

***Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in
Europa
New Strategies for Democratic Development and Political Integration in
Europe***

Catania, 30-31 maggio 2014

Relazione finale

1. *Imprinting genomico.*

Forse perché a 14 ore/volo di distanza le vicende risultano più chiare, il prof. Takeshi Ito ci ha indicato un punto prospettico inconsueto e interessante, suggerendoci di ripensare a quanto le vicende dell'organizzazione europea siano legate e "pre-giudicate" dalla sua origine storica, che giustamente egli indica nel *Piano Marshall*. Non si tratta soltanto dell'impulso "esterno" che ha innescato l'avvio di confusi movimenti di aggregazione degli Stati europei, ma di qualcosa di molto più rilevante sotto il profilo dell'*imprinting* politico e economico.

In effetti, siamo propensi a dimenticare quali percorsi abbiano guidato lo sviluppo delle istituzioni europee e questo ci impedisce di riflettere sull'origine delle questioni che oggi abbiamo davanti. Negli anni del Dopoguerra la riorganizzazione del continente europeo occupò un lato della scacchiera mondiale, nel quale a ogni mossa occidentale seguì immediata la contromossa orientale. All'annuncio del Piano Marshall rispose poche settimane dopo la creazione del *Cominform*; la firma della *Convenzione per la cooperazione economica europea (OEEC)* fu seguita dall'istituzione del *Comecom*; al trattato *Nato* replicò subito il *Patto di Varsavia*. Questi erano i primi passi del processo di integrazione europea, ma anche della guerra fredda.

Come sottolinea Takeshi Ito, quei passi erano guidati da un'idea piuttosto precisa di quale fosse la politica economica da perseguire. Scrive Mammarella¹: "Gli amministratori americani dell'*Eca*²... incoraggeranno e spesso premeranno sui governi europei per indurli ad adottare una politica di risanamento fondata sulla contrazione della spesa pubblica, sul pareggio di bilancio, la stabilità monetaria, il ristabilimento di alti margini di profitto per gli investitori e su un sistema fiscale che incentivasse i profitti e gli investimenti". La ricetta europea era già stata scritta allora e sino ad oggi non sembra mutata granché.

¹ *Storia d'Europa dal 1945 a oggi*, Bari-Roma 2003, 144.

² L'*Economic Cooperation Administration (ECA)* era l'agenzia governativa statunitense che amministrava gli aiuti previsti dal Piano Marshall: il suo interlocutore europeo era l'*OEEC*.

La Comunità europea nasce dunque con un progetto politico preciso. La tecnocrazia – come sottolinea ancora Takeshi Ito – non è un accidente, ma un elemento costitutivo del progetto. È vero quello che Giuliano Amato soleva osservare tempo fa, cioè che la Comunità inizia sottotono, come fosse un consorzio che alcuni comuni istituiscono per la gestione associata dei servizi di scuolabus. Ma questo non significa affatto che il progetto non rispondesse a un'idea politica precisa e forte, né che la Comunità nascesse libera dall'ideologia politica. Tutto all'opposto, essa sorse con un potente spirito di liberalismo ed è per questo che volle porre la politica ai margini del suo funzionamento, tutto concentrato sullo sviluppo del modello dell'economia di mercato.

L'economia di mercato è un mondo magico, paradiso delle astrazioni, in cui il consumatore e il produttore si scambiano beni mediante il meccanismo dei prezzi, e il perfetto equilibrio dei salari è prodotto dallo scambio tra domanda e offerta di lavoro. Da questo mondo è bene che la politica si tenga fuori, limitandosi a combattere le esternalità negative che possono rompere la magia degli scambi. Bene quindi se gli organi pubblici intervengono – per esempio - per limitare l'inquinamento causato da processi produttivi (come la CEE ha fatto in nome del mercato regolato ben prima che l'Atto unico le riconoscesse l'attribuzione in materia ambientale) o per favorire la completa libertà degli scambi, abbattendo le barriere doganali o le misure legislative nazionali "ad effetto equivalente"; bene se lottano contro i monopoli e obbligano alla privatizzazione dei beni pubblici; bene se definiscono condizioni essenziali di sicurezza – fisica, ma anche giuridica e informativa – dei consumatori. Ma ogni passo più in là compiuto dai poteri pubblici rischia di influire negativamente sull'equilibrio e l'efficienza del sistema.

Anche il diritto però – e il diritto costituzionale segnatamente – è un paradiso di astrazioni: i cittadini, tutti formalmente eguali, il potere pubblico, legittimo se basato sul principio democratico, la legge e la sua applicazione imparziale si legano attraverso linee di coerenza necessaria. Entrambi i sistemi di astrazione – quello economico e quello giuridico – sono presenti nel lessico e nelle attività degli organi europei, ma certo non sono posti sullo stesso piano e non ottengono lo stesso sviluppo. Gli atti normativi sono costantemente attenti ai diritti dei *consumatori*, mentre i *diritti di cittadinanza* sono ancora un capitolo appena abbozzato in cui non si sa bene che cosa scrivere. E se la Comunità economica europea ha scelto l'*understatement* di una nomenclatura dei propri organi e dei propri atti, ciò dipende dal ruolo "tecnocratico" e non "politico" dei compiti che ad essi sono assegnati da un modello economico che li vuole deliberatamente tenere di basso profilo.

2. *Deficit democratico?*

Non ha senso, dunque, parlare di *deficit* democratico come se fosse un incidente nella costruzione dell'Unione europea: non è un incidente, è il programma originario. È l'idea che l'ordine sociale – che è poi l'ordine economico – debba essere

tenuto separato dall'ordine politico. Non certo un'idea nuova, visto che è quella che ha animato il pensiero liberale sin dalla Restaurazione.

L'ordine economico ha un suo equilibrio sistemico che il sistema politico deve proteggere dall'esterno, mai però cercando di influire dall'interno. Nell'800 a ciò si provvedeva con una separazione quasi fisica dei due ordini, operata attraverso il suffragio ristretto e la cavalleria, entrambi chiamati a respingere ogni pretesa democratica della "piazza" o ogni richiesta di intervento pubblico nell'economia e nei suoi delicati equilibri. *Organizzazione del lavoro! Costituzione di uno speciale ministero del lavoro! Suffragio universale!* erano gli slogan che echeggiavano a Parigi nella rivoluzione del 1848³. Ci volle un secolo perché le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra togliessero di mezzo i cavalli di frisia che avevano protetto il sistema liberale e introdotto il conflitto sociale nelle istituzioni costituzionali attraverso il riconoscimento del suffragio universale: con grande saggezza avevano scongiurato però il rischio che i contendenti potessero approfittare della vittoria elettorale per sopprimere i diritti, gli interessi, le prerogative della parte soccombente attraverso le garanzie della rigidità costituzionale. Una svolta storica, che sembrava aver aperto il futuro a un lento ma inarrestabile affermarsi dello Stato sociale e delle sue politiche redistributive. L'istituzione della Comunità economica europea ha bloccato questo sviluppo, spostando nuovamente altrove il palazzo del governo, nuovamente lontano dalla piazza e protetto dalla folle "legge dei numeri" – "questo curioso abuso della statistica"⁴.

Lo aveva profetizzato due secoli prima Benjamin Constant: il commercio consente alla ricchezza di prevalere sempre sulla politica, perché le consente di spostarsi liberamente⁵. La libertà di circolazione è il fondamento della politica di mercato europea, ma è anche lo strumento per svuotare il potere delle istituzioni democratiche nazionali, cui impedisce di praticare politiche efficaci di redistribuzione del reddito, libero di andarsene dove più gli conviene. Il *deficit* democratico è una premessa necessaria del sistema: la regolazione del mercato e della concorrenza e la rimozione progressiva di ogni ostacolo alla circolazione *devono* essere affidate ad autorità sottratte al principio democratico, che non dipendano dal voto e dalla maggioranza, che non abbiano obiettivi politici. Lo hanno ben colto in tanti: per salvare la democrazia bisogna mettere chi deve prendere decisioni al riparo dalla democrazia stessa⁶, e se la sostanza della democrazia che è

³ K. MARX, *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850*, I.

⁴ J.L. BORGES, *La moneta de hierro*, tr. it. Milano 2008, 15.

⁵ «Le commerce donne à la propriété une qualité nouvelle: la circulation; sans la circulation, la propriété n'est qu'un usufruit; l'autorité peut toujours influer sur l'usufruit, car elle peut enlever la jouissance; mais la circulation met un obstacle invisible et invincible à cette action du pouvoir social»: B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* (1819), in *Oeuvres politiques de Benjamin Constant*, Paris 1874, 258 ss., 280 s.

⁶ In questi termini F. ZAKARIA, *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, tr. it. (*Democrazia senza libertà in America e nel resto del mondo*), Milano 2003, 317.

indispensabile salvaguardare è il libero mercato non si può che approvare la sottrazione del suo governo alle regole delle istituzioni democratiche⁷. Gli istituti della democrazia "non sono un valore assoluto, ma uno strumento che, *solo a certe condizioni*, può instaurarsi con vantaggio per lo sviluppo economico e culturale della società (il quale sviluppo rimane, senza dubbio, *il valore primario*)"⁸. Le regole del mercato e della concorrenza devono essere affidate a istituzioni a-politiche, siano esse comunitarie o nazionali: le *autorità amministrative indipendenti* sono un modello in scala di questo progetto.

È persino banale osservare che si tratta di un evidente progetto politico. La sua ideologia muove dalla convinzione che il libero mercato possa assicurare un equilibrio spontaneo tanto più efficiente quanto meno "perturbato" dalla mano pubblica. La stessa idea, a lungo proclamata, della legittimazione del sistema europeo attraverso i buoni risultati ottenuti (*l'accountability by results*) è manifestazione di questa fede nel mercato e nel mito dell'efficienza paretiana della libera concorrenza. La gran quantità di regole tecniche prodotte dalle istituzioni serve a fornire una cornice compiuta e neutra entro cui deve svolgersi la libera concorrenza, una capillare regolazione del mercato al fine di perfezionare le condizioni della competizione economica, impedendo che essa si svolga a danno dell'ambiente, della sicurezza, della salute ecc.: obiettivi limitati, competenze ben definite, procedure rispettate ed elevata competenza tecnica sono le condizioni di una buona prestazione e quindi della legittimazione del sistema.

A tutto ciò si poteva forse credere sino al deflagrare della crisi, perché essa ha ben messo in luce che *l'ottimo paretiano* non ha nulla a che fare con le prestazioni dell'Unione europea né con quanto ha prodotto la mano invisibile del mercato. È ben difficile spiegare che il mercato europeo ha prodotto il massimo di beneficio per tutti alle masse dei disoccupati, agli imprenditori falliti e alle tante persone che hanno visto precipitare le loro condizioni di vita proprio mentre la forbice della disuguaglianza sociale andava aprendosi sempre più. Ed è davvero difficile anche sostenere che fosse un profilo di regolazione tecnica, e non un'opzione politica di enorme portata, decidere – per esempio - che i livelli elevati di protezione sociale assicurati dagli stati nazionali ai loro cittadini non sono fattori da proteggere dalla concorrenza al pari dell'ambiente e della sicurezza dei consumatori; oppure che la delocalizzazione delle imprese dovesse essere un aspetto tutelato dalla libera circolazione, anche se questo avrebbe prodotto la frantumazione del mercato del lavoro e un drastico ridimensionamento dei livelli di reddito.

⁷ Come infatti fa il libro ormai classico di Zakaria a proposito dell'Unione europea e del WTO e come ancor prima avevano sostenuto in tanti, a partire da G. Majone (cfr. per esempio, tra gli scritti più recenti, *Deficit democratico, istituzioni non-maggioritarie ed il paradosso dell'integrazione europea*, in "Stato e mercato" 2003, 3 ss.).

⁸ G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in "Quad.cost." 2008, 30 s. (corsivi aggiunti).

3. *La democrazia non è una formula organizzativa*

La democrazia non è una formula organizzativa. Se guardassimo solo a questa, nessun *deficit* democratico potrebbe essere imputato all'Unione europea. Da quando il parlamento europeo è stato eletto direttamente, esso ha preteso e ottenuto che gli si riconoscessero le prerogative tipiche di un "vero" parlamento. Il Parlamento europeo si è dimostrato sempre molto consapevole dei propri poteri e molto attento a pretendere il loro progressivo accrescimento. Lo stesso anno in cui il Parlamento europeo fu, per la prima volta, eletto direttamente (1979) – la sua lunga battaglia per il riconoscimento di un ruolo nella procedura di bilancio è culminata nel respingere il progetto di bilancio, che di conseguenza dovette essere ripresentato. Analogo episodio accadde nel 1984, dopo le nuove elezioni parlamentari, con il voto contrario sul progetto di bilancio per il 1985. Anche il bilancio 2014-2020 (*Quadro finanziario pluriennale*) è stato approvato dal Parlamento solo dopo due anni e mezzo di complessa negoziazione con la Commissione e il Consiglio.

Lo sviluppo del ruolo del Parlamento – e della stessa "forma di governo" europea – è tracciato da una serie di *accordi interistituzionali* che, benché pubblicati sulla GUCE (e disciplinati dal regolamento interno del Parlamento: art. 127), non sono atti normativi, ma una sorta d'intesa politica, di "convenzione" sull'applicazione dei trattati, a cui si è fatto ricorso anche in materie diverse dal bilancio (per es. nelle procedure legislative e nell'approvazione dei trattati). Non comportano dunque veri e propri obblighi giuridici, ma sono stati richiamati talvolta nel contenzioso davanti alla Corte di giustizia, perché la loro violazione può costituire il sintomo della lesione del *principio di leale collaborazione*, che la Corte ritiene appartenere ai principi generali dell'ordinamento comunitario. Un po' alla volta, l'*acquis* di queste convenzioni viene traslato e consolidato nei Trattati.

L'assetto istituzionale dell'Unione europea è perciò molto più dinamico di quanto possa trasparire dai Trattati. Le vicende che hanno accompagnato e seguiranno le elezioni europee del 2014, per esempio, segneranno nuovi sviluppi nei rapporti tra le istituzioni: per come i partiti si sono presentati alle elezioni, per come è avvenuta la designazione del Presidente della Commissione e per come il Parlamento svolgerà il suo ruolo nel dare la fiducia ad essa. Certo non si può dire che ci si trovi davanti a un'istituzione remissiva e rassegnata a giocare un ruolo di secondo piano, come assai spesso si dimostra invece il parlamento italiano. Come è stato giustamente osservato, il *deficit* democratico inizia a Roma, non a Strasburgo o Bruxelles. Il nostro è un parlamento poco attento alle politiche comunitarie – molto meno, per esempio, di quello danese o olandese – e ne paghiamo tutti le conseguenze. Ma questo è un *deficit* democratico del *nostro* paese, più che delle istituzioni europee.

Il che però non significa affatto che il problema in Europa non ci sia. A mio modo di vedere esso però non riguarda i congegni tecnici o i rapporti tra istituzioni

rappresentative nazionali ed europee: come si è già osservato in questo seminario (Filippo Donati), il vero problema è capire chi sia il *rappresentato*.

Non voglio evocare la questione della mancanza di un *demos* europeo – questione che mi attrae assai poco: se manca persino la parola della propria lingua per esprimere ciò che manca, forse la critica non ha preso la strada giusta. Come ha di recente osservato Marco Dani nel suo bel libro⁹, nelle istituzioni dell'Europa manca del tutto il conflitto sociale, cioè il cuore stesso del costituzionalismo del '900. La "de-politicizzazione" della regolazione del mercato, la sua attribuzione a istituzioni tecnocratiche, fanno sì che il dibattito parlamentare abbia poca capacità di affrontare i conflitti che in Europa pure affiorano e esplodono. Viene percepita piuttosto la dimensione del conflitto d'interessi tra le nazioni che quello tra le componenti sociali. Intere dimensioni della regolazione del mercato finiscono così per depurarsi dei contorni sociali che pure hanno e di sparire alla vista del Parlamento.

Questo è dovuto anche all'opacità elevatissima di alcuni procedimenti decisionali che risultano decisivi per lo sviluppo "sociale" dell'Unione europea. Si pensi per esempio alla negoziazione degli accordi commerciali che si sono stretti nell'ambito del WTO oppure alla epocale trattativa attualmente in corso per la TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*). Il grande tema della c.d. *comitologia* tocca qui il diapason, trattandosi di accordi di straordinaria importanza. I negoziati in ambito WTO sono stati condotti dal Comitato 133, di cui non si sono mai conosciuti adeguatamente né la composizione né le attività. Per i negoziati TTIP il Parlamento europeo ha chiesto e ottenuto procedure più trasparenti e un certo coinvolgimento "informativo", ma difficilmente potrà esercitare un'influenza di qualche rilievo sulla sostanza degli accordi¹⁰. La prospettiva è che il Parlamento si trovi ancora a esercitare, come in passato, il ruolo di "*norm-taker*" invece di quello del "*norm-maker*"¹¹.

Al di là della "mitologia della costituzione" a cui accennava Otto Pfersmann, gli *arcana imperii* restano protetti nelle attività regolative del mercato europeo¹²: non perché lì si è in territorio limitrofo agli *arcana dei* e ai nodi della sovranità – il profilo

⁹ *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova 2013.

¹⁰ Cfr, le considerazioni di A. ALEMANNI, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership and the parliamentary dimension of regulatory cooperation*, Policy Department DG External Policies, European Parliament, 2014, 48.

¹¹ J. ARGOMANIZ, *When the EU is the "Norm-Taker": The Passenger Name Records Agreement and the EU's Internalisation of US Border Security Norms*, in 31 "Journal of European Integration", 2009, pp. 119 ss.

¹² Mi sembra alquanto ottimistica – soprattutto alla luce della successiva crisi finanziaria - l'immagine di chi sostiene che "Constitutional checks and balances, indirect democratic control via national governments, and the increasing powers of the European Parliament are sufficient to ensure that EU policy-making is, in nearly all cases, clean, transparent, effective and politically responsive to the demands of European citizens" (A. MORAVACSICK, *In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union*, in "Jo. of Common Market Studies", 2002, 40, 605).

delle attività regolative del mercato guarda troppo in basso - ma perché i meccanismi di autoregolazione del mercato, di cui le istituzioni si fanno interpreti, celano il groviglio di interessi professionali e imprenditoriali ad essi sottesi e su di essi influenti attraverso la pervasiva iniziativa delle *lobby*¹³. Si decideranno aperture dei mercati alla libera circolazione delle merci e delle imprese che potranno rimodellare la nostra vita senza che nulla ci venga chiesto né comunicato.

4. ...e i diritti non nascono dalle Carte

Il *deficit* democratico non può essere superato, ma viene in qualche modo alleviato, da un'altra immagine irenica dell'Unione Europea: l'Europa dei diritti. Anche questa è una forma di *accountability by results*: l'Unione Europea si avvalora per il fatto di essere un baluardo della difesa dei diritti fondamentali. Ma lo è davvero?

Soprattutto dopo la sentenza *Ruiz Zambrano*¹⁴, il lungo cammino della Corte di giustizia è sembrato ormai arrivato a fondere i diritti fondamentali nell'involucro della cittadinanza europea, lasciando perciò supporre che l'Unione Europea e la sua Corte possano ergersi a tutela dei diritti fondamentali contro gli eventuali *deficit* di tutela da parte degli Stati membri¹⁵. Il che è in parte vero, ma solo nella parte in cui si tratti di diritti connessi alla liberalizzazione del mercato¹⁶. Il *wishfull thinking* della dottrina induce spesso a parlare della Corte di giustizia come una "Corte dei diritti". Si cita una lunga serie di sentenze che hanno introdotto nella motivazione richiami sempre più frequenti ai diritti fondamentali; si tratteggia così il percorso che ha portato alla proclamazione della Carta di Nizza prima e poi alla sua incorporazione nel Trattato di Lisbona; e s'immagina che, di conseguenza, da essa debba derivare un'ulteriore intensificazione della tutela dei diritti fondamentali.

Questa prospettiva idilliaca trascura però un particolare. Le Grandi Decisioni in cui si parla dei diritti – la sequenza che infila le decisioni *ERT*¹⁷, *Familiapress*¹⁸,

¹³ Si veda il recente studio di R. W. NØRGAARD, P. NEDERGAARD, J. BLOM-HANSEN, *Lobbying in the EU Comitology System*, in 36 "Journal of European Integration", 2014, 491 ss. La Commissione ha emanato nel 2002 delle *guidelines* per regolare il "dialogo" con i gruppi di interesse (COM(2002)704 final, 11 Dec. 2002), ma certo esse non hanno risolto il problema della trasparenza: cfr. D. OBRADOVIC, J.M. ALONSO VIZCAINO, *Good governance requirements concerning the participation of interest groups in EU consultations*, in 43 "Common Market L.R.", 2006, 1049 ss., che mettono in luce anche il "*corporatist approach*" delle *guidelines* (1085).

¹⁴ Sent. dell'8 marzo 2011, in C-34/09.

¹⁵ Cfr. per es. A. von BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in 49 "Common Market Law Review", 49, 489 ss.

¹⁶ Cfr. ad es. la casistica riportata da D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law?*, Un. Of Oxford Legal Research Paper Series, Paper No 38/2013.

¹⁷ C-260/89.

¹⁸ C-386/95.

*Schmidberger*¹⁹, *Omega*²⁰ e altre ancora – non riguardano atti delle istituzioni europee, ma s'interrogano sulla compatibilità con le norme europee di *leggi nazionali*²¹. I diritti fondamentali, in queste decisioni, non sono predicati come baluardi che fronteggiano e limitano i poteri del *legislatore europeo*, ma come argomenti che consentono al *legislatore nazionale* di derogare ai principi comunitari, e segnatamente alle "quattro libertà". Di applicazione dei diritti fondamentali come limite alla legislazione europea (al netto dell'applicazione del principio di non discriminazione e della giurisprudenza in materia di pubblico impiego), e quindi come motivo di *annullamento di atti delle istituzioni*, ci sono soltanto due casi, a quanto mi risulti: il caso *Kadi* in materia di terrorismo²² e il recentissimo caso *Digital Rights Ireland Ltd*²³. Sono due casi recenti, che forse preludono a sviluppi interessanti: ma pur sempre solo due casi. Le istituzioni sembrano pressoché immuni da violazioni dei diritti fondamentali o queste non sono percepite dalla Corte di giustizia. Come si fa allora a dipingerla come una "Corte dei diritti"?

La giurisprudenza della Corte di giustizia non custodisce prioritariamente i "*diritti fondamentali*" degli individui, ma le *quattro libertà* degli operatori del mercato: per queste libertà si può ben dire che le istituzioni europee si ergano a tutela dei diritti fondamentali contro gli eventuali *deficit* di tutela da parte degli Stati membri²⁴. Per il resto, i "diritti" individuali invocati devono fare i conti con quelle "libertà" e prevalgono solo occasionalmente: il che significa che è assai raro che il *bilanciamento* tra gli interessi del mercato alla libera circolazione di merci, capitali ecc. e gli interessi protetti dai "diritti" (libertà di espressione, libertà di manifestazione, diritto di *privacy*, diritto di difesa, dignità dell'uomo ecc.) veda la prevalenza dei secondi sui primi. E stiamo parlando pur sempre dei vecchi e cari diritti "liberali", perché se cercassimo qualche decisione favorevole alla prevalenza dei *diritti sociali* ci scontreremmo contro un muro tracciato da note e vituperate

¹⁹ C-112/00.

²⁰ C-36/02.

²¹ Nelle due ipotesi di atti emanati per attuare norme europee (modello *Wachauf*) o di atti che interferiscono con i diritti fondamentali di libera circolazione (modello *Ert*): cfr. J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna 2003, 200 ss.

²² C-85/2009. A conclusione di una lunga sequenza di ricorsi, viene annullato un regolamento assunto in ambito PESC che restringe i diritti di un sospettato di appartenenza a gruppi terroristici, per violazione dei diritti di difesa effettiva e di proprietà.

²³ Cause riunite C-293/12 e C-594/12. Viene dichiarata invalida la direttiva riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, per violazione della *privacy* e della protezione dei dati assicurata dalla Carta dei diritti (artt. 7 e 8).

²⁴ Cfr. A. von BOGDANDY e atri, *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU member states*, in 49 "Common Market Law Review" 2012, 489 ss.

sentenze, come nei casi *Viking*²⁵, *Laval*²⁶, *Rüffert*²⁷, *TV-EUmw/VKA*²⁸ e *Lussemburgo*²⁹.

Il *bilanciamento* è la dimensione propria dei diritti, di tutti i diritti. Il che equivale a dire che i diritti sono "a somma zero": quanto maggiore è la tutela riconosciuta ad un diritto, di altrettanto è ridotta quella di un altro diritto (o del diritto di un altro). Il recentissimo caso di *Google* e del diritto all'oblio lo mostra con evidenza: la cancellazione dei dati obsoleti protegge la *privacy* delle persone e ne tutela l'immagine, ma a rimetterci è la libertà di informazione e il diritto di essere informati. Può essere un bilanciamento positivo, non voglio negarlo: ma la somma è sempre zero. Può essere che l'interesse antagonista rispetto alla piena realizzazione di un determinato diritto non sia a sua volta un diritto ricollegabile a un diverso soggetto, ma un interesse generale (la sicurezza pubblica, per esempio) o un interesse economico collettivo: tutti i diritti "costano" e le risorse finanziarie sono limitate, per cui tutelare finanziariamente un diritto (potenziando le forze di polizia per assicurare i beni e la sicurezza delle persone, per esempio) necessariamente comporta restringere i mezzi per assicurarne un altro interesse (il diritto alla salute, per esempio). Il che ci sta a mostrare come altre facili illusioni attorno ai "diritti" e alla loro tutela *multilevel* siano, appunto, illusioni. Nel *Wonderland* dell'Europa dei diritti ci si può illudere che le dichiarazioni dei diritti si sostengano le une con le altre, si integrino e perfezionino reciprocamente, assicurando così a tutti noi una "tutela più intensa" (Ruggeri) dei nostri diritti pescata in una carta o nell'altra. Come nel mondo di Alice, anche nella "Europa dei diritti" accadono paradossi e nonsensi: i diritti perdono peso e non vanno più sulla bilancia, possono espandersi sfruttando le correnti ascensionali delle singole Carte sino ad arrivare ai livelli più elevati – e tutto ciò senza che nessuno ci rimetta! Ma basta leggere la giurisprudenza della Corte di giustizia (o quella della Corte EDU) per accorgersi che le cose non stanno affatto così. Anche lì i diritti salgono sulla bilancia. Sull'altro piatto trovano altri diritti che però possiedono un peso straordinariamente elevato e prevalgono quasi sempre: le libertà economiche nel contesto dell'Unione Europea, le libertà individuali in quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ma quelle sono bilance ben tarate e omologate?

5. Di chi è la bilancia?

I diritti non nascono dalle Carte, esse li recepiscono (li "riconoscono", come afferma l'art. 2 della nostra Costituzione). Non voglio certo accedere a letture

²⁵ C-438/05 (2007), in tema di sciopero.

²⁶ C-341/05 (2007), in tema di lotta sindacale.

²⁷ C-346/06 (2008), in tema di minimi salariali.

²⁸ C-271/08 (2010), in tema di contrattazione collettiva.

²⁹ C-319/06 (2008), in tema di minimi salariali.

giusnaturalistiche dei diritti, ma solo sottolineare una realtà storica. I diritti sono "riconosciuti" dalle Costituzioni perché essi sono stati l'oggetto di lotte e rivendicazioni coronate da successo, e il testo costituzionale quel successo è chiamato a trascriverlo in norme. I diritti hanno avuto la loro prima scrittura nei codici penali e civili, a coronamento di una rivendicazione sociale, rivolta al sovrano, di protezione nei confronti dello strapotere dei privati sui privati (il *lupus homini lupus* di hobbesiana memoria); poi sono stati riscritti come garanzia nei confronti del sovrano stesso nella codificazione costituzionale dell'ottocento; ed in seguito si sono arricchiti delle rivendicazioni sostenute con successo dalle forze sociali. Di tutto questo processo – processo disseminato di aspre lotte e spargimenti di sangue - i cataloghi dei diritti delle nostre costituzioni novecentesche sono la testimonianza³⁰.

Le moderne "carte costituzionali" non hanno perciò nessuna equivalenza con le "carte dei diritti" che si stipulano "a freddo" in sede internazionale, così come il diritto costituzionale non è equivalente al diritto internazionale. E questo non può essere considerato soltanto come "fatto storico", ininfluenza sull'interpretazione giuridica.

Il bilanciamento segna nel nostro diritto costituzionale il raffreddamento del conflitto sociale originario, il suo tradursi – attraverso le procedure decisionali costituzionali - in norme giuridiche che segnano l'equilibrio momentaneo tra istanze concorrenti e mai definitivamente conciliabili. La rigidità costituzionale costituisce l'involucro entro il quale il bilanciamento deve compiersi. La Costituzione consente anche che, a certe condizioni, sia consentita la parziale "cessione di sovranità" a organizzazioni tra Stati, ai cui organi possono essere attribuiti compiti anche molto incisivi. Ma è il *principio di attribuzione* ciò che delimita i poteri di quegli organi, e tale principio agisce ovviamente nell'ambito e nei limiti dell'ordinamento costituzionale. Vale il classico brocardo di Ulpiano, *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*: il legislatore ordinario non può *attribuire* alle organizzazioni internazionali poteri di cui non dispone liberamente. Il potere di "bilanciare" i diritti costituzionali non è liberamente esercitabile dal legislatore, tant'è che su di esso la Corte costituzionale esercita un controllo penetrante. Gli interessi tra cui fissare l'equilibrio formano il contenuto della Costituzione, di quello che vi è scritto e di quello che essa ha rappresentato per la nostra società. Com'è possibile che con gli strumenti concessi dalla Costituzione il legislatore trasferisca a un ordinamento e a un giudice esterno il compito di sovrapporre i suoi interessi e le sue decisioni a quelli contemplati dalla Costituzione stessa? La domanda è legittima soprattutto perché quel giudice e quell'ordinamento, nonostante la proclamata "difesa dei diritti fondamentali", sono principalmente, se non esclusivamente, orientati a riconoscere la prevalenza delle libertà economiche su ogni altro interesse: sicché essi agiscono

³⁰³⁰ Sul legame tra conflitto e "riconoscimento" dei diritti, cfr. P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enciclopedia dir.*, *Annali* II, 2, Milano 2008, 391 s.

falsando l'equilibrio che la Costituzione prescrive di trovare tra quelle libertà e le istanze sociali.

La dottrina dei controlimiti non è un'invenzione da poco: essa indica esattamente questo, che a un certo punto la "cessione di sovranità" incontra un limite, oltre al quale deve prevalere la difesa dei diritti scritti in Costituzione; e che l'esistenza di questo limite è implicita nello stesso principio di attribuzione. Qualsiasi potere "delegato" dalla Costituzione (compreso quello di revisione costituzionale) deve tenersi al di qua del limite, altrimenti agirebbe *ultra vires*. Il *Bundesverfassungsgericht* fa bene a ribadire questo fondamentale principio, mentre i tentativi di interpretare il riferimento all'indennità nazionale contenuto nel Trattato di Lisbona (art. 4.2 TUE) come "comunitarizzazione dei controlimiti" a me appaiono frutto di un equivoco, o meglio, conseguenza dello smarrirsi in certe componenti della cultura giuridica del senso stesso della costituzione rigida.

Se la Corte costituzionale è posta a vigilare l'equilibrato bilanciamento degli interessi e dei diritti scritti in costituzione, questa funzione non può essere delegata ad altri soggetti, istituti in forza dei poteri "delegati" dalla Costituzione stessa. Detta in altre parole, nessun Trattato – ratificato con le procedure costituzionali - può attribuire a un organo da esso istituito il potere di decidere quale sia il corretto bilanciamento tra interessi contrastanti (interessi evidentemente riconosciuti dal Trattato stesso) e pretendere di farlo prevalere sul giudizio di bilanciamento che la Costituzione affida al proprio giudice costituzionale. Per questo trovo sorprendente ed allarmante che un giudice costituzionale – come il *Tribunal Constitucional* nel caso Melloni – si spogli della sua responsabilità e chiedi alla Corte di giustizia se l'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la norma che fonderebbe la "comunitarizzazione dei controlimiti") possa far prevalere la tutela dei diritti fondamentali della persona garantiti dalla Costituzione nazionale sulle norme e le garanzie accordate dall'UE. È comprensibile che la Corte di giustizia risponda di no³¹, ragionando dal *suo* punto di vista e sulla base della sua *attribuzione*, che è quella di garantire il rispetto e l'eguale applicazione del diritto europeo (*e perciò* la prevalenza di esso sul diritto interno). Ma il giudice nazionale è venuto meno ai compiti che la *sua* Costituzione gli affida e gli riserva.

Quello che irenicamente si chiama il *dialogo* tra le corti è in realtà una tensione e un contrasto sistemico, contrasto che rischia di esplodere tanto più violentemente quanto più ci si avvicina al vertice del sistema, attorno ai temi della sovranità, in quella zona in cui sarebbe consigliabile il silenzio e prudente non pretendere di far luce, perché la luce non può penetrare e chiarezza non può essere fatta senza creare conseguenze molto gravi. "*Nessuno deve salire sul monte e neppure avvicinarsi. Chiunque si avvicinerà sarà messo a morte... sul monte ci furono*

³¹ C-399/11.

*tuoni, lampi, e una nube fitta*³²: dove la Legge si svela, là la vista è interdotta. Ben venga il "dialogo" tra le Corti, purché sia un dialogo, se non tra sordi, tra soggetti che non pretendano di sentire troppo nitidamente ogni singolo suono. Nessuno deve pretendere di poter dire la parola definitiva sul punto della prevalenza di un ordinamento sull'altro: *"the habitual willingness to defer indefinitely consideration of deep constitutional anomalies, for the sake of preserving the constitution from the severe conflict that would arise from attempts to remove them, represents the core of a constitutional culture"*³³.

6. Politica e conflitti

La democrazia non è una formula organizzativa e i diritti non nascono dalla carte; l'Unione europea ha un patrimonio genetico liberista che sovrappone l'economia (sociale) di mercato alla sfera della politica, per cui le sue categorie sono in radice estranee alle categorie essenziali della democrazia, che sono squisitamente politiche. Quindi il discorso è chiuso?

Ulrike Liebert, illustrandoci il progetto di ricerca del gruppo RECON, ha illuminato la pista di decollo che un discorso serio attorno alla democratizzazione dell'Unione europea dovrebbe imboccare. La democrazia non si costruisce progettando congegni costituzionali più o meno raffinati: si costruisce necessariamente "dal basso". La democrazia – e gli stessi diritti, come si è visto – è frutto di lotta politica. Il limite democratico delle istituzioni europee è di essersi a lungo mantenute fuori dal contesto della lotta politica – lotta politica che si è, pur tepidamente, fatta sentire soltanto all'interno degli Stati nazionali. Dovrà essere sempre così?

Credo di no. La crisi finanziaria ed economica forse si rivelerà benefica, perché ha squarciato il velo all'ideologia economica che domina le istituzioni europee, mettendo a nudo i conflitti di interessi che essa oscurava. Le scelte strategiche dell'Unione europea non sono state affatto "tecniche", ma hanno favorito determinati interessi a detrimento di altri. Il mito dello sviluppo che vede solo vantaggi e nessuna vittima si è infranto. Per la prima volta le elezioni del Parlamento europeo si sono svolte attraverso la contrapposizione di progetti politici che propongono linee diverse di politica economica; per la prima volta la scelta del Presidente della Commissione è stata determinata dal risultato delle elezioni; per la prima volta la designazione del Presidente della Commissione è stata accompagnata da un documento politico programmatico che ne delimita il mandato e lo vincola a obiettivi politici. Ed anche le forze sociali per la prima volta escono dall'ombra della comitologia e della consultazione per rivendicare e ottenere risultati che non seguono la corrente della liberalizzazione dei mercati, ma anzi registrano qualche

³² *Esodo*, 19.12 e 16..

³³ M. FOLEY, *The Silence of Constitutions*, New York – London 1989, 10.

successo nel bloccarla³⁴. Il conflitto è l'anima della politica. Sia il benvenuto in Europa!

³⁴ Cfr. M.D. LEIREN, L. PARKS, *When trade unions succeed: Cases of blocked liberalisation in the common market*, in 53 "European Journal of Political Research" (2014), 465 ss., che fanno riferimento alle rilevanti modificazioni apportate alla direttiva Bolkestein e alla ripetuta bocciatura della "direttiva Porti".