Andrea Guazzarotti
Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa
Riflessioni critiche sulla costituzione materiale dell'UE
FrancoAngeli

STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin**, **Fulvio Cortese** e **Aldo Sandulli**
coordinata da **Simone Penasa** e **Andrea Sandri**

REDAZIONE
Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina
Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

COMITATO SCIENTIFICO
Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Tomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.
A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale.
La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.
La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.
La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.
Tutti i volumi pubblicati nella collana sono stati pertanto sottoposti a un processo di *double blind peer review* che ne attesta la qualità scientifica.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati
possono consultare il nostro sito Internet:
www.francoangeli.it e iscriversi nella home page
al servizio “Informatemi” per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Andrea Guazzarotti

Neoliberismo e difesa dello Stato di diritto in Europa

Riflessioni critiche sulla costituzione materiale dell'UE

FrancoAngeli

Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Economia e Management dell'Università degli Studi di Ferrara.

Copyright © 2023 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito ***www.francoangeli.it.***

Indice

Introduzione pag. 9

I. Valori e identità dell'UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante" » 15

1. L'ispessimento costituzionale dell'ordinamento UE: i valori dell'art. 2 TUE e il loro *enforcement* » 15
2. (*segue*): il regolamento UE 2020/2092: riscatto identitario o *muddling through*? » 22
3. Art. 2 TUE e clausole di omogeneità federale: *false friends*? » 27
4. Il contenzioso dinanzi alla Corte di giustizia e i rischi di *escalation* » 35
5. L'ampliamento dei poteri "para-federali" dell'UE al prezzo di cooperare anche con i governi illiberali » 44
6. (*segue*): un'Unione abbastanza politicizzata da coltivare gli autocrati, ma non abbastanza per estirparli » 50
7. Il regolamento 2020/2092: protezione del bilancio dell'Unione o dello Stato di diritto? » 54
8. (*segue*): ombre e luci del ricorso al "bastone" del regolamento 2092 » 61

9. L'attivazione del regolamento 2092 per sospendere i fondi europei all'Ungheria pag. 68
10. L'UE come "democrazia militante": incoerenze e reticenze di una narrazione » 71
11. Il contro-movimento *à la Polanyi*: libertà in cambio di sicurezza » 74
12. Il costituzionalismo "post-comunista" e la sua diversa idea di Europa » 78
13. Cadenza d'inganno » 81

II. Processi di adesione all'UE, processi di democratizzazione? » 85
1. I criteri di Copenaghen e la loro gestione discrezionale » 85
2. Transizioni democratiche senza Piani Marshall » 89
3. L'impatto antiparlamentare dei processi di adesione all'UE » 93
4. La passivizzazione degli elettorati e il ruolo dell'UE » 97
5. Radici socioeconomiche dell'involuzione illiberale in Ungheria e Polonia » 102
6. (*segue*): la conquista del centro dalle periferie in nome della Nazione » 109
7. (*segue*): la sterilizzazione del discorso di classe » 115

III. *Law shopping* e "impero della legge" » 123
1. *Rule of law* e Unione europea: segnali di una svolta? » 123
2. *Rule of law* e transizioni democratiche » 127
3. (*segue*): la fretta europea di far funzionare il capitalismo prima della democrazia liberale » 131
4. *Law shopping* e Corte di giustizia dell'UE » 135
5. (*segue*): i diritti dei lavoratori nel tritacarne del *law shopping* » 141
6. Mercificazione del diritto e continuità tra socialismo reale e neoliberismo » 145

IV. La composita costituzione materiale dell'UE e degli Stati membri pag. 155

1. Le Corti costituzionali della transizione e l'improvvido "ottimismo istituzionale" » 155
2. La costituzione dell'UE: in che senso? » 163
3. (*segue*): UE e costituzione in senso materiale » 168
4. (*segue*): Moneta unica e costituzione materiale » 174
5. La *costituzione materiale* quale strumento euristico per l'analisi dei rapporti tra UE e Stati membri » 178
6. L'omogeneità sociale neoliberale e le sue inquietanti varianti nei regimi illiberali » 185

A mo' di conclusione » 193

Introduzione

Alla fine della Seconda guerra mondiale, quando gli USA, assieme con le altre potenze occidentali vittoriose, dovevano decidere che fare della Germania Ovest, il generale statunitense Lucius Clay affermò che «Non vi è scelta fra l'essere comunisti con 1.500 calorie giornaliere e il credere nella democrazia con un migliaio». E fu così che, abbandonato l'originario approccio punitivo del Piano Morgenthau, iniziò la ricostruzione post-bellica in Europa occidentale. Polacchi e ungheresi sono oggi posti dinanzi all'alternativa se rimanere fieramente "illiberali" con poche calorie giornaliere, o pentirsi e tornare agli impegni europeisti della loro adesione all'UE nel 2004 per poter continuare a godere delle "calorie" dei fondi europei.

A partire da Maastricht, i trattati dell'UE segnano un duplice irrobustimento: dei valori che dovrebbero caratterizzare l'identità degli Stati membri e dell'Unione; delle condizioni politiche per l'adesione, cui si aggiunge la procedura per paralizzare quei Paesi che, una volta ammessi, non rispettino più quelle condizioni (artt. 2, 49 e 7 TUE). Dinanzi alle chiare involuzioni illiberali dei governi di Ungheria (dal 2010) e Polonia (dal 2015) e al quasi inevitabile stallo delle procedure unanimistiche necessarie per neutralizzarli (art. 7 TUE), l'Unione ha prima sperimentato strumenti di *soft law*, poi la via dei contenziosi giurisdizionali, da cui è derivata, però, un'escalation di dimensioni preoccupanti, specie con la Polonia. Nel 2020, in contemporanea con l'approvazione del NGEU, è stato finalmente varato il regolamento sulla condizionalità (2020/2092) per colpire "la borsa" dei Paesi retti da governi illiberali. I ricorsi di Ungheria e Polonia contro tale regolamento sono stati respinti dalla Corte di giustizia con due sentenze del

febbraio 2022 in cui si esalta la dimensione identitaria dell'UE e l'imperativo di difendere i suoi valori, aggirando le strettoie poste dall'art. 7 TUE. Ne è seguita l'attivazione da parte della Commissione del regolamento 2092 nei confronti della sola Ungheria e il blocco di finanziamenti europei per c.ca 6,3 miliardi di euro da parte del Consiglio nel dicembre 2022; contemporaneamente, è stato sbloccato il PNRR ungherese, il cui finanziamento europeo resta, tuttavia, concretamente condizionato all'effettiva adozione di riforme nazionali di irrobustimento dello Stato di diritto. Nessuna formale sospensione "sanzionatoria" dei fondi europei è stata attivata, invece, nei confronti della Polonia, che rischia, però, di vedersi bloccata la concreta erogazione dei generosi fondi di coesione finché non venga certificato il rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e il cui PNRR resta, comunque, concretamente condizionato al ripristino dell'indipendenza della magistratura.

La vicenda istituzionale sembra confermare l'auspicio di chi ha visto nella solidarietà del NGEU il dispositivo capace di legittimare strumenti di difesa dei valori europei più incisivi che in passato, secondo la logica "federale" per cui, tanto più ci si integra, tanto più si possono condizionare le scelte valoriali delle singole comunità nazionali.

La prima parte del libro, nel ricostruire la lenta reazione istituzionale dell'UE all'affermarsi delle c.d. democrazie illiberali nell'Europa centrorientale, mette in guardia dall'ottimismo istituzionale di chi vede in tale evoluzione un'ennesima prova di costituzionalizzazione dell'UE: la perdurante asimmetria tra gli strumenti sanzionatori parafederali e le ancora scarse credenziali democratiche dell'UE non sembra giustificare quell'ottimismo. La condizionalità permette, infatti, un indefinito ampliamento dei poteri "normativi indiretti" dell'UE, stiracchiando ancora un po' il principio delle competenze attribuite e aggravando lo squilibrio tra i poteri sovranazionali e le gracili fondamenta democratiche dell'Unione. Oltre a ciò, la condizionalità del regolamento 2092 sembra strettamente imparentata con quella che guidò le manageriali procedure di adesione degli Stati dell'Est-Europa; al pari di quella, essa appare difficilmente in grado di attingere alle cause profonde che stanno alla base della mancata adesione sociale diffusa ai valori del costituzionalismo democratico; né sembra risolta l'aporia

originaria di voler ricorrere a valori come lo stato di diritto per finalità strumentali ed economiciste.

La seconda parte del libro ricostruisce la fase delle procedure di adesione dei Paesi dell'ex blocco di Varsavia, per analizzare criticamente l'impatto costituzionale delle condizionalità e della loro unilaterale applicazione (sterilizzazione del dibattito parlamentare e pubblico proprio nella delicata fase della ricostruzione di una democrazia liberale). A tale fase corrispondono le vicende della transizione costituzionale di Ungheria e Polonia che esibiscono analoghe lacune nella creazione di un autentico coinvolgimento popolare. Seguendo la modellistica di Mortati, in entrambi i casi è mancata la costruzione di un solido patto sociale capace di dar vita a una "costituzione materiale" in grado, a sua volta, di gemmare una "costituzione formale". Con le procedure di adesione, UE ed élites politiche hanno preferito investire sulla costituzione formale degli Stati candidati, puntellandola dall'esterno, senza troppo preoccuparsi della costituzione materiale e della debolezza dei legami che andavano formandosi tra l'una e l'altra. Di qui la celebrazione del ruolo delle Corti costituzionali nazionali e di altri indicatori formali dello stato di diritto, probabilmente fuorvianti.

Una sintetica illustrazione dell'evoluzione socioeconomica di Ungheria e Polonia servirà a supportare la tesi conclusiva del libro. All'integrazione economica esterna dovuta all'apertura indiscriminata dei mercati (specie dei capitali e del lavoro) è seguita una dis-integrazione economica interna (polarizzazione sia territoriale, sia sociale), esplosa durante gli anni della crisi finanziaria del 2008. L'opzione illiberale dei partiti al governo in Ungheria e Polonia potrebbe non essere altro che la risposta adattativa al capitalismo transnazionale che determinate economie periferiche sono riuscite faticosamente a produrre, in un'alleanza tra capitale internazionale e nazionale che non contempla alcuna significativa partecipazione al patto della classe lavoratrice. Si ignora spesso, infatti, che la regressione illiberale in questi Paesi è stata preceduta dall'attacco alla "democrazia economica" e ai diritti dei lavoratori. La repentina fuga del capitale transnazionale nel 2008 e il crollo che ne è seguito, specie in Ungheria, ha dato l'innesco al contro-movimento "*à la Polanyi*" della piccola e media borghesia, fino a quel momento penalizzata dal patto tra élite politiche e capitale

transnazionale. Dalla nuova alleanza tra governanti e borghesia nazionale è nato un assetto assai più stabile del precedente, in cui il capitale transnazionale – espulso da settori sensibili, come media e utilities, ma ampiamente fidelizzato in quelli dell'auto o delle tecnologie – gioca ancora un ruolo cruciale. Detassazione delle multinazionali, sussidi alle imprese e politiche di "workfare", da un lato, distribuzione clientelare dei fondi europei agli imprenditori locali e sussidi alle famiglie numerose, da un altro lato, costituiscono lo stabile mix di politiche prodotto da quell'alleanza. La legittimazione delle élite politiche, un tempo cercata nell'ammissione all'UE, oggi viene direttamente dal capitale transnazionale e dalla ritrovata armonia con la borghesia nazionale. Questo nuovo assetto sembra assai più stabile del precedente, tanto da aver dato vita a una "costituzione materiale" che si è liberata (Ungheria) o si sta liberando (Polonia) della precedente "costituzione formale".

Il ruolo giocato dall'UE in tale evoluzione è ambiguo: le vicende analizzate in questo libro illuminano la duplicità della sua "costituzione", quella materiale (libera circolazione dei capitali) e quella formale (Carta dei diritti e valori comuni). Presentatasi come "Unione di competitività", priva di autentica solidarietà e di proprie politiche industriali, l'Unione ha senz'altro facilitato la presa del capitale transnazionale sulle società dell'Europa centrorientale; mentre ha strozzato sul nascere, nel mezzo della crisi finanziaria, i tentativi democratici di ridistribuire ricchezza dall'alto al basso nella Grecia di Syriza, essa ha tollerato per anni i governi illiberali capaci di garantire lucrosi affari al capitale transnazionale (i profitti estratti da Ungheria e Polonia sono di gran lunga superiori ai fondi europei a favore di queste ultime). Ora l'Europa (inclusi i governi nazionali che siedono nel Consiglio) pretende affiancare all'Unione di competitività l'Unione dei valori, facendo leva sulle condizionalità economiche anziché su politiche sociali e industriali para-federali – al momento impossibili – in grado di addomesticare le multinazionali e il loro potere di indurre la competizione al ribasso tra sistemi giuridici nazionali (c.d. "law shopping"). Si può bloccare, ricorrendo a valori come lo stato di diritto, l'alleanza tra capitale transnazionale ed élite politiche illiberali che cementa la costituzione materiale di quei Paesi? Il capitale transnazionale non è lo stesso che cementa – alleandosi con le élite cosmopolite

liberali nazionali e quelle tecnocratiche di Bruxelles e Francoforte – la costituzione materiale dell'UE? Le leve della condizionalità ispirata ai valori rischiano di essere strumenti superficiali con cui allineare le costituzioni formali nazionali alla costituzione formale dell'UE, senza attingere alle rispettive costituzioni materiali. Forse uno sguardo alla democrazia economica e al ruolo dei sindacati sarebbe un modo per tentare un nuovo inizio, i lavoratori essendo stati, fin qui, non uno dei soggetti del patto costitutivo bensì l'oggetto dell'accordo tra capitale transnazionale e classi politiche illiberali, le quali hanno garantito al primo l'immunizzazione da ogni conflittualità sindacale e rigide politiche di *workfare*. Ma ciò, appunto, comporta una (limitata) centralizzazione delle relazioni industriali capace di limitare la competizione tra sistemi giuridici e di detronizzare il capitale transnazionale, ossia la revisione del patto sociale che attualmente cementa la costituzione materiale dell'UE.

I
Valori e identità dell'UE: lo strabismo di una narrazione "costituzionalizzante"

1. L'ispessimento costituzionale dell'ordinamento UE: i valori dell'art. 2 TUE e il loro *enforcement*

L'Unione europea ha indubbiamente ricevuto, attraverso le varie revisioni dei Trattati e nonostante il fallimento della c.d. Costituzione europea del 2004, una sorta di ispessimento costituzionale. Lo specchio eloquente di tale evoluzione è solitamente individuato nella Carta dei diritti fondamentali (Nizza 2000) e nel riconoscimento del suo valore giuridico al pari dei Trattati (Lisbona 2007), cui si aggiunge la crescente giurisprudenza – nazionale ed europea – che applica la Carta. Esiste, però, anche il più risalente dato dell'evoluzione della clausola sui principi fondamentali dell'UE, la quale, dallo scarno art. F del Trattato di Maastricht[1] è transitata per la versione arricchita del Trattato di Amsterdam (poi confluita nell'art. 6 TUE del Trattato di Nizza),[2] per diventare, con Lisbona, una clausola sui «valori» dell'Unione (art. 2 TUE).[3] In questa metamorfosi da bruco a crisalide e,

1. Art. F.1 del previgente TUE: «L'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici».

2. Art. 6.1 del previgente TUE: «L'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri».

3. Art. 2 del vigente TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini». Sulle possibili interpretazioni dell'originaria

finalmente, a farfalla, i *principi* fondanti dell'Unione non solo sono aumentati di consistenza, ma sono assurti anche al più impegnativo rango di *valori*, i quali non vengono solo *riconosciuti*, ma debbono anche essere *promossi* dall'Unione (assieme alla pace e al benessere dei suoi popoli: art. 3.1 TUE).[4]

Ricalcando la struttura della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (d'ora in avanti anche CDFUE), il nuovo art. 2 TUE elenca i valori della dignità umana, la libertà, la democrazia, l'uguaglianza, lo Stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e i diritti delle persone appartenenti a minoranze (quest'ultimo riferimento si lega ai criteri d'ammissione degli Stati candidati, c.d. criteri di Copenaghen del 1993, richiamati dall'art. 49 TUE[5]). Con un nesso dalla portata giuridica non proprio cristallina, il secondo periodo dell'art. 2 del TUE arricchisce l'elenco dei valori con riferimenti a ciò che deve caratterizzare la società: pluralismo, non discriminazione, tolleranza, giustizia, solidarietà e parità tra donne e uomini.[6]

assenza nell'UE di una clausola sui principi o valori fondanti, cfr. G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale negli ordinamenti compositi*, Napoli 2017, 235 s.; sulla genealogia del vigente art. 2 TUE, cfr. L. Pech, *The Rule of Law in the EU: The Evolution of the Treaty Framework and the Rule of Law Toolbox*, in *Reconnect*, WP n. 7, March 2020, 11 ss.

4. L'art. 3.5 TUE, inoltre, prevede l'impegno dell'UE ad affermare e promuovere «i suoi valori e interessi» anche «nelle relazioni con il resto del mondo». Cfr. anche l'art. 8 TUE, sulla politica di vicinato; l'art. 21 lett. a), TUE, sull'azione esterna dell'Unione; l'art. 32, comma primo, penult. per., TUE, sul dovere degli Stati membri di convergere nelle azioni in politica estera al fine di consentire all'Unione di «affermare i suoi interessi e i suoi valori sulla scena internazionale»; l'art. 42.5 TUE, sulla possibilità per il Consiglio di affidare missioni, nell'ambito della politica sulla sicurezza e difesa comune, a un gruppo di Stati membri per «preservare i valori dell'Unione e [...] servirne gli interessi». Un quadro efficace in G. de Búrca, *Poland and Hungary's EU membership: On not confronting authoritarian governments*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2022, vol. 20, n. 1, 14 ss.

5. Sui criteri di Copenaghen, cfr. *infra*, cap. II.

6. Cfr. E. Cannizzaro, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in Liber Amicorum *Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino 2018, 158 ss., secondo cui la seconda frase dell'art. 2 TUE, chiaramente ispirato alle clausole che limitano i poteri degli Stati di restringere i diritti fondamentali negli artt. 8-11 della CEDU, non costituirebbe un ulteriore elenco di valori dell'Unione, bensì fornirebbe «lo *standard* di tutela dei valori stabiliti nella prima parte della disposizione, e, in particolare, del principio democratico e di quello dello Stato di diritto». Secondo al-

Parallelamente all'evoluzione del fondamento valoriale dell'UE, le revisioni dei Trattati segnano anche l'ispessimento dei criteri di ammissione dei nuovi Stati.[7] Sebbene già nel Consiglio europeo di Copenaghen del 1978 si fosse affermato che «il rispetto e il mantenimento della democrazia rappresentativa e dei diritti dell'uomo in ciascuno degli Stati membri sono elementi essenziali di una partecipazione alle Comunità Europee», il Trattato di Maastricht, ancora nel 1992, taceva sui requisiti del richiedente, salvo l'essere uno "Stato europeo" (art. O TUE), mentre il Trattato di Amsterdam si riferiva a «ogni Stato europeo che rispetti i principi sanciti nell'articolo 6, paragrafo 1» (art. 49 del previgente TUE), finché il Trattato di Lisbona arriva a porre la più impegnativa condizione, non solo del rispetto dei valori dell'art. 2 TUE, ma anche dell'impegno a *promuoverli* (art. 49 TUE).[8]

A evolversi in parallelo è stata anche la clausola di enforcement, nel caso tali valori fondativi vengano sistematicamente violati da uno Stato membro: inesistente qualsiasi meccanismo sanzionatorio nel Trattato di Maastricht (art. F TUE), quello di Amsterdam del 1997 introduceva l'art. F.1, poi arricchito e modificato dal Trattato di Nizza del 2001 (art. 7 TUE), infine cristallizzato da Lisbona,[9] che ha eliminato

tro punto di vista, la disposizione instaurerebbe un nesso indiretto con la cittadinanza europea (art. 20 TUE), prefigurando i caratteri della «società europea, composta da quelle donne e quegli uomini che sono i cittadini europei. I quali, a loro volta, [...], sono anche cittadini nazionali. La co-estensione è dunque duplice: tra valori, e tra cittadini»: C. Pinelli, *Valori comuni agli Stati membri e interesse finanziario dell'Unione*, in *Eurojus*, 2022, 58.

7. Cfr. L. Cappuccio, *Le condizioni costituzionali di adesione all'Unione europea*, in C. Staiano (cur.), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino 2006, 457 ss.

8. Cfr. L. Pech, *The Rule of Law in the EU*, cit., 14.

9. Il vigente art. 7 TUE recita: «1. Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, deliberando secondo la stessa procedura.
II Consiglio verifica regolarmente se i motivi che hanno condotto a tale constatazione permangono validi.
2. Il Consiglio europeo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati

il ricorso facoltativo alle «personalità indipendenti» nella fase preventiva e ha introdotto una limitatissima competenza della Corte di giustizia sul tale procedura "sanzionatoria" (art. 269 TFUE).[10] Dunque, solo alla politica (cioè ai governi nazionali, previa approvazione del Parlamento europeo) e non al giudice sembra spettare l'accertamento del mancato rispetto dei valori da parte di uno Stato membro che assuma dimensioni strutturali.

La procedura dell'art. 7 TUE è diversa da quelle di altri trattati internazionali, posto che l'accertamento del "tradimento" dei valori fondamentali del "club", oltre a richiedere l'unanimità degli altri soci, non può mai condurre all'espulsione (come avvenuto nel Consiglio d'Europa con la Russia[11]), bensì soltanto all'eventuale sospensione dei

membri o della Commissione europea e previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2, dopo aver invitato tale Stato membro a presentare osservazioni.
3. Qualora sia stata effettuata la constatazione di cui al paragrafo 2, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione dei trattati, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell'agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli obblighi delle persone fisiche e giuridiche.
Lo Stato membro in questione continua in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dai trattati.
4. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può successivamente decidere di modificare o revocare le misure adottate a norma del paragrafo 3, per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione.
5. Le modalità di voto che, ai fini del presente articolo, si applicano al Parlamento europeo, al Consiglio europeo e al Consiglio sono stabilite nell'articolo 354 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

10. Secondo il nuovo art. 269 TFUE, la CGUE è competente a pronunciarsi sulla legittimità degli atti adottati ai sensi dell'art. 7 «unicamente su domanda dello Stato membro oggetto» della procedura "sanzionatoria" e unicamente «per quanto concerne il rispetto delle sole prescrizioni di carattere procedurale previste dal suddetto articolo».

11. Il 16 marzo 2022, in esito all'aggressione dell'Ucraina, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha dichiarato, per la prima volta nella sua storia, la cessazione dell'appartenenza al Consiglio d'Europa di un suo membro, la Federazione russa, ciò in base all'art. 8 dello Statuto del CoE, ai sensi del quale «Ogni Membro del Consiglio d'Europa che contravvenga alle disposizioni dell'articolo 3, può essere sospeso dal diritto di rappresentanza e invitato dal Comitato dei Ministri a recedere nelle condizioni di cui all'articolo 7. Il Comitato può risolvere che il Membro, il quale non ottemperi a tale invito, cessi d'appartenere al Consiglio dal giorno stabilito

diritti di membership, tra cui spicca il diritto di voto nel Consiglio: cfr. *infra*).

L'introduzione dell'art. 7 TUE, in sé, non è scevra da ambiguità, posto che la sua comparsa nei Trattati coincide proprio con l'allargamento a Est e tradisce un certo timore, se non diffidenza, per le precarie tradizioni democratiche degli Stati candidati.[12] Dunque, non solo autoaffermazione dei valori comuni agli Stati membri e all'Unione, bensì anche segnalazione di una (comprensibile) "riserva mentale" nell'ammissione di nuovi Stati,[13] con un potenziale di gerarchizzazione occulta tra blocchi di Stati membri che richiama vagamente le logiche della differenziazione imperiale.[14]

Tale procedura "sanzionatoria", per la sua natura quasi esclusivamente politica e per l'irraggiungibile soglia dell'unanimità, si è dimostrata inadeguata alle minacce portate ai valori dell'UE, partendo dal caso dell'entrata nel governo austriaco di un partito sospetto di antisemitismo e sicuramente xenofobo nel 2000 (affrontato e risolto bypassando le istituzioni dell'UE[15]), per giungere alle crisi ormai conclamate di Ungheria e Polonia, contro le quali la procedura di cui all'art. 7.1 TUE è stata attivata con un cospicuo ritardo e senza condurre ad alcuna decisione del Consiglio.[16] Il fenomeno è noto come "dilem-

dal Comitato stesso». La decisione del Comitato dei Ministri è adottata con la maggioranza dei 2/3 dei componenti (art. 20, lett. c). Cfr. D. Strazzari, *La clausola di omogeneità dell'UE: connotazione costituzionale o internazionale? Riflessioni da un'analisi comparata*, in *Federalismi.it*, n. 24/2014.

12. Cfr. D. Strazzari, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., 2, nt. 1.

13. C. Pinelli, *Conditionality and Enlargement in Light of EU Constitutional Developments*, in *ELJ*, 2004, n. 3, 358.

14. L'ammissione di Romania e Bulgaria (la cui adesione all'UE è del 2007) al c.d. "Spazio Schengen" è tuttora *sub iudice* e sottoposta alle verifiche della Commissione sui progressi nell'organizzazione della magistratura e nella lotta alla corruzione, secondo i *meccanismi di cooperazione e verifica per Romania e Bulgaria* adottati con decisioni della Commissione sulla base dei rispettivi atti di adesione di questi Paesi (cfr., rispettivamente, la Decisione (2006/928/CE), 13 dicembre 2006, per la Romania, e la Decisione 2006/929/CE del 13 dicembre 2006, per la Bulgaria).

15. Gli altri Stati membri ricorsero ad azioni – prevalentemente simboliche – di diritto internazionale, come il rifiuto di contatti ufficiali bilaterali: cfr. G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale*, cit., 249 ss.

16. Dalla Commissione nei confronti della Polonia, il 20 dicembre 2017 (*Proposta motivata a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'unione europea sullo stato di diritto in Polonia*, COM(2017) 835 final); dal Parlamento europeo nei

ma di Copenaghen", secondo l'espressione usata nel 2012 dall'allora Commissaria alla giustizia, ai diritti fondamentali e alla cittadinanza, Viviane Reding, ossia l'aporia di un ordinamento europeo che sottopone gli Stati candidati a penetranti controlli sul rispetto dei plurimi requisiti per l'adesione (criteri di Copenaghen), ma che, dopo l'adesione, è disarmato dinanzi alle più gravi violazioni di quei requisiti.[17] Più che di un'aporia, in realtà, si tratta dell'effetto discendente dalla stessa struttura anfibia dell'UE, dotata di molte competenze *esclusive* tipiche degli Stati sovrani (politica monetaria, politica commerciale estera, ecc.), ma ancorata, per chiara volontà degli Stati membri, al principio delle competenze *limitate* e *attribuite*, come fissate dagli Stati nei Trattati (art. 4.1 e 5 TUE). In questo quadro, l'art. 7 TUE è l'eccezione che conferma la regola, posto che è l'unica disposizione «che consente espressamente all'UE di intervenire nei confronti degli Stati anche per le violazioni dello Stato di diritto *che avvengano al di fuori dall'ambito di applicazione del diritto dell'UE*».[18] Ma a questa inedita apertura delle competenze dell'UE (inconcepibile in un contesto storico e geopolitico differente da quello che caratterizzò il programmato allargamento a Est) fa da contraltare la procedura decisionale dello stesso art. 7 TUE, saldamente in mano ai governi degli Stati membri nella loro unanimità (escluso lo Stato membro "imputato"), a segnalare la riluttanza del passaggio verso schemi di più accentuata integrazione para-federale.

Sta di fatto che, proprio per porre rimedio alla presunta aporia del "dilemma di Copenaghen", la Commissione, dopo aver attivato due diversi strumenti di *soft law* per il monitoraggio del rispetto del valore dello stato di diritto negli Stati membri (cfr. *infra*, § 2), ha propo-

confronti dell'Ungheria, il 12 settembre 2018 (*proposta recante l'invito al Consiglio a constatare, a norma dell'articolo 7, paragrafo 1, del trattato sull'Unione europea, l'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori su cui si fonda l'Unione* (2017/2131(INL)). Nessuna procedura risulta attivata ai sensi dell'art. 7.2 TUE, che contempla il potere del Consiglio europeo di accertare la «violazione grave e persistente» dei valori, cui può accedere la sanzione della sospensione dei diritti del governo dello Stato colpito da tale accertamento (art. 7.3 TUE).

17. Cfr. G. Contaldi, *Le sentenze della Corte di giustizia sui ricorsi di Polonia e Ungheria e l'emersione del concetto di identità europea*, in *Eurojus*, 2022, 95.

18. R. Calvano, *Legalità UE e stato di diritto, una questione per tempi difficili*, in *Riv. AIC*, n. 4/2022, 178.

sto nel 2018 un regolamento a tutela dello Stato di diritto (o *rule of law*)[19] attraverso l'uso del bilancio dell'UE,[20] proposta poi riconvertita nel vigente regolamento volto a tutelare il bilancio dalle compromissioni che possa subire a causa delle violazioni del *rule of law* (reg. 2020/2092).[21] Il mutamento di prospettiva, per cui lo "stato di salute" del *rule of law* passa da oggetto di tutela a sintomo di violazione degli interessi finanziari dell'Unione, faceva irritare il Parlamento europeo, ma serviva a vincere l'opposizione del Consiglio e, forse, a rendere giuridicamente più difendibile il regolamento dall'accusa di surrogare abusivamente l'art. 7 TUE.[22]

19. Si userà nel prosieguo tanto l'espressione "Stato di diritto" che "*rule of law*", pur nella consapevolezza che la prima corrisponde alla tradizione liberale statalista dell'Ottocento, mentre la seconda a quella anglosassone che privilegia le sue radici "sociali" nel Common Law di origine medievale: cfr., *ex multis*, R. Bin, Rule of law *e ideologie*, in G. Pino, V. Villa (cur.), Rule of Law. *L'ideale della legalità*, Bologna 2016, 37 ss.; Id., *Lo Stato di diritto*, Bologna 2017; D. Zolo, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in P. Costa, D. Zolo (cur.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano 2003, 17 ss.; M. Bussani, *The Rule of Law in the Global Perspective*, in *It. Journ. Publ. Law*, n. 2/2020, 135 ss.; G.M. Salerno, *European Rule of Law*: *un principio in cerca d'autore*, in *Federalismi.it*, n. 19/2020, 2 ss.; J. Waldron, *Legislation and the Rule of Law*, *Legisprudence*, 2007, 91 ss.; A. Pin, *Il* rule of law *come problema*, Napoli 2021.

20. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri, COM(2018) 324 final, del 2 maggio 2018. L'art. 3.1 della bozza di regolamento così proposta, in particolare, consentiva l'adozione delle misure "sanzionatorie" (sospensione dei finanziamenti europei, ecc.) «qualora una carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto in uno Stato membro comprometta o rischi di compromettere i principi di una sana gestione finanziaria o la tutela degli interessi finanziari dell'Unione». A seguito di complessi negoziati con il Consiglio (il cui servizio legale si era pronunciato contro la proposta della Commissione), è stato eliminato il termine «carenza generalizzata riguardante lo Stato di diritto» ed è stato precisato il nesso intercorrente tra violazioni del *rule of Law* e compromissioni del bilancio o degli interessi finanziari dell'UE. Cfr. *infra*.

21. Regolamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2020, relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Cfr. i commenti, tra gli altri, di T. Tridimas, *Editorial Note: Recovery Plan and Rule of Law Conditionality: A New Era Beckons?*, in *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 2020, VII ss.; B. Nascimbene, *Stato di diritto, bilancio e Corte di giustizia*, in *Eurojus* n. 2/2022, 114 ss.; S. Gianello, *Il Regolamento 2020/2092 alla prova concreta dei fatti: alcune indicazioni significative a partire dalla sua attivazione contro l'Ungheria*, in *DPCE-online*, 2/2022, 670 ss.

22. Cfr. A. Baraggia, M. Bonelli, *Linking Money to Values: The New Rule*

2. (*segue*): il regolamento UE 2020/2092: riscatto identitario o *muddling through*?

Su questo regolamento si erano appuntate le affilate censure dei ricorsi di Polonia e Ungheria, che vi vedevano nient'altro che l'aggiramento della riserva alla politica stabilita dall'art. 7 TUE. La Corte di giustizia, nella sua formazione più solenne, quella plenaria, ha rigettato tutti i motivi di censura di tali ricorsi e affermato la legittimità del regolamento.[23] Ma nel far questo, essa ha anche colto l'occasione per enfatizzare la dimensione costituzionale dell'art. 2 TUE, evocando l'esigenza, per l'UE, di difendere la propria «identità».[24] Una parola impegnativa, questa, che i Trattati istitutivi utilizzano con parsimonia. Sebbene già nel lontano 1973 i Capi di Stato e di Governo adottarono a Copenaghen una «Dichiarazione sull'identità europea»[25]

of Law Conditionality Regulation and Its Constitutional Challenges, in *GLJ*, 2022, vol. 23, 237 s. Nel 2018, il Servizio giuridico del Consiglio aveva ritenuto la proposta della Commissione contraria all'art. 7, in quanto avente gli stessi scopi (sospendere i diritti di uno Stato membro discendenti direttamente dai Trattati) e secondo regole affini, posto che non essendo chiaramente indicato il nesso tra carenze generalizzate nello stato di diritto e corretta esecuzione dei finanziamenti europei, la sospensione di questi ultimi equivaleva a una sanzione: parere del 25 ottobre 2018, n. 13593/18 (cfr. S. Gianello, *Il Regolamento 2020/2092*, cit., 674 s.).

23. Sentenze 16 febbraio 2022, C-156, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, e C-157, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*.

24. Sent. "Ungheria", C-156, §§ 127, 232; sent. "Polonia", C-157, §§ 145, 264, 268. Sottolineava, alla vigilia dell'adozione del regolamento 2092 e delle sentenze della CGUE, il nesso tra crisi dello Stato di diritto e opportunità per l'UE di affermare la propria identità costituzionale, G. Pitruzzella, *L'Unione europea come "comunità di valori" e la forza costituzionale del valore dello "stato di diritto"*, in *Federalismi.it*, n. 28/2021, xii.

25. La Dichiarazione sull'identità europea del 1973 afferma l'intenzione degli Stati membri (all'epoca nove) di difendere nelle proprie relazioni estere «i principi della democrazia rappresentativa, della Rule of Law, della giustizia sociale – che costituisce il fine ultimo dello sviluppo economico – e del rispetto per i diritti umani. Tutti questi principi assieme costituiscono gli elementi fondamentali dell'Identità europea». La Dichiarazione di Copenaghen del 1973 viene richiamata dalla successiva Dichiarazione sulla democrazia del Consiglio europeo di Copenaghen del 1978, in cui i Capi di Stato o di Governo, dopo aver confermato la volontà garantire quei principi, affermarono che «il rispetto e il mantenimento della democrazia rappresentativa e dei diritti dell'uomo in ciascuno degli Stati membri sono elementi essenziali di una partecipazione alle Comunità Europee». Cfr. L. Pech, *The Rule of Law in the EU*, cit., 10.

finalizzata a ispirare le loro relazioni estere, i Trattati vigenti si riferiscono all'identità dell'Unione solo nel Preambolo del TUE (e sempre nel contesto delle relazioni estere),[26] mentre negli articoli il riferimento è solo all'«identità nazionale» degli Stati membri (art. 4.2 TUE), nonché a quella delle confessioni religiose e le organizzazioni filosofiche e non confessionali (art. 17.3 TUE).[27]

Si avverano così le ottimistiche previsioni di chi aveva visto nell'allargamento a Est dell'UE il dispositivo per indurre la stessa Unione a darsi un'anima costituzionale e non più solo economicista?[28] Possiamo lasciare in sospeso la risposta, rinviando ai successivi capitoli l'esplorazione di una lettura alternativa dell'allargamento dell'Unione e dell'esportazione dei principi e delle istituzioni liberal-democratiche nei nuovi Stati membri, insinuando fin d'ora il dubbio che, con l'allargamento a Est, è iniziato un moto di competizione al ribasso tra ordinamenti giuridici e di crescente subordinazione degli Stati ai mercati globali e agli investimenti esteri, in cui "oriente e occidente" si sono mutualmente influenzati, secondo un moto di «cotrasformazione»[29] che ha visto cadere sul campo per primi i diritti dei lavoratori e la democrazia economica.

Rinviando al paragrafo 7 l'analisi sintetica del regolamento e delle sentenze "quasi-gemelle" della CGUE, può fin d'ora constatarsi l'apparente paradosso di una costituzionalizzazione dell'UE perpetuata per via giurisprudenziale, dopo che Lisbona, a ridosso dei referendum olandese e francese del 2005, aveva optato per l'abbandono

26. I governi degli Stati membri, «DECISI ad attuare una politica estera e di sicurezza comune che preveda la definizione progressiva di una politica di difesa comune, che potrebbe condurre ad una difesa comune a norma delle disposizioni dell'articolo 42, rafforzando così l'identità dell'Europa e la sua indipendenza al fine di promuovere la pace, la sicurezza e il progresso in Europa e nel mondo [...], HANNO DECISO di istituire un'Unione europea [...]». Il preambolo contiene il noto riferimento «alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa» (2° cpv.).

27. Sull'assenza di riferimenti all'identità costituzionale dell'Unione nei Trattati, cfr. R. Calvano, *Legalità UE e stato di diritto*, cit., 190.

28. L'attenzione e la preoccupazione per i diritti umani nell'UE, indotte prevalentemente dall'allargamento, avrebbero rivitalizzato il "discorso sui valori" e sostenuto la visione di un'UE quale «comunità di valori, non solo di interessi»: W. Sadurski, *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*, Orford (UK), 2012, 207.

29. P. Ther, *Europe since 1989*, Princeton 2018, 259 ss.

di ogni retorica costituzionale,[30] assieme con l'«oscuramento»[31] del principio federale del primato del diritto dell'UE sugli ordinamenti nazionali, di cui si "certifica" ambiguamente la perdurante natura pretoria (eliminazione dal Trattato dell'art. I-6 e inserimento della dichiarazione n. 17 sul primato, scritta in puro "burocratese"[32]). Vero che il vigente art. 2 TUE sui valori è identico all'art. I-2 dell'abortito Trattato-Costituzione e che ciò confermerebbe, per qualcuno, che a Lisbona non si sarebbe affatto abbandonata la sostanza della fallita

30. In un documento allegato alle Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007, lapidariamente, si annunciava che «The constitutional concept, which consisted in repealing all existing Treaties and replacing them by a single text called "Constitution", is abandoned», compiendosi una netta inversione di tendenza rispetto alla decisione di Laeken di dotare l'Europa di una "Costituzione degna di tale nome" (secondo le parole dell'allora Cancelliere tedesco Schröder). Pertanto, secondo l'allora candidato alle presidenziali francesi, Sarkozy, posto che il nuovo trattato in cantiere (quello di Lisbona) non aveva natura costituzionale, diversamente dall'archiviato Trattato di Roma del 2004, non vi era la necessità di ricorrere ad alcun referendum: cfr. C. De Fiores, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona* (10 aprile 2008), in *Costituzionalismo.it*, 1/2008, 1 ss.

31. C. De Fiores, *Europa, Stato e sovranità dopo la* Brexit, in *Teoria politica*, 2017, VII, 207.

32. L'art. I-6 dell'abortito Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 2004 recitava: «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri». La Dichiarazione relativa al primato, n. 17 recita: «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza. Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): Parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007: Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (*Costa c. ENEL*, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia». La Dichiarazione n. 17 costituisce il frutto di un compromesso emerso nella Conferenza intergovernativa, dopo che la proposta di inserire il principio del primato nel testo dei Trattati era stata fieramente opposta dal Regno Unito: cfr. C. Curti Gialdino, *In cammino verso la* Polexit*? Prime considerazioni sulla sentenza del Tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, in *Federalismi.it*, 2021, xxv.

Costituzione europea, bensì solo la forma (e la retorica).[33] Ma resta il dubbio di come possa l'agognata meta della costituzionalizzazione perseguirsi «di soppiatto»,[34] per le oblique vie dei contenziosi giurisdizionali e/o del diritto derivato poggiante su clausole funzionaliste *par excellence*, come l'art. 322 TFUE[35] posto a base del citato regolamento 2092 sulla tutela del bilancio dagli attacchi allo Stato di diritto (cfr. *infra*, § 7).[36]

Qualcuno obietterà che, nel frattempo, molta acqua è passata sotto i ponti. Dopo la gestione "internazionalistica" e prevalentemente intergovernativa della crisi dell'euro (2008-2015), si è avuto il salto quantico dell'emissione comune di debito per fronteggiare la crisi pandemica. Per alcuni, quel passo fatidico (il c.d. *Hamiltonian moment* che strizza l'occhio alla nascita del federalismo americano) rappresenterebbe il dispositivo para-federale che ha fornito all'UE la legittimità per riaffermare e presidiare giuridicamente i suoi valori con il regolamento 2092,[37] mentre per altri, alla condizionalità cattiva della governance economica della crisi dell'euro si sarebbe finalmente contrapposta una condizionalità buona, a tutela dei valori fondanti dell'UE.[38] In effetti, la Corte di giustizia ha avuto modo di enfatizzare la dimensione solidaristica dell'UE, al fine di legittimare il rego-

33. J. Ziller, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna 2013, 179.

34. G. Majone, *Dilemmas of European Integration. The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, New York 2005.

35. La base giuridica del regolamento 2020/2092 è l'art. 322.1, lett. a), TFUE, che così recita: «1. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione della Corte dei conti, adottano mediante regolamenti: a) le regole finanziarie che stabiliscono in particolare le modalità relative alla formazione e all'esecuzione del bilancio, al rendiconto e alla verifica dei conti; [...]».

36. Sull'impossibilità di sciogliere il nodo cruciale delle violazioni dei valori fondanti (di UE e Stati membri) unicamente affidandosi al diritto pretorio della CGUE, dovendosi invece chiaramente prospettare una riforma dell'art. 7 TUE, cfr. R. Calvano, *Legalità UE e stato di diritto*, cit., 190, 180 s.

37. Cfr. P. Lindseth, C. Fasone, *Rule-of-Law Conditionality and Resource Mobilization – the Foundations of a Genuinely "Constitutional" EU?*, in *VerfBlog*, 2020/12/11.

38. Cfr. C. Pinelli, *Conditionality and economic constitutionalism in the Eurozone*, in *Italian Journal of Public Law*, 1/2019, 22-42; A. Baraggia, M. Bonelli, *Linking Money to Values*, cit., 154 s.

lamento 2092 nelle due sentenze citate, cosa che le sarebbe risultata indubbiamente più ostica negli anni dell'austerity e dei commissariamenti della troika.[39]

Resta il dato di una "costituzionalizzazione" dell'UE che non ha ancora incontrato l'abbraccio del potere costituente, non in senso democratico almeno,[40] e che continua a seguire le vie oblique del funzionalismo (può solo tutelarsi il bilancio dell'UE, non direttamente lo Stato di diritto).

Anche alla luce dello scetticismo verso i tentativi di costruire sulle pronunce giudiziarie un costituzionalismo europeo *octroyé*, ci si limiterà a indagare i profili pragmatici dell'innovazione dettata dal regolamento 2092 sulla condizionalità, considerando l'apporto positivo all'equilibrio istituzionale che esso potrà recare, in termini di sgravio per l'asse giudiziario (Corte di giustizia in alleanza con i giudici nazionali) dell'onere di portare sulle proprie spalle il grosso del conflitto tra Stati illiberali e diritto dell'Unione.

L'approccio scettico con cui verrà indagata la reazione dell'UE alla crisi dello Stato di diritto in alcuni Stati membri è ispirato anche dall'esigenza di evitare ogni inclinazione moralistica e colpevolizzante nei confronti degli Stati in questione, al pari di quel che avvenne allo scoppio della crisi economica nei riguardi della Grecia, prediligendo invece l'analisi delle cause più profonde della crisi e dei suoi intrecci con le scelte neoliberali dell'UE sin dalle procedure di adesione (cap. II e III).

Resta ai margini di questo lavoro il tema amplissimo degli incerti contorni della nozione di Stato di diritto o *rule of Law* e della sua trasmutazione da concetto politico-filosofico a parametro giuridico suscettibile di enforcement. Il fenomeno non è inconsueto nell'espe-

39. «[I]l bilancio dell'Unione è uno dei principali strumenti che consentono di concretizzare, nelle politiche e nelle azioni dell'Unione, il principio di solidarietà, di cui all'articolo 2 TUE», la cui attuazione «si basa sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri nell'utilizzo responsabile delle risorse comuni», fiducia che, a sua volta, richiede «l'impegno di ciascuno degli Stati membri a conformarsi agli obblighi ad esso incombenti in forza del diritto dell'Unione e a rispettare in modo continuativo [...] i valori contenuti nell'art. 2 TUE, tra i quali figura lo Stato di diritto»: sent. "Ungheria", C-156, § 129; sent. "Polonia", C-157, § 147.

40. Sulla critica alla ricerca «sperimentalista» di poteri costituenti per l'UE alternativi a quello democratico, cfr. G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari 2021, 255 s.

rienza costituzionale (basti pensare alla criticata introduzione nella nostra Costituzione di concetti indefiniti come «forma di governo», nell'art. 123, co. primo, o equilibrio di bilancio, negli artt. 81, 97 e 119). La giuridicizzazione di concetti indeterminati conduce solitamente alla c.d. deferenza delle Corti verso la politica. La stessa Corte suprema USA, pur in un generale atteggiamento di *self-restraint*, non ha omesso di definire il vaghissimo concetto di "forma repubblicana di governo" di cui alla "*Guarantee clause*" dell'art. IV, sez. 4, prima frase, della Costituzione USA (cfr. *infra*).[41]

Il fuoco della presente indagine è costituito dalla critica all'ottimismo istituzionale imperante all'epoca dell'allargamento a Est dell'UE, nonché agli strumenti tecnocratici delle condizionalità economiche diretti a conformare culture costituzionali nazionali profondamente diverse. Ai fini della sanzionabilità delle violazioni del *rule of law* (sia pure in via indiretta, come accade col regolamento 2092), l'interprete e l'operatore del diritto ben possono ipotizzare situazioni incompatibili con *qualsiasi* nozione di *rule of law* o Stato di diritto si voglia adottare,[42] il che sembra potersi attagliare alle crisi in corso tanto in Ungheria che in Polonia. Infine, il citato regolamento 2092, con la sua impostazione funzionalista, vale a tradurre in pratica alcuni profili del "dover essere" imposto dal valore del *rule of law*, stemperando il dilemma dell'incertezza definitoria di tale concetto, come si illustrerà al paragrafo 7.

3. Art. 2 TUE e clausole di omogeneità federale: *false friends*?

Si è tentato in dottrina di accostare l'art. 2 TUE alle clausole di omogeneità iscritte nelle costituzioni federali,[43] in particolare della *Guarantee clause* della Costituzione degli USA (art. IV, sez. 4, pri-

41. Forma repubblicana di governo che è stata intesa come diritto del popolo di scegliere i propri rappresentanti e di approvare le proprie leggi attraverso assemblee rappresentative: *In Re Duncan*, 139 U.S. 449 (1891), 461, cit. da F. Palermo, *La forma di stato dell'Unione europea*, Padova 2005, 146.

42. Cfr. E. Cannizzaro, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori*, cit., 168.

43. F. Palermo, *La forma di stato dell'Unione europea*, cit.; G. Delledonne, *L'omogeneità costituzionale*, cit.; S. Rehling Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford 2021. Ma per l'ipotesi di maggior affinità

ma frase[44]), e dell'art. 28 della Legge fondamentale tedesca.[45] Le clausole di omogeneità sono disposizioni con cui la costituzione federale impone alle entità federate di assumere una determinata forma di stato compatibile con quella dell'ordinamento federale, prescrivendo a tali entità un «contenuto minimo di coincidenza strutturale e sostanziale».[46]

Diversamente dalle clausole federali degli USA e della Germania, all'Unione non è conferito il potere di "difendere" le identità costituzionali dei suoi Stati membri (ossia, di garantire ai cittadini di questi una "forma repubblicana", o simili), al contrario, essa è tenuta a *rispettare* quelle identità (art. 4.2 TUE),[47] quasi a suggerire che l'UE può rappresentare più una minaccia che un custode di queste identità nazionali.[48] Specularmente, l'art. 7 TUE si presenta più come un dispositivo per difendere l'integrità dell'identità dell'UE dalle minacce provenienti dagli Stati membri, che una clausola federale d'omogeneità diretta a proteggere, contemporaneamente, l'identità di Unione *e* Stati membri.[49] La sanzione che scatterebbe contro lo Stato che violasse gravemente e in modo persistente i valori dell'art. 2 TUE, inoltre,

con le clausole di omogeneità valoriale di alcuni trattati regionali, come lo Statuto del Consiglio d'Europa, cfr. D. Strazzari, *La clausola di omogeneità dell'UE*, cit., 5 ss.

44. «Gli Stati Uniti garantiranno a ogni Stato dell'Unione una forma repubblicana di governo e proteggeranno ogni Stato contro invasioni, e – su richiesta degli organi legislativi o del potere esecutivo (quando il legislativo non possa essere convocato) – contro violenze interne».

45. «1. L'ordinamento costituzionale dei Länder deve essere conforme ai princìpi dello Stato di diritto repubblicano, democratico e sociale ai sensi della presente Legge fondamentale. Nei Länder, nei Distretti (Kreisen) e nei Comuni il popolo deve avere una rappresentanza espressa da elezioni generali, dirette, libere, uguali e segrete. [...] 3. La Federazione garantisce che l'ordinamento costituzionale dei Länder sia conforme ai diritti fondamentali e alle disposizioni di cui ai commi 1 e 2».

46. K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublick Deutschland*, I, München 1984, 704, cit. da F. Palermo, *La forma di stato dell'Unione europea*, cit., 128, nt. 1.

47. Art. 4.2 TUE: «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

48. S. Rehling Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation*, cit., 141.

49. *Ibidem*. Il testo dell'art. 7 TUE è riportato sopra, nt. 9.

varrebbe a mettere «*in quarantena*» lo Stato autoritario (sospensione dei diritti di voto del governo nel Consiglio nella perdurante vigenza degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE), senza garantire alcuna possibilità di intervento correttivo all'interno dell'ordinamento nazionale (ossia: senza garantire ai cittadini di quello Stato di tornare a "godere" dei valori comuni).[50] È per questo che i Trattati andrebbero riformati per poter efficacemente garantire Unione e Stati membri contro l'insorgere di autoritarismi di vario genere.[51] Diversamente, pensare che sia possibile invocare l'emergenza e l'imperativo *politico* di salvare l'UE e uno o più Stati membri dal proprio "suicidio costituzionale", passando sopra agli attuali paletti fissati dai Trattati sembra portarci fuori dal discorso giuridico; d'altro canto, non va dimenticato che ciò che determinò l'affermazione del potere del governo federale degli Stati Uniti di imporre la propria lettura del patto che univa gli Stati federati fu una lunga e sanguinosa guerra civile,[52] non una pacifica riscrittura condivisa della Costituzione del 1787 o una pacifica accettazione di una pionieristica giurisprudenza della Corte suprema statunitense.

Quello che, però, accomuna l'UE a una federazione e la distingue da un'organizzazione internazionale come il Consiglio d'Europa, per quanto riguarda la clausola d'omogeneità, è l'inesistenza di poteri di espulsione di uno Stato membro che aggredisse i valori comuni e fondanti dell'art. 2 TUE, in quanto ciò contraddirebbe frontalmente l'obiettivo dell'«unione sempre più stretta tra i popoli europei» che rappresenta forse il "principio dei principi" dell'intero ordinamento europeo, colto nella sua natura dinamica di processo.[53] Se si vuole,

50. Ivi, 142, in cui si cita J.-W. Müller.

51. *Ibidem*. Cfr. anche G. DE BÚRCA, *Poland and Hungary's EU membership*, cit., 22.

52. S. REHLING LARSEN, *The Constitutional Theory of the Federation*, cit., 146.

53. Ivi, 144. L'obiettivo di un'unione sempre più stretta fra i popoli europei compare fin dall'inizio: se nel Trattato CEE del 1957 esso veniva consacrato nel solo Preambolo, a partire dal Trattato di Maastricht esso figura anche nell'articolato (art. A TUE, in cui si introduce la formula del «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa», mentre nel Trattato di Lisbona a tale disposizione (art. 1.2 TUE; punto primo del Preambolo) si affianca l'obiettivo di «intensificare la solidarietà tra i [...] popoli [europei]»: punto sesto del Preambolo. Nel Trattato di Lisbona, per la prima volta si parla di un Parlamento europeo «compo-

l'espulsione di uno Stato, comportando la perdita della cittadinanza europea per i suoi cittadini, contraddirebbe lo stesso riconoscimento solenne della cittadinanza europea di cui all'art. 20 TUE:[54] divieto di espulsione di uno Stato e cittadinanza europea si rafforzano, pertanto, reciprocamente, e assieme rafforzano la similitudine tra Unione europea e federazione.

V'è un altro elemento di somiglianza tra clausole di omogeneità federale e tutela dei valori dell'UE. In entrambi gli ordinamenti statunitense e tedesco l'attivazione di tali clausole sembrano riservate alla sfera politica (negli USA si parla apertamente di "*political question*" sin dalla sentenza della C.S. *Luther* del 1849[55]), non tanto nel senso che esse non possano essere assistite da strumenti giuridici di enforcement, bensì che la scelta delle tipologie di tali strumenti e della loro attivazione è rimessa al potere politico,[56] con scarso o nessun ruolo

sto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione» (art. 14.2 TUE), superando la precedente formula dei «rappresentanti dei popoli degli Stati riuniti nella Comunità» (art. 189, co. 1, TCE). Nell'accordo raggiunto tra governo britannico e Consiglio europeo per scongiurare la c.d. "Brexit" (alla vigilia del referendum del giugno 2016), si riconobbe al Regno Unito la facoltà di «non prendere parte a un'ulteriore integrazione politica nell'Unione europea», assieme all'impegno di modificare i trattati «in modo da rendere chiaro che i riferimenti a una unione sempre più stretta non si applicano al Regno Unito»: cfr. le Conclusioni del 18 e 19 febbraio 2016 del Consiglio europeo di Bruxelles, Allegato Sezione C, Sovranità.

54. Cfr. G. de Búrca, *Poland and Hungary's EU membership*, cit., 21. Sull'esigenza di garantire gli individui dal rischio di perdita della cittadinanza europea, cfr. la notissima sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, C-34/09 *Ruiz Zambrano*, secondo cui lo *status* di cittadino europeo «osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* di cittadini dell'Unione». Sulla cittadinanza europea la bibliografia è sterminata: *ex multis*, S. Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico*, in *Politiche sociali*, 1/2016, 182 ss.; A.J. Menéndez, *Which Citizenship? Whose Europe? – The Many Paradoxes of European Citizenship*, in *GLJ*, 2014, vol. 15, 917 ss.; L. Azoulai, S. Barbou Des Places, E. Pataut, *Constructing the Person in EU Law*, Oxford-Portland, 2016; M. Dougan, N.N. Shuibhne, E. Spaventa (eds.), *Empowerment and Disempowerment of the European Citizen*, Oxford 2012; S. Iglesias Sanchez, *Fundamental Rights and Citizenship of the Union at a Crossroads: A Promising Alliance or a Dangerous Liaison?*, in *Eur. Law Journ*., 20, 2014/4, 464 ss.; C. Margiotta, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari 2014.

55. *Luther v. Borden* (1849), 48 U.S. (7 How.) 1.

56. Né la Costituzione USA né il Grundgesetz contengono specifiche procedure di enforcement. La Corte suprema USA, nel citato caso Luther, affermò che il le-