

11 marzo 2008

Lo spirito del tempo e il processo di riforma delle istituzioni europee*

di Luciano Patruno

Sommario: 1. Il «valore d'uso» della “costituzione europea”. – 2. Le ultime decisioni di Bruxelles sul Progetto di Trattato costituzionale europeo (giugno 2007): la rinuncia alla parola ‘costituzione’ e l'adozione di un Trattato riformato. – 3. La codificazione del primato del diritto comunitario e la sua fondazione attraverso l'argomento dell'efficacia: principio pratico inclusivo o pretesa giuridica escludente? – 4. La costituzione materiale dell'Europa come tentativo di chiusura politica di un processo storico-culturale.

1. Il «valore d'uso» della “costituzione europea”.

Si potrebbero descrivere i lavori della Convenzione (Laeken), che nel 2003 congedò il testo definitivo della c.d. costituzione europea, prendendo a prestito le parole usate da Keynes, nel 1919, per raccontare in quale strana atmosfera si svolse la Conferenza di Parigi all'indomani della conclusione della Prima guerra mondiale: un momento, quello, tristemente decisivo per la ricostruzione della base di convivenza degli Stati nazionali europei. Soprattutto per quello che la Storia ci ha mostrato dopo. Scriveva Keynes: «I lavori di Parigi avevano tutti quest'aria di straordinaria importanza e irrilevanza insieme. Le decisioni sembravano gravide di conseguenze per il futuro della società umana; eppure l'aria bisbigliava che il verbo non era carne, che esso era futile, insignificante, inefficace, dissociato dai fatti; e si aveva fortemente l'impressione, descritta da Tolstoj in *Guerra e pace* o da Thomas Hardy nei *Dinasti*, di eventi marcianti alla loro conclusione destinata, influenzati dalle elucubrazioni degli statisti riuniti in consiglio»[\[2\]](#).

Straordinaria importanza e irrilevanza insieme. Sono queste le parole chiave che potremmo utilizzare per commentare due situazioni storiche che, seppure molto diverse tra loro, sembrano però accomunate, per un verso, dalla credenza dominante – oggi come allora – che la stabilità e la pacificazione del quadro politico e sociale dipendano, pressoché esclusivamente, dalla conservazione o dalla realizzazione di una democrazia immaginata soprattutto come Eldorado economico[\[3\]](#), e, per l'altro verso, dalla presunzione – oggi come allora - di disporre di un margine bastante per fomentare anziché mitigare sia il conflitto civile nella famiglia europea sia il conflitto sociale all'interno degli Stati nazionali.

Si può capire agevolmente come mai la *conversione* dei Trattati comunitari in Costituzione fosse, per i suoi fautori, un evento di straordinaria importanza. Il marchio di “qualità costituzionale” del Trattato sarebbe stato, anzitutto, sinonimo di garanzia di una tradizione che continuava. Sarebbe stato utile a certificare un passaggio di consegne da un costituzionalismo nazionale a un costituzionalismo sovranazionale, diverso dal primo solo per i differenti problemi che la globalizzazione economica e la rivoluzione tecnologica di questi ultimi vent’anni avevano imposto di affrontare. Nulla del patrimonio del moderno costituzionalismo nazionale – era questa la garanzia – sarebbe andato perso. Il peso simbolico di un testo costituzionale scritto avrebbe stabilizzato e incrementato il consenso attorno al progetto europeo – anche solo per forza di inerzia – consentendo all’ordinamento comunitario di avanzare una *pretesa di giustizia*^[4] su una base meno incerta, da un punto di vista formale, di quella rappresentata dall’argomento dell’effettività agito dalla Corte di giustizia delle comunità europee e da una particolare dottrina della costituzione.

Dal punto di vista strettamente giuridico, poi, il Trattato costituzionale avrebbe, per così dire, sanato le diverse questioni ancora pendenti (soprattutto il rapporto tra fonti, ma anche il c.d. deficit democratico e il riconoscimento sociale della norma fondamentale) legate al problema della validità e della legittimazione democratica dell’ordinamento europeo.

Allo stesso tempo, però, il passaggio costituzionale, vale a dire il momento “convenzionale” della codificazione costituzionale dei Trattati, è stato considerato, da parte dei suoi autori e sostenitori, un passaggio, tutto sommato, irrilevante. Ci si limitava, infatti, a formalizzare, a dare la veste legale dovuta a una costituzione materiale della Comunità (i Trattati, appunto) di fatto già esistente ed efficace da tempo. Non aveva forse la Corte di giustizia dichiarato esplicitamente che i Trattati andavano considerati come «la Carta costituzionale fondamentale della Comunità»^[5]? Non si era forse visto in essi, fin dall’inizio, la ratifica di un ordinamento autonomo, dotato di immediata rilevanza pratica, un ordine giuridico *sui generis*^[6], «fonte indipendente di diritto»^[7], il punto di partenza (e infine di arrivo) del processo di costituzionalizzazione europeo? E la stessa teoria della “costituzione economica”, elaborata dall’*Ordoliberalismus*, non aveva forse mostrato che la questione costituzionale poteva essere compiutamente risolta, sul piano empirico, dal naturale esplicarsi delle libertà economiche all’interno del metodo funzionalista, anziché sul piano ideale di un insieme di norme giuridiche legittimate da una pratica deliberativa, frutto dell’esercizio di un potere comunicativo proceduralizzato democraticamente?

Va ricordato, a tale proposito, che la Convenzione di Laeken non si è svolta sul terreno fallibilistico e «vacillante di svincolate libertà comunicative»^[8], di concezioni etico-politiche che si sono fronteggiate discorsivamente alla ricerca di un’intesa negoziale o consensuale, quanto sul terreno, ben più solido e omogeneo, degli accordi intergovernativi e del consenso aprioristico attorno alla scelta politica di un modello neoliberale di società già minuziosamente delineato nei Trattati comunitari.

La pretesa di legittimità dell’ordinamento “costituzionale” comunitario, per potersi qualificare come espressione di un atto di autolegislazione dei cittadini europei, avrebbe dovuto giustificarsi «in fori sempre più ampi, davanti a un pubblico sempre più vasto e competente, contro sempre nuove obiezioni»^[9]. Era questa la dinamica che avrebbe dovuto portare all’accorta costruzione di un insieme di norme costituzionali vincolanti per *tutti*. Al contrario, nel contesto “convenzionale”, non soltanto è stato bandito il diritto di voto^[10], ma non è stata in nessun momento offerta l’opportunità, ad ipotetiche parti dissenzienti, di accedere alla discussione e alla redazione delle formule normative costituzionali che dovevano essere varate. In quel «regime senza opposizione»^[11], non è stato possibile riprodurre le dinamiche e le ragioni dei conflitti politici e sociali dai quali l’Europa – se non nei documenti ufficiali dell’Ue che tendono a rappresentarla come un attore globale sostanzialmente compatto al suo interno, cementato da “valori” di libertà e di civiltà pericolosamente fondati sulla paura della globalizzazione e delle sue sfide^[12] - non è esente. Salvo pensare che gli affioranti problemi legati alle diversità religiose e culturali, alle crescenti disuguaglianze economico-sociali, all’emersione di una “sottoclasse” di emarginati, alle questioni di un lavoro dignitoso, ecc., siano tutti problemi destinati soltanto a fare la

parte dei serpenti nel Paradiso europeo della società della conoscenza e dei servizi[13].

È mancato, cioè, durante la stesura della costituzione europea, l'elemento essenziale per la produzione di una costituzione democratica: non sono emerse quelle «linee di spaccatura» sui problemi appena accennati, affinché «parti contrapposte» («di dimensione europea sorrette da soggetti collettivi di analoga dimensione») potessero esercitare, partecipando ai lavori della Convenzione «nelle forme pacificate dal diritto oggettivo», il «loro “diritto di conversione”» e cioè «la lotta per l'affermazione dei loro principi identitari»[14]; o - se vogliamo usare il linguaggio habermasiano - non è accaduto che tutti i potenziali destinatari delle norme “costituzionali” europee potessero intessere procedure discorsive di intesa sulla base delle rispettive visioni etico-politiche.

E quanto la codificazione costituzionale coincidesse con un'operazione di cosmesi istituzionale e di malcelato *drafting* normativo, lo si comprende appieno leggendo la voce “costituzione europea” redatta di recente, per un nuovo Dizionario di diritto pubblico, da uno dei padri costituenti europei. Nell'incipit di quella ‘voce’ l'Autore dà atto dell'esito negativo del referendum svoltosi in Francia e Olanda e pur ipotizzando che il Trattato costituzionale europeo, alla luce di ciò, forse non sarebbe mai entrato in vigore, ci tiene a ribadire che, in ogni caso, l'impianto logico e contenutistico di quella ‘voce’ «rimarrà quello che avrebbe avuto anche nella vigenza (o nella imminente vigenza) di quel testo [il Trattato costituzionale] e ciò per una ragione molto semplice: il testo per ora respinto non era l'atto fondante della vicenda costituzionale europea, al contrario sarebbe stato un passaggio, indubbiamente di particolare rilievo di una tale vicenda. Avrebbe rappresentato nel suo insieme (...) una novazione della fonte di norme e principi costituzionali già esistenti»; se si dà a «un insieme di regole, che stabiliscono chi ha il potere di adottare decisioni vincolanti per tutti i consociati, con quali regole e con quali limiti a fronte di diritti degli stessi consociati», se si dà «a questo tipo di regole il *nomen* di costituzione, è ovvio che la Comunità europea ha sempre avuto la sua»[15].

Ciò, peraltro, da un punto di vista giuridico-costituzionale, assume un significato ben preciso - sul quale torneremo fra breve - : ossia che la Convenzione di Laeken non aveva il compito di instaurare una nuova costituzione, ma soltanto di discutere «*per la prima volta la revisione delle norme fondamentali*» dell'assetto comune europeo[16]. Infatti, se una costituzione esiste già, più che di processo costituente si dovrà parlare di un procedimento di revisione costituzionale.

Da questo si capisce come il “valore d'uso” che si poteva - e ancora si può - attribuire all'idea di una “costituzione europea” poteva - e ancora può - essere radicalmente diverso. Secondo la visione dei “convenzionali” il nuovo testo della “costituzione europea” avrebbe dovuto introdurre nuovi meccanismi di funzionamento e di raccordo delle zone grigie esistenti nei vecchi Trattati, per esempio coordinare meglio le due Europe, quella comunitaria e quella cooperativa, oppure trasformare l'originario assetto internazionalistico in un modello giuridico compiuto di *governance* multilivello, stabilendo definitivamente i criteri di riparto di competenze fra Stati ed Unione europea e il principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto interno.

Secondo la visione opposta, invece, il problema non è mai stato quello di inventare qualcosa di nuovo sul piano del coordinamento istituzionale dei diversi centri di potere politico e amministrativo, quanto piuttosto quello di verificare se un'eventuale progetto costituzionale avrebbe permesso, anzitutto, di conservare «le grandi conquiste dello Stato nazionale europeo anche oltre le frontiere della nazione e in un altro formato»: «nuova è solamente l'entità che nascerà su questa via. A dover essere conservate sono le condizioni materiali di vita, le opportunità culturali e di tempo libero, le *chances* di intervento sociale, che sole conferiscono all'autonomia privata il suo valore d'uso, rendendo possibile la partecipazione democratica»[17]. Naturalmente, in questa visione, il processo di costituzionalizzazione di un ordinamento giuridico è visto anzitutto come un “processo di apprendimento”, come un “processo cumulativo”, che richiede sempre uno sforzo di riflessione su quanto un nuovo passo istituzionale, che rimetta in discussione i principi - anche solo organizzativi - delle moderne democrazie, potrà decurtare

del patrimonio costituzionale acquisito con le precedenti lotte per i diritti e per la limitazione del potere.

Va da sé che in queste due posizioni concettuali si usano due linguaggi diversi.

Nel primo caso, il processo costituente europeo si è già compiuto, una diversa costituzione materiale è già instaurata e, per l'appunto, si parla di un processo di costituzionalizzazione, a voler indicare una sorta di “irradiamento” di nuovi principi e di una nuova struttura organizzativa sugli ordinamenti nazionali che ancora non si sono adeguati a queste forme giuridico-costituzionali già effettive. Qui la priorità è quella di rendere più efficaci norme sovranazionali già primarie e condizionanti, come migliorarne la resa, insomma le procedure di *output*.

Nel secondo caso, il processo costituente non è ancora iniziato perché ancora non ci sono le condizioni funzionali per farlo partire, mancando sia un dibattito all'interno di una sfera pubblica di dimensione europea, sia la certezza di procedure che garantiscano la seria partecipazione democratica a quel dibattito. Il problema qui è esattamente cercare di capire in quali termini l'Europa si stia “costituzionalizzando”.

2. Le ultime decisioni di Bruxelles sul Progetto di Trattato costituzionale europeo (giugno 2007): la rinuncia alla parola ‘costituzione’ e l'adozione di un Trattato riformato

Sta di fatto che l'euforia costituente subisce un duro colpo a fine maggio del 2005, quando il corpo elettorale di Francia e Olanda dice ‘no’ alla “costituzione europea”.

Dopo due anni di stallo e le nuove elezioni presidenziali in Francia, con l'acuirsi dei problemi dell'allargamento dell'Unione ai Paesi dell'Est, il materializzarsi dello spettro di nuove divisioni, di Europe a più velocità, di ricatti e veti incrociati, il Consiglio europeo decide di accantonare l'idea di una “costituzione europea”.

«L'idea costituzionale europea, che consisteva nell'abrogare tutti i Trattati esistenti e sostituirli con un singolo testo chiamato “Costituzione”, è abbandonata»[\[18\]](#).

È stata questa la decisione politica più importante assunta dal Consiglio europeo di fine giugno 2007. Il termine “costituzione” viene cancellato dal lessico istituzionale europeo e, contestualmente, si dà mandato alla conferenza intergovernativa (CIG) di preparare lo schema di un Trattato riformato, non “costituzionale”, che sarebbe nato dalle modifiche dei precedenti TUE (Trattato dell'Unione Europea) e TCE (Trattato della Comunità europea).

Non solo. In un ulteriore passaggio delle Conclusioni della Presidenza, si stabilisce che: «il TUE e il Trattato sul funzionamento dell'Unione [è questa infatti la nuova denominazione del TCE, visto che anche la parola “Comunità” viene cancellata] non avranno carattere costituzionale. La terminologia usata in tutti i Trattati rifletterà questo cambiamento: il termine “Costituzione” non sarà usato»[\[19\]](#). Questa ulteriore precisazione sta a significare, letteralmente, che, in futuro, non si potrà attribuire alcuna valenza costituzionale al Trattato riformato, neanche in modo indiretto. Una vera e propria interpretazione autentica, dunque.

Si è subito capito, però, che, nella sostanza, poco o nulla sarebbe cambiato rispetto al modo prevalente e consolidato di considerare il valore giuridico dei Trattati, rispetto al tentativo, obiettivamente riuscito, di farne valere la “forza” costituzionale effettiva[\[20\]](#). Nessun gesto del legislatore europeo, per quanto eclatante, sarebbe stato sufficiente a mandare al macero intere biblioteche contenenti testi sul “diritto costituzionale europeo”[\[21\]](#).

Ciò, evidentemente, per diverse ragioni.

In primo luogo, va osservato che il diritto europeo dei Trattati e lo stesso diritto comunitario derivato (direttive e regolamenti), sono tutt'altro che fenomeni "contingenti". Il c.d. diritto europeo primario, vale a dire ciò che comunque oggi rimane una volta sparita la parola "costituzione" dal lessico istituzionale dell'UE, è un diritto solido e integrato, che, in questi anni, nell'attesa di diventare una costituzione, di ottenere un'investitura formale della sua «potenza regolata e continuata»^[22], si è talmente ramificato da poter probabilmente superare pressoché indenne qualsiasi *test a posteriori* di costituzionalità. Anche adesso, forse, che i Trattati comunitari non potranno più fregiarsi del nome di "costituzione europea". Come, infatti, era stato già osservato circa un decennio fa, «la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità del Trattato di Roma» (e oggi diremmo del nuovo Trattato riformato ma anche di tutto il c.d. diritto comunitario derivato) «è un'arma tanto forte da esserlo addirittura troppo, ed il suo uso, nella realtà di economie, di fatto, sempre più integrate, potrebbe risultare suicida»^[23].

Naturalmente anche questa potrebbe rivelarsi un'arma a doppio taglio. Essendo ormai abbandonata la possibilità di declinare in termini costituzionali i Trattati europei si è aperto uno spiraglio interpretativo nuovo che l'approvazione della "costituzione europea" avrebbe chiuso quasi definitivamente. Uno spiraglio attraverso il quale le Corti costituzionali nazionali potrebbero guardare con occhio diverso proprio ai requisiti di "supremazia" del diritto comunitario. Esse potrebbero far valere con più forza e determinazione, in alcuni casi, non solo quei "controlimiti" al diritto comunitario rimasti quasi esclusivamente sulla carta, ma altresì la superiorità delle norme costituzionali interne di "organizzazione" appellandosi al diverso fondamento di legittimazione sul quale poggiano, rispettivamente, i testi europei e la legge fondamentale nazionale.

Allo stato attuale, tuttavia, in un fenomeno tanto complesso, i pronostici possono essere avventati. Si può commettere l'errore di aspettarsi conseguenze troppo rapide e inevitabili da quelle che forse non sono ancora tutte le cause in gioco.

In secondo luogo, c'è un'ulteriore statuizione del Consiglio europeo di fine giugno 2007, poi recepita nell'Atto finale allegato al Trattato di Lisbona, che, in un certo senso, depotenziava già *ab origine* la valenza politico-giuridica della decisione formale di fare a meno di un testo scritto denominato "costituzione europea".

Il Consiglio europeo, infatti, aveva, in ogni caso, ribadito la necessità che venisse affermata, in un'apposita Dichiarazione da allegare al Trattato riformato, la supremazia del diritto europeo sul diritto degli Stati membri secondo lo schema già messo a punto, in proposito, dalla Corte di giustizia dell'UE^[24]. Tale Dichiarazione n. 17 è, oggi, allegata al Trattato di Lisbona ("Dichiarazione relativa al primato"), e vi si legge che: «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 contro 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*"».

Dunque, il principio di supremazia del diritto comunitario sul diritto interno viene messo per iscritto,

sottratto così alle incertezze della fluttuazione giurisprudenziale e ai possibili ribaltamenti della dottrina dei “poteri impliciti”. E le ragioni di tale supremazia – spiega il legislatore comunitario - dovranno essere estrapolate proprio dal percorso giustificativo seguito dalla Corte di giustizia dell’UE per assicurare effettività prioritaria ed escludente alla normazione comunitaria sulla normazione interna.

Il paradosso che ne emerge potrebbe così formularsi: come è possibile, da una parte, abbandonare esplicitamente l’idea di una “costituzione” europea e, dall’altra parte, stabilire che venga affermata (in una specifica Dichiarazione da allegare al nuovo Trattato) la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri secondo lo schema messo a punto dalla Corte di giustizia dell’UE, che l’ha sempre motivata definendo i Trattati «la Carta costituzionale fondamentale della Comunità»? La domanda fondamentale, ora, è: se il *Sonderweg* europeo non ha prodotto una costituzione, quali sono le fonti di legittimazione del diritto comunitario?^[25] Come giustificare, dal punto di vista di un costituzionalismo democratico, la supremazia del diritto europeo sul diritto interno e sulle norme di organizzazione costituzionale degli Stati membri?

L’interrogativo resta più che mai attuale anche guardando al nucleo contenutistico condizionante del nuovo Trattato riformato, rimanendo sostanzialmente invariata quella Parte III che nel progetto di Trattato costituzionale europeo rappresentava «il consolidamento in unico testo delle norme dei trattati esistenti», quella «pietra al collo» che ha fatto affondare la “costituzione europea”^[26]. E siamo, qui, al terzo punto importante per valutare la “forza” costituzionale effettiva dei Trattati confluiti nel documento di Lisbona.

Sotto questo profilo, il contenuto essenziale della “costituzione materiale” europea^[27] non cambia, nonostante alcune modifiche intervenute nell’intelaiatura formale dei Trattati.

Va ricordato che, in particolare su questo punto, uno spropositato rilievo mediatico è stato dato alla scomparsa, dai fini dell’Unione, dell’obiettivo prioritario, contenuto nell’art. 4 del vecchio TCE, di realizzare un’«economia di mercato aperta e in libera concorrenza». Molti giornali hanno salutato questo risultato come una vittoria del sarkozysmo populista o sociale, a seconda dei punti di vista. Ad un esame attento del nuovo Trattato di Lisbona viene, però, più di un sospetto che si tratti di una scomparsa presunta.

Si può leggere, anzitutto, l’art. 2 del nuovo TUE, relativo agli scopi dell’Unione. Al par. 3 si stabilisce che: «L’Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente (...)». Si parla, inoltre, di giustizia sociale, solidarietà tra generazioni, coesione economico-sociale.

Ora, l’«economia sociale di mercato fortemente competitiva» - come i giuristi ben sanno - non è una formula usata a vanvera, per quanto ambigua e fuorviante. Essa ha poco a che vedere, ad esempio, con il concetto di “Stato sociale” e, anzi, nasce proprio per contrapporvisi, seguendo una diversa idea di giustizia sociale, basata non sull’intervento riequilibratore del potere pubblico nell’erogazione delle prestazioni sociali, ma sugli aggiustamenti spontanei del mercato. La formula della «competitive social market economy», infatti, fa riferimento ad un modello socio-economico in cui i pubblici poteri intervengono esclusivamente al fine di rendere compatibili – attraverso un’apposita attività di normazione e di formazione – gli elementi della società (culturali, tecnici, giuridici) con il libero e competitivo mercato concorrenziale. In altre parole, qui, lo Stato non interviene per correggere i fallimenti del mercato e, dunque, *ex post*, ma interviene *ex ante*, affinché non fallisca il “mercato” come progetto complessivo di conformazione della società^[28].

Tecnicamente, poi, la priorità finalistica del principio di un’economia di mercato aperta e in libera

concorrenza viene salvaguardata attraverso un duplice accorgimento.

Allegato al Trattato di Lisbona vi è, infatti, il “Protocollo sul mercato interno e la concorrenza”, che subito rimette nella luce propria il rapporto tra le esigenze del mercato e le pretese di giustizia e redistribuzione sociali estranee al meccanismo selettivo dell’efficienza concorrenziale: «Le Alte Parti contraenti, considerando che il mercato interno ai sensi dell’art. 2 del Trattato sull’Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata, hanno convenuto che a tal fine l’Unione adotta, se necessario, misure in base alle disposizioni dei trattati, compreso in base all’articolo 308 del trattato sul funzionamento dell’Unione europea». Ora, ai sensi dell’art. 308, par. 1, del nuovo Trattato sul funzionamento dell’Unione, «se un’azione dell’Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all’unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate». Si noti che il precedente art. 308 del TCE faceva espresso riferimento ad un’azione necessaria dell’UE per il «funzionamento del mercato comune», mentre oggi si parla, in modo più generico, di «politiche definite dai trattati». Ma la sostanza non cambia, visto che il richiamo all’art. 308 del nuovo Trattato sul funzionamento dell’UE viene fatto proprio all’interno del “Protocollo sul mercato interno e la concorrenza” (appunto le politiche definite dai Trattati), che precisa il valore prioritario della “concorrenza non falsata”, e, dunque, dell’“economia sociale di mercato”, di cui all’art. 2 del nuovo TUE, rispetto ad un ipotetico intervento pubblico volto ad indirizzare le attività economiche verso fini di utilità sociale.

Il secondo escamotage, invece, è meno sottile e sofisticato. L’intero contenuto dell’ex art. 4 del precedente TCE (quello appunto dove si menzionava l’“economia di mercato aperta e in libera concorrenza”) si trasferisce nel nuovo art. 97-ter del Trattato sul funzionamento dell’Unione^[29], ovverossia in quella parte “organizzativa” del Trattato ove si concretizzano i più astratti principi contenuti nelle disposizioni generali dei Trattati^[30].

Né si può tralasciare, a voler essere completi, che resta in piedi, all’interno dell’ordinamento comunitario, tutta la rete normativa di dettaglio chiamata ad implementare i principi che alla formula dell’economia di mercato aperta e in libera concorrenza o – il che è lo stesso – alla formula dell’economia sociale di mercato, si ispirano.

3. La codificazione del primato del diritto comunitario e la sua fondazione attraverso l’argomento dell’efficacia: principio pratico inclusivo o pretesa giuridica escludente?

Finora abbiamo dipinto le ultimissime fasi della vicenda costituzionale europea con un pennello a punta grossa. Occorre, adesso, passare a un insieme di pennelli più sottili per cercare di sottoporre ad un’analisi più circostanziata la modalità teorica con la quale viene generalmente descritto il fondamento di legittimità dell’ordinamento comunitario.

Occorre, in questo senso, cercare di comprendere il meccanismo di legittimazione che si presume coincidere con la ragione di esistenza e insieme di validità giuridico-normativa dell’eurosistema.

Come si è visto l’UE rinuncia a una costituzione ma non rinuncia alla supremazia del diritto comunitario sul diritto interno.

La supremazia del diritto comunitario sul diritto interno è questione della massima importanza. Per quanto possa essere suggestivo e accattivante il modello costituzionale “a rete” e a-centrico che tanta fortuna dottrinale oggi raccoglie, si tratta di una questione che, una volta risolta e codificata, stabilisce una precisa gerarchia tra fonti. È, perciò, materia costituzionale “sensibile”. Tanto è vero che il Progetto di Trattato costituzionale conteneva l’enunciato tipico di una fonte sulla produzione che stabilisce un

ulteriore rapporto tra fonti, gerarchia e competenza insieme, dettando le condizioni di validità giuridica dell'ordinamento europeo e del rapporto tra ordinamenti: recitava l'art. I-6 del Progetto di Trattato: «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri».

Come già accennato, il nuovo Trattato di Lisbona, che sostituisce il Trattato costituzionale, non rinuncia a codificare tale principio. Un principio la cui applicazione, fino a questo momento, era stata consapevolmente lasciata nelle mani della giurisprudenza comunitaria e delle corti costituzionali nazionali.

Naturalmente, rispetto a quanto previsto dal Progetto di Trattato al citato art. I-6, l'Unione – almeno in senso costituzionalmente esplicito - è costretta a rinunciare alla circolarità virtuosa (che è la circolarità della validità giuridica in senso stretto di ogni ordinamento giuridico[31]) della fonte sulla produzione (la costituzione europea) che colloca se stessa in cima alle fonti di produzione. La “costituzione europea”, infatti, non è entrata in vigore. L'UE, pertanto, ha dovuto nuovamente ripiegare sul consueto argomento dell'efficacia, sviluppato dalla Corte di giustizia delle comunità europee, per giustificare la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno.

L'argomento dell'efficacia è noto.

In effetti, il primo case-law della Corte di giustizia UE in cui tale argomento fu introdotto è quello risolto con la nota sentenza *van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963. Con essa la Corte affermò, nella sostanza, la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, argomentando che tale primato trovava giustificazione nel funzionamento oggettivo del mercato comune, nella necessità pratica di dover garantire il libero esplicarsi delle quattro libertà economiche sancite come prioritarie nel Trattato di Roma del 1957. Con la successiva sentenza del 1964[32], poi, la Corte di giustizia, una volta stabilite le condizioni di supremazia oggettiva del diritto comunitario su quello interno, affermò che la preminenza del diritto comunitario trovava ulteriore conferma nell'art. 189 del TCE, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili negli Stati membri. D'altra parte, il richiamo all'art. 189 del TCE intanto poteva avere un qualche fondamento perché in precedenza si era stabilita la qualità condizionante dell'ordinamento comunitario, almeno relativamente ad alcuni settori (quello economico, in particolare), rispetto ai quali gli Stati membri si erano spogliati delle loro competenze sovrane. Questioni di “certezza del diritto”, a quel punto, imponevano che i regolamenti non potessero essere unilateralmente disapplicati dagli Stati membri[33].

Come la Corte stessa ebbe a ribadire, però, tale primato non derivava dalla superiorità gerarchicamente codificata di un Trattato internazionale, ma dal *farsi*, dall'*imporsi* di un ordinamento giuridico (quello comunitario, appunto) di nuovo genere, che, nascendo dall'instaurazione di un mercato comune, non poteva limitarsi a creare obblighi reciproci fra Stati contraenti, ma doveva necessariamente far sentire i propri effetti su tutti i soggetti gravitanti nell'area del libero scambio certificata e garantita dal Trattato di Roma, anche, dunque, sulle persone fisiche e giuridiche degli Stati membri[34].

Peraltro nella sentenza del 1964 la Corte di giustizia si espresse, letteralmente, in questi termini: «Creando una Comunità di durata illimitata con le sue istituzioni, la sua personalità giuridica, la sua capacità giuridica, la sua soggettività di diritto internazionale, e soprattutto i poteri derivatili dalla limitazione di sovranità e dal trasferimento di poteri degli Stati membri, gli Stati stessi hanno creato un ordinamento che vincola sia i loro cittadini che loro stessi. Il diritto che trova la sua origine nel trattato, fonte indipendente di diritto, non potrebbe proprio per la sua natura speciale e originale, essere scavalcato da disposizioni legislative nazionali, senza perdere il suo carattere di diritto comunitario e senza che risulti messa in discussione la stessa base giuridica su cui si regge la Comunità»[35].

Ora, non c'è dubbio che, in questo contesto, il primato del diritto comunitario venga fondato sul «più

pratico dei principi», quello dell'effetto utile, secondo il quale: «non avrebbe senso che voi Stati abbiate deciso di affidare certe materie alla legislazione comune, se poi ciascuno di voi fa prevalere la propria legislazione interna su quella comune»[\[36\]](#).

L'argomento dell'efficacia appare inconfutabile e ha, certamente, una valenza generale.

Proviamo però ad avanzare un'ipotesi parzialmente diversa e, in un certo senso, complementare al tipo di ragionamento finora seguito. In ciò, partendo dall'assunto kelseniano per il quale l'efficacia, pur essendo una condizione di validità di un ordinamento giuridico, non può costituirne la ragione, ossia il fondamento[\[37\]](#).

Non c'è dubbio che, con l'introduzione dell'argomento dell'efficacia siano, di fatto, entrati “in collisione” due tipologie di sistemi giuridici – almeno parzialmente - diversi: il sistema giuridico comunitario e i sistemi giuridici nazionali. Tale argomento è servito a contrapporre da un lato la validità sociale dell'ordinamento comunitario e, dall'altro lato, la validità giuridica degli ordinamenti statuali nazionali, almeno relativamente ad alcune materie. In questa “collisione” singole norme dei sistemi giuridico-costituzionali nazionali, in particolare quelle norme relative alle libertà e ai poteri economici, hanno cominciato a perdere pezzi, nel senso che, pur restando valide giuridicamente, sono diventate non-più-valide socialmente. Ciò, peraltro, non ha causato una complessiva perdita di validità giuridica degli ordinamenti statuali. Tuttavia è difficile negare che si sia aperta – per usare le parole di Alexy – una «lotta politica»[\[38\]](#) fra sistemi giuridici. Ne dovrebbe conseguire che, contrariamente a quell'opinione consolidata che guarda alla vicenda europea come ad una vicenda di integrazione e interattività fra ordinamenti, l'introduzione dell'argomento dell'efficacia a sostegno della legittimità giuridica dell'ordinamento comunitario (l'efficacia come fondamento dell'indipendenza e dell'originalità-specialità di tale ordinamento) abbia in realtà causato una fase di ‘concorrenza’ tra ordinamenti. Anche perché, attraverso l'argomento dell'efficacia, si introduce, inevitabilmente, un altro criterio di regolazione di rapporti fra ordinamenti: si introduce il principio che un sistema normativo possa valere giuridicamente solo se è in grado, in caso di conflitto o collisione con altri ordinamenti, di affermarsi socialmente su di essi. È questo il criterio di dominanza[\[39\]](#). Tale criterio non aggiunge nulla al criterio dell'efficacia sociale a grandi linee di un ordinamento, ma, anzi, vi è contenuto: un sistema normativo che non si affermi su altri sistemi normativi non è socialmente efficace nelle sue grandi linee. In tal senso, se l'ordinamento comunitario non avesse avuto la pretesa di affermarsi sugli ordinamenti statuali non avrebbe potuto essere socialmente efficace nelle sue grandi linee: infatti, per essere utile o socialmente efficace, il diritto comunitario doveva poter prevalere sul diritto interno, e, quindi, sul diritto degli Stati membri.

Come detto, però, ciò non sarebbe bastato all'ordinamento comunitario per *reggersi da sé*. Lo dimostra il fatto che fin dal 1964 la Corte di giustizia non si limita ad enunciare e a svolgere l'argomento dell'efficacia, ma dice qualcosa di più. Comincia a porre le condizioni della interna validità giuridica dell'ordinamento comunitario. Se ricordiamo il passo prima citato della sentenza n. 14 del 1964, ci accorgiamo che la Corte colloca le sue affermazioni, già dotate di valenza generale in ordine all'argomento dell'efficacia, in un contesto ancora più generale: un contesto nel quale la Comunità è un ordinamento che vincola sia i cittadini che gli Stati; e il trattato è una fonte indipendente di diritto, in cui si esprime una sovranità trasferita e non più ritenuta[\[40\]](#).

Naturalmente, per passare dall'argomento della validità sociale a quello della validità giuridica, c'è bisogno di un “trasformatore categoriale”. Tale trasformatore categoriale è quella premessa aggiuntiva che tutte le teorie della costituzione europea vista come *Constitution in progress*, come ordine materiale che subisce un interno, naturale e necessitato processo di costituzionalizzazione, tendono ad occultare, ovverosia la norma fondamentale, l'ipotesi che se una costituzione (l'ipotesi appunto che l'ordinamento comunitario sia già un ordinamento costituzionale) è statuita di fatto ed è socialmente efficace, allora è giuridicamente dovuta una condotta conforme a tale costituzione. La premessa aggiuntiva ribalta l'idea

che la pratica di certe norme, come, ad esempio le norme regolatrici del mercato comune, abbia, per ripetizione, prodotto una costituzione e afferma esattamente il contrario e, cioè, che l'accettazione e la pratica della costituzione da parte dei partecipanti a un sistema giuridico presuppone che ciascuno di essi interpreti certi fatti come fatti che producono una costituzione. Deve esserci già la presupposizione che seguire quelle norme sia doveroso, perché sono norme 'costituzionali'.

Si capisce come, in questo modo, partendo da questa premessa aggiuntiva, sia possibile fondare il discorso della validità giuridica in senso stretto dell'ordinamento comunitario. Soltanto in questo modo la base giuridica della Comunità non può essere rovesciata. Perché già si ipotizza che l'assetto comunitario sia un assetto costituzionale[41].

All'argomento dell'efficacia si è, fin da subito, affiancato l'argomento della validità giuridica, perché quest'ultimo poggiava sulla presupposizione che l'ordinamento comunitario fosse una costituzione statuita ed efficace. È proprio in virtù di questa presupposizione, dell'interpretazione, da parte dei partecipanti al sistema giuridico sovranazionale, che i fatti comunitari sono fatti produttivi di una costituzione, che la codificazione del principio di supremazia del diritto comunitario possiede una base giuridica, di validità giuridica che poggia su se stessa. È questa la "forza" del principio di supremazia, non la sua efficacia.

4. La costituzione materiale dell'Europa come tentativo di chiusura politica di un processo storico-culturale

Queste schematiche considerazioni inducono a qualche riflessione conclusiva.

Sembra che, anzitutto, una qualche "chiusura politica" della vicenda europea ci sia stata e, forse, nella mente delle classi dirigenti europee, già da molto tempo.

Il che ci porta a questa domanda: come mai l'ordinamento giuridico comunitario è stato considerato l'ordinamento "vincente"? Perché alcuni fatti (la creazione del mercato comune, il trasferimento di poteri da parte degli Stati, ecc.) sono stati interpretati come 'fatti' che potevano produrre una costituzione[42]?

Porsi questo interrogativo significa guardare al processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario non come ad un processo che avrebbe dovuto avere come sbocco, più o meno naturale, l'introduzione di una prima costituzione scritta in un ordinamento che per l'innanzi ne era privo. Bensì guardare a quel processo come ad un processo storico-culturale che ha trasformato in rapporto giuridico la relazione intercorrente tra i detentori del potere e quanti sono soggetti a tale potere[43].

Qui sono due i momenti concomitanti. Il primo fenomeno si svolge a livello culturale, e consiste nel fatto che i giuristi e, più in generale, gli uomini di cultura, vengono a rappresentare e a descrivere il rapporto politico come un rapporto giuridico. Il secondo fenomeno si svolge a livello per così dire reale, di fatto, e non è solo un'immaginazione, o una deformazione culturale; nel fatto, in altre parole, che la rappresentazione del rapporto politico potere-soggezione, come se si trattasse di un rapporto giuridico stabilito e determinato da norme precostituite e conoscibili, è una rappresentazione che viene ad essere dotata di un grado abbastanza alto di capacità descrittiva, di un grado abbastanza alto di idoneità a rispecchiare un fenomeno reale[44].

Sul primo momento, ossia sull'opera dei giuristi, qualche risposta parziale è emersa nel precedente paragrafo. Sul secondo momento, invece, occorre ancora fermarsi qualche istante.

Tempo fa Habermas aveva osservato come l'Europa tardasse a dotarsi di una costituzione moderna e

democratica per una ragione di carattere storico-sociale: «finora le nuove costituzioni sono state risposte storiche a situazioni di crisi. Ma dove sono, oggi, le crisi che le tranquille società dell'Europa occidentale dovrebbero affrontare?»[45]. Se la globalizzazione economica è per noi oggi la sfida centrale, allora, continuava il filosofo tedesco, «una via di uscita potrebbe consistere nella capacità regolativa della politica di rinascere [*nachwachsen*] e di rimettersi al passo con i mercati sfuggiti al controllo degli stati-nazione. (...) Oppure dalla mancanza di un orientamento capace di illuminare diagnosticamente la nostra epoca noi dovremmo concludere che siamo capaci di apprendimento *soltanto* se colpiti da catastrofi?»[46].

In realtà ciò che ha portato ad interpretare quei fatti (sinteticamente: la creazione di una Comunità economica europea) in chiave costituzionale è stata una poderosa crisi che comincia dagli anni Ottanta del Novecento.

Tale crisi non fu soltanto determinata dallo shock petrolifero, ma dall'incapacità del settore pubblico di continuare l'espansione dei propri mercati e quindi dell'occupazione produttrice di reddito, senza aumentare le imposte o alimentare l'inflazione attraverso un aumento della massa monetaria e del debito pubblico. Di qui la ricerca, da parte del capitalismo di nuovi mercati e il ruolo del commercio e dell'investimento estero come motori dell'economia mondiale[47].

Ebbene: il Trattato di Maastricht – ma già l'Atto Unico Europeo – è stata la forma specifica dell'Europa di adottare la globalizzazione, considerata come l'unico modo a disposizione dei governi per essere competitivi in un mondo sempre più dominato dalla tecnologia americana, dall'industria asiatica e da quei flussi finanziari che, nel 1992, avevano incrinato la stabilità monetaria europea. Sostenere la competizione globale con la forza dell'UE sembra l'unica possibilità per salvare l'autonomia europea e prosperare nel nuovo mondo.

Dunque ecco le ragioni di crisi delle “tranquille società dell'Europa occidentale” e, adesso anche orientale. Una crisi derivata non da una guerra o dall'Olocausto ma da un evento altrettanto travolgente e sconvolgente: «se guardiamo agli sviluppi successivi [dopo la seconda guerra mondiale] alle impressionanti conseguenze culturalmente omologanti della cosiddetta globalizzazione dei mercati, dei consumi, degli stili di vita praticati o anche solo offerti come miraggio ai popoli del mondo intero – tutto questo sotto il segno seducente della “innovazione”, possiamo dire che la forza distruttrice della Grande guerra è stata uno scherzo»[48].

L'unione degli Stati europei sembra dipendere, attualmente, quasi per intero, da questa triste necessità. Dunque l'Europa come un *Commonwealth* perfettamente integrato nei suoi meccanismi di forza economica emergente, secondo quanto suggerisce, ad esempio, MacCormick[49]? Il fatto è che questo appellativo, oggi, ricorda più l'impiego che ne fece Thomas Hobbes nel suo *Leviathan*: l'aggettivo “common” sta per “comune” e il sostantivo “wealth”, nel suo significato più antico, che vuol dire “benessere”, o, più propriamente, “prosperità”. Qui, come per Hobbes, è la ricchezza materiale da preservare a determinare il bisogno della politica: è solo una questione ulteriore quali leggi e istituzioni (se ce ne sono e, poi, se esse sono oligarchiche o democratiche è un punto di secondaria importanza) dovrebbero provvedervi.

* Relazione, successivamente aggiornata al Trattato di Lisbona, tenuta al Convegno "Riforme istituzionali e spirito del tempo", svoltosi a Torino il 28 settembre 2007.

[2] J.M. Keynes, *The Economic Consequences of the Peace* (1919), tr. it. di F. Salvatorelli, *Le conseguenze economiche della pace*, Milano Adelphi, 2007, p. 19.

[3] Così J.M. Keynes, *The Economic Consequences of the Peace*, cit., p. 24 ss., descriveva l'«Eldorado economico», l'«Utopia economica» in cui furono allevati la maggior parte degli europei tra il 1870 e il 1914: «La maggior parte della popolazione, è vero, lavorava duramente e in condizioni ben poco agiate, e tuttavia, secondo ogni apparenza, era passabilmente contenta della sua sorte. Ma per chiunque avesse capacità o carattere appena superiori al comune era possibile la fuga nelle classi medie e superiori, alle quali la vita offriva, a basso costo e con minimo disturbo, vantaggi comfort e gradevolezza fuori portata dei più ricchi e potenti monarchi di altre età. L'abitante di Londra poteva ordinare per telefono, sorseggiando in letto il tè mattutino, i vari prodotti di tutto il globo terraqueo, nella quantità che riteneva opportuna, e contare ragionevolmente sul loro sollecito recapito a casa sua; poteva nello stesso momento e con lo stesso mezzo avventurare la sua ricchezza nelle risorse naturali e nelle nuove imprese di qualsiasi parte del mondo, e partecipare senza sforzo né incomodo ai loro sperati frutti e vantaggi; (...) Ma soprattutto egli riteneva questo stato di cose normale, certo e immutabile se non nel senso di un ulteriore miglioramento, e aberrante, scandalosa ed evitabile qualsiasi deviazione dal medesimo». J. Habermas, *Warum braucht Europa eine Verfassung?* (2001), tr. it. di S. Della valle, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p.101, sottolinea come il regime economico oggi dominante offra agli Stati nazionali un modello di società, che ricorda molto da vicino quanto lo stesso Keynes percepiva come modello utopico della società del suo tempo, caratterizzato da quattro momenti: «- da un'immagine antropologica dell'uomo quale imprenditore che, in quanto capace di fare scelte razionali, sfrutta la propria forza lavoro; - dall'immagine moral-sociale di una società postegalitaria, la quale accetta la presenza della marginalizzazione, dell'abbandono e dell'esclusione; - dall'immagine economica di una democrazia che riduce i cittadini allo stato di membri di una società del mercato e lo Stato a impresa di servizi per clientele e clienti; - infine dalla convinzione strategica che non esista politica migliore di quella che si dipana da sé».

[4] «L'argomento della giustizia», osserva R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), tr.it. di F. Fiore, *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997, p. 34 e 36-37, «afferma che tanto singole norme giuridiche quanto interi sistemi normativi avanzano necessariamente una pretesa di giustizia. Sistemi normativi che non avanzano esplicitamente o implicitamente tale pretesa non sono sistemi giuridici. In questo senso, la pretesa di giustizia ha un significato classificatorio. (...) All'atto della legislazione costituente è necessariamente connessa la pretesa di giustizia (*Richtigkeit*), che in questo caso è soprattutto una pretesa di giustizia (*Gerechtigkeit*). Un legislatore costituente commette una contraddizione performativa se il contenuto del suo atto costituente nega tale pretesa dopo averla sollevata egli stesso mettendolo in pratica». In questo senso, continua l'A., «vi è una certa analogia con il celebre esempio di John Langshaw Austin: "Il gatto è sul cuscino ma io non credo che ci sia"» (p. 37, nota n. 19).

[5] Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, in *Racc.*, p. 1339.

[6] Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *NvAlgemene Transport-en Expeditie Onderneming van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der belastingen*, in *Racc.*, p. 3.

[7] Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa v. Enel*, in *Racc.*, p. 1129.

[8] Scrive J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), tr. it. di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva*

del diritto e della democrazia, Milano, Guerini e Associati, 1996, p. 547: «la prestazione paradossale del diritto consiste in ciò: esso imbriglia il potenziale di conflitto delle svincolate libertà individuali attraverso norme che possono costringere soltanto nella misura in cui siano riconosciute legittime sul vacillante terreno delle svincolate libertà comunicative. Così una violenza di per sé ostile alla forza socio-integrativa della comunicazione diventa – convertendosi in legittima costrizione dello Stato – lo strumento dell'integrazione sociale stessa».

[9] J. Habermas, *Die intersubjektive Verfassung des normengeleiteten Geistes* (2005), tr. it. di M. Carpitella, *La condizione intersoggettiva*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 62.

[10] Cfr., sul punto, le osservazioni di F. Bilancia, *Referendum, populismo e moneta unica. A proposito della costituzione europea*, in www.costituzionalismo.it (16/06/2005).

[11] J. Habermas, *Soltanto un sogno può salvare l'Europa*, in *La Repubblica* del 9 giugno 2005, pp. 1 e 17, cit. in F. Bilancia, *Referendum, populismo e moneta unica*, cit., p. 5.

[12] A titolo meramente esemplificativo si legga il documento che oggi è alla base del Piano “D” come democrazia della Commissione e del suo nuovo progetto “comunicare l'Europa” ai cittadini. Si tratta della *Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Un marché unique pour les citoyens*, Rapport intermédiaire au Conseil de printemps 2007, COM (2007) 60, del 21.2. 2007, ove è abbastanza chiara la visione dell'Europa del XXI secolo che emerge nei programmi delle istituzioni comunitarie. Una visione in cui la matrice mercatista pervade di sé l'ipotetica “vita buona” futura dei cittadini europei. Sia consentito, in proposito, rinviare a L. Patrino, *L'Europa del XXI secolo nella visione di governo delle istituzioni comunitarie*, in www.costituzionalismo.it (07/03/2007).

[13] In particolare su questi ultimi temi si veda il recente volume di L. Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Roma-Bari, Laterza, 2007, ove si chiariscono le ultime tendenze, in seno all'Unione Europea (soprattutto in Francia, Germania e Italia), in fatto di ri-mercificazione del lavoro e di flessibilizzazione di tutti i tempi sociali affinché l'organizzazione sociale assomigli sempre di più all'organizzazione di un'impresa. Si legga, soprattutto, il capitolo 2, in cui si spiegano i nuovi principi di gestione aziendale che regolano la concezione stessa della ‘forza-lavoro’ (il principio per il quale tutto deve arrivare o succedere “giusto in tempo” e il principio per il quale “si produce solo su domanda”), trattata al pari di una ‘merce’: «Dato che è una voce di costo importante, perché non applicare anche alla forza lavoro l'idea che essa venga domandata, e retribuita, soltanto nei momenti in cui produce effettivamente valore? In altre parole: perché non puntare a ottenere che il lavoratore sia fisicamente presente in un determinato punto del processo produttivo, onde alimentarlo con la sua prestazione, soltanto nel momento in cui, registrata la domanda d'un certo bene e avviato il processo produttivo, c'è veramente bisogno della sua attività? Il problema consiste nel regolare il flusso della forza lavoro in modo che le sue prestazioni vengano erogate, e dunque retribuite, solo quando siano effettivamente utilizzabili – ossia valorizzabili – in un dato tempo e luogo: non prima, non dopo, non altrove» (p. 30).

[14] M. Dogliani, *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2003, p. 83.

[15] G. Amato, (voce) *Costituzione europea*, in *Dizionario di Diritto Pubblico* (a cura di S. Cassese), Milano, Giuffrè, 2006, vol. II, pp. 1646-1647.

[16] *Ibidem*, p. 1654 (corsivo aggiunto).

[17] J. Habermas, *Warum braucht Europa eine Verfassung?*, cit., p. 95.

[18] «The constitutional concept, which consisted in repealing all existing Treaties and replacing them by a single text called “Constitution”, is abandoned», *Presidency Conclusions*, Brussels European Council, 21-22 June 2007, par. 1, General Observations, p. 15, in http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/94932.pdf

[19] «The TEU and the Treaty on the Functioning of the Union will not have a constitutional character. The terminology used throughout the Treaties will reflect this change: the term “Constitution” will not be used», *Presidency Conclusions*, cit., par. 3, General Observations, p. 16.

[20] J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 27 ss., nel capitolo intitolato: “La sostanza: fare quasi la stessa cosa”, osserva che: « (...) si può dimostrare che con il Trattato modificativo del 2007, e una volta che esso sia entrato in vigore, quasi tutte le innovazioni del Trattato costituzionale saranno riprese nei Trattati vigenti» (p. 31), e, dunque, che «quasi tutta la sostanza del Trattato costituzionale sembra essere salva con il Trattato modificativo» (p. 48). Che poco fosse cambiato, nella sostanza del nuovo Trattato modificativo rispetto al precedente testo “costituzionale”, a parte il nome, lo si era già messo in evidenza in L. Patruno, *Addio “costituzione” europea? I nomi: Trattato, Costituzione; la cosa: il diritto europeo*, in www.costituzionalismo.it (17/07/2007).

[21] La frase, come si sa, è di J.H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (1848), tr. it. di P. Frezza, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, in Kirchmann-Wolf, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 18. Nel sostenere la mancanza di valore della giurisprudenza come scienza, l’A., testualmente, osservava che: «In quanto la scienza del diritto assume come proprio oggetto il contingente, diventa contingente essa stessa; tre parole di rettifica del legislatore ed intere biblioteche di diritto diventano carta straccia».

[22] L’espressione è di S. Romano, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901), in ID., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. I, Milano, Giuffrè, 1990, p. 186.

[23] M. Luciani, *La crisi del diritto nazionale*, in AA.VV., *Storia d’Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, (a cura di) Luciano Violante, Torino, Einaudi, 1998, p. 1025.

[24] Più precisamente, al par. 3 delle sue Conclusioni, il Consiglio afferma che, per quanto attiene al primato del diritto dell’UE sul diritto degli Stati membri, la Conferenza intergovernativa dovrà adottare un’apposita Dichiarazione che richiami il già esistente *case-law* della Corte di giustizia delle comunità europee. In particolare, la Conferenza dovrà concordare sulla seguente Dichiarazione: «La Conferenza ricorda che in accordo con il ben definito *case-law* della Corte di giustizia dell’UE i Trattati e il diritto adottato dall’Unione sulla base dei Trattati hanno preminenza sul diritto degli Stati membri, alle condizioni fissate dal suddetto *case-law*», *Presidency Conclusions*, cit., par. 3, General Observations, p. 16, anche, ivi, nota 1. Già «apponendo la loro firma sul *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa*, gli Stati membri riconoscevano senza alcun dubbio il principio del primato», J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., p. 140.

[25] In fondo, l’abbandono, da parte dell’istituzione di vertice dell’organizzazione comunitaria, dell’intento di attribuire una valenza costituzionale ai Trattati dell’UE coincide con la presa d’atto che alla c.d. costituzione europea non poteva essere riconosciuta proprio quella funzione di integrazione sociale che rappresenta la base di legittimazione delle costituzioni delle moderne democrazie pluraliste. Come, infatti, ricorda G. Azzariti, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, ESI, 2001, p. 236, «nelle democrazie pluraliste le Costituzioni per farsi valere (dal punto di vista normativo, ma ancor prima sociale) e dunque potersi legittimamente collocare al vertice del sistema politico-istituzionale [...] devono dimostrare di saper svolgere quella funzione di integrazione sociale che si pone a proprio fondamento di legittimazione».

[26] G. Amato, (voce) *Costituzione europea*, cit, p. 1657.

[27] Sulla “costituzione materiale” europea, cfr. C. Amirante, *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2001; F. Bilancia, *Brevi note su costituzione materiale, legalità ed Unione europea*, in A. Catalani-S.Labriola (a cura di), *La Costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un’idea*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 425 ss.; G. Ferrara, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in S. Labriola (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 657 ss..

[28] Queste considerazioni, relative al significato dell’“economia sociale di mercato”, sono state più ampiamente svolte in L. Patruno, *Il modello istituzionale europeo e l’idea di Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 205 ss, a cui sia consentito rinviare. L’ideale di “giustizia sociale” incorporato nella formula “economia sociale di mercato”, coniato dalla teorica ordoliberal, è ben spiegato in H. Hofmann, *Einführung in die Rechts und Staatsphilosophie* (2000), tr. it. di L. Basso e M. Tomba, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 211 ss..

[29] Si legge all’art. 2F , “Titolo II, disposizioni di applicazione generale”, che «Il testo dell’articolo 4 diventa l’articolo 97 ter». E, infatti, nella sezione “Politica economica e monetaria”, si stabilisce che «come ultimo articolo del titolo VII» è inserito «l’articolo 97 ter, che riprende il testo dell’articolo 4», tranne che per alcune irrilevanti e, tutto sommato, marginali modifiche.

[30] “Diritti” e “poteri”, infatti, nei documenti costituzionali non rappresentano strutture normative isolate in compartimenti stagni, ma dispositivi interagenti che richiedono una lettura congiunta e combinata, come sottolineato, anche per i testi europei di diritto primario, da M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, spec. p. 14 ss. e da C. Amirante, *European governance e costituzione europea: fra revisione tacita e ‘anestesia’ dei sistemi costituzionali degli Stati membri*, in S. Gambino-G. D’Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 225.

[31] La definizione di “validità giuridica in senso stretto” afferma che, con le parole di R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 97: «una norma vale giuridicamente se è stata emanata dall’organo competente nel modo prestabilito e non è in contrasto con il diritto di rango superiore; in breve se è statuita in modo conforme all’ordinamento».

[32] Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa v. Enel*, in *Racc.*, p. 1129.

[33] Cfr. l’ultima ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in A. Pace, *La sentenza Granital, ventitrè anni dopo*, Relazione al seminario su “Diritto comunitario e diritto interno” tenuto presso la Corte costituzionale il 20 aprile 2007, in www.associazionedeicostituzionalisti.it .

[34] Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *NvAlgemene Transport-en Expedite Onderneming van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der belastingen*, cit..

[35] Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa v. Enel*, in *Racc.*, p. 1129.

[36] G. Amato, (voce) *Costituzione europea*, cit., p. 1648.

[37] H. Kelsen. *General Theory of Law and State* (1945). tr. it. di S. Cotta e G. Treves. *Teoria generale*

del diritto e dello stato, Milano, Etas, 2000, p. 120: «L'efficacia dell'intero ordinamento giuridico è una condizione necessaria per la validità di ogni norma dell'ordinamento. È una *conditio sine qua non*, ma non una *conditio per quam*. L'efficacia dell'ordinamento giuridico totale è condizione, non fondamento della validità delle norme che lo compongono. Queste sono valide non perché l'ordinamento totale è efficace, bensì perché sono state create in un modo costituzionale».

[38] R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, cit., p. 92.

[39] *Ibidem*, ivi.

[40] Cfr., in merito, le stesse osservazioni di G. Amato, (voce) *Costituzione europea*, cit., p. 1648.

[41] Come ha lucidamente osservato, su un piano più generale, M. Dogliani, (voce) *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, Milano, edizioni de Il Sole 24 Ore, p. 531 : « (...) assumiamo che qualunque organizzazione umana (uno stato, un'impresa, una squadra sportiva...) si risolve in (nel senso che fonda le costanti delle sue relazioni interne, e quindi la sua logica funzionale su) un insieme di norme (qualunque ne sia l'origine) presenti nelle menti degli individui e da questi mediamente rispettate. Se si accetta questa ipotesi, ne deriva che non è possibile contrapporre il concetto di organizzazione a quello di costituzione-norma, essendo il primo solo una reificazione del secondo. Anche il concetto di ordine, inteso oggetto di una attività cognitiva, non può essere contrapposto a quello di costituzione-norma, in quanto l'uno si pone su un piano diverso dall'altro. Dire che la costituzione esprime, riflette, descrive un ordine non muta il fatto che essa consista in un insieme di regole percepite come tali: il concetto di ordine non attiene alla natura della costituzione, ma al modo con cui viene percepita la causa della sua forza prescrittiva».

[42] G. Ferrara, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in AIC, *Annuario 1999, La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padova, Cedam, 2000, p. 488, ha scritto, in proposito: «La verità di ogni ordinamento è nella sua ragione fondativa che è sempre rivelata da quel tratto che lo distingue e lo qualifica in base all'esigenza storica specifica che ne impone l'avvento. Se ne deve tener conto sempre. È perciò che non vanno dimenticati i fattori reali che hanno costituito ed hanno conformato concretamente l'ordinamento europeo».

[43] È questa la definizione di “processo di costituzionalizzazione” che troviamo in G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, vol. I, Bologna il Mulino, 1976, p. 22 ss.

[44] Sono, più o meno testualmente, le parole di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., ivi.

[45] J. Habermas, *Warum braucht Europa eine Verfassung?*, cit., pp. 97-98.

[46] J. Habermas, *Die postnationale constellation* (1998), tr. it. di L. Ceppa, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 18.

[47] Le imprese dei paesi più sviluppati avviarono, «dagli anni Ottanta del Novecento», una «permanente ristrutturazione su scala globale del processo produttivo»; essa «ha tra i suoi maggiori obiettivi quello di andare a produrre qualsiasi genere di bene e di servizio in quei paesi dove il costo del lavoro è minimo, e al tempo stesso sono minimi o inesistenti i diritti reali di cui godono i lavoratori», L. Gallino, *Il lavoro non è una merce*, cit., p. 136. In tema, dello stesso Autore, cfr., altresì, *Globalizzazione e disuguaglianze*, Roma-Bari, Laterza, 2000. Ad oggi, uno dei resoconti più completi della ristrutturazione economica e sociale che prese avvio negli anni Ottanta del Novecento è, forse, quello contenuto nell'opera in tre volumi di M. Castells, *The Information Age: Economy, Society and*

Culture (1996-2000), tr. it. di L. Turchet e G. Pannofino, *L'età dell'informazione: economia, società, cultura*, Milano, Università Bocconi Editore (Egea), 2002-2003. Cfr., inoltre, R. Castel, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995.

[48] G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio. Intervista su etica e diritto* (a cura di G. Preterossi), Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 72. Sull'ordine giuridico della "globalizzazione", come espressione di una "volizione politica egemone", si veda la recente monografia di L. Ronchetti, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, Jovene, 2007, qui p. XXVI.

[49] N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth* (1999), tr. it. di A. Torre, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, il Mulino, 2003, partic. pp. 195 ss.