

Il processo costituente dell'Unione Europea

SOMMARIO: 1. Il processo costituente come fase conclusiva di un conflitto. – 2. Genesi conflittuale ed esito funzionalista del processo costituente europeo. – 3. La gerarchia tra le libertà e la supremazia del diritto europeo. – 4. Il deficit democratico come garanzia delle libertà del mercato.

1. Il processo costituente come fase conclusiva di un conflitto

1.1. Procederò per assiomi, almeno in questa parte iniziale¹.

Il potere costituente, come la sovranità che gli è parente stretto, sono *Grenzbegriffe des Verfassungsrechts* (Böckenförde), posti su un confine del campo del diritto e delle competenze dei giuristi. Ne capiscono di più i teologi. Ciò non dimeno i giuristi difficilmente possono sottrarsi alla riflessione sul loro significato. Può un medico sottrarsi al problema di che cosa sia la vita? Eppure anche per lui si tratta di un concetto-limite, che difficilmente può esplorare con i soli strumenti della scienza medica.

1.2. Da un punto di vista generale, tutti i concetti che sono legati al potere costituente – come ‘Stato’ e ‘costituzione’ – appartengono ad un’esperienza particolare, ben delimitata dalle coordinate spazio-temporali. Riguarda noi che abitiamo uno spicchio di mondo, che si identifica più o meno con l’Europa centro-occidentale e con le aree geografiche che ne hanno subito l’influenza culturale, in un periodo che è contenuto negli ultimi cinque secoli.

1.3. Da un punto di vista fenomenologico, il processo costituente nasce *di regola* da una guerra, una rivoluzione o un crollo – più o meno cruento – di regime. Più è drammatica la crisi dell’ordine sociale che ne scaturisce, più si fanno urgenti le esigenze di “raffreddare” la situazione di conflitto che segue alla distruzione di un ordine e stabilizzare un nuovo ordinamento, il potere costituito. È l’esigenza di stabilità di cui parlava James Madison (*Fed. Pap.* N. 10), il bisogno di tranquillità, in assoluto *le premier besoin* del popolo, secondo Antoine Barnave (*Discours* 31 agosto 1791).

1.4. Difficile trovare eccezioni sul piano storico-fenomenologico. Anche la prima costituzione moderna, quella degli Stati Uniti, nasce da una guerra civile per l’indipendenza dal Regno Unito ed è resa urgente da uno stato di crisi e scontro sociale che opponeva le inconciliabili esigenze di contadini e mercanti. La rivolta capeggiata da Daniel Shays ne è un episodio, culminato nella battaglia di Springfield (1787): ma queste vicende pesarono nella trasformazione della Confederazione americana in un sistema di governo più unitario e in un vincolo più intenso tra gli Stati membri. Anche la genesi della Costituzione americana, che spesso è dipinta con i colori a pastello del passaggio da una Confederazione e una Federazione, non è scevra dall’esigenza di rispondere al conflitto sociale. Così come è stata anzitutto un conflitto sociale la causa della guerra civile – che pure opponeva i “confederali” ai “federali” – che sfociò nella “*Reconstruction*” dell’ordine costituzionale.

¹ Alcune parti di questo scritto sono più sviluppate: si tratta di anticipazioni del libro *Critica alla teoria dei diritti fondamentali*, la cui pubblicazione dovrebbe avvenire entro il 2017 per i tipi di Franco Angeli.

2. *Genesi conflittuale ed esito funzionalista del processo costituente europeo.*

2.1. È mai esistito un processo costituente europeo? Potremmo far riferimento ai lavori della *Convenzione europea sul futuro dell'Europa* che chiuse il suo mandato nel luglio 2003 con la stesura della *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* (noto anche con l'ossimoro *Trattato costituzionale*). Ma, essendo fallito il processo di ratifica di questo trattato per le note vicende referendarie (e non solo), è inutile interrogarsi sulla sua natura. Può avere senso invece interrogarsi su un altro quesito, se il Trattato istitutivo – e le sue modifiche, sino al Trattato di Lisbona, che recepisce gran parte delle innovazioni progettate dal *Trattato costituzionale* – appartengano ad un processo di formazione di un ordinamento costituzionale, dato che la Corte di giustizia ha più volte definito il Trattato come una “costituzione”.

Non c'è dubbio che il Trattato di Roma, e prima ancora il Trattato CECA, sono strumenti che hanno segnato una svolta storica nella storia di noi europei, disinnescando micce pericolose nei rapporti tra gli Stati e favorendo il processo di consolidamento della pace. Ma questo è proprio dei trattati, non delle costituzioni. C'è una differenza?

Nella nostra esperienza il processo costituente segna la fine di un conflitto che non è mai né solo né principalmente un conflitto tra Stati, ma è principalmente un conflitto sociale e politico. È vero che, come ha spiegato Schmitt con la consueta spietatezza, dalla prima guerra mondiale in poi le guerre tra Stati si sono ormai confuse con le guerre civili: e questo è sicuramente vero per la seconda guerra mondiale, di cui la costruzione della Comunità europea è un evidente frutto, il capitolo conclusivo. Allora supponiamo che anche il Trattato di Roma sia un atto simile ad una costituzione e che ne svolga la più intima funzione. Non si pecca poi di “cattivismo” se si suppone che la costituzione che esce dal conflitto serve alla parte vittoriosa per definire, fissandoli nel Testo solenne, i rapporti tra chi vince e chi perde, le regole della convivenza futura (Miglio, seguace di Schmitt anche in brutalità, parlava della costituzione come di un patto che i vincitori impongono ai vinti²). Se questa è lo schema esplicativo, un possibile modello di comprensione della funzione delle costituzioni moderne, come quella nostra, che risultati darebbe la sua applicazione al Trattato di Roma?

2.2. Un po' di storia serve sempre a inquadrare i problemi attuali. E il problema attuale più pressante dell'Unione europea ha un nome che viene ripetuto quotidianamente e ha un intenso profumo costituzionale: *deficit democratico*. Da dove nasce?

L'organizzazione europea porta forti i segni della sua origine storica, che ha il suo seme nel *Piano Marshall*. Non si tratta soltanto dell'impulso “esterno” che ha innescato l'avvio di confusi movimenti di aggregazione degli Stati europei, ma di qualcosa di molto più rilevante sotto il profilo dell'*imprinting* politico e economico delle future istituzioni comunitarie. Se la nostra Costituzione nacque da un equilibrio incerto tra istanze diverse e conflittuali, che si sono poi tradotte in quell’“archivio dei valori correnti”³ professati da partiti troppo diversi, formando il quale “ciascuno di quei partiti ha tirato l'acqua al suo mulino”⁴, le organizzazioni europee ebbero origini ben diverse. Negli anni del secondo Dopoguerra la riorganizzazione del continente europeo occupò un lato della scacchiera mondiale, nel quale a ogni mossa del blocco occidentale seguì immediata la contromossa del blocco orientale. All'annuncio del Piano Marshall rispose poche settimane dopo la creazione del *Cominform*; la firma della *Convenzione per la cooperazione economica europea (Oece)* fu seguita dall'istituzione del *Comecom*; al trattato *Nato* replicò subito il

² *L'indipendente*, 25 marzo 1994.

³ L'espressione è di E. FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, in A. MANGIA, *L'ultimo Forstboff*, Padova 1995, 77.

⁴ Così si esprime Benedetto Croce nell'Intervento all'Assemblea costituente nella seduta dell'11 marzo 1947.

Patto di Varsavia. Questi erano i primi passi del processo di integrazione europea, ma anche della guerra fredda. CEE e CEDU sono state tappe importanti della formazione dello schieramento occidentale.

2.3. I primi passi della costruzione della Comunità europea erano guidati da un'idea piuttosto precisa di quale fosse la politica economica da perseguire. Scrive Mammarella⁵: "gli amministratori americani dell'*Eca*⁶... incoraggeranno e spesso premeranno sui governi europei per indurli ad adottare una politica di risanamento fondata sulla contrazione della spesa pubblica, sul pareggio di bilancio, la stabilità monetaria, il ristabilimento di alti margini di profitto per gli investitori e su un sistema fiscale che incentivasse i profitti e gli investimenti". La ricetta europea era già stata scritta allora e sino ad oggi non sembra mutata granché.

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

3. La gerarchia tra le libertà e la supremazia del diritto europeo.

3.1. Si potrebbe però ribattere che la genesi delle istituzioni non ne segna necessariamente le linee di sviluppo; che la Unione europea di oggi ha inglobato la Carta dei diritti e ancor prima la giurisprudenza della Corte di giustizia ha aperto la sua giurisprudenza alle "tradizioni costituzionali comuni", di cui i diritti sociali sono ormai certamente parte. Per cui su questo bisogna ora approfondire la riflessione.

Il *wishful thinking* della dottrina induce spesso a parlare della Corte di giustizia come di una "Corte dei diritti". In effetti la tutela dei diritti degli individui appare presto nella sua giurisprudenza. In una sua decisione storica e rivoluzionaria, la Corte scrisse che la CEE di allora, "nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie"⁷. Che i privati cittadini possano reclamare e far valere direttamente davanti al giudice diritti basati o derivati da un trattato internazionale non è cosa da poco. Ma allora si aveva in mente soltanto il riconoscimento ai privati della possibilità di far valere in giudizio i diritti che derivavano a loro dalle norme europee che liberalizzavano i mercati. Solo in seguito, come risposta ai messaggi allarmati che arrivavano dalle giurisdizioni nazionali (specie quelle italiana e tedesca), la Corte di giustizia iniziò a parlare di "diritti fondamentali" che non trovavano la loro base nell'ordinamento europeo, ma nelle costituzioni nazionali. La saga inizia con la sentenza *Stauder*⁸, in cui la Corte nega di aver rilevato nell'atto comunitario oggetto del giudizio "alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona, *che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario*, di cui la Corte garantisce l'osservanza"; e poi prosegue con una serie

⁵ *Storia d'Europa dal 1945 a oggi*, Bari-Roma 2003, 144.

⁶ L'*Economic Cooperation Administration (ECA)* era l'agenzia governativa statunitense che amministrava gli aiuti previsti dal Piano Marshall: il suo interlocutore europeo era l'*OECE*.

⁷ È la notissima *van Gend & Loos* (C- 26/62).

⁸ C-29/69.

di decisioni che intensificano sempre di più i riferimenti ai diritti fondamentali e alle “tradizioni costituzionali” degli Stati membri⁹.

Come però osservò Joseph Weiler¹⁰ con il suo solito acume, in queste sue prime decisioni evocatorie dei diritti fondamentali, il “linguaggio di superficie” della Corte di giustizia era il linguaggio dei diritti umani, ma la “struttura profonda” era tutta rivolta a ribadire il principio di supremazia dell’ordinamento comunitario: in realtà il suo obiettivo era quello di superare le obiezioni delle corti nazionali, togliendo loro qualsiasi spazio per far valere la precedenza dei diritti delle loro carte costituzionali sugli atti delle istituzioni comunitarie. Infatti queste decisioni della Corte di giustizia non hanno mai dichiarato che un atto delle istituzioni europee violasse i diritti fondamentali, almeno sino al 2006¹¹: e da allora, a quanto mi consta, le decisioni di questo tenore sono davvero pochissime¹². In altri casi i diritti fondamentali sono stati assunti al più come parametro di un’interpretazione conforme delle disposizioni europee, come nel caso *Google Spain*¹³.

3.2. Una casistica così ridotta non giustificerebbe la grande attenzione dedicata al tema dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In effetti, se poche sono le sentenze che applicano i diritti fondamentali come limite alla legislazione europea, molte sono invece le sentenze che usano l’argomento dei diritti fondamentali quando si è tratta di giudicare della compatibilità delle *leggi*

⁹ Questa giurisprudenza della Corte di giustizia la dottrina che l’ha accompagnata sono ricostruite da M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano 1995, 24 ss.

¹⁰ *Eurocracy and distrust: some questions concerning the role of the European Court of Justice in the protection of fundamental human rights within the legal order of the European Communities*, in 61 *Wash. L. Rev.* (1986), 1119. Nello stesso senso cfr. J. COPPEL, A. O’NEILL, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, in 29 *Common Market Law Review* 1992, 669 ss.

¹¹ Con la famosa sent. T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d’Iran*, in cui si annulla una decisione del Consiglio che inseriva l’associazione nella *blacklist* delle organizzazioni terroristiche per violazione del diritto di difesa, principio della tutela giurisdizionale effettiva e dell’obbligo di motivazione. Questa sentenza ha aperto la strada ad una lunga serie di decisioni analoghe: si vedano i casi *Kadi*, T-85/09; T-127/09 RENV, *Abdulbasit Abdulrahim*; T-306/10, *Yusef*; T-400/10, *Hamas*; T-208/11 e T-508/11, *Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE)*, e poi in una serie di cause relative alle misure conseguenti alle vicende dell’Ucraina (T-290/14, *Andriy Portnov*; T-331/14, *Mykola Yanovych Azarov*; T-340 e 341/14, *Sergiy Klyuyev*; T-720/14, *Arkady Romanovich Rotenberg*), dell’Iran (nelle cause T-384/11, *Safa Nicu Sepahan Co.*; T-565/12, *National Iranian Tanker Company*; T-161/13, *First Islamic Investment Bank Ltd*; T-433/13, *Petropars Iran Co.*; T-418/14, *Sina Bank*; T-423/13 e T-64/14, *Good Luck Shipping LLC*) e della Siria (T-572/11, *Samir Hassan*). Pronunce simili riguardano l’applicazione del dazio antidumping alle imprese: come si vede l’orizzonte dei diritti fondamentali è sfumato.

¹² “In effetti la giurisprudenza comunitaria, così ricca di affermazioni di principio in tema di tutela dei diritti fondamentali, raramente ha riconosciuto una violazione dei diritti da parte di atti delle istituzioni, mentre più spesso ha riscontrato tali violazioni da parte degli Stati membri”: M. CARTABIA, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, in *I diritti in azione*, a cura di M. Cartabia, Bologna 2007, 48. Possono essere citati alcuni casi in materia di protezione dati personali: il caso *Digital Rights Ireland Ltd* (Cause riunite C-293/12 e C-594/12), in cui viene dichiarata invalida la direttiva riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell’ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica, per violazione della *privacy* e della protezione dei dati assicurata dalla Carta dei diritti negli artt. 7 e 8; la sent. *Schrems* (C-362/14), sempre in materia di dati, in cui si dichiara l’invalidità di una decisione della Commissione che impedisce alle autorità nazionali di esaminare la domanda di una persona relativa alla protezione dei suoi diritti e delle sue libertà con riguardo al trattamento di dati personali che la riguardano, i quali sono stati trasferiti da uno Stato membro verso tale paese terzo (gli Stati Uniti), qualora tale persona dimostri che quest’ultimo non garantisce un livello di protezione adeguato; la sent. *Y.S.* (C-141/12), sul diritto di conoscere i dati che figurano nell’analisi giuridica posta alla base della decisione in merito ad una domanda di soggiorno.

Da sottolineare anche la sentenza T-512/12, *Fronte Polisario*, che annulla l’accordo tra l’Unione europea e il Regno del Marocco in merito a misure di liberalizzazione reciproche per alcuni prodotti agricoli, nella parte in cui approva l’applicazione di detto accordo al Sahara occidentale, su cui la sovranità del Marocco non è riconosciuta, perché non garantisce i diritti fondamentali della popolazione.

Non so se si possano aggiungere all’elenco le sentenze in causa T-159/15, *Puma*, che riconosce il diritto fondamentale alla motivazione degli atti amministrativi e di conseguenza annulla una decisione dell’Ufficio dell’Unione europea per la proprietà intellettuale (EUIPO), e in causa causa T-646/13, sempre in tema di obbligo di motivazione (sulla stessa linea vi sono anche altre pronunce); oppure la sentenza C-531/12 e altre che fanno valere il diritto alla buona amministrazione, annullando un atto della Commissione; oppure la sentenza T-40/15 e altre simili, che riconoscono il danno subito per la violazione del termine ragionevole di giudizio in cause promosse davanti Tribunale.

¹³ Sent. C-131/12, in cui la Corte di giustizia ha interpretato la direttiva 95/46/CE, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nel senso di garantire il rispetto del “diritto all’oblio”.

nazionali con il diritto europeo. Che si sia trattato delle decisioni della linea *Wachauf* o di quelle della linea *ERT*¹⁴, l'oggetto del giudizio della Corte non era la *normativa dell'UE*, bensì la *legislazione degli Stati membri*. Questo non è meno vero quando la Corte di giustizia si mostra particolarmente generosa in tema di concessione dei diritti di cittadinanza¹⁵.

Sarebbe già di per sé curioso che si esalti la giurisprudenza di una Corte che è così selettiva nel controllo del rispetto dei diritti fondamentali: sarebbe come che la Corte costituzionale limitasse il suo giudizio sulla compatibilità con i diritti e le libertà della Costituzione alle sole *leggi regionali*, limitando viceversa ad ipotesi limitate e a casi sporadici l'uso dei diritti fondamentali come limite alla *legislazione statale*. Ma la sorpresa diventa ancora maggiore se guardiamo a come vengono applicati, quando sono applicati, i diritti fondamentali dalla Corte di giustizia.

“Applicare” i principi costituzionali che enunciano i diritti significa considerare come essi si combinino e si bilancino con gli altri principi e le altre esigenze costituzionalmente rilevanti. Nel contesto europeo la situazione è molto lontana da quella dell'ordinamento italiano (ma si potrebbe dire lo stesso anche per l'ordinamento costituzionale di molti altri Stati membri): il nostro *bill of rights* è parte integrante e caratterizzante della Costituzione, in cui tutti i diritti e tutti gli altri interessi sono direttamente o indirettamente enunciati. Per l'ordinamento dell'Unione europea la dimensione e la prospettiva degli interessi da valutare è ovviamente diversa: la “matrice sostanziale, sociale, geografica e di altro tipo della Comunità... è differente da quella di ogni altro Stato membro”¹⁶. L'*imprinting* genetico dell'Unione europea riemerge con tutta evidenza e segna la prevalenza delle libertà del mercato su ogni altro diritto o interesse. “I classici diritti economici associati alle quattro libertà”¹⁷ - delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali - costituiscono il pilastro della giurisprudenza della Corte di giustizia: il loro peso sulla bilancia, in raffronto ai diritti fondamentali estranei alla logica del mercato (quella particolare logica del mercato di cui si è detto), è soverchiante anche dopo l'incorporazione della Carta dei diritti nei trattati.

Del resto, la Corte di giustizia ha chiaramente elevato le libertà del mercato allo stesso rango dei diritti fondamentali tradizionali¹⁸. Anche quando i diritti fondamentali tradizionali sembrano prevalere, le operazioni di “pesatura” non possono che lasciare sconcertati, sembrano ridotte ad argomentazione di contorno, soprattutto quando sull'altro piatto della bilancia andrebbero collocati i “diritti sociali”. Chi opera all'interno dell'ordinamento europeo spesso non avverte il problema o cade in equivoco: talvolta i commentatori scambiano come decisioni che premiano i “diritti sociali” alcune sentenze in cui la Corte di giustizia applica il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione ai rapporti di lavoro, difendendo quindi diritti strettamente connessi alla liberalizzazione del mercato¹⁹.

3.3. Soprattutto dopo la sentenza *Ruiz Zambrano*²⁰, il lungo cammino della Corte di giustizia è sembrato ormai arrivato a fondere i diritti fondamentali nell'involucro della cittadinanza europea,

¹⁴ È la consueta contrapposizione tra le sentenze che hanno giudicato della *compatibilità* con l'ordinamento europeo, inclusi i diritti fondamentali, delle norme interne che danno attuazione alle norme europee (una delle prime sentenze di questa “linea” è appunto la sent. in C-5/88, *Wachauf*) e le sentenze che hanno giudicato la giustificabilità di deroghe alle libertà economiche garantire dai trattati in nome della tutela di diritti fondamentali garantiti dalle costituzioni nazionali (il modello è la sent. in C-260/89, *ERT*): cfr. J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice* cit.; J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna 2003, 200 ss.

¹⁵ Come nella sent. C-34/09 (*Zambrano*), in cui la Corte contesta la legislazione belga per le restrizioni nella concessione del permesso di soggiorno e di lavoro.

¹⁶ J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa* cit., 195.

¹⁷ Così la Corte di giustizia nella citata sent. *Zambrano* (p. 69 della motivazione).

¹⁸ Cfr. la sent. *ADBHU*, in C-240/83. Sul punto cfr. J. COPPEL, A. O'NEILL, *The European Court of Justice* cit., 689.

¹⁹ In questo equivoco cadono sia autori “classici”, come P. PESCATORE, *Les exigences de la démocratie* cit., 513, sia autori più recenti, come D. LECZYKIEWICZ, *Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law?*, in *General Principles of EU Law And European Private Law*, a cura di U. Bernitz, X. Groussot & F. Shulyok, Alphen aan den Rijn 2013, 171 ss.

²⁰ Sent. dell'8 marzo 2011, in C-34/09.

lasciando perciò supporre che l'Unione Europea e la sua Corte, superando i suoi precedenti²¹, possano ergersi a garante dei diritti fondamentali contro gli eventuali *deficit* di tutela da parte degli Stati membri²². In verità quello che la Corte afferma ha una struttura ricorsiva che nulla dice in merito ai diritti realmente goduti dal cittadino europeo, perché questo *status* “osta a provvedimenti nazionali che abbiano l'effetto di privare i cittadini dell'Unione del godimento reale ed effettivo dei diritti attribuiti dal loro *status* di cittadini dell'Unione”. Già, ma quali?

La prospettiva idilliaca di un'estensione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea trascura di leggere la giurisprudenza della Corte di giustizia ponendosi la domanda che andrebbe posta di continuo: chi paga per l'estensione della tutela dei diritti? Le decisioni in cui si parla dei diritti sono soprattutto quelle che si collocano nella linea *ERT*²³: le decisioni “virtuose” più spesso citate ad esempio sono *Familiapress*²⁴, *Omega*²⁵, e le più recenti *Dynamic Medien*²⁶ e *United Pan-Europe Communications*²⁷ e altre ancora. In esse a pagare la tutela dei diritti fondamentali è sistematicamente la libera circolazione delle merci: il diritto nazionale pone limitazioni, molto contenute del resto, che sono giustificate dalla tutela di diritti estranei alle quattro libertà. Quindi la Corte affronta il bilanciamento tra interessi in conflitto, ma in esso mostra una sensibilità ben diversa da quella tipica dei giudici costituzionali nazionali. Già nella citatissima *Schmidberger*²⁸ il ragionamento sviluppato dalla Corte di giustizia appare un po' allarmante: un trasportatore agisce per danno contro l'Austria perché non ha impedito a un'associazione con finalità essenzialmente ambientali di organizzare una manifestazione sull'autostrada del Brennero che ha comportato il blocco completo della circolazione sull'autostrada stessa; la Corte respinge la domanda dopo aver compiuto un bilanciamento tra i diritti in conflitto, la libera circolazione delle merci da un lato, le libertà d'espressione e di riunione dall'altro; considerando che l'ostacolo alla libera circolazione delle merci causato da tale manifestazione ha avuto una portata limitata, non aveva carattere discriminatorio, era stato preavvertito ed erano predisposti percorsi alternativi²⁹, conclude che il sacrificio che la circolazione delle merci era contenuto, mentre altrimenti il divieto di manifestazione avrebbe potuto causare reazioni “selvagge”.

Come mostra la sentenza presa ad esempio, in questi (pochi) casi vincono i diritti fondamentali sui diritti del mercato: sono però pochi casi, molto circoscritti, e i diritti “premiati” appartengono al catalogo tradizionale dei beni collettivi protetti (tutela del pluralismo, dei minori, della libertà di espressione). In nessun caso prevale l'attenzione per i diritti sociali.

3.4. Benché non si possa negare una certa evoluzione della sua giurisprudenza, la Corte di giustizia non custodisce prioritariamente i “*diritti fondamentali*” degli individui, ma le *quattro libertà* degli operatori del mercato: per queste libertà si può ben dire che le istituzioni europea si ergano a tutela dei diritti

²¹ Come per es. la sent. *Kremzow* (C- 299/95), in cui la Corte aveva rifiutato di pronunciarsi su ipotesi di violazione dei diritti umani che non rientrano nel campo di applicazione del diritto comunitario.

²² Cfr. per es. A. von BOGDANDY, M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI, M. SMRKOLJ, *Reverse Solange—Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in 49 *Common Market Law Review* (2012), 489 ss.

²³ Già citata sopra

²⁴ C-368/95, che riguarda limitazioni nella circolazione nel mercato della stampa di pubblicazioni contenenti giochi a premio, motivate dalla salvaguardia del pluralismo della stampa.

²⁵ C-36/02, che fa salva la norma tedesca che vieta la commercializzazione di giochi di simulazione di omicidi, perché tale attività viola la dignità umana.

²⁶ C-244/06, che fa salva la normativa nazionale che vieta la vendita per corrispondenza di video non sottoposti al controllo ai fini della tutela dei minori, salvo che risulti che la procedura di controllo non sia facilmente accessibile, rapida e ricorribile in via giurisdizionale.

²⁷ C-250/06, in cui si assolvono gli obblighi imposti dal Belgio agli operatori via cavo a tutela del pluralismo culturale.

²⁸ C-112/00.

²⁹ In considerazione di queste circostanze specifiche la Corte si discosta dal precedente C-265/95, con cui aveva condannato la Francia per non aver impedito le manifestazioni anche violente da movimenti rivendicativi di agricoltori francesi contro prodotti agricoli provenienti da altri Stati membri.

fondamentali contro gli eventuali *deficit* di tutela da parte degli Stati membri³⁰. Per il resto, i "diritti" individuali invocati devono fare i conti con quelle "libertà" e prevalgono solo interstizialmente. Non solo è ancora piuttosto raro che il *bilanciamento* tra gli interessi del mercato alla libera circolazione di merci, capitali ecc. e gli interessi protetti dai "diritti" (libertà di espressione, libertà di manifestazione, diritto di *privacy*, diritto di difesa, dignità dell'uomo ecc.) veda la prevalenza dei secondi sui primi, ma è inutile cercare qualche decisione favorevole alla prevalenza dei *diritti sociali*, perché ci scontreremmo contro un muro. Esso è eretto da una serie di decisioni ben note in tema di diritto di sciopero (sentenza *Viking*³¹), di lotta sindacale (sent. *Laval*³²), di minimi salariali (sent. *Riiffert*³³), di controlli a tutela dei lavoratori (sent. *Lussemburgo*³⁴), di autonomia contrattuale delle parti sociali in materia di previdenza complementare (sent. *TV-EUmw/VKA*³⁵), di contrasto ai licenziamenti collettivi (sent. *AGET Iraklis*³⁶), di tutela contrattuale in caso di cessione aziendale (sent. *Asklepios Kliniken*³⁷), di tutela previdenziale (sent. *SVB*³⁸). I diritti sociali hanno speranza di ottenere un riconoscimento solo se concorrono a far "pesare" le libertà del mercato nel sistema giuridico comunitario³⁹, altrimenti sono destinati a soccombere senza eccezioni.

La direzione in cui muove tutta questa serie di decisioni non sorprende nessuno, in fondo. La Corte di giustizia difende l'*ordine* degli interessi e dei diritti scolpiti nei Trattati pur nella sua evoluzione storica. Forse l'evoluzione potrà portarci altrove un giorno⁴⁰: ma per il momento l'*imprinting* genetico non accenna a mutazioni. Del resto la Corte di giustizia è il motore dell'unificazione dell'ordinamento giuridico europeo: il perché va forse ricercato nella *forma mentis* dei giudici che, come diceva Tocqueville, adorano l'"uniformità della regola"⁴¹ e tendono ad appoggiare i movimenti centralistici, che preferiscono "fare passare indistintamente tutti gli uomini sotto la stessa regola" piuttosto che rompere l'uniformità della disciplina⁴².

Ed è quello che accade in Europa. La forza uniformante delle quattro libertà, l'esigenza di unità che è imposta dalla gestione del mercato interno, fanno sì che le differenti tutele che i singoli ordinamenti

³⁰ Cfr. A. von BOGDANDY e altri, *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU member states*, in 49 "Common Market Law Review" 2012, 489 ss.

³¹ C-438/05 (2007), in tema di sciopero e contrattazione.

³² C-341/05 (2007), in tema di lotta sindacale, in cui si nega che un'organizzazione sindacale possa tentare, tramite blocco dei cantieri, di costringere un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro ad avviare con essa una trattativa sulle retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati.

³³ C-346/06 (2008), che censura la legge tedesca che impone agli enti pubblici di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione.

³⁴ C-319/06 (2008), che censura la legge lussemburghese sulla documentazione rivolta ai controlli a tutela dei lavoratori. Per un precedente simile si veda la sent. *Arblade* (cause riunite C- 369/96 e C-376/96).

³⁵ C-271/08 (2010), che censura la legge tedesca che consente alle parti sociali di regolare la previdenza complementare attraverso la contrattazione collettiva senza ricorrere a procedure europee di appalto.

³⁶ C-201/15 (2016), che limita la facoltà dell'autorità pubblica di vietare il licenziamento collettivo.

³⁷ Cause riunite C-680/15 e C-681/15, che assicurano, in caso di cessione d'azienda, la libertà d'impresa del cessionario, che "deve avere la possibilità di far valere efficacemente i propri interessi in un iter contrattuale al quale partecipa e di negoziare gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica". Ma nello stesso verso si vedano le sent. C-343/98 (*Collino Chiappero*), C-499/04 (*Werhof*), C-396/07 (*Juuri*), C-426/11 (*Alemo-Herron*), C-509/14 (*ADIF*).

³⁸ C-465/14 (2016), che approva la legge olandese che esclude un lavoratore marittimo dal beneficio dell'assicurazione vecchiaia durante il periodo in cui, pur imbarcato sulla nave olandese, non era cittadino di uno Stato membro.

³⁹ Come nella sent. *Watts* (C-372/04), con cui la Corte di giustizia ha notevolmente esteso il diritto dei cittadini europei di godere delle prestazioni sanitarie offerte in paesi diversi da quello di appartenenza.

⁴⁰ Fa ben sperare che anche nelle istituzioni europee il problema sia ormai avvertito: il rapporto *EU Social and Labour Rights and EU Internal Market Law*, presentato dal Directorate-General for Internal Policies of the Union del Parlamento europeo nel settembre 2015 esordisce affermando che "the traditional interpretation of EU Internal Market law causes a number of frictions for protection and promotion of social and labour rights". Può essere un segno.

⁴¹ Cfr. G. GORLA, *Commento a Tocqueville - "L'idea dei diritti"*, Milano 1948, 261.

⁴² A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, parte IV. Cap. III (citato dall'edizione a cura di G. Candeloro, Milano 1992, 713).

predispongono per i *loro* diritti siano tollerabili se e soltanto se non impediscono di mantenere l'integrità della disciplina unitaria. La prevalenza di cui sono dotate le norme europee impone che prevalga l'uniformità sulla differenziazione proprio per quell'aspetto, la tutela dei diritti, su cui si è costruita l'individualità anche storica delle costituzioni nazionali. Naturalmente questo viene rappresentato come una garanzia "europea" del rispetto dei diritti fondamentali negli Stati membri. Non stupisce perciò che il linguaggio ormai classico della giurisprudenza *Solange* sia stato impiegato - in un contesto rovesciato - per sostenere l'irenica idea che gli Stati membri siano autonomi nella regolamentazione dei diritti *finché* essi mostrino di assicurare la tutela essenziale della dignità e dei diritti umani riconosciuti dall'art. 2 TUE⁴³, altrimenti i cittadini europei possono far valere davanti alla Corte di giustizia le prerogative del loro *status* contro le violazioni dei diritti perpetrate dal loro Stato. Parliamo evidentemente di violazioni sistematiche e molto gravi ("grave e persistente", a tenore dell'art. 7 TUE), tali da mettere persino in dubbio i fondamenti della legittimazione democratica della stessa Unione europea, che regge anche sulla democraticità delle istituzioni nazionali: libertà di espressione, difesa del pluralismo culturale, sono allo stesso tempo diritti individuali, a cui in effetti la giurisprudenza della Corte di giustizia si mostra particolarmente sensibile, e pilastri delle istituzioni politiche democratiche.

Però, fuori da questi scenari un po' lontani ed estremi, ben si può richiamare la *Solange* per sintetizzare il ragionamento della Corte di giustizia, solo che la prospettiva è rovesciata: gli Stati possono applicare i *loro* diritti fondamentali *finché* essi non interferiscano con l'applicazione del diritto europeo e con la uniforme prevalenza dei diritti e delle libertà da esso riconosciute e disciplinate. È una *reverse Solange*⁴⁴ per il semplice fatto che inverte i ruoli: non è più il giudice nazionale ad avvertire che la prevalenza del diritto europeo è accettabile finché siano garantiti i diritti fondamentali; ora infatti sono le norme nazionali ad essere tollerate purché non ostacolino i diritti sanciti dall'Unione europea.

Finalmente siamo in grado di rispondere alla domanda che ci siamo posti: chi paga? Solo nel *Wonderland* dell'"Europa dei diritti" ci si può illudere che le dichiarazioni dei diritti si sostengano le une con le altre, si integrino reciprocamente senza frizioni, assicurando così a tutti noi una "tutela più intensa" dei nostri diritti. Come nel mondo di Alice, anche nella "Europa dei diritti" accadono paradossi e nonsensi: alcuni diritti sembrano perdere peso e non spostano più il piatto della bilancia su cui sono collocati. Come il gatto di Cheshire sfumano nel nulla lasciando dietro di sé solo un sorriso: e con lui sparisce la lunga storia che contrassegna la rivendicazione e il riconoscimento dei diritti in tutte le democrazie europee.

4. *Il deficit democratico come garanzia delle libertà di mercato.*

4.1. A questo punto è necessaria però una precisazione. Che l'integrazione europea sia stata e sia ancora orientata alla realizzazione del mercato interno non significa affatto che ciò ne faccia l'antagonista "naturale" di un sistema imperniato sulla tutela dei diritti e che porti necessariamente a selezionare le libertà che piacciono ai mercati, a tutto svantaggio dei diritti "sociali". La libertà dei mercati dipende dal diritto perché i mercati sono costruzioni giuridiche: il *laissez-faire* è solo una distorsione farsesca di ciò che

⁴³ "L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini"

⁴⁴ L'espressione è presa dallo scritto [citato alla nota 164.??](#)

il mercato è e richiede⁴⁵. Per cui il sistema delle regole che fa del mercato *il* mercato può tranquillamente comprendere anche i diritti. Ed è ciò che in parte è successo.

Ben prima che l'*Atto unico* e i trattati successivi riconoscessero queste competenze alle istituzioni comunitarie, esse avevano varato una quantità di norme, spesso molto avanzate (sicuramente più avanzate della legislazione d'Italia, che infatti ha arrancato con difficoltà per adeguarsi) per assicurare ai cittadini la tutela di diritti ben lontani dal *clou* della politica di mercato, come l'ambiente e la tutela della salute da ogni forma di inquinamento, la protezione della sicurezza dei consumatori, l'assistenza previdenziale e sanitaria dei lavoratori, la non discriminazione ecc. Progressivamente tutta una serie di beni e di interessi che noi potremmo tranquillamente rubricare come "diritti fondamentali" sono diventati oggetto di accurata disciplina europea. Si noti: sono norme emanate non in forza di uno specifico titolo di competenza, ma esclusivamente per regolare la concorrenza e il mercato (la concorrenza non può svolgersi a danno della sicurezza, dell'ambiente, della salute ecc.) e quindi come corollario dei poteri delle istituzioni europee rivolti all'integrazione dei mercati e la regolazione della concorrenza. Perché si siano scelte queste voci di intervento e non si siano inclusi altri diritti da proteggere (per esempio, il livello salariale minimo, la protezione sindacale, l'età della pensione e il relativo trattamento, le misure di tutela della maternità, il livello dei servizi sociali alla famiglia, il livello massimo di prelievo fiscale e così via) è il frutto di una scelta politica ammantata da rispetto per il mercato. Non del mercato in sé, che è una costruzione artificiale, ma dell'*ideologia* dell'economia di mercato.

4.2. Nella visione ideologica, l'economia di mercato è un mondo magico, paradiso delle astrazioni, in cui il consumatore e il produttore si scambiano beni mediante il meccanismo dei prezzi, e il perfetto equilibrio dei salari è prodotto dallo scambio tra domanda e offerta di lavoro⁴⁶. Anche il lavoro e l'ambiente, in questo quadro, vengono degradati a merce, a merce da scambiare ad un certo prezzo (su ciò vanno lette le pagine geniali di Polany⁴⁷). Da questo mondo – dicono i sostenitori del libero mercato – è bene che la politica si tenga fuori, limitandosi a combattere le esternalità negative che possono rompere la magia degli scambi, laddove le esternalità sono anzitutto gli interventi delle autorità pubbliche. Bene quindi se gli organi pubblici intervengono – per esempio - per limitare l'inquinamento causato da processi produttivi o per favorire la completa libertà degli scambi, abbattendo le barriere doganali o le misure legislative nazionali "ad effetto equivalente"; bene se lottano contro i monopoli e obbligano alla privatizzazione dei beni pubblici; bene se definiscono condizioni essenziali di sicurezza – fisica, ma anche giuridica e informativa – dei consumatori. Ma ogni passo più in là compiuto dai poteri pubblici rischia di influire negativamente sull'equilibrio e l'efficienza del sistema.

Anche il diritto però – e il diritto costituzionale segnatamente – è un paradiso di astrazioni: i cittadini, tutti formalmente eguali; il potere pubblico, legittimo se basato sul principio democratico; la legge e la sua applicazione imparziale. Astrazioni che si legano attraverso linee di coerenza necessaria. Eguali nel loro diritto di voto, i cittadini si recano alle urne per eleggere liberamente i loro rappresentanti ai quali è riservato il potere di porre le leggi, che dovranno essere applicate a tutti i cittadini, senza derogare al principio di eguaglianza. Entrambi i sistemi di astrazione – quello economico e quello giuridico – sono presenti nel lessico e nelle attività degli organi europei, ma certo non sono posti sullo stesso piano e non ottengono lo stesso sviluppo. Gli atti normativi sono costantemente attenti ai diritti dei *consumatori*, mentre i *diritti di cittadinanza* sono ancora un capitolo appena abbozzato in cui non si sa bene che cosa scrivere⁴⁸. E se la Comunità economica europea ha scelto l'*understatement* di una nomenclatura dei propri organi e

⁴⁵ Cfr. C. SUNSTEIN, *Free Market and Social Justice*, Oxford-New York 1997, 4.

⁴⁶ Alcuni passaggi di questo paragrafo sono stati anticipati in R. BIN, P. CARETTI, G. PITRUZZELLA, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna 2015, 351 ss.

⁴⁷ K. POLANY, *La grande trasformazione*, Torino 2010, spec. Cap. VI.

⁴⁸ Ho sviluppato questo aspetto in *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di Giovanni Cocco, Milano 2010, 95 ss.

dei propri atti degna di un consorzio intercomunale, ciò dipende dal ruolo "tecnocratico" e non "politico" dei compiti che ad essi sono assegnati da un modello economico che li vuole deliberatamente mantenuti di basso profilo e continua ad espungere la parola 'politica' da essi.

4.3. Non ha senso, dunque, parlare di *deficit* democratico come se fosse un incidente nella costruzione dell'Unione europea: non è un incidente, è il programma originario. È l'idea che l'ordine sociale – che è poi lo *status quo* economico – debba essere tenuto separato dall'ordine politico. Non certo un'idea nuova, visto che è quella che ha animato il pensiero liberale sin dalla Restaurazione. Nella versione liberale dello Stato di diritto, l'ordine economico ha un suo equilibrio sistemico che l'ordine politico deve proteggere dall'esterno, mai cercando di influire dall'interno.

Per oltre un secolo l'ideologia liberale ha assicurato la separazione quasi fisica dei due ordini, operata attraverso il suffragio ristretto e le cariche della cavalleria, entrambi chiamati a respingere ogni pretesa democratica della "piazza" o ogni richiesta di intervento pubblico nell'economia e nei suoi delicati equilibri⁴⁹. Ci volle un secolo perché le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra togliessero di mezzo i cavalli di frisia che avevano protetto il sistema liberale e i suoi palazzi del potere e aprissero la porte delle istituzioni costituzionali al conflitto sociale, attraverso il riconoscimento del suffragio universale: con grande saggezza avevano scongiurato però il rischio che i contendenti potessero approfittare della vittoria elettorale per sopprimere i diritti, gli interessi, le prerogative della parte soccombente attraverso la scrittura dei diritti nella Costituzione e le garanzie della rigidità costituzionale, ristabilendo la "dittatura" di una classe sull'altra. Una svolta storica, che sembrava aver aperto il futuro a un lento ma inarrestabile affermarsi dello Stato sociale e delle sue politiche redistributive, come inevitabile conseguenza di un sistema dominato dal suffragio universale. L'istituzione della Comunità economica europea ha bloccato questo sviluppo, spostando nuovamente altrove il palazzo del governo, nuovamente lontano dalla piazza, nuovamente protetto dalla folle "legge dei numeri" – "questo curioso abuso della statistica"⁵⁰. Soprattutto collocandolo a distanza di sicurezza dal conflitto sociale⁵¹.

4.4. È di comune affermazione che più il mercato è libero (e l'ordinamento giuridico protegge tale libertà), meno ai poteri pubblici è consentito di agire, per cui meno potere ha la democrazia: "*more market inevitably means less democracy*"⁵². Siamo così di fronte ad un nuovo assioma: i diritti sono a "somma zero". Altrove ho cercato di dimostrare la sua solidità⁵³: ogni progresso nella tutela di un diritto ha un suo contrappeso, provoca cioè la regressione della tutela di un altro diritto o di un altro interesse della collettività. Può essere che a pagarne le spese sia il diritto di un altro individuo (il diritto proprietario di recintare il mio fondo produce la limitazione del diritto di circolazione degli altri individui) o di un interesse generale (il diritto di portare armi riduce la sicurezza della collettività). È quello che, con altre parole, ha sempre ripetuto la Corte costituzionale italiana sin dalle sue primissime sentenze: "il concetto

⁴⁹ *Organizzazione del lavoro! Costituzione di uno speciale ministero del lavoro! Suffragio universale!* erano gli slogan che echeggiavano a Parigi nella rivoluzione del 1848, come ci racconta K. MARX, *Le lotte di classe in Francia dal 1848 al 1850*, I.

⁵⁰ J.L. BORGES, *La moneta de hierro*, tr. it. Milano 2008, 15.

⁵¹ Sul punto si veda il bel libro di M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova 2013.

⁵² N. LAWSON, *Dare more democracy - From steam-age politics to democratic self-governance*, Compass (<http://www.compassonline.org.uk/publications.asp>). In termini del tutto analoghi osserva D. RODRIK, *The Globalization Paradox*, New York – London 2011, che «the greater the emphasis on deep economic integration, the less the room for national differences in social and economic arrangements, and the smaller the space for democratic decision making at the national level».

⁵³ Ho approfondito questo tema, con particolare riferimento ai diritti dei consumatori, in *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di G. Cocco, Milano, 2010, 95 ss.; e poi in *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Desafios para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Madrid 2013, 91 ss. (ora anche in *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli 2014, 75 ss.).

di limite è insito nel concetto di diritto” e “nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile”⁵⁴.

L'assioma funziona anche di fronte alle libertà del mercato: il mercato è libero perché a chi vi opera sono garantiti diritti e libertà; e questi diritti e libertà finiscono con scontrarsi con altri diritti e altre libertà. Se il sistema giuridico garantisce i primi, i secondi devono cedere il passo. La libertà di circolazione è il fondamento della politica di mercato europea, ma è anche lo strumento per svuotare il potere delle istituzioni democratiche nazionali, cui impedisce di praticare politiche efficaci di redistribuzione del reddito, libero di andarsene dove più gli conviene.

Lo aveva profetizzato due secoli fa Benjamin Constant: il commercio assicura alla ricchezza di prevalere sempre sulla politica, perché le consente di spostarsi liberamente⁵⁵. Per cui lasciare campo libero al commercio, alla libertà di circolazione, è una scelta che incide sull'allocazione dei pesi nella bilancia dei diritti. È una scelta da cui consegue anche la restrizione del campo della politica, rispetto alla quale il *deficit* democratico è una premessa necessaria ma anche una conseguenza non meno inevitabile. La regolazione del mercato e della concorrenza e la rimozione progressiva di ogni ostacolo alla circolazione *devono* essere affidate ad autorità sottratte al principio democratico, che non dipendano dal voto e dalla maggioranza, che non abbiano obiettivi politici dichiarati. Lo hanno ben colto in tanti: per salvare la democrazia bisogna mettere chi deve prendere decisioni al riparo dalla democrazia stessa⁵⁶, e se è il libero mercato ciò che va salvaguardato non si può che approvare la sottrazione del suo governo alle regole delle istituzioni democratiche⁵⁷. Gli istituti della democrazia "non sono un valore assoluto, ma uno strumento che, *solo a certe condizioni*, può instaurarsi con vantaggio per lo sviluppo economico e culturale della società (il quale sviluppo rimane, senza dubbio, *il valore primario*)"⁵⁸. Le regole del mercato e della concorrenza devono essere affidate a istituzioni a-politiche. Questa è la cambiale che garantisce il credito, direbbe M.me De Staël: “*La liberté politique est à la liberté civile, comme la garantie à l'objet qu'elle cautionne*”⁵⁹. Solo che qui si parla delle libertà del mercato, la parola ‘politica’ è perciò espunta.

4.5. È persino banale osservare che questo assetto dell'Unione europea è figlio di un evidente, consapevole e persino confessato progetto politico. Il “funzionalismo” delle sue istituzioni, l'incrementalismo pragmatico del suo sviluppo, il basso livello politico dei programmi perseguiti sono stati, da un lato, le condizioni che hanno reso accettabile agli Stati membri il processo di evoluzione dell'organizzazione europea e, dall'altro, hanno reso possibile il raggiungimento di risultati di grande importanza. Di tale importanza da giustificare che la legittimazione del sistema europeo sia ricercata proprio nei buoni risultati ottenuti (di *accountability by results* si parla infatti), manifestazione anche questa di fede nel mercato e nel mito dell'efficienza paretiana della libera concorrenza. La gran quantità di regole tecniche prodotte dalle istituzioni serve a fornire una cornice compiuta e neutra entro cui deve svolgersi la libera concorrenza, una capillare regolazione del mercato al fine di perfezionare le condizioni della

⁵⁴ Sent. 1/1956. Il *Tribunal constitucional* spagnolo ha affermato lo stesso principio in modo icastico in una delle sue prime sentenze in un giudizio incidentale: “*Ninguna libertad es ilimitada*” (Sent. 5/1981, punto 13).

⁵⁵ «*Le commerce donne à la propriété une qualité nouvelle: la circulation; sans la circulation, la propriété n'est qu'un usufruit; l'autorité peut toujours influer sur l'usufruit, car elle peut enlever la jouissance; mais la circulation met un obstacle invisible et invincible à cette action du pouvoir social*»: B. CONSTANT, *De la liberté des anciens comparée à celle des modernes* (1819), in *Oeuvres politiques de Benjamin Constant*, Paris 1874, 258 ss., 280 s.

⁵⁶ In questi termini F. ZAKARIA, *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, tr. it. (*Democrazia senza libertà in America e nel resto del mondo*), Milano 2003, 317.

⁵⁷ Come infatti fa il libro ormai classico di Zakaria a proposito dell'Unione europea e del WTO e come ancor prima avevano sostenuto in tanti, a partire da G. Majone (cfr. per esempio, tra gli scritti più recenti, *Deficit democratico, istituzioni non maggioritarie ed il paradosso dell'integrazione europea*, in “Stato e mercato” 2003, 3 ss.).

⁵⁸ G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, in *Quad.cost.* 2008, 30 s. (corsivi aggiunti).

⁵⁹ G. STAËL-HOLSTEIN, *Reflexions sur la paix intérieure* (1796), in *Oeuvres complètes de madame la baronne de Staël-Holstein*, I, Paris 1871, 57 s.

competizione economica: obiettivi limitati, competenze ben definite, procedure rispettate ed elevata competenza tecnica sono le condizioni di una buona prestazione e quindi della legittimazione del sistema.

Il deflagrare della crisi economica e finanziaria nel 2007 ha però svelato che l'*ottimo paretiano* non ha nulla a che fare con le prestazioni dell'Unione europea né con quanto ha prodotto la mano invisibile del mercato. È ben difficile spiegare che il mercato europeo ha prodotto il massimo di beneficio per tutti alle masse dei disoccupati, agli imprenditori falliti e alle tante persone che hanno visto precipitare le loro condizioni di vita proprio mentre la forbice della diseguaglianza sociale andava aprendosi sempre più. Ed è davvero difficile anche sostenere che fosse un profilo di regolazione tecnica, e non un'opzione politica di enorme portata, decidere – per esempio - che i livelli elevati di protezione sociale assicurati dagli stati nazionali ai loro cittadini non sono fattori da proteggere dalla concorrenza al pari dell'ambiente e della sicurezza dei consumatori; oppure che la delocalizzazione delle imprese dovesse essere un aspetto tutelato dalla libera circolazione, anche se questo avrebbe prodotto la frantumazione del mercato del lavoro e un drastico ridimensionamento dei livelli di reddito. Certo, troppe misure di tutela dei diritti potrebbero frenare la competitività delle merci prodotte in Europa: ma che un colosso economico come l'Unione europea debba subire la “legge dei mercati” non è molto credibile; tanto è vero che l'ha rifiutata quando si è trattato di difendere i propri produttori (e i propri consumatori) nelle varie “guerre commerciali” di cui è stata protagonista (il veto agli OGM, il blocco all'importazione delle carni piene di ormoni e antibiotici, la tutela delle denominazioni dei prodotti tipici, ecc.).

4.6. E così siamo arrivati alla risposta alla domanda da cui siamo partiti: esiste una “costituzione” in Europa? I trattati fanno parte di un processo costituente?

Se guardiamo alle forme, la risposta non può che essere negativa: i trattati non sono la forma con cui si creano le costituzioni, perché queste guardano a come si stabilizzano gli ordinamenti degli Stati e non a quello che essi organizzano sul piano del diritto internazionale. Ma potremmo volgere lo sguardo in direzione diversa, guardando a ciò a cui serve il potere costituente e alla sostanza della costituzione che ne è il prodotto; e forse allora la risposta potrebbe essere differente. Se il processo costituente segna la conclusione di una fase di guerra intestina e la costituzione codifica l'assetto giuridico che incarna i valori che condividono le forze che quella guerra hanno vinto, il Trattato di Roma, che segna la pacificazione in Europa dopo le devastazioni di una guerra che non è stata solo “guerra tra Stati”, costituisce anche il nucleo da cui prende le mosse un assetto politico di chiara marca liberista, con tutto ciò che ne consegue sul piano dei diritti privilegiati e degli assetti istituzionali che ne sono la garanzia.

Così si capisce perché l'assetto istituzionale dell'Unione europea sia rimasto poco più che il modello di governo di un consorzio intercomunale e perché nella giurisprudenza della Corte di giustizia i diritti posti sulla bilancia la vedano sempre inclinarsi prepotentemente dalla parte delle libertà di mercato. È il mercato ad aver vinto e ciò ha spostato sul fondo della scena la politica e le sue istituzioni. La cambiale che garantisce le libertà del mercato è proprio il *deficit* democratico. Il che è contenuto nella geniale sintesi di Schmitt, che manipolando un ben noto broccardo annuncia una nuova massima per i nostri tempi: *cujus oeconomia, ejus regio*⁶⁰.

Potrà cambiare questo modello costituzionale? Sì, come tutte le cose umane. Ma perché ciò avvenga è necessario che cambino le condizioni “sociali” dell'Unione europea e che nuove linee di conflitto si sovrappongano a quelle che oggi dominano l'Europa, linee che dividono gli Stati e i potentati economici che dominano il mercato.

⁶⁰ C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, Milano 2003³, 499.