ruolo della Carta, chiamata a definirli e ad adattarli al peculiare contesto ordinamentale dell'Unione²⁵.

La definizione dei "valori superiori" e la portata costituente della Carta non esauriscono i propri effetti nella determinazione della base assiologica dell'ordinamento costituzionale europeo. Roberto insiste infatti anche sulla vocazione dei "valori superiori" a connotare le funzioni di governo attribuite dagli stati membri all'Unione: «la garanzia dei diritti contribuisce a porre contestualmente in evidenza la concreta configurazione di una funzione di governo (in senso lato) dell'UE e la

²² Ibidem, 8.

²³ Le caratteristiche del modello democratico-rivoluzionario sono approfondite in M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Londra e New York, 2010, 188-191, e B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge MA, 2019.

²⁴ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 8, nota 1.

²⁵ Ibidem, 21-24. I "valori superiori" dell'Unione europea individuati sono la pace europea, il principio di integrazione (intesa come ricerca di equilibrio tra interesse comunitario e interessi nazionali), l'identità costituzionale (risultante dalla prescrizione bidirezionale tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti costituzionali statali) e la coesione sociale.

conseguente opportunità di intervenire sulla determinazione della sua portata attraverso la predisposizione di limiti giuridici, giurisdizionalmente sanzionabili»²⁶. Insomma, con la Carta il mosaico europeo si arricchisce di una tessera che permette di intravedere la concreta conformazione del potere europeo e, al contempo, di plasmarlo in direzione del rispetto dei diritti fondamentali. Concepita in base al paradigma costituente, la Carta assume così una portata (ri)fondativa e strutturale: con la sua approvazione, l'Unione europea non ambisce solo a rendere più visibili i diritti già protetti dalla Corte di giustizia, ma aspira a rifondare o convertire il proprio sistema operativo²⁷, passando dalla prosa asettica e tecnocratica del mercato comune al più accattivante e rassicurante linguaggio del costituzionalismo europeo²⁸. In una simile operazione non si scorge solo l'intento di promuovere una trasformazione in senso costituzionale dell'Unione. Accanto alla ridefinizione della grammatica e della sintassi del diritto europeo si intravede anche l'urgenza di colmare il deficit di legittimazione democratica dell'Unione europea²⁹. Roberto prende laicamente atto di questo intento sottostante alla Carta, sottolineando come l'accresciuta visibilità dei diritti fondamentali sia funzionale tanto a «suscitare o rafforzare il consenso, ovvero a ridurre il dissenso presso l'opinione pubblica interna all'UE»³⁰ quanto a favorire l'accreditamento di quest'ultima presso l'opinione pubblica internazionale³¹. Con una notevole dose di generosità, egli arriva addirittura a riconoscere la legittimazione democratica della Carta, a suo giudizio derivante dalla preferenza accordata dalla Convenzione al metodo politico di produzione delle norme in luogo dell'esclusiva elaborazione giurisprudenziale dei diritti³².

²⁶ Ibidem, 8.

²⁷ Così J. H. H. Weiler, *The Reformation of European Constitutionalism*, in *Journal of Common Market Studies*, 1997, 35, 97.

²⁸ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 17. La trasformazione da una impostazione mercatista ad una costituzionalistica attraverso la Carta di Nizza è auspicata in A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in AA. VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001, 29-55.

²⁹ G. Itzcovich, *Più vicino ai cittadini? Processi costituzionali europei, politica della comunicazione e pubblicità*, in *Filosofia Politica*, 2010, XXIV, 467-488.

³⁰ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 17

³¹ Ibidem, 18.

³² Ibidem, 20.

Nell'evocare questa trasformazione in senso costituzionale dell'ordinamento europeo, Roberto è attento a non trasmodare nella propaganda ideologica. Egli avverte che nemmeno con l'approvazione di un catalogo di diritti e, successivamente, con l'attribuzione ad esso di valore vincolante la tutela dei diritti diverrà l'ubi consistam dell'Unione europea³³. In continuità con l'esperienza giuridica pregressa, la tutela dei diritti potrà svolgersi «nell'esercizio delle proprie [dell'UE] competenze» e, pertanto, «quasi a titolo incidentale»³⁴. Coerentemente con il proprio carattere non esclusivo, la Carta non esprime una vocazione egemonica, essendo chiamata ad integrarsi e relazionarsi tanto con la CEDU quanto con le costituzioni nazionali: «la Carta non si afferma pertanto quale fonte positiva originaria, esclusiva ed esaustiva dei diritti fondamentali né della loro protezione ma espressamente riduce la propria portata sia, in primis, riconoscendo la pluralità delle fonti normative e giurisprudenziali in materia sia anche dichiarando espressamente il proprio ruolo ricognitivo e complementare in un sistema europeo complesso di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali»³⁵. In un'Unione europea che, come si è visto, non riesce a spingersi oltre sul terreno dell'affermazione di un potere sovrano, la Carta di Nizza può tutt'al più ambire ad individuare il common core delle tradizioni costituzionali comuni³⁶ per garantirne un primato altamente selettivo «rispettoso del pluralismo delle fonti statuali e internazionali e della relativa giurisprudenza e flessibile fino al punto da ridurre sé stesso alla garanzia essenziale dei diritti fondamentali»³⁷. Ne risulta un sistema di garanzia dei diritti fondamentali ispirato dal riconoscimento della complessità competitiva delle fonti interne e internazionali³⁸, ove il primato della Carta si esplica all'interno del proprio ambito applicativo e, comunque, nel rispetto dei maggiori livelli di tutela eventualmente apprestati dalle costituzioni nazionali³⁹. E'

³³ Ibidem, 19. In senso analogo si veda A. von Bogdandy, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, 37, 1307-1338.

³⁴ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 12.

³⁵ Ibidem, 11.

³⁶ Ibidem, 18-19.

³⁷ Ibidem, 13.

³⁸ Ibidem, 14.

³⁹ Cfr. artt. 51 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

in esito alla ricostruzione di un simile disegno complessivo che Roberto conclude affermando che la Carta non costituisce una mera operazione d'immagine, ma che anzi è idonea a radicarsi nel nucleo storico e ideologico della cultura politica e giuscostituzionalistica europea⁴⁰.

III. Elusioni ed illusioni all'ombra della Carta

1. L'elusione della sovranità popolare e l'illusione dell'equivalenza funzionale

Con la tesi della portata costituente della Carta, Verso la definizione dei "valori superiori" indica una prospettiva evolutiva nella quale l'Unione europea procede alla progressiva mutuazione di principi concepiti nelle costituzioni nazionali ed al loro adattamento alle peculiarità del proprio contesto ordinamentale. Attraverso la metafora del mosaico, il testo pone l'accento sulle caratteristiche sostanziali dell'ordine giuridico e politico in via di definizione, suggerendo l'immagine di un ordinamento sovrastatale che si converte gradualmente al «costituzionalismo europeo, di derivazione liberale e sociale»⁴¹. La qualificazione in senso esclusivamente liberale e sociale del costituzionalismo europeo può lasciare perplessi, non tanto perché si dubiti delle credenziali liberali e sociali del costituzionalismo europeo⁴², quanto per l'evidente omissione della componente democratica che normalmente lo connota. L'omissione non è spiegata e, quindi, non è chiaro se sia il risultato di una svista o di una scelta deliberata, dettata magari dall'implicita adesione a ricostruzioni teoriche del costituzionalismo europeo che effettivamente ne sottovalutano la genesi democratica⁴³. Sia come sia, la qualificazione del costituzionalismo europeo che ci viene proposta appare in tutto coerente con la ricostruzione di un processo costituente e di un ordine costituzionale che elude la sovranità popolare e, con essa, l'esigenza di assicurare un sufficiente

⁴⁰ R. Toniatti, Verso la definizione dei "valori superiori", cit., 20.

⁴¹ Ibidem, 8.

⁴² I dubbi sulle credenziali sociali, come si dirà infra nelle sezioni III.2 e IV.1, sono peraltro fondati.

⁴³ Si vedano in particolare J. Rubenfeld, Unilateralism and Constitutionalism, in NYU Law Review, 2004, 79, 1971-2028, J-W. Müller, Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe, New Haven, 2013, 146-150, A. Somek, The Cosmopolitan Constitution, Oxford, 2014, 1-2 and M. Wilkinson, The Reconstitution of Post-war Europe: liberal excesses, democratic deficiencies, in M. Dowdle, M. Wilkinson (a cura di), Constitutionalism beyond Liberalism, Cambridge, 2017, 38-76.

livello di partecipazione democratica fin dalla istituzione di un ordine giuridico e politico⁴⁴.

Per prendere sul serio la tesi della portata costituente della Carta è necessario chiedersi anzitutto quali siano i soggetti a cui si affida la realizzazione del mosaico costituzionale⁴⁵. Roberto non approfondisce questo aspetto, ma nel saggio e in un breve articolo ad esso coevo⁴⁶ troviamo comunque una serie di indicazioni che permettono di abbozzare una risposta. Ebbene, i soggetti chiamati a costituire l'Unione europea sono identificati da un lato nella Corte di giustizia⁴⁷, affiancata dalle corti nazionali con cui è costantemente in dialogo, e dall'altro negli «stati comunitari»⁴⁸, che, pur trattenendo gelosamente a sé la sovranità, si mostrano disponibili a costituire e sostenere un ordinamento sovrastatale dotato di un proprio diritto costituzionale. Tra le due componenti di questo potere costituente sui generis si intravede anche una gerarchia: la Corte di giustizia è presentata come «un vero catalizzatore dell'inclusione della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ordinamento comunitario»⁴⁹, mentre gli stati membri – non è chiaro se il riferimento sia ai soli governi o alle comunità politiche nazionali – sembrano relegati ad un ruolo adesivo, ovvero alla certificazione dei progressi compiuti dalla Corte attraverso periodiche revisioni di trattati⁵⁰.

La tesi di una via giurisdizionale alla legittimazione dell'Unione europea costituisce un leitmotif della belle époque del costituzionalismo europeo sulla quale si sono costruite teorie costituzionali di indubbio successo e altrettanto fortunate carriere

⁴⁴ Per una critica al costituzionalismo che sostituisce la sovranità popolare con la democrazia deliberativa e la giustizia costituzionale si veda A. Somek, M. Wilkinson, *Unpopular Sovereignty?*, in *Modern Law Review*, 2020, 83, 955-978.

⁴⁵ L'importanza di individuare i 'soggetti portatori'(Träger) dell'ordine costituzionale in via di definizione è evidenziata da M. Goldoni, *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in C. Mortati, *Teoria del potere costituente*, Macerata, 2020, 14.

⁴⁶ R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, cit.

⁴⁷ *Ibidem*, 27.

⁴⁸ *Ibidem*, 25.

⁴⁹ *Ibidem*, 27.

⁵⁰ *Ibidem*, 27.

(accademiche e non solo)⁵¹. Non vi è dubbio che essa tragga origine e rispecchi fedelmente sviluppi istituzionali che si sono dimostrati cruciali nella strutturazione del diritto europeo: nessuno può negare il contributo essenziale della Corte di giustizia all'edificazione di un ordine sovranazionale, così come nessuno può sottovalutare l'apporto delle corti nazionali ad un simile processo. Coglie quindi nel segno Roberto quando rileva l'esistenza nell'Unione di un «diritto costituzionale senza Costituzione»⁵², il cui fondamento sarebbe rinvenibile essenzialmente nelle norme dei trattati ed in una serie di precedenti giurisdizionali. Ben più difficile è sentirsi appagati da un simile assetto istituzionale, soprattutto se, oltre ad aver a cuore la rule of law e il processo di integrazione europea, si continua a credere che l'esercizio del potere costituente non possa prescindere da una qualche forma di autenticazione democratica. Insomma, sarà pur vero, come ipotizza Roberto, che la Corte di giustizia con la propria giurisprudenza ha realizzato «una misura di integrazione che probabilmente nessuna assemblea costituente europea sarebbe mai riuscita ad ottenere»⁵³. Ma invece di entusiasmarci per un simile risultato, come pur si faceva nella belle époque, sarebbe stato preferibile interrogarci con maggiore radicalità sui caratteri e la legittimazione di un diritto costituzionale che, per quanto contenutisticamente avanzato, rivendicava abbastanza apertamente la propria distanza dalla sovranità popolare e dalla partecipazione democratica.

In realtà, la via giurisdizionale alla legittimazione dell'Unione europea era e rimane una alternativa subottimale alla costruzione democratica di un ordine costituzionale, intrapresa per eludere l'incapacità di convocare forze politiche e sociali che, saldamente ancorate alle proprie comunità nazionali⁵⁴, dimostravano e dimostrano scarso interesse per la costruzione di un ordine costituzionale europeo. Solo ai giuristi, e soprattutto a quelli convinti che la giustizia costituzionale possa fare le veci

⁵¹ L'esempio più spettacolare è probabilmente M. Maduro, *We, the Court*, Oxford-Portland, 1999, ma si vedano anche M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, 11, 262-307 e M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, 13-66.

⁵² R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, cit., 188.

⁵³ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 28.

⁵⁴ F. Cheneval, F. Schimmelfennig, *The Case for Democracy in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, 51, 334-350.

del potere costituente, poteva apparire plausibile conseguire per questa via la legittimazione necessaria a sostenere un ordine costituzionale davvero fedele ai canoni del costituzionalismo (liberale, sociale e democratico) europeo. La stessa esperienza costituzionale spagnola – così cara a Roberto, tanto da offrire l'abbrivio per il saggio in discussione – poteva suggerire l'inconsistenza di una simile prospettiva. Una credibile affermazione dei "valori superiori" non poteva infatti fondarsi solo sulla «profonda conoscenza ed elaborazione della cultura costituzionale europea» da parte dei giuristi⁵⁵, ma richiedeva altresì «la riappropriazione costituente da parte dell'intero popolo», verificatasi, seppur in un contesto di incerta mobilitazione politica, nei due referendum tenutisi nel corso della transizione costituzionale spagnola⁵⁶. Insomma, sarebbe bastato rileggere il Mortati della Teoria del potere costituente per rendersi conto della scarsa portata costituente di una Carta e, più in generale, di un diritto costituzionale senza sovrano: «anche se il suo [della costituzione] contenuto può essere desunto dal di fuori, la sua forza imperativa non è derivabile se non dalle stesse forze politiche che fanno sorgere lo Stato, espressione immediata del loro potere sovrano»⁵⁷. Di forze politiche seriamente disposte a sostenere un ordine costituzionale europeo non se ne vedevano e non se ne vedono tante in giro, e pensare che il dialogo tra le Corti potesse costituire un equivalente funzionale di un processo costituente di matrice politica era ed è un'illusione che probabilmente ci si sarebbe potuti risparmiare. Nonostante ciò, l'illusione dell'equivalenza funzionale tra costituzioni nazionali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rimane uno dei lasciti più tossici della belle époque. Lo ha ben spiegato recentemente Roberto Bin, sottolineando come i diritti fondamentali costituiscano una sublimazione ristretta e decontestualizzata dei diritti costituzionali⁵⁸. Ma già durante la belle époque del

⁵⁵ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 8, nota 1.

⁵⁶ V. Ferreres Comella, *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland, 2013, 1-24.

⁵⁷ C. Mortati, *Teoria del potere costituente [1945]* (Quodlibet, in corso di pubblicazione), 33.

⁵⁸ R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018, 123, «il diritto fondamentale sarebbe quindi qualcosa di diverso dal diritto costituzionale: ne è la sublimazione. E' evidente che questo processo produce una "dematerializzazione" dei diritti, una riduzione di essi ad un'essenza ristretta e decontestualizzata. Rappresenta una sorta di massimo comun divisore, che rende coerenti le diverse scritture di un diritto riducendolo al suo nucleo essenziale e estirpandolo dal suo contesto storico-culturale, ma anche da quello normativo».

costituzionalismo vi era chi denunciava come mistificatoria l'idea di equivalenza funzionale, giungendo coerentemente a rifiutare l'adornamento del diritto europeo con orpelli costituzionali.

Ulrich Haltern, per esempio, all'indomani della solenne proclamazione della Carta di Nizza pubblicava un articolo passato per i più inosservato in cui si sosteneva come fosse una pia illusione quella di risolvere il deficit di legittimazione sociale dell'Unione europea attraverso il processo di costituzionalizzazione e la Carta dei diritti⁵⁹. La critica muoveva dall'assunto che il diritto, ed in particolare il diritto costituzionale, costituisce la memoria ed il deposito dell'immaginazione di una comunità politica⁶⁰. La portata costitutiva di un corpus di norme e la sua attitudine a suscitare un senso di appartenenza all'interno di una comunità politica non dipende tanto dalla sua intrinseca razionalità, giustizia o efficienza, quanto dalla sua capacità di stimolare la partecipazione emotiva dei cittadini⁶¹. Per questo i testi costituzionali sono spesso circondati da una retorica pubblica riguardante le origini storiche di quella comunità politica⁶². Perché un simile mito costitutivo sia percepito come autentico e, quindi, credibile, è decisiva l'esistenza di un sacrificio idoneo a concretizzare e rendere tangibili quei principi iscritti nel testo che altrimenti apparirebbero astratti e scarsamente autorevoli⁶³. Ebbene, secondo Haltern, il diritto dell'Unione europea è del tutto sprovvisto di questa dimensione mitica, non potendo rifarsi a sacrifici che ne legittimino l'esistenza⁶⁴. Questa carenza si può riscontrare a più livelli, ad esempio

⁵⁹ U. Haltern, *Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in European Imagination*, in *European Law Journal*, 2003, 9, 14-44.

⁶⁰ La critica di Haltern è fortemente influenzata dal pensiero di P. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, 2000.

⁶¹ U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., 18.

⁶² *Ibidem*, 21-23.

⁶³ Osserva infatti Haltern che «revolutions are, first of all, ideas. The abstract idea, however, becomes the foundation of a new political order only when individuals are willing to engage in acts of sacrifice and invest their bodies in that new set of ideas» e «sacrifice makes the body a text, a bearer of an authenticated testimony» (*Ibidem*, 23). Sull'importanza politica del sacrificio si veda anche M. Halbertal, *Sul sacrificio*, Firenze, 2014.

⁶⁴ U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., 18-19.

se si considerano l'origine razionalista delle Comunità economiche⁶⁵, la prevalenza della componente tecnocratica nella cultura istituzionale dell'Unione e la costante proiezione verso il futuro piuttosto che verso il passato del processo di integrazione europea⁶⁶. Mancando queste precondizioni, rilevava Haltern, i tentativi dell'Unione di creare un'identità politica condivisa e di dotarsi un apparato simbolico analogo a quello degli stati nazionali appaiono inetti e comici⁶⁷.

Operazioni come l'adozione della Carta di Nizza costituiscono una dimostrazione spettacolare di questi limiti. La Carta, secondo Haltern, serve ad aggiungere patos e patina al progetto europeo, a dissimularne la reale identità e a farlo accreditare nei ranghi del costituzionalismo democratico, in modo analogo a quanto accade al *nouveau riche* al momento dell'ammissione in una nuova e prestigiosa cerchia sociale⁶⁸. Nonostante ciò, i testi dell'Unione rimangono gusci vuoti privi di radici, incapaci di evocare un autentico mito originario o dei sacrifici condivisi che possano legittimare gli impegni costituzionali dell'Unione⁶⁹. Si badi, non si tratta di testi inutili o inefficaci se li si valuta secondo quello che Roberto definisce come paradigma garantista, ovvero nell'ottica dell'effettiva tutela dei diritti fondamentali. Siamo in presenza di testi invece scarsamente efficaci se ci aspettiamo da essi il raggiungimento di traguardi al momento irrealizzabili per l'Unione, quali l'instaurazione di una comunità politica sovranazionale e lo sviluppo di un assetto

⁶⁵ Ibidem, 19 e 25, dove si rileva come la matrice razionale delle Comunità europee fu concepita in reazione alle passioni distruttive che avevano alimentato nel passato recente la politica europea. Una ricostruzione analoga si rinviene in J. H. H. Weiler, *To be a European Citizen – Eros and Civilization*, in *Journal of European Public Policy*, 1997, 4,495-519.

⁶⁶ U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., 25-27, dove si afferma come «the Union cannot compete with the law of the Nation States as a source of order or transcendental being in terms of what it is. It can only attempt to do so in terms of what it is not, and in terms of what it will be».

⁶⁷ Ibidem, 28.

⁶⁸ Ibidem, 33-35.

⁶⁹ Ibidem, 32.

istituzionale credibilmente indirizzato alla realizzazione delle strutture (e non solo dei principi) del costituzionalismo liberale, sociale e democratico⁷⁰.

2. L'elusione dell'economia politica e l'illusione del costituzionalismo democratico e sociale

Ulrich Haltern chiudeva provocatoriamente il proprio saggio affermando che l'Unione europea avrebbe dovuto desistere dai propri tentativi di imitare il costituzionalismo nazionale per abbracciare senza infingimenti la cultura del consumismo liberale⁷¹. Solo in questo modo l'ordinamento europeo sarebbe stato in grado di riallinearsi autenticamente con una società post-tradizionale che nel frattempo andava popolandosi di consumatori dotati della consapevolezza e, aggiungo io, del potere di acquisto necessari a generare una pluralità di stili di vita alternativi all'ideale di cittadinanza politica promosso dal costituzionalismo moderno⁷². Proprio l'assenza di un pesante bagaglio storico e la disponibilità di un assetto ordinamentale incentrato sul mercato e sull'expertise scientifica ponevano l'Unione in una posizione privilegiata per farsi interprete di questa società⁷³. Il futuro immaginato da Haltern per l'Unione non era quindi quello di un ordine costituzionale sovrastatale, ma piuttosto quello di un ordinamento genuinamente tecnocratico in grado di valorizzare i nuovi stili di vita e l'emergente individualismo dei consumatori europei⁷⁴. In questo, anch'egli si dimostrava figlio del proprio tempo, ovvero di una belle époque in cui, oltre a

⁷⁰ L'incapacità del costituzionalismo di acquisire questa dimensione fondativa è ben colta da N. Walker, *Reframing EU Constitutionalism*, in J. L. Dunoff, J. Trachtman (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, 2009, 149-176. Anche Toniatti pare intuire la diversa pregnanza del costituzionalismo europeo quando, nell'evidenziarne le peculiarità, indica il suo approdo nell'istituzione di un sistema di governance piuttosto che di government, cfr. R. Toniatti, *La via giurisdizionale*, cit., 187-188.

⁷¹ U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., 39.

⁷² *Ibidem*, 39-40

⁷³ Osserva infatti Haltern che «Union texts do not constitute a collective self; rather, they constitute a common market», (*Ibidem*, 32).

⁷⁴ Non è chiaro se nella prospettiva di Haltern la prospettiva di un'Unione europea chiamata principalmente a valorizzare il consumatore acquisti carattere pervasivo o debba convivere piuttosto con il costituzionalismo degli stati membri, in cui cittadinanza e partecipazione politica continuano a svolgere un ruolo prioritario o, comunque, significativo.

coltivare una concezione sostanzialmente depoliticizzata del costituzionalismo, non si nutrivano certo remore nell'idealizzare il consumatore⁷⁵ ed il mercato⁷⁶.

Nel richiamare l'attenzione sulle realtà della società post-tradizionale, Haltern coglieva ulteriormente nel segno facendo luce su un altro angolo cieco dell'emergente costituzionalismo europeo: l'economia politica. Comune a gran parte del costituzionalismo della belle époque era infatti l'elusione delle questioni economiche, quasi che l'Unione europea non avesse una storia fortemente condizionata dall'esperienza del mercato comune e non si fosse avviata proprio negli anni in cui la Carta veniva elaborata all'instaurazione di una controversa unione economica e monetaria. Verso la definizione dei "valori superiori" rispecchia pienamente questo approccio omissivo. La lettura del saggio ci restituisce infatti una rappresentazione del contesto ordinamentale in cui la Carta di lì a poco si troverà ad operare contrassegnato essenzialmente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti fondamentali⁷⁷. L'Unione europea appare perciò come un ordine sovrastatale impegnato in una serie di non meglio specificate politiche nella definizione delle quali i diritti sono incidentalmente tutelati⁷⁸ attraverso un sistema giurisdizionale integrato chiamato a dare applicazione alla CEDU e alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri⁷⁹. Il fatto che questa giurisprudenza fosse quantitativamente ridotta e che invece il grosso dell'attività svolta nei circuiti giudiziari europei riguardasse le libertà economiche o la regolamentazione del mercato è un dato che passa inosservato, così come trascurato è il fatto che, almeno

⁷⁵ U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., 43, dove il consumatore europeo è così ritratto: «the postmodern consumer is ironic and knowing, reflexive and aware of the game being played. She has considerable cultural capital and is able both to make sense of wealth of mobile and detached signs and to treat them just as signs. We might imagine her obtaining pleasure not necessarily from the things themselves but from the experience of assembling and deconstructing images».

⁷⁶ ... e così egli esprime fiducia nel mercato: «it seems that to participate in the competition that races along before our eyes is to reconstitute subjectivity. Perhaps the perils of the market are met effectively only by the weapons of the market» (Ibidem, 38).

⁷⁷ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 11.

⁷⁸ Ibidem, 19.

⁷⁹ R. Toniatti, *Presentazione*, cit., 1.

a partire da *Cassis de Dijon*⁸⁰, la Corte di giustizia fosse impegnata in un notevole sforzo di deregolamentazione riguardante tutti i fattori di produzione. Solo in un paio di passaggi, entrambi brevi ma estremamente emblematici, l'economia politica fa capolino. Nel primo la Carta viene accomunata alla moneta unica quale fattore di consolidamento dell'ordine giuridico e politico europeo⁸¹. Nel secondo il mercato unico (assieme allo sviluppo sostenibile) è incluso nel "valore superiore" della coesione sociale, salvo poi attribuirsi alla solidarietà la funzione di «fattore compensativo e di riequilibrio dell'origine economica dell'integrazione europea»⁸².

Già allora l'idea che la moneta unica costituisse solo una delle tante tessere del mosaico europeo e non invece il suo asse fondamentale poteva apparire semplicistica, così come piuttosto ingenuo poteva apparire il pensiero che l'elevazione della solidarietà a valore superiore della Carta potesse rafforzare la dimensione sociale dell'Unione europea fino addirittura a riequilibrarne la più risalente impronta economica. Non vi è dubbio però che, nell'attingere all'iconografia del costituzionalismo europeo dell'immediato secondo dopoguerra, la Carta di Nizza potesse evocare una venerabile tradizione costituzionale intrecciata, almeno alle origini, con una altrettanto venerabile concezione dell'economia politica. Piuttosto evidente era infatti il nesso tra i "valori superiori" della Carta ed il costituzionalismo democratico e sociale degli stati membri, a sua volta debitore delle esperienze costituzionali effettuate in Europa negli anni '20 e '30, ma soprattutto delle politiche e del più fortunato modello costituzionale introdotti negli Stati Uniti d'America con il New Deal⁸³. Il tratto comune a queste vicende che sarebbe poi stato trasmesso al costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra era il ripudio del mito del *laissez-*

⁸⁰ Causa 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, ECLI:EU:C:1979:42. L'importanza storica e sistematica di questa pronuncia si deve al passaggio operato dalla Corte di giustizia da una interpretazione delle norme sulla libera circolazione delle merci incentrata sul divieto di discriminazione sulla base della nazionalità al più incisivo criterio del paese d'origine. Per una ricostruzione approfondita di questa trasformazione e delle sue implicazioni si veda A. Menéndez, *The Existential Crisis of the European Union*, in *German Law Journal*, 2013, 14, 471-484.

⁸¹ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 8.

⁸² R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 24.

⁸³ In particolare di quello più tardo, dove si tentò la codificazione di una serie di impegni costituzionali dapprima con l'Atlantic Charter e di lì a poco con il Second Bill of Rights. Per una ricostruzione di queste vicende si rinvia a C. Sunstein, *The Second Bill of Rights. FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever* (New York, 2004), capitolo 4 ed E. Borgwardt, *A New Deal for the World. America's Vision for Human Rights*, Cambridge MA, 2005, capitolo 1.

faire⁸⁴ e l'adesione ad una concezione interventista del governo dell'economia capace di assicurare prosperità, correzione dei fallimenti dei mercati e redistribuzione⁸⁵ in un contesto costituzionale complessivo in cui tanto il capitalismo quanto la democrazia erano salvaguardati⁸⁶. Oltre a sperimentare sul campo una varietà notevole di politiche pubbliche⁸⁷, soprattutto il New Deal era riuscito a trasformare la cultura costituzionale e l'economia politica americana, promuovendo il passaggio da una società esposta alla selfish agitation⁸⁸ di self-supporting men⁸⁹ ad una società incentrata sull'interdipendenza⁹⁰ e aspirante all'emancipazione delle fasce sociali più vulnerabili dai rischi connessi ai mercati⁹¹.

Osservata in quest'ottica, la Carta esprimeva sicuramente una speranza, destinata però ad infrangersi inesorabilmente in mancanza di forze sociali e politiche disponibili a tradurre i suoi principi in azione politica e strutture giuridiche coerenti⁹². La proclamazione della Carta avveniva infatti in un contesto giuridico ed economico già pesantemente segnato da almeno un decennio di politiche neoliberali, attuate a seguito dello smantellamento di quel sistema di relazioni internazionali instaurato nell'immediato secondo dopoguerra che aveva permesso ai governi nazionali di

⁸⁴ C. Sunstein, *The Second Bill of Rights*, cit., 19.

⁸⁵ B. Ackerman, *We the People. Transformations*, Cambridge MA, 1998, 256.

⁸⁶ K. K. Patel, *The New Deal. A Global History*, Princeton, 2016, 3.

⁸⁷ *Ibidem*, capitoli 2 e 4.

⁸⁸ C. Sunstein, *The Second Bill of Rights*, cit., 11.

⁸⁹ *Ibidem*, 25-26.

⁹⁰ *Ibidem*, 26-27.

⁹¹ A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., 11-12.

⁹² E' rimasto largamente inascoltato l'appello formulato da Stefano Rodotà all'indomani dell'approvazione della Carta: «... l'integrazione attraverso i diritti non appare soltanto come una sorta di necessità imposta dall'ormai evidente inadeguatezza dell'integrazione attraverso il mercato e la moneta. Non è un rimedio, è una via maestra. Percorrerla non sarà facile. Proprio perché la Carta non è un approdo, ma la visibile apertura d'un processo costituente, molti soggetti dovranno concorrere in questa impresa. Alla quale i giuristi non devono opporre un non possumus fondato sulle loro antiche certezze e rassicuranti categorie. Non possono sottrarsi alla sfida dell'inedito, della costruzione progressiva, peraltro affidata soprattutto alle energie politiche e sociali» (S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in AA. VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, cit., 88-89).

rafforzare e sostenere il costituzionalismo democratico e sociale⁹³. Piuttosto che costituire un argine a questi sviluppi, l'Unione europea li aveva abbracciati, promossi e amplificati. Con la liberalizzazione dei movimenti di capitali⁹⁴ e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria imperniata sull'obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi⁹⁵, un sistema di banche centrali indipendenti⁹⁶ ed il mero coordinamento delle politiche economiche nazionali⁹⁷, l'Unione europea aveva già posto le basi di un'economia politica disallineata dall'ordine giuridico e politico evocato dalla Carta⁹⁸. Quest'ultima, lungi dall'operare come una tessera traslucida capace di far emergere la concreta configurazione del gubemaculum europeo⁹⁹, stendeva sopra ad esso una patina opaca ed ottundente. In presenza di trattati che irrigidivano a livello costituzionale un preciso e discutibile indirizzo di politica economica, i principi della Carta rivelavano tutta la loro inidoneità a plasmare o a rifondare su nuove basi il governo europeo dell'economia. In realtà a Nizza era stato allestito un apparato coreografico che, a prescindere dalle intenzioni dei suoi autori, aveva l'effetto di attenuare la radicalità degli obiettivi e dell'architettura istituzionale prevista dai trattati in modo da anestetizzare quegli attori (sindacati, partiti politici, corti costituzionali) che ne avrebbero potuto contrastare l'attuazione¹⁰⁰. Ecco quindi che, proprio nel momento in cui si ammetteva l'Unione nel novero delle democrazie costituzionali attraverso l'evocazione delle nobili tradizioni del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra, si consumava la trasformazione dello stato

⁹³ J. G. Ruggie, *Globalization and the Embedded Liberalism Compromise: The End of an Era?*, MPIfG Working Paper 97/1.

⁹⁴ Direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato.

⁹⁵ Art. 127 TFUE.

⁹⁶ Artt. 130-131 TFUE.

⁹⁷ Art. 121 TFUE.

⁹⁸ Si è parlato a riguardo di una «torsione neoliberale», cfr. E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del diritto*, 2013, 481. Sul punto cfr. anche M. Dani, A. Menéndez, *E' ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale ed integrazione europea?*, in *DPCE online*, 2020, 39-52.

⁹⁹ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., 8.

¹⁰⁰ Che i principi costituzionali possano fungere da oppiacei è affermato da A. Guazzarotti, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 7.

interventista in stato regolatore¹⁰¹ e si consolidava quella logica del vincolo esterno¹⁰² che, con l'entrata in vigore della moneta unica, avrebbe portato all'indebolimento dei sistemi di welfare nazionali e al progressivo ridimensionamento delle istituzioni democratiche e dei sistemi politici degli stati membri¹⁰³.

IV. Dalla delusione alla rivalutazione: i "valori superiori" della Carta come fondamento di un'Unione societas

1. I deludenti esiti della Carta di Nizza

L'illusione di instaurare un ordine costituzionale democratico e sociale attraverso la Carta di Nizza era forse innocente, ma sicuramente non era innocua. Negli anni successivi alla sua proclamazione essa ha acquisito valore giuridico vincolante¹⁰⁴, paradossalmente in esito ad un processo di ratifica dei trattati reso possibile dalla scelta dei capi di stato e di governo di abbandonare l'impiego del lessico costituzionale così abbondantemente profuso nel Trattato costituzionale¹⁰⁵. In una fase già declinante del processo di costituzionalizzazione, la Carta non è riuscita ad esprimere un'autonoma portata costituente: essa non ha irradiato con i propri principi l'ordinamento dell'Unione per depurarlo dall'impianto neoliberale e non è riuscita nemmeno ad imprimere nel diritto europeo una svolta in senso democratico e sociale. La Carta ha contribuito piuttosto a rendere più sostenibile l'impianto delle politiche europee previsto dai trattati, finendo quindi per rafforzarlo. Insomma, essa non si è solo rivelata funzionale all'obiettivo di anestetizzare i potenziali oppositori dell'agenda neoliberale dell'Unione, ma ha anche rafforzato razionalità ed expertise

¹⁰¹ A. La Spina, G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, capitolo 1.

¹⁰² K. Featherstone, *The Political Dynamics of the Vincolo Esterno: The Emergence of the EMU and the Challenge to the European Social Model*, in *Queen's Papers on Europeanization*, Working Paper No. 6/2001, 9-15, C. J. Bickerton, *European Integration. From Nation States to Member States*, Oxford, 2012, 131-136.

¹⁰³ A. Supiot, *The Spirit of Philadelphia. Social Justice vs. Total Market*, 2012, London, 18-21.

¹⁰⁴ Art. 6 TUE

¹⁰⁵ Cfr. Conclusioni della Presidenza del Consiglio Europeo del 21-22 Giugno 2007. Nei fatti l'abbandono è stato solo parziale, visto che non solo il Trattato di Lisbona ha attribuito valore vincolante alla Carta, ma alcune norme del trattato stesso (si pensi ad esempio a quelle sulle competenze) hanno mantenuto la loro connotazione lessicale costituzionale.

come tratti distintivi del sistema di governance sovranazionale¹⁰⁶. Ciò che è però più sorprendente e paradossale è che, attraverso l'iconografia del costituzionalismo democratico e sociale, la Carta ha agevolato un processo di profonda trasformazione di quel modello sociale europeo che, almeno secondo le attese, essa avrebbe invece dovuto proteggere¹⁰⁷.

Registrate le deludenti prestazioni della Carta sul versante costituente, si può esprimere un giudizio un po' più benevolo in relazione alla sua portata garantista. Non si tratta qui solo di prendere atto del fatto che periodicamente i diritti fondamentali della Carta riescono a competere con altre narrative dell'integrazione europea ed occupare, seppure temporaneamente, la dimensione di un simbolico monopolizzato dalle ricorrenti crisi dell'integrazione¹⁰⁸. Più rilevanti sembrano i sempre più frequenti casi, riscontrabili soprattutto nelle materie meno condizionate dall'impostazione neoliberale dei trattati, dove l'applicazione della Carta di Nizza ha contribuito ad un significativo incremento dei livelli di tutela di alcuni diritti fondamentali¹⁰⁹.

Nell'ambito della regolamentazione del mercato, la Carta non è riuscita invece a modificare l'imprinting genomico del diritto europeo¹¹⁰. In questo frangente i diritti fondamentali sono assurti a parte integrante dell'assetto di governo dell'Unione e degli stili di vita da esso promossi¹¹¹. Pertanto, gli individui hanno potuto trovare nei principi della Carta un sostegno nel loro processo di adattamento alle politiche

¹⁰⁶ U. Haltern, Pathos e Patina, cit., 37.

¹⁰⁷ S. Rodotà, La Carta come atto politico e documento giuridico, cit., 79.

¹⁰⁸ L'occupazione dello spazio simbolico da parte delle questioni connesse ai diritti è esaminata da A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., 241-242. Alcuni esempi a riguardo tratti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia possono riguardare Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, ECLI:EU:C:2008:461; Causa C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, ECLI:EU:C:2014:317; Causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650.

¹⁰⁹ Si vedano in particolare Cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S.*, ECLI:EU:C:2011:865; Cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, *M c. Ministerstvo vnitra e X. e X. c. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, ECLI:EU:C:2019:403.

¹¹⁰ R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., 70.

¹¹¹ D. Chalmers, S. Trotter, *Fundamental Rights and Legal Wrongs: The Two Sides of the Same EU Coin*, in *European Law Journal*, 2016, 22, 9-39.

dell'Unione¹¹², non solo per quanto concerne i loro rapporti con le autorità pubbliche, ma anche nelle loro relazioni con altri soggetti privati¹¹³. Molto più difficile si è rivelato per essi far leva sui diritti fondamentali per problematizzare ed eventualmente contestare l'economia politica sottostante alle politiche dell'Unione¹¹⁴. Di questo si è avuta plateale conferma durante la crisi economica e finanziaria, quando, per la definizione delle norme e delle procedure per salvare l'unione economica e monetaria, si è preferito ricorrere all'aritmetica degli indicatori macroeconomici in luogo del linguaggio dei diritti fondamentali¹¹⁵. Non sorprende perciò che la Carta di Nizza abbia potuto contribuire in misura assolutamente marginale ad alleviare le sofferenze dei cittadini colpiti dalle misure di austerità¹¹⁶, lasciando gran parte dell'incombenza sulle spalle delle costituzioni e delle corti costituzionali nazionali¹¹⁷. E anche quando ci si è resi conto che un livello minimo di tutela dei diritti economici e sociali avrebbe reso più sostenibile il sistema di governance economica dell'Unione¹¹⁸, la Commissione si è dimostrata particolarmente riluttante ad impiegare le norme della Carta per ricalibrarne le procedure, preferendo fare affidamento su meno impegnative fonti di soft-law per conferire all'austerità un volto umano¹¹⁹.

¹¹² Ibidem, 27.

¹¹³ Ibidem, 33.

¹¹⁴ Ibidem, 34.

¹¹⁵ M. Dani, Numeri e principio democratico: due concezioni a confronto nel diritto pubblico europeo, in C. Bergonzini, S. Borelli, A. Guazzarotti, *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, Napoli, 2016, 101-111. Sull fenomeno del governo attraverso i numeri si veda A. Supiot, *The Spirit of Philadelphia*, cit., 58.

¹¹⁶ D. Chalmers, S. Trotter, *Fundamental Rights and Legal Wrongs*, cit., 36. Le drammatiche conseguenze delle politiche di austerità adottate in Spagna sono state rilevate ad inizio anno dal United Nations Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, cfr. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25524&LangID=E>.

¹¹⁷ M. Dani, *National Constitutional Courts in Supranational Litigation: A Contextual Analysis*, in *European Law Journal*, 2017, 23, 207-212.

¹¹⁸ J. Zeitlin, B. Vanhercke, *Socializing the European Semester: EU Social and Economic Policy Coordination in Crisis and Beyond*, in *Journal of European Public Policy*, 2018, 157.

¹¹⁹ Comunicazione della Commissione, "Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali" COM (2017) 250 final. Per un primo commento si vedano F. Saitto, "Risocializzare l'Europa. La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione europea", in *Rivista di diritti comparati*, 2017, 88-133, e S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2017, 953-962.

2. La rivalutazione della Carta come catalogo dei "valori superiori" di un ordine sovranazionale democratico

E' proprio quando la delusione per la scarsa resa della Carta suggerirebbe di archiviare la stagione della belle époque del costituzionalismo europeo che la prospettiva dei "valori superiori" può offrire un insperato punto di riferimento a coloro che sono interessati ad un ripensamento complessivo delle strutture dell'Unione europea. Non si intende qui formulare l'irrealistico auspicio di una tardiva conversione dell'Unione ad una democrazia costituzionale pan-europea. In linea con le suggestioni formulate vent'anni or sono da Roberto, si ritiene più promettente ma soprattutto più praticabile un ripensamento nel senso dell'instaurazione di un ordine giuridico e politico sovranazionale funzionale al mantenimento e allo sviluppo delle tradizioni costituzionali democratico-sociali comuni agli stati membri. Per le ragioni brillantemente esposte da Haltern, non ritengo infatti che nella attuale fase storica sia realistica la prospettiva di un'Unione europea che si dota di credenziali politiche e giuridiche sufficienti a porsi come un reale competitor degli stati membri sul terreno costituente. Pare invece più percorribile l'ipotesi di un ritorno alle origini, da intendersi non tanto come una regressione del processo integrativo alla mera regolamentazione del mercato comune, ma piuttosto nel senso di un recupero di quello spirito originario che ha portato le Comunità europee non tanto a sostituirsi ai propri stati membri quanto a contribuire concretamente al loro salvataggio¹²⁰ attraverso lo svolgimento di una serie di funzioni ad essi complementari¹²¹.

Proprio l'obiettivo di un riallineamento dell'ethos e del telos dell'Unione con quello degli stati membri consentirebbe di rivalutare la prospettiva dei "valori superiori". Nelle attuali circostanze storiche l'Unione europea si presenta come un'organizzazione che solo nelle premesse assiologiche può vantare una effettiva omogeneità con il costituzionalismo democratico e sociale nazionale. Se si fa eccezione per le politiche meno condizionate dal progetto dell'unione economica e monetaria, nelle quali la Carta ha tutte le possibilità di affermarsi come la principale

¹²⁰ La prospettiva indicata si innesta nelle ricostruzioni proposte da A. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, Oxon, 2000. Per una rivalutazione complessiva cfr. M. Dani, A. Menéndez, *E' ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, cit.

¹²¹ In senso analogo v. R. Keohoane, S. Macedo, A. Moravcsik, *Democracy-enhancing Multilateralism*, in *International Organization*, 2009, 63, 1-31.

cornice costituzionale di riferimento, gran parte del diritto dell'Unione appare fortemente condizionato dalla torsione neoliberale ad esso impressa a partire dalla fine degli anni '70 e progressivamente consolidata nel diritto primario a partire dall'Atto unico europeo ed il trattato di Maastricht. Come si è accennato, tale sviluppo istituzionale ha avuto l'effetto di irrigidire nei trattati una precisa agenda di politica economica che è difficile riconciliare con il carattere aperto delle costituzioni nazionali¹²². Questa forte connotazione teleologica si riscontra nella persistente applicazione di una serie di principi di regolamentazione del mercato dalla penetrante portata deregolativa e nella conformazione dell'ordine delle competenze dell'Unione, caratterizzato non solo da una lista di ambiti materiali, ma anche dalla prescrizione degli obiettivi da perseguirsi al loro interno. In ragione di un simile assetto istituzionale, l'Unione si presenta ancora oggi come una *universitas*, ovvero come una organizzazione stabilita per il perseguimento di specifici obiettivi, piuttosto che come una *societas*, ossia una forma associativa diretta a promuovere tra i suoi aderenti una serie di relazioni non strumentali¹²³. I limiti costituzionali di un ordine giuridico e politico operante come una *universitas* sono presto intuibili. Non si tratta qui solo di prendere atto del fatto che, in tempi di cambiamenti economici e sociali assai accelerati, un assetto costituzionale chiuso è maggiormente esposto al rischio di obsolescenza¹²⁴. Qualche anno fa Dieter Grimm ha avuto il merito di evidenziare le eccessive limitazioni al principio democratico di un'architettura istituzionale nella quale l'unica competizione politica ammessa è quella tra diverse strategie attuative della stessa agenda politica neoliberale¹²⁵. Se invece ci si sposta su un terreno più sostanziale, ci si può facilmente accorgere di quanto in un'Unione ancora fortemente ancorata ad un particolare tipo di razionalità economica i diritti fondamentali non

¹²² Cfr. V. Onida, *La costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, Bologna, 2004, 47-49, e G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 133-135.

¹²³ M. Oakshott, *On Human Conduct*, Oxford, 1975, 88.

¹²⁴ Il rischio pare essersi concretizzato in occasione del controllo di legittimità dei programmi di quantitative easing della Banca centrale europea su cui si vedano Causa C-493/17, *Heinrich Weiss e altri*, ECLI:EU:C:2018:1000 e BVerfG, *Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15*. Sull'obsolescenza del paradigma monetario codificato nei trattati si veda A. Tooze, *The Death of the Central Bank Myth*, in *Foreign Policy*, May 13 2020, <<https://foreignpolicy.com/2020/05/13/european-central-bank-myth-monetary-policy-german-court-ruling/>>.

¹²⁵ D. Grimm, *The Democratic Cost of Constitutionalization: The European Case*, in *European Law Journal*, 2015, 21, 460-473.

possano che svolgere un ruolo ad essa subordinato e di natura sostanzialmente sovra-strutturale.

E' sulla base di una simile diagnosi dello status quo e delle preoccupazioni da esso suscitate che ritengo urgente una trasformazione concettuale da un'Unione universitas ad un'Unione societatis. In quest'ultima prospettiva, la partecipazione degli stati membri al processo di integrazione europea non dovrebbe più comportare la loro co-optazione all'interno di politiche orientate fin dalla loro disciplina nei trattati al perseguimento di finalità particolari. L'essere membri dell'Unione dovrebbe piuttosto essere interpretato come l'impegno costituzionale a partecipare ad una associazione politica dalle finalità non predefinite, coinvolgente una serie di comunità politiche nazionali accomunate dalla condivisione di una serie di principi comuni e disponibili a perseguire gli obiettivi e le politiche risultanti da una deliberazione democratica aperta.

Per poter procedere in questa direzione, sarebbe anzitutto indispensabile procedere ad una radicale decostituzionalizzazione dei trattati, in particolare attraverso l'eliminazione di tutte quelle norme che, nella definizione delle politiche europee, ne predeterminano l'indirizzo. Attraverso una simile apertura dell'assetto istituzionale europeo, gli obiettivi dell'Unione non sarebbero più imposti alle istituzioni europee o agli stati membri, ma diventerebbero contendibili all'interno delle discussioni e delle decisioni del Parlamento europeo e del Consiglio. La stessa idea di decostituzionalizzare i trattati permetterebbe di riconfigurare il sistema di regolamentazione del mercato unico. Come già in parte accade, la regolamentazione del mercato dovrebbe essere perseguita principalmente attraverso misure di armonizzazione positiva, possibilmente a partire da un'unica base giuridica che preveda la sola regola della maggioranza qualificata. Molto opportuno sarebbe invece sfoltire il testo dei trattati dai principi di regolamentazione del mercato, limitandosi alla definizione di mercato unico e alla previsione del divieto di discriminazione sulla base della nazionalità¹²⁶.

Allегgerita dal proprio ingombrante bagaglio teleologico, l'Unione potrebbe iniziare ad operare come un'organizzazione regionale aperta ad una pluralità di svolgimenti

¹²⁶ La protezione degli interessi economici attualmente tutelati dai principi di regolamentazione del mercato potrebbe comunque essere assicurata dalle libertà economiche previste nella Carta (cfr. artt. 15-17), auspicabilmente bilanciate in maniera più equilibrata di quanto talvolta non sia accaduto nella giurisprudenza più attivista della Corte di giustizia.

politici alternativi. Un'Unione concepita come una *societas* potrebbe più facilmente valorizzare le tradizioni costituzionali comuni ai suoi stati membri e i "valori superiori" definiti nella Carta come fondamenti assiologici esclusivi e come cornice di principi per le proprie politiche. Un simile riallineamento con il costituzionalismo degli stati membri potrebbe aprire la porta a tre importanti sviluppi. In primo luogo, la decostituzionalizzazione dei trattati ed il conseguente recupero di una condizione di omogeneità assiologica e teleologica tra Unione e stati membri consentirebbe una più convinta costituzionalizzazione della partecipazione al processo di integrazione europea all'interno delle costituzioni nazionali. A sua volta, la incorporazione dell'Unione all'interno delle costituzioni nazionali permetterebbe alle istituzioni europee di ergersi con maggiore credibilità a difesa dei "valori superiori", prevedendo per la loro violazione procedure e sanzioni più praticabili e severe di quelle previste dall'attuale art. 7 TUE. Infine, l'introduzione nelle costituzioni nazionali di una esplicita clausola di integrazione permetterebbe di subordinare le discipline nazionali del recesso dall'Unione all'aggregazione di un ampio consenso politico, sostanzialmente equiparandolo a quello necessario per la revisione di una costituzione rigida, così da non esporre la partecipazione al processo di integrazione alle volubili preferenze delle maggioranze politiche contingenti.

Non vi è dubbio, è assai difficile prevedere se e quando l'Unione europea sarà capace di affrancarsi dagli attuali condizionamenti in senso neoliberale per assumere una più coerente configurazione democratica. Nell'attuale fase politica il passaggio da un'Unione *universitas* ad un'Unione *societas* appare un orizzonte remoto, anch'esso privo, come a suo tempo la prospettiva dei "valori superiori", di attori politici e sociali sufficientemente determinati a concretizzarlo. Dovendo proprio azzardare una previsione, si può però affermare che, nel momento le condizioni politiche per una simile svolta dovessero maturare, la prospettiva indicata in Verso la definizione dei "valori superiori" potrebbe rivivere una seconda e, auspicabilmente, più fortunata giovinezza.

(28 Agosto 2020)