

Diritti fondamentali e conflitto politico nell'Unione europea

Marco Dani

1. Introduzione

Il rapporto che intercorre tra diritti fondamentali e conflitto politico può essere oggetto di una pluralità di impostazioni teoriche. Interessa qui enuclearne tre¹. I diritti fondamentali possono anzitutto essere il *prodotto* di un conflitto politico. È questa una impostazione che tende a descrivere la genesi storica dei diritti e la loro inesauribile capacità di ispirare rivendicazioni sociali e lotte politiche². In questa prospettiva, tanto il riconoscimento quanto il livello di tutela dei diritti fondamentali dipendono in tutto e per tutto dagli esiti concreti del conflitto politico³. Si può poi guardare ai diritti fondamentali come a *precondizioni* del conflitto politico. Secondo questa impostazione, lo svolgimento democratico del conflitto⁴ presuppone il riconoscimento e la garanzia di un certo numero di diritti fondamentali⁵. Si potrà discutere di quanti

¹ L'impostazione proposta riprende le tre teorie della costituzione (costituzione politica, costituzione dei principi e costituzione dei valori) proposte da G. Pino, *Interpretazione costituzionale e teorie della costituzione*, Modena, 2019.

² Si pensi alla ricostruzione evolutiva dei diritti per generazioni di T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, 1950.

³ Chiaro è qui il riferimento alla tradizione del costituzionalismo politico, su cui si vedano J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999; R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge, 2007 e M. Goldoni, *Che cos'è il costituzionalismo politico*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2011, p. 337 ss.

⁴ Si fa qui riferimento ad un conflitto agonistico, ovvero tra avversari che riconoscono reciprocamente come legittime le rispettive istanze, v. C. Mouffe, *On the Political*, Abingdon, 2005, p. 20 s.

⁵ Mi sembra che, pur nelle rispettive differenze, questa impostazione possa accomunare il costituzionalismo garantista di Ferrajoli (su cui v. L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p.

e quali diritti adempiano effettivamente a questa funzione o chiedersi se l'apporto alla vita democratica debba essere una caratteristica indefettibile per il loro riconoscimento. Qualunque sia la risposta a questi interrogativi, in questa prospettiva i diritti fondamentali sono anteposti al conflitto politico e cessano di esserne l'oggetto; del conflitto essi tracciano il perimetro, distinguendo ambiti in cui il conflitto è legittimo da ambiti in cui esso non è più ammesso⁶. Infine, i diritti fondamentali possono essere concepiti anche come negazione del conflitto politico. In questa prospettiva, i diritti fondamentali assurgono ad espressione tangibile dei valori che uniscono (o dovrebbero unire) una comunità politica⁷, non fosse altro che per il fatto di essere il risultato dell'esercizio del potere unificatore per eccellenza: il potere costituente. Se questo aspetto in qualche misura li può accomunare ai diritti come preconditione del conflitto, i diritti come negazione del conflitto esprimono una vocazione più radicale a permeare l'ordinamento nella sua interezza. Così facendo, più che erigere un argine al conflitto politico, essi tendono a sopprimerlo o a relegarlo in angusti interstizi.

Se negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea queste tre concezioni competono e coesistono in modalità complesse, non altrettanto accade nell'ordinamento dell'Ue. Due peculiarità di quest'ultimo si frappongono alla riproposizione *sic et simpliciter* delle impostazioni teoriche anzidette. In primo luogo, il diritto europeo non ha mai guardato al conflitto politico come ad una possi-

2271 ss.) quanto quello principialista di Pino (G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017).

⁶ Un celebre esempio al riguardo è costituito dall'opinione del giudice Robert H. Jackson in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943): «The very purpose of a Bill of Rights was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts. One's right to life, liberty, and property, to free speech, a free press, freedom of worship and assembly, and other fundamental rights may not be submitted to vote; they depend on the outcome of no elections». Va altresì ricordato che nelle concezioni principialiste dei diritti fondamentali, l'area completamente sottratta al conflitto politico è solo quella riconducibile al cosiddetto nucleo essenziale dei diritti, cfr. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit., p. 91 ss.

⁷ Si veda al riguardo la concezione di costituzione come unità materiale di R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988 e il costituzionalismo trasformativo proposto da K.E. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, in 14 *South African Journal of Human Rights*, 1998, p. 146 ss. Per un tentativo di concepire l'unità politica in senso materiale senza negare il conflitto politico si v. K. Hesse, *Concetto e caratteristiche della costituzione* (1999), in Id., *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, Napoli, 2014, p. 73 ss.

bile risorsa capace di promuoverne la vitalità e la stabilità⁸. Concepito sin dalle sue origini anzitutto come diritto dell'integrazione⁹, il diritto europeo tende invece a considerare i conflitti politici come un fattore di potenziale disintegrazione o, comunque, come ostacoli al perseguimento dei propri obiettivi. Tale inclinazione è venuta nel tempo consolidandosi dapprima con il Trattato di Maastricht (1993), quando l'ordinamento dell'Ue ha irrigidito a livello costituzionale una specifica agenda politica di impronta neoliberale, e poi durante la crisi dell'Eurozona, quando all'assetto istituzionale di Maastricht si è data un'attuazione ancor più radicale. Ne è risultato un ordine costituzionale di impronta post-politica¹⁰, in cui i problemi della società post-industriale sono affrontati in maniera prevalentemente consensuale attraverso un approccio pragmatico e manageriale all'interno del quale gli spazi per il conflitto politico sono drasticamente ridotti¹¹. Ad un simile contesto – e veniamo qui alla seconda peculiarità dell'ordinamento dell'Ue – i diritti fondamentali sono stati adattati, da un lato per rafforzare l'autorità del diritto dell'Unione, dall'altro per supplire al suo deficit di legittimazione democratica. Nell'adempiere a queste funzioni, raramente i diritti fondamentali sono riusciti ad ispirare rivendicazioni sociali o lotte politiche minimamente significative, né sono riusciti a porsi come precondizioni per lo svolgimento democratico dei conflitti, visto che programmaticamente questi ultimi venivano espunti dalla vita (post-) politica dell'Unione. Non sorprende pertanto che, ad un certo punto, i diritti fondamentali siano stati impiegati prevalentemente come dispositivo diretto a negare il conflitto politico.

È quest'ultimo uno dei lasciti più tossici della *belle époque* del costituzionalismo europeo, ovvero di quella stagione iniziata all'incirca all'inizio degli anni Ottanta del secolo scorso¹² e conclusasi con i fatali referendum francese e olandese sul Trattato costituzionale del 2005, in

⁸ Sul rapporto tra diritto pubblico e conflitti, si veda M. Dani, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013, p. 68 ss.

⁹ P. Pescatore, *The Law of Integration: Emergence of a New Phenomenon in International Relations, Based on The Experience of The European Communities*, Leiden, 1974.

¹⁰ Impiego il termine nell'accezione data da C. Mouffe, *On the Political*, cit., p. 35 ss.

¹¹ A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, p. 229 ss.

¹² 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 75 *American Journal of International Law*, 1981, p. 1 ss. e G. F. Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, in 26 *Common Market Law Review*, 1989, p. 595 ss.

cui si assiste alla cosiddetta costituzionalizzazione del diritto europeo¹³ un processo quest'ultimo che, nelle speranze di molti, avrebbe dovuto contribuire alla trasformazione dell'Unione da un'organizzazione sovranazionale prevalentemente dedita alla regolamentazione del mercato unico ad un ordine giuridico e politico completamente allineato con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. All'interno di una simile strategia, i diritti fondamentali erano chiamati a svolgere una funzione di primissimo piano: stante l'assenza di soggetti politici capaci di promuovere un processo costituente dell'Unione, le istituzioni europee, con il sostegno di una parte consistente della dottrina e della giurisprudenza, hanno immaginato di poter conseguire lo stesso risultato attraverso la codificazione di un catalogo di diritti fondamentali ed un Trattato costituzionale. Nelle attese dei fautori di questa operazione, l'approvazione di questi documenti avrebbe dovuto innescare una serie di processi politici e istituzionali tali da compensare o supplire all'assenza di un impulso costituente iniziale. Così non è stato, non solo per la mancata ratifica del Trattato costituzionale, ma anche perché l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non ha mai suscitato il livello di mobilitazione politica e sociale auspicato. I diritti fondamentali hanno finito così per occupare una posizione scomoda: impossibilitati a svolgere tutte le funzioni ad essi normalmente assegnate a livello nazionale, essi hanno finito per legittimare un assetto istituzionale che, nelle sue strutture, è andato disallineandosi in misura crescente dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Urgente è quindi l'esigenza di rivisitare criticamente quella stagione; non tanto per denunciare i limiti, ormai palesi, del processo di costituzionalizzazione¹⁴, quanto per evidenziarne (e, auspicabilmente, correggerne) alcune storture che ancora oggi inquinano il discorso sui diritti fondamentali nell'Unione europea. Per operare in questa direzione, si muoverà dall'analisi di un prodotto emblematico della *belle époque* del costituzionalismo europeo, ovvero il saggio di Roberto To-

¹³ 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 e M. Loughlin (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, p. 47 ss.

¹⁴ Cfr. M. Dani e A. J. Menéndez, *Costituzionalismo europeo. Per una ricostruzione demistificatoria del processo di integrazione europea*, Napoli, 2022.

niatti *Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue*¹⁵, uno scritto in cui si argomenta apertamente la tesi della prevalente portata costituente della Carta di Nizza (sezione 2). Tale tesi sarà sottoposta a due approfondimenti critici impostati secondo la dicotomia elusione-illusione (sezione 3). Nel primo si osserva come la tesi della portata costituente della Carta sia basata sull'elusione della sovranità popolare ed alimenti l'illusione dell'equivalenza funzionale tra la costituzionalizzazione in via giurisdizionale e la costruzione politica di un ordine costituzionale. Nel secondo si rileva invece come la tesi in discussione trascuri completamente l'economia politica del diritto europeo, finendo così per ingenerare una seconda illusione, quella di un ordine costituzionale sovranazionale allineato alla tradizione del costituzionalismo democratico e sociale europeo. In esito a questa analisi, si darà conto succintamente dei risultati in larga misura deludenti della Carta di Nizza nel ventennio successivo alla sua proclamazione (sezione 4). A questo riguardo, si osserverà come non solo la Carta abbia svolto un ruolo marginale sul piano costituente, non riuscendo a conformare l'esercizio delle funzioni di governo all'interno dell'Unione secondo le coordinate del costituzionalismo democratico e sociale, ma come essa abbia paradossalmente contribuito a legittimare strutture giuridiche ed economiche disciplinate dai Trattati che in misura rilevante aspirano alla trasformazione (se non addirittura al sovvertimento) di quella tradizione costituzionale. Se, quindi, l'esperienza costituzionale dell'ultimo ventennio induce a liquidare come illusoria la prospettiva di un apporto costituente dei diritti fondamentali nell'Ue, non altrettanto si deve dire per l'assetto istituzionale prefigurato in *Verso la definizione dei "valori superiori"* (sezione 5). L'idea di un ordine giuridico e politico sovranazionale in cui i diritti fondamentali assurgono a cornice esclusiva per le politiche europee può ancora costituire un punto di riferimento importante per un'Unione europea che intenda riallinearsi con la tradizione del costituzionalismo democratico e sociale dei suoi Stati membri. In questa prospettiva, due sono gli obiettivi verso cui occorrerebbe dirigere gli sforzi: da un lato, la drastica decostituzionalizzazione dei Trattati, ovvero la rimozione di tutte le norme che, irri-

¹⁵ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in Id. (a cura di) *Diritto, diritti e giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Padova, 2002, p. 7 ss.

gidendo al loro interno i capisaldi di un ordine economico neoliberale, precludono il pieno esplicarsi dei conflitti politici; dall'altro, la piena rivalutazione dell'idea di diritti fondamentali come precondizioni del conflitto politico.

2. Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario, ovvero della portata prevalentemente costituente dei diritti fondamentali nell'Ue

Publicato come saggio di apertura di un volume collettaneo dedicato all'analisi della Carta di Nizza¹⁶, *Verso la definizione dei "valori superiori" dell'ordinamento comunitario: il contributo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* può essere considerato a tutti gli effetti un prodotto tipico della *belle époque* del diritto costituzionale europeo. In quel saggio, la Carta dei diritti fondamentali dell'Ue è presentata come una tessera di un più ampio mosaico che in quegli anni poteva apparire in via di completamento¹⁷. La codificazione di un catalogo di diritti fondamentali prefigurava infatti «la costruzione di un'Europa autorevole e forte, estesa e coesa, dotata di identità e legittimazione, competitiva sul piano mondiale (non solo ma) anche in ragione dei propri valori»¹⁸. 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 unitaria¹⁹.

Nello scommettere su un orizzonte così ambizioso, l'Autore rifugiava da facili entusiasmi per formulare una posizione connotata da un più misurato realismo: in alternativa ai tanti che allora (come ora) vagheggiavano l'edificazione degli Stati Uniti d'Europa²⁰, egli contrapponeva la prospettiva di un'Unione europea che difficilmente avrebbe acquisito

¹⁶ R. Toniatti (a cura di), *Diritto, diritti e giurisdizione*, cit.

¹⁷ R. Toniatti, *Presentazione*, *ivi*, p. 1.

¹⁸ *Ivi*, p. 1.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ 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., p. 15 ss.), il testo avverte «che la comparabilità con le origini del federalismo statunitense, per quanto suggestiva e comunque inevitabile, è da svolgere con prudenza» (*ivi*, p. 24 s., nota 43).

la forza e la legittimazione necessarie a produrre un *big bang* federale²¹. 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»²². 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»²³.

Tale cammino prefigurava un itinerario per molti versi originale²⁴. Agli occhi dall'Autore, 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»²⁵) erano impegnati ad esercitare volontariamente, stabilmente e parzialmente la propria sovranità attraverso la partecipazione all'esercizio delle funzioni attribuite all'Unione, ivi compresa quella costituente²⁶. Quella che si intravedeva perciò 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

²¹ Ivi, p. 23. Si intravede qui una prospettiva più affine al pensiero anti-federalista americano. La rilevanza di questo filone di pensiero per gli studi europei è evidenziata da D. Jörke e J. Sonnicksen, *Towards an Antifederalist Theory of the EU: Democratic Federal Lessons for the European Union*, in 58 *Journal of Common Market Studies*, 2020, p. 217 ss. e D. Hong, L. Pecchi e G. Piga, *Are Anti-Federalism and Republicanism the Way Forward for a United States of Europe? Lessons from American History*, in 53 *History of Political Thought*, 2022, p. 55 ss.

²² R. Toniatti, *Presentazione*, cit., p. 2.

²³ *Ibidem*.

²⁴ 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 e M. Wind (a cura di), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003, p. 7 ss. 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 46 *Common Market Law Review*, 2009, p. 1069 ss..

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

²⁶ *Ibidem*.

alla regressione²⁷. Non vi è dubbio che una simile prospettiva potesse apparire intellettualmente più intrigante delle più scontate traiettorie del federalismo classico: l'evoluzione di una comunità politica funzionale²⁸ era un fenomeno che induceva ad ipotizzare l'emersione di un *tertium genus* sovrastatale, alternativo tanto allo Stato federale quanto alla confederazione²⁹.

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, l'Autore contrappone due possibili paradigmi interpretativi della Carta³⁰. 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 prevalente³¹. In questa prospettiva, la principale funzione assegnata alla Carta sarebbe quella di promuovere la 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'Unione³².

In che senso quindi la Carta avrebbe portata costituente? È qui che l'Autore ricorre alla metafora del mosaico: in Europa non sarebbe in corso un processo costituente risultante dall'ascesa e dall'affermazione istantanea di una volontà politica costituente; ci troveremmo piuttosto a testimoniare un processo più graduale di perfezionamento di un'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 caratteri tipici del costituzionalismo europeo di derivazione liberale

²⁷ R. Toniatti, *Presentazione*, cit., p. 1.

²⁸ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., pp. 24 e 26.

²⁹ R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 186 s.

³⁰ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 7 ss.

³¹ *Ivi*, p. 7.

³² *Ibidem*.

e sociale³³. 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-rivoluzionaria³⁴. 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 di questa tradizione da parte dell'intero popolo della Spagna liberaldemocratica³⁵. 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'Unione³⁶.

La definizione dei "valori superiori" e la portata costitutiva della Carta non esauriscono i propri effetti nella configurazione della base assiologica dell'ordinamento costituzionale europeo. L'Autore 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 conseguente opportunità di intervenire sulla determinazione della sua portata attraverso la predisposizione di limiti giuridici, giurisdizionalmente sanzionabili»³⁷. 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 trasformativa di carattere strutturale: con la

³³ *Ivi*, p. 8.

³⁴ Le caratteristiche del modello democratico-rivoluzionario sono approfondite in M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, London e New York, 2010, p. 188 ss. e B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge MA, 2019.

³⁵ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 8, nota 1.

³⁶ *Ivi*, p. 21 ss. 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.

³⁷ *Ivi*, p. 8.

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 operativo³⁸, passando dalla prosa asettica e tecnocratica del mercato unico al più accattivante e rassicurante linguaggio del costituzionalismo europeo³⁹.

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 europea⁴⁰. L'Autore 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»⁴¹, quanto a favorire l'accreditamento di quest'ultima presso l'opinione pubblica internazionale⁴². 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 (*sic*) di produzione delle norme in luogo dell'esclusiva elaborazione giurisprudenziale dei diritti⁴³.

Nell'evocare questa trasformazione in senso costituzionale dell'ordinamento europeo, l'Autore è comunque 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 europea⁴⁴. In continuità con l'esperienza giuridica pre-

³⁸ Così J. H. H. Weiler, *The Reformation of European Constitutionalism*, in 35 *Journal of Common Market Studies*, 1997, p. 97.

³⁹ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 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, p. 29 ss.

⁴⁰ G. Itzcovich, *Più vicino ai cittadini? Processi costituzionali europei, politica della comunicazione e pubblicità*, in *Filosofia Politica*, 2010, p. 467 ss.

⁴¹ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 17.

⁴² *Ivi*, p. 18.

⁴³ *Ivi*, p. 20.

⁴⁴ *Ivi*, p. 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 37 *Common Market Law Review*, 2000, p. 1307 ss.

gressa, la tutela dei diritti potrà svolgersi «nell'esercizio delle proprie [dell'Ue] competenze» e, pertanto, «quasi a titolo incidentale»⁴⁵. Coerentemente con il proprio carattere non esclusivo, la Carta non esprime una vocazione egemonica, essendo chiamata ad integrarsi e interagire 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»⁴⁶. 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 comuni⁴⁷ 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»⁴⁸. Ne discende un sistema di garanzia dei diritti fondamentali imperniato sulla competizione tra fonti interne e internazionali⁴⁹, 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 nazionali⁵⁰. È in esito alla ricostruzione di un simile disegno complessivo che l'Autore 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 europea⁵¹.

⁴⁵ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 12.

⁴⁶ *Ivi*, p. 11.

⁴⁷ *Ivi*, p. 18 s.

⁴⁸ *Ivi*, p. 13.

⁴⁹ *Ivi*, p. 14.

⁵⁰ Cfr. artt. 51 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue.

⁵¹ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 20.

3. Elusioni ed illusioni all'ombra della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue

3.1. L'elusione della sovranità popolare e l'illusione dell'equivalenza funzionale tra costituzionalizzazione e potere costituente

Con la tesi della portata costituyente 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»⁵². 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 europeo⁵³, 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 democratica⁵⁴. Sia come sia, la qualificazione del costituzionalismo europeo che ci viene proposta appare in tutto coerente con la creazione progressiva di un ordine costituzionale che elude la sovranità popolare e, con essa, l'esigenza di assicurare un sufficiente livello di partecipazione democratica fin dalla fondazione di un ordine giuridico e politico⁵⁵.

⁵² *Ivi*, p. 8.

⁵³ I dubbi sulle credenziali sociali, come si dirà *infra* nelle sezioni 3.2 e 4, sono peraltro fondati.

⁵⁴ Si vedano in particolare J. Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, in 79 *NYU Law Review*, 2004, p. 1971 ss.; J.-W. Müller, *Contesting Democracy: Political Ideas in Twentieth-Century Europe*, New Haven, 2013, p. 146 ss.; A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, p. 1 s. e M. Wilkinson, *The Reconstitution of Post-war Europe: liberal excesses, democratic deficiencies*, in M. Dowdle e M. Wilkinson (a cura di), *Constitutionalism beyond Liberalism*, Cambridge, 2017, p. 38 ss.

⁵⁵ Per una critica al costituzionalismo che sostituisce la sovranità popolare con la democrazia deliberativa e la giustizia costituzionale si veda A. Somek e M. Wilkinson, *Unpopular Sovereignty?*, in 83 *Modern Law Review*, 2020, p. 955 ss.

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 costituzionale⁵⁶. L'Autore non approfondisce questo aspetto, ma nel saggio e in un breve articolo ad esso coevo⁵⁷ troviamo comunque una serie di indicazioni che permettono di abbozzare una risposta. Ebbene, i soggetti chiamati a costituire l'ordine costituzionale europeo sono identificati da un lato nella Corte di giustizia⁵⁸, affiancata dalle corti nazionali con cui è costantemente in dialogo, e dall'altro negli «Stati comunitari»⁵⁹, che, pur trattenendo gelosamente a sé la sovranità, si mostrano disponibili a costituire e sostenere un ordinamento sovranostatale dotato di un proprio diritto costituzionale. Tra le due componenti di questo potere costituente *sui generis* si intravede anche una sorta di gerarchia: la Corte di giustizia è presentata come «un vero catalizzatore dell'inclusione della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ordinamento comunitario»⁶⁰, mentre gli Stati membri sembrano relegati ad un ruolo adesivo, ovvero alla notifica dei progressi compiuti dalla Corte attraverso periodiche revisioni di Trattati⁶¹.

La tesi di una via giurisdizionale alla legittimazione dell'Unione europea costituisce uno dei più ricorrenti *Leitmotif* della *Belle époque* del costituzionalismo europeo sul quale si sono formulate ricostruzioni costituzionali di indubbio successo⁶². 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

⁵⁶ 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, p. 14.

⁵⁷ R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, cit.

⁵⁸ *Ivi*, p. 27.

⁵⁹ *Ivi*, p. 25.

⁶⁰ *Ivi*, p. 27.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² L'esempio più spettacolare è probabilmente M. Maduro, *We, the Court*, Oxford e Portland, 1999, ma si vedano anche M. Kumm, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in 11 *European Law Journal*, 2005, p. 262 ss. e M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 13 ss.

segno l'Autore quando rileva l'esistenza nell'Unione di un «diritto costituzionale senza Costituzione»⁶³, il cui fondamento sarebbe rinvenibile essenzialmente nelle norme dei Trattati, in una serie di precedenti giurisdizionali e, oggi, anche nella Carta di Nizza.

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 l'Autore, 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»⁶⁴. Ma invece di compiacersi per un simile risultato, come pur si faceva durante la *belle époque*, sarebbe preferibile interrogarsi con maggiore radicalità sui caratteri e la legittimazione di un ordinamento costituzionale che, per quanto contenutisticamente avanzato, rivendica 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 inferiore alla costruzione democratica di un ordine costituzionale, intrapresa per eludere i conflitti tra forze politiche e sociali che, saldamente ancorate alle proprie comunità nazionali⁶⁵, dimostravano e dimostrano scarso interesse per la costruzione di una democrazia costituzionale pan-europea. Solo ai giuristi, e soprattutto a quelli convinti che la giustizia costituzionale possa fare le veci del potere costituente, poteva sembrare 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 all'Autore, 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 giuristi⁶⁶, ma richiedeva altresì «la

⁶³ R. Toniatti, *La via giurisdizionale per la legittimazione dell'Unione europea*, cit., p. 188.

⁶⁴ R. Toniatti, *Verso la definizione dei “valori superiori”*, cit., p. 28.

⁶⁵ F. Cheneval e F. Schimmelfennig, *The Case for Democracy in the European Union*, in *51 Journal of Common Market Studies*, 2012, p. 334 ss.

⁶⁶ R. Toniatti, *Verso la definizione dei “valori superiori”*, cit., p.8, nota 1.

riappropriazione costituente da parte dell'intero popolo», conseguita, seppur in un contesto di incerta mobilitazione politica, attraverso i due referendum tenutisi nel corso della transizione costituzionale spagnola⁶⁷. 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»⁶⁸. 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, in un contesto contraddistinto dall'esperienza del costituzionalismo democratico, 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 una delle eredità più problematiche della *belle époque*. Lo ha ben spiegato recentemente Roberto Bin, sottolineando come i diritti fondamentali costituiscano una sublimazione ristretta e decontestualizzata dei diritti costituzionali⁶⁹. Ma già durante la *belle époque* del costituzionalismo vi era chi denunciava come mistificatoria l'idea di equivalenza funzionale, giungendo coerentemente a respingere l'adornamento del diritto europeo con orpelli costituzionali. Ulrich Haltern, per esempio, all'indomani della solenne proclamazione della Carta di Nizza pubblicava un articolo in cui riteneva illusoria l'idea di risolvere il *deficit* di legittimazione sociale dell'Unione europea attraverso il processo di costituzionalizzazione e la Carta dei diritti⁷⁰. La critica

⁶⁷ V. Ferreres Comella, *The Constitution of Spain. A Contextual Analysis*, Oxford e Portland, 2013, p. 1 ss.

⁶⁸ C. Mortati, *Teoria del potere costituente* (1945), Macerata, 2020, p. 33.

⁶⁹ R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 123, «il diritto fondamentale sarebbe quindi qualcosa di diverso dal diritto costituzionale: ne è la sublimazione. È 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».

⁷⁰ U. Haltern, *Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in European*

muoveva dall'assunto che il diritto, ed in particolare il diritto costituzionale, costituisce la memoria ed il deposito dell'immaginazione di una comunità politica⁷¹. 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 cittadini⁷². Per questo i testi costituzionali sono spesso circondati da una retorica pubblica riguardante le origini storiche di quella comunità politica⁷³. 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 autorevoli⁷⁴. Ebbene, secondo Haltern, il diritto dell'Unione europea è del tutto sprovvisto di questa dimensione mitica, non potendo invocare sacrifici che ne legittimino l'esistenza⁷⁵. Questa carenza si può riscontrare a più livelli, ad esempio se si considerano l'origine razionalista delle Comunità economiche⁷⁶, 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 europea⁷⁷. Mancando queste precondizioni, rilevava Haltern, i tentativi dell'Unione di creare un'identità politica condivisa e

Imagination, in 9 *European Law Journal*, 2003, p. 14 ss.

⁷¹ La critica di Haltern è fortemente influenzata dal pensiero di P. Kahn, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, Chicago, 2000.

⁷² U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 18.

⁷³ *Ivi*, p. 21 ss.

⁷⁴ 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» (*ivi*, p. 23). Sull'importanza politica del sacrificio si veda anche M. Halbertal, *Sul sacrificio*, Firenze, 2014.

⁷⁵ U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 18 s.

⁷⁶ *Ivi*, pp. 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 4 *Journal of European Public Policy*, 1997, p. 495 ss.

⁷⁷ U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 25 ss., 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».

di dotarsi un apparato simbolico analogo a quello degli Stati nazionali appaiono inetti, se non addirittura patetici⁷⁸.

Operazioni come l'adozione della Carta di Nizza offrono 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 sociale⁷⁹. 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'Unione⁸⁰. Si badi, non si tratta di testi inutili o inefficaci se li si valuta 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 istituzionale credibilmente indirizzato alla realizzazione delle strutture (e non solo dei principi) del costituzionalismo liberale, sociale e democratico⁸¹.

3.2. 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 liberale⁸². Solo in questo modo l'ordinamento europeo sarebbe stato in grado di interagire autenticamente con una società post-tradizionale che nel frattempo andava po-

⁷⁸ *Ivi*, p. 28.

⁷⁹ *Ivi*, p. 33 s.

⁸⁰ *Ivi*, p. 32.

⁸¹ L'incapacità del costituzionalismo di acquisire questa dimensione fondativa è ben colta da N. Walker, *Reframing EU Constitutionalism*, in J.L. Dunof e J. Trachtman (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, 2009, p. 149 ss. 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., p. 187 s.

⁸² U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 39.

polandosi di consumatori dotati della consapevolezza e, si potrebbe aggiungere, del potere di acquisto necessari a generare una pluralità di stili di vita concorrenti con l'ideale di cittadinanza politica promosso dal costituzionalismo moderno⁸³. Proprio l'assenza di un pesante bagaglio storico e la disponibilità di un assetto ordinamentale incentrato sul mercato e sull'*expertise* scientifica assicuravano all'Unione un vantaggio competitivo nel tentativo di farsi interprete di questa società⁸⁴. Il futuro immaginato da Haltern per l'Unione, quindi, non era quello di un ordine costituzionale sovrastatale, ma piuttosto quello di un ordinamento orgogliosamente tecnocratico in grado di valorizzare i nuovi stili di vita e l'emergente individualismo dei consumatori europei⁸⁵. In questo, anch'egli si dimostrava figlio del proprio tempo, ovvero di una *belle époque* in cui, oltre a coltivare una concezione sostanzialmente depoliticizzata del costituzionalismo, non si nutrivano certo remore nell'idealizzare il consumatore⁸⁶ ed il mercato⁸⁷.

Nel richiamare l'attenzione sul contesto della società post-industriale, 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 unico e non si fosse avviata, proprio negli anni in cui la Carta veniva elaborata, all'instaurazione di una controversa e incom-

⁸³ *Ivi*, p. 39 s.

⁸⁴ Osserva infatti Haltern che «Union texts do not constitute a collective self; rather, they constitute a common market» (*ivi*, p. 32).

⁸⁵ 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.

⁸⁶ U. Haltern, *Pathos and Patina*, cit., p. 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».

⁸⁷ ... 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» (*ivi*, p. 38).

pleta unione economica e monetaria⁸⁸. *Verso la definizione dei "valori superiori"* rispecchia pienamente questo approccio reticente: 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 fondamentali⁸⁹. 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 tutelati⁹⁰ attraverso un sistema giurisdizionale integrato chiamato a dare applicazione alla Cedu e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁹¹. Il fatto che questa giurisprudenza fosse quantitativamente ridotta e che il grosso dell'attività svolta nei circuiti giudiziari europei riguardasse le libertà economiche o la regolamentazione del mercato è un dettaglio che passa inosservato, così come trascurato è il fatto che, almeno a partire da *Cassis de Dijon*⁹², 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 europeo⁹³. 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»⁹⁴.

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 ap-

⁸⁸ P. De Grauwe, *Economics of Monetary Union*, Oxford, 2018, p. 111.

⁸⁹ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 11.

⁹⁰ *Ivi*, p. 19.

⁹¹ R. Toniatti, *Presentazione*, cit., p. 1.

⁹² 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 14 *German Law Journal*, 2013, p. 471 ss.

⁹³ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 8.

⁹⁴ *Ivi*, p. 24.

parire 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 e corposa 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 democratiche sperimentate in Europa negli anni Venti e Trenta⁹⁵, ma soprattutto delle politiche e del più fortunato modello costituzionale introdotti negli Stati Uniti d'America con il *New deal*⁹⁶. Il tratto comune a queste vicende che sarebbe poi stato trasmesso al costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra era il ripudio del mito del *laissez-faire*⁹⁷ e l'adesione ad una concezione interventista del governo dell'economia in un contesto costituzionale complessivo in cui tanto il capitalismo quanto la democrazia erano salvaguardati⁹⁸. Oltre a sperimentare sul campo una varietà notevole di politiche pubbliche⁹⁹, il *New deal* era riuscito a trasformare la cultura costituzionale e l'economia politica americana, promuovendo il passaggio da una società esposta alla *selfish agitation*¹⁰⁰ di *self-supporting men*¹⁰¹ ad una società incentrata sull'interdipendenza¹⁰² e aspirante all'emancipazione delle fasce sociali più vulnerabili dai rischi connessi ai mercati non regolati¹⁰³.

⁹⁵ M. Goldmann e A. J. Menéndez, *Weimar moments: Transformations of the Democratic, Social, and Open State of Law*, MPIL Research Paper No. 2022-12.

⁹⁶ 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, cap. 4; E. Borgwardt, *A New Deal for the World. America's Vision for Human Rights*, Cambridge MA, 2005, cap. 1 e S. Moyn, *Not Enough. Human Rights in an Unequal World*, Cambridge MA, 2018, capp. 2 e 3.

⁹⁷ C. Sunstein, *The Second Bill of Rights*, cit., p. 19.

⁹⁸ K.K. Patel, *The New Deal. A Global History*, Princeton, 2016, p. 3.

⁹⁹ *Ivi*, capp. 2 e 4.

¹⁰⁰ C. Sunstein, *The Second Bill of Rights*, cit., p. 11.

¹⁰¹ *Ivi*, p. 25 s.

¹⁰² *Ivi*, p. 26.

¹⁰³ A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., p. 11 s.

Osservata in quest'ottica, la Carta poteva sicuramente suscitare 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 coerenti¹⁰⁴. 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 la creazione ed il consolidamento del costituzionalismo democratico e sociale¹⁰⁵. Piuttosto che costituire un argine a questi sviluppi, l'Unione europea li aveva abbracciati, promossi e amplificati. Con la liberalizzazione dei movimenti di capitali¹⁰⁶ e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria imperniata sull'obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi¹⁰⁷, un sistema di banche centrali indipendenti¹⁰⁸ ed il mero coordinamento delle politiche economiche nazionali¹⁰⁹, l'Unione europea aveva già posto le basi di un'economia politica disallineata dall'ordine giuridico e politico evocato dalla Carta¹¹⁰. Quest'ultima, lungi dall'operare come una tessera traslucida capace di far emergere la concreta configurazione del *gubernaculum* euro-

¹⁰⁴ È rimasto largamente inascoltato l'invito 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., p. 88 s.).

¹⁰⁵ J. G. Ruggie, *Globalization and the Embedded Liberalism Compromise: The End of an Era?*, MPIfG Working Paper 97/1.

¹⁰⁶ Direttiva 88/361/Cee del Consiglio del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato.

¹⁰⁷ Art. 127 Tfu.

¹⁰⁸ Artt. 130-131 Tfu.

¹⁰⁹ Art. 121 Tfu.

¹¹⁰ 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, p. 481. Sul punto cfr. anche M. Dani, A. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale ed integrazione europea?*, in *Dpce online*, 2020, p. 289 ss.

peo¹¹¹, stendeva sopra ad esso una patina opaca ed ottundente idonea a celare la reale struttura e le linee di conflitto. In presenza di Trattati che irrigidivano a livello costituzionale un preciso e discutibile indirizzo di politica economica¹¹², 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 scenografico 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'attuazione¹¹³. 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 interventista in Stato regolatore¹¹⁴ e si consolidava quella logica del vincolo esterno¹¹⁵ 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 membri¹¹⁶.

4. Gli esiti deludenti della Carta dei diritti

L'illusione di instaurare un ordine costituzionale democratico e sociale pan-europeo attraverso la Carta di Nizza poteva essere innocua, ma sicuramente non era innocua. Negli anni successivi alla sua proclamazione la Carta ha acquisito valore giuridico vincolante¹¹⁷, paradossalmente in esito ad un processo di ratifica dei Trattati reso possibile dalla scelta dei Capi di Stato e di governo di abbandonare

¹¹¹ R. Toniatti, *Verso la definizione dei "valori superiori"*, cit., p. 8.

¹¹² O. Chessa, *Critica del neo-costituzionalismo finanziario. Sul nesso tra scienza economica e diritto pubblico*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2021, p. 97 ss.

¹¹³ Che i principi costituzionali possano fungere da oppiacei è affermato da A. Guazzarotti, *Sovranità e integrazione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 7.

¹¹⁴ A. La Spina e G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, cap. 1.

¹¹⁵ 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, p. 9 ss. e C. J. Bickerton, *European Integration. From Nation States to Member States*, Oxford, 2012, p. 131 ss.

¹¹⁶ A. Supiot, *The Spirit of Philadelphia. Social Justice vs. Total Market*, 2012, London, p. 18 ss.

¹¹⁷ Art. 6 Tue.

l'impiego del lessico costituzionale così abbondantemente profuso nel Trattato costituzionale¹¹⁸. In una fase già declinante del processo di costituzionalizzazione, la Carta non è riuscita ad esprimere un'autonomia 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 economica ed *expertise* come tratti distintivi del sistema di *governance* sovranazionale¹¹⁹. 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 proteggere¹²⁰.

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 occasionalmente i diritti fondamentali della Carta riescono a competere con altre narrazioni dell'integrazione europea ed occupare, seppure temporaneamente, la dimensione di un simbolico altrimenti monopolizzato dalle ricorrenti crisi dell'integrazione¹²¹. Più rilevanti sembrano i sempre più frequenti casi, riscontrabili soprattutto nelle materie meno condizionate dall'impostazione neoliberale dei Trattati,

¹¹⁸ 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.

¹¹⁹ U. Haltern, *Pathos e Patina*, cit., p. 37.

¹²⁰ S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, cit., p. 79.

¹²¹ L'occupazione dello spazio simbolico da parte delle questioni connesse ai diritti è esaminata da A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, cit., p. 241 s. 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 e Causa C-362/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2015:650.

dove l'applicazione della Carta di Nizza ha contribuito ad un significativo incremento dei livelli di tutela di alcuni diritti fondamentali¹²². Non è certo un caso, infatti, che, nel momento in cui l'assetto istituzionale dell'Unione si apre al conflitto politico, anche i diritti fondamentali riescano ad acquistare consistenza fino a tracciarne un perimetro condiviso. Negli ambiti in cui invece l'assetto istituzionale dell'Unione appare più teleologicamente connotato e meno propenso a valorizzare i conflitti, il ruolo dei diritti fondamentali appare più marginale. Soprattutto nella materia economica e sociale la Carta non è riuscita a modificare l'*imprinting* economicista del diritto europeo¹²³. In questo frangente, i diritti fondamentali sono divenuti parte integrante dell'assetto di governo dell'Unione e degli stili di vita da esso promossi¹²⁴. Pertanto, gli individui hanno potuto trovare nei principi della Carta un sostegno nel loro processo di adattamento alle politiche dell'Unione¹²⁵, non solo per quanto concerne i loro rapporti con le autorità pubbliche, ma anche nelle loro relazioni con altri soggetti privati¹²⁶. 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'Unione¹²⁷. Di questo si è avuta plateale conferma durante la crisi economica e finanziaria quando, a fronte di riforme che andavano ulteriormente ad irrigidire il profilo neoliberale dell'Unione, le norme della Carta si sono dimostrate di scarso aiuto nel contrastare l'evacuazione degli spazi sociali nazionali¹²⁸. Non sorprende perciò che la Carta di Nizza abbia potuto contribuire in misura assolutamente marginale ad alleviare le sofferenze

¹²² Si vedano in particolare Cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S.*, ECLI:EU:C:2011:865 e 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.

¹²³ R. Bin, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., p. 70.

¹²⁴ D. Chalmers e S. Trotter, *Fundamental Rights and Legal Wrongs: The Two Sides of the Same EU Coin*, in 22 *European Law Journal*, 2016, p. 9 ss.

¹²⁵ *Ivi*, p. 27.

¹²⁶ *Ivi*, p. 33.

¹²⁷ *Ivi*, p. 34.

¹²⁸ F. Costamagna, *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, in 24 *European Law Journal*, 2018, p. 176, dove si osserva che «national social spaces have been mostly considered either as a cost to be reduced in order to balance the budget or as a factor that, if duly “modernised”, could continue to boosting the competitiveness of the state».

dei cittadini colpiti dalle misure di austerità¹²⁹, lasciando gran parte dell'incombenza sulle spalle delle costituzioni e delle corti costituzionali nazionali¹³⁰.

5. La rivalutazione della Carta come catalogo dei "valori superiori" nella prospettiva di un (futuribile) ordine sovranazionale aperto al conflitto politico

È 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 ostinatamente aspirano ad un ripensamento complessivo delle strutture dell'Unione europea. Non si intende qui reiterare l'irrealistico auspicio di una tardiva conversione dell'Unione ad una democrazia costituzionale pan-europea; più promettente, ma soprattutto più praticabile, pare invece un ripensamento dell'architettura istituzionale dell'Unione 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 pare 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 rivale 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, quanto nel senso di un recupero di quello spirito originario che portò a concepire l'integrazione europea anzitutto come processo chiamato a contribuire al consolidamento dei patti costituzionali nazionali¹³¹ attraverso lo svolgimento di una serie di funzioni ad essi complementari¹³².

¹²⁹ D. Chalmers e S. Trotter, *Fundamental Rights and Legal Wrongs*, cit., p. 36.

¹³⁰ M. Dani, *National Constitutional Courts in Supranational Litigation: A Contextual Analysis*, in 23 *European Law Journal*, 2017, p. 207 ss.

¹³¹ 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 e A. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, cit., p. 322 ss.

¹³² In senso analogo v. R. Kehoane, S. Macedo e A. Moravcsik, *Democracy-enhancing Multilateralism*, in 63 *International Organization*, 2009, p. 1 ss.

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 nazionale¹³³. Se si fa eccezione per le politiche meno segnate dall'impostazione neoliberale, nelle quali i diritti fondamentali riescono a porsi come precondizioni del conflitto politico, gran parte del diritto dell'Unione continua ad essere fortemente condizionato dalla torsione neoliberale ad esso impressa a partire dalla fine degli anni Settanta e progressivamente consolidata nel diritto primario a partire dall'Atto unico europeo e dal Trattato di Maastricht. Come si è detto, 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 nazionali¹³⁴. Questa marcata connotazione teleologica si riscontra nella persistente applicazione di una serie di principi di regolamentazione del mercato dalla penetrante portata deregolativa; 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; e, più in generale, in strutture giuridiche, come quella dell'Unione economica e monetaria, che precludono il perseguimento di indirizzi di politica economica alternativi a quello neoliberale¹³⁵.

In virtù 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 strumentali¹³⁶. I limiti costituzionali di un ordine giuridico e politico operante come una *universitas* sono presto intuibili. Non si tratta solo di prendere atto del fatto che, in tempi di cambiamenti economici e sociali assai accelerati, un assetto costitu-

¹³³ Art. 2 Tue.

¹³⁴ Cfr. V. Onida, *La costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, Bologna, 2004, p. 47 ss. e G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 133 ss.

¹³⁵ Per un approfondimento si veda M. Dani, *Openness, Purposiveness and the Realignment of the EU and the Democratic and Social Constitutional State*, in *24 German Law Journal*, 2023, p. 1099 ss.

¹³⁶ M. Oakshott, *On Human Conduct*, Oxford, 1975, p. 88.

zionale chiuso è maggiormente esposto al rischio di obsolescenza¹³⁷. Qualche anno fa Dieter Grimm¹³⁸ e Fritz Scharpf¹³⁹ hanno 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 neoliberale. 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 possano che svolgere un ruolo ad essa subordinato¹⁴⁰.

È sulla base di una simile diagnosi dello *status quo* e delle preoccupazioni da esso suscitate che pare urgente una trasformazione da un'Unione *universitas* ad un'Unione *societas*. In quest'ultima prospettiva, la partecipazione degli Stati membri al processo di integrazione europea non dovrebbe più comportare la loro cooptazione 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 una radicale decostituzionalizzazione dei Trattati, in particolare attraverso l'eliminazione di tutte quelle norme che, nella definizione delle politiche europee, ne predeterminano l'indirizzo¹⁴¹. Attraverso una simile apertura dell'assetto istituzionale europeo, gli obiettivi

¹³⁷ 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 23 *Foreign Policy*, May 2020, <https://foreignpolicy.com/2020/05/13/european-central-bank-myth-monetary-policy-german-court-ruling/>.

¹³⁸ D. Grimm, *The Democratic Cost of Constitutionalization: The European Case*, in 21 *European Law Journal*, 2015, p. 460 ss.

¹³⁹ F. W. Scharpf, *De-constitutionalisation and Majority Rule: A Democratic Vision for Europe*, in 23 *European Law Journal*, 2017, p. 317 ss.

¹⁴⁰ D. Chalmers e S. Trotter, *Fundamental Rights and Legal Wrongs*, cit., p. 34.

¹⁴¹ Per una proposta dettagliata riferita alla struttura dell'Unione economica e monetaria, v. M. M. Dani, *Openness, Purposiveness and the Realignment of the EU and the Democratic and Social Constitutional State*, cit.

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. Alleggerita dal proprio ingombrante bagaglio teleologico, l'Unione potrebbe iniziare ad operare come un'organizzazione regionale aperta ad una pluralità di svolgimenti 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 e come cornice di principi esclusivi per le proprie politiche. Un simile riallineamento con il costituzionalismo degli Stati membri potrebbe aprire la porta ad un altro importante sviluppo. Un po' come già accade nelle materie meno esposte all'influenza dell'agenda politico-costituzionale neoliberale, i diritti fondamentali potrebbero iniziare a porsi indiscriminatamente come precondizioni dei conflitti politici intrinseci alle politiche europee, contribuendo ad assicurarne uno svolgimento più democratico di quanto non accada ora. Non si tratta solo qui di immaginare un'applicazione giurisdizionale più incisiva dei diritti fondamentali nei confronti degli atti legislativi europei, ma anche di concepirli come argini invalicabili rispetto ai sistemi di *governance* attraverso cui si persegue il coordinamento delle politiche economiche e sociali europee.

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 e sociale. Nell'attuale fase politica il passaggio da un'Unione *universitas* ad un'Unione *societas* appare un orizzonte solo futuribile, 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 in cui 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.