



17/07/2007

Addio "costituzione" europea? I nomi: Trattato, Costituzione; la cosa: il diritto europeo

di Luciano Patruno

[Homepage](#)

[Sulla Teoria Costituzionale](#)

[Costituzionalismo alla prova](#)

[Commenti](#)

[Notizie](#)

[Fascicoli pubblicati](#)

[Cerca nel Sito](#)

[Newsletter](#)

[Redazione](#)

Questa Rivista pubblica esclusivamente i contributi richiesti dalla Direzione

Presentazione del sito

Il gruppo di persone che ha promosso questo sito si propone di sollecitare il dibattito tra gli studiosi delle diverse discipline interessate alle ragioni del costituzionalismo, operando entro una prospettiva dichiarata. Il nostro "punto di vista", le specifiche ragioni di politica culturale e la professione di metodo alla base di quest'iniziativa sono rese esplicite in due editoriali [Le ragioni di una rivista nuova](#), di Gianni Ferrara e [Le ragioni di un impegno nuovo](#), di Gaetano Azzariti...
[\(continua\)](#)

1. «L'idea costituzionale europea, che consisteva nell'abrogare tutti i Trattati esistenti e sostituirli con un singolo testo chiamato "Costituzione", è abbandonata» [1].

È questa la decisione politica più importante assunta nell'ultimo Consiglio europeo di fine giugno. Il termine "costituzione" è stato cancellato dal lessico istituzionale europeo. Il Consiglio europeo ha dato mandato alla prossima conferenza intergovernativa di preparare lo schema di un Trattato riformato, non "costituzionale", che nascerà dalle modifiche dei precedenti TUE (Trattato dell'Unione Europea) e TCE (Trattato della Comunità europea).

Inoltre, in un ulteriore passaggio delle Conclusioni della Presidenza, si legge 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» [2]. Questa ulteriore precisazione sta a significare, letteralmente, che non si potrà attribuire alcuna valenza costituzionale al Trattato riformato, neanche in modo indiretto. Un'indicazione che sembra avere le caratteristiche di un'interpretazione autentica.

2. Prima di questa svolta, che, con un solo gesto, sembra aver cancellato dispute infinite e fiumi d'inchiostro sull'esistenza o l'inesistenza (quantomeno formale, ma non è poco) di una "costituzione europea", l'interpretazione dominante – a livello governativo, giurisprudenziale, dottrinale – appariva di segno completamente diverso.

Infatti, la c.d. costituzione europea – il testo licenziato dalla Convenzione di Laeken nel 2003 – ha sempre avuto il proprio passato nel futuro che le veniva pronosticato (dai vertici dei capi di stato europei, dalla giurisprudenza comunitaria, da una parte della dottrina giuspubblicistica).

I dubbi sulla sua legittimazione democratica e più in generale sulla sua compatibilità con gli istituti di democrazia classica sono stati, molte volte, elusi o smorzati: la si è rappresentata, sovente, come l'esito dovuto e naturale di un processo costituente durato cinquant'anni.

Il suo valore normativo-prescrittivo sarebbe stato – secondo alcuni interpreti – del tutto analogo a quello delle costituzioni nazionali europee del secondo dopoguerra [3].

Lo iato tra le diverse fonti di legittimazione – esercizio della sovranità degli Stati e dei governi in carica da un lato, esercizio della sovranità popolare dall'altro lato – sembrava potesse essere rimosso prendendo semplicemente atto dell'ordine costituzionale materiale che i Trattati europei, sulla scorta di un indiscusso indirizzo interpretativo della Corte di giustizia dell'UE, avevano instaurato. Si è parlato, in proposito, di un ordinamento "costituzionale" dotato di «immediata rilevanza pratica» [4].

Per suggellare la continuità ideale tra le costituzioni democratiche nazionali e la "costituzione" oligarchica e a-democratica europea [5], è apparso insomma sufficiente convincersi che i Trattati europei fossero del tutto assimilabili - in ragione della forza dei «fattori non normativi» [6] in essi codificati – a una *Constitution in progress*. Una "costituzione" in movimento e multilivello [7], talmente però dinamica, adattiva e postmoderna (neogotica?) da rifuggere le pretese normative (razionalizzatrici?) di un legislatore costituente investito di un mandato democratico conferitogli dalle pluralistiche componenti rappresentative delle diverse forze e strati sociali [8]. Una "costituzione" generata dallo stabilizzarsi di prestazioni economiche unificanti [9] e di pratiche effettive legate ai gruppi socialmente più attivi della nascente "società europea" (élites tecnocratiche, lobbies economiche, istituzioni neutrali di *governance*, la neo *business world class* continentale, ossia ciò che col tempo è diventata – anche nei documenti ufficiali dell'UE - la nuova "società civile" europea) [10].

Si trattava, cioè, di una "costituzione" già pronta, già effettiva, che attendeva soltanto di essere chiamata col suo vero nome, appunto "Trattato Costituzionale".

Basti pensare alla funzione-ponte svolta, nella dottrina più disinvolta, dalla nozione di "costituzione economica", anzi di "nuova costituzione economica", da intendersi, *tout court*, come la nuova "costituzione materiale transnazionale" degli Stati membri [11]. In essa si sarebbe concentrato il nucleo portante di un nuovo patrimonio comune europeo (in realtà, forse, una semplice variante del modello di *rule of law* importato dalla concezione mercatista del diritto di stampo statunitense [12]), dal quale attingere per giustificare l'esercizio incondizionato e autoregolato delle libertà economiche, che avrebbe prodotto, di per sé, la felicità dei singoli, il bene comune e le più efficienti forme istituzionali di partecipazione alla vita pubblica dei cittadini europei.

D'altra parte, la nozione di "costituzione economica europea", assieme al suo retroterra intellettuale più raffinato (la friburghiana "economia sociale di mercato") [13] ha permesso – in queste ricostruzioni - di rimarcare la possibilità di un passaggio indolore e senza traumi dal costituzionalismo democratico degli Stati membri al costituzionalismo burocratico-ordinamentale europeo, mettendo l'accento sul fatto che, in questo contesto, diritti e potere potessero giocare, per così dire, due partite diverse e separate. La 'rivoluzione' costituente europea, cioè, avrebbe

8 Marzo 2008



[Indice Fascicolo](#)

[Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale](#)

[Le sentenze dei giudici costituzionali tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo *](#)

[Dove sono finite le classi sociali?*](#)

[Il movimento No Tav e le forme della democrazia](#)

[Note a margine della "vicenda Dal Molin". La cooperazione internazionale in materia militare ed i suoi limiti.](#)

[Addio "costituzione" europea? I nomi: Trattato, Costituzione; la cosa: il diritto europeo](#)

interessato solo i meccanismi del potere, il rapporto tra controllo democratico (più o meno *soft*, più o meno *hard*) e libertà economiche, ma non avrebbe intaccato i principi fondamentali posti a garanzia dei diritti (civili, politici e sociali) riconosciuti dalle costituzioni nazionali. Tutto ciò proprio mentre il diritto comunitario creava invece normativamente un rapporto di dipendenza condizionante dei diritti politici e sociali dalle logiche del mercato, della libera concorrenza e della stabilità monetaria, quali principi fondamentali materiali dell'ordinamento transnazionale (e, di riflesso, degli ordinamenti interni) sottratti alla discussione e al dibattito democratici[14].

Il che ha fatto poi lievitare, consapevolmente o inconsapevolmente, forme sempre più diffuse di «costituzionalismo irenico», basate su un'apologia dei diritti fondamentali del tutto sganciata dalla «diversità storica degli ordinamenti e delle stratificazioni giurisprudenziali accumulate in decenni o addirittura in secoli» e, quindi, dalle stesse *costituzioni positive* vigenti all'interno degli Stati membri[15].

Si potrebbe perciò dire che molto si è sacrificato del patrimonio del costituzionalismo moderno all'idea di una "costituzione europea". Lo si è fatto proprio pensando che l'ordinamento europeo avesse in sé, nella forza dei fatti che ne hanno imposto le norme, nell'effettività dei suoi strumenti di governo (l'intergovernatività, la presunta doppia legittimazione 'democratica' di esecutivi autovincolatisi a superiori norme tecniche che essi stessi avevano posto, la normazione 'neutrale' indirizzata alla salvaguardia delle esigenze liberali del mercato, delle imprese, della rivoluzione tecnologica rivolta a fini competitivi), la propria legittimazione. Un ordinamento, per parafrasare Santi Romano, che nasce legittimo ma che, per effetto di tale nascita, legittima il processo da cui esso deriva [16].

Non si è trattato però di un sacrificio metaforico, né di una semplice schermaglia tra concezioni dottrinali diverse della costituzione, del suo ruolo e della sua funzione.

Il diritto europeo dei Trattati, vale a dire ciò che rimane una volta sparita la parola "costituzione" (almeno per ora) 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»[17], 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»[18].

3. Forse è proprio questo uno dei temi sui quali occorrerà cercare di riflettere una volta venuta meno la prospettiva formale di una "costituzione europea". O, meglio, sarà questo uno dei temi sui quali si è già riflettuto, ma che torna a far capolino, in una nuova dimensione, e che già il "no" al Trattato costituzionale da parte del corpo elettorale di Francia ed Olanda aveva contribuito a far riemergere, investendolo di un rinnovato significato essenziale[19].

La domanda è: se il *Sonderweg* europeo non ha prodotto una costituzione, quali sono le fonti di legittimazione del diritto comunitario?[20] 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 (norme, che, come già si è detto, non possono essere concepite come ambiti avulsi e separati di intervento rispetto all'universo valoriale dispiegato nei principi fondamentali)?

La questione si pone per due ragioni: a) il Consiglio europeo ha negato che i Trattati possano in futuro essere qualificati, a qualsiasi titolo, come la "Costituzione" dell'Unione; b) il Consiglio europeo ha comunque ribadito la necessità che venga 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; 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*»[21].

È quest'ultima, infatti, la seconda novità di rilievo della decisione politica del Consiglio: 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", ma, nello stesso tempo, lo stesso Consiglio spiega che le ragioni di tale supremazia 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»[22] o, quantomeno, che ha visto in essi, fin dall'inizio, la ratifica di un ordinamento autonomo, dotato di immediata rilevanza pratica, un ordine giuridico *sui generis*[23], il punto di partenza (e infine di arrivo) del processo di costituzionalizzazione europeo?

Il *case-law* della Corte di giustizia UE cui si fa riferimento è, probabilmente, 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 [24], 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 [25].

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 [26].

Se questi sono i motivi che hanno giustificato e continueranno a giustificare la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, allora ben potrà continuare a concepirsi l'idea di una "costituzione materiale" dell'Unione, la cui esistenza sarà del tutto indipendente non solo da una "costituzione formale" ma anche dalla rilevanza dei problemi di partecipazione, uguaglianza e integrazione sociale che essa reca con sé.

D'altra parte, il fatto che il Consiglio europeo abbia deciso di trascrivere ("blindandolo"), nel nuovo Trattato, il principio di supremazia del diritto comunitario, pone quest'ultimo al riparo da eventuali ripensamenti giurisprudenziali (anche delle stesse Corti costituzionali nazionali) e, cosa ancora più importante, consente di volgere in volontà politica trasfusi in *hard law* il riconoscimento dell'effettività delle norme europee di ogni ordine e grado (pur tornando queste ultime – con particolare riferimento al diritto comunitario derivato – al rango di "semplici" direttive e regolamenti, avendo, il Consiglio, rinunciato pure ai nomi di "legge" e "legge-quadro" europee [27]).

Inoltre, il contenuto essenziale e condizionante della "costituzione materiale" europea non cambia. Come è noto, lo stesso Consiglio europeo ha deciso di modificare l'art. 2 del TUE, relativo agli scopi dell'Unione. Si tratta di una vera e propria sostituzione dell'articolo in questione che viene rinumerato art. 3, con un testo che dovrà prevedere – per quello che qui interessa – le seguenti modifiche: «1. Finalità dell'Unione è promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli. 2. L'Unione offrirà ai suoi cittadini un'area di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui è assicurato il libero movimento delle persone [...]. 3. L'Unione stabilirà un mercato interno. Essa lavorerà per lo sviluppo sostenibile dell'Europa basato sulla crescita economica bilanciata e stabilità dei prezzi, una economia sociale di mercato altamente competitiva, mirante al pieno impiego e al progresso sociale e un alto livello di protezione e miglioramento della qualità dell'ambiente. [...]». Si parla, inoltre, di giustizia sociale, solidarietà tra generazioni, coesione economico-sociale [28].

Come si vede è scomparsa dai fini dell'Unione l'«economia di mercato aperta e in libera concorrenza». Utilizzando però una tecnica legislativa ormai collaudata con il Patto di stabilità e crescita, il Consiglio europeo recupera, in un documento più defilato ma non meno autorevole (d'altra parte sino a che punto si può distinguere la diversa qualità normativa di un Trattato o di un suo Protocollo non essendoci più il discrimine della "costituzionalità" dei Trattati?) tutto l'impatto normativo di quel principio. Si legge, infatti, nella nota 16 delle Conclusioni della Presidenza, che dovrà annettersi al Trattato riformato un Protocollo su mercato interno e competizione. E anche qui il Consiglio fornisce immediatamente l'interpretazione autentica del "nuovo" art. 3: «Le Alte Parti contraenti, considerato che il mercato interno come stabilito nell'art. 3 TUE include un sistema che assicura che la competizione non sia distorta, hanno deciso che a questo scopo l'UE, se necessario, agirà secondo le disposizioni dei Trattati, incluso l'art. 308 del Trattato sul funzionamento dell'Unione [il vecchio TCE] » [29].

Non poteva, d'altronde, essere diversamente, visto che, nel pur rinnovato art. 3 del TUE, continua a comparire l'ambigua formula della «competitive social market economy», il cui significato principale è quello di un modello socio-economico in cui i pubblici poteri intervengono 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 [30].

Né si può tralasciare che resta in piedi, all'interno dell'ordinamento comunitario, tutta la rete normativa di dettaglio chiamata ad implementare i principi che a quella formula si ispirano.

4. Dunque, la questione della legittimazione democratica è stata, per così dire, risolta a monte. È stata, cioè, rimossa. Diversamente le istituzioni europee avrebbero forse dovuto affrontare un dibattito pubblico sul tema. Ma questa eventualità avrebbe potuto causare effetti controproducenti, pari a quelli del "no" al Trattato costituzionale. È stata scelta, invece, la via più semplice; la via che aveva già portato, come si è scritto, a una «revisione tacita» [31] delle costituzioni nazionali e che si è deciso – per non assumere carichi di responsabilità politica troppo impegnativi che avrebbero potuto rimettere in discussione i pilastri dell'eurosystema – di continuare a seguire.

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.

Quasi nulla, invece, sembrerebbe la portata della carta dei diritti di Nizza del 2000. Essa costituisce un corpo separato dai Trattati e, nella determinazione del Consiglio europeo, dovrebbe vedersi riconosciuto solo un riferimento incrociato («cross reference») nell'ambito dell'articolo sui diritti fondamentali [32]. E, forse, in questo caso, ancora di più occorrerebbe domandarsi che forza possa avere la proclamazione di una Carta dei diritti all'interno di un contesto ordinamentale (istituzionale, normativo, giurisprudenziale) stratificatosi attorno al riconoscimento di regole di convivenza prevalentemente tecno-economiche.

5. Un'ultima considerazione.

Nella valutazione di queste dinamiche istituzionali è inevitabile il riferimento alla funzione che, rispetto ad esse, dovrebbe svolgere una 'sfera pubblica' informata dei fatti. Una funzione ed un ruolo di discussione, di accettazione o di rifiuto motivati, insomma di formazione ragionata del consenso o del dissenso.

Da questo punto di vista, però, non si può mancare di rilevare come oggi l'«autonomia cognitiva» [33] di gran parte dei cittadini europei venga messa a dura prova anche semplicemente dalla difficoltà oggettiva di venire a conoscenza delle norme ad essi destinate. Norme che, se stiamo alle più ricorrenti applicazioni del diritto comunitario, sembrano dirette più ad attribuire e a valorizzare nuovi 'status' (imprenditori di se stessi, consumatori, utenti, clienti) che a garantire un processo di partecipazione democratica e di uguaglianza sociale. Lo stesso modo di produrre le norme comunitarie rompe quel circolo virtuoso tra produttori e destinatari del diritto che è alla base di una forma – anche solo presunta – di autonomia politica dei cittadini.

A questo si aggiunga la dominanza del c.d. 'effetto di agenda', per il quale ai cittadini – in virtù dell'accesso privilegiato all'uso dei *media* da parte di gruppi professionali organizzati come aziende capitalistiche o come burocrazie pubbliche – arrivano, molto spesso, non solo «i contenuti di un'informazione selezionata e distorta» ma le stesse «griglie selettivo-distorsive» che permettono una certa lettura degli avvenimenti: «nel lungo periodo esse si depositano nella psicologia del pubblico [...] fino a trasformarsi in criteri soggettivi di salienza e di organizzazione selettiva dell'attenzione, delle conoscenze e delle motivazioni» [34].

Anche il tema della "costituzione" europea è stato, in parte, 'distorto' attraverso il c.d. 'effetto di agenda'. Il messaggio principale veicolato dalle istituzioni comunitarie era sostanzialmente che condizione necessaria e sufficiente per poter accettare una nuova "costituzione" europea fosse appunto quella di "sentirsi" europei. Una nuova forma di patriottismo transnazionale fondato sull'adesione irreflessa a un'idea vaga e imprecisa. Ma ciò doveva bastare. Al resto, forse, ci avrebbe pensato la retorica dei vertici o della ratifica della "costituzione" trasmessi in eurovisione.

È stato osservato che, forse in ogni tempo, «la parola "costituzione" mostra un significato basilare (connotato da una tensione interna) che designa la concezione che gli appartenenti ad un gruppo sociale hanno di se stessi e, contestualmente, il complesso di pretese concernenti l'organizzazione del potere politico che deriva da questa concezione di sé: pretese che effettivamente conformano, trasformate in norme, tale potere. In altri termini, la costituzione è l'insieme delle regole considerate essenziali dagli appartenenti ad un gruppo sociale affinché essi possano esprimere l'idea di sé di cui si sentono portatori, e che sono a loro volta essenziali per l'esistenza del corpo politico. Il nesso tra essenzialità soggettiva ed oggettiva è molto importante, perché implica necessariamente che le costituzioni siano il fondamento e l'espressione di un ordine politico condiviso (per lo meno dalla parte attiva, *pleno iure*, del gruppo politico). [...] Questa definizione ha un ineliminabile nucleo contenutistico e normativo (non è una definizione formale e descrittiva) nella misura in cui fa riferimento a pretese fondate in ultima istanza su un'idea di uguaglianza originaria che lega i membri del gruppo e che si estende ai detentori del potere politico» [35].

"Sentirsi" genericamente europei – nel XXI secolo – non può essere considerata condizione sufficiente per legittimare la nascita di una costituzione. Così come non si dovrebbe chiedere a nessun italiano o americano di condividere i contenuti della propria costituzione solo per il fatto di "sentirsi" italiano o americano. La legittimazione della "costituzione" europea sembrava potesse fare a meno proprio del momento 'riflessivo', della discussione cioè sulla concezione che i cittadini europei hanno di se stessi e «sul complesso di pretese concernenti l'organizzazione del potere politico che deriva da questa concezione di sé». Tale momento riflessivo può difficilmente prescindere dalle conquiste dello 'Stato costituzionale' così come si è affermato nel secondo dopoguerra del secolo scorso. Si tratta di una pretesa «fondata sulla vigile conoscenza di un passato [quello che ha preceduto lo 'Stato costituzionale'] peggiore del presente» [36]. Una pretesa che dovrebbe essere all'origine della tutela delle costituzioni democratiche e dovrebbe, forse, accompagnare le riflessioni sulle dinamiche di legittimazione alla base della costruzione europea.

[1] «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

[2] «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.

[3] Per un approfondimento del carattere specifico delle costituzioni del secondo dopoguerra, con particolare riguardo all'impostazione del rapporto tra diritto, economia e principi fondamentali, si rinvia a G. Ferrara, *L'instaurazione delle costituzioni. Profili di storia costituzionale*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Convegno tenutosi a Torino il 25-26 ottobre 1996, Padova, Cedam, 2000, spec. pp. 75 ss..

[4] Così J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe* (1999), tr. it., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 46.

[5] La democrazia – anche quando la si volesse intendere in senso meramente procedurale – è stata considerata, ad esempio da N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth* (1999), tr. it., *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 289-292, solo come una delle possibili varianti funzionali dell'eurosistema: «la questione inerente all'Europa non dovrebbe pertanto chiedersi se essa sia totalmente e completamente democratica, bensì se sia adeguatamente tale in relazione al tipo di entità che si intende realizzare». Se è vero che la struttura portante dell'Unione è fondamentalmente «oligarchica», sarebbe tuttavia possibile – secondo questa linea di pensiero – contemplare una vera e propria «legittimazione democratica degli oligarchi». [...] In fin dei conti, quel che ne deriva è una costituzione mista nella quale gli elementi che sono mantenuti in un sommario equilibrio sono *oligo-burocratici e indirettamente democratici* (corsivi aggiunti). Per una critica di tale impostazione e impostazioni affini (che hanno considerato il 'deficit democratico' un corollario necessario della c.d. costituzione europea, secondo lo schema premoderno ed elitista delle 'costituzioni miste' del passato) sia consentito rinviare a L. Patruno, *Il modello istituzionale europeo e l'idea di Costituzione*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 49 ss..

[6] L'espressione è di 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, pp. 1008 ss., e sta ad indicare «un nuovo assetto di poteri» derivato dall'incontrollato esprimersi delle logiche del commercio e della finanza; un nuovo assetto che ha segnato, a livello sovranazionale, l'instaurarsi di una «libertà di fatto» sempre più refrattaria a sottoporsi al controllo e alla decisione democratici.

[7] Cfr., fra i molti, L. Torchia, *Una costituzione senza stato*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2001, e, ivi, l'ampia bibliografia di riferimento.

[8] Con riguardo alle possibili caratteristiche della "costituzione europea" e alla contrapposizione tra un modello "neogotico" e un modello "razional-illuministico" di una sua ipotetica configurazione si veda, da ultimo, P.P. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007, in particolare i capitoli V e VI, pp. 171 e ss..

[9] Cfr. M. Dogliani, *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2003, p. 90, il quale ha definito l'Unione europea «un'organizzazione che si legittima per le sue prestazioni unificanti non essendole possibile legittimarsi attraverso i diritti di partecipazione».

[10] Una "società civile" che, per usare le parole di C. Amirante, *European governance e costituzione europea: fra revisione tacita e 'anestesia' dei sistemi costituzionali degli Stati membri*, in S. Gambino e G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 225 ss., irradia con i suoi «principi e valori di fondo – il mercato, la concorrenza, la privatizzazione dei servizi e della stessa funzione pubblica, il controllo della spesa pubblica, la flessibilità e l'instabilità del lavoro -> l'azione delle istituzioni comunitarie «a prevalente vocazione espertocratica».

[11] Per tutti S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza 2000; ID., *La costituzione europea: elogio della precarietà*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003. Tra i costituzionalisti, però, già M. Luciani, (voce) *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, Utet, 1990, spec. pp. 374-375, aveva messo in guardia la comunità scientifica da un uso acritico ed espansivo del concetto di "costituzione economica". Peraltro, una lucida e critica descrizione della nuova "costituzione materiale transnazionale" si trova in G. Azzariti, *La costituzione materiale e le forze politiche «dominanti»*, in A. Catalani e S. Labriola (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 300, il quale la individua in una rete di soggetti (istituzionali ed extraistituzionali) che comprende: «l'impresa, che certamente condiziona tramite l'ideologia del mercato l'ordine costituzionale; poi i media, e in particolare le nuove imprese mediatiche, che

giungono ad imporre i modelli culturali che si pongono alla base dei comportamenti politici e condizionano la determinazione delle politiche e l'individuazione dei fini politici; infine le *autorità* e i *poteri tecnici*, che ormai si pongono come limiti al conseguimento dei fini politici fondamentali e che – anzi – sono da essi stessi determinati; nonché quelle influenti «organizzazioni estranee al circuito della rappresentanza democratica, ma dotate di una *nuova sovranità* come il FMI, il WTO, la BCE, etc.».

[12] Un diritto permeato dall'ideologia della *law in action* e dell'*adversary legalism*, che si diffonde grazie all'egemonia culturale dell'unica superpotenza imperiale rimasta, cfr. M. Dogliani, *Politica e antipolitica; democrazia d'indirizzo versus democrazia d'investitura*, in S. Labriola (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 636 ss..

[13] Per un'analisi della base teorica della "costituzione economica europea" e, in particolare, dell'influenza dell'ordoliberalismo della Scuola di Friburgo sulle scelte di 'politica costituzionale' dell'Unione europea sia consentito rinviare a L. Patruno, *Il modello istituzionale europeo e l'idea di Costituzione*, cit., pp. 155 ss.. Ha fatto esplicito riferimento all'assunzione della "decisione di sistema" ordoliberale all'interno dell'ordinamento comunitario N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

[14] Per tutti G. Ferrara, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 1999, La Costituzione europea*, Atti del XIV Convegno annuale, Perugia 7-8-9 ottobre 1999, Padova, Cedam, 2000, p. 496, il quale ha osservato che, in un contesto come quello ordinamentale europeo, dominato dal principio di «un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza», le altre finalità perseguite dall'Unione (ad esempio l'elevata protezione sociale, l'occupazione, lo sviluppo sostenibile) appaiono «curvate» nella loro effettiva portata e «condizionate» nel significato in funzione del fine specifico (la libertà pressoché incontrastata del mercato) della Comunità. In riferimento allo specifico rapporto tra i principi comunitari del libero mercato e della concorrenza e i principi dello stato sociale sanciti nella costituzione italiana v., di recente, A. Algostino, *Democrazia sociale e libero mercato: Costituzione italiana versus "costituzione europea"?*, in *Costituzionalismo.it* (21/02/2007).

[15] M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, pp. 14 - 15. L'Autore sottolinea il crescente successo, in ambito costituzionalistico, «dell'idea che l'Europa abbia già, *hic et nunc*, una "Costituzione" organata nei diritti e dell'altra, connessa, idea che il destino dei diritti sia quello di trovare la migliore protezione nell'universo di una molteplicità di livelli di riconoscimento e di tutela»; ma «solo una ricostruzione ingenua della nozione di diritto fondamentale, dell'origine e del contenuto delle situazioni soggettive e degli universi di valore che così qualificiamo, può indurre a credere che: a) la stessa etichetta (poniamo: "libertà di associazione") denoti la medesima cosa in tutti i contesti e in tutte le esperienze giuridiche; b) sia possibile stabilire qual è il livello di protezione "più alto" dei diritti. Tutt'al contrario, la coincidenza di etichetta o addirittura di formulazione testuale della disposizione di tutela di un diritto non vuol dire più di tanto», pp. 13 e 14. Riprende e sviluppa questa linea di pensiero C. Amirante, *European governance e costituzione europea*, cit., p. 225, il quale parla di un «approccio che tende a isolare diritti e poteri e [...] l'enunciazione e il riconoscimento dei diritti dagli strumenti non solo costituzionali ma anche legislativi che, nella storia del diritto pubblico europeo, ne hanno favorito, soprattutto attraverso il fondamentale istituto della riserva di legge, l'effettiva tutela». Dubbi, in questo senso, già avanzati nella disamina delle nozioni di "legge europea" e di "legge-quadro europea" da F. Bilancia, *Considerazioni critiche sul concetto di "legge europea"*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Giovanni Motzo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, spec. pp. 65 ss..

[16] 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. 190.

[17] L'espressione è di S. Romano, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, cit., p. 186.

[18] M. Luciani, *La crisi del diritto nazionale*, cit., p. 1025.

[19] Su cui F. Bilancia, *Referendum, populismo e moneta unica. A proposito della costituzione europea*, in www.costituzionalismo.it (16/06/2005).

[20] 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».

[21] *Presidency Conclusions*, cit., par. 3, General Observations, p. 16, anche, *ivi*, nota 1.

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

[23] 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*, in *Racc.*, p. 3.

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

[25] 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.

[26] 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..

[27] «The denominations "law" and "framework law" will be abandoned, the existing denominations "regulations", "directives" and "decisions" being retained», *Presidency Conclusions*, cit., par. 3, General Observations, p. 16.

[28] *Presidency Conclusions*, cit., p. 24, Amendments to the EU Treaty, Title I - Common provisions.

[29] *Ibidem*, ivi, nota 16.

[30] Cfr. L. Patruno, *Il modello istituzionale europeo e l'idea di Costituzione*, cit., p. 205.

[31] R. Guastini, *La primauté del diritto comunitario: una revisione tacita della costituzione*, in ID. *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 221 ss..

[32] *Presidency Conclusions*, cit., General Observations, par. 9, p. 17, anche nota n. 3).

[33] «Autonomia cognitiva», scrive D. Zolo, *Da cittadini a sudditi. La cittadinanza politica vanificata*, Roma, Edizioni Puntorosso, 2007, p. 32, è la «capacità del soggetto di conoscere e in qualche misura di controllare i processi che influenzano i suoi stessi atti cognitivi e volitivi».

[34] *Ibidem*, p. 33.

[35] M. Dogliani, (voce), *Costituzione (Dottrine generali)*, di prossima pubblicazione per l'enciclopedia giuridica che uscirà per le edizioni del Sole 24 ore.

[36] M. Dogliani, *Clausole di eternità e revisione totale nel pensiero di Peter Häberle*, in S. Gambino e G. D'Ignazio (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, cit. p. 207.