

IL MODELLO ISTITUZIONALE EUROPEO  
E L'IDEA DI COSTITUZIONE



LUCIANO PATRUNO

IL MODELLO ISTITUZIONALE EUROPEO  
E L'IDEA DI COSTITUZIONE



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2006 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN 88-348-6591-X

*Volume pubblicato con il contributo parziale  
del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Torino.*

*Composizione:* Carla Degiacomi e Guido Mittiga – Torino

*Stampa:* Stampatre s.r.l. – Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

*a Milli*



# INDICE

*pag.*

## CAPITOLO I

### DALLA COSTITUZIONE 'NORMATIVA' ALL'IDEA 'ORDINAMENTALE' DI COSTITUZIONE

1. Prima approssimazione dell'oggetto dell'indagine: il modello europeo e la nuova idea di costituzione 1
2. Struttura e funzione dell'ordinamento comunitario 9
  - 2.1. *Segue*: il declino del criterio 'politico' di classificazione delle costituzioni. Il nuovo *imprinting* costituzionale: norme individuali e norme economiche 10
  - 2.2. L'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali. Ordinamento economico-ordinamento giuridico: due facce della stessa medaglia. Il concetto 'sociologico' di ordinamento giuridico 16
3. Il passaggio da un'idea 'normativa' a un'idea 'ordinamentale' di costituzione. La rinnovata fortuna scientifica dell'"istituzionalismo" come chiave di lettura della costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo 25
  - 3.1. La costituzione 'mista': la forma perfetta della costituzione 'ordinamentale' europea multilivello 49
4. La qualità "costituente" dell'ordinamento europeo alla luce della teoria istituzionalistica di Santi Romano 60

## CAPITOLO II

### LA "CONSUMAZIONE" DEL COSTITUZIONALISMO NEL PARADIGMA DELLO STATO SOCIALE E DELLA SUA CRISI

1. Posizione del problema 77
2. La "reazione" delle costituzioni del secondo dopoguerra allo spontaneismo sociale 87
3. Il depauperamento dell'ipotesi «costruttivistica» dello Stato sociale e la

	<i>pag.</i>
“separazione” di questo dalle forme di democrazia politica e sociale della costituzione. Le tesi di Habermas e Schumpeter	102
3.1. La tesi di Habermas	103
3.2. Lo Stato sociale in trasformazione: l'intesa comunicativa ( <i>Einverständnis</i> ) e il ritorno dello “Stato di diritto”. Le pretese normative “spesse” dello Stato sociale e l'etica del discorso	111
3.3. Il modello politico-costituzionale schumpeteriano tra <i>logos</i> dell'economica e <i>self restraint</i> democratico	118
3.4. I punti di convergenza delle tesi di Habermas e Schumpeter nell'analisi della ‘crisi’ dello Stato sociale	129
4. Costituzioni democratiche e nuovo stadio dei rapporti di produzione: la riapertura dei termini della questione	131
4.1. Politica economica <i>versus</i> politica costituzionale: l'esperienza di Weimar, il declino dell'«Età dell'oro»	135
4.2. Il «posto» dei “fattori” costituzionali nella società poliarchica: l'intuizione «postdemocratica» di Robert Dahl	151

### CAPITOLO III

#### IL NUOVO POTERE COSTITUENTE DEL MERCATO. L'IDEOLOGIA DELLA «COSTITUZIONE ECONOMICA» EUROPEA E L'IPOSTATIZZAZIONE DELLA CONCORRENZA

1. L'irresistibile ascesa della “nuova costituzione economica europea”	155
2. La base teorica della “costituzione economica europea”: l'ordine giuridico del mercato nella Scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo	166
3. L'ordine della concorrenza e la democrazia del mercato: il modello alternativo alla democrazia costituzionale	175
4. Lo sfondo ideologico dell'Europa sociale: una possibile analisi del <i>soft law</i> comunitario	187
5. Lo snaturamento del ruolo sociale del potere pubblico: l'«economia sociale di mercato»	200

### CAPITOLO IV

#### PATTO DI STABILITÀ, ORDINAMENTI COMPOSITI E GLOBALIZZAZIONE

1. Il Patto di stabilità e crescita come prodotto consapevole di una «preferenza rivelata»	213
--	-----

	<i>pag.</i>
2. Dal limite «sociale» all'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Doppio movimento: reificazione procedurale della politica economica e deformalizzazione dei rapporti fra privati	221
3. La creazione da parte degli Stati del proprio <i>Super-Io</i> tecnico	226
4. Lo spostamento delle decisioni di bilancio verso le istituzioni amministrative europee. Storia (medievale) e comparazione (americana): i nuovi veicoli di legittimazione della <i>rule of law</i> comunitaria	230
5. La vittoria delle "procedure" nel mondo giuridico postmoderno	238
6. "Stato di diritto" <i>sì</i> , "Stato sociale" <i>no</i> : la crisi di identità dell'Europa	243
7. Il "nuovo" Patto di stabilità e crescita tra ri-legittimazione istituzionale europea e consenso nazionale	245
 <i>Bibliografia</i>	 261

## CAPITOLO I

# DALLA COSTITUZIONE 'NORMATIVA' ALL'IDEA 'ORDINAMENTALE' DI COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. Prima approssimazione dell'oggetto dell'indagine: il modello europeo e la nuova idea di costituzione. – 2. Struttura e funzione dell'ordinamento comunitario. – 2.1. *Segue*: il declino del criterio 'politico' di classificazione delle costituzioni. Il nuovo *imprinting* costituzionale: norme individuali e norme economiche. – 2.2. L'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali. Ordinamento economico-ordinamento giuridico: due facce della stessa medaglia. Il concetto 'sociologico' di ordinamento giuridico. – 3. Il passaggio da un'idea 'normativa' a un'idea 'ordinamentale' di costituzione. La rinnovata fortuna scientifica dell'"istituzionalismo" come chiave di lettura della costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo. – 3.1. La costituzione 'mista': la forma perfetta della costituzione 'ordinamentale' europea multilivello. – 4. La qualità "costituente" dell'ordinamento europeo alla luce della teoria istituzionalistica di Santi Romano.

### **1. Prima approssimazione dell'oggetto dell'indagine: il modello europeo e la nuova idea di costituzione**

La tesi che il presente lavoro intende discutere è che l'ordinamento comunitario non sia una forma istituzionale costruita attraverso un processo di 'naturale' mimesi o di trasmigrazione concettuale delle categorie del costituzionalismo novecentesco dal piano nazionale a quello sovranazionale, ma che esso incarni, piuttosto, un'idea di costituzione che, allo stato attuale, si pone in rapporto di evidente discontinuità – quando non di frattura vera e propria – con quelle categorie.

Un'idea di costituzione, quella comunitaria, paradigmatica di un nuovo modo di intendere il rapporto tra la normazione fondamentale e i fenomeni costitutivi dell'ordine sociale che essa ritiene di conformare<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>Ciò che sta mutando pare essere «l'idea di costituzione che risiede nella mente dei mem-

Il costituzionalismo dell'Unione europea, infatti, pare caratterizzarsi soprattutto per la «rottura dell'equilibrio moderno tra normatività ed effettività»; esso «introduce per la prima volta – quanto meno da secoli a questa parte, ma con ogni probabilità da sempre – un ordinamento giuridico che rompe l'equilibrio tra dimensione effettiva e dimensione di valore del diritto a favore della prima»<sup>2</sup>.

Come si è detto, la rottura di questo equilibrio sarebbe da ascrivere – secondo la tesi che qui si intende sostenere – al progressivo consolidarsi di un nuovo 'ordine del discorso' intorno al concetto di costituzione. Un 'ordine del discorso' la cui matrice – volendo usare una classificazione ricorrente nella teoria costituzionale – potrebbe definirsi neoistituzionalistica<sup>3</sup>.

In esso, la questione della legittimità della costituzione viene risolta abbandonando la contrapposizione tra “normatività” ed “effettività”, con l'argomento che sarebbe logicamente consentito transitare da un linguaggio descrittivo a uno prescrittivo, o, comunque, che sarebbe possibile far uso di un linguaggio “misto” (che partecipi, contemporaneamente, del descrittivo e del prescrittivo) nell'atto di rendere conto di una determinata struttura istituzionale, o insieme di norme, o regole<sup>4</sup>.

---

bri del gruppo politico, e in quella dello scienziato sociale che li osserva, che determina i diversi concetti di costituzione, perché oggetto di quest'idea è per l'appunto la rappresentazione del rapporto che intercorre tra quelle normative fondamentali e i fenomeni costitutivi dell'ordine sociale; ed è «proprio questo rapporto che può essere inteso in modo radicalmente diverso», M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 19.

<sup>2</sup> S. DELLAVALLE, *Un'effettività senza normatività? Note su alcune caratteristiche peculiari del costituzionalismo europeo*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Atti del Convegno tenutosi a Salerno, il 2-4 ottobre 2003, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 390 e 391.

<sup>3</sup> Si vedano i paragrafi 3 e 3.1. di questo Capitolo.

<sup>4</sup> Si tratta del tema, ricorrente nella scienza giuridica, della distinzione concettuale tra “essere” e “dover essere”, tra proposizioni descrittive e proposizioni prescrittive. Come è noto, è nell'empirismo logico humiano che si può rinvenire la prima formulazione compiuta della distinzione tra «questioni di fatto» e «relazioni di idee», per cui quando un giudizio sull'“è” descrive una «questione di fatto», da esso non se ne può derivare un giudizio sul “deve”. Tale principio viene teorizzato da D. HUME, *A Treatise of Human Nature* (1739-1740), tr. it. di A. Carlini-E. Lecaldano-E. Ristretta, *Trattato sulla natura umana*, in ID., *Opere filosofiche*, Roma-Bari, Laterza, 2004, vol. I, pp. 496-497, in un passo ove egli, con riguardo ai sistemi morali, non ci dice solo che non si può derivare un “deve” da un “è”, ma, più in generale, che non ci possono essere «questioni di fatto» relative al *giusto* e alla *virtù*. Egli osserva che «in ogni sistema morale in cui finora mi sono imbattuto» gli autori compiono un passaggio da proposizioni su Dio o sulla natura umana a giudizi morali: «al posto delle abituali copule *è* e *non è* incontro solo proposizioni che sono collegate solo con un *deve* o un *non deve*»; ebbene – continua Hume – dovrebbe essere fornita «una ragione per ciò che sembra del

Il sistema europeo di regole sul mercato comune è diventato, col tempo,

---

tutto inconcepibile ovvero che questa nuova relazione possa costituire una deduzione da altre relazioni da essa completamente differenti». Sul piano della teoria generale del diritto, tale osservazione è stata ripresa, nel Novecento, da H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), tr. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 1990, p. 27: «i giudizi di valore, con cui si afferma che un comportamento concreto è conforme ad una norma considerata oggettivamente valida e che in questo senso è buono, cioè conforme al valore, o che non è conforme a tale norma ed in questo senso è cattivo (malvagio), cioè contrario al valore, devono essere distinti dai giudizi di fatto, i quali senz'essere in relazione con una norma considerata oggettivamente valida, cioè, in ultima analisi, senza riferirsi ad una norma fondamentale precedentemente statuita, affermano che qualche cosa è ed il modo in cui essa è». È grazie a tale distinzione che è possibile richiamare l'attenzione sulla funzione intellettuale della «valutazione», «che può venir considerata come la conoscenza di valori o norme, in quanto sia espressa in proporzioni di “dover essere”. La conoscenza dei valori, da distinguersi dalla conoscenza della realtà, non concerne la spiegazione ma la giustificazione», H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. di S. Cotta-G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas, 2000, p. 427. D'altra parte è proprio distinguendo tra il “giudizio di *Sollen*” e il “giudizio di *Sein*” che si riesce a rendere conto dell'efficacia del diritto e, allo stesso tempo, della validità esclusiva di un sistema di norme (applicando il principio logico di contraddizione nella sfera della validità normativa): «I giudizi “A deve essere” ed “A non deve essere” (ad esempio, “devi dire la verità” e “non devi dire la verità”) sono altrettanto incompatibili fra loro quanto quelli “A è” ed “A non è”. Il principio di contraddizione è infatti altrettanto valido per la conoscenza nel campo della validità normativa quanto in quella della realtà empirica. L'unica ragione per cui ciò non viene ammesso come evidente è che l'“essere” ed il “dover essere” non sono sufficientemente distinti. Fra i due giudizi “A deve essere” ed “A non è” (ad esempio, “X deve dire la verità” ed “X mente in questo momento”) non vi è contraddizione logica. Entrambi sono possibili allo stesso tempo (X mente sebbene non debba mentire). Essi designano soltanto la situazione di conflitto effettivo fra ciò che è e ciò che deve essere, di conflitto, per così dire, teleologico ma non logico. Soltanto quando il contenuto A e non-A si verificano entrambi nella forma del “dover essere” o entrambi in quella dell'“essere”, essi si escludono logicamente fra loro», *Ibidem*, p. 415. Sul tema, nella dottrina italiana, si rinvia, almeno, a N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Giuffrè, 1976; ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, spec. p. 177 ss.; R. GUASTINI, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1980; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, spec. 21 ss. Va notata, peraltro, sul tema la diversa presa di posizione, ad esempio, di quel 'neoaristotelismo', riconducibile, in particolare, all'opera filosofica di A. MACINTYRE, *After Virtue. A Study in Moral Theory* (1981), tr. it. di P. Capriolo, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Milano, Feltrinelli, 1988, p. 78, secondo cui sarebbe possibile trarre conclusioni sul “dovere” a partire da premesse sull'“essere”, attraverso il recupero di «un concetto di *uomo* inteso come dotato di natura essenziale e di uno scopo o funzione essenziale». Viene, qui, ripreso lo schema teleologico alla base dell'*Etica Nicomachea* di Aristotele, ove il contrasto fondamentale è quello fra «l'uomo come è di fatto per motivi contingenti e l'uomo come *potrebbe essere* se realizzasse la sua natura essenziale. L'etica è quella scienza che deve mettere gli uomini in condizione di capire come effettuare il passaggio dal primo stato al secondo», *ibidem*, p. 71 (corsivo aggiunto).

il tipo riconoscibile, la «figura»<sup>5</sup>, di questo concetto ‘concreto’ ed ‘effettivo’ di costituzione. Lo è diventato attraverso una serie di schemi teorici, che, seppure si sono a volte sovrapposti, partendo da premesse diverse (si pensi all’istituzionalismo analitico anglosassone, all’ordoliberalismo, alle teorie dello spontaneismo normativo di origine hayekiana, oggi, in parte, confluite nelle c.d. teorie “orizzontali” del diritto), paiono avere un nucleo comune: l’idea che la descrizione (la presa d’atto dell’esistenza) di fatti c.d. “istituzionali” – ossia di fatti considerati distinti dalle mere regolarità ‘naturali’, perché logicamente dipendenti da regole “artificiali” (convenzioni), costituiti da esse e, grazie ad esse, disposti secondo un certo ordine – sia di per sé idonea e sufficiente a porre, come implicite, delle *prescrizioni*. Prescrizioni che, poi, potranno avere rango regolamentare, legislativo o costituzionale a seconda del contesto giuridico-normativo in cui quei “fatti” verranno inseriti (ad opera di un’ autorità politica o giurisdizionale).

Secondo questa impostazione, in altre parole, sarebbe possibile far derivare dal giudizio sul *fatto* che l’uso di determinate regole sviluppi certi tipi di comportamento la conseguenza che quei comportamenti, ottenuti seguendo quelle regole (“vivendo”, cioè, quel “fatto istituzionale”), siano ritenuti *funzionalmente equivalenti* al *dovere* di obbedire a quel sistema di regole, senza che ci sia bisogno di alcun giudizio ulteriore sulla loro doverosità, o – usando un altro linguaggio – di alcuna rappresentazione o internalizzazione di quelle regole. Si tratta di un ragionamento attraverso il quale un discorso di tipo ‘descrittivo’, utile a conoscere il modo in cui determinate regole vengono usate e accettate all’interno di un certo sistema politico e sociale, tende a trasformarsi, impropriamente, in un discorso ‘prescrittivo’, iterativo di una sorta di accettazione automatica e irriflessa di determinate norme. Altro, infatti, è sostenere che un “mercato”, in quanto fatto istituzionale, per funzionare, abbia bisogno di una determinata struttura regolativa, altro è dedurre dalle esigenze implicite di quel “mercato”, dalle regole sul suo funzionamento, l’intenzionalità collettiva che giustifichi, sul piano del “dover essere”, l’adesione “interna” a quel sistema di regole, come parte

---

<sup>5</sup> Secondo E. DI ROBILANT, *Realtà e figure nella scienza giuridica*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983, p. 57 ss., la rappresentazione della realtà giuridica attraverso le teorie avviene a mezzo di schemi nomici, di *figure*, sulla cui costruzione incide un duplice passaggio: «la scelta degli elementi della realtà a cui si intende attribuire rilevanza nella figura, e la scelta dello schematismo con cui si cerca di rappresentarli (si pensi, per esempio, alla scelta dell’elemento costituito dal potere, o di quello costituito dal dovere, ai fini della costruzione della figura del diritto, o a quella del comando o del giudizio ipotetico, per quanto concerne la scelta dello schematismo)», p. 72.

di un più ampio patto sociale. Questo, almeno, dal punto di vista di una concezione 'normativa' e non 'istituzionale' della costituzione.

D'altra parte, il ruolo preminente assegnato – in questo nuovo 'ordine del discorso' sulla costituzione – alle regole c.d. "costitutive", regole che dovrebbero, allo stesso tempo, dare vita (a) e disciplinare (i) "fatti istituzionali", porta a confondere la descrizione di un certo uso effettivo di regole di comportamento con l'illustrazione della appropriatezza delle abilità, delle competenze, delle abitudini derivanti da quell'uso, a rendere conto del *perché* si possono *volere* quelle regole, all'interno di una più ampia prassi sociale di riconoscimento.

Tali regole, in realtà, appaiono caratterizzate da una struttura paradossale. Almeno in un duplice senso. Da un lato, stante la funzione costitutivamente descrittiva loro assegnata, nel momento in cui se ne fa derivare un uso prescrittivo, quelle stesse regole risultano inviolabili: visto che il fatto concreto corrisponde, qui, sempre alla norma che, logicamente, lo costituisce, esse non possono ammettere alcun comportamento difforme dalla norma stessa, per cui l'ordinamento che dovesse ricomprenderle, definito "normativo" in quanto improntato a un autonomo "dover essere", perderebbe, in questo caso, ogni significato (il comportamento doveroso degli individui sarebbe, infatti, sempre uguale a ciò che essi effettivamente fanno)<sup>6</sup>. Dall'altro lato, quelle stesse regole finiscono per essere mere tautologie, non possono, cioè, non essere ritenute sempre 'vere', in quanto sempre conformi a se stesse: godono, in altre parole, dello *status* di verità analitiche, in quanto qualsiasi tentativo di descrivere un certo fatto "istituzionale" rende *teoreticamente necessitato* il loro contenuto (già 'doveroso') e, quindi, la loro preventiva accettazione. Trattandosi, infatti, di regole descrittive e prescrittive insieme, l'"accordo" con la realtà sarà, per così dire, sempre perfetto; non si potrà verificare alcuna tensione tra "essere" e "dover essere" e di quelle regole non potrà in alcun modo dirsi che siano più o meno 'efficaci', ma, piuttosto, sempre – e immancabilmente – 'vere'.

Di qui, alcune importanti conseguenze sulle modalità di riconoscimento di tali regole.

Si può ritenere, che questo nuovo 'ordine del discorso' sulla costituzione, per ciò che attiene al punto di vista «interno» del diritto, vale a dire al-

---

<sup>6</sup>Deve essere sempre possibile, scrive H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. di S. Cotta-G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas, 2000, p. 122, «un certo antagonismo fra l'ordinamento normativo e l'effettivo comportamento umano, a cui si riferiscono le norme di quell'ordinamento. Senza una tale possibilità, un ordinamento normativo sarebbe completamente privo di significato».

l'angolo di osservazione di chi accetta un dato complesso di norme e sulla base di esso compie valutazioni sul proprio e sull'altrui comportamento, presupponga un nuovo modo del sistema sociale e del sistema politico di entrare in relazione con le istituzioni.

Più precisamente: presuppone la possibilità che gli individui e le persone giuridiche, che compongono il sistema sociale e il sistema politico, accettino le istituzioni, prestino ad esse il loro consenso e, dunque, garantiscano la loro esistenza continuata, in ragione di un *modello 'intrinsecamente' normativo di causazione costituzionale*. "Intrinsecamente normativo" vuol dire *ontologicamente* tale; vuol dire riferirsi a un sistema di regole (costituzionali) già accettato in ragione della sua esistenza e fattualità (o fatticità) istituzionale, indipendentemente da quel passaggio – pratico e teorico insieme – che, rawlsianamente, possiamo definire di «equilibrio riflessivo», di selezione, cioè, di «giudizi meditati» su un determinato assetto costituzionale<sup>7</sup>; vuol dire sostituire – ai fini della legittimazione di una costituzione – al concetto di «società bene ordinata», di società, cioè, «regolata efficacemente da una concezione politica pubblica» in ordine ad alcuni principi fondamentali di giustizia, in cui il cittadino «sa» e «conosce» le ragioni per le quali gli altri accettano le stesse norme<sup>8</sup>, il concetto di «insieme ben ordinato di regole», capace di produrre automaticamente consenso, per il solo fatto di dare un ordi-

---

<sup>7</sup>J. RAWLS, *A Theory of Justice* (1971), tr. it. di U. Santini, a cura di S. Maffettone, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 7<sup>a</sup> ed., 1999, pp. 35, 56, 58. Come si tenterà di mostrare nel capitolo successivo, ciò che il nuovo 'ordine di discorso' sulla c.d. costituzione europea sembra voler superare è proprio l'idea costruttivistica di un equilibrio costituzionale inteso come «risultato di accordi liberamente stabiliti tra coloro che partecipano allo scambio» volontario riguardo a determinate concezioni del bene sociale, p. 112. Sulla nozione di «equilibrio riflessivo», Rawls è ritornato, puntualizzandola, in ID., *Justice as Fairness. A Restatement* (2001), tr. it. di G. Rigamonti, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 30, 36, 75, 81, 150-152.

<sup>8</sup>J. RAWLS, *Political Liberalism* (1993), tr. it. di G. Rigamonti, *Liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, pp. 46-47. «Dicendo che una società è bene ordinata», continua l'Autore, «si intendono tre cose. Primo: che (come implica l'idea di concezione della giustizia pubblicamente riconosciuta) è una società nella quale ognuno accetta, e sa che tutti gli altri accettano esattamente gli stessi principi di giustizia. Secondo: che (come implica l'idea di regolazione efficace da parte di una tale concezione) l'opinione pubblica sa, o ha buone ragioni di credere, che la sua struttura di base – cioè le sue principali istituzioni politiche e sociali e il modo in cui esse si articolano l'una con l'altra formando un sistema di cooperazione unitario – soddisfa questi principi. Terzo: che i suoi cittadini hanno un senso efficace della giustizia normalmente sviluppato, per cui obbediscono in genere alle istituzioni di base della società, che considerano giuste. In una società di questo genere la concezione della giustizia pubblicamente riconosciuta determina un punto di vista collettivo dal quale è possibile formulare giudizi sulle rivendicazioni dei cittadini nei confronti della società stessa».

ne particolare a certi 'eventi' o 'fenomeni' sociali: semplicemente perché ove esiste (ove è garantita l'esistenza continuata di) un sistema di regole (e, dunque, del fatto "istituzionale" da esse creato), è possibile desumere l'accettazione collettiva di quel sistema di regole quasi esclusivamente sulla base del loro 'uso' (e, dunque, "vivendo" quel fatto istituzionale). In questa impostazione, la componente 'normativa' viene, per così dire, creata socialmente, all'interno della struttura istituzionale. E ciò si spiega con il fatto che la struttura istituzionale è una struttura di regole, ove le regole effettive, specificate nel descrivere l'istituzione, determinano quegli aspetti in base al quale il sistema è "normativo".

Si comprende, allora, come, in tale impostazione, possa venir meno la distinzione tra "essere" e "dover essere" e diventi assai complicato «comprendere il senso specifico in cui il diritto si dirige verso la realtà e vi si appoggia»<sup>9</sup>.

Ci si trova, in altre parole, di fronte ad una concezione della costituzione, che guarda alla costituzione come a un "fatto", il quale trae la propria perenne e mutevole "normatività" (nel senso indistinto e paradossale sopra precisato) dal «contesto» politico, sociale ed economico che, continuamente, gli dà forma.

Corollario di questa impostazione è, a sua volta, il particolare assetto socio-politico che ne consegue. In questa idea di costituzione, infatti, ciò che è stato chiamato l'«equilibrio riflessivo», ossia la stratificazione di giudizi meditati su ciò che può essere considerato il miglior assetto costituzionale possibile, viene, per così dire, recuperato solo all'interno di alcuni ristretti nuclei direzionali della società, in particolare: i giudici, i pubblici funzionari (amministratori e politici) e i soggetti economicamente più forti. Entro di essi, la conoscenza ponderata del diritto diventa l'elemento essenziale nella lotta, fra *élites*, per la direzione della società.

Questa idea di costituzione, come è ovvio, non nasce dal nulla. Ha molte cause e non è un semplice manufatto teorico. È anche la risultante di un modo storico di intendere l'attuale contesto politico, sociale ed economico, frutto di fratture sociali e di conflitti fra gruppi politici ed economici organizzati (sulla base di diverse costellazioni materiali e ideali di interessi), all'interno di strutture di potere e di contropotere, tanto o poco istituzionalizzate, a seconda del particolare spazio giuridico in cui esistono e si evolvono. Si tenterà di far emergere parte di questo contesto nei capitoli successivi.

---

<sup>9</sup>H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 122.

Ciò che interessa, in queste pagine iniziali, è cercare di comprendere quali siano le condizioni teoriche che devono essere soddisfatte perché questa idea di costituzione possa venire presentata come legittima, in perfetta – anche se solo apparente – continuità con un'idea normativa' di costituzione, quale è quella che sembrava 'dominante' subito dopo la seconda guerra mondiale<sup>10</sup>. Quali siano i meccanismi di legittimazione di cui questo tipo di "costituzione europea" ha bisogno per costruire un consenso sociale sul fondamento della sua obbligatorietà. Quale ruolo assuma la regolazione giuridico-costituzionale quando, cancellando la differenza, l'antagonismo tra "normatività" ed "effettività", la si fa dipendere dalle caratteristiche 'intrinseche' delle norme, equivalenti ai rapporti concreti (nel caso dell'ordinamento comunitario, in particolare, i rapporti economici) che formano il loro contesto.

Sarà, perciò, principalmente, un discorso sulle caratteristiche teoriche portanti di questa che appare come una vera e propria nuova 'dottrina della costituzione': un sistema di credenze che si è cercato di organizzare attorno

---

<sup>10</sup>Una costituzione 'normativa', quella delineata dal costituzionalismo postbellico, dotata di un proprio contenuto assiologico necessario. Un'idea, in tal senso, democratica, sociale e pluralistica di costituzione. Parlando dei caratteri sostanziali delle moderne democrazie, G. AZZARITI, *Concezioni della democrazia e opinione pubblica: la Corte Costituzionale tra conflitti plurali e unità culturale*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del seminario di Otranto-Lecce, svoltosi il 4-5 giugno 2004, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 891-892, ha sottolineato come «se si vuole "conservare" il pluralismo, diventa essenziale definire una teoria dell'agire (...) che sia legata ai processi storici ed alla capacità di valutazione critica di questi stessi processi. (...) L'ossigeno necessario per far sopravvivere le democrazie può essere fornito dall'apertura della dialettica sociale e politica. In assenza di questo presupposto vitale le democrazie *pluraliste* muoiono o degenerano. (...) Le costituzioni del secondo dopoguerra (ma anche alcune precedenti) hanno storicamente assolto il compito di definire e poi garantire quest'unità plurale, non a caso chiamata "unità costituzionale". È questa la tradizionale funzione d'integrazione dei testi costituzionali, ma che negli Stati a democrazia pluralista assume uno specifico connotato ed un ruolo ancor più fondamentale che non in passato. Non è infatti in base ad un principio d'autorità che può imporsi l'ordine "costituzionale", bensì in base ai principi espressi nell'evoluzione storica e politica di un popolo e relativi al suo specifico stadio di civiltà. È proprio questa condizione materiale che impone di non astrarre i principi costituzionali per renderli "buoni a tutto". (...) Così, a mo' d'esempio, mentre può risultare ambigua e produttrice di divisione, anziché d'integrazione, l'uso della indeterminata – sebbene tante volte invocata, nei più diversi e controversi contesti – "dignità umana", diverso è il senso e il valore di quella "dignità sociale" che si pone a base, nel nostro ordinamento costituzionale, del principio di eguaglianza; in fondo anche la "giustizia" appare espressione generica ed ambiguamente strumentale (...), certamente diverso il principio di giustizia, quando esso assume i connotati della specifica "giustizia sociale", così come concretamente definita nell'ambito del nostro sistema costituzionale».

al diritto comunitario per giustificarne la validità in termini di disciplina sociale generalmente riconosciuta e osservata<sup>11</sup>.

## 2. Struttura e funzione dell'ordinamento comunitario

Il modo di descrivere la struttura dell'ordine giuridico comunitario, nella letteratura che se ne è occupata per le finalità di indagine più diverse, si distingue per alcuni tratti denotativi più o meno costanti.

Si è spesso ribadito che l'ordinamento comunitario possiede, come sua caratteristica primaria, quella di essere, innanzitutto, un ordinamento efficiente, orientato all'*output*<sup>12</sup>, in virtù di un regime di mercato «costituito come macchina»<sup>13</sup>. Un ordinamento, in questo senso, capace di «dare concretezza a determinate aspettative di comportamento» e, nello stesso tempo, di «pretendere realmente comportamenti corrispondenti alle norme»<sup>14</sup>. Insomma, un ordinamento «iperpositivo»<sup>15</sup> o – per usare un'espressione weberiana che verrà ripresa in seguito – dotato di un elevato grado di «validità empirica»<sup>16</sup>, che ha visto l'attribuzione del carattere 'forte' dell'effettività all'"economico"<sup>17</sup>.

---

<sup>11</sup> Sulla storia del diritto come «discorso legittimante» del diritto statuito si rinvia alle pagine di A.M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia* (1997), tr. it. di A. Mazzacane, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, il Mulino, 2003, soprattutto pp. 11-65.

<sup>12</sup> Secondo la ben nota ricostruzione di F.W. SCHARPF, *The Problem solving capacity of Multi-Level Governance* (1997), tr. it. di D. Giannetti, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 1999, spec. p. 17 ss.

<sup>13</sup> G. GUARINO, *Eurosistema e riforme costituzionali in Italia*, in *Iustitia*, n. 4, 2005, p. 408.

<sup>14</sup> S. DELLAVALLE, *Un'effettività senza normatività?*, cit., pp. 390 e 391.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 391.

<sup>16</sup> Così M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it. di P. Chiodi-G. Giordano, *Economia e società*, vol. II, *Economia e tipi di comunità*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, p. 7, nell'analisi delle pre-condizioni di effettività dei "principi giuridici".

<sup>17</sup> Scrive G. GUARINO, *Eurosistema e riforme costituzionali in Italia*, cit., pp. 407-408: «La Costituzione italiana definisce gli obiettivi di benessere che vanno conseguiti nell'interesse della collettività e dei cittadini. Li ha fissati con i principi fondamentali e disciplinando i rapporti civili e quelli etico-sociali. Il compito di realizzare gli obiettivi è attribuito al sistema dei poteri, quali definiti nella parte seconda della Costituzione. I poteri sono stati concepiti e distribuiti in funzione dell'obiettivo di benessere che gli organi costituzionali e di governo sono tenuti a

Il punto, perciò, è chiarire come sia stato possibile che un certo ordinamento abbia finito per essere *dichiarato* costituzionalmente “normativo” senza che ci fossero norme che regolassero la creazione di norme giuridiche generali.

In ciò, appare determinante la “forza” assunta dalle leggi descrittive dell’economia, a causa del loro duplice atteggiarsi in senso “normativo”: come regno dell’effettività di interessi particolari in grado di imprimere una direzione al diritto; come ordinato insieme di istituzioni capaci di autofondarsi, e, perciò, ritenuto in grado di prescrivere anche comportamenti di portata generale.

Si può ragionevolmente presumere che questo intreccio tra le caratteristiche strutturali dell’ordinamento comunitario e una sua possibile funzione promozionale (di indirizzo, cioè, verso fini generali) sia stato determinato da una contestuale svalutazione delle concezioni politico-giuridiche della costituzione (e, quindi, del connesso problema della *conformazione* delle istituzioni) in favore di una rinnovata fiducia nella funzione “tecnica” del diritto, nella sua capacità, cioè, di far da schema ordinante alla datità di alcuni fatti istituzionali, che hanno assunto importanza sociale generale, per il fatto di essere descritti come stati di cose necessari e immanenti all’interno di una certa periodizzazione storica.

### **2.1. Segue: il declino del criterio ‘politico’ di classificazione delle costituzioni. Il nuovo *imprinting* costituzionale: norme individuali e norme economiche**

È stato scritto che le costituzioni del Novecento sono (sono state?) costituzioni «politiche», ossia costituzioni in grado di indirizzare «i mutamenti e le trasformazioni della società», costituzioni che, se sul piano delle garanzie, si opponevano alla ‘politica’ – intesa come micropolitica del gruppo temporaneamente dominante – sul piano dell’indirizzo, invece, «si congiungevano alla politica», nel senso che pretendevano di «produrre una certa politica, la politica costituzionale»<sup>18</sup>. Il momento instaurativo e quello attuativo delle

---

perseguire. *I Trattati comunitari hanno introdotto una modificazione radicale*. Le finalità di benessere permangono sostanzialmente immutate ma lo strumento per realizzarle non è più il sistema di governo con i suoi poteri. È fatto consistere nel regime di mercato, regolato *ad hoc* con apposite norme tra le quali rilevanti sono quelle che sottraggono il mercato ad ogni influenza od interferenza degli Stati membri e della stessa Comunità» (corsivo aggiunto).

<sup>18</sup>M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, t. II, rispettivamente pp. 884 e 882.

costituzioni mantenevano, entrambi, una connotazione democratica nel senso pieno e sociale del termine: il Novecento, in questo senso, è stato «il secolo dell'*incontro* tra politica e costituzione, tra democrazia e costituzione (...) la costituzione esisteva perché era democraticamente voluta e sostenuta, e la democrazia esisteva perché la costituzione era attuata»<sup>19</sup>. Tale «politicità» aveva, poi, una funzione precisa nella vita concreta delle costituzioni democratiche: «quella di *sovradeterminare* il peso ed il ruolo della componente politico-rappresentativa, ed in particolare del parlamento quale luogo in cui viene ad esistenza, grazie al ruolo decisivo dei partiti, la volontà del popolo sovrano»; qui, il parlamento «è composto in modo da potersi dire 'specchio del paese' non per caso, né solo in funzione di garanzia delle minoranze, ma per un motivo molto più profondo: perché sia in grado di discutere e di deliberare leggi che si pongano sul piano della *grande politica*, dell'indirizzo fondamentale o costituzionale, della attuazione della costituzione e delle sue grandi norme di principio»<sup>20</sup>.

Il declino di questa idea di costituzione sembra, oggi, un dato acquisito: «l'incontro novecentesco tra politica e costituzione è divenuto sempre più problematico, tanto da produrre in modo del tutto visibile, proprio sotto i nostri occhi, una politica sempre meno dotata di finalità costituzionali, e per converso una costituzione sempre più emancipata dalla politica»<sup>21</sup>.

La costituzione 'politica' trova il suo opposto nelle «politiche, al plurale, degli interessi e delle maggioranze», nel «mero scambio di utilità», nella «semplice mediazione di interessi», «nel confronto immediato tra maggioranza e opposizione», in una parola, nell'idea, «tradizionale nella storia del costituzionalismo, della costituzione come norma suprema, fondamentale diretta alla riduzione dell'arbitrio politico»<sup>22</sup>.

Il ritorno di questa idea 'antica' di costituzionalismo<sup>23</sup>, inteso, essenzialmente, come «governo limitato», coincide, in questo particolare momento

---

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 883.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 880.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 884.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 881, 882 e 884.

<sup>23</sup> Cfr. C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it. di V. de Caprariis, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 44, per il quale «il più antico, il più persistente e più duraturo dei caratteri essenziali del vero costituzionalismo resta ancora quello che era all'inizio, la limitazione del governo mercè il diritto. I "limiti costituzionali" se sono la parte più importante della nostra dottrina costituzionale, sono certamente la più antica».

storico<sup>24</sup>, con il problema – per usare le parole di Hayek – «di quale assetto costituzionale, in senso giuridico, potrebbe dimostrarsi più efficiente nel preservare la libertà individuale». Coincide, cioè, con il recupero di una nozione «evoluzionistica» di diritto (tipica, peraltro, della tradizione di *common law*), concepito quale insieme di regole «che prescindono da uno scopo, che governano la reciproca condotta degli individui, che sono intese applicarsi ad un numero ignoto di casi possibili, e che, definendo per ciascuno un dominio riservato, rendono possibile il formarsi d'un ordine delle azioni entro cui gli individui possono concepire dei piani realizzabili»<sup>25</sup>.

Si tratta di un'impostazione teorica che va di pari passo con una certa periodizzazione storica – abbastanza diffusa in alcune ricostruzioni costituzionalistiche degli ultimi anni –, volta a dimostrare come l'evoluzione istituzionale europea, dopo il crollo dei sistemi di governo di “socialismo reale”, si sia, in sostanza, compiuta indipendentemente da una possibile reiterazione di quei dispositivi normativi ideati per realizzare l'uguaglianza economica e sociale attraverso forme “consociative”, armistiziali, pattizie, di organizzazione collettiva (diventa inutile un accordo politico generale al fine di pacificare il conflitto sociale se esso non si radica più nella società, ma si riproduce, in modo privilegiato, nella dimensione della contrapposizione vertica-

---

<sup>24</sup> Di ciò si cercherà di dare conto dettagliato nei capitoli successivi.

<sup>25</sup> F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty* (1982), tr. it. di P.G. Monateri, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, il Saggiatore, 1994, rispettivamente pp. 8 e 111. Per quanto Hayek fosse un economista, il suo corposo saggio si presenta, fin dalle prime battute, come una ricerca sulla migliore forma di governo possibile della società, un trattato, sui generis, di diritto costituzionale, in cui il rapporto tra potere pubblico ed economia viene letto alla luce di una particolare teoria del ruolo dello Stato nel sistema autoordinantesi (spontaneo) degli scambi. Una teoria che sarà tutt'uno con le tesi degli ordoliberalisti (sull'influenza reciproca tra Hayek e l'ordoliberalismo, cfr. U. TERNOWETZ (a cura di), *Friedrich A. von Hayek e la scuola austriaca di Economi*, Atti della giornata di studio all'Università degli studi Milano-Bicocca, 11 aprile 2002, Milano, Rubettino, 2003) e che rappresenterà – come si cercherà di mostrare – la base ideologica principale sulla quale si è voluto legittimare l'ordinamento giuridico comunitario. Non è un caso che l'incipit dell'opera riguardi proprio l'idea di costituzione: «Quando Montesquieu e i padri della costituzione americana formularono esplicitamente l'idea di una costituzione come insieme di limiti all'esercizio del potere, in base ad una concezione che si era spontaneamente sviluppata in Inghilterra, fondarono un modello che, da allora in poi, il costituzionalismo liberale ha sempre seguito. Il loro scopo principale era di provvedere delle garanzie istituzionali per la libertà individuale, e lo strumento in cui riposero la loro fiducia fu quello della separazione dei poteri. Nella forma in cui la conosciamo, tale divisione tra il potere legislativo, giudiziario ed esecutivo, non ha raggiunto gli scopi per cui era stata progettata. Dovunque, per via di mezzi costituzionali, i governi hanno ottenuto poteri che quei pensatori non intendevano affidar loro. Il primo tentativo di assicurare la libertà individuale per mezzo di forme costituzionali è evidentemente fallito», p. 5.

le autorità-libertà), in virtù della convinzione (sostenuta dagli eventi storici che andavano maturando) che l'ordine sociale potesse scaturire da una corretta (astratta – in senso hayekiano) gestione del sistema degli scambi.

Si innescato, così, una sorta di corto-circuito intellettuale volto a sostenere una continuità ininterrotta tra le trasformazioni dell'economia e la realizzazione della democrazia e del benessere sociale. Si è scritto, in questo senso, che «nel suo scorcio finale il secolo ha fornito un responso che appare al momento senza possibili repliche: hanno vinto le economie di mercato, hanno perso le economie pianificate e insieme ad esse hanno perso l'economia mista, l'impresa pubblica, il protezionismo, l'intervento assistenziale, la direzione pubblica discrezionale anche di singoli settori economici. L'economia di mercato, certo, è tutto fuorché assenza di leggi, ma l'ordine legale che le è coesistente è fatto di regole arbitrali e non intrusive, di limiti all'azione privata e non di fini imposti *ab externo*, di antitrust e non di pianificazione. E se si guarda *retrospettivamente ai decenni che abbiamo alle spalle è facile leggere in essi un'accidentata ma inarrestabile marcia verso questo esito, una marcia segnata dall'internazionalizzazione degli scambi e quindi dei mercati, dalla libertà di movimento prima dei capitali e poi delle merci che corrode confini e barriere legali, dalla concorrenza fra imprese che sempre più si rivela capace di creare e diffondere efficienza e benessere al di là di qualunque direzione od intervento di autorità od apparati pubblici*. In quest'ottica, perciò, lungimirante appare chi riuscì ad antivedere e a promuovere questa evoluzione e che ha quindi assegnato all'intervento pubblico il compito su cui gli economisti hanno finito per porre intelligentemente l'accento, scoprendo anzi nella fedeltà ad esso la ragione principale del successo delle economie di successo: rimuovere o neutralizzare i costi di transazione che non sono fronteggiabili attraverso transazioni e scambi privati»<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup>G. AMATO, *Diritto dell'economia*, in AA.VV., *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto, Atti dell'incontro di studio*, Firenze, 26-28 settembre 1996, Milano Giuffrè, 1997, pp. 153-154 (ultimi due corsivi aggiunti). Nel suo intervento l'A., sottolineando la "limitatezza" degli orizzonti del nostro diritto dell'economia, che non avrebbe tenuto conto dei "costi di transazione" e «degli istituti giuridici più adatti per ridurre il peso», finisce per ammettere che «se scherzosamente negli Stati Uniti» «gli studi di diritto (in primo luogo dell'economia) si dividono in b.C. e a.C., dove b.C. e a.C. vogliono dire non "before Christ" e "after Christ", ma "before Coase" e "after Coase", gli anni italiani vanno contrassegnati, forse ancora oggi, con il b.C.». Ma la stessa *Law and Economics*, di recente, ha fatto autocritica: «Come ha ammesso il suo rappresentante più noto e più oltranzista», scrive G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003, pp. 64-65, richiamando uno degli ultimi scritti di RICHARD POSNER (*Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, Mass.-London, 2001), «il principale risultato della *Law and Economics* è stato il nuovo orientamento del diritto americano, che è passato a sostenere incondiziona-

Non si può non rinvenire in queste parole l'anticipazione di quella visione della storia che sembra aver inciso, almeno fino ad oggi, sulla costruzione politica dell'Unione europea. L'idea ricorrente di "mercato unico" dello spazio europeo ha rappresentato queste istanze, attraverso l'enfaticizzazione delle quattro libertà economiche (libera circolazione di merci, lavoratori, servizi e capitali)<sup>27</sup> e la tendenza a spoliticizzare il dibattito sui modi di unificazione di un continente, che come la storia ha, a più riprese, dimostrato, non riesce a sopportare a lungo la rimozione forzata dei conflitti.

La «periodizzazione» appena richiamata ha, infatti, un punto fermo. Dopo «il definitivo collasso delle economie pianificate, la crisi fiscale del *Welfare*, i fenomeni degenerativi delle imprese pubbliche, la crescita dell'antagonismo competitivo tra sistemi economici nazionali a fronte dei processi di

---

tamente il libero mercato garantendogli rispettabilità, e ispirando una radicale deregolamentazione, senza peraltro mai affrontare la crisi interna del sistema, né sviluppare gli anticorpi necessari a scongiurarne l'implosione. In sostanza, l'analisi economica del diritto valuta le norme giuridiche in termini di costi e benefici, quindi in base alla loro capacità di contribuire o meno a migliorare l'efficienza del sistema. Si tratta di un criterio interpretativo in apparenza molto sofisticato, ma in realtà incredibilmente rozzo. Per fare solo un esempio, la sua ipotesi di partenza vuole che le norme siano concepite come allocazione di risorse scarse. Ma la *cyber-law* ha dimostrato che le risorse possono essere illimitate, e che può essere la stessa rete a creare e valutare le norme, in un sistema a sua volta autopoietico in contrapposizione con qualsiasi criterio di analisi economica del diritto». Come osserva F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino Giappichelli, 2003, pp. 21-22, «l'aspetto meno tranquillizzante» dell'analisi economica del diritto «è che essa parte da un presupposto logico non agevolmente accettabile: vale a dire che il diritto, l'ordinamento giuridico espresso da un Paese (...) possa costituire una "variabile" (appunto la variabile giuridica) del "successo economico" del Paese in questione. E si tratterebbe, peraltro, di una variabile assai pesante, calcolata addirittura in due terzi dei fattori di tale "successo". Ecco perché agenzie internazionali di *rating* hanno preso ad assegnare voti o punteggi ai sistemi economici degli Stati ed, in definitiva, agli Stati stessi, assumendo tra i parametri di valutazione anche il sistema giuridico in essi vigente. Ecco anche perché osservatori specializzati, come in Italia il *Centro Einaudi*, partner dal 1997 dell'*Economic Freedom Network*, ideato da economisti come Milton Friedman, abbiano preso a redigere indici annuali del grado di libertà economica di cui godono, nei diversi Stati, gli operatori economici, analizzando e valutando le legislazioni di questi Stati. L'*analisi economica del diritto* è dunque un potente fattore culturale, attraverso il quale in Europa ed in altre parti del mondo contemporaneo si è realizzato quel processo che intellettuali francesi hanno definito "*l'americanizzazione del diritto attraverso la finanza*". Essa è dunque penetrata fortemente anche nella cultura giuridica europea (specie in Germania, in materia di *regulation*, *competition* e di *German Ordnungspolitik*, nonché in Svezia), nonostante le numerose diffidenze che l'hanno circondata. E perfino le costituzioni e le politiche costituzionali di questi Stati finiscono per essere ormai oggetto di *economic analysis*».

<sup>27</sup> Cfr. sul punto l'analisi, compiuta attraverso l'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee, di M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995.

unificazione dei mercati sia a livello europeo che internazionale», il principio di «un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza», sancito a Maastricht (e codificato nel Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa), attesta «l'idoneità» (e dunque la legittimazione) delle libertà economiche «a dar vita ad un sistema oggettivo (il “mercato”, appunto) capace di esprimere, in virtù dei suoi meccanismi interni di autoregolazione, il massimo realizzabile di efficienza economica e di crescita del tenore di vita collettivo. In una prospettiva siffatta, le libertà economiche non debbono più rivendicare labili spazi di autonomia e di sopravvivenza, magari facendo compassionevole appello al rispetto della personalità umana piuttosto che alla loro specifica ed insuperata razionalità nel campo della produzione e della distribuzione delle risorse. Ora, il mercato, e le libertà economiche che vi abitano, possono persino tornare a chiedere che la sovranità delle istituzioni pubbliche si arresti davanti a loro, accettando di conformare le politiche industriali alle esigenze di sviluppo del sistema di mercato e di rafforzamento delle capacità competitive delle imprese»<sup>28</sup>.

Il benessere collettivo, affidato ai meccanismi del “mercato”, *retrospettivamente* considerato come l'unico esito possibile del cammino della storia delle libertà, presuppone la convinzione che da un certo momento in poi (momento che non è difficile individuare nel crollo del Muro di Berlino e nel processo di «surdeterminazione internazionale»<sup>29</sup> ad esso seguito), le contraddizioni sociali ed economiche siano definitivamente scomparse o, semmai, interpretabili come mere disfunzioni – correggibili attraverso virtuosi aggiustamenti “giuridici” (a ciò serve l'ordine legale coesistente all'ordine economico), di “tecnica” giuridica – di un modo di produzione che sarebbe l'espressione risolta di un modello *inconfutabile* di società.

Ciò che è determinante, in questa impostazione, non è tanto l'evidente apoteosi del mercato, quanto l'ipotesi che i rapporti di forza della società non siano più concentrati a livello politico, ma a livello economico. E, se

---

<sup>28</sup> R. NANIA, *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 78-79.

<sup>29</sup> L'espressione è di G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 676, che l'ha coniata per indicare «l'insieme dei vincoli che derivano, nei confronti dei singoli stati, dalla egemonia statunitense che è politico-economica e militare e che si dispiega ormai senza più limiti, condizionamenti, remore, motivazioni difensive o prudenze e contenimenti tattici o strategici. Una egemonia che ha profondamente trasformato il modello giuspolitico interstatale che per secoli avevamo implicitamente considerato come il presupposto delle nostre riflessioni sullo stato nelle sue dinamiche evolutive interne ed esterne».

questo è vero, pare altrettanto indiscutibile che il mercato, ossia il sistema economico degli scambi, sia in grado di *autogarantirsi*.

Riconoscere che la «forza sociale»<sup>30</sup>, in un dato momento storico, si concentra nell'organizzazione economica anziché in quella politica, equivale a trasferire il «dover essere» del mercato e, quindi, – secondo questa visione – della «società» complessivamente e unitariamente considerata, dall'ambito giuridico-costituzionale a quello giuridico-ordinamentale, dalla costituzione all'ordine giuridico del mercato.

Si tratta di un passaggio particolarmente delicato, poiché con esso si sottolinea la *fisiologicità* di una certa tipologia di allocazione dei fattori produttivi, attraverso l'idea che le finalità di benessere della collettività e dei cittadini siano totalmente indipendenti dallo strumento di governo di quei fattori.

In quest'ottica la considerazione neutrale del mercato in termini di «ambiente giuridico», nel quale interagiscono indeterminati «poteri negoziali», dal cui impiego dipende l'organizzazione della produzione, la distribuzione dei beni e l'erogazione dei servizi, è condizione sufficiente per considerare meramente *strumentale* la sostituzione del sistema costituzionale interno con il «funzionamento della macchina creata dal sistema euro sotto forma di regime di mercato»<sup>31</sup>, per il raggiungimento del bene comune.

## **2.2. L'economia in rapporto agli ordinamenti e alle forze sociali. Ordinamento economico-ordinamento giuridico: due facce della stessa medaglia. Il concetto 'sociologico' di ordinamento giuridico**

La possibilità di scambiare la normatività di un sistema politico-costituzionale con quella di un regime di mercato, regolato da norme giuridiche finalizzate al funzionamento di quel regime, dipende, anzitutto, dalla possi-

---

<sup>30</sup> È possibile, momentaneamente, usare questa espressione nella definizione riportata in G. GUARINO, *L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 20-21, ove si legge che è «dalla coerenza delle azioni con le norme» che «origina e si espande la forza sociale. Ogni azione conforme alla norma opera come una forza che sostiene sia la singola norma sia il sistema di cui la norma fa parte. Se la genericità delle azioni è rispettosa della norma, gli ulteriori comportamenti vi si conformano per mimetismo. (...) La massa dei comportamenti conformi esprime la forza sociale (...). La forza sociale non è un dato assoluto, né permanente. Se esiste, le norme godono di autorità. Se si affievolisce, l'autorità perde di peso».

<sup>31</sup> Le espressioni sono di G. GUARINO, *Eurosistema e riforme costituzionali in Italia*, cit., pp. 411 e 432.

bilità di considerare il giuridico e l'economico punti di vista di una identica e omogenea realtà.

Si può tentare di spiegare questo rapporto privilegiato tra l'ordine economico di mercato e il potere legale (razionale) attraverso quella linea di pensiero che, in forma pionieristica, ha indagato la dialettica tra economia e tipi di ordinamento sociale e che risale alle ricerche sistematiche di Max Weber.

Sono due le ragioni che inducono a soffermarsi su quelle analisi: il particolare periodo storico in cui esse furono condotte, in cui si assisteva al trionfo del capitalismo borghese ottocentesco nella società moderna<sup>32</sup>, e la fertilità teorica dello "schema condizionale" che Weber aveva già elaborato in sede metodologica e utilizzato nella *Religionssoziologie*. Interpretando la struttura del condizionamento come una relazione di condizionamento reciproco, Weber si propone di indagare il rapporto tra le forme di relazione sociale e i particolari sistemi economici.

Tale disamina risulta particolarmente istruttiva per tentare di delineare il criterio teorico, per così dire, più immediato, attraverso il quale si rende possibile attribuire una funzione di *status* istituzionale socialmente condivisa all'ordine economico comunitario.

Addirittura sembra di poter intravedere nello schema weberiano lo stesso spirito delle affermazioni che saranno contenute nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee, in cui si è andata progressivamente affermando una vera e propria necessità di considerare ciò che inizialmente era solo un sistema di relazioni economiche denominato "mercato comune" alla stregua di un ordinamento giuridico (costituzionale) a fini generali. Ciò appare con evidenza proprio nella relazione *necessaria* che Weber stabilisce tra ordinamento economico e ordinamento giuridico. Una relazione che è tale, però, solo perché pensata all'interno di un'esigenza di legittimazione di uno specifico ordine di rapporti sociali, quello capitalistico.

La prima distinzione che Weber pone è tutta interna alla nozione di «ordinamento giuridico».

Quando, infatti, se ne parla genericamente o lo si tratta come sinonimo di «diritto» – osserva Weber –, resta comunque la necessità di distinguere, a

---

<sup>32</sup> Si veda E.J. HOBBSAWM, *The Age of Capital. 1848-1875* (1975), tr. it. di B. Maffi, *Il trionfo della borghesia. 1848-1875*, Roma-Bari, Laterza, 2003; su Weber come studioso della struttura capitalistica dell'economia e delle società moderne cfr., tra i tanti, K. LÖWITZ, *Max Weber und Karl Marx* (1932), tr. it. di A.M. Pozzan, *Max Weber e Karl Marx*, in ID., *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 3 ss.

livello definitorio, un approccio, appunto, strettamente «giuridico», da uno, invece, eminentemente «sociologico».

Se si guarda all'«ordinamento giuridico» dal punto di vista “giuridico” ci si domanda soltanto «che cosa valga idealmente come diritto, e cioè quale significato», «quale senso normativo si debba attribuire, in modo logicamente corretto, a quella formazione linguistica che si presenta come norma giuridica». Viceversa, se lo si considera anche dal punto di vista “sociologico”, la questione si amplia e la domanda cruciale diventa cosa accade «*di fatto* nell'ambito di una comunità, data l'esistenza della possibilità che individui partecipanti all'agire di comunità – soprattutto quelli che esercitano in misura socialmente rilevante un'influenza di fatto su di esso – considerino *soggettivamente* e trattino *praticamente* determinati ordinamenti come validi e quindi orientino in vista di essi il loro proprio agire»<sup>33</sup>.

È questa, in linea di principio, anche la relazione che intercorre – secondo Weber – tra diritto ed economia.

Più precisamente, mentre il diritto, nel senso tecnico del termine, riunisce in sé dei principi che disciplinano l'agire di una cerchia di uomini, là dove, poi, ciascuno di quei principi è dotato di una «indubitabile validità», riconducibile al «loro senso logicamente corretto», alla tenuta di «un sistema in sé logicamente privo di contraddizione»; l'economia, invece, considera «l'agire effettivo degli uomini», quell'agire «condizionato dalla necessità dell'orientamento in vista della “situazione economica”, nelle sue connessioni economiche»: «chiamiamo “ordinamento economico” quella distribuzione dell'effettivo potere di disposizione di beni e servizi economici, la quale di volta in volta risulta in forma di consenso da uno specifico equilibrio di interessi, e il modo in cui tali beni e servizi in forza di quell'effettivo potere di disposizione riposante sul consenso, vengono di fatto usati in conformità al senso intenzionato»<sup>34</sup>.

Diritto ed economia, nelle loro definizioni-base, stanno, perciò, su piani diversi. L'uno ideale, l'altro reale. «Ordinamento giuridico» e «ordinamento economico», almeno nelle loro forme pure, «si pongono problemi del tutto eterogenei». I «loro “oggetti”», scrive Weber, «non possono venire immediatamente a contatto tra loro», poiché «l'ideale “ordinamento giuridico” della teoria del diritto non ha nulla a che fare con il mondo dell'agire economico effettivo – e ciò poiché essi stanno su piani diversi, l'uno sul piano del dover essere ideale, e l'altro sul piano del divenire reale»<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), cit., p. 3 (corsivi aggiunti).

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 3-4.

<sup>35</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), cit., p. 4.

La funzione sociale di qualsivoglia ordinamento giuridico è però evidente. È anche attraverso di esso che si è sviluppata una forma di razionalità moderna, orientata allo scopo<sup>36</sup>. Dunque, una volta scesi sul piano concreto, quello dei rapporti reali, e si ammette che “ordinamento economico” e “ordinamento giuridico”, nel mondo reale, stanno tra loro in relazioni molto strette, allora, vorrà dire, che, per dare una spiegazione di questo necessario connubio, bisognerà intendere il secondo «non in senso dogmatico – ma in senso sociologico – e cioè nella sua validità empirica». Qui, il senso di “ordinamento giuridico” muta completamente: «esso viene a significare non più un mondo di norme deducibili logicamente come “corrette”, ma un complesso di effettivi motivi determinanti di un agire umano reale»<sup>37</sup>.

È interessante notare come Weber, attraverso la nozione “sociologica” di ordinamento giuridico, introduca surrettiziamente il problema della sua legittimazione. Legittimazione che finisce per coincidere con la spiegazione fattuale, operativa, dinamica, di come diritto ed economia si incontrino nella realtà.

Ecco allora che la normatività di un ordinamento giuridico – la possibilità che esso abbia un senso prescrittivo (di imposizione e di accettazione di una serie di regole di condotta) – dipende dalla possibilità che coloro che partecipano all'azione sociale lo considerino *soggettivamente e praticamente* valido, in base alla corrispondenza immediata tra prescrizioni giuridiche e interessi economici, decidendo cioè di orientare il proprio agire in vista di quell'ordinamento sulla base della garanzia che i propri piani particolari troveranno puntuale soddisfazione.

Ciò che decide della validità dell'ordinamento giuridico, quindi, «è il *fatto* dell'“orientamento” dell'agire in base a un ordinamento, e non la sua» astratta e teorica «osservanza». Perciò, secondo Weber, il “diritto” è, in sostanza, «un ordinamento fornito di certe *specifiche garanzie* per la possibilità della sua *validità empirica*»<sup>38</sup>. Effettività e normatività dell'ordinamento sono inscindibili. Non residuano spazi di normatività (ineffettiva) quando si guarda al reale modo di atteggiarsi dell'ordinamento giuridico. Essa corrisponde alla possibilità (effettiva) di usare i poteri negoziali dei partecipanti all'agire della comunità, conformemente ad un sistema di norme che agevoli il consenso *pratico e soggettivo* rispetto all'ordine che quel sistema statuisce. Un ordine che, proprio per questa sua finalità (*pratica e soggettiva*) de-

---

<sup>36</sup> Cfr. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 280 ss.

<sup>37</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), cit., p. 4.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 5 (corsivi aggiunti).

ve avere le caratteristiche dell'ordinamento economico di mercato (o, se si vuole, dell'ordinamento giuridico in senso "sociologico").

È stata proprio questa la linea argomentativa attraverso cui la Corte di giustizia delle comunità europee è arrivata a definire l'ordinamento comunitario come ordinamento giuridico, e, altresì, a ritenere di poter elevare ciò che era nato come "ordinamento economico" al rango di "ordinamento giuridico".

Come è stato ricordato, infatti, – ma su questo torneremo –, l'effettività dell'ordinamento comunitario è stata fondata, mediante i principi «sanciti dalla Corte di giustizia all'inizio degli anni Sessanta», proprio sulla «garanzia» di quello che Weber definisce l'*agire effettivo* dei soggetti partecipanti alla comunità – qui i destinatari delle norme comunitarie sulle quattro libertà economiche – e, cioè, sulla garanzia che «la normativa comunitaria non restasse lettera morta e che alle regole fissate dal legislatore comunitario corrispondessero anche comportamenti reali da parte degli attori sociali ed economici delle Comunità»<sup>39</sup>.

O, detto con altre parole – usate nell'analisi specifica dei processi di costituzionalizzazione dell'Unione europea, proprio a partire dalle ben note sentenze della Corte di giustizia nei casi *Costa* e *Van Gend*, ove l'ordinamento comunitario fu dichiarato «ordinamento giuridico *sui generis*» –, risulta chiaro che «le esigenze implicite in un "mercato comune" o in una "comunità economica" implicano la *necessità* che lo stesso diritto sia in vigore con efficacia diretta in tutto l'ambito comunitario, e che pertanto si imponga su ogni legge nazionale che sia con esso in conflitto o in competizione. Chiunque si associ a un mercato comune aderisce esattamente ad una situazione di tal genere, e nel decidere in favore dell'interpretazione *sui generis* la Corte non ha fatto altro che *dedurre semplicemente le conclusioni che sono implicite in detta situazione*»<sup>40</sup>. Benché, in questo contesto, venga anticipata la tematica collegata, ma separata, della "costituzionalizzazione" di questo «ordinamento giuridico *sui generis*», appare, tuttavia, chiaro come, da un lato, siano le esigenze implicite del mercato comune ad imporre la *validità* dell'ordinamento comunitario, nella misura in cui vengono garantiti gli interessi che al funzionamento di quel mercato sono connessi, e, dall'al-

<sup>39</sup>S. DELLAVALLE, *Un'effettività senza normatività?*, cit., p. 391. In questo senso, inoltre, si rinvia alla ricostruzione effettuata da J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe* (1999), tr. it. di F. Martines-F. Spadi-S. Ninatti, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2003.

<sup>40</sup>N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth* (1999), tr. it. di A. Torre, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 216.

tro lato, come, quelle stesse regole giuridiche, una volta dotate di *effettività* (e ciò avviene legittimando il potere di disporre di certi beni o servizi, ogniqualvolta si raggiunga, attraverso il sistema dello scambio, uno specifico equilibrio di interessi – e, quindi, ogni volta che si giunge a rinnovare il consenso all'ordinamento giuridico in quanto garante di quell'equilibrio) siano in grado di dare veste legale agli interessi economici, mediante una forma particolare di coercizione, la «coercizione giuridica».

È la «coercizione giuridica» a chiudere il circolo legalità-legittimità nel rapporto tra ordinamento giuridico e ordinamento economico, non certo un qualche sistema politico-costituzionale. Con conseguenze prevedibili.

«Più precisamente», scrive Weber, «per “diritto obiettivo garantito” si deve intendere il caso in cui la garanzia consiste nell'esistenza di un “apparato coercitivo” nel senso prima definito, cioè di una o più persone appositamente predisposte per assicurare la realizzazione dell'ordinamento mediante mezzi coercitivi specificamente previsti allo scopo (coercizione giuridica)»<sup>41</sup>.

Se lo «scopo normale» di un ordinamento giuridico che voglia dirsi effettivo, reale, funzionante e che, in definitiva, si voglia definire valido, è quello di far sì che, al suo interno, possano «sorgere, per singole persone, possibilità calcolabili di conservare a propria disposizione beni economici, o di acquistarne nel futuro la disponibilità in base a determinati presupposti» («dischiudere o assicurare tali possibilità rappresenta naturalmente, nel caso del diritto statuito», il fine principale «per coloro che stipulano o impongono una norma giuridica»), allora il senso “giuridico” – consensualmente valido – della norma che garantisce quelle possibilità è proprio quello di «dare al singolo una siffatta garanzia, cioè un diritto “soggettivo”»<sup>42</sup>. Perciò, «che una persona abbia, in forza dell'ordinamento giuridico statuale, un “diritto” (soggettivo), significa (...) che tale persona ha la possibilità garantita di fatto, mediante il senso consensualmente valido di una norma giuridica, di ottenere l'aiuto di un “apparato coercitivo” già sussistente per la tutela di determinati interessi (ideali o materiali). L'aiuto, almeno nel senso normale, consiste nel fatto che determinate persone sono pronte a fornirlo nel caso che qualcuno si rivolga a loro nelle forme a ciò usuali, invocando un “principio giuridico” che garantisce quella prestazione di aiuto; e ciò semplicemente in conseguenza di tale “validità”, senza riguardo a semplici motivi di

---

<sup>41</sup>M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), cit., p. 6: «quando parliamo di “diritto”, intendiamo riferirci per semplificazione a *potiori* a norme direttamente garantite mediante una coercizione giuridica».

<sup>42</sup>*Ibidem*, pp. 7-8.

opportunità, e inoltre a loro piacimento, cioè per grazia o per arbitrio. La validità giuridica sussiste quando funziona in misura rilevante l'aiuto giuridico in questo senso della parola, sia pure senza tutti i mezzi coercitivi fisici o di altra natura (...)»<sup>43</sup>.

Il fatto è, però, che le rappresentazioni normative, le garanzie giuridiche, insomma, «le conseguenze che si possono ottenere attraverso l'eventualità della coercizione che sta dietro l'ordinamento giuridico, specialmente nel campo dell'agire economico, sono *limitate*, oltre che da altre circostanze, anche dal suo carattere specifico»<sup>44</sup>.

Weber ci sta dicendo che la «coercizione giuridica» vale nei limiti in cui è valida la pretesa economica che la sostiene, secondo le regole del mercato. Tale fattispecie di «coercizione» può riguardare solo quei diritti che l'organizzazione economica dei rapporti sociali di produzione stabilisce e riconosce. Proprio perché l'ordinamento giuridico è un modo d'essere dell'ordinamento economico capitalistico. Proprio perché la matrice che legittima l'ordine sociale esistente è tutt'uno con i poteri negoziali dei singoli e non è prevista alcuna forza ri-equilibratrice statuita ad un diverso livello di legittimità.

Sembra, così, emergere appieno – in mancanza del diaframma della mediazione 'politica' operata dagli attori collettivi rappresentativi delle frazioni contrapposte di società – la natura strutturale del rapporto tra economia e diritto, dovendo l'effettività della coercizione giuridica dipendere dai processi di *auto-limitazione* (e, quindi, in definitiva, dallo specifico consenso prestato all'adeguatezza delle prestazioni giuridiche rispetto alle pretese economiche) del potere economico: «il grado di possibilità di influenzare il comportamento economico degli uomini non è dunque semplicemente funzione della generica sottomissione alla coercizione giuridica. *I limiti dell'effettivo* risultato della *coercizione giuridica* nel campo dell'economia risultano piuttosto, in parte, *dai limiti del potere economico degli interessati*: non soltanto è di volta in volta limitata la stessa quantità di beni disponibili, ma anche i suoi modi di impiego di volta in volta possibili sono limitati dai modi acquisiti di impiego e di contatto reciproco delle economie, le quali si possono sottomettere ad ordinamenti eteronomi (quando pur lo possono) soltanto in seguito a difficili mutamenti di orientamento di tutte le disposizioni economiche e per lo più con perdite, in ogni caso quindi con frizioni. Queste diventano tanto più forti quanto più si viene sviluppando universalmente una specifica forma dell'agire di consenso, ossia l'interdipendenza

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 27 (corsivo aggiunto).

di mercato delle singole economie e quindi la loro dipendenza dall'agire esterno»<sup>45</sup>.

Che fine ha fatto in questo schema esplicativo il 'politico'? Se si vuole, che fine ha fatto lo Stato, lo Stato come autorità, ciò da cui occorre difendersi, insomma, ciò che è opportuno limitare – secondo la nozione antica eppure attualissima di costituzionalismo – per consentire a ciascun individuo di poter coltivare la propria libertà?

Il punto è che, contrariamente a quanto – soprattutto negli ultimi tempi – si è soliti ripetere (riguardo alla necessità di un 'costituzionalismo dei limiti', sostitutivo di un 'costituzionalismo-incardinato-sull'indirizzo politico'), nello schema weberiano lo Stato svolge un compito ben preciso. È interessante osservare, a tal proposito, come Weber, sul punto, paia assumere un atteggiamento quanto mai netto: «la garanzia "statuale" del diritto non è, da un punto di vista puramente teorico, indispensabile ad alcun fenomeno economico fondamentale»<sup>46</sup>. Infatti, la tutela del possesso, ad esempio, può essere fornita anche dal sostegno del gruppo parentale; la tutela delle obbligazioni di debito è stata, alcune volte, in passato, offerta più efficacemente da comunità religiose (per mezzo della minaccia di scomuniche) che non da quelle politiche; lo stesso "denaro" «è esistito, in quasi tutte le sue forme, senza una garanzia statale per la sua accettazione come mezzo di pagamento»; la stessa "unità di valore" scelta non è di origine statale, ma contrattuale<sup>47</sup>. Quindi, «lo "stato" non è mai necessario per la economia, dal punto di vista puramente "concettuale"»<sup>48</sup>. Ma, appunto, ciò è vero in uno scenario teoricamente completo, quanto concretamente omissivo.

Se si ammette ancora una differenziazione della società, che esistano classi di interessi divergenti, che il conflitto sociale continua a riprodursi sia pure in forme diverse dal passato e, in opposizione a ciò, che la rapidità del traffico commerciale esige un diritto funzionante in modo tempestivo e sicuro (secondo le richieste degli stessi attori economici), non si può non concludere che tale diritto – nella lucida prospettiva weberiana – debba essere «garantito da un potere coercitivo il più forte possibile. (...) Ciò è il prodotto dello sviluppo del mercato. Il potere universale dell'associazione di mercato esige da una parte un funzionamento del diritto calcolabile secondo le regole razionali. E d'altra parte l'estensione del mercato, che impareremo a conoscere quale tendenza caratteristica di quella struttura, favorisce, per le

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>47</sup> *Ibidem*, *ivi*.

<sup>48</sup> *Ibidem*, *ivi* (corsivo aggiunto).

conseguenze ad essa immanenti, la monopolizzazione e la regolamentazione di ogni potere coercitivo “legittimo” attraverso una istituzione coercitiva di portata universale, mediante la disgregazione di tutti gli organismi coercitivi particolari, di ceto o di altra specie, fondati di solito su monopoli economici»<sup>49</sup>.

La forza della «coercizione giuridica» di cui parlava Weber, e che riassumeva in sé il rapporto tra validità ed effettività nell'azione sociale reale, stava nel fatto che il suo impiego fosse ordinato da un apparato coercitivo che possedeva «di fatto un peso tale da lasciar sussistere, in misura praticamente rilevante, una possibilità che la norma in vigore» venisse «osservata in conseguenza del ricorso a tale coercizione giuridica»<sup>50</sup>. Dunque, quella «coercizione giuridica» era, da un lato, il risultato di una forma di autolimitazione del potere economico, che ad essa attribuiva il proprio consenso nella misura in cui riusciva a garantire l'equilibrio di interessi desiderato, dall'altro lato, essa era il prodotto dell'assicurazione “politica” da parte statale che lo spostamento dei limiti del giuridico da parte dell'economico (il disattendere quei limiti) avrebbe potuto verificarsi a condizione che il sistema degli scambi – il mercato – ne fosse beneficiato. Questo semplicemente perché Weber aveva intuito che il mercato era capace di produrre «una specifica forma dell'agire di consenso», riusciva, cioè, a produrre legittimità oltre che legalità.

L'utilizzo del filtro analitico weberiano per tentare di cogliere un aspetto rilevante, eppure parziale, del processo di costituzionalizzazione dei Trattati europei, è servito per sottolineare come il concetto di “validità empirica” di un qualsiasi ordinamento giuridico si presti, di fatto, ad esaltare l'effettività dei rapporti economici e sociali dei portatori degli interessi più forti – effettività, in questo caso, molecolare e circoscritta, ma che proprio in ragione dell'incidenza sociale degli interessi che presuppone, può assumere le vesti di norma generale di riconoscimento (tanto da porsi come causa fondativa della validità complessiva del sistema). Ma è servito anche a far emergere la dimensione «paurosa» dell'effettività, «la prova della fragilità e della ineluttabile impotenza del diritto»<sup>51</sup>, non solo di fronte all'“economico”, ma anche di fronte al “politico”, cui Weber attribuisce, in quanto protettore di ultima istanza di un mercato sempre più interconnesso e internazionalizzato – che ha bisogno di sponde e di approdi giuridici rapidi e certi –, una sorta

---

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 30 (corsivo aggiunto).

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>51</sup> Così M. DOGLIANI, *Intervento*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività*, cit., p. 456.

di preminenza finale, quale apparato coercitivo detentore della forza legittima.

Vedremo, soprattutto nel terzo capitolo, come, in fondo, questo schema, sia pure con specifiche varianti strettamente 'costituzionali', si ripeterà nelle dottrine dell'ordoliberalismo, che rappresentano la spina dorsale teorica della concezione del ruolo del pubblico potere nell'economia, in particolare nella 'società europea', intesa, soprattutto, come 'società economica'.

Ciò che si è voluto sottolineare è stato il tratto più superficiale, il dato immediato, il risvolto sociologico più evidente della circostanza che se la Comunità economica europea nasce come "mercato comune" è dall'effettività di questo suo esistere e operare che sono stati tratti gli elementi fondamentali per caratterizzarla come ordinamento giuridico.

Si prenda il nucleo centrale della sentenza del 5 febbraio 1963, *N.V. Algemene Transport Orderneming van Gend Loos*: lì si afferma che se lo «scopo del Trattato CEE» è quello di instaurare un mercato comune che funzioni e che quindi vada ad incidere direttamente sui soggetti della Comunità, tra cui ci sono, oltre gli Stati, soprattutto i cittadini, è naturale attribuire loro dei «diritti soggettivi», da far valere, eventualmente, davanti ai giudici comunitari, certi della sussistenza di una potenziale coercibilità giuridica delle proprie pretese. Ciò equivale a dire, con le parole di Weber, che se lo «scopo normale» di un ordinamento giuridico è quello di «dischiudere o assicurare» «possibilità calcolabili di conservare a propria disposizione beni economici, o di acquistarne nel futuro la disponibilità» (secondo le regole di qualsiasi sistema di scambi funzionante), allora ci devono essere delle norme che garantiscano quelle singole possibilità (la coercizione giuridica).

Come sia stato possibile "costituzionalizzare" quell'ordinamento giuridico è altra questione che, tenendo conto di quel particolare modo di affrontare il rapporto tra validità ed effettività, deve essere approfondita.

### **3. Il passaggio da un'idea 'normativa' a un'idea 'ordinamentale' di costituzione. La rinnovata fortuna scientifica dell'"istituzionalismo" come chiave di lettura della costituzionalizzazione dell'ordinamento europeo**

Ciò che ha caratterizzato, fin dall'inizio, l'ordinamento comunitario, è stata quella che si potrebbe definire la sua *empiria*, il suo avere fini limitati, tassativamente individuati, il suo essere predisposto al fine particolare di creare un mercato comune. Empiria che è stata tradotta con il termine 'fun-

zionalismo'. Un termine che, tuttavia, non rende il senso specifico della più precisa nozione di 'validità empirica' di un ordinamento giuridico, su cui ci si è soffermati in precedenza.

Possiamo dire – per il momento senza bisogno di particolari distinguo – che l'ordinamento comunitario viene pensato, essenzialmente, come «ordinamento economico». Sono note, in merito, le affermazioni contenute nella famosa Dichiarazione del 9 maggio 1950 di Robert Schumann, ove si affermava che «il primo nucleo concreto di una federazione europea, indispensabile al mantenimento della pace mondiale», avrebbe potuto essere garantito solo grazie alla «fusione di interessi necessari all'instaurazione di una comunità economica»<sup>52</sup>. D'altra parte, il dato costante, che si rinviene nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea fino al Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, è il riferimento ossessivo all'integrazione economica, cui è solo di accompagnamento – o, comunque, da essa derivata – la volontà di realizzare «paralleli progressi in altri settori», attesi gli specifici compiti istituzionali che gli Stati membri si sono dati<sup>53</sup>.

Se ci dovessimo fermare a questa affermazione, potremmo trarre, sull'atto di nascita della Comunità europea, una prima, approssimativa, conclusione. E, cioè, che attribuire il significato di “costituzione” a un «ordinamento economico», sarebbe risultato, in quel particolare momento storico, del tutto fuori luogo.

Si sarebbe trattato di un'operazione inconcepibile. Non solo per la natura eminentemente 'politica' delle costituzioni nazionali che si stavano, proprio in quel periodo, affermando, ma anche per la circostanza che – a ben vedere – la stessa nozione positivista di costituzione (elaborata sul finire dell'Ottocento e da una parte della scienza giuspubblicistica di inizio Novecento) era stata costruita, in sostanza, su basi politico-giuridiche. Anche se

---

<sup>52</sup>La frase è così riportata da F. SALMONI, *Diritti sociali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, vol. III, 2005, p. 541. L'A. fa emergere il «dato oggettivo» che «la costruzione europea affonda le proprie radici su di una strategia di integrazione perfettamente economica, con tutte le conseguenze che da ciò sono derivate e che hanno necessariamente impresso la loro indelebile impronta sul complessivo processo di integrazione europea», p. 542.

<sup>53</sup>Sono queste le espressioni 'misurate' e guardinghe che hanno sempre caratterizzato gli 'inizi', i preamboli dei diversi Trattati, fino alla c.d. “costituzione europea”, ove, all'art. 1-3, il «valore» e il «benessere» dei popoli dipendono, indelebilmente, «dal mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non falsata»; in cui lo sviluppo individuale e collettivo, anziché ancorarsi a un principio sociale personalista, viene immediatamente incardinato sulle coordinate basilari di «di un' *economia* sociale di mercato fortemente competitiva».

ci si trovava dinanzi ad una politicITÀ, per così dire, volutamente minimizzata, stante l'occultamento della reale conflittualità di quei processi economici e sociali potenzialmente disgregativi dell'unità concettuale che le visioni formalistiche e organicistiche dello Stato-persona propugnavano<sup>54</sup>.

Che un mercato comune potesse produrre un ordine costituzionale o, addirittura, costituirne il fondamento, era affermazione antitetica al paradigma costituzionale novecentesco. Non perché non potesse esistere una qualche forma di costituzione c.d. economica, così come usata inizialmente, tale espressione, nelle proposizioni rivendicative dei diritti sociali da parte di alcuni giuristi weimariani<sup>55</sup>, ma, più semplicemente, perché si riteneva impossibile costruire una società politica adoperando formazioni e grandezze economiche in quanto tali (azienda, impresa, produttore, consumatore, ecc.). Le questioni economiche erano, in ambito costituzionale, questioni politiche, erano, cioè, prima di tutto, questioni ideologiche. Certamente non meri dati universalmente condivisi o, men che meno, "naturali". Gli avvenimenti europei tra le due guerre mondiali avevano dimostrato (basti pensare, sul versante della stessa scienza economica, alle teorizzazioni keynesiane)<sup>56</sup> che l'artificialismo costituzionale – l'indirizzo politico, l'indicare gli

---

<sup>54</sup> Si vedano, sul punto, P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, Cedam, 1989; F. LANCHESTER, *I giuspubblicisti tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 1998.

<sup>55</sup> Cfr., ad esempio, F.L. NEUMANN, *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung* (1930), tr. it. di G.A. Capobianco-L. Gaeta-G. Vardaro, *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar*, in ID., *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, il Mulino, 1983, p. 134 ss.

<sup>56</sup> La consapevolezza di J.M. KEYNES, *The End of Laissez-faire* (1926), tr. it. di A. Campolongo, *La fine del laissez-faire*, in ID., *La fine del laissez-faire e altri scritti economico-politici*, Torino, Bollati Boringhieri, 1991, riguardo ai compiti della scienza economica si esprime in questi termini: «Liberiamoci dai principi metafisici o generali sui quali, di tempo in tempo, si è basato il *laissez-faire*. Non è vero che gli individui posseggano una "libertà naturale" imposta sulle loro attività economiche. Non vi è alcun patto o contratto che conferisca diritti perpetui a coloro che posseggono o a coloro che acquistano. Il mondo non è governato dall'alto in modo che gli interessi privati e sociali coincidano sempre. Esso non è condotto quaggiù in modo che in pratica essi coincidano. Non è una deduzione corretta dai principi di economia che l'interesse egoistico illuminato operi sempre nell'interesse pubblico. Né è vero che l'interesse egoistico sia generalmente illuminato; più spesso individui che agiscono separatamente per promuovere i propri fini sono troppo ignoranti o troppo deboli persino per raggiungere questi. L'esperienza non mostra che gli individui, quando costituiscono un'unità sociale, siano sempre di vista meno acuta di quando agiscono separatamente» (pp. 37-38). E ancora: «Gli economisti, come altri scienziati, hanno scelto l'ipotesi dalla quale partono e che essi offrono ai novizi perché è la più semplice e non perché sia la più vicina ai

scopi sociali, sostanzialmente e progressivamente ugualitari, di un progetto di società – aveva il compito di superare la convinzione che l'«ordine sociale» potesse farsi e disfarsi da sé, in virtù di una «forza» che avrebbe potuto esercitarsi «secondo leggi immanenti all'ordine sociale stesso»<sup>57</sup>.

Ciò significa che, senza il contrappeso delle costituzioni politiche, l'ordinamento economico europeo difficilmente avrebbe potuto giustificarsi da sé.

Questo perché, in quelle costituzioni, l'essenza dell'economico, i presupposti di base sui quali costruirlo, dovevano essere trovati nel “posto” che l'economico occupava nella configurazione ideologica generale<sup>58</sup>. Non ci si chiedeva se una determinata proposizione economica fosse vera o falsa, ma come poteva essere pensata, in rapporto con altre proposizioni non economiche, e soprattutto con proposizioni normative che si riferivano alla dignità della persona, all'uguaglianza sostanziale, al diritto al lavoro, e così via; insomma, alle ricadute personali e sociali reali, che la regolamentazione giuridica e politica dell'economia avrebbe potuto determinare.

Ciò era anche un effetto indiretto della dichiarata politicità costituzionale della normazione fondamentale, frutto di una duplice e feconda operazione teorica: da un lato, la sottrazione della giuridicizzazione della società alle «concezioni discendenti del potere», finalizzate ad occultare il popolo come «realtà politica concreta», e, dall'altro lato, la giuridicizzazione (al livello politico più alto, quello della legalità costituzionale – attraverso i partiti, i sindacati, le diverse formazioni sociali, il decentramento istituzionale, ecc.) della «politica allo stato puro», quella espressa dalla logica amico-nemico, quel-

---

fatti. In parte per questa ragione, ma in parte, ammetto, perché sono stati influenzati dalle tradizioni in materia, essi hanno cominciato col presupporre uno stato di cose in cui la distribuzione ideale delle risorse produttive può essere ottenuta mercè individui agenti indipendentemente secondo un metodo sperimentale, in guisa tale che quelli che si muovono nella direzione giusta distruggano per mezzo della concorrenza quelli che si muovono nella direzione sbagliata. Ciò presuppone che non vi sia grazia né protezione per coloro che istradano il loro capitale o il loro lavoro nella direzione sbagliata. È un metodo che porta in alto i ricercatori di guadagno cui arride il successo, grazie a una spietata lotta per la sopravvivenza, che sceglie il più efficiente per mezzo del fallimento del meno efficiente. Esso non guarda al costo della lotta, ma solo ai vantaggi del risultato finale, i quali si suppongono essere permanenti» (pp. 31-32).

<sup>57</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 276.

<sup>58</sup> Per «ideologia» si intende, in questo contesto, ciò che L. DUMONT, *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique* (1977), tr. it. di G. Viale, *Homo aequalis. 1. Genesi e trionfo dell'ideologia economica*, Milano Adelphi, 1984, p. 36, definisce «un'insieme sociale di rappresentazioni»: «nessuna ideologia nella sua totalità può venir detta “vera” o “falsa”, perché nessuna forma di coscienza è mai completa, definitiva o assoluta», e questo perché «non esiste una coscienza diretta ed esaustiva di una cosa qualsiasi».

la che serbava – come riserva extragiuridica sempre attivabile – il ricorso alla «guerra civile»<sup>59</sup>. Di qui la necessità, a maggior ragione, di porre limiti formali e sostanziali all'economico, consapevoli che il mercato «autoregolantesi» avrebbe richiesto, per statuto epistemologico, «niente meno che la separazione istituzionale della società in una sfera economica ed una politica»<sup>60</sup>. Una separazione che non nascondeva una diversità reale tra fatti (economici) e atti (politici), tra dati oggettivi (l'economia) e manipolazione di parte di questi dati (la politica), ma, più profondamente e realisticamente, una frattura sociale, tra classi sociali, che andava ricomposta in un accordo di massima (la costituzione), il quale doveva includere, tra i suoi contraenti, soggetti fino a quel momento esclusi dalla negoziazione diretta delle proprie sorti (gli esclusi per censo, i lavoratori, le donne, ogni campione socialmente connotato di quelle che erano considerate – nella concezione liberale dello Stato – le masse irrepresentabili)<sup>61</sup>.

Quella separazione tra politica ed economia veniva considerata – nell'idea del costituzionalismo novecentesco postbellico – una mera tautologia: «una simile dicotomia è in realtà semplicemente la riaffermazione da parte della società come insieme dell'esistenza di un mercato autoregolato»<sup>62</sup>. Pertanto – si concludeva –, ammettere «che nessuna società può esistere senza un sistema di qualche genere che assicuri l'ordine nella produzione e nella distribuzione delle merci», non implica affatto «l'esistenza di istituzioni economiche separate; normalmente l'ordine economico è semplicemente una funzione dell'ordine sociale nel quale esso è contenuto»<sup>63</sup>.

Rispetto a questo schema, ciò che salta è proprio l'anello di mediazione, ossia una certa concezione della costituzione.

Che l'ordinamento economico europeo, che quel “mercato comune” non fosse più sottoposto, anche solo idealmente, ai vincoli politici e sociali delle costituzioni nazionali è diventato evidente quando si è andata diffondendo una rappresentazione dell'economico come funzione dell'ordine sociale, che

---

<sup>59</sup> Così M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., pp. 236-238, nell'analisi dei limiti intrinseci alle teorie del normativismo kelseniano e del decisionismo schmittiano.

<sup>60</sup> K. POLANYI, *The Great Transformation* (1944), tr. it. di R. Vigevani, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 2000, p. 92.

<sup>61</sup> Sul rapporto tra suffragio universale, partecipazione politica e concezioni contrattualistiche della costituzione all'interno degli Stati liberali, cfr. D. LOSURDO, *Democrazia o bonapartismo. Trionfo e decadenza del suffragio universale*, Torino, Bollati Boringhieri, 1993; ID., *Contro storia del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.

<sup>62</sup> K. POLANYI, *The Great Transformation*, cit., p. 92.

<sup>63</sup> *Ibidem*, ivi.

può essere così riassunta: «L'eurosistema attende che il beneficio del progresso sostenibile, armonioso ed equilibrato si verifichi ad opera di un meccanismo autoalimentantesi, il regime di mercato nel modo in cui è stato concretamente regolato. Non fissa standard quantitativi e tempi alla cui stregua valutare se l'obiettivo è stato conseguito. Per rendersi conto se ed in quali limiti il progetto sia valido e se i risultati corrispondano alle tesi occorre di conseguenza porsi sullo stesso piano in cui si sono collocati i Trattati. Di ogni norma, delle disposizioni, di qualsiasi elemento presente nel sistema bisogna individuare le conseguenze che prevedibilmente ne deriverebbero, risalendo ai rapporti di causa ed effetto, precisandone di questi le caratteristiche qualitative e di ampiezza. È su queste basi che si è costruito lo specifico regime di mercato. È su queste che va valutata la sua idoneità a produrre benessere»<sup>64</sup>.

Questa diversa rappresentazione del rapporto tra economia e società non poteva non coincidere, dal punto di vista costituzionale, con il venir meno della «pretesa di fornire un quadro morale e razionale al discorso politico, conformando l'ordine sociale e istituzionale complessivo per mezzo di principi e regole che limitino e orientino (e, dunque, con ciò stesso, rendano conoscibile) il potere in tutte le sue forme, pubbliche e private»<sup>65</sup>.

Né d'altra parte si può ritenere che lo schema weberiano, esaminato in precedenza con riguardo al rapporto tra ordine giuridico e ordine economico di mercato, potesse essere sufficiente a giustificare, sul piano della supremazia di lungo periodo dell'ordinamento comunitario sulle costituzioni nazionali, la compatibilità tra principi 'politici' ispirati ad una finalizzazione sociale delle istituzioni economiche e la novità del sistema comunitario di «avere eretto il regime di mercato a canone prioritario al quale qualsiasi altra forma organizzativa deve subordinarsi»<sup>66</sup>.

Occorreva incidere sui meccanismi primari di legittimazione.

Se il regime di mercato, quale è stato specificamente regolato, «è una macchina che si autoalimenta (...), una macchina che non vede e non sente, una macchina che non è stata assoggettata ad obiettivi quantitativi; (...) una macchina che, per definizione, si sottrae a qualsiasi potere di indirizzo di governo, sia comunitario, che degli Stati membri», allora occorre che i giuristi non si limitassero a descrivere «con la massima precisione i singoli elementi che compongono la macchina», ma che si occupassero «del funzionamento effettivo dell'insieme»<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> G. GUARINO, *Eurosistema e riforme costituzionali in Italia*, cit., p. 428.

<sup>65</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 8.

<sup>66</sup> G. GUARINO, *Eurosistema e riforme costituzionali in Italia*, cit., p. 412.

<sup>67</sup> *Ibidem*, pp. 428-429: «È come se al cliente che intende acquistare un'auto il venditore,

L'ineffettività di alcune parti decisive delle costituzioni politiche del Novecento (quelle relative ai diritti sociali, all'eguaglianza sostanziale, alle forme di lavoro, alle ingerenze dei pubblici poteri in favore di una socializzazione dei beni e dei servizi, ecc.) e il contestuale affermarsi di un eurosistema «che annulla le ingerenze della autorità di governo e ne preclude le forzature sull'economia», introducendo, a sua volta, «rigidità, di durezza anche più elevata, con prescrizioni che rendono la sua disciplina del mercato diversa da tutte le altre»<sup>68</sup>, dovevano trovare composizione all'interno di una nuova idea di costituzione che fosse il presupposto – e insieme l'esito finale – di un nuovo modo di giustificare la percezione delle normative fondamentali (condizionanti gli assetti giuridici, politici e sociali) da parte della società e degli scienziati sociali chiamati a decodificarla<sup>69</sup>.

È questa nuova idea di costituzione – di cui la stratificazione dei Trattati europei ha rappresentato la concreta emersione – che fornisce le basi di legittimità, le coordinate di riconoscimento (di prassi sociale riconosciuta) attraverso cui decodificare i rapporti politici, economici e sociali osservati. Il suo imporsi è il sintomo dell'«assenza di una comunità omogenea di interpreti» – «omogenea sotto il profilo politico» – in grado di garantire l'univocità e la continuità nell'interpretazione delle costituzioni novecentesche, assicurandone l'effettività<sup>70</sup>.

Ciò è avvenuto quando delle regole costituzionali si è cominciata a predicare non tanto la loro capacità *costitutiva* dell'unione sociale, in contrapposizione alla brutalità dei rapporti di forza, quanto, piuttosto, la loro derivazione e dipendenza da un più ampio potere ordinatore ed esplicativo, quello dell'ordine giuridico in sé.

---

anziché spiegare quanto costa, quanto consuma, quanto prevedibilmente durerà, quale è la velocità raggiungibile, quali i tempi di frenata e la stabilità nelle curve, descrivesse con la massima precisione e minuzia quali sono le componenti impiegate, quali le caratteristiche di ciascuna di esse, e così via. Tutte cose che possono valere nel rapporto con i fornitori, ma che al consumatore non interessano. Anche se si indurrà all'acquisto, tranquillamente continuerà ad ignorarle».

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 429.

<sup>69</sup> I diversi concetti di costituzione, scrive M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 18, «classificano contestualmente: a) il modo d'essere (la forma, gli attributi, i procedimenti di produzione e di applicazione, i contenuti principali ...) delle normative fondamentali condizionanti gli assetti giuridici politici e sociali di determinate società; b) il modo con cui tali normative erano o sono percepite dai membri di quelle società; c) il modo con cui quelle normative sono state e sono percepite dagli scienziati sociali».

<sup>70</sup> M. DOGLIANI, *Intervento*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività*, cit., p. 479.

Il concetto di ordine giuridico, come si sa, è uno dei più ricorrenti nella storia del diritto. È un'esigenza teorica che attiene alla razionalità del diritto e che può essere sostenuta all'interno di almeno tre teorie alternative: 1. la teoria che il diritto rappresenti un ordine razionale necessario (per esempio, giusnaturalismo o positivismo ottocentesco); 2. la teoria che il diritto rappresenti un ordine razionale impossibile (per esempio giusrealismo); 3. la teoria che il diritto rappresenti un ordine razionale eventuale o contingente (illuminismo e giuspositivismo critici)<sup>71</sup>. All'interno di questo schema è senz'altro possibile accettare come punto mediano e assolutamente convenzionale che il diritto sia «una mescolanza d'ordine e di disordine», e «peccherebbe di unilateralità chi cercasse di cogliere (...) solo una di queste tendenze, assolutizzandola. D'altra parte, l'ordine archetipico dei giusnaturalisti deve cedere il passo a un ordine convenzionale edificato dall'uomo, a un ordine che è solo uno dei molti ordini possibili. (...) Un ordine che non è dato una volta per tutte, ma che deve essere continuamente ricostruito»<sup>72</sup>. Non è, perciò, la necessità di un ordine razionale minimo delle norme, come esigenza sistematica intellettuale, a essere messo in questione.

È ovvio che, dal punto di vista giuridico, i fatti sociali vadano ricondotti a una qualche idea di ordine. Ciò che rileva, però, in ambito costituzionalistico (e non solo), è la funzione conoscitiva di quell'ordine, l'estensione e l'intensione dei suoi strumenti di intelligibilità del reale, i criteri di orientamento per valutare la 'validità' del sistema ordinato che si è progettato. E, in questo senso, il diritto costituzionale dispone di una certa quantità di risorse teoriche.

Ciò che può essere discriminante, allora, nel maneggiare questo patrimonio intellettuale, è la preferenza data al "giudizio di rendimento" delle norme rispetto all'ordinamento oppure al "giudizio di utilità" delle norme rispetto alle forze politiche, economiche e sociali che le pongono<sup>73</sup>.

Mentre il "giudizio di rendimento" è generalmente contenuto nel "giudizio di utilità", poiché quest'ultimo – per essere credibile – non può non passare, preventivamente, attraverso l'analisi dell'esercizio dei diritti

---

<sup>71</sup> Questa tripartizione è tratta da C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 316-317. Essa è meramente indicativa di una certa possibilità di schematizzazione della questione dell'ordine *nel* e *del* diritto e serve solo da inquadramento generalissimo del problema.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 318.

<sup>73</sup> Su questa differenza si rinvia alle pagine di G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Napoli, Jovene, 1948, p. 271 ss.

e delle attribuzioni costituzionali, è senz'altro possibile che il "giudizio di rendimento" possa attribuirsi, attraverso la delimitazione concettuale dell'oggetto d'indagine costituzionale, entro le necessità meramente ordinanti della materia, indipendentemente da un riscontro circa l'oggettiva determinabilità del bene collettivo. In questo caso, le forze politiche, sociali ed economiche sono ritenute semplici 'accidenti' (fattori storici mutevoli e, perciò, instabili) rispetto a ciò che si considera la 'sostanza' del discorso costituzionale, ossia *l'essere reale del sistema normativo* nella realtà sociale.

Potremmo dire che – secondo questo tipo di visione – il punto più alto della scienza giuridica e costituzionalistica (che però qui perde il suo statuto autonomo per farsi 'diritto' in una forma speculativa totalizzante) è la *considerazione della «realtà sociale» in quanto essa corrisponde all'aspettativa 'esistenziale' delle norme.*

Qui, il concetto di ordinamento giuridico, di sistema (ordine) di norme, torna ad avere un contenuto ontologico, perdendo la sua posizione strumentale, in quanto strumento di pensiero, risultato di una nostra operazione intellettuale e quindi selettiva, per (ri)diventare il carattere essenziale del diritto.

Non si può fare a meno di notare, a questo riguardo, come, da molto tempo, la questione della costituzionalizzazione dell'Unione europea passi proprio attraverso l'uso di un lessico e di un armamentario teorico sempre più recettivo nei confronti di una visione globalmente 'ordinamentale' del diritto e della stessa costituzione. Attraverso, cioè, un recupero di questa concezione ontologica del diritto. Per spiegare la novità costituzionale europea, si fa sempre più frequente il ricorso ad espressioni quali «ordinamento giuridico», «istituzione/i *sui generis*», «ordine giuridico multilivello», «ordine sociale giuridico», «ordine normativo composito», «ordine normativo istituzionale» e così via. Anzi, la diatriba sull'esistenza della c.d. 'costituzione' europea verte proprio sulla riconoscibilità della stessa in termini di "costituzione politica" o di "costituzione ordinamentale"<sup>74</sup>. D'altra parte,

---

<sup>74</sup> Non si intende in questa sede ripercorrere l'intero dibattito sulla presenza o meno di una effettiva costituzione europea (basti qui il rinvio, molto parziale, a A. BARBERA, *Esiste una "costituzione europea?"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000, p. 59 ss.; A. ANZON, *La costituzione europea come problema*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 629 ss.; P. BILANCIA (a cura di), *Il processo costituente europeo*, Milano, Giuffrè, 2002; H. FRIESE-A. NEGRI-P. WAGNER, *Europa politica. Ragioni di una necessità*, Roma, Manifestolibri, 2002; V. ATRIPALDI-R. MICCÙ (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003; AA.VV., *Verso la costituzione europea*, Atti dell'Incontro di studio, Urbino, 17 giugno 2002, Milano, Giuffrè, 2003; F. BASSANINI-G. TIBERI, *Una Costitu-*

autorevoli commentatori hanno evidenziato come l'unica possibilità di dare

---

zione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa, Bologna, il Mulino, 2003; G. BRONZINI-H. FRIESE-A. NEGRI-P. WAGNER, *Europa, Costituzione e Movimenti sociali*, Roma, Manifestolibri, 2003; P. HÄBERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Milano, Giuffrè, 2003; A. LUCARELLI-A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003; E. PACIOTTI (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, Meltemi, 2003; G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna il Mulino, 2004). Il punto, infatti, è proprio quello di intendersi sul concetto di "costituzione". Un punto che potrebbe essere affrontato, ad esempio, distinguendo tra una legittimazione basata sul diritto e una legittimazione fondata sul consenso. La prima coincide con la "legalità", la seconda con la "legittimità". Il problema, come è ovvio, in questa sede non può essere nemmeno sfiorato, ma per quel che qui interessa valgono alcune osservazioni di M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una costituzione senza stato*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 71-73, il quale ricorda che «in via di principio, l'opposizione tra legalità e legittimità potrebbe non essere radicale. Questo, nel senso che la legalità (il suo rispetto) è potenzialmente in grado di surrogare la legittimità. Per essere più precisi: la sussistenza della legalità può rendere inutile interrogarsi sulla legittimità, per almeno due ragioni (che possono essere compresenti o alternative). La prima concerne la legalità costituzionale. Non mi sembra dubbio che, quando il livello di cui si parla è quello costituzionale, la legalità possa fare le veci della legittimità. La costituzione, se condivisa, è sempre intesa come il patto fondamentale che lega (consensualmente) i consociati, al quale questi continuamente si rifanno e che continuamente – giorno per giorno – si rinnova. Rispettare la legalità costituzionale, nel contesto della costituzione condivisa, è di per sé una pratica sociale legittimante. La seconda concerne la legalità che possiamo chiamare ordinaria, e cioè il rispetto della legge. (...) Rispettare la volontà della legge, e cioè la legalità sostanziale, significa di nuovo – come nel caso precedente – seguire una pratica legittimante», e, comunque, «a prescindere dal rispetto del contenuto della volontà generale formalizzatosi nella legge, quando la legalità si presenta come osservanza di procedure tipizzate dalla legge, visibili, prevedibili e controllabili, e cioè come legalità formale, essa pure può essere ritenuta sufficiente a garantire legittimità alle decisioni pubbliche». Ora, secondo l'A., «l'ordinamento comunitario non conosce la legge né conosce la costituzione, sicché non è possibile ragionarvi di legalità secondo gli schemi tradizionali che sono stati elaborati in riferimento all'ordinamento dello Stato. Che l'ordinamento comunitario non conosca la legge sembra evidente: fermo restando che l'imputazione della legge alla volontà generale è sempre (anche nella dimensione statale) una *fictio*, nessuno potrebbe ragionevolmente proporre una finzione così estrema come quella che imputasse a quella volontà il diritto comunitario derivato, che è frutto di un processo decisionale nel quale la rappresentanza è presente solo nella forma debole assicurata dal Parlamento europeo e, comunque, non possiede voce determinante. (...) Quanto alla questione della costituzione (...) nonostante quanto affermato dalla Corte di giustizia (che identifica nei Trattati la presunta costituzione dell'Europa integrata), sono sempre convinto che una costituzione europea può esistere solo a due condizioni: che l'Unione abbia la "disponibilità" delle proprie regole fondamentali; che esista una comunità autenticamente politica di riferimento» (pp. 73-75). Pertanto, «in assenza di una costituzione e di una fonte che possa ragionevolmente chiamarsi legge, nell'ordinamento comunitario la legalità, prima ancora di essere insufficiente, non è neppure pensabile (come, per un verso legalità interna all'ordinamento dato e, per altro, rispetto della legge).

un senso (critico) all'esperienza costituzionale europea, sia proprio quella di

---

Conseguentemente, il significante "legalità", quando applicato all'ordinamento comunitario, assume, come già "costituzione", una connotazione ellittica, che allude a significati incompatibili con la condizione ordinamentale data» (p. 81).

Quanto appena riportato sembra non essere smentito né dalla "costituzione europea" appena partorita né dal riferimento in essa contenuto alla "legge europea", quale nuovo nomen iuris, molto più rispettabile, del vecchio "regolamento comunitario" (anche la "direttiva comunitaria" si trasforma in "legge-quadro europea"). Sulla c.d. "costituzione europea" va in fatti osservato che essa continua a soffrire della mancanza di un potere di revisione costituzionale (v. sul punto le osservazioni di G.G. FLORIDIA, *Il cantiere della nuova europa. Tecnica e politica nei lavori della convenzione europea*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 22-24; J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, tr. it. di L. Segni, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 53-55), così come non vi è quasi traccia in essa della necessaria apertura verso la formazione di un vero e proprio sistema politico (la spinta all'unificazione, scrive M. DOGLIANI, *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2003, p. 88, non segue solo la via dei mercati internazionali, «non passa più attraverso i confini delle nazioni, ma attraverso le identità dei gruppi sociali. Il movimento contro la guerra e quello "no global" ne sono gli esempi più evidenti. Ed è sempre più chiaro che tali movimenti rappresentano la punta di iceberg in cui si solidificano preoccupazioni politiche che attengono alla forma della società in modo diretto, e non più in modo mediato, attraverso la forma delle relazioni interstatali. Preoccupazioni che – si potrebbe dire, seppur ancora in modo incerto – criticano o interpellano l'UE come una unità politica (un "governo" in senso lato) attuale. (...) Di fronte a questo processo in corso, quello che si deve chiedere alle istituzioni europee è di favorirlo, di farlo maturare, di non deluderlo, ma di non cercare scorciatoie. Altro è un insieme di regole di cooperazione interstatale, altro la creazione di una autorità sopranazionale, altro la formazione di un sistema politico»). Quanto poi alla c.d. "legge europea", F. BILANCIA, *Considerazioni critiche sul concetto di "legge europea"*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Giovanni Motzo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, p. 63 ss., ha notato che la prospettiva teorica legata al concetto di legge statale (quale atto politico per eccellenza, in quanto capace di dare alla democrazia «un senso concreto visibile», attraverso la «rappresentazione di tutti gli interessi coinvolti nel processo decisionale; la discussione tra quelli contrapposti; la loro sintesi e, così, la costruzione di un nuovo oggetto materiale quale suo contenuto sostanziale, l'interesse generale») «sembra oggi rischiare di incrinarsi a fronte delle nuove tesi a sostegno di una presunta funzione surrogatoria dei moduli partecipativi ai processi decisionali da parte degli interessi privati, tesi tanto più condivise quanto più forte si rappresenti ad un tempo la evidente crisi di efficienza delle tradizionali istituzioni rappresentative. (...) Non sembra credibile, cioè, che i singoli cittadini europei, le imprese, le associazioni private, i sindacati, le chiese, insomma la "società civile" del "Libro bianco" sulla *Governance* europea possano realmente partecipare ai processi decisionali comunitari sostituendo efficacemente un Parlamento rappresentativo. (...) La partecipazione degli interessi al procedimento non sarà mai uguale per tutti. Non tutti gli interessi coinvolti dalle decisioni hanno la stessa forza, la stessa capacità, le stesse informazioni. La conclusione è ovvia e non deve essere dimostrata: "i diritti" di partecipazione sono privilegi di alcuni, non diritti di tutti».

La possibilità di considerare l'ordinamento europeo non in termini costituzionali, ma, piuttosto, quale "ordinamento giuridico" è sostenuta da A. PACE, *La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2003, pp. 613-614, il quale ha scritto che «è assolutamente pacifico che la CEE, già prima dell'Atto Unico

Europeo (1986), costituisse a tutti gli effetti un ordinamento giuridico, ancorché finalisticamente limitato e quindi 'parziale'. Sin da allora l'ordinamento della CEE 'condizionava' però a sua volta l'ordinamento degli Stati membri, e non era da essi meramente 'condizionato' come in genere accade per gli ordinamenti 'derivati' da un ordinamento 'generale'. Anche dopo i Trattati dell'Aja, di Maastricht, di Amsterdam e di Nizza l'ordinamento dell'UE è tuttavia rimasto un ordinamento giuridico 'parziale', mancandogli essenzialmente la potestà di controllo del territorio. Tuttavia, compatibilmente con questa caratteristica strutturale, l'ordinamento UE si presenta come progressivamente proteso ad acquisire nuovi spazi di intervento, sia pure con la riserva, apparentemente a favore degli Stati-membri, dell'ambigua clausola di sussidiarietà (che può servire al duplice scopo di limitare, ma anche di ampliare le competenze dell'UE). (...) Dal canto loro, gli ordinamenti degli Stati-membri si presentano, nei rapporti con l'ordinamento UE, come "cripto-generalisti" (*rectius* 'limitati'), essendo stato ad essi a loro volta sottratto il potere di battere moneta e di decidere autonomamente del proprio bilancio». Ora, la propensione a considerare esistente una costituzione europea, o in senso materiale o in senso addirittura formale (e perciò considerare pacifica l'idea che l'ordinamento comunitario sia in tutto e per tutto assimilabile ad un ordinamento costituzionale), provocherebbe «il drammatico effetto 'costitutivo' di trasformare gli ordinamenti degli Stati-membri da 'limitati' (per volontà 'propria') in irrevocabilmente 'parziali'. Produrrebbe cioè un così 'visibile' mutamento (ancorché, in ipotesi, solo formale; ma non lo credo ...) dell'attuale scenario politico-istituzionale, che se fosse abilmente dipinto in senso antieuropeo ad un'opinione pubblica poco avvertita, potrebbe provocare sia forti opposizioni all'interno dei singoli Stati-membri (...), sia deprecabili ritardi nel perseguimento di un'effettiva integrazione politica» (p. 618). Perciò, secondo l'autorevole studioso, si potrà parlare a ragion veduta di una costituzione europea non quando si procederà, come nel caso della Convenzione di Laeken, ad una mera fissazione su carta delle norme già presenti nei Trattati, ma quando la scelta in favore della costituzione europea «si imporrà, con la forza delle cose, quando il problema (ad esso intimamente connesso) della sopravvivenza delle costituzioni nazionali – quali le conosciamo nell'attuale formulazione normativa e nella loro effettività – abbia cessato di essere un problema 'politicamente drammatico'»; il che significa che ci potrà essere una Costituzione europea solo quando si «creerà un effettivo spazio pubblico europeo: un'opinione pubblica europea, partiti politici europei e quindi un *demos* europeo. Ma ciò non perché (...) il potere costituente competa al *demos*, ma perché (...) la legittimazione popolare della Costituzione europea in tanto sarà possibile, in quanto specularmene venga meno, nell'opinione pubblica dei vari Stati-membri, il 'sentimento' della Costituzione dello Stato quale oggi la conosciamo» (pp. 618-619).

Di diverso avviso, coloro che hanno ritenuto esistente una costituzione europea fin dalla stratificazione dei diversi Trattati, o nella forma di "costituzione composita", da intendersi come modello "interattivo", fondato sulla penetrazione fra costituzioni nazionali e Trattati istitutivi, o nella forma di "costituzione-processo", quale substrato costituzionale in divenire, basato sul progressivo incorporamento, da parte della costruzione europea *in fieri*, dei tratti più propriamente costituzionali degli ordinamenti nazionali. In questo duplice senso, tra gli altri, I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, n. 36, 1999, p. 703; I. PERNICE-F. MAYER, *De la constitution composée de L'Europe*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 4, 2000, pp. 632-632, sostengono che sia possibile conciliare «les éléments de constitutionnalisme présent dans le point de vue supranational avec l'existence incontestable et continue des ordres constitutionnels des Etats membres. A l'image de la constitution d'un Etat membre, qui ne peut être comprise dans sa totalité réelle sans tenir

concepirla in termini meramente “ordinamentali”<sup>75</sup>.

compte du droit communautaire, le droit primaire de l'Union européenne ne fonctionne et ne s'explique pas dans sa nature et dans sa structure sans égard aux constitutions nationales. Le deux ordres constitutionnels sont complémentaires. Dès lors, nous proposons de concevoir les constitutions nationales et le droit primaire de L'Union européenne comme deux éléments dans un système constitutionnel inique, composé ou intégré (*Verfassungsverbund*), ou, plus simplement, de considérer cet ensemble de normes constitutionnelles à deux niveaux comme “la constitution européenne”. Cette “constitution” n'est pas un ordre statique immuable, mais elle est en développement permanent par les révisions successives de traités, mais également par les exercices de compétences, qui s'opèrent jours après jours par l'application des dispositions des traités. Il s'agit donc plutôt d'un ‘processus constitutionnel’ que d'une constitution statique, d'une interaction dynamique conduisant vers une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe, comme il est d'ailleurs expressément prévu dans le préambule du traité sur l'Union européenne. L'approche proposée d'un constitutionnalisme échelles (*multilevel constitutionalism*) suggère que l'Union européenne constitue un système constitutionnel composé d'un niveau supranational de pouvoir public légitime, qui s'influencent réciproquement et qui englobent les mêmes citoyens ou sujets de droit (*Verfassungsverbund*)»; L. TORCHIA, *Una costituzione senza stato*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2001, p. 418, la quale afferma che «la Costituzione europea nasce insieme al processo di integrazione europea ed è sin dall'inizio una Costituzione plurale e composta, comprensiva delle norme dei Trattati come delle norme delle Costituzioni nazionali e affidata all'interpretazione delle Corti costituzionali nazionali»; S. CASSESE, *La costituzione europea: elogio della precarietà*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 27-38; G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 112-117; A. MANZELLA, *La Costituzione europea: una vera costituzione?*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 87 ss., che conclude il suo saggio (pur considerando già vigente una costituzione europea) con una triplice avvertenza: la prima consiste nel richiamare l'attenzione sulla natura “processuale” dell'integrazione europea; «la seconda avvertenza è nel capire che una costituzione europea non può essere mai calata dall'alto, “octroyée”: ma si risolve piuttosto in una agnizione giuridica di quelle “realizzazioni concrete”, di quelle “solidarietà di fatto” che già sono, implicite e sotterranee, nella quotidiana integrazione “non detta” dei popoli europei»; la terza avvertenza «è che un'opera di razionalizzazione istituzionale, quale quella in corso, deve soprattutto mirare a sgomberare il cammino – eliminando barriere statualistiche ma soprattutto ponendo principi di evoluzione costituzionale – perché il processo unitario continui» (p. 99).

<sup>75</sup> 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. 497, ritiene necessario, per spiegare il rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali che ne fanno parte, ricorrere alla «teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici che, da più di ottanta anni, ci consente di comprendere, tra l'altro, la tecnica di utilizzazione degli ordinamenti per la regolazione di rapporti interni a ciascun di essi ricavando le fattispecie normative da ordinamenti diversi da quello nel quale saranno applicate, operando, quindi, interconnessioni tra ordinamenti, mediante decisioni normative di rinvio recettizio adottate, ovviamente, da titolari legittimi del potere normativo interno all'ordinamento». S. D'ALBERGO, *Economia e diritto nella dinamica delle istituzioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. I, Padova, Cedam,

Infine, il termine «ordin/e(amento) giuridico» *sui generis*, *Rechtsordnung*, *ordre juridique*, ecc., è stato il medium lessicale e concettuale attraverso cui la Corte di giustizia delle comunità europee ha interpretato in senso 'costituzionale' – ha cominciato a caricare di senso 'costituzionale' – il sistema di norme comunitario.

Occorre chiedersi, per cominciare, quale sia l'utilità immediata – all'interno di una strategia discorsiva indirizzata a consolidare una pratica legittimante – di ricorrere a definizioni come «istituzione/i», «ordinamento giuridico», «ordine normativo istituzionale», «ordine giuridico europeo», ecc.

L'utilità teorica immediata deriva da una duplice caratteristica: *a)* l'*onni-comprendività*, nel senso che esse rendono, di primo acchito, intelligibile una realtà sociale, politica ed economica variegata e complessa, e, dunque, riescono a produrre un forte effetto di 'stabilizzazione' della materia; *b)* la *riduttività*, nel senso che esse richiedono un numero minimo di condizioni, un numero assai limitato di elementi compositivi per integrare il concetto che delimitano.

Ciò che consente di usufruire di questa funzione di utilità è la fondamentale ambiguità concettuale dell'«ordinamentale», ma anche la sua idealità.

Sofferamoci, per ora, sulla prima delle due qualità (l'ambiguità dell'ordinamentale).

La nozione di «ordinamento giuridico», quando non usata come sinonimo di diritto o di sistema<sup>76</sup>, ha una precisa valenza concettuale all'interno di

---

1998, pp. 811-812, suggerisce che «nel caso della costruzione dell'ordinamento comunitario le sue vicende (comprese quelle in atto) possono trovare risposte adeguate solo se si riesaminano alla luce di fatti nuovi le teorie normativa e istituzionale del diritto», poiché, «quella che si presenta come contraddittorietà tra criteri dell'applicazione della potestà normativa nel rapporto tra comunità e stati, e criteri di assestamenti mai definitivi tra gli organi istituzionali cui spetta il potere decisionale, senza lasciare spazi esclusivi alla politologia e senza escludere il peso del potere economico può essere spiegata dai giuristi *rileggendo la teoria istituzionale del diritto* – che ha fornito spiegazioni appaganti per quel che concerne *l'instaurazione "di fatto" dell'ordinamento giuridico* tale da superare la teoria della "statualità" del diritto – come ipotesi culturale che spiega la dinamica delle forme istituzionali, alla ricerca di sempre nuove dislocazioni e di sintesi unitarie» (corsivi aggiunti).

<sup>76</sup>Come sinonimo di "diritto" il termine viene usato, di solito, al posto di locuzioni quali «il diritto italiano, il diritto francese, il diritto tedesco» ecc., e quale ricorre nella locuzione «diritto oggettivo» contrapposto a «diritto soggettivo». Sul punto cfr. G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, il Mulino, 1974, Parte I, Cap. I: "Diritto"; G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, 4ª ed., 1999/2000, Bologna, Zanichelli, 1998, p. 181 ss., in partic. la nota 4. Come sinonimo di "sistema" cfr. J. RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System* (1970), tr. it. di P. Comanducci, *Il concetto di diritto. Un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*, Bologna, il Mulino, 1977, spec. p. 137, pp. 163-167; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 97 ss.; ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il

due filoni di pensiero ben consolidati e finemente scandagliati entro i confini della scienza costituzionalistica, l'istituzionalismo romaniano e il normativismo kelseniano<sup>77</sup>. Non è questa la sede anche solo per un accenno alle possibili implicazioni del posto e della funzione del concetto di «ordinamento giuridico» nell'ambito di queste complesse teoriche.

Questo concetto, tuttavia, con riguardo soprattutto al suo uso nella variante di 'ordine giuridico' (*sui generis*) per descrivere l'assetto normativo comunitario, sembra assumere una particolare connotazione, in cui le presunte differenze del termine, sviluppate all'interno delle teorie normativisti-

---

Mulino, 1988, p. 175 ss.; M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, *Dalle origini alla Scuola storica*, Milano, Giuffrè, 2002.

<sup>77</sup>N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993 (che raccoglie insieme sotto un unico titolo i due corsi *Teoria della norma giuridica* e *Teoria dell'ordinamento giuridico*, svolti dall'Autore nell'Università di Torino negli anni accademici 1957-58 e 1959-60), pp. 160-161 così esordiva parlando della 'novità' dell'ordinamento giuridico: «credo che i primi a richiamare l'attenzione sulla *realtà* dell'ordinamento giuridico siano stati i teorici dell'istituzione (...). Non a caso il libro, meritatamente famoso, di Santi Romano è intitolato *L'ordinamento giuridico* (1917)»; e, poi, «l'isolamento dei problemi dell'ordinamento giuridico da quelli della norma giuridica, e la trattazione autonoma dei primi come una parte di una teoria generale del diritto, è stata opera soprattutto di Hans Kelsen». G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., pp. 179-181, individua, sostanzialmente, le medesime aree culturali (con in più quella "bobbiana", comunque riconducibile all'insegnamento di Kelsen), nell'ambito delle quali l'uso «tecnicizzato» del termine «ordinamento giuridico» si manifesta: «il primo filone culturale cui occorre riferirsi è quello del c.d. pluralismo istituzionalistico italiano che prende le mosse e trae ispirazione dall'opera di Santi Romano, ma che ha avuto ed ha sviluppi ed articolazioni nella dottrina italiana anche in tempi recentissimi, con impieghi in vari settori della teoria ed ancor più della pratica, dell'ideologia e della politica del diritto. (...) Nel suo ambito il concetto di ordinamento e perciò le norme per l'impiego del vocabolo «ordinamento» sono state elaborate in funzione di due problemi assunti come problemi teorici, e cioè il problema dell'individuazione ed identificazione di *un* diritto oggettivo (di *un* c.d. ordinamento giuridico) ed il problema dei rapporti tra *più* diritti oggettivi (tra *più* c.d. ordinamenti). Entrambi questi problemi assunti come teorici sono stati ovviamente elaborati in funzione di esigenze pratiche, e le loro soluzioni hanno avuto impieghi pratici. Il secondo filone culturale cui occorre riferirsi è quello del formalismo kelseniano e degli altri filoni formalistici dell'area dottrinale germanica. Nel suo ambito il concetto di ordinamento e perciò le norme per l'impiego del vocabolo «ordinamento» (o meglio «Rechtsordnung») sono state elaborate in funzione di un problema teorico, e cioè del problema della struttura della regolamentazione giuridica complessiva (cioè del c.d. «ordinamento giuridico») e dei rapporti tra gli elementi che lo compongono. Questi elementi, secondo le indicazioni di una duplice tradizione, da un lato formalistica e dall'altro lato sistematica, venivano e vengono pensati come «norme» cosicché il formalismo kelseniano e quelli derivati ne accettarono due elaborazioni concettuali ottocentesche, quella di norma e quella di sistema (la seconda solo precisata nell'Ottocento, ma risalente alla fine del secolo XVII ed alla grande dottrina del secolo XVIII), che erano state messe in crisi dall'evoluzione dell'esperienza giuridica dell'inizio del secolo».

che e istituzionalistiche, paiono scomparire, o, quantomeno, attenuarsi, o, se si vuole, riescono a rapprendersi in un unico grumo, tollerandosi a vicenda. In effetti, su un piano generale, è stato osservato come, in sé, il concetto di 'ordinamento giuridico', in quanto concepito come «insieme ordinato delle norme che lo compongono e alle quali la giuridicità deriva dal loro coesistere ed essere parti del tutto», è «comune» sia all'istituzionalismo che al normativismo; solo che mentre il primo «cerca di dare ad esso un contenuto concreto e, si direbbe, empirico (la società organizzata, l'istituzione)», il secondo «risolve l'«ordinamento» in una modalità fondamentale delle norme, quella appunto di appartenere ad uno stesso universo linguistico, semantico e prescrittivo, cioè propriamente nella primazia del tutto rispetto alle parti»<sup>78</sup>.

Si tratta dell'aspetto denotativo del termine sul quale si gioca la sua fondamentale ambiguità. Si è sottolineato, infatti, che il termine «ordinamento», oltre a contenere un giudizio di fatto quando indica la «composizione di parti in sistema» (l'ordinamento in senso proprio), riceve anche un giudizio di valore, che si identifica con «il fine cui l'ordinamento intende», cioè l'«ordine»<sup>79</sup>. L'ordinamento, cioè, quando è inteso come «ordine» denota, in realtà, un insieme *bene* ordinato, poiché il contrario di ordine è «disordine», «dispersione», «separazione», «scissione». Perciò, «ordinamento» diventa sinonimo di «insieme di elementi disposti *secondo* un certo ordine», e, in questo senso, esso contiene una connotazione di carattere *positivamente valutativo*<sup>80</sup>. Insomma, il valore è l'ordine. E se l'ordine è un valore, allora è possibile ricondurre le ragioni di 'validità' dell'ordinamento giuridico alla sua stessa esistenza: «la *validità-esistenza* dell'ordinamento giuridico è dunque la sua stessa pensabilità prima ed oltre le norme che lo compongono. Essa non è propriamente predicato dell'ordinamento giuridico, ma il suo stesso essere o modo di essere. Non è qualità di esso, ma soggetto (supporto) di eventuali qualità, non *qualitas*, ma *quidditas*»<sup>81</sup>.

L'ordine, come fine dell'ordinamento, come condizione della sua stessa pensabilità, consente di *trasferire* il modo d'essere dell'ordinamento sulle caratteristiche esistenziali, reali, sociali dell'oggetto ordinato: «la giuridicità

<sup>78</sup> F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980, p. 681.

<sup>79</sup> F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 678.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 679 (corsivi aggiunti).

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 687 (primo corsivo aggiunto). In senso analogo A.G. CONTE, *Ordinamento giuridico* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, Utet, pp. 45-54.

si risolve, in ogni caso, nel suo carattere ordinativo: comportamento ordinato, regolato, disciplinato, conforme alla norma; ovvero misura, schema, modello, regola, norma ordinante. In sintesi, la giuridicità si realizza nella dialettica dell'ordinare e dell'essere ordinato: *ordo ordinans* ed *ordo ordinatus*<sup>82</sup>.

Questa ambiguità è certamente stata più sfruttata all'interno della teoria istituzionalistica, che non di quella normativistica. Tuttavia, sembra che oggi, proprio con riferimento alla legittimazione teorica dell'ordinamento comunitario, sia in atto il movimento contrario. Nel senso che, quella stessa ambiguità su cui l'istituzionalismo aveva fatto perno per portare alle estreme conseguenze il giuspositivismo, facendone emergere il risvolto effettuale rimosso (quello della 'forza' come interfaccia permanente dell'ipotesi logico-giuridica)<sup>83</sup>, viene, oggi, rimodulata ideologicamente, in un'ottica para-normativistica, per sublimare la conflittualità sociale che l'instaurazione dell'eurosistema produce, e, contestualmente, per veicolare, presentandolo come teoreticamente necessitato, un certo contenuto minimo (ma sufficiente) della costituzione.

L'espressione compiuta di questa operazione concettuale sistematica, che rappresenta il sottofondo molto spesso inespresso, il principio operativo, la griglia conoscitiva privilegiata, per accedere ai termini essenziali in cui, sovente, la lettura del processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento comunitario viene a risolversi, si rinviene in quella corrente di pensiero denominata neo-istituzionalismo o istituzionalismo normativista<sup>84</sup>. Al di là delle formule classificatorie, è importante tentare di comprendere come questo nuovo filone culturale, sempre più diffuso a livello costituzionale (per esempio, proprio nelle teorizzazioni del neocostituzionalismo multilivello), pur muovendo da un'impostazione opposta a quella contenuta nello schema weberiano prima tracciato, giunga a conclusioni pressoché identiche in ordine al modo di considerare la disciplina dei rapporti economici e sociali.

<sup>82</sup> F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 679.

<sup>83</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., pp. 283-284, parla della posizione di Santi Romano, «il cui istituzionalismo rappresenta l'estremo sviluppo del positivismo, il punto d'arrivo in cui si consuma la totale riduzione dello stato all'organizzazione della forza così come essa è».

<sup>84</sup> Il riferimento è al caposcuola di tale corrente, N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, cit. Si terrà ampiamente conto, inoltre, di quello che può essere considerato il "manifesto" teorico del neo-istituzionalismo contemporaneo, almeno in ambito strettamente costituzionale, e cioè N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus* (1985), tr. it. e a cura di M. La Torre, *Il diritto come istituzione*, Milano, Giuffrè, 1990.

Entro quest'idea di costituzione, il 'sociale' e l' 'economico', rientrano nel 'giuridico' attraverso una forma idealistica di normativismo che priva, di fatto, il costituzionalismo, che su quella forma si erige, delle sue prerogative democratiche sostanziali. Non è accidentale che, per quanto questa forma rinnovata di istituzionalismo voglia 'scendere nel sociale', esso non possa fare a meno di catturarlo attraverso una forma criptata di normativismo che, in definitiva, lo fonda.

D'altra parte è proprio questo tipo di teorica – come si vedrà – a consentire di stabilire una continuità ideale tra ordinamenti, relegando, da un lato, la questione della loro democraticità a una mera questione di diversa *gradazione* normativa del modo d'essere dell'ordinamento, e, dall'altro lato, la questione dell'esercizio del potere costituente a mero avvicendamento giuridico tra ordini sociali compiuti e stabilizzati.

Possiamo anticipare, fin d'ora, che, seguendo questo tipo di impostazione, si giungerà ad ammettere, in relazione all'ordinamento europeo, l'esistenza di una costituzione 'ordinamentale', e ciò in un duplice significato: 1. la nozione di costituzione coincide con la nozione di sistema di norme, dotato di unità, coerenza e completezza, che, in base a meccanismi minimi di riconoscimento (prassi) sociale, soddisfa una condizione sufficiente di autoreferenzialità (pluralismo normativo); 2. ci sono più costituzioni – come ci sono più ordini normativi, più ordinamenti giuridici –, ciascuna, al suo interno, coerente e completa, tra cui intercorrono rapporti (pluralismo costituzionale).

Le premesse di questa linea di pensiero sono identiche a quelle che hanno indotto la Corte di giustizia delle comunità europee a dichiarare l'atipicità dell'ordinamento comunitario rispetto allo schema consolidato del Trattato internazionale: se nel sistema di norme europeo alcune di esse erano esplicitamente indirizzate a cittadini dei singoli Stati, allora per consentire che essi disponessero delle libertà economiche che quel sistema garantiva, occorreva semplicemente prendere atto dell'esistenza, dell'effettività di quel sistema normativo, di quell'ordine giuridico.

Per quanto, però, il punto di partenza sia questo, è difficile che una legittimazione costituzionale possa fondarsi durevolmente su questo tipo di argomentazione. Soprattutto perché occorreva sostituire al tipo di legittimazione offerta dalle costituzioni politiche una base di riconoscimento sociale altrettanto credibile e diffusa.

Ciò che è importante, infatti, per l'impostazione teorica in esame, non è il mero riconoscimento dell'effettività dell'ordinamento comunitario, l'impossibilità di non poter non tenere conto del suo esserci, quanto, piuttosto, l'impossibilità che di esso si tenga conto indipendentemente dalla struttura ordinamentale (di norme) che lo caratterizza. L'effettività dell'ordinamento

comunitario non esaurisce la sua realtà. La sua esistenza è legata, intrecciata, è, insomma, tutt'uno con la rete normativa che ne determina, ne *costituisce* (pressoché interamente) lo stesso intrinseco modo d'essere. Non è possibile distinguere il mercato (comune) dall'ordine giuridico che lo contiene, anzi che lo *in-forma*. Il mercato comune è un fatto realmente esistente, un fatto 'vero', in quanto è, prima di tutto, un fatto 'istituzionale', cioè un fatto ordinato secondo certe norme. Il mercato comunitario – la comunità economica europea – esiste per i soggetti che vi operano solo in quanto "ordine giuridico", in quanto struttura che *riflette l'identità* tra comportamenti prescritti dalle norme giuridiche e comportamenti effettivamente vigenti.

Ora, come fatto "istituzionale" – la cui "verità" dipende, in misura decisiva, dall'interpretazione di quel "fatto" «alla luce di pratiche umane e di leggi normative», cioè di pratiche istituzionali<sup>85</sup> – l'ordinamento comunitario ha preso, inizialmente, la forma di un Trattato internazionale. Secondo questa concezione, infatti, i concetti di "trattato" o anche di "costituzione" (così come anche quelli di negozio, contratto ecc.) sono riconoscibili come tali, innanzitutto, perché realizzati mediante «attività e atti particolari» compiuti «secondo» (e soltanto *secondo*) e «con riguardo» (e soltanto *con riguardo*) a *norme*. Per cui, non sono i concetti di *quel* "trattato" o di *quella* "costituzione" ad esistere di per sé, ma essi «assumono significato e divengono intelligibili mediante convenzioni e norme. Allorché si presentano casi particolari nei quali queste norme vengono soddisfatte, allora in ciascun caso specifico esiste un *campione particolare* della "istituzione" (se possiamo così definire la classe – che qui rileva – di concetti) in questione»<sup>86</sup>.

Quindi, *quel* "trattato" e *quella* "costituzione" esistono *solo* come epifenomeni (campioni, in questo senso, fatti *istituzionali*) di un'«istituzione-concetto» che è *il* "Trattato", che è *la* "Costituzione", ossia un certo modo di ordinare determinati fenomeni<sup>87</sup>. Ciò che distingue un "trattato" da una "costituzione" è la diversa capacità ordinante di oggetti pensati secondo certi rapporti logico-normativi, riferita a un dato sistema di norme. Il che vuol dire che le istituzioni-concetti «*esistono* relativamente a sistemi norma-

<sup>85</sup> N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 14.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>87</sup> Non va dimenticato, infatti, che qui il fine è l'ordine *in sé*. Lo stesso ordinare è il disporre i fili nelle tessere, valore che conserviamo ancora nella parola *ordito*. L'ordito, l'ordine sono i fili disposti sul telaio per intessere. Quindi, c'è già l'idea di un insieme di elementi disposti in ordine seriale, in classi.

tivi dati, e determinano quali possibilità istituzionali siano presenti all'interno del sistema»<sup>88</sup>.

Per esempio, il Trattato di Roma del 1957 era, in origine, un “fatto istituzionale” riconducibile all'istituzione-concetto “Trattato (internazionale)”. Sulla base del sistema ideale di norme considerato, delle convenzioni e delle pratiche riconoscimentali da esso derivanti, era così. Dopo le sentenze della Corte di giustizia, è stato possibile ricondurre quel fatto istituzionale (l'ordinamento comunitario) all'istituzione-concetto “Costituzione”. Prima l'istituzione-concetto “Costituzione” non esisteva rispetto al sistema di norme comunitario. È successo, tuttavia, che si è prodotto, all'interno del sistema normativo dato, attraverso un procedimento essenzialmente ermeneutico (l'interpretazione dell'ordinamento comunitario come ordinamento dotato anche di “norme primarie” – di norme cioè attributive di diritti e di obblighi nei confronti dei singoli), un ampliamento delle possibilità istituzionali, per cui si è determinata una mutazione del fatto istituzionale (divenuto ordine giuridico sui generis) che è stato possibile considerare un campione dell'istituzione-concetto “Costituzione”.

Qui, ciò che è cambiata è stata l'*idea* di un insieme di elementi disposti in ordine seriale, è mutata, cioè, la classe di riferimento del fatto istituzionale. Per dirla con i neoistituzionalisti (ma, forse, con tutta la teorica ‘ordinamentale’) «dietro il fatto istituzionale, nascosta in qualche caverna platonica, giace l'istituzione stessa»<sup>89</sup>; per cui la socialità di quelle norme dipende (da), si risolve (in) un loro particolare modo di essere e di *esistere*: «l'ontologia delle norme, il loro aspetto ideale e reale, determina il loro modo di considerare l'ordinamento giuridico. La comprensione del fenomeno giuridico come dinamica giuridica risulta dalla connessione dell'analisi delle relazioni ideali del sistema giuridico con la disamina della questione dell'essere reale dell'ordinamento giuridico. Compito della scienza giuridica è intendere la *vita giuridica* riconoscendo i rapporti logico-normativi tra gli atti giuridici e le norme giuridiche dei diversi livelli e comprendendo le norme e le loro relazioni logico-normative come reali socialmente, cioè come diritto positivo»<sup>90</sup>.

Secondo questa impostazione, in definitiva, la “costituzione” europea esisterebbe come campione di un certo modo di combinarsi di un sistema di norme. Un astratto procedimento ermeneutico, di cui si è fatta interprete

---

<sup>88</sup> N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 15.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 62.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 52.

occasionale ma principale la Corte di giustizia, avrebbe generato l'istituzione-concetto "Costituzione" rispetto al sistema di norme comunitario.

Il punto decisivo è proprio l'*ontologia* del sistema normativo: «noi non crediamo», è stato spiegato, «che la normatività del diritto presupponga o sia necessariamente radicata in valori oggettivi e in principi immanenti al giusto. Anche se tali valori oggettivi e principi immanenti esistono, noi crediamo che ciò non sia provato né invero provabile. Riteniamo invece che sia possibile spiegare le norme giuridiche e sociali (eteronome) e quelle individuali (autonome) senza bisogno di un tale presupposto. Mentre è assai discutibile se ci siano o no valori oggettivi, è evidente la *esistenza* di norme e istituzioni giuridiche»<sup>91</sup>. Detto in termini più diretti: «la questione primaria non è quella delle *forze* che costituiscono le istituzioni, ma piuttosto quella dell'*ontologia* delle norme giuridiche»<sup>92</sup>.

Dietro questa considerazione del sistema di norme come norme di una realtà oggettiva, dietro la postulazione di una sua intrinseca esistenza nella 'realtà', c'è la convinzione che la validità dell'ordinamento giuridico nel suo complesso dipenda da un accertamento riguardo alla circostanza che le «norme fondamentali» del sistema giuridico, di cui una singola norma in questione è parte, siano *elementi* di istituzioni effettivamente esistenti (nulla a che fare, dunque, con l'impianto kelseniano, ove la validità dell'ordinamento può essere affidata a criteri formali di risalita all'interno dell'"albero genealogico" dello *Stufenbau*). Ciò consente di concepire la norma come un dato sociale. E consente di attribuire all'enunciato normativo un valore che, in un certo senso, è analogo al valore di "verità" ascritto dalla logica proposizionale agli enunciati descrittivi. Un valore di "verità" che, respinto sul piano dell'oggettività dei valori – in quanto degli enunciati che contengono un 'dover essere' non si può dire che essi siano 'veri' o 'falsi' – viene recuperato sul piano dell'essere, dell'effettività.

Perché ciò sia possibile, tuttavia, è necessario stabilire uno speciale circolo conoscitivo all'interno della realtà (normativa) osservata: le istituzioni (intese come entità sociali) sono la fonte di validità delle norme, e dall'altra parte, senza norme non è possibile avere istituzioni, nel senso fondamentale che le norme *costituiscono* una condizione di possibilità (e di pensabilità) delle istituzioni. In questo modo, ciò che *costituisce* l'ambito di azione è l'ambito di azione stesso.

---

<sup>91</sup>N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 11.

<sup>92</sup>*Ibidem*, p. 36.

Sul piano del diritto costituzionale, allora, non si tratta più di conformare l'ordine politico e sociale complessivo attraverso delle norme limitative e conoscitive delle forme di potere che i rapporti di soggezione economici, politici e sociali esprimono. La *costitutività* delle norme fondamentali non opera secondo questo schema. Nell'impostazione neoistituzionalista, infatti, c'è un rovesciamento di prospettiva. Sono i rapporti politici, economici e sociali ad essere "copie", "indizi", del modello (unico, essenziale) di costituzione (una sorta di *Ur-Verfassung*), che un certo tipo di relazione logico-formale tra norme (l'unico tipo di relazione che, dal punto di vista della scienza giuridica, abbia una funzione conoscitiva del reale) definisce e stabilisce.

Questo significa che ciò che distingue una 'costituzione' da un 'trattato' e viceversa non ha nulla a che fare con gli attori collettivi coinvolti nei processi costitutivi del patto politico e sociale, o con la politicità o l'economicità delle decisioni, ma, più esclusivamente, con un procedimento *ermeneutico*, anzi con un «circolo ermeneutico», – che nella tradizione dell'ermeneutica va da Platone a Schleiermacher, fino a Gadamer – il quale consiste sia nell'intendere il particolare in funzione dell'universale, sia, viceversa di capire l'universale partendo dal particolare<sup>93</sup>. Con contestuale accrescimento patologico del ruolo legittimante del potere giudiziario e dei giuristi, depositari di una presunta 'verità' interpretativa, fautori ultimi della distinzione tra costituzioni e non-costituzioni<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Scrive H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode* (1960, 1965, 1972), tr. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 2004, p. 555: «l'interpretazione comincia con dei preconcetti i quali vengono via via sostituiti da concetti più adeguati. (...) Chi cerca di comprendere, è esposto agli errori derivati da presupposizioni che non trovano conferma nell'oggetto. Compito permanente della comprensione è l'elaborazione e l'articolazione dei progetti corretti, adeguati, i quali come progetti sono anticipazioni che possono convalidarsi solo in rapporto all'oggetto. L'unica obiettività qui è la conferma che una presupposizione può ricevere attraverso l'elaborazione. Che cos'è che contraddistingue le presupposizioni inadeguate se non il fatto che, sviluppandosi, essi si rivelano insussistenti? Ora, il comprendere perviene alla sua possibilità autentica solo se le presupposizioni da cui parte non sono arbitrarie. C'è dunque un senso positivo nel dire che l'interprete non accede al testo semplicemente rimanendo nella cornice delle presupposizioni già presenti in lui, ma piuttosto (...), mette alla prova la legittimità, cioè l'origine e la validità di tali presupposizioni».

<sup>94</sup> In questo senso, si vedano le osservazioni di P.P. PORTINARO, *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. COSTA-D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 387 ss.; ID., *Inflazione del diritto e crisi di effettività*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività*, cit., p. 323 ss. Il diritto, in questa impostazione, viene assimilato a un «sistema di dottrine (teoremi)», che descrive e spiega i fatti effettivi; è, per così dire, il prodotto di una trattazione 'scientifica', anziché – secondo un'idea normativa di costituzione – configurarsi come una «serie di precetti che regolano il

Naturalmente, in questo contesto, le domande eluse sono domande fondamentali: *chi* stabilisce e *come* si statuisce il contenuto dell'*Ur-Verfassung*? È evidente, infatti, come – secondo questa impostazione –, essendo la matrice di tale costituzione logico-formalistica, o, tutt'al più, logico-argomentativa, le sue caratteristiche dovranno essere, per forze di cose, "essenziali", elementari, minime: essa coinciderà, secondo lo schema hartiano, con il connubio tra norme 'primarie' e norme 'secondarie'<sup>95</sup>. Cioè, sarà sufficiente, perché la costituzione-storica (particolare) imiti il concetto (istituzione) pre-costituito (il pre-concetto) di Costituzione (universale), che vi siano norme attributive di diritti e di obblighi e norme che statuiscono il conferimento di poteri.

Torna, qui, l'idea angloamericana, antica, premoderna di un costituzionalismo essenzialmente 'negativo': l'esigenza primaria è che un ordinamento costituzionale «sia governato in coerenza con la *rule of law*, e che l'esercizio del potere di governo» sia «sottoposto a limiti nel rispetto dei diritti fondamentali. Il costituzionalismo ne è condizione di legittimità», e, tra le sue implicazioni, vi «è quella per cui una costituzione debba recare in sé una chiara allocazione di poteri nonché una loro ragionevole separazione»<sup>96</sup>. Pertanto, la «sussistenza di norme di natura costituzionale» all'interno dell'ordine giuridico comunitario appare più che provata: «è alquanto evidente e non desta sorprese la circostanza che vi sia effettivamente un complesso coerente di norme che individua sedi di poteri e di funzioni e che impone determinati doveri che sono correlati alle quattro libertà fondamentali che si applicano alla Comunità in quanto "mercato comune"»<sup>97</sup>.

---

comportamento di soggetti e degli organi della comunità giuridica, un sistema di norme che sono il prodotto di atti di volontà», così H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, cit., p. 172.

<sup>95</sup> Va ricordato che lo schema tracciato da H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), tr. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, p. 95 ss., per definire il diritto in genere (schema usato dal neoistituzionalismo per considerare integrata la nozione di costituzione all'interno di qualsiasi ordine normativo in cui si realizzi una molecularizzata prassi sociale di riconoscimento), consiste proprio nell'unione tra norme c.d. primarie (quelle che «impongono agli uomini di compiere o di astenersi dal compiere certe azioni, che lo vogliono o no») e norme c.d. secondarie («sussidiarie o secondarie rispetto a quelle del primo tipo» e che «stabiliscono che gli uomini possano mediante certi atti o certe parole, introdurre nuove norme del tipo primario, abrogarne o moltiplicarne delle antiche, determinare in vari modi la loro incidenza o controllare le loro operazioni»; esse, cioè, «attribuiscono poteri, pubblici o privati») (p. 97).

<sup>96</sup> N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, cit., p. 227.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 275.

Quanto, poi, alla consuetudine (norma) di riconoscimento, la quale – come è noto – coincide con una «prassi complessa, ma di solito concorde, dei tribunali, dei funzionari e dei privati, di individuazione del diritto in riferimento a certi criteri»<sup>98</sup>, e che rappresenta l'elemento determinante perché vi sia una costituzione compiuta, essendo il perno concettuale della legittimazione costituzionale in assenza di un sistema politico, essa può manifestarsi in due modi. O «null'altro è che un assunto appartenente ad una *prassi giudiziale* che consiste nell'attribuire valore ad un ordine classificatorio uniforme di criteri di riconoscimento e nel considerare obbligatoria l'applicazione in sede giudiziaria di norme che, sulla scorta dei criteri in questione, si assumono come vincolanti»<sup>99</sup>. Oppure, proprio perché affidata, nel suo farsi, essenzialmente al consenso molecolarizzato (seppure comune e diffuso) di giudici, privati e funzionari, essa si struttura secondo una finalità ben precisa: «la consuetudine, che è il fondamento di ogni costituzione stabile e duratura, è (...) un *esercizio* della ragione pratica che si manifesta nel consenso di molti e diversi individui sulla distribuzione del potere di legiferare, di giudicare e di amministrare, all'interno di quella comunità cui quegli individui sentono di appartenere. *Tale consenso è concepito sempre come diretto a preservare un valore, quello, detto in termini generali, dell'ordine contro il caos, là dove l'ordine in questione è spesso manifestamente favorevole all'interesse privato di coloro che esprimono il loro consenso col maggiore vigore.* Tale consuetudine non è tanto in sé una collezione di norme quanto piuttosto, da un lato, ciò che legittima le norme emanate o precisate da coloro che sono in vario modo autorizzati a farlo, e, dall'altro lato, una congerie di atteggiamenti pratici rispetto a criteri di condotta cui i giudici, i legislatori e anche i giuristi dogmatici possono dare forme di norme relativamente articolate»<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 130. Ma analoga definizione si rinviene in N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., p. 232, ove la c.d. 'consuetudine di riconoscimento' equivale a «un prodotto della ragione pratica degli esseri umani applicata alla necessità di assicurare un quadro stabile alla convivenza umana. Essa si costituisce mediante giudizi pratici largamente condivisi sul modo e i limiti ("diritti") della coesistenza e del processo decisionale collettivo della comunità».

<sup>99</sup> N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, cit., pp. 229-230.

<sup>100</sup> N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, cit., pp. 233-234 (corsivo aggiunto).

### 3.1. La costituzione 'mista': la forma perfetta della costituzione 'ordinamentale' europea multilivello

Come si vede, sul piano del diritto costituzionale, quando il valore è l'ordine in sé, l'enigma del consenso (la questione della legittimazione del sistema normativo) tende a risolversi in favore degli interessi privati di coloro che lo esprimono con maggior vigore, di coloro che dispongono delle risorse materiali adeguate e hanno accesso ai rimedi negoziali e giudiziali necessari a farlo valere con la dovuta forza.

Infatti – in questa descrizione teorica – la trasformazione delle costituzioni in ordinamenti concepiti come l'esito di particolari discorsi logico-argomentativi (teoremi), esige, di solito, che il riconoscimento di tali costituzioni, venga presentato come l'esito di una prassi consensuale di tipo «molecolare»<sup>101</sup>. Secondo tale prassi dovrebbero essere riconosciute come 'valide' quelle regole 'reali' in grado di determinare effettivamente il comportamento degli individui sottoposti all'ordinamento giuridico, a seconda del caso concreto disciplinato e della specifica capacità predittiva (capacità di stabilire che qualcosa è o sarà in un certo modo) che a quelle regole verrà attribuita da un'autorità particolare chiamata ad applicarle (tribunali, funzionari o privati).

Gli ordini giuridico-istituzionali dovrebbero, cioè, svolgere la funzione, per così dire, di certificare la perfetta corrispondenza tra calco normativo e situazione reale, sulla quale si fonda il grado di effettività concreta dell'ordinamento («i sistemi di norme, scopi e valori non sono forze organizzatrici e giustificatrici logicamente precedenti alla realtà sociale (...) essi sono piuttosto sistemi di deliberazione e di controllo, costituiti mediante azioni e interazioni sociali»)<sup>102</sup>.

In questa impostazione, l'oggetto di una costituzione, pensata, innanzi tutto, come epifenomeno di un concetto istituzionale ordinante di una certa specie, consisterebbe negli schemi di comportamento effettivo deducibili dallo svolgersi della vita sociale; consisterebbe, in altre parole, nel sistema di regole descrittivo dell'effettivo comportamento umano, di per sé rappresentativo del fenomeno giuridico. Di qui, la necessità di una base di legittimazione 'molecolare', legata al molteplice modo d'essere dell'esperienza umana, che finisce, però, per dipendere dal grado effettivo di potere (potere della dottrina e delle sfere d'influenza giudiziale, amministrativa, politica ed

---

<sup>101</sup> L'espressione è di M. DOGLIANI, *Intervento*, cit., p. 480.

<sup>102</sup> N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalischen Rechtspositivismus*, cit., pp. 36-37.

economica) che l'insieme delle gerarchie, che materialmente e moralmente dirige una società, riesce ad accumulare. In questo senso, una costituzione può esistere a condizione che, da un lato, derivi la sua 'normatività' dall'effettività', e, dall'altro lato, sia legittimata sulla base dei rapporti concreti e 'reali' di potere; essa, dunque, esiste «perché e nella misura in cui le proposizioni giuridiche sono nel complesso trattate, per una gamma di ragioni che è sorprendentemente vasta, come una base adeguata e perfino vincolante per l'esercizio dell'azione o per l'inazione, e sono esplicitamente riconosciute come tali, e come tali invocate in una molteplicità di modi nel corso dell'esistenza umana. In questo senso l'effettività dipende sia dalla legittimazione a fronte dei soggetti la cui attività è regolata dalle norme putative del sistema, sia dal potere che gli organi dello stato esercitano sotto il profilo dell'influenza sulla condotta degli esseri umani nei cui confronti le norme dirigono i loro precetti»<sup>103</sup>.

È questa la «sfera materiale di efficacia»<sup>104</sup> della Costituzione-concetto. Una sfera che coincide con l'ambito "costituzionale" europeo, che consente (una volta provato che esiste come situazione particolare di soddisfazione della costituzione ideale) di "costituzionalizzare" il sistema di norme comunitario, ma anche, di "ordinamentalizzare" le precedenti costituzioni "normative" nazionali, dando vita a un macro-ordine di sistemi giuridici interattivi (quel pluralismo costituzionale, che è parte essenziale della costituzione ordinamentale)<sup>105</sup>.

La costituzione ordinamentale europea può essere anche vista, infatti, come «ordinamento composito» o «multilevel constitution», e il suo modo concreto di funzionare è stato efficacemente espresso attraverso l'immagine della «costituzione mista». È questa la forma perfetta della costituzione ordinamentale, condensando in sé quelle caratteristiche formali e materiali che consentono di spiegare e di giustificare la sua base di legittimazione in termini non necessariamente democratici. Ove, cioè, la democrazia diventa solo una possibile variante funzionale del sistema ordinamentale. Anche in questo caso si seguirà il percorso teorico tracciato dal neo-istituzionalismo,

---

<sup>103</sup> N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, cit., p. 228.

<sup>104</sup> La «sfera materiale di efficacia» delle norme, come si sa, è un argomento individuato e ampiamente sviluppato da H. KELSEN, per esempio, in *General Theory of Law and State*, cit., p. 368 ss. È esplicitamente richiamata da N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, cit., p. 231, nota 24.

<sup>105</sup> Di sistemi giuridici «interattivi» e di relazioni giuridiche «interattive» parla espressamente N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, cit., pp. 234-235.

in sé riassuntivo di un approccio costituzionalistico alquanto diffuso al tema del *deficit* democratico dell'Unione.

Il punto di partenza è che il nuovo ordine giuridico, certificato dalle decisioni della Corte di giustizia – decisioni che ne hanno avvalorato la caratura 'costituzionale' – sfida la base metodologica consueta (quella pattizia internazionalistica), per giudicare del «reciproco riconoscimento di efficacia» tra ordinamenti (o sistemi) giuridici<sup>106</sup>.

In questa impostazione, si predilige il metodo del «pluralismo inclusivo»: «con tale termine si esprime il principio secondo cui ordini giuridici tra loro distinti, ma autenticamente normativi, possono coesistere»<sup>107</sup>. Si è visto quali siano le pre-condizioni criptoideologiche necessarie a certificare l'autenticità normativa di qualsivoglia ordinamento giuridico (costituzionale).

Questa scelta di discutere della legittimità dell'ordinamento comunitario e del suo rapporto con gli ordinamenti costituzionali nazionali in termini di «pluralità di ordini normativi istituzionali, ciascuno dotato di una costituzione operante»<sup>108</sup> –, all'interno di un mutuo riconoscimento della sfera di legittimità di ciascuno nei confronti dell'altro, presuppone, come si è visto, un modello ideale di costituzione.

Per rendere comprensibile la complicata architettura del "commonwealth" europeo è necessario, infatti, ricorrere alla «saggezza del passato»<sup>109</sup>, richiamando la nozione di "costituzione mista", la quale dovrebbe aiutarci ad accettare che ciò che comunemente viene percepito come *deficit* democratico dell'Unione europea, altro non sarebbe che lo stesso *modo d'essere* della struttura costituzionale sovranazionale, una risorsa organizzativa per realizzare – in forme diverse – dalle consuete concezioni "olistiche" della democrazia – il bene comune, anzi il bene comune nelle sue molteplici e anche contraddittorie manifestazioni.

Questo significa che 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 si considerano le cose da tale punto di vista, è bene rammentare a noi stessi che si sta discorrendo di un commonwealth creato attraverso accordi fra commonwealth a loro volta preesistenti e tuttora coesistenti, e che ciascuno di essi, in quanto stato costituzionale, a norma della sua costituzione trae vantaggio dai valori della responsabilità democratica dell'esecutivo e

---

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>107</sup> *Ibidem*, pp. 204-205.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 209.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 289.

del legislativo unitamente all'indipendenza del potere giudiziario ed a qualche forma di separazione dei poteri»<sup>110</sup>.

Se è vero che la struttura portante dell'Unione è fondamentalmente «oligarchica», sarebbe tuttavia possibile – per questa linea di pensiero – contemplare una vera e propria «*legittimazione democratica degli oligarchi*»<sup>111</sup>. Una legittimazione che deriverebbe «sia dall'attività decisionale che in chiave collettiva è disimpegnata nel Consiglio dei membri di governi nazionali democraticamente responsabili, sia dai voti che si esprimono in seno al Parlamento europeo il quale è dotato di poteri ancor meno sviluppati di quelli che tipicamente competono ai parlamenti degli Stati. 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*»<sup>112</sup>.

Il riferimento alla costituzione mista pare assumere, dunque, un certo significato, che ben si concilia, ad esempio, con tutte le teoriche volte a giustificare il tratto costituzionale-rappresentativo dell'Unione europea sulla base del meccanismo della doppia legittimazione. Ma, in questo tornare al passato, c'è un disegno più ampio.

La costituzione mista è un concetto ricorrente nel pensiero antico.

Essa esprime, in effetti, un'idea di *equilibrio*.

Tucidide, ad esempio, apprezza questa forma politica descrivendo la Costituzione dei Cinquemila in vigore ad Atene fra il 411 e il 410 a.C., come mistione tra i pochi e i molti, oligarchia e democrazia, pur mancando l'elemento monarchico<sup>113</sup>.

Platone, a sua volta, interpreta come 'mista' la costituzione di Sparta. In Platone il tratto realistico si accentua e scompare l'utopia di una forma perfetta di governo. Ogni forma 'pura' di governo non viene più sentita come una vera costituzione politica, ma quasi esclusivamente, come un sistema incrinato da forti tensioni interne, in cui una determinata fazione cerca di imporsi sulle altre, per cui è necessario tendere verso un modello di costituzione mista, già prefigurato nell'esperienza spartana della divisione di poteri fra monarchia (doppia) senato (γερονσία) ed eforato. Ogni forma pura di governo (sia essa democrazia, oligarchia o tirannide) rappresenta una non-

<sup>110</sup> *Ibidem*, pp. 289-290.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 291 (corsivo aggiunto).

<sup>112</sup> *Ibidem*, pp. 291-292 (corsivi aggiunti).

<sup>113</sup> TUCIDIDE, *La guerra del Peloponneso*, VIII, 97.2.

costituzione<sup>114</sup>, in cui «una parte di cittadini domina e asservisce gli altri» e «prende ciascuno il nome dal dominio di chi la fa da padrone»<sup>115</sup>. In Platone, assai chiaramente, l'idea di costituzione mista ha la funzione di ri-equilibrare gli scompensi prodotti dal sistema economico e sociale e, in particolare, di compensare l'inferiorità numerica delle classi superiori, al fine di creare un equilibrio 'istituzionalizzato' tra ricchi e poveri e conferire, così, stabilità allo stato. Non è un caso che, nell'indagine storica affidata da Platone all'Ateniese – per la costruzione istituzionale di Magnesia cretese, di cui Clinia è incaricato, insieme con altri, di essere il nomoteta – affiori, come causa principale di disunione interna alla *polis*, l'emergere di interessi economici antagonisti e di contrasti fra generazioni, anche se il sovvertimento istituzionale vero e proprio si verifica quando la disunione coinvolge i membri del gruppo al potere<sup>116</sup>.

Sempre in questo senso, la costituzione mista di Aristotele, che deriva dalla «sintesi o mistione» di democrazia e oligarchia<sup>117</sup>, rappresenta questo sforzo di bilanciamento tra struttura sociale «naturalmente» e «fermamente» disuguale e assetto ordinamentale compensativo di quella struttura, a fini di garanzia di stabilità e ordine. I modi di abbinamento, all'interno della sintesi (o mistione) di democrazia e oligarchia, possono essere diversi: «si possono cioè prendere le prescrizioni legislative di entrambe le costituzioni, per esempio riguardo all'amministrazione della giustizia (così nelle oligarchie stabiliscono un'ammenda per i ricchi se non fanno da giudici, ma per i poveri nessuna ricompensa, mentre nelle democrazie c'è una ricompensa per i poveri, ma per i ricchi nessuna ammenda: ora entrambe queste prescrizioni costituiscono un elemento comune e medio a queste costituzioni, e perciò sono anche caratteristiche della *politeia* in quanto risulta dalla mistione di tutte e due). È questo, dunque, un modo di abbinamento: un altro è prendere il medio di ciò che entrambe le costituzioni prescrivono: così per

---

<sup>114</sup> PLATONE, *Le Leggi*, 832 c, spiega le cause dei mali della città, attraverso le parole dell'Ateniese rivolte a Clinia: «Io affermo che sono cause le non-costituzioni di cui ho parlato spesso nei precedenti discorsi, la democrazia, l'oligarchia e la tirannide. Infatti, nessuna di queste è costituzione, ma tutte si potrebbero definire molto correttamente predomini di una fazione; infatti nessuna governa volontariamente su sudditi che la vogliono, ma volontariamente sempre con una qualche violenza su sudditi che non la vogliono, e colui che governa temendo chi è governato non gli permetterà mai di sua spontanea volontà di diventare né onesto, né ricco, né forte, né coraggioso, né assolutamente atto alla guerra».

<sup>115</sup> *Ibidem*, 7139.

<sup>116</sup> «Può essere dissolto un regno, in nome di Zeus, o fu mai dissolto da altri che dai suoi detentori?», *ibidem*, 683 c.

<sup>117</sup> ARISTOTELE, *Politica*, IV, 1294 a-35.

la partecipazione all'assemblea, le democrazie non esigono censo alcuno o del tutto esiguo, le oligarchie lo esigono elevato: ora comune non è né l'uno né l'altro, ma un censo medio tra quelli prescritti dalle due costituzioni. In un terzo modo si possono combinare i due ordinamenti prendendo alcune prescrizioni dalla legislazione oligarchica, oltre che da quella democratica: voglio dire cioè che, a quanto si ritiene, è democratica l'assegnazione delle cariche a sorte, oligarchica, invece, per elezione, che è democratica l'elezione indipendentemente dal censo, oligarchica l'elezione in base al censo: ora è conforme all'aristocrazia e, quindi, alla *politeia* prendere ciascun elemento da ciascuna delle due costituzioni e fare le cariche elettive secondo l'oligarchia, renderle indipendenti dal censo secondo la democrazia»<sup>118</sup>.

La miscelazione è ben avvenuta, secondo Aristotele, quando della stessa costituzione è possibile dire, contemporaneamente, che essa è democratica e oligarchica, a seconda delle caratteristiche enucleate dai diversi osservatori. Come nel caso della costituzione dei Lacedemoni: «molti tentano di presentarla come se fosse una democrazia, perché il sistema ha molti tratti democratici», mentre «altri invece la chiamano oligarchica, perché contiene molti elementi oligarchici»<sup>119</sup>.

In una *politeia*, però, conclude Aristotele, «nella quale la combinazione è stata ben realizzata», c'è una caratteristica, per così dire, oggettiva, che la definisce: «entrambi gli elementi devono apparire e nessuno dei due, e deve mantenersi in vita con le sue proprie risorse e non con aiuti esterni – e con le sue proprie risorse significa non che devono essere di più i sostenitori (questo potrebbe capitare anche a una costituzione cattiva) ma che nessuna parte dello Stato vuole assolutamente un'altra costituzione»<sup>120</sup>.

Con Polibio, invece, al centro della richiamata costituzione mista dei Romani non c'è più la questione “sociale”, il tema del ri-equilibrio fra ricchi e poveri, ma, soprattutto, aspetti tecnico-formali (o presunti tali), come la natura dei diversi poteri e i rapporti fra assemblea, consiglio e magistratura. Nonché, come si desume dal ‘ciclo’ costituzionale, una certa visione della storia.

Polibio muove dalla «complessità» della costituzione dei Romani<sup>121</sup>. Essa deve essere intesa soltanto come unione particolare dei tre generi di costituzione che la tradizione del pensiero greco ha saldamente individuato e analizzato: regalità (monarchia), aristocrazia (oligarchia), democrazia. Il princi-

<sup>118</sup> *Ibidem*, 1294 a-35-40 e 1294 b 5-10.

<sup>119</sup> *Ibidem*, 1294 b-20 e 1294 b-30.

<sup>120</sup> *Ibidem*, 1294 b-35.

<sup>121</sup> POLIBIO, *Storie. Frammenti del Libro VI*, II-3.3.

pio-base che spiega la possibile prescrittività ed efficacia di una costituzione-complexa è quello già messo a punto da Licurgo nella costituzione spartana: «si deve considerare come la migliore costituzione quella che consiste dell'unione di tutte le forme particolari prima ricordate»<sup>122</sup>. Licurgo, secondo Polibio, «constatò che ciascuna delle fasi che ho prima ricordato si compie necessariamente e naturalmente, e ne dedusse che ogni forma costituzionale semplice e fondata su un unico principio risulta instabile, poiché rapidamente degenera nella forma negativa a essa corrispondente e conseguente per natura». Ebbene, «Licurgo, avendo previsto ciò, non creò una costituzione, semplice né uniforme, ma cercò di riunire insieme tutte le virtù e le particolarità dei sistemi politici migliori, affinché nessuno di essi, sviluppandosi oltre il dovuto, degenerasse nella forma negativa che gli è conaturata, e, essendo la forza di ciascuno ostacolata da quella degli altri, nessuno di essi si rivolgesse da nessuna parte e mutasse di molto, e affinché, al contrario, il sistema politico restasse a lungo in equilibrio e bilanciato, sempre secondo il principio della compensazione»<sup>123</sup>.

La costituzione mista, in questo contesto, è una forza statica, un criterio di limitazione del caos che Licurgo aveva «previsto con il pensiero» «senza dover subire danni», permettendo «agli Spartani di conservare la libertà per il più lungo periodo di cui siamo a conoscenza»; i Romani, invece, «hanno raggiunto lo stesso risultato nelle istituzioni della patria non in forza di un ragionamento, ma attraverso molte lotte e vicissitudini, scegliendo il meglio sempre e solo sulla base della conoscenza maturata nei rovesci della fortuna: giunsero così allo stesso risultato di Licurgo e al sistema migliore tra le costituzioni dei nostri tempi»<sup>124</sup>.

La storia, qui, «si svolge in un processo circolare di rivolgimenti politici: le costituzioni mutano, scompaiono e ritornano di nuovo in una vicenda prefissata dalla natura del divenire»<sup>125</sup>.

Perciò, la costituzione mista è, per Polibio, la convergenza degli avvenimenti storici verso un determinato fine – la potenza mondiale di Roma, e, nello stesso tempo, la forma perfetta della costituzione politica, in quanto dispositivo di controllo sociale, sottratto alla corruzione temporale, baluardo nei confronti di pericolosi processi di trasformazione della società.

<sup>122</sup> *Ibidem*, II-3.7.

<sup>123</sup> *Ibidem*, II-10.6.7

<sup>124</sup> *Ibidem*, II-10.12.13.14.

<sup>125</sup> K. LÖWITZ, *Meaning in History* (1949), tr. it. di F. Tedeschi Negri, *Significato e fine della storia*, Milano, il Saggiatore, 2004, p. 27. Scriveva Polibio: «Questa è l'evoluzione ciclica delle costituzioni, questa è la direzione data dalle cose alla natura, seguendo la quale lo stato delle costituzioni si trasforma, muta e torna di nuovo uguale a se stesso», II-9.10.

Se, allora, si ha già una costituzione d'Europa e questa ha la forma di una costituzione mista, «la questione da porsi è se la commistione che si sta creando sia da considerarsi adeguata o difettosa»<sup>126</sup>. Ma adeguata o difettosa rispetto a cosa?

Anche per Aristotele – come abbiamo visto – una buona costituzione è tale se la combinazione tra oligarchia e democrazia è ben realizzata. E essa è tale se entrambi gli elementi ci sono, sono pensati e si «mantengono in vita» con «risorse proprie», se si autoalimentano. Cioè, la commistione è ben realizzata se la struttura sociale, nelle sue componenti costitutive, resta invariata, modificandosi solo le modalità esteriori di una loro combinazione. L'oligarchia non può trasformarsi in democrazia e viceversa. Nella fenomenologia delle costituzioni tratteggiata dal pensiero antico, la regalità degenera in monarchia, l'aristocrazia in oligarchia, la democrazia in stato bestiale, fintantoché non nasce un nuovo despota o monarca e tutto ricomincia da capo. Esiste un'evoluzione naturale, ciclica, delle costituzioni, rispetto alla quale la c.d. costituzione mista rappresenta un freno, un costrutto artificiale, che ha la funzione di eliminare il conflitto (per Polibio, ad esempio, le fine del conflitto coincide il consolidamento della potenza di Roma), di tenere separati proprio gli ambiti sociali che, entrando in contatto, potrebbero recar danno alla struttura economica e sociale consolidata. La “buona” commistione si fonda sulla netta separazione sociale, politica ed economica tra classi: è l'ordine di ambiti separati. È una sovrastruttura che irrigidisce in uno schema fisso, eppure dinamico nelle sue interazioni istituzionali, la struttura di base della società, lo *status quo*.

In questo senso, affrontare la questione del tasso di democraticità delle istituzioni europee, «ripercorrendo a ritroso le tracce della dottrina in tema di costituzione mista non è una mera eccentricità antiquaria». Infatti, – in quest'ottica – «una simile operazione ci rammenta in modo efficace come il semplice rimarcare l'esistenza di un elemento ademocratico o non democratico nell'ambito di un dato assetto costituzionale non equivale *eo ipso* a condannarlo. Infatti la questione che si pone sul tappeto concerne l'equilibrio che ragionevolmente si può instaurare tra diversi elementi istituzionali. E se le cose stanno in tal modo, allora abbiamo bisogno di qualche base su cui porre in equilibrio gli elementi rilevanti»<sup>127</sup>.

Mancando un sistema politico che esprima il conflitto sociale nelle forme e nelle sedi democratiche, e, quindi, inibendo la capacità rappresentativa di

---

<sup>126</sup> N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, cit., p. 292.

<sup>127</sup> *Ibidem*, ivi.

interessi che spostino «l'attenzione sulle categorie dell'eguaglianza sostanziale nell'esercizio dei diritti di partecipazione politica»<sup>128</sup>, il rapporto individuo-società, all'interno di questo schema costituzionalistico, si risolve nella scelta manichea tra olistico (volontà generale, bene comune) e individualismo (utilitarismo, autorealizzazione personale-ideale)<sup>129</sup>. O, meglio, si risolve nella possibilità che fini sociali e fini individuali, non potendo mai coincidere, si esplicino all'interno di ambiti di azione separati, ciascuno dei quali volto ad *ottimizzare* la funzione specifica che gli è connaturata. Il collegamento fra ambiti viene garantito da un meccanismo sui cui si innesta un giudizio interno (dell'ambito coinvolto) che attiene all'appropriatezza funzionale dei livelli di collocazione del processo decisionale (si è sicuri di aver scelto il livello di governo giusto per realizzare un interesse individuale o sociale?), ossia la sussidiarietà<sup>130</sup>.

Di qui, alcune importanti conseguenze.

Per il costituzionalista, una volta separati gli ambiti 'individualistici' da quelli 'olistici', il problema diventa: «supponendo che si intenda precisare i tipi di processo decisionale che meglio si adattino a particolari settori funzionali, in che modo ciò potrebbe essere fatto?»<sup>131</sup>. Non c'è dubbio che le istituzioni più adatte a «dare realizzazione a vantaggi individualistici di genere strumentale primario» siano le istituzioni economiche di mercato. E, in questo senso, l'unico ruolo che il potere pubblico dovrebbe avere, «l'unico legittimo ruolo decisionale esercitabile su scala collettiva» (torna – come si può notare – il potere coercitivo di ultima istanza weberiano, quel ruolo 'politico' affidato allo Stato), dovrebbe essere «quello di garantire le condi-

<sup>128</sup> F. BILANCIA, *Considerazioni critiche*, cit., p. 64.

<sup>129</sup> Gli elementi di una democrazia, secondo questo tipo di impostazione, si distinguono in individualistici, aventi un valore sociale, e olistici, aventi valenze politiche, nel senso che «si deve considerare la *differenza* tra il chiedersi quanto qualcosa sia positivo per ciascuno di noi nell'accezione individuale, e quanto lo sia per una collettività di qualche tipo. (...) Qualora (...) avvenga che i vantaggi di tipo olistico si possano ridurre a vantaggi di tipo individualistico (o, in realtà, l'inverso), il contrasto orienta la matrice di pensiero lungo un asse orizzontale. L'asse verticale è invece fornito del contrasto fra ciò che è strumentalmente vantaggioso e ciò che è intrinsecamente buono», N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, cit., p. 293.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 296 ss. Sul principio di sussidiarietà la bibliografia è sterminata. Per un resoconto equilibrato e documentato del concetto all'interno del diritto costituzionale, sia sotto il profilo storico che sotto il profilo teorico, si rinvia a I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003; ID., *Sussidiarietà*, in *Nuvole*, n. 25, 2005, p. 151 ss. Con riferimento specifico al governo dell'economia si rinvia, inoltre, a P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002.

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 297.

zioni giuridiche e istituzionali per realizzare la prosperità di mercato libere ed eque. Nell'ambito di simili strutture di mercato, gli individui che perseguono razionalmente il proprio interesse contribuiscono di fatto a soddisfare anche l'altrui interesse individuale ed altresì, nell'aggregato, le singole decisioni che da ciascun soggetto sono elaborate a scopi individuali operano nel senso dell'ottimizzazione del risultato collettivo espresso in termini di soddisfacimento di interessi. È proprio a questo punto di vista che i neoliberisti contemporanei (...) danno il loro sostegno quando asseriscono che la privatizzazione delle imprese statali e l'accrescimento del potere degli individui configurano la migliore devoluzione e la più antica sussidiarietà»<sup>132</sup>.

Se i diversi ambiti sono separati, se politica ed economia soddisfano esigenze inconciliabili, a valere, nel loro incontro, saranno solo meccanismi di autocorrezione e di autolimitazione.

Dal punto di vista economico è ovvio che «quanto più i beni (...) si caratterizzeranno come beni di mercato, tanto maggiormente i processi decisionali saranno informati a caratteri di efficienza piuttosto che alle esigenze di autoaffermazione individuale e collettiva», per cui sarà comunque dalle «forme di prosperità che sono generate dal mercato» che si potrà godere «tenendo conto di altre funzioni di un genere che si conformi a vantaggi non di mercato»<sup>133</sup>. Dal punto di vista politico, invece, da un lato, «una parte vitale dell'autoaffermazione dell'individuo consiste nella partecipazione alle istituzioni del» livello locale di «autogoverno municipale», dall'altra parte, ciò che si assicura è esclusivamente la possibilità teorica di partecipare a un pubblico dibattito, secondo lo schema di un *demos* 'civile', ereditato dalla speculazione habermasiana sull'agire comunicativo<sup>134</sup>. Si approfondirà quest'ultimo specifico aspetto nel capitolo seguente.

La costituzione ordinamentale, dunque, è tutt'altro che una costituzione vuota. Essa, pur legittimando il proprio contenuto attraverso un procedimento teorico altamente idealizzato incorpora un'idea assai dettagliata della disciplina dei rapporti politici, economici e sociali, i quali, seppure disegnati

<sup>132</sup> *Ibidem*, ivi.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 298. «La sussidiarietà di mercato trova un evidente senso nel quadro del pensiero economico contemporaneo, e in nessun altro contesto che non sia quello di una "comunità economica" definita attraverso le "quattro libertà" del Trattato di Roma e dei trattati successivi. È pertanto una buona verifica dell'adeguatezza delle istituzioni collettive il misurare fino a che punto esse siano idonee a garantire l'espressione di una valutazione autenticamente collettiva che stabilisca con equità le condizioni giuridiche per il corretto esercizio dell'attività commerciale e produttiva, ponendole al riparo dalla distorsione partitica o dalla faziosità di bassa lega», p. 299.

<sup>134</sup> *Ibidem*, pp. 298 e 300.

come 'necessitati', presuppongono, a monte, una scelta concettuale precisa, mascherata da argomentazioni volte a dimostrare esclusivamente la dipendenza funzionale e le relazioni strutturali esistenti tra realtà sociale e sistemi efficaci di diritto. Come 'costituzione mista', la costituzione ordinamentale europea, appare come una costituzione «in cui il "popolo" si esprime ma chi conta sono i ceti possidenti: tradotto in linguaggio più attuale, si tratta della vittoria di una oligarchia dinamica e incentrata sulle grandi ricchezze ma capace di costruire il consenso e farsi legittimare elettoralmente tenendo sotto controllo i meccanismi elettorali»<sup>135</sup>.

L'idea di una costituzione come «legge dei vincitori»<sup>136</sup>, la «totale identificazione della costituzione con la forma che» l'«organizzazione [giuridico-sociale] assume nel momento in cui si stabilizza»<sup>137</sup>, la valorizzazione del momento organizzativo e strutturale della società, in modo da ricondurre l'ordinamento giuridico alla c.d. società civile<sup>138</sup> e viceversa, fino a renderli sinonimi (è questa una parte rilevante del patrimonio intellettuale delle contemporanee teorie postmoderne o "orizzontali" del diritto), ebbene tutte queste caratteristiche sono in grado di spiegare l'altra faccia della costituzione ordinamentale, e possono, forse, trovare adeguata spiegazione ripercorrendo parte del cammino teorico di una variante continentale dell'istituzionalismo, quello romaniano. Anche in questo caso lo schema dell'istituzionalismo si ripete: la normatività viene confusa con l'effettività, il discorso prescrittivo con quello descrittivo, ma, rispetto al neoistituzionalismo analitico anglosassone, qui – all'interno del movimento istituzionalistico del primo

---

<sup>135</sup> L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 331.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 285.

<sup>137</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 284, nel commentare la concezione della costituzione nel pensiero di S. Romano.

<sup>138</sup> Alla moltiplicazione delle sedi di indirizzo politico corrisponde sempre di più, attraverso lo strumento della *governance*, l'attivismo di una società civile che trova il suo referente principale nell'articolazione sussidiaria dell'apparato amministrativo-esecutivo: «Le sedi di indirizzo, perciò si articolano, sono locali, nazionali, comunitarie. Tutte – dalla Giunta comunale alla Commissione europea – appartengono però al tronco dell'esecutivo, abituato storicamente a operare con misure singolari, tecnocratico per vocazione, provvedimentale per natura, dunque abilitato a entrare in contatto con la società e decidere caso per caso, gruppo con gruppo, settore per settori, i problemi. È la stagione della *governance*, in cui la società – asserita politicamente irrepresentabile ma chiamata a convalidare, alla scadenza elettorale, la scelta del *leader* – è invitata a contrattare le politiche con i diversi livelli di governo. Solo che la parola società, nei due contesti, cambia significato: nel primo è la massa invisibile e amorfa cui la stessa non-rappresentazione politica la condanna; nel secondo, sono ben individuati i gruppi di interesse dotati di quella forza contrattuale che viene dal potere economico», S. NICCOLAI, *Il governo*, Roma-Bari, Laterza, p. 40 (corsivo aggiunto).

Novecento – è il momento generativo dell'ordinamento ad essere messo particolarmente a fuoco. La nascita di un nuovo ordinamento, infatti, non si spiega – nell'ottica romaniana – con un atto dichiarativo, occasionale ed eventuale nel procedimento di instaurazione, seppure coerente, del diritto esistente. Piuttosto, si situa in un momento precedente e insieme successivo a quella dichiarazione. Un momento in cui il consenso a venire è già cristallizzato nell'ordine imposto dalla potenza dell'organizzazione, ma, nello stesso tempo, può essere costantemente riprodotto, grazie al livello accettabile di 'ordine' imposto dal diritto come tecnica di esercizio della forza.

#### **4. La qualità “costituente” dell'ordinamento europeo alla luce della teoria istituzionalistica di Santi Romano**

Trattando dell'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale, Santi Romano fa subito presente che la stessa idea di un potere costituente come diritto del popolo, pur essendo largamente diffusa e accettata, andrebbe considerata come semplice espressione di un determinato «movimento storico»<sup>139</sup>. Un movimento che individua nella «consacrazione plebiscitaria» degli Stati, in quella particolare corrispondenza tra «ordinamento politico» e «coscienza collettiva», l'elemento più diretto e «più pronto» per spiegare «quel riconoscimento delle istituzioni, senza il quale queste ultime non possono reggersi a lungo»<sup>140</sup>. L'elemento più diretto sì, continua Romano, ma che quasi nulla ha a che fare con «il diritto in senso stretto»<sup>141</sup>.

Il bersaglio critico del giurista siciliano è rappresentato da quelle posizioni teoriche che sostengono «l'idea di condizioni essenziali, di principi fondamentali, di garanzie supreme senza il cui concorso nessun diritto può esistere, per cui bisognerebbe considerare illegittimo l'ordinamento che vi contravenisse o non ne tenesse conto»<sup>142</sup>. Se, infatti, la scienza giuridica ha opportunamente «ristretto il significato della parola diritto a quelle norme del vivere sociale che si estrinsecano nello Stato e per mezzo, sia pure indiretto, dello Stato», allora occorrerà epurare quel concetto da tutti quei prin-

---

<sup>139</sup> 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. 138.

<sup>140</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>141</sup> *Ibidem*, p. 141.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 140.

cipi di diritto costituzionale che pur potendosi far rientrare «nel largo concetto di giustizia», nulla hanno a che vedere con il diritto positivo, con quel diritto prodotto dall'ordinamento positivo di uno Stato. Sia perciò l'idea di un "potere costituente" riservato al popolo, sia l'idea che esistano dei principi fondamentali del costituzionalismo («che sembrano l'ultima e la più alta manifestazione della coscienza generale nel campo del diritto pubblico»), rispetto ai quali lo Stato dovrebbe armonizzare la sua organizzazione o il suo funzionamento, restano affermazioni indeterminate e giuridicamente vaghe e irrilevanti. «Diritto», infatti, «è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e d'imporsi come diritto positivo». Quei «principi puramente razionali che questa forza non hanno avuto, nonostante che tendano e possano riuscire ad acquistarla, non sono per ciò stesso diritto: si chiamino pure, se così vuolsi, diritto naturale, teoretico, filosofico – e più accortamente si è insistito adesso per sostituire a queste la parola meno equivoca 'giustizia' – purché si riconosca che l'aggettivo aggiunto alla parola 'diritto' sta a dimostrare che di vero e proprio diritto non si tratta»<sup>143</sup>.

Si tratta di un'affermazione perfettamente consequenziale rispetto alla premessa con cui Santi Romano apre il suo saggio.

L'indagine sul momento formativo di un nuovo Stato o di un nuovo Governo, infatti, come si legge nei primi due paragrafi, deve essere per non ritrovarsi «nel regno delle nuvole» o «nel campo di altre discipline», ben delimitata a una questione di «diritto in senso stretto»<sup>144</sup>. Più precisamente, il campo di analisi e ricerca va circoscritto al «momento supremo i cui un diritto positivo assimila ed assorbe con la sua potenza di attrazione ciò che gli è estraneo o anche ostile; il momento in cui un diritto positivo per necessità di fatto cade per far posto ad un altro; il fenomeno così curioso, in cui due ordinamenti, con vece alterna di cadute e di restaurazioni, si contendono, modificandosi nella lotta e influenzando l'uno sull'altro, la vittoria definitiva»<sup>145</sup>.

Alla delimitazione del campo d'indagine corrisponde la distinzione di tre diversi rapporti in cui un determinato diritto positivo può venirsi a trovare rispetto all'instaurarsi di un nuovo ordinamento costituzionale. A seconda dei casi, cioè, potrà aversi un'instaurazione giuridica, un'instaurazione di fatto contraria al diritto, un'instaurazione di fatto indifferente al diritto.

Per Santi Romano, ma altresì per la tesi che qui si intende sostenere, è proprio quest'ultima ipotesi, «per dir così intermedia», a presentare i profili

---

<sup>143</sup> *Ibidem*, pp. 140-141.

<sup>144</sup> *Ibidem*, pp. 131-132.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 133.

di maggior interesse: è l'ipotesi in cui «l'instaurazione, cioè, di un nuovo ordine costituzionale può avvenire, non secondo le norme precedentemente stabilite dal diritto positivo, non in opposizione e con la distruzione delle norme medesime, ma *all'infuori di queste*, con un *procedimento* che non è *né giuridico né antiggiuridico*» e di cui può costituire esempio paradigmatico l'«*immaginarsi che, con i modi e con le forme regolate dal proprio diritto, si disgreghi da uno Stato qualche sua parte; che tale procedimento giuridico però si arresti al momento in cui la disgregazione viene compiuta, in modo che debba qualificarsi né conforme né contrario ad alcun diritto positivo, ma semplicemente ad esso estraneo, il procedimento ulteriore, con cui la parte disgregata si costituisce a nuovo Stato o stabilisce di aggregarsi ad altro Stato*»<sup>146</sup>. In questo caso si dovrà parlare di instaurazione *di fatto*.

Prima di verificare la pertinenza dello schema romaniano alla dinamica generativa dell'ordinamento comunitario, occorre procedere ad una puntualizzazione preliminare.

Nella teoria romaniana, come si sa, l'ordinamento giuridico è l'istituzione: «il concetto che ci sembra necessario e sufficiente per rendere in termini esatti quello di diritto, come ordinamento giuridico considerato complessivamente e unitariamente, è il concetto di istituzione. Ogni ordinamento giuridico è un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico: l'equazione fra i due concetti è necessaria ed assoluta»<sup>147</sup>.

Prima di giungere a questa equazione, Santi Romano compie un percorso analitico, il cui fine è dimostrare che il concetto di diritto deve «contenere l'idea dell'ordine sociale»: più precisamente che il diritto, prima ancora di essere norma, «prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali, è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante»<sup>148</sup>.

Fin dall'inizio della sua analisi, Romano respinge l'ipotesi che il diritto possa costituire esclusivamente una «regola di condotta», poiché tale definizione, pur essendo utile nella pratica comune e nel lessico più familiare, si dimostra inadeguata e insufficiente per cogliere la realtà in cui il diritto stesso si estrinseca. È già l'esperienza ad insegnarci, secondo Romano, che quando parliamo genericamente di questo o di quell'altro ordinamento (italiano, francese, tedesco, ecc.) pensiamo a qualcosa di più di una semplice «serie di regole» o di una «fila di volumi che sono le raccolte ufficiali delle

<sup>146</sup> *Ibidem*, pp. 135-136 (corsivi aggiunti).

<sup>147</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, ristampa II ed., 1951, p. 27.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 26-27.

leggi e dei decreti». Infatti, «ciò a cui si pensa, dai giuristi e, ancora di più, dai non giuristi, (...) è qualche cosa di più vivo e di più animato: è, in primo luogo, la complessa e varia organizzazione dello Stato italiano o francese; i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità e di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse. In altri termini l'ordinamento giuridico, così complessivamente inteso, è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma soprattutto muove, quasi come pedine il suo scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura. Sotto certi punti di vista, si può anzi ben dire che ai tratti essenziali di un ordinamento giuridico le norme conferiscono quasi per riflesso: esse, almeno alcune, possono anche variare senza che quei tratti si mutino, e, molto spesso, la sostituzione di certe norme con altre è piuttosto l'effetto anziché la causa di una modificazione sostanziale dell'ordinamento»<sup>149</sup>.

Questo spostamento dell'attenzione verso il polo sociale, rispetto alle abitudini intellettuali più ricorrenti della giuspubblicistica statocentrica dominante nel periodo in cui Romano scriveva, non deve però ingannare. Il giurista siciliano, come è stato lucidamente osservato, si muove sempre all'interno di un particolare monismo statalista. Infatti, «il modello romaniano (quando si lasci da parte la sua ambiguità o per meglio dire 'bidirezionalità' e ci si arresti all'effettivo impiego nella distribuzione degli enunciati giuspolitici) può essere tranquillamente connotato, senza timore di contraddizione, da un lato come 'monista statocentrico', dall'altro come pluralista: è monista statocentrico nella scelta del punto di gravitazione degli enunciati giuspubblicistici, ma è pluralista nella rappresentazione del polo sociale della relazione». «Non è dunque il 'pluralismo' che Romano scopre, ma piuttosto la possibilità di raggiungerlo attraverso un modello statocentrico, fino a quel momento refrattario ad una tematizzazione 'pluralistica' del polo sociale. Altrimenti detto (tenendo presente la bidirezionalità del modello romaniano): è proprio la trascrizione, direi la 'transustazione', giuridica dei 'gruppi sociali' che permette, insieme, un uso statocentrico del modello e la conservazione, al suo interno, di una rappresentazione 'pluralistica' del polo sociale. Da questo punto di vista, anzi, 'diritto' (cioè: modellizzazione dei 'gruppi sociali' come 'ordinamenti giuridici', quindi, se si vuole, 'pluralismo') e costituzione di un modello usabile da un punto di vista 'statocentrico', lungi

---

<sup>149</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

dall'escludersi, si sorreggono a vicenda nell'organizzare una distribuzione degli enunciati rispettosa della bipolarità del referente»<sup>150</sup>.

Era questo il modo romaniano di rispondere alla crisi dello Stato del suo tempo: la giuridicizzazione, la *transustazione giuridica* dei gruppi sociali emergenti (quelle «organizzazioni» ed «associazioni» che «si moltiplicano e finiscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza» in seno allo Stato, proponendosi «gli scopi speciali più disparati», eppure accomunate dal criterio principale di raggruppamento rappresentato dall'«interesse economico»: «federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari, sono società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza») <sup>151</sup> serviva a “spegner” l'atteggiamento antagonistico di questo gruppi nei confronti dello Stato, «ad occultare conflitti e contraddizioni nell'organizzazione sociale complessiva presentando tali conflitti e contraddizioni come esempi di tipi di relazioni fra ordinamenti»<sup>152</sup>. Non a caso, Santi Romano, comunque, riteneva indispensabili, una volta giuridicizzate quelle istanze, rimodularle e riorganizzarle all'interno della rassicurante sintesi statale: «qualunque idea voglia accogliersi intorno a queste proposte che, nel fermento dell'ora attuale, fioriscono e si avvicinano, un principio sembra a noi che risulti sempre più esigente e indispensabile: il principio, cioè, di un'organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi. E quest'organizzazione superiore potrà essere e sarà ancora per lungo tempo lo Stato moderno, che potrà conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede»<sup>153</sup>.

Questa operazione teorica troverà applicazione anche nella descrizione del modo di operare del *potere costituente*. Ciò avverrà proprio presupponendo, nel discorso sull'instaurazione «di fatto» di un ordinamento costituzionale, la particolare lettura – che Romano ha messo a punto – del rapporto tra fatto e diritto, tra istituzione e ordinamento giuridico.

<sup>150</sup> P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 133-134.

<sup>151</sup> S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 12.

<sup>152</sup> G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., p. 190.

<sup>153</sup> S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 24. Perciò «la suggestività» del giurista siciliano e il «suo prestigio» «non derivano da una 'rottura' della tradizione disciplinare, ma da una illuminata e creativa 'fedeltà' ad essa: lavorando entro i confini dello schema 'orlandiano', Romano riusciva a trasformarlo tanto da sospingerlo non 'fuori' dalla tradizione, ma ancora più 'dentro' di essa, fino ad un *répechage*, dal suo alveo, del tema perduto del pluralismo, della rappresentazione della pluralità dei 'gruppi sociali', P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 135.

Ciò che interessa della sequenza che determina l'instaurazione «di fatto» di un ordinamento costituzionale non è tanto il momento iniziale (la disgregazione parziale del vecchio ordinamento attraverso le forme regolate dal proprio diritto), né il momento mediano successivo (ossia il conferimento, l'«arresto» di tale disgregazione che ha luogo quando il procedimento giuridico che l'ha determinata si completa), quanto piuttosto, quello che, all'interno del processo instaurativo, è considerato il momento finale, cioè il «procedimento ulteriore», «estraneo» al diritto positivo (in quanto né conforme, né contrario ad esso) e in cui c'è un nuovo ordinamento. Il punto focale della questione, per Santi Romano, è che questo «procedimento ulteriore», estraneo al procedimento giuridico iniziale è anch'esso un procedimento già giuridico, sebbene giuridicamente altro rispetto alla giuridicità consustanziale al vecchio ordinamento. Il «procedimento ulteriore» non è un fatto che genera diritto, bensì è diritto. Se quel fatto – il procedimento ulteriore – è venuto ad esistenza, vuol dire che il suo esistere era una necessità, e, dunque, è diritto, poiché ciò che si istituisce è già, per sua natura, ordinamento giuridico.

Ciò implica che se il procedimento ulteriore è giuridico, di una giuridicità sopravvenuta rispetto a quella che caratterizzava il vecchio ordinamento costituzionale (e, quindi, né giuridico, secondo gli atti e le fattispecie del procedimento iniziale, né antiggiuridico in assoluto, perché comunque dotato, al momento stesso del suo instaurarsi, di una propria giuridicità relativa), allora *lo stesso potere costituente sarà, sempre e comunque, potere giuridico*<sup>154</sup>. «Ciò significa», come è stato rimarcato, «reperire per ogni formazione giuridica, una formazione giuridica di grado superiore che ne è convalidante, e per converso significa inferire il carattere giuridico di qualsiasi potere costituente dall'esistenza (altri avrebbero detto l'efficacia) dall'ordinamento costituito. Simili concezioni, mentre sono riduttive (nel senso che riducono tutti i fenomeni sociali al giuridico), scoraggiano ogni ricorso a procedimenti estranei alla scienza giuridica quale essa è di fatto costituita per risolvere problemi giuridici, illegittimando tale ricorso»<sup>155</sup>.

L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale è per Romano già un'instaurazione di diritto. Ciò è conseguente alla sua idea di teoria generale del diritto, per cui esiste una perfetta equazione tra istituzione e ordinamento giuridico. D'altra parte, questa impostazione troverà applicazio-

<sup>154</sup> «Così per Romano il potere costituente non è tale “di fatto”, ma è potere “giuridico”, essendo ordinamentale il suo esercizio», G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, cit., p. 190.

<sup>155</sup> *Ibidem*, ivi.

ne su uno dei temi che diventerà un tema ricorrente nella riflessione giusfilosofica della prima metà del secolo scorso dell'epoca: quello della rivoluzione.

Per Santi Romano, la rivoluzione, «una rivoluzione che sia veramente tale», «è sempre un movimento organizzato (...). In generale può dirsi che si tratta di una organizzazione la quale, tendendo a sostituirsi a quella dello Stato, consta di autorità, di poteri, di funzioni più o meno corrispondenti e analoghi a quelli di quest'ultimo: è un'organizzazione statale in embrione, che a mano a mano, se il movimento è vittorioso, si sviluppa sempre più in tal senso. (...) In altri termini, ogni rivoluzione implica varie istituzioni, collegate fra loro in una organizzazione unitaria, che, qualora si consideri in sé e per sé, indipendentemente dalla valutazione che ne fa il diritto statale in vigore, ha tutti i caratteri di un ordinamento giuridico. (...) Finché vive e opera è un ordinamento che non può non prendersi in considerazione come tale. La rivoluzione è un fatto antiggiuridico in riguardo al diritto positivo dello Stato contro il quale si svolge, ma ciò non toglie che, dal punto di vista ben diverso dal quale essa si qualifica da sé, è movimento ordinato e regolato dal suo proprio diritto. Il che vuole anche dire che è un ordinamento che deve classificarsi nella categoria degli ordinamenti giuridici originari, nel senso ormai ben noto che si attribuisce a questa espressione»<sup>156</sup>. In quest'ottica, «il 'fatto' della rivoluzione sembra scomparso e con esso il doppio statuto, interno-esterno, della rivoluzione rispetto all'oggetto teorico giuspubblicistico»; «la attualità della rivoluzione sembra definitivamente alle spalle e con essa sembra perduta, in prima approssimazione, la sua tradizionale posizione strategica»<sup>157</sup>.

Per Santi Romano, l'agiuridicità o l'antigiuridicità del processo costituente sono sempre due condizioni relative. Relative al punto di osservazione del diritto positivo vigente. Dal punto di vista dell'ordinamento che si costituisce o si instaura, invece, il proprio ordine è già giuridico. E, dunque, – secondo le coordinate dell'istituzionalismo e della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici – *legittimo*.

Di qui, una decisiva conseguenza: «ciò che sfuma nel modello romania-no, non è la portata destrutturata e ristrutturante della rivoluzione e quindi la possibilità di affidare ad essa il compito di sostituire una mediazione 'buona' a una mediazione 'cattiva' e di salvare quindi comunque l'armonico

---

<sup>156</sup>S. ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 224.

<sup>157</sup>P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., p. 361.

'ascendere' della 'società' verso lo Stato; è *il concetto stesso di mediazione che sembra andare perduto*<sup>158</sup>.

Questa teoria del potere costituente, questa idea "giuridica" dell'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale, elimina in radice la possibilità che il potere costituente sia un «potere di mero fatto»<sup>159</sup>.

La teoria più logica e lineare del potere costituente vorrebbe ben altro. Si è infatti evidenziato che «un "nuovo" ordine costituzionale, per essere tale, o costituisce la conseguenza di uno o più fatti giuridicamente difformi dal diritto costituzionale fino ad allora vigente con riferimento a una data comunità politica e ad un certo ambito territoriale, oppure costituisce la conseguenza di uno o più fatti per i quali non esistono parametri legali (costituzionali) di valutazione. Ma tali fatti – in quanto contrastanti con il vigente diritto costituzionale oppure non suscettibili sotto alcuna fattispecie normativa – non potranno giuridicamente essere qualificati, singolarmente, come atti giuridici, né essere ritenuti, nel loro insieme sequenziale, come elementi costitutivi di un "procedimento" (o di un "processo") in senso giuridico»<sup>160</sup>.

Ciò implica che si possa parlare, da questo punto di vista, di «agiuridicità» del processo costituente in un senso ben preciso: «in tale processo, di "fatti costituenti" ce ne possono essere più d'uno – anche contenutisticamente difformi –; ma solo a processo costituente concluso si potrà dire quale di essi sia stato quello risolutivo per la nascita della nuova costituzione»<sup>161</sup>. Dunque, la qualità "costituente" di questo o quel fatto, di questo o quell'organo, sarà «verificabile solo *ex post*»; solo una volta che il potere costituente si sarà risolto «senza residuo alcuno, nella costituzione formale e/o negli atti fondamentali del nuovo ordine» si potrà dire che il «tentativo costituente avrà avuto successo»<sup>162</sup>.

Tuttavia, è proprio questo momento di "mediazione", che è, poi, momento di "legittimazione", che, nella costruzione romaniana, salta. Questo perché il diritto è, in quella visione, quello che si impone in forza della sua potenza organizzativa; e, se questa è adeguata ai bisogni sociali, stabilendosi tra quella e questi una corrispondenza necessaria, allora non c'è alcun bisogno di una conferma giuridica *ex post*; perché quei fatti costituenti non sono vissuti in opposizione al diritto costituzionale pre-vigente, ma sono conside-

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 362, corsivo aggiunto.

<sup>159</sup> A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2<sup>a</sup> ed., 2002, p. 125.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>161</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 114.

rati già dotati di una loro, intrinseca, logica giuridico-costituzionale (e, perciò, già legittimi), derivante dalla semplice constatazione della propria capacità impositiva, instaurativa, che, solo per questo, *prescrive*.

Infatti, per il giurista siciliano, il problema della legittimazione «non consiste nel cercare in che modo un ordinamento costituzionale diventi conforme al diritto, ma nell'esaminare quando esso *effettivamente esista*: almeno nel senso che l'una disamina si confonde con l'altra e non può pervenire a risultati opposti»<sup>163</sup>. Il fondamento giuridico della legittimazione di un ordinamento costituzionale che si instaura attraverso un procedimento di fatto è rinvenibile nelle *necessità* della vita sociale, «che prima non esistevano o il cui regolamento non era prima giuridico» e che consentono la trasformazione del fatto in diritto, o, meglio che *eguagliano* il fatto al diritto<sup>164</sup>.

Il «procedimento» instaurativo, in questo senso, si esaurisce «in un momento», rispetto al quale non è possibile distinguere un «prima» e un «poi»<sup>165</sup>. L'ordinamento «nasce legittimo, non si legittima; ma per effetto di tale nascita, si legittima il processo da cui esso deriva»<sup>166</sup>.

Abbiamo, qui, un'inversione rispetto all'azione del potere costituente, così come essa viene giudicata tale dal punto di vista della costituzione formale successivamente instaurata: è il processo del nuovo ordinamento a trovare legittimazione, *ex ante*, nel momento instaurativo, non è il momento instaurativo, il «tentativo costituente» che deve poi trovare conferma nell'azione «costituita» dei nuovi poteri. La «stabilità» dell'ordinamento costituzionale «nuovo», la sua idoneità a perpetuarsi nel tempo, non è una qualità «processuale», che è possibile cogliere nel rapporto tra soggetti costituenti e successiva approvazione, successivo riconoscimento sociale. Semmai deriva dal fatto che le forze, i soggetti, che hanno voluto il nuovo ordinamento costituzionale, nel momento in cui hanno deciso di instaurarlo, lo hanno già «organizzato», lo hanno, attraverso lo strumentario giuridico in loro possesso, reso stabile, reso comprensibile, chiarificato, come sistema coerente e preformato di rapporti sociali, politici ed economici. Gli hanno dato forma attraverso il diritto.

«Legittimo», perciò, continua Romano, «è solo quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale ma altresì la *vitalità*». In che consista la «vitalità» di un ordinamento si può facilmente intuire: «La trasformazione del *fatto* in uno *stato giuridico* si fonda sulla sua necessità, sulla sua *corri-*

<sup>163</sup> *Ibidem*, p. 185 (corsivo aggiunto).

<sup>164</sup> S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, cit., p. 182.

<sup>165</sup> S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale*, cit., p. 190.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

*spondenza* ai bisogni ed alle esigenze sociali. Il segno, esteriore se si vuole, ma sicuro che questa corrispondenza effettivamente esista, che non sia un'illusione o qualche cosa di artificialmente provocato, si rinviene nella suscettibilità del nuovo regime ad acquistare la *stabilità*, a perpetuarsi per un tempo indefinito. Solo allora potrà dirsi che nel nuovo Stato o nel nuovo Governo il complesso di bisogni e di norme che costituisce il nuovo diritto trovi il suo assetto»<sup>167</sup>.

La «vitalità» di un ordinamento costituzionale consiste dunque nel connubio tra esigenze e necessità delle forze sociali detentrici, in via esclusiva, del potere economico-sociale dominante e la loro stabilizzazione attraverso le forme del giuridico.

Infatti, precisa Santi Romano, l'elemento che ci permette di distinguere «la vera e propria instaurazione di un ordinamento costituzionale, da ciò che non può considerarsi che come semplice tentativo di tale instaurazione o come atto preparatorio di essa», è la circostanza che «la capacità di trasformarsi in istituti giuridici non può non riconoscersi se non a quelle *forze* che *in sé* abbiano l'*idoneità di imporsi e di farsi valere*, non con sopraffazioni momentanee, ma *con la potenza regolata e continuata del diritto*»<sup>168</sup>. Un "diritto", va ricordato, che per il giurista siciliano, è solo il diritto in senso stretto, quello positivo, divenuto regola in quanto espressione dell'assetto sociale stabilizzatosi nel blocco di comando statale. Per cui, «la costituzione è diritto – e cioè non più fatto ma regola – solo in quanto (e dal momento in cui) "descrive" una stabilità effettivamente raggiunta»<sup>169</sup>.

Se l'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento costituzionale deve poter contare – nell'ottica di tale teoria empiristica del diritto – sul necessario rapporto circolare tra istanze sociali dominanti e un potere giuridico nomocratico, ne consegue, con riferimento alla costruzione dell'ordinamento comunitario e in particolare alla fase della sua costituzionalizzazione<sup>170</sup>, che il rapporto tra norma e realtà, tra "normatività" ed "effettività", appaia, quantomeno, superfluo, venga, per così dire, messo fra parentesi. Esso, infatti, è già iscritto nella stessa fattualità sociale dei processi politici osservabili. «L'andamento delle fasi della vita della CE», infatti, evidenzia, da un lato, «tratti di un potere istituzionale in movimento e mai definitivamente arrestato – donde l'insuccesso delle istanze di tipo "federativo" sino ad oggi», e, dall'altro lato, «tratti di un potere normativo che, a sua volta, per la

<sup>167</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>169</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 284.

<sup>170</sup> Su cui cfr. J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe* (1999), cit., partic. pp. 33-85.

stessa sua natura innovativa finisce per riproporre (...) un suo assorbente ruolo, come documentano i commenti alle sentenze delle Corti di Giustizia e Costituzionali, in adeguamenti successivi ispirate a criteri diversi che rischiano di apparire difficilmente spiegabili se non in nome del ben noto “re melius perpensa”, quando invece la radice del potere giurisdizionale (come di ogni potere espressivo di competenze) va trovata in quel che in termini organici il potere istituzionale presenta nell’unità intrinseca delle motivazioni del suo sorgere e operare nei diversi ambiti di attribuzioni»<sup>171</sup>.

Lo schema giuridico-concettuale romaniano, si rinviene, infatti, nella sentenza del 5 febbraio 1963, caso *van Gend & Loos*<sup>172</sup> (cui seguì la sentenza *Costa v. Enel* del 1964)<sup>173</sup>, in cui – è stato osservato – venne a crearsi, con riferimento all’effettività dell’ordinamento comunitario, un immediato «costrutto prescrittivo»<sup>174</sup>. Nella sentenza del 1963, la Corte di giustizia delle Comunità europee, nel valutare se l’art. 12 del Trattato avrebbe potuto avere un’efficacia immediata negli ordinamenti interni degli Stati membri, con contestuale attribuzione ai singoli di diritti soggettivi che il giudice nazionale avrebbe dovuto così tutelare, rimandava alla necessità di considerare attentamente lo «spirito», la «struttura» e il «tenore» delle disposizioni contenute in quel particolare tipo di trattato internazionale rappresentato dal Trattato CEE. Ebbene, nel ragionamento della Corte, «lo scopo del Trattato CEE, cioè l’instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità, implica che esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti. Ciò è confermato dal preambolo del Trattato il quale, oltre a menzionare i Governi, fa richiamo ai popoli e, più concretamente ancora, dalla instaurazione di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi, nei confronti sia degli Stati membri sia dei loro cittadini (...) In considerazione di tutte queste circostanze si deve concludere che la Comunità *costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere* nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini».

<sup>171</sup> S. D’ALBERGO, *Economia e diritto nella dinamica delle istituzioni*, cit., pp. 811-812.

<sup>172</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Nv Algemene Transport-en Expedite Onderneming van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*, in *Racc.*, p. 3.

<sup>173</sup> Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa v. ENEL*, in *Racc.*, p. 1129.

<sup>174</sup> J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe* (1999), cit., p. 71.

L'instaurazione e il funzionamento del mercato comune, assumono qui, romanianamente, la valenza della concrezione forte dei bisogni e delle esigenze sociali in atto, che inducono la Corte di giustizia a dichiarare, esplicitamente, l'insostenibilità ontologica di un ossimoro fondato su un mercato che non produce effetti proprio su quei soggetti che in esso operano quali reali destinatari delle norme sulla libera circolazione dei capitali e delle merci. A sua volta il segno esteriore, la traduzione giuridicamente rilevante, di tale necessità di fatto coincide con l'affermazione del c.d. "principio dell'effetto diretto", in base al quale «le norme giuridiche comunitarie che siano chiare, precise e autosufficienti (...) devono essere trattate, nell'ambito della sfera di applicazione del diritto comunitario, come legislazione nazionale»<sup>175</sup>. Il principio dell'effetto diretto, che figlierà il concetto di tasse equivalenti ai dazi doganali (a sua volta «un apparato concettuale e retorico – un vero e proprio canone – destinato a diventare successivamente il principio fondamentale di quella che è la visione della Corte di giustizia in materia di libera circolazione delle merci e di altri fattori di produzione in ambito comunitario, a partire dai casi *Dassonville*, *Cassis* e oltre»)<sup>176</sup>, ha fornito stabilità e legittimazione giuridica alla pretesa proveniente da quella frazione di società, interessata ad operare nel mercato comune quale spazio scervo da quei vincoli "protezionistici" che le normazioni e le costituzioni statali sembravano imporre.

Nella prospettiva romaniana, tuttavia, ciò non sarebbe stato sufficiente ad esaurire l'instaurazione di fatto dell'ordinamento "costituzionale" comunitario. Da solo il principio dell'effetto diretto avrebbe potuto costituire, al più, un atto preparatorio del nuovo ordinamento. Occorreva un altro elemento decisivo. L'assicurazione, cioè, che le esigenze del mercato comune fossero garantite e perpetuate dalla *potenza regolata del diritto*, che, in Santi Romano, trova la sua sede naturale nella produzione giuridica statuale in senso stretto, ove la corrispondenza tra forze economico-sociali dominanti e diritto dello Stato è assoluta e che qui, invece, troverà espressione formale in quella clausola di supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, che rappresenta «il secondo principio della "costituzionalizzazione"»<sup>177</sup> comunitaria. Un principio introdotto «in una versione compiuta, senza compromessi, in base al quale, nella sfera di applicazione del diritto comunitario,

---

<sup>175</sup> *Ibidem*, p. 46: «con l'eccezione di una fonte normativa, l'effetto diretto può operare nel senso di creare obblighi giuridici che possono farsi valere non soltanto fra Stati membri e individui, ma anche fra individui *inter se*».

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 313.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 48.

ogni norma comunitaria, sia essa un articolo del trattato (la carta costituzionale) o una disposizione amministrativa minore emanata dalla Commissione, prevale sulla norma nazionale contrastante, indipendentemente dal fatto che essa sia stata emanata prima o dopo la norma comunitaria»<sup>178</sup>.

Ebbene, la “clausola di supremazia”, tuttavia, non avrebbe potuto essere enunciata se non all'interno del rafforzamento del carattere intergovernativo del processo decisionale<sup>179</sup>. In altri termini, alla trasformazione delle norme e delle politiche comunitarie in diritto vero e proprio, con rimedi giudiziari effettivi, ha corrisposto l'assunzione, da parte degli Stati del controllo pressoché assoluto «sul procedimento decisionale ai cui esiti avrebbero dovuto conformarsi e adattarsi»<sup>180</sup>.

Il percorso di costituzionalizzazione ha assunto, così, quella «forma circolare» che a Santi Romano pareva l'esito compiuto e necessario per dichiarare avvenuta l'instaurazione di fatto di un nuovo ordinamento costituzionale. Il rafforzamento della Comunità economica, infatti, «fu accompagnato dal rafforzamento dei suoi Stati membri. (...) L'interrelazione tra normativa comunitaria e procedimento decisionale (...) conferì a ciascuno Stato membro una posizione di potere che mai avrebbe potuto conseguire nei tradizionali fori di negoziazione internazionale. L'infrastruttura costituzionale “bloccò” gli Stati membri in una struttura decisionale comune (leggi: la Comunità) con una disciplina giuridica vincolante e vigorosa». In questo senso, «tali caratteristiche fondamentali del periodo istitutivo accentuano e spiegano un elemento distintivo permanente della Comunità: il cosiddetto deficit democratico». Infatti, «il riferimento agli “Stati membri” come concetto o soggetto omogeneo è fuorviante in diversi modi e ancora di più in una Comunità sempre più complessa. Parlando di deficit democratico, è più corretto riferirsi al *governo*, vale a dire alla *branca esecutiva di ciascuno Stato membro*. In effetti lo stesso trattato è stato all'origine del deficit democratico facendo degli esecutivi statali *l'autorità legislativa* per eccellenza della Comunità. I membri del Consiglio sono, prima di tutto, membri dei loro rispettivi esecutivi e dunque rappresentanti diretti dei loro governi. (...) Le mutazioni della struttura giuridica e dei processi politici nel periodo istitutivo produssero una serie di conseguenze su questa *carezza basilare*. La costituzionalizzazione, il consolidamento dei provvedimenti comunitari in una normativa superiore, spesso direttamente efficace, e dotata di meccanismi di attuazione incisivi, significò che una volta che queste norme fossero state

---

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 73.

<sup>180</sup> *Ibidem*, p. 71

adottate, i parlamenti nazionali non potevano più avere ripensamenti o controllarne il contenuto a livello di attuazione nazionale. (...) Il risultato è stato infatti che il *potere esecutivo degli Stati membri* si è trovato ad agire come *legislatore* al di fuori di qualsiasi controllo da parte dei propri parlamenti». Per cui, «non è del tutto irrealistico pensare che l'accettabilità della Comunità durante il periodo istitutivo discendesse non solo dalla sua tutela degli interessi degli Stati membri ma anche dal rafforzamento del potere dei governi (come potere esecutivo) che ne derivava»<sup>181</sup>.

L'assorbimento del potere legislativo della Comunità da parte degli esecutivi degli Stati membri spiega la novità "costituzionale" del potere "normativo" comunitario, il suo essere momento di chiusura di un potere economico-istituzionale sempre meno vincolato a responsabilità derivanti dagli obblighi imposti dal circuito democratico rappresentativo. Un potere autoreggentesi, lontano da qualsiasi partecipazione democratica che incarna l'altro aspetto dell'ordinamento "costituzionale" comunitario, quello propriamente kelseniano, di un sistema autoregolato di norme sulla produzione (la "costituzione materiale" kelseniana).

In quest'ottica, è stato osservato, potrebbe non esserci alcun dubbio sul fatto che l'Unione europea è «un soggetto di diritto, è un titolare di poteri concernenti la produzione e l'applicazione del diritto (...) è dunque indubbio che esistano tutte le condizioni per dire che l'Unione europea ha una costituzione materiale in senso kelseniano»<sup>182</sup>.

Ciò sembra suggerire paragoni con le descrizioni attraverso cui Mommsen spiegava l'avvento dell'impero romano, ricordandoci «che si trattava di un'organizzazione che si reggeva perché tutti avevano bisogno di protezione e di pace, di un diritto garantito, di tribunali che funzionassero, di strade ben tenute, di una moneta e di un sistema di misure che consentissero di commerciare; ma che era un guscio vuoto, una struttura autoreggentesi, che stava in piedi perché svolgeva una funzione utile, ma che non era vivificata da nessun principio di partecipazione. E questo è talmente vero che i romani non sono mai riusciti a elaborare una regola sulla successione del potere, tanto che nel centro della civiltà mondiale il potere si trasferiva attraverso l'omicidio, cioè attraverso la forma più arcaica di successione. (...) Il rischio è dunque quello di dar vita ad una organizzazione autoreferenziale, nella quale i diritti di partecipazione risultino svuotati»<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> *Ibidem*, pp. 74-76 (corsivi aggiunti).

<sup>182</sup> M. DOGLIANI, *Revisione dei Trattati o processo costituente?*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2000, p. 310.

<sup>183</sup> *Ibidem*, p. 313.

Il concetto di “costituzione economica” sembra perciò presupporre un’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale, secondo quel passaggio descritto in apertura del saggio da Santi Romano.

Se, infatti, gli Stati nazionali, con la firma del Trattato CEE, hanno fatto ricorso a un procedimento consentito dalle rispettive costituzioni per la cessione di alcuni poteri sovrani, secondo i criteri tipici del diritto internazionale, è pure vero che, ad un certo punto di tale disgregazione della loro sovranità (in campi ben delimitati), è intervenuto un procedimento ulteriore, ovvero sia il funzionamento del mercato comune così come interpretato dalla Corte di giustizia, né conforme e né contrario al diritto degli Stati (sia nella forma nazionale che internazionale), che ha instaurato di fatto un nuovo ordinamento, incidente direttamente su tutti i soggetti della Comunità.

Con altre parole, si potrebbe dire che, qui, la costituzione «sta a designare un processo di messa-in-forma continua di realtà empiriche giuridicamente e politicamente rilevanti fondate sulla realtà oggettiva e storica delle cose e non su una aspettativa di tipo normativo»<sup>184</sup>.

Ciò permette di individuare un vincolo di continuità con gli ordinamenti precedenti, con la possibilità di intravedere in essi la *prefigurazione* del futuro assetto costituzionale che ad essi succederà. Si tratta di una lettura evolutiva del rapporto fra ordinamenti che porta a considerare l’ultimo stadio di tale evoluzione come il necessario perfezionamento del precedente, o che, comunque, laddove non fosse possibile (come nel caso delle rivoluzioni), conduce a intenderlo come l’esito necessario e inevitabile, legittimo solo perché esistente, di un mutamento reale dei rapporti di forza<sup>185</sup>.

Ecco allora come la teoria romaniana, seppure – come è ovvio – molto più complessa di quella che qui si è tentato di abbozzare, potrebbe consentire, se usata come schema conoscitivo per cercare di comprendere il pro-

<sup>184</sup> A. CARRINO, *L'Europa e il futuro delle costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 20.

<sup>185</sup> Sono queste le due opzioni considerate da S. ROMANO nello scritto *Rivoluzione e diritto* (1944), in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 220-233, ove l’A., dopo aver constatato che «così alla guerra come alla rivoluzione che non siano imposte da ineluttabili necessità, ricorrono più frequentemente i popoli che non si sentono la forza di costruire la loro storia con la calma pazienza che dà solo la fede nella propria perennità e nei propri destini e si illudono che le improvvisazioni più o meno effimere dei moti violenti possano sostituire la solidità di una graduale e naturale evoluzione», riconosce che «ogni rivoluzione implica varie istituzioni, collegate fra loro in una organizzazione unitaria, che qualora si consideri in sé e per sé, indipendentemente dalla valutazione che ne fa il diritto statale in vigore, ha tutti i caratteri di un ordinamento giuridico. (...) La rivoluzione è un fatto antiggiuridico in riguardo al diritto positivo dello Stato contro il quale si svolge, ma ciò non toglie che, dal punto di vista ben diverso dal quale essa si qualifica da sé, è movimento ordinato e regolato dal suo proprio diritto».

cesso di “costituzionalizzazione” comunitario, di giustificare, dal suo punto di vista, l’elusione di quell’*aut aut* che la dottrina più attenta ha ritenuto di poter considerare pressoché definitivo in ordine al concetto di potere costituente «come concetto che indica una possibilità futura» e che dunque, «in termini di collegamento con i diritti» «perde ogni possibile connotato positivo»: «delle due infatti l’una: o ci sono i diritti, e allora non ci può essere potere costituente (in quanto i diritti sono già affermati, per cui ci può solo essere un potere che espande, perfeziona, modifica la disciplina dei diritti stessi, o che modifica parti diverse, non inviolabili della costituzione: dunque potere di revisione); o c’è potere costituente, ma allora non ci sono più i diritti, dal momento che l’unico contenuto possibile attuale del potere costituente è la negazione dei diritti (in quanto se non li negasse, quale nucleo inviolabile della costituzione, non sarebbe potere costituente ma potere di revisione)»<sup>186</sup>.

Su questo crinale si gioca oggi l’arretramento possibile dell’ordinamento comunitario rispetto alle costituzioni nazionali.

Un *mercato costituente* autolegittimatosi come tale in virtù del suo imporsi, che cerca di accreditarsi quale *erede* delle istanze *ordinative* delle costituzioni postbelliche, con gravi ripercussioni sui diritti fondamentali, non solo sociali, che quelle costituzioni ancora tutelano.

Occorre, allora, ripercorrere a ritroso la vicenda del rapporto tra costituzioni politiche ed economia, tentando di analizzare le possibili implicazioni degenerative delle critiche mosse allo Stato sociale e cercando di dar conto della nuova ideologia politica ed economica, sulla quale si fonda l’ipostatizzazione del mercato e della concorrenza all’interno della costruzione ordinamentale comunitaria.

---

<sup>186</sup> M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINAILO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 271-272.



## CAPITOLO II

# LA “CONSUMAZIONE” DEL COSTITUZIONALISMO NEL PARADIGMA DELLO STATO SOCIALE E DELLA SUA CRISI

SOMMARIO: 1. Posizione del problema. – 2. La “reazione” delle costituzioni del secondo dopoguerra allo spontaneismo sociale. – 3. Il depauperamento dell’ipotesi «costruttivistica» dello Stato sociale e la “separazione” di questo dalle forme di democrazia politica e sociale della costituzione. Le tesi di Habermas e Schumpeter. – 3.1. La tesi di Habermas. – 3.2. Lo Stato sociale in trasformazione: l’intesa comunicativa (*Einverständnis*) e il ritorno dello “Stato di diritto”. Le pretese normative “spesse” dello Stato sociale e l’etica del discorso. – 3.3. Il modello politico-costituzionale schumpeteriano tra *logos* dell’economica e *self restraint* democratico. – 3.4. I punti di convergenza delle tesi di Habermas e Schumpeter nell’analisi della ‘crisi’ dello Stato sociale. – 4. Costituzioni democratiche e nuovo stadio dei rapporti di produzione: la riapertura dei termini della questione. – 4.1. Politica economica *versus* politica costituzionale: l’esperienza di Weimar, il declino dell’«Età dell’oro». – 4.2. Il «posto» dei “fattori” costituzionali nella società poliarchica: l’intuizione «postdemocratica» di Robert Dahl.

### 1. Posizione del problema

Il rapporto tra diritto costituzionale e rappresentazione ordinamentale dei fenomeni economici sembra discostarsi dall’idealtipo tramandoci dal costituzionalismo novecentesco postbellico sotto un duplice profilo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>L’accezione di “idealtipo” qui accolta è quella di matrice weberiana: «esso costituisce un quadro concettuale, il quale non è realtà storica, e neppure realtà “autentica”, e tanto meno può servire come uno schema al quale la realtà debba essere subordinata come esemplare; esso ha il significato di un concetto-limite puramente ideale, a cui la realtà deve essere commisurata e comparata, al fine di illustrare determinati elementi significativi del suo contesto empirico. Questi concetti sono formazioni nelle quali costruiamo, impiegando la categoria di possibilità oggettiva, connessioni che la nostra fantasia, orientata e disciplinata in

Da un lato, infatti, le norme costituzionali, appaiono sempre più schiac-

---

vista della realtà, giudica adeguate», M. WEBER, *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* (1904), in ID., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922), tr. it. di P. Rossi, *L'"oggettività" conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, nuova ediz., Torino, Einaudi, 2003, p. 64. Si può affermare, con riferimento ad esempio al caso italiano, come, in tal senso, emergesse, dopo la pace di Yalta, un quadro di per sé unitario e idealtipicamente dialettico del regime economico e insieme giuridico cui il Costituente avrebbe dovuto attenersi all'interno dell'economia capitalistica: «su questa base», scrive 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, pp. 75-76, «[il costituente] avrebbe potuto poi individuare forme modi e strumenti volti ad integrare questa opzione fondamentale con altre esigenze, finalità, principi. Ne derivava per il costituente italiano il più ampio potere di scegliere la forma di stato e di governo, la tipologia dei rapporti economico-sociali, il regime della proprietà e dell'iniziativa economica privata purché garantissero all'economia capitalistica di affermarsi, svilupparsi e riprodursi. Ne derivava anche il potere di individuare e di scegliere in assoluta libertà i temperamenti, i limiti, i condizionamenti della dinamica capitalistica che sarebbero stati imposti per mediare tra le esigenze della produzione capitalistica e quelle che la lotta sociale e politica poneva come inderogabili pur originando da altre radici ed espresse da soggetti portatori di interessi non incorporati e non assorbibili nel possesso dei mezzi di produzione della ricchezza sociale». Pressoché identico è lo schema di analisi privilegiato da P. HÄBERLE, *Il caso tedesco*, tr. it. di J. Luther, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, cit., p. 159, il quale (nel paragrafo intitolato "Il consolidamento del principio dello Stato sociale"), con riguardo all'opzione fondamentale espressa nel Grundgesetz del 1949, rimarca come «può darsi che oggi si debba discutere una ristrutturazione dello stato sociale di diritto concettualizzato da Hermann Heller, ma la stabilità e l'attrazione della nostra Repubblica, il "miracolo economico" dell'"economia sociale di mercato" nel senso di L. Erhard, è dovuta essenzialmente alla pace sociale creata da datori di lavoro e sindacati in una *partnership* ispirata allo stesso principio dello Stato sociale». Generalizzando, allora, attraverso le parole di J. HABERMAS, *Die Postnationale Konstellation* (1998), tr. it. di L. Ceppa, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 17, è possibile evidenziare che: «così nella figura della democrazia di massa rappresentata dallo stato sociale, la forma economica altamente produttiva del capitalismo venne per la prima volta imbrigliata socialmente [social gebändigt] e più o meno felicemente armonizzata con l'auto-comprensione normativa degli Stati democratici nazionali». Dunque la "cattura costituzionale dell'economico" (cfr. sul punto almeno M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1, 1996, p. 124 ss., qui p. 161; D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung* (1991), tr. it., *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINAIIO-J. LUTHER, *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 141 ss.; C. PINELLI, *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna, il Mulino, 2000, partic. pp. 196-198; e per una ricostruzione storica accurata della nozione di "embedded liberalism" si rinvia al saggio di S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003, spec. pp. 17-26), che ha radici weimariane (emblematico, in proposito, il significato attribuito

ciate sotto il peso dell’effettività dei rinnovati modi di produzione e di finanziarizzazione propri delle contemporanee economie postindustriali<sup>2</sup>.

---

da F.L. NEUMANN, *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung* (1930), tr. it., *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar*, cit., all’idea di “costituzione economica”, a base della quale «l’art. 151, I pone il concetto di giustizia, la cui concreta determinazione avviene assegnando all’ordinamento economico il fine di garantire a tutti un’esistenza dignitosa. Solo *in quest’ambito* sono garantiti i diritti capitalistici di libertà e cioè i diritti di proprietà, di libertà contrattuale e di industria», p. 134; e ancora: «i principi-base della costituzione economica, indicati nella seconda parte della costituzione, rivelano contestualmente il distacco dalla concezione formale dell’uguaglianza, propria dello stato di diritto borghese, e il riconoscimento positivo dei principi ispiratori dello stato sociale di diritto, il quale, nonostante il riconoscimento della proprietà privata, ne sottrae al proprietario privato la gestione», p. 138), può essere definita quale concetto «stenografico», idealtipico appunto, del rapporto tra costituzione e fenomeni economici, estrapolabile, empiricamente, da quel determinato periodo storico che va dal secondo dopoguerra fino alla fine degli anni settanta del secolo scorso. Una periodizzazione, questa, che coincide, nel suo ultimo sprazzo temporale, con l’annuncio della c.d. crisi fiscale dello Stato, analizzata in un’opera, fra le altre, ormai divenuta una specie di “classico”, J. O’CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State* (1973), tr. it. di V. Grisoli, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, Einaudi, 1982, e altrettanto strumentalizzata – come sottolinea Federico Caffè nella *Prefazione*, pp. IX-XV – dal quel neomanchesterismo che ha contrassegnato la c.d. “rivoluzione imprenditoriale” a cavallo tra gli anni ’80 e ’90 del secolo scorso.

<sup>2</sup>La letteratura su questo tema è molto vasta e il suo nucleo irriducibile, per quello che qui interessa, consiste nella descrizione di un processo di progressiva perdita da parte degli Stati nazionali delle loro prerogative decisionali in ambito macroeconomico, che si tradurrebbe in una loro proporzionale incapacità di realizzare un’effettiva integrazione sociale (per un primo approccio si rimanda ai testi di U BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung* (1997), tr. it. di E. Cafagna-C. Sandrelli, *Che cos’è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, Carocci, 1999, il quale definisce la globalizzazione come «il processo in seguito al quale gli Stati nazionali e la loro sovranità vengono condizionati e connessi trasversalmente da attori transnazionali dalle loro chance di potere, dai loro orientamenti, identità e reti», p. 24; D. HELD, *Democracy and the global order* (1995), tr. it. di A. De Leonibus, *Democrazia e ordine globale. Dallo stato moderno al governo cosmopolitico*, Trieste, Asterios, 1999; G. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Firenze, Le Monnier, 2000; U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta, 2002; D. HELD-A. MCGREW, *Globalization/Anti-Globalization* (2002), tr. it. R. De Grammatica e M.L. Bassi, *Globalismo e antiglobalismo*, Bologna, il Mulino, 2003; D. ZOLO, *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004). Il processo cui si fa cenno, peraltro, è tutt’altro che lineare e scevro da contraddizioni, se non altro con riguardo alla reale tenuta (o, all’opposto, caduta) di alcune categorie tradizionali per il diritto costituzionale, come quelle di “sovranità”, “stato”, “nazione”, ecc., che, per quanto considerate sostanzialmente in crisi e oggetto di ripensamenti relativistici e decostruttivistici, mostrano, in certi momenti, assai drammatici e pregnanti (si pensi alle più recenti guerre e ai fenomeni sempre più frequenti di rinnovato etnocentrismo e fondamentalismo), la tendenza a rivitalizzarsi nelle forme più estreme e per nulla addomesticate/razionalizzate, come, invece, vorrebbe un diritto tutto proteso a proclamarsi cosmopolitico e transnazionale (e,

## Dall'altro lato, proprio in ragione dell'ormai limitata capacità conformativa

·transitivamente, pacifico). Per comprendere l'esatta portata della questione, ci si può soffermare sulle osservazioni contenute in M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica; democrazia d'indirizzo versus democrazia d'investitura*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, cit., pp. 636-637, il quale fa notare come un'analisi equilibrata dei fenomeni storico-politici in corso, spesso frettolosamente etichettati sotto il termine ombrello di "globalizzazione", non possa non contemplare il passaggio «da un modello che sintetizza processi considerati oggettivi in quanto non dominabili per la loro origine tecnologico-economica, e dunque per la loro complessità e forza di trascinamento», a «un modello che sintetizza processi considerati oggettivi in quanto non dominabili per la sproporzione di forze – tanto ampia ed incolabile da apparire come un dato della natura delle cose – tra i soggetti coinvolti. Essendo evidente che tra i dati organizzati dal primo modello e quelli del secondo c'è uno stretto legame, ne consegue, si potrebbe dire, che passando dall'uno all'altro si realizza sostanzialmente solo un mutamento di prospettiva. In realtà il passaggio dal modello teorico a quello realistico è decisivo ai fini della domanda cui dobbiamo rispondere (se le trasformazioni endogene siano o no mere e insignificanti scorie di un processo esogeno necessitato), perché se il modello è storico-politico non può essere interamente dominato dalla necessità». Pertanto, è possibile muovere una duplice obiezione, secondo l'A., alle teoriche oggettivistiche che annunciano inesorabilmente il declino del paradigma statale: *a*) «ric conducendo il deperimento "dello Stato" a cause politicamente non dominabili, in ultima istanza prodotte dallo sviluppo delle tecniche e dalle loro ricadute economiche, si oscura il dato geopolitico in forza del quale il deperimento non "dello Stato", ma "di moltissimi Stati", è dovuto al rapporto che li lega all'unica potenza imperiale rimasta»; *b*) «assumendo la prospettiva del declino fatale dello Stato come una certezza teorica (...) si sottovalutano come residui ancestrali (altrettanto fatalmente destinati ad esaurirsi) gli inquietanti ritorni di nazionalismo che si vanno diffondendo» (pp. 634-635). L'adozione di una prospettiva storico-politica permette, anche secondo F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000, in partic. pp. 87-221, di interpretare le nuove soggettività dominanti l'attuale quadro istituzionale nazionale, sovranazionale e mondiale (poteri neutrali di diversa natura, mercati-elettori, autorità indipendenti, istituzioni monetarie su scala locale, europea e planetaria) quali "emergenti forme del politico", di fatto sottratte al «valore del principio di legalità, della certezza del diritto, della responsabilità, fino ad oggi, almeno teoricamente, ritenuti coesenziali ad un regime democratico» (p. 124) e viceversa, ancorate a una legittimazione "materiale" proveniente «dai principali settori della realtà economico-sociale». A stagliarsi è così «un sistema di poteri economici vestito di una rinnovata struttura (...); un nuovo tipo di burocrazia, più indipendente dalla politica e più qualificata da un punto di vista tecnico-scientifico» è «il sistema politico incarnato dalle istituzioni comunitarie, sistema economico e burocratico allo stesso tempo», sono «le istanze della globalizzazione» (pp. 127-128).

A livello descrittivo, d'altra parte, si afferma, una tendenza di fondo nella rappresentazione della costante complessificazione del reale economico e sociale e della conseguente separazione "spinta" degli ambiti di ricerca: «da un lato, c'è l'emisfero globale – cioè l'insieme delle relazioni economiche e sociali globalizzate – di fronte al quale non sussiste alcun potere giuridico e politico, essendo l'unico potere di questa natura attualmente esistente – quello dei singoli Stati – un potere che, per limiti territoriali e tempi di reazione, appare del tutto inadeguato rispetto a qualsiasi possibilità di disciplina giuridica e di controllo politico delle attività economico-sociali globali. Dall'altro lato, c'è, invece, il tradizionale universo degli Stati, cioè

## del dettato costituzionale rispetto al sottosistema economico (frazione del

l'emisfero della politica (istituzionalizzata) e del diritto che, a causa del rapido e imponente sviluppo della globalizzazione, si vede sottrarre, in progressione geometrica, l'oggetto principale della propria azione, vale a dire l'economia e la comunicazione sociale. Insomma, da un lato, c'è la sfera delle relazioni globali, la quale è strutturalmente caratterizzata dall'assenza della politica e dell'autorità giuridica ed è, dunque, fondata sull'autoregolamentazione del sistema e sulla totale libertà dei singoli operatori; dall'altro c'è, invece, la sfera statale/locale, la cui autorità giuridica e il cui potere politico rischiano di girare a vuoto per la crescente sottrazione della parte più significativa dell'economia, della finanza e della comunicazione sociale dagli oggetti del proprio controllo», A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 124. A tal proposito M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 14, parla di una «funzionalità invertita» tra stati e mercati: «sempre più gli stati tendono a diventare funzionali ai mercati. Non si tratta di una guerra aperta e sfrontata tra politica ed economia; piuttosto l'economia, funzionando secondo i suoi presupposti evolutivi, modifica in maniera sotterranea e silenziosa il quadro istituzionale» (corsivo aggiunto). La chiusura degli ambiti di azione e socializzazione in plessi autoreferenziali è, poi, al contempo, causa ed effetto dello svuotamento interno del criterio primo di socializzazione politica rappresentato dalla costituzione. Tanto che J. HABERMAS, *The European Nation State. Its Achievement and Limitations* (1996), in ID., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996), tr. it. di L. Ceppa, *Lo Stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 138-139, ha potuto sostenere che, accettando tali premesse, «i cittadini si troveranno “liberati” in un mondo di relazioni anonime in cui essi – sulla base delle loro preferenze soggettive – dovranno semplicemente decidersi tra opzioni sistemicamente prodotte. In questo mondo *postpolitico*, l'impresa economica transnazionale diventa il modello di comportamento. Dal punto di vista della teoria sistemica, l'automatizzarsi del sistema economico globale e la sua impermeabilità a ogni tentativo di influenzarlo politicamente con direttive di tipo normativo appaiono solo come aspetti particolari di una evoluzione più generale. Il “punto di fuga” prospettico è una società mondiale completamente decentrata, la quale si scompone in un caotico insieme di *sistemi funzionali* che si *autoriproducono* e *autoregolano*. (...) Al posto di norme che dovrebbero essere efficaci ma anche obbedienti a prospettive quali “sovranità popolare” e “diritti umani”, fa la sua comparsa – sotto le vesti di una logica dell'intreccio globale – la mano invisibile di processi socioplanetari che si presentano come *spontaneamente autoregolantesi*» (ultimi due corsivi aggiunti). La configurazione per sottosistemi autonomi e autopoietici della triade economia, politica e diritto, evocata nell'analisi habermasiana come causa della contemporanea anomia delle relazioni sociali, si ritrova compiutamente esplicitata in N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1981), tr. it. di R. De Giorgi-M. Silbernalg, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1990, soprattutto pp. 35-103; tuttavia le pagine più accurate sull'autocelebrazione e sull'autonomia giuridica dell'economico sono quelle di G. TEUBNER, *Rechts als autopoietisches system* (1989), tr. it. di A. Febbrajo-C. Pennini, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 114-115, ove l'A. osserva come «in generale quando le norme giuridiche fanno la loro apparizione sullo schermo del calcolo economico, esse non vengono considerate in virtù della loro validità normativa, come accade nell'ambito del sistema giuridico, bensì vengono trattate come voci all'interno di un calcolo di costi e di benefici», e così a Teubner,

più ampio sistema sociale), si assiste all'interna metamorfosi dell'iniziale dialettica tra Carte fondamentali e rapporti economici verso una più astratta relazione tra diritto ed economia<sup>3</sup>. Con la conseguenza, in quest'ultimo

---

citando, alla nota 72, il lavoro di F.H. EASTERBROOK-D.R. FISCHER, *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, in *Michigan Law Review*, n. 80, 1982, p. 1177, appare scontato che «i *managers* non hanno il dovere etico di obbedire alle leggi che regolano l'economia per il semplice fatto che tali leggi esistono. Essi devono determinarne l'importanza. Le sanzioni che il Congresso prevede per la disobbedienza sono la misura di quanto esso desidera che le imprese sacrifichino al fine di aderire a tali regole: l'idea di sanzioni ottimali è basata sulla supposizione che i *managers* non soltanto potrebbero, ma addirittura dovrebbero (*sic!*) violare tali regole quando è conveniente farlo», per cui, continua Teubner, «gli interventi del diritto nell'economia vanno quindi considerati nel quadro delle osservazioni reciproche di due sistemi di comunicazione autonomi, in sé chiusi, privi della possibilità di un contatto diretto. Il diritto si "inventa" un'immagine dell'economia e formula le sue norme in rapporto a quest'immagine. L'economia si "inventa" la propria immagine del diritto ed elabora i suoi processi di pagamento in rapporto a quest'immagine». Per una critica di questa impostazione si rinvia a J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (1992), tr. it. di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996, spec. pp. 56-72.

<sup>3</sup> D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, cit., pp. 129-130, osserva, in proposito, come siano «ormai tanti i segnali che alludono a una crescente debolezza intrinseca della costituzione e suscitano dubbi su una diminuita capacità di regolare la politica. (...) Al pari di ogni altra forma di regolamentazione giuridica, la costituzione non è immune da tale svuotamento interno. Sorta come una novità storica solo duecento anni or sono in circostanze ben precise, è altrettanto possibile che col venir meno di tali condizioni essa scompaia nuovamente». Scrive al riguardo M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., pp. 161-162, che, oggi, «la crisi della capacità regolativa della costituzione viene esibita in modo impietoso. Alla radice della crisi stanno due fenomeni paralleli e interconnessi: la dissoluzione del legame fra economia e territorio e la *sovrapposizione alla costituzione di regole che vengono dettate da istituzioni internazionali o sovranazionali sempre più forti e numerose*. (...) Le leggi dell'economia, sulla scia di quelle della tecnica e della scienza, hanno cominciato a reclamare un'oggettività e un'indiscutibilità che le ha rese sempre più impermeabili rispetto alla politica e alle decisioni (politiche, appunto) degli Stati» (corsivo aggiunto). Contestuale alla perdita di capacità regolativa delle costituzioni è, per usare un'espressione di M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra otto e novecento*, cit., p. 882, il «disseccarsi quasi del tutto» della loro «radice politica», laddove «il carattere politico delle costituzioni del nostro secolo è dato soprattutto dalla loro pretesa di salvare e rimettere a lucido, uno *strato alto* della politica, più vicino alla dimensione dei principi e dei valori, qualitativamente diverso dalle politiche, al plurale, degli interessi e delle maggioranze» (pp. 881-882), «insomma, ciò che è concretamente accaduto è che la politica, da una parte è stata fatalmente attratta nel campo della mediazione sociale, nel contesto di società sempre più articolate in senso pluralistico, ed anche sempre più decisamente frammentate, perdendo così progressivamente il suo significato costituzionale, d'insieme di azioni strategicamente rivolte alla realizzazione delle grandi norme di principio della costituzione: una politica, da questo punto di vista, indubbiamente più piccola, e più modesta, di quello che i nostri costituenti avevano immaginato. E sull'altro versante, per converso, è an-

caso, di prefigurare un più asettico e neutralizzato «ordine giuridico del mercato»<sup>4</sup>, cui pare accompagnarsi, inevitabilmente, una contestuale ridu-

---

data altrettanto fatalmente sempre più attenuandosi l'idea stessa della costituzione democratica come costituzione politica, che indirizza i mutamenti e le trasformazioni della società, ed ha parallelamente ripreso forza, non per caso, l'idea, tradizionale nella storia del costituzionalismo, della costituzione come norma suprema, fondamentale diretta alla riduzione dell'arbitrio politico. In una parola, l'incontro novecentesco tra politica e costituzione è divenuto sempre più problematico, tanto da produrre ormai in modo del tutto visibile, proprio sotto i nostri occhi, una politica sempre meno dotata di finalità costituzionali, e per converso una costituzione sempre più emancipata dalla politica» (p. 884).

Sulla scorta di queste considerazioni si può tentare una prima conclusione che nel proseguo della trattazione andrà verificata. Se le costituzioni del Novecento, come scrive N. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 881, devono il loro comune carattere "politico" alla presenza di soggetti concreti, portatori e protagonisti della politica costituzionale (in primis quei partiti che, prima ancora di essere selezionatori di interessi hanno espresso la «garanzia del fatto che nella nuova età democratica la politica» non si sarebbe ridotta «mero scambio di utilità, a semplice mediazione di interessi», né si sarebbe esaurita «nel confronto immediato tra maggioranza e opposizione»), allora la crisi di questa concezione, manifestatasi nell'autonomizzazione dell'"economico" su scala sovranazionale e globale, comporta una "purificazione" del giuridico e un suo rapprendersi in concezioni meramente "ordinamentali" e "amministrativistiche", dirette espressioni della società (hegelianamente intesa come "sistema dei bisogni") e delle sue esigenze. "Società", osserva efficacemente S. NICCOLAI, *Imperio della necessità e vie della libertà. Un appunto sul ruolo della cultura negli scenari della globalizzazione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, cit., p. 562, «la quale è il terzo termine che insieme a amministrazione e economia, sembra andare perentoriamente a comporre la triade costitutiva dell'esperienza politica presente e futura»; ciò, d'altra parte, continua l'A., si lega alla nascita e al consolidarsi di ordinamenti giuridici sovranazionali e, se si vuole, globali, sempre di più basati su una legittimazione "disciplinatrice" o "regolatrice" in cui la triade amministrazione-società-economia fagocita e annulla elementi pur fondamentali per l'edificazione dello Stato costituzionale democratico, «che si sono aggiunti in momenti particolari, come cittadinanza, o come costituzione, o come democrazia rappresentativa, che dunque si rivelano», in questa particolare congiuntura storica, «meri *accidentalìa*». Ma su questo punto si tornerà nei paragrafi successivi. Ciò che qui si vuole evidenziare, solo accennandovi per il momento, è come la *ratio* immanente alla categorizzazione diritto/economia non sia esclusivamente il prodotto teorico di una prospettiva genericamente comprendente e antisetoriale. Ma, al contrario, possa rappresentare autonomo campo di polarizzazione delle esigenze sociali, concorrenziale ed escludente rispetto al rapporto ormai critico tra precetti costituzionali e ordine (o disordine) economico.

<sup>4</sup>L'espressione «ordine giuridico del mercato» è qui ripresa dal titolo del libro di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998, ove l'A., ricostruendo (per poi attingervi al fine di spiegare l'odierna situazione di trasferimento delle decisioni di politica economica dei Paesi aderenti all'Unione europea dal piano nazionale a quello sopranazionale) le tesi messe a punto dalla scuola friburghiana dell'ordoliberalismo, mostra come il mercato (inteso quale «ordine degli scambi», poiché «chi entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole, e dunque che, entro la misura definita da codeste regole, i comportamenti sono prevedibili», p. 5) sia tutt'altro che un luogo naturale in cui si realizzano per armonie invisibili le quotidiane compravendite e tran-

zione della “politica” a campo o arena di scontro di contrapposti e nudi rapporti di forza (dunque una *subpolitica*): rapporti particolaristici nel loro apparire, in quanto espressione immediata di interessi economici frammentati o, specularmente, altamente concentrati, suscettibili di composizione efficiente per lo più attraverso una mediazione sociale di carattere privatistico<sup>5</sup>.

---

sazioni tra privati, quanto piuttosto, un *locus artificialis* dotato di un proprio statuto giuridico storicamente determinato. Ciò, continua Irti, ne fa decadere anche la pretesa eventuale di a-politicità: «la pretesa a uno Stato agnostico e neutrale rispetto agli affari dell'economia è una *pretesa politica*, cioè pretesa a una decisione abdicativa. Il problema centrale non risiede in una *delimitazione logica* dei due ambiti, ma nella decisione concreta della sfera politico-statale e, quindi, nella scelta dei contenuti legislativi. (...) Si chiarisce, a questo punto, *l'assoluta e integrale politicità del mercato*, che si struttura e conforma, nelle diverse epoche storiche, secondo la decisione sulla competenza giuridico-statale» (p. 14). Sede della decisione di sistema (*Systementscheidung*), della decisione di politica economica e perciò stesso mai tecnica o neutrale, è la Costituzione, oggi non più quella nazionale, ma quella europea dei Trattati, in cui si è scelto (politicalmente) il principio globale dell'ordine economico del “mercato aperto e in libera concorrenza”.

Non interessa ora, in nota, esaminare nei dettagli i postulati teorici di questo ragionamento, indifferente al risvolto “prescrittivo” dell'analisi, alle caratteristiche strutturali di quella che viene chiamata, secondo i dettami dell'ordoliberalismo, “decisione di sistema”, la cui stessa radice linguistica rivela un nesso con l'impostazione schmittiana relativa alla fondazione dell'ordinamento costituzionale, enucleata nella *Verfassunglehere*. Ma si può anticipare fin d'ora che gli aggettivi “asettico” e “neutralizzato”, qui utilizzati per accompagnare la nozione di “ordine giuridico del mercato”, si riferiscono proprio al concreto operare del mercato, che secondo lo stesso Irti, una volta appuratane l'origine politica, dovrebbe procedere, nel suo funzionamento, sulla base di tecniche ordinarie del tutto conformi all'iniziale decisione di sistema, sebbene la stessa possa rivelarsi pressoché indipendente o anche solo indifferente rispetto alla legalità costituzionale democraticamente statuita.

<sup>5</sup> Mentre il Novecento è stato il secolo delle “costituzioni politiche” (cfr. M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico*, cit., p. 877: «le costituzioni tendono cioè ad eccedere rispetto alla loro tradizionale funzione organizzativa e compositiva di poteri già esistenti, e pretendono di divenire criterio di legittimazione, strumento instaurativo di quei poteri. Per questo motivo, quelle costituzioni hanno bisogno di dichiararsi politicamente, soprattutto attraverso il ricorso ad impegnative norme di principio: il principio democratico, il principio d'invulnerabilità dei diritti, il principio di uguaglianza. L'insieme di queste norme di principio è rappresentato come il contenuto politico della costituzione, che è stato scelto in sede costituente»), sembra che oggi le trasformazioni sociali si compiano non all'interno di quelle coordinate, ma «nelle forme del non-politico», secondo le parole di U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), tr. it. di W. Privitera-C. Sandrelli, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000, qui p. 258. Tuttavia, per il sociologo tedesco, in questa fase storica, l'inquadramento opposizionale politica/anti-politica andrebbe ulteriormente affinato o sfumato, poiché «le concezioni della politica e della non-politica diventano sfocate e necessitano di una revisione sistematica»; in questo senso, «entrambi gli sviluppi – lo sbiadire dell'interventismo dello Stato sociale in seguito al suo successo e le ondate di innovazione tecnologica su larga scala con pericoli futuri tuttora

Prima ancora, però, di procedere ad una considerazione analitica di entrambi questi fenomeni (qui assunti come derogatori rispetto al modello costituzionale per noi più familiare almeno fino a qualche tempo fa) è forse utile evidenziarne l'intima connessione.

L'autogiustificazione di un ordine giuridico del mercato, infatti, basata sull'applicazione di quello strumentario concettuale composito e variegato rappresentato dalla *lex mercatoria*<sup>6</sup>, dalle *law firms*<sup>7</sup>, dalla *western legal tra-*

---

sconosciuti – si sommano in un duplice senso *in un'apertura dei confini della politica*. Da un lato i diritti affermati ed esercitati limitano la libertà d'azione *nel* sistema politico e danno luogo a nuove richieste di partecipazione politica *al di fuori* del sistema politico nella forma di una nuova cultura politica (gruppi di iniziativa civica e movimenti sociali). (...) Dall'altro lato, lo sviluppo tecnico-scientifico perde, parallelamente all'amplificarsi dei suoi potenziali di cambiamento e di pericolo, il carattere di non-politica. Quando non ci si attende più che i contorni di una società alternativa emergano dai dibattiti parlamentari o dalle decisioni dell'esecutivo, ma dalle applicazioni della microelettronica, dalla tecnologia dei reattori nucleari e dalla genetica umana, cominciano a crollare le costruzioni che hanno finora neutralizzato politicamente il processo d'innovazione. Nello stesso tempo l'agire tecnico-economico si situa tra le categorie della politica e quelle della non-politica. Esso diventa una terza entità, acquistando lo status precario e ibrido di una *sub-politica* nella quale l'ampiezza dei cambiamenti sociali provocati sta in rapporto inversamente proporzionale alla loro legittimazione. (...) Per questo l'agire economico e tecnico-scientifico acquista una *nuova dimensione politica e morale* che finora è apparsa estranea all'agire tecnico-economico. Se si vuole, si può dire che il diavolo dell'economia deve cospargersi dell'acqua santa della moralità pubblica, cingendo l'aureola della premurosità per la società e per la natura» (pp. 258-259).

<sup>6</sup>Per F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 12, potendosi oggi perfettamente sovrapporre l'economia globale all'antico commercio internazionale, il "particolarismo" del diritto commerciale riemerge in tutta la sua portata storica: «ritorna l'idea antica di un diritto commerciale "depoliticizzato", l'uniformità ultra-nazionale del quale si possa realizzare indipendentemente dall'unità politica, ed associare a null'altro se non all'unità del mercato. E ritorna, con questa, anche l'idea che le norme regolatrici dell'attività commerciale possano essere prodotte in modo affatto "particolare", al di fuori di quelle sedi di mediazione politica e sociale nelle quali si forma ogni altra norma di diritto». Questa è la nuova *lex mercatoria*, «altrettanto universale quanto fu universale la *lex mercatoria* dell'era preindustriale, cui si tende ormai a riconoscere il carattere di originario e sovranazionale ordinamento giuridico, quale ordinamento giuridico della *business community*, che non conosce nazionalità e si estende all'interno del "villaggio globale"» (p. 14).

<sup>7</sup>«In Europa», scrive Y. DEZALAY, *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit* (1992), tr. it. di M. Raiteri, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 168, «le imprese hanno "scoperto il diritto" quando hanno incontrato i *lawyers* e le *law firms*, ossia un'altra "specie" di esperti, più aperti e al tempo stesso meglio informati riguardo alle esigenze dell'economia finanziaria di quanto non fossero gli epigoni della vecchia magistratura». Le *law firms* sono, dunque, *énclaves* di esperti, al contempo imprenditori e specialisti del diritto, la cui «doppia appartenenza è all'origine di una sintomatica convergenza della trasformazione delle strutture della produzione giuridica e di quella del settore delle imprese» (p. 9), e cioè, dei «processi di rinnovamento delle regole e

*dition*<sup>8</sup>, e da un insieme di teorie del diritto catalogate come “postmoderne”

delle istituzioni giuridiche che presiedono alla regolamentazione dell'attività di produzione e di scambio e che, al contempo, omologano e forniscono legittimazione alle rappresentazioni che danno visibilità alle azioni degli operatori economici» (p. 4).

<sup>8</sup>La *western legal tradition* costituisce la quintessenza del modello anglosassone di impostazione del rapporto fra diritto e politica, fra diritto e società e, di conseguenza, fra i mutamenti politici, economici e sociali e la stessa evoluzione del diritto. È interessante osservare come il capostipite di questa corrente di pensiero, A. WATSON, *The Making of the Civil Law* (1981), tr. it. di N. Sarti, *La formazione del diritto civile*, Bologna, il Mulino, 1986, sostenga la tesi che le “forze” in grado di determinare i mutamenti giuridici e in particolare la distinzione tra paesi di *common law* e paesi di *civil law* (che nella traduzione italiana del testo di Watson è reso ambigualmente con l'espressione “diritto civile”) non abbiano natura sociale, politica o economica (infatti, secondo l'A., «tanto i paesi che hanno un sistema di diritto civile, quanto quelli che hanno un sistema di *common law*, possono aver sperimentato le medesime circostanze economiche e sociali determinanti, come ad esempio la Rivoluzione industriale, circostanze che non hanno invece toccato altri paesi a diritto civile. E la natura del regime politico, democratico o totalitario, non influisce sul tipo di sistema giuridico», p. 8), ma trovano spiegazione esclusiva in termini di «tradizioni giuridiche»: «vale a dire che tali differenze emergono dalla storia giuridica piuttosto che da quella sociale, economica o politica. Soprattutto l'accettazione totale o parziale del Corpus juris civilis di Giustiniano come dotato di autorità, o almeno molto influente, determinò la natura di quelli che sarebbero diventati i sistemi di diritto civile e li rese quindi peculiari» (p. 8). Dunque, l'assunto di fondo è che la tradizione giuridica occidentale è fondamentalmente unitaria e che le componenti storico-giuridiche (diritto romano, consuetudini germaniche, diritto canonico, diritto feudale, ecc.) che hanno concorso alla formazione del diritto degli Stati nazionali sono pressoché le stesse. Ne consegue allora che le affinità tra i sistemi di *civil law* e le differenze tra essi e quelli di *common law* non possano che emergere particolarmente «dalla struttura generale dei sistemi stessi, dalle classificazioni e dalle norme di ciò che per tradizione è il diritto privato – e che è attinente alle persone, alla proprietà, alla successione e alle obbligazioni – e dal diritto processuale, ivi compresa la disciplina delle prove. (...) Proprio l'esistenza all'interno di una tradizione unitaria, di sistemi contrastanti chiaramente caratterizzati (il diritto civile e il *common law*), sta ad indicare che nel processo di formazione del diritto nazionale agiscono forze molto potenti, ma che tali forze non trovano necessariamente radici nella tradizione sociale, politica, economica delle varie nazioni» (pp. 11-12). Se il diritto diventa un discorso tra giuristi, tra professionisti del diritto (comunque *self-referential*) (e in questo senso il diritto romano, continua Watson, quale base comune della *western legal tradition* è un eccellente veicolo per «l'educazione alle norme giuridiche», poiché «le norme di un istituto possono essere discusse, argomentate e sviluppate in modo del tutto indipendente dalla loro originaria collocazione in uno specifico contesto storico, politico, sociale ed economico. (...) Quei fattori ambientali che secondo lo stretto significato della lettera della legge, risultano giuridicamente irrilevanti, sono rigorosamente esclusi. Il diritto e le norme giuridiche sono considerati in larga misura, come dotati di esistenza autonoma, come idee, e non come realizzazioni di principi etici, né come mezzi del controllo dello Stato sulle attività sociali, ovvero come strumenti della classe dominante. Diritto e norme sono ben avviati a diventare puri concetti giuridici», p. 36), esso non solo sarà refrattario a qualsiasi concezione della giustizia (p. 37), ma dovendosi differenziare a seconda dell'obbedienza deduttiva (*civil law*) o induttiva (*common law*) a un principio di autorità “interno” o “dottrinale” (il Corpus juris) dovrà rendere conto delle sue prestazioni appunto in termini di efficienza, di *performance* adattativa.

(tra le quali l'*Economic Analysis of Law* e il movimento accademico dei *Critical Legal Studies*)<sup>9</sup>, sembra generare l'idea di uno “spontaneismo normativo”<sup>10</sup>, il cui “opposto” non sta, puramente e semplicemente, nelle pretese c.d. pianificatorie delle linee macroeconomiche nazionali, rinvenibili, ad esempio, nella lettera dell'art. 41, comma 3, della Costituzione italiana, o, se si vuole, nelle pieghe interpretative della «socialità» dello Stato trascritta nell'art. 20 del *Grundgesetz*, ma nel presupposto concettuale stesso del costituzionalismo moderno, consistente nell'«aspirazione costruttivista» di voler «stabilire in modo razionale (e dunque artificiale rispetto alla spontaneità dei rapporti di forza che si instaurano tra le diverse componenti della società) le caratteristiche fondamentali della vita collettiva»<sup>11</sup>.

## 2. La “reazione” delle costituzioni del secondo dopoguerra allo spontaneismo sociale

Tale presupposto costruttivista, come è noto, si rafforza e consolida con la rimodulazione del binomio libertà-uguaglianza, proprio dopo la seconda guerra mondiale, a seguito della accresciuta consapevolezza del potenziale

---

<sup>9</sup> Cfr. in merito G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End* (1995), tr. it. di C. Colli, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, il Mulino, 2001.

<sup>10</sup> Il concetto di “spontaneismo normativo” possiamo per ora limitarci a definirlo proprio attraverso la prospettiva, seppure capovolta, di quella parte della dottrina che ha, per certi versi, “estremizzato” le caratteristiche strutturali del concetto ad esso contrapposto, indistintamente qualificato come “assolutismo giuridico”: «assolutismo giuridico significa infatti che la produzione del diritto, di tutto il diritto, diventa un fenomeno controllato dal potere politico, con una perdita – o almeno una grossa attenuazione – dei suoi legami con la società, e la conseguente ulteriore perdita di spontaneità del meccanismo produttivo ormai formalizzatissimo e privo di quella continuità osmotica coi fatti socio-economici che è il vitale salvataggio di ogni ordine giuridico. Significa anche una contrazione enorme e innaturale della legittimazione a produrre diritto (innaturale in rapporto alla sua intima socialità) e una contrazione conseguente della pluralità delle fonti ridotte a manifestazioni del potere e gerarchicamente composte», così P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, in *Quaderni fiorentini*, n. 29, Milano, Giuffrè, 2000, p. 4. In virtù della prospettiva “rivoluzionaria” affermatasi con la globalizzazione, continua Grossi, è possibile finalmente assistere a uno «svuotamento del vecchio monopolio di produzione detenuto e gestito gelosamente dallo Stato, svuotamento già realizzato e tuttora in via di realizzazione mediante l'emersione di nuovi soggetti creatori ed elaboratori di norme, col conseguente vistoso risultato del decentramento e della frammentazione della produzione giuridica, nonché della sua privatizzazione» (p. 5).

<sup>11</sup> M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., pp. 17-18.

di autodistruzione insito nell'«ordine naturale»<sup>12</sup> su cui parevano fondarsi le società liberali europee del XIX secolo. Alcune di esse, infatti, organizzatesi nella forma dello «Stato di diritto» avevano sperimentato la drammatica degenerazione verso organizzazioni di tipo totalitario, anche a causa della fragilità costitutiva di un formalismo giuridico in grado di legittimare, con una certa disinvoltura, il passaggio «dalla razionalità del dominio al dominio dell'irrazionalità»<sup>13</sup>. Un paradosso, quest'ultimo, solo apparente, frutto del duplice crescente consenso sociale, da un lato, verso i movimenti nazionalistici e identitari dell'epoca e, dall'altro lato, verso il mito progressista e spersonalizzante (tecnoburocratico in senso weberiano) della modernizzazione capitalistica. Un paradosso ricomponibile teoricamente all'interno di un «modello caotico» (a-razionale) di costituzione, che, spogliando lo Stato dei suoi contenuti etico-giuridici di integrazione, ne riplasmava l'attività in termini di «potenza addomesticata» verso l'esterno, e di detenzione del monopolio legale della forza verso l'interno<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup>Un «ordine naturale», appunto, che nell'ideario liberale del tempo corrispondeva a uno «spazio dei soggetti, come luogo nel quale ciascuno, attivando le proprie capacità e la propria iniziativa, si appropria dei beni, li trasforma, li moltiplica e in questo modo soddisfa i propri bisogni e, insieme, contribuisce alla diffusione della civiltà e all'incremento del benessere collettivo», P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, p. 3.

<sup>13</sup>La frase è di R. WIETHÖLTER, *Gli interessi dello stato di diritto borghese*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Bari, Laterza, 1973, vol. I, p. 40, cit. in C. AMIRANTE, *Presentazione* a E. FORSTHOFF, *Reechstaat im Wandel* (1964), tr. it. di C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973, p. XIX, ma sul punto si legga per intero il saggio di Amirante.

<sup>14</sup>È possibile spiegare questo passaggio da una concezione formalistica del diritto all'esaltazione della volontà di potenza (passaggio logico, ma connubio fattuale), secondo M. DOGLIANI, *Introduzione*, cit., p. 270, attraverso lo studio di quel «modello caotico» di costituzione, che, agli inizi del secolo scorso, si afferma con l'inveramento di categorie filosofiche elaborate all'interno di due sistemi di pensiero solo apparentemente in conflitto tra di loro e i cui massimi esponenti sono Weber e Nietzsche: «se si riduce la politica alla forza, lo stato alla forza organizzata e il diritto alla forza regolata, il diritto e lo stato dovranno necessariamente essere rappresentati come l'esito di un processo caotico. Potranno infatti venire solo «descritti» nel loro modo d'essere contingente, perché non si potrà dire nulla intorno al loro senso e ai loro fini, dal momento che non hanno né senso né fini propri. Se i fini dello stato e i contenuti del diritto dipendono da un elemento di mero fatto – dalla forza così come è, così come si presenta in un dato momento storico – essi non potranno essere che variabili, casuali e indefinibili: per l'appunto, caotici. Lo stato e il diritto vigono perché vigono e finché vigono (e cioè per la particolare e congiunturale combinazione di forze che di volta in volta li domina e li fa essere in quel determinato modo), e tutto il resto, tutta l'infinità di problemi «permanenti» che la tradizione collocava nel nesso individuo-società-stato, non

Le costituzioni del secondo dopoguerra intendono stabilire una cesura nei riguardi delle ambiguità dei precedenti regimi liberali, sempre in bilico

---

potrà che essere considerato (giuridicamente) inconoscibile (e dunque irrilevante). In questo sta la caoticità del modello: che esso tronca la possibilità di configurare qualunque collegamento tra il diritto e tutto ciò che sta prima, o fuori, del diritto stesso. Fuori del diritto c'è solo la forza, ma di essa, per definizione, non si può predicare nulla (la forza è mero fatto, che non risponde ad alcuna logica): si può solo constatare che esiste e che trova sempre e obiettivamente una sua organizzazione. Il diritto è la forma della forza così come essa si è organizzata in un particolare contesto (è la stasi momentanea di un processo che si svolge al di là di ogni ulteriore comprensione): ogni ordinamento positivo non può essere che descritto (dal di fuori) e obbedito (dal di dentro)».

Fu Hermann Heller a indagare per primo, con sistematicità, il rapporto tra Stato di diritto e dittatura. Indagando sulla crisi politica europea in atto negli anni Trenta e il contestuale avvento del fascismo in Italia, H. HELLER, *Europa und der Fascismus* (1931), tr. it. di C. Amirante, *L'Europa e il fascismo*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 54-57, evidenzia come già a partire dalla seconda metà del XIX secolo la concezione dominante del diritto fosse diventata «positivistica» e «l'ideologia dello Stato di diritto e del dominio della legge» fossero «divenute formaliste. (...) Eguaglianza non è più la contrapposizione concreta all'ingiustizia e all'arbitrio, ossia una giustizia qualitativa, ma generalità logica, quantitativa. Resta però diritto sempre e tutto ciò che proviene dal potere statale. (...) Chi nella realtà o nei valori non vede nessun ostacolo alle sue astrazioni, farà scomparire lo stato reale nella logica o nei valori economici, ed al suo posto metterà un ordinamento giuridico internazionale individuato logicamente, definendolo "stato universale mondiale". (...) Così le dottrine dello stato dominanti rispecchiano la profonda crisi dello stato europeo. Lo stato è irreali, è divenuto una astrazione o mera finzione, perché il suo contenuto di valore non appare più credibile. Lo svuotamento positivisticò di ogni contenuto di senso toglie ogni punto di riferimento non solo allo stato ma anche all'intera cultura. L'intera vita appare un problema sociologico privo di significato e valore. E l'intero regno animale quando si fa illusioni religiose, metafisiche ed etiche, ubbidisce invero solo a leggi prive di senso e razionalità». Di qui l'irrompere di uno «pseudo rinascimento politico», fondato «sugli stessi pregiudizi della controrivoluzione francese, del romanticismo tedesco e della scuola storica del diritto, che vengono ancora oggi sollevati contro lo "smembramento" e l'"atomizzazione" del popolo compiuta dallo stato "macchina", contro lo squallido egualitarismo perseguito da un dominio di massa labile e senza storia» (p. 61). Una critica, questa, rileva Heller, che si cala tuttavia in una situazione sociale fortemente mutata rispetto ai tempi in cui quei pregiudizi venivano originariamente codificati, una situazione caratterizzata dalla «democrazia sociale di massa», pervasa da una presa di coscienza «intesa in tutti i sensi come reazione violenta e profonda contro la concezione razionale della legge del secolo XIX. Una nuova filosofia irrazionale garantita da saldi punti di appoggio, sia nelle incontestabili scienze naturali, sia negli sviluppi culturali, combatte il processo di spersonalizzazione e riduzione della realtà a legge» (p. 64). H. HELLER sintetizza così, in uno dei suoi scritti più efficaci e lapidari sul tema, *Stato di diritto o dittatura?* (1929), in ID., *Gesammelte Schriften*, vol. III, tr. it. di U. Pomarici, *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1988, pp. 50-51, il nocciolo della questione: «Questa fede in una nomocrazia svuotata di contenuto, l'utopia della pace perpetua grazie alla definitiva riduzione di ogni individualità a leggi, oggi trova ormai solo pochi sostenitori. Essa forma, dal punto di vista squisitamente culturale, il sottofondo non facilmente riconoscibile della dottrina pura del diritto di Kelsen e della sua scuola, che in ogni

tra *Macht* e *Herrschaft*. Con la maturazione di una nuova coscienza, di una motivata sfiducia nell'automatico armonizzarsi dei rapporti sociali all'interno di una forma di governo intesa quale mero insieme di tecniche organizzative<sup>15</sup>, il costituzionalismo del secondo Novecento cambia strada. «Segnato da disastri lasciati dalle due guerre mondiali, è teso ad instaurare un ordine istituzionale e sociale diverso da quello andato distrutto e da quello che esisterebbe se i rapporti politici e sociali si manifestassero spontaneamente. (...) Nella sua polemica col presente, nella sua progettualità di un ordine, che coinvolge stato e società, da imporre *ex novo*, il costituzionalismo europeo dei due dopoguerra si ricollega al filone volontaristico rivoluzionario che percorre parte della sua tradizione, ma se ne distacca però profonda-

---

Stato vedono uno Stato di diritto e come ideale di democrazia presentano "assenza di capi". Le vuote astrazioni di questo pensiero nomocratico contribuiscono non poco a incoraggiare il pensiero della dittatura proprio in quella gioventù alla ricerca di fondamenti etici ed affamata di realtà. La sua situazione sociologica attuale sembra consentire alla borghesia soltanto un'interpretazione pessimistica di questa riduzione della realtà a leggi. (...) Nella borghesia non si trovano energie per un nuovo compimento dell'antico precetto. Essa rinnega la propria realtà spirituale e si getta nelle braccia di un neo-feudalesimo irrazionalistico. Il suo portavoce diventa Nietzsche per il quale la legge ha senso soltanto come tecnica del signore per soggiogare il gregge; l'arbitrio del signore si leva tuttavia al di sopra di ogni legge».

È uno strano circolo vizioso, dunque, che si viene a creare tra spinte irrazionali e fede assoluta nel progresso tecnico-scientifico quale sostrato legittimante dei nuovi Leviatani totalitari, come sottolinea, soprattutto con riguardo al secondo lato del problema, A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1995, pp. 5-6, ove si legge che il fascismo «fu il portatore di un'esigenza di razionalizzazione del meccanismo amministrativo dello Stato, di immissione di criteri produttivistici e di rigorosa efficienza tecnica nella gestione della cosa pubblica, che trovava larga rispondenza in seno all'opinione pubblica borghese, in un momento nel quale effettivamente l'apparato burocratico statale dava sintomi di disgregazione, o per lo meno di estrema trascuratezza, e la perdurante crisi economica e sociale del dopoguerra contribuiva ad accentuare il disordine e l'incuria in molti rami dell'amministrazione, sia centrale che periferica». Un'analisi, questa, ripresa più di recente, sia pure con riferimento all'odierna crisi delle democrazie occidentali e in particolare di quella italiana, da A. BURGIO, *Le isole e l'arcipelago. Per una teoria generale del fascismo*, in ID., *Guerra. Scenari della nuova «grande trasformazione»*, Roma, DeriveApprodi, 2004, pp. 206-228. L'argomento richiederebbe ben altro approfondimento e tuttavia per l'ulteriore profilo di indagine, connesso alla tematica cui si è qui accennato, attinente alla pericolosa china "apolitica" derivante dalla mancata partecipazione delle "masse" alla vita e al dibattito pubblico, quale *humus* naturale di crescita e sviluppo dei regimi totalitari del Novecento, si rinvia alla lettura delle lucide pagine di H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism* (1951), tr. it. di A. Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2004, spec. il capitolo sul tramonto della società classista, pp. 423-470.

<sup>15</sup>Tecniche organizzative «esaurienti nella *instaurazione* di quegli organi dal cui concorso giuridicamente regolato (e in questo consiste la sua normatività) sta il procedimento legale di manifestazione delle potestà pubbliche», M. DOGLIANI, *Interpretazioni della costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982, p. 35.

mente perché ormai è già stata del tutto consumata la delusione nella legge formale e generale, espressione e garanzia *delle leggi immanenti della società fondata sullo scambio*. (...) Non è più pensabile che dentro la società ci siano le premesse perché si producano oggettivamente quei processi di generalizzazione degli interessi che troveranno naturalmente il loro sbocco nella legge»<sup>16</sup>.

A questo «consolidamento iperpositivo» delle norme fondative del *pactum unionis* (mediante «l'introduzione della giustizia costituzionale, delle garanzie della rigidità, della riserva "rinforzata" e soprattutto con il riconoscimento dell'immediata capacità operativa [non solo nei rapporti cittadini-stato, ma anche nei rapporti interprivati] delle disposizioni relative ai diritti fondamentali»<sup>17</sup>), corrisponde poi la chiusura (o l'identificazione), operata in seno al costituzionalismo dello stato sociale, del rapporto tra legalità e legittimità, attraverso l'aspirazione a che una diretta coerenza delle garanzie e delle procedure costituzionali potesse storicamente e concretamente sempre risolversi nella realizzazione dei «postulati di morale indivi-

---

<sup>16</sup>M. DOGLIANI, *Interpretazioni*, cit., pp. 49-50 (corsivo aggiunto). Sulla "sfiducia" nelle virtù e nel vitalismo armonizzante della società europea, H. ARENDT, nella *Prefazione* alla 1ª edizione di *The origins of Totalitarianism*, cit., pp. LXXX-LXXXII, ha osservato: «Questo libro è stato scritto su uno sfondo di ottimismo e disperazione sconiderati. Esso ritiene che progresso e rovina siano due facce della stessa medaglia; che entrambi siano articoli di superstizione, non di fede. È stato scritto nella convinzione che sia possibile scoprire il segreto meccanismo in virtù del quale tutti gli elementi tradizionali del nostro mondo spirituale e politico si sono dissolti in un conglomerato, in cui ogni cosa sembra aver perso il suo valore specifico ed è diventata irriconoscibile per la comprensione umana, inutilizzabile per fini umani. Quella di cedere al mero processo di disintegrazione è diventata una tentazione irresistibile, non solo perché essa ha assunto l'equivoca grandezza di "necessità storica", ma anche perché ogni cosa ad esso estranea ha cominciato ad apparire inanimata, esangue, insignificante e irreal. (...) Non possiamo più permetterci il lusso di prendere quel che andava bene in passato e chiamarlo semplicemente retaggio, di scartare il cattivo e considerarlo semplicemente un peso morto che il tempo provvederà da sé a seppellire nell'oblio. La corrente sotterranea della storia occidentale è finalmente venuta alla superficie usurpando la dignità della nostra tradizione. Ecco la realtà in cui viviamo. Ecco perché tutti gli sforzi compiuti per evadere dall'atmosfera sinistra del presente nella nostalgia per un passato ancora intatto, o nell'oblio anticipato di un migliore futuro, sono vani». Annota P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza europea*, cit., vol. IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, pp. 369-370: «La cesura che i protagonisti del dopoguerra (quale che fosse la loro opzione ideologica) si trovano di fronte è netta e non permette (a chi ha occhi per vedere) di coltivare l'illusione di un'indolore perpetuazione delle vecchie formule: l'ordine non si compie per lo spontaneo integrarsi dei soggetti, degli interessi, delle classi nell'orizzonte di una storia che procede linearmente verso la civiltà. L'ordine deve essere ripensato alla radice, senza affidarsi agli automatismi del passato».

<sup>17</sup>M. DOGLIANI, *Interpretazioni*, cit., p. 53.

duale e di *ethos* pubblico»<sup>18</sup> richiamati nei principi fondamentali di quelle stesse costituzioni.

Si tratta di uno dei passaggi prescrittivi più alti delle costituzioni postbelliche e, allo stesso tempo, più utili per comprendere la “socialità” dello Stato all'interno delle diverse e contrapposte filosofie della storia (di cui il liberalismo e il socialismo costituiscono le sintesi più elementari). La formula del *Sozialstaat* poteva risultare pienamente realizzata solo considerando elemento centrale di quel progetto non la mera redistribuzione reddituale o risarcitorio-compensativa socializzata – potenzialmente garantita anche in un quadro istituzionale di tipo autoritario<sup>19</sup> –, ma, prima di tutto, l'effetti-

---

<sup>18</sup> M. DOGLIANI, *Interpretazioni*, cit., p. 59. A tal proposito può essere interessante riportare il giudizio di G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), in ID., *Incertezze sull'individuo*, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 114-115, il quale pur criticando l'invasività dello Stato sociale, teso, secondo l'A., a «prendere l'appalto della vita stessa della società» (p. 94) (in ciò anticipando l'analisi delle teoria critica della società, che ne intravederà il tratto patologico nella «colonizzazione del mondo-di-vita»), faceva notare che «i cataclismi delle guerre e delle rivoluzioni, mettendo a nudo le radici stesse della vita, hanno dissipato i provvisori scenari delle convenzioni sociali e intellettuali e hanno riproposto all'attenzione vitale degli uomini la vita nel suo valore radicale di umanità, e quindi i perenni interessi che salvaguardano questi valori (...) Tutte le nostre legislazioni, le nostre organizzazioni giuridiche e politiche, sono dirette, pure attraverso le incertezze e le inconsapevolezze della vita pratica, a questo scopo», «l'attuazione di quello scopo, gli atti di questa volontà, che tenta di ricostruire i piani della vita, il modo da reintegrare gli scopi della vita nel diritto e il diritto negli scopi della vita. L'astrazione da cui nasceva il difetto del diritto moderno era l'astrazione dalla vita. Il profondo concetto della nostra epoca è proprio questa assoluta coincidenza del diritto con la vita dell'individuo; e la sua grandezza è proprio questo rifiutare il diritto astratto da questa vita. Legislazioni, organizzazioni e regimi tendono faticosamente a costruire una vita giuridica concreta. Alla base di questi tentativi c'è questa idea dell'uomo che non deve essere staccato dalle condizioni effettive in cui la sua vita può veramente realizzarsi, che è trattato come tale, solo se effettivamente è posto in condizioni di realizzare umanamente la sua vita; mancando le quali condizioni ogni facoltà potere o sfera giuridica, che gli si riconosca, diventa cosa astratta».

<sup>19</sup> Cfr. J. HABERMAS, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, cit., p. 122: «Solo i diritti politici di partecipazione fondano per davvero la posizione giuridica *riflessiva* del cittadino, cioè quella posizione che è capace di avere effetti retroattivi su se stessa. I diritti negativi di libertà e i diritti sociali di benessere, invece, possono esser conferiti paternalisticamente. Stato di diritto e Stato sociale sono possibili, in linea di principio, anche senza democrazia». E, ancora, sempre J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 98, sottolinea, riprendendo in chiave critica il paradigma esplicativo “marshalliano” dei diritti come progressive conquiste di civiltà giuridica, che «persino là dove siano state istituzionalizzate tutte e tre le categorie di diritti, i diritti liberali contro lo Stato e quelli di ripartizione sociale concessi dallo Stato di welfare conservano sempre l'incipite volto di Giano. Sul piano storico, i diritti liberali si sono cristallizzati attorno alla posizione sociale del proprietario privato. Essi sono concepibili da un punto di vista *funzionale* come istituzionalizzazione d'un sistema economico controllato e diretto dal mercato, mentre da un punto di vista *normativo* si presentano come tutela di determinate libertà individuali private. Analogamente, i diritti sociali significano da un

vità del criterio politico-partecipativo di autodeterminazione dei cittadini, che tramutava quelle pretese strettamente economiche in tappe di un processo di integrazione sociale<sup>20</sup>.

Se si conviene su queste considerazioni, la stessa nozione di "Stato sociale" non può non apparire riduttiva, quando non adottata a fini esemplificativi e se strumentalizzata per comprovare la validità o non-validità di questa o quella teoria economica. Riduttiva, evidentemente, delle più ampie e sfaccettate istanze politiche, economiche, sociali e culturali insieme, formalizzate, nelle costituzioni del secondo dopoguerra, attraverso i principi di uguaglianza, pari dignità sociale e sviluppo integrale della persona umana<sup>21</sup>.

---

punto di vista *funzionale* l'installarsi delle burocrazie dello Stato di welfare, mentre da un punto di vista *normativo* tutelano pretese compensatorie a una giusta ripartizione della ricchezza sociale. Infatti, libertà negative e garanzie sociali possono altrettanto bene configurarsi come una rinuncia o come un "ritiro privatistico" dal ruolo politico di cittadino. In tal caso la cittadinanza si riduce alle relazioni che un cliente intrattiene con amministrazioni fornitrici di prestazioni assistenziali e infrastrutturali».

<sup>20</sup>Tra i tanti, D. SCHEFOLD, *Sozialstaat und Wirtschaftsverfassung im demokratischen Rechtsstaat (Bemerkungen zur Rechtslage in Deutschland im Vergleich zu Italien)*, in F. LANCHESTER-I. STAFF (a cura di), *Lo Stato di diritto dopo il fascismo ed il nazionalsocialismo*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 21 ss. Ma, più in generale, si veda ID., *L'effettività dei diritti fondamentali in Germania*, in A. ROMANO (a cura di), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 101 ss.; G. GOZZI (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, il Mulino, 1997; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (1991), tr. it. di O. Brino, M. Tomba, F. Ghia, L. Bertani, *Stato, Costituzione, Democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, spec., p. 194 ss.

<sup>21</sup>In merito, si può leggere il brano di seguito riportato, in cui M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, pp. 125-134, descrive il contenuto dell'"utilità sociale" richiamata nel comma 2, dell'art. 41, Cost. italiana: «Anzitutto una banalità: "sociale", qui, "non è che equivalente di se stesso, ... espressione cioè della società nel suo insieme", qualificazione cioè della utilità in funzione di interessi della *società* e non in funzione di interessi facenti capo a soggetti diversi. Una banalità, però, ricca di conseguenze. Se il riferimento è diretto, infatti, alla società, deve ritenersi che sia diretto alla società *nel suo complesso*, e non a singole sue parti, espressioni o frazioni. (...) Utilità sociale, dunque, come sintesi degli interessi della *società*, e non di semplici interessi "di gruppo" (ma neppure, è da dire, "di serie"). Ma non certo una società omogenea, della quale sia possibile ipotizzare un interesse generale unitario, ma una diversa realtà. (...) La costituzione, infatti, non ipostatizza gli interessi dominanti nella società attualmente esistente come valori in sé, ma li vede anzi con tipico disfavore: non è questa di *oggi*, ma è un'altra, la società voluta dal Costituente, come il principio di cui all'art. 3, comma 2, impone di ritenere. (...) Anche la società prefigurata dal Costituente non è omogenea, perché semplicemente *non c'è* in Costituzione un *disegno di società*, ma semmai un progetto di trasformazione sociale, o se si vuole c'è solo il disegno di una società di transizione ad una società futura *che però non è regolata in Costituzione*, e della quale si sa solo che dovrà essere il frutto, il risultato, del *processo* di trasformazione che le forze po-

Questo il motivo per cui l'aggiornamento tassonomico delle "forme di Stato" potrebbe più utilmente giovare della formula definitoria di forma di stato «costituzionale», «perché – con un'operazione fortemente tesa a scrivere nel modo più ricco la storia che si stava compiendo – si è attribuito, in quei decenni, all'aggettivo un significato più ampio di quello consegnato dall'esperienza degli Stati liberali, e comprensivo invece di tutti i contenuti di cui la riflessione sulla democrazia e sulla giustizia sociale si era idealmente arricchita negli anni della guerra civile europea, della resistenza e nelle esperienze costituenti dell'immediato dopoguerra. Le forme: Stato di diritto, Stato liberale-rappresentativo, Stato democratico e Stato sociale si sono trovate così ad essere condensate in un'unica definizione sintetica»<sup>22</sup>.

---

litiche e sociali debbono innescare per "rimuovere gli ostacoli" di cui parla il secondo comma dell'art. 3. L'unica società che è realmente *disegnata* (e quindi non solo sognata ...) in Costituzione, è dunque quella nella quale quei processi di trasformazione sono destinati a compiersi, ed è una società non omogenea, che prevede infatti il conflitto sociale (art. 40) e la perdurante esistenza di situazioni economiche di vantaggio, la cui incondizionata "positività" si nega però nello stesso tempo in cui le si garantisce (artt. 41 ss.). L'utilità sociale, quindi non potrà mai coincidere con l'interesse di *tutti*, ma solo con quello di coloro che *di volta in volta* (...) saranno titolari di interessi coincidenti con quelli complessivi della trasformazione. Pluralità, dunque di interessi nei quali si materializza l'utilità sociale (...) Pluralità di interessi, appunto, perché non omogenea e in continuo divenire è (e deve essere) la società che ne è portatrice, anche se in essa deve permanere – si badi – quell'originario *consensus unionis*, quella *conventio ad integrandum* che è stata da noi "la convenzione fondante, senza la quale non sarebbe stata nemmeno pensabile una Costituzione per valori". Ed altresì non solo pluralità, ma anche variabilità di interessi, in armonia col dato che il "valore" utilità non può cambiare di continuo. Tutto questo, peraltro, non significa ritornare indietro, ricadere nella tesi della assoluta inconoscibilità dell'utilità sociale. Quello che è sicuro, è soltanto che non è possibile dire *a priori* se un certo intervento sulla struttura produttiva è socialmente utile o non: non si può dire (*a priori*) cosa sia "socialmente utile". È però *a priori* possibile dire (sia pure solo in parte) *per cosa* debbono essere utili le incidenze sulla produzione. E qui torniamo perciò al *disegno* costituzionale, al dato certo. Al dato cioè secondo il quale la Costituzione progetta con relativa precisione un processo di trasformazione, i cui scopi sono fissati dall'art. 3, comma 2, ed i cui oggetti sono richiamati da quello stesso art. 3. E sono, questi, i diritti fondamentali – civili e sociali –, nel cui effettivo godimento si può compiere il "pieno sviluppo della persona umana", e possono realizzarsi gli interessi "dei lavoratori", che sono riassuntivamente indicati nell'art. 3 e analiticamente elencati nelle norme sui diritti sociali e sui rapporti economici. Socialmente utile dunque, è tutto ciò che consente il perseguimento di quei fini e la protezione di quegli interessi, anche a costo di sacrificarne altri configgenti. Questi interessi, d'altro canto, sono di vario tipo: culturali, sociali, politici e senz'altro *anche* economici. Non *solo* economici, però: la massimizzazione dei benefici economici possibili è infatti un obiettivo soltanto strumentale – quindi recessivo – rispetto agli altri che sono riassuntivamente indicati nel secondo comma dell'art. 3, e poi specificati in altre disposizioni costituzionali».

<sup>22</sup>M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica*, cit., p. 639. Scrive G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mi-te*, Torino, Einaudi, 1992, p. 39: «A chi consideri il diritto del nostro tempo, di certo non

Lo smembramento di quella sintesi, cui oggi si assiste, non ha un'unica origine, ma deriva da una trasformazione del modo di produzione capitalistico, che è affinamento strumentale (finanziario)<sup>23</sup> e simbolico (immateria-

---

riuscirà di riscontrare in esso i caratteri che costituivano i postulati dello Stato di diritto legislativo. L'entità della trasformazione deve indurre a pensare a un vero e proprio mutamento genetico, piuttosto che a una deviazione momentanea, in attesa e nella speranza di una restaurazione. Ai grandi e gravi problemi di cui tale mutamento è conseguenza e, a sua volta, causa, la risposta è racchiusa nella formula dello "Stato costituzionale". La novità che essa contiene è capitale e riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione. Di per sé questa innovazione potrebbe apparire, e in effetti è apparsa, come una semplice integrazione dei principi dello Stato di diritto che porta a termine il programma dell'integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni ordinarie dello Stato, compresa la legislazione (con eccezione quindi solo della funzione costituente). (...) Tuttavia, se dalle affermazioni generiche si passa alla considerazione comparativa dei caratteri concreti dello Stato di diritto dell'Ottocento e dei caratteri dello Stato costituzionale attuale, ci si accorge che, altro che di un completamento, si tratta di una profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto». «Poiché», continua l'A., «l'unità dell'ordinamento non è più un dato di cui si possa prendere semplicemente atto, ma è divenuto un difficile problema, l'antica esigenza di sottoporre l'attività dell'esecutivo e dei giudici a regole generali e stabili si allarga fino a investire la stessa attività del legislatore. Ecco allora l'opportunità di ancorarla a un insieme di valori e principi costituzionali superiori sui quali, malgrado tutto, si realizza un sufficientemente ampio consenso sociale» (p. 48). Analizzando le caratteristiche dello "Stato costituzionale", G. AZZARITI, *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 62, sottolinea come esso paia «affidare alla Costituzione un ruolo tremendo e tragico per la sua importanza: tremendo perché la Costituzione rappresenta se non l'unico, certo l'ultimo baluardo della legalità dell'intero ordinamento giuridico, tragico perché la sua legittimazione e fondazione non può più appoggiarsi sui presupposti tradizionali. La Costituzione, infatti, non può più presupporre la sovranità dello Stato, e quest'ultimo non è più tenuto insieme da concezioni di tipo organicistico, potendo trovare la sua unità solo nella Costituzione. Una Costituzione, dunque, che deve (auto)legittimarsi essenzialmente per forza propria, ed è, per di più, una Costituzione del carattere "aperto", che dunque non si impone per via di autorità». «Uno Stato, quello "costituzionale", che rinviene la sua prima ragion d'essere nell'affermazione della "superiore" legalità costituzionale e nella "supremazia" della costituzione. "Superiore", la legalità costituzionale, rispetto alla politica, all'economia, alla società. "Supremazia" della costituzione, perché capace di comprendere e dominare gli sviluppi sociali, politici ed economici», G. AZZARITI, *La costituzione materiale e le forze politiche «dominanti»*, in A. CATALANI-S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 293. Sul concetto di Stato costituzionale si rinvia, inoltre, a P. HÄBERLE, voce *Stato costituzionale. I) Principi generali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Aggiornamento, 2000, p. 2 ss.

<sup>23</sup> Quanto oggi l'economia reale possa essere "preda" della finanza è rendicontato da E. DAL BOSCO, *La leggenda della globalizzazione. L'economia mondiale degli anni Novanta del Novecento*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004, pp. 54-55: «Negli ultimi due decenni circa, e soprattutto negli anni Novanta, le attività finanziarie hanno registrato una espansione assai

le)<sup>24</sup>; dall'affermarsi di un nuovo paradigma culturale ad alta densità tecnologica e informazionale<sup>25</sup>; da una riconsiderazione generale dei rapporti sociali, visti, soprattutto, come fenomeni ordinati complessi e inintenzionali, in cui «gli individui seguono certe regole astratte che consentono a ciascuno di perseguire liberamente i propri fini usando le proprie capacità e cono-

---

elevata, sul piano nazionale e su quello internazionale, in corrispondenza sia alla deregolamentazione crescente del mercato e alla liberalizzazione dei movimenti di capitali che ha interessato un gran numero di paesi, sia alla creazione di sempre nuovi strumenti finanziari e alla diffusione dei progressi della telematica, che consente di essere presenti sui mercati finanziari 24 ore su 24. Questo tumultuoso sviluppo dell'economia finanziaria, da un lato, ha fatto emergere rischi d'instabilità sistemici e di conseguenza ha riproposto il problema di efficaci controlli sui mercati finanziari internazionali; dall'altro lato, si è riflesso in un rallentamento dell'accumulazione di capitale nell'economia reale.

Sul piano internazionale, fra la fine del 1979 e la fine del 1999 la consistenza dei finanziamenti internazionali netti balza da 819 a 11084 miliardi di dollari; la sua decuplicazione si estrinseca in un aumento del rapporto con il PIL dell'area capitalistica sviluppata dal 12 al 41% nell'arco degli anni considerato. Ancora più stupefacente è la corsa degli strumenti finanziari derivati e in particolare di quelli negoziati fuori borsa: l'ammontare cosiddetto nozionale, cioè il valore dei titoli sottostanti a fine anno, passa da poco più di mille miliardi di dollari nel 1986 (prima tali strumenti erano quasi inesistenti) a quasi 90.000 miliardi alla fine del 1999».

<sup>24</sup> Scrive A. GORZ, *L'immatériel. Connaissance, valeur et capital* (2003), tr. it. di A. Salsano, *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003, p. 9: «Stiamo attraversando un periodo nel quale più modi di produzione coesistono. Il capitalismo moderno, centrato sulla valorizzazione di grandi masse di capitale fisso materiale, è sostituito sempre più rapidamente da un capitalismo postmoderno centrato sulla valorizzazione di capitale detto immateriale, qualificato anche "capitale umano", "capitale conoscenza" o "capitale intelligenza". (...) Gli anglosassoni parlano della nascita di una *knowledge economy* e di una *knowledge society*, i tedeschi di una *Wissensgesellschaft*, gli autori francesi di un *capitalisme cognitif* e di una *société de la connaissance*. La "conoscenza" (*knowledge*) è considerata come la "forza produttiva principale"».

<sup>25</sup> «L'epoca post-moderna è un'epoca di scelta incessante. È un'epoca in cui, poiché tutte le tradizioni sembrano avere un qualche fondamento, nessuna ortodossia può essere abbracciata senza imbarazzo e ironia. Che sia così è in parte una conseguenza di quella che viene chiamata l'esplosione delle informazioni, l'avvento della conoscenza organizzata, della comunicazione globale e della cibernetica. Non sono solo i ricchi a diventare collezionisti, viaggiatori eclettici nel tempo di fronte a una sovrabbondanza di scelte, ma praticamente ogni cittadino. Il pluralismo, l'"ismo" della nostra epoca, è sia un grande problema sia una grande opportunità: dove Ognuno diventa un Cosmopolita e Ognuna una Persona liberata, la confusione e l'ansietà diventano degli stati mentali dominanti e costituiscono il surrogato di una forma condivisa di cultura di massa», C. JENCKS, *What is Post-Modernism?* (1989), cit., London, Academy Editions, p. 7, in K. KUMAR, *From Post-Industrial to Post-Modern Society. New Theories of the Contemporary World* (1995), tr. it. di P. Palminiello, *Le nuove teorie del mondo contemporaneo. Dalla società post-industriale alla società post-moderna*, Torino, Einaudi, 2000, p. 143.

scenze all'interno di una sfera d'azione protetta»<sup>26</sup>; dal trasferimento in sede sovranazionale e internazionale delle decisioni di politica economica e sociale, e probabilmente di politica *tout court*<sup>27</sup>. È come se, all'interno della stessa

---

<sup>26</sup> S. MORONI, *L'ordine sociale spontaneo. Conoscenza, mercato e libertà dopo Hayek*, Torino, Utet, 2005, p. 46. Analizzando il pensiero di Bruno Leoni, F. GAMBINO, *Le teorie della probabilità tra diritto ed economia globale*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, n. 3, 2004, p. 50, spiega il substrato sul quale poggiano le odierne tesi neoliberali aventi ad oggetto il processo di formazione delle istituzioni sociali, e in particolare il "farsi dell'ordinamento giuridico" attraverso lo scambio delle pretese individuali. Confutando la riduzione kelseniana del concetto di diritto al *dover essere* della norma, l'ordine giuridico non deriverebbe dal vincolo al soggetto cui le norme legislative si indirizzano, ma dalla *spontaneità* dello scambio di pretese soggettive. È uno degli svolgimenti teorici del naturalismo economico, donde l'economia, capace di un sistema endogeno ed auto-regolato, ha proprie regole prima e al di fuori del diritto. Si distingue, in particolare, tra pretese *comuni* e pretese *speciali*, ravvisando un contenuto giuridico soltanto nelle prime. Queste trovano fondamento in una regola "semplicemente statistica", anche se poi potrebbero "corrispondere a norme e a regole non statistiche e tradursi per così dire in esse". Le pretese assumono dunque carattere di giuridicità "allorquando siano statisticamente comuni, e quindi prevedibili, nella società". In altre parole, esprimendo il diritto la semplice immagine di un ordine che è tale già fuori di esso, si considera normale, e dunque giuridica, la pretesa "che è altamente probabile che venga soddisfatta" e "avanzata in un certo ambito"; cosicché, malgrado la specificità di alcune pretese secondo i diversi luoghi geografici e periodi di tempo, "sarà possibile definire un 'diritto oggettivo' in riferimento alla frequenza con la quale (in quell'ambito e in quel periodo) certe pretese sono avanzate e soddisfatte". In termini costituzionali ciò riveste un preciso significato: «da pretesa dei destinatari del potere normativo statale e del potere sociale, l'eguaglianza, dopo essere diventata qualità ed efficacia generale del precetto normativo sempre condizionato dai sottostanti rapporti sociali, è diventata l'ingrediente da mescolare tra le motivazioni decisorie utili per consentire la più sicura efficacia degli atti di esercizio del diritto individuale, soprattutto privato. Privato perché privata è diventata sempre più la struttura e la misura dei rapporti intersoggettivi nel clima di questo scorcio di secolo», G. FERRARA, *Dell'eguaglianza*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 54.

<sup>27</sup> Osserva G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione economica*, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, Cedam, 1997, pp. 46-47, come la conseguenza «più spettacolare» dell'adesione alla Comunità europea dei Paesi membri sia «l'inversione del rapporto tra la dimensione della organizzazione pubblica e l'economia. Non a caso si sono prese le mosse dagli effetti inevitabili e prioritari che l'organizzazione pubblica, per la sua dimensione e secondo la sua qualità, produce sul sistema economico. Si è presupposto che l'organizzazione pubblica costituisca il frutto di decisioni volte al perseguimento di finalità pubbliche ed aventi quindi un carattere strettamente politico. La politica, in un sistema chiuso o moderatamente aperto, è dunque destinata a condizionare l'economia. In un sistema che sia invece totalmente aperto accade il contrario. Sono le esigenze imposte dalla concorrenza tra sistemi o che si riflettono sul piano istituzionale a seguito della partecipazione al mercato unificato a condizionare la dimensione dell'organizzazione pubblica (...) Oggi dobbiamo prendere atto che sin dal 1957, con la sottoscrizione del Trattato CEE, si è accettato in modo irreversibile come principio istituzionale quello del mercato e veniamo a

generazione destinataria delle norme costituzionali e, ancora di più, nel passaggio da quella alla successiva, si fosse prodotto un vuoto rassicurante non immediatamente percepito nella sua pericolosa acquiescenza, un momento di sospensione dell'autoriflessione collettiva sui processi sociali in corso<sup>28</sup>.

Più di qualcuno ha scritto che è stato proprio il successo dello Stato sociale a decretarne la degenerazione e il primo scivolamento verso il suo opposto, verso cioè lo Stato dell'esclusione, della disintegrazione e dell'ignoranza sociale<sup>29</sup>.

---

constatare che tale principio, a seguito della apertura comunitaria del sistema, estesa anche al campo finanziario e monetario, provoca *il graduale ma inesorabile smantellamento sia dei poteri nei quali il principio dell'economia mista si esprimeva sia delle istituzioni cui l'esercizio di tali poteri aveva dato vita*". Dello stesso A., inoltre, si veda G. GUARINO, *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, Mondadori, 1997.

<sup>28</sup>Non è da sottovalutare, secondo J. HABERMAS, *Erkenntnis und Interesse* (1968), tr. it. di G.E. Rusconi, *Conoscenza e interesse*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 38 il fatto che «l'identità dei soggetti sociali» si modifichi «con la portata del loro potere tecnico di disposizione. (...) Il sapere prodotto all'interno del quadro dell'agire strumentale entra come forza produttiva nell'esistenza esterna. In proporzione allo sviluppo delle forze produttive, si modificano perciò in egual misura la natura civilizzata, trasformata nei processi del lavoro, come anche gli stessi soggetti che lavorano. Lo stadio di sviluppo di fatto delle forze produttive definisce il grado in cui ogni generazione deve ricreare nuovamente l'unità di soggetto e oggetto».

<sup>29</sup>Analizzando la mutazione sociale in atto, A. MASTROPAOLO, *L'implosione della democrazia globalizzata*, in *Teoria politica*, n. 2-3, 2003, p. 177, non ne imputa gli effetti in via esclusiva al tramonto del fordismo e all'avvento della globalizzazione. Paradossalmente, «effetti cospicui hanno sortito la piena occupazione, la diffusione del benessere, le tutele del *welfare*, i consumi di massa: non solo ne è per prima cosa seguita un'esperata frantumazione corporativa – che ha sovraccaricato di pretese le istituzioni pubbliche – ma la società è stata investita altresì dalla corrosione dei vincoli familiari, delle gerarchie di genere, dei ruoli sessuali tradizionali (e qui sta il movente della stagione dei diritti), dei valori tradizionali sopravvissuti alle precedenti ondate di mutamento. Il giudizio su tali fenomeni non è necessariamente negativo: tutt'altro. Orfana delle grandi identità collettive, e dei legami tradizionali che erano riusciti a sopravvivere, la società che al tempo della rivoluzione industriale si era ricomposta attraverso la fabbrica, ma anche per il tramite delle grandi ideologie e dei grandi partiti di massa (oltre che mediante lo Stato-nazione e il *welfare*), si è rapidamente sgretolata.

Svaniti i principi che la strutturavano, a cominciare dal lavoro – soppiantato dai “lavori”, ma ancor più dal consumo quale principio di identità – la società si rivelava più mobile e più variegata, segnata magari da bisogni più raffinati, quelli definiti “postmaterialisti”, ma anche da un complessivo sentimento di appagamento il quale erodeva il potenziale di mobilitazione che in passato aveva alimentato le rivendicazioni volte a intensificare (o appesantire) la democrazia: da un lato cambiavano le mentalità, i costumi, le rappresentazioni della società; dall'altro vaste fasce sociali venivano distolte dall'azione collettiva e dall'impegno politico. Residuavano al più movimenti *one issue*, talora portatori anch'essi d'importanti istanze democratiche, ma incapaci di perseguire fini generali, disegni ambiziosi (o pretenziosi) di riorganizzazione della società, preferendogli obiettivi a corto raggio, che una volta raggiunti,

Probabilmente anche la discussione capillare, ma assai controversa nella sua valenza costituzionale, perché proveniente da un aggiornamento teorico dei parametri di misurazione messi a punto dalle teorie utilitaristiche<sup>30</sup>, sui

---

comportano di norma la disattivazione dei soggetti che li hanno perseguiti». Z. BAUMANN, *Work, consumerism and the new poor* (1998), tr. it. di M. Baccianini, *Lavoro, consumismo e nuove povertà*, Troina, Città Aperta, 2004, p. 95, è sul punto ancora più esplicito: «Sebbene esso [lo Stato sociale] non sia riuscito ad abolire una volta per sempre la miseria e le condizioni di vita deprimenti, come sognavano i suoi padri fondatori, ha favorito tuttavia la crescita di un ceto abbastanza ampio di persone ben istruite, orgogliose, sicure di sé e gelose della propria indipendenza, che ha minato le basi dell'opinione diffusa secondo la quale era dovere dei più agiati aiutare chi si trovava in posizione di svantaggio. Ed è proprio fra questa nuova generazione di "self-made men", che non si sarebbe mai affermata senza il sostegno di una società solidale, che gli argomenti contro l'assistenza pubblica e il salario sociale trovano maggior rispondenza. Anche se non è affatto certo che continueranno a essere ritenuti validi da chi oggi li dà per scontati».

U. BECK, *Risikogesellschaft*, cit., p. 69, sottolinea un altro attinente profilo: lo stretto legame intercorrente tra il "successo" dello Stato del benessere e l'emersione della società del rischio: «nei paesi più sviluppati con alti livelli di sicurezza sociale, l'immiserimento da rischio coincide con il *contrario* della miseria materiale (per lo meno se si pensa alle immagini del XIX secolo e ai paesi del terzo mondo afflitti dalla fame): gli uomini non sono impoveriti, vivono anzi nel benessere, in una società massificata dei consumi e del superfluo (il che certamente può coincidere con un acutizzarsi delle disuguaglianze sociali), e sono solitamente bene istruiti ed informati. Ma hanno paura, si sentono minacciati e si impegnano perché in futuro l'unica conferma possibile delle loro previsioni realistico-pessimistiche non abbia a verificarsi, venga evitata. Una conferma dei pericoli significherebbe infatti l'irreversibile autodistruzione. Ed è proprio questo l'argomento che spinge all'azione e trasforma una minaccia ipotetica in una minaccia *reale*. Questi nuovi problemi non possono essere affrontati come nel XIX secolo, con l'incremento della produzione, la redistribuzione, l'estensione delle garanzie sociali ecc. Richiedono invece o una politica mirata e massiccia di "contro-interpretazione", o un ripensamento di fondo e una nuova programmazione del paradigma vigente della modernizzazione».

<sup>30</sup> Scrive al riguardo E. SOMAINI, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 97-98: «Benché ultimamente le critiche abbiano di gran lunga superato le difese o le esplicite dichiarazioni di disapprovazione, l'utilitarismo rappresenta ancora il termine di confronto naturale per tutte le teorie della giustizia e gode dell'adesione implicita di un rilevante numero di autori. Le ragioni di tale centralità sono diverse. In primo luogo esse hanno a che fare con il fatto che l'utilitarismo è stata la prima teoria che ha cercato di impostare i problemi della giustizia in termini scientifici, stabilendo un criterio uniforme e coerente di valutazione per le diverse alternative e forme di azione. In secondo luogo il riferimento alla nozione di utilità consente di dare alle teorie etiche una portata generale e onnicomprensiva: poiché l'utilità è qualcosa che riguarda ogni individuo, e poiché ogni individuo attribuisce una qualche utilità (magari negativa) a qualsiasi oggetto o circostanza, non vi è individuo o aspetto della vita individuale di cui non si debba tenere conto quando si formulano giudizi o norme di giustizia ispirati all'utilitarismo. In terzo luogo l'utilitarismo è stato la prima e per lungo tempo la più diffusa teoria etica che ha cercato il fondamento delle proprie norme non in principi metafisici astratti, ma nei giudizi autonomi di individui concreti. In quarto luogo il crescente impiego che i filosofi morali fanno di concetti (come quelli di ottimizza-

migliori criteri di redistribuzione reddituale<sup>31</sup>, ha contribuito a spingere il dibattito sullo Stato sociale nell'angolo angusto dei suoi "fondamentali" e-

---

zione o di equilibrio) e strumenti analitici mutuati dalla teoria economica e l'accresciuta rilevanza che i problemi di equità e giustizia hanno nella stessa analisi economica hanno reso naturale (anche se non strettamente necessario) il ricorso alla nozione di utilità (individuale o aggregata) nella valutazione e nel confronto di situazioni o di misure alternative».

<sup>31</sup> Si pensi, ad esempio, a quella parte dell'opera di J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., in cui la scelta del modello di società giusta ad opera delle parti sociali virtuali, sotto il velo d'ignoranza, e dunque nella posizione originaria, dovrebbe orientarsi necessariamente, secondo l'A., verso i due ben noti principi di giustizia: *primo principio di giustizia*: «ogni persona ha un uguale diritto alla più estesa libertà fondamentale compatibilmente con una simile libertà per gli altri»; *secondo principio di giustizia*: «le ineguaglianze sociali ed economiche devono essere combinate in modo da essere (a) ragionevolmente previste a vantaggio di ciascuno; (b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti» (p. 66). Non è possibile, evidentemente, in questa sede procedere ad una ricognizione neanche superficiale delle implicazioni filosofiche derivanti dai precetti dell'utilitarismo classico, di matrice anglosassone, presenti in diversi punti della teoria rawlsiana. Quello che preme sottolineare, in questa sede e limitatamente alla tematica che si sta trattando, è che il c.d. *secondo principio*, anche definito *principio di differenza* (p. 77) è finalizzato, nei fatti, a fornire ampia giustificazione alle disuguaglianze sociali, secondo l'idea che la ripartizione delle ineguaglianze sia sempre e comunque accettabile solo perché favorisce in quel momento, congiunturalmente, i più svantaggiati. Ora, come sottolinea S. MAFFETONE, *Utilitarismo e teoria della giustizia*, Napoli, Bibliopolis, 1982, p. 17, occorrerebbe in primo luogo sapere chi sono i "più svantaggiati": «si deve notare che noi vogliamo sapere chi sono i più svantaggiati non solo rispetto al reddito, che già non è cosa sempre facile come sa chi studia le misure di ineguaglianza, ma rispetto alla posizione nei confronti delle istituzioni in generale. Rawls sostiene che le istituzioni devono essere valutate dalla prospettiva dei "membri rappresentativi", presi secondo le "posizioni sociali rilevanti". Il principio di differenza vuole che le ineguaglianze, nel loro complesso come sistema, siano organizzate in modo da massimizzare le aspettative dei membri rappresentativi della classe o del gruppo che il sistema fa stare peggio. Un esempio di Rawls è quello dei lavoratori non-specializzati. Le posizioni rilevanti devono poi essere stimate, anche statisticamente, mettendo in relazione diverse posizioni della struttura sociale con un indice che tenga presente alternative distribuzioni di beni principali. Naturalmente, indicizzazioni così complesse lasciando del tutto irrisolto il problema delle eventuali applicazioni pratiche del principio di differenza. Restando a quelle teoriche, molti – tra cui ad esempio Amartya Sen – hanno interpretato il principio di differenza, basato su una regola decisionale di tipo assicurativo detta del "maximin", come una regola lessicografica e hanno parlato di "leximin". Mentre il maximin impone di optare per la soluzione che implica il migliore dei risultati peggiori, il leximin proporrebbe un uso del principio di differenza più o meno come il seguente: "Prima massimizza reddito, benessere ecc. del primo individuo più svantaggiato tra quelli rappresentativi ... poi procedi per la seconda posizione sociale rilevante più svantaggiosa, poi per la seguente, e così via ...". Una regola del genere viene chiamata del leximin, poiché si dà priorità lessicografica alle aspettative delle persone svantaggiate». Questa continua oscillazione tra criteri matematici di redistribuzione dei beni, però, (che ritroviamo al fondo della stessa teoria delle "capacitazioni" di A. SEN, *Development as Freedom* (1999), tr. it. di G. Rigamonti, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, Mondadori, 2001, spec. pp. 23-91) non solo, evidentemente, tra-

conomici: successo o fallimento dello Stato-benessere? Successo o fallimento della politica redistributiva?

Le critiche altalenanti e sfinenti ad esso rivolte ne hanno evidenziato ora i tratti di una forma di stato capitalistico mascherato, ora le caratteristiche struttural-economiche di una forma organizzativa dei pubblici poteri orientata allo spreco, all'inefficienza, e all'incremento sconsiderato dell'indebitamento pubblico. Lo spostamento del dibattito sulla caratura “amministrativistica” delle scelte sociali ha reso più agevole una riabilitazione, a largo raggio, delle logiche liberali numeriche e contabili di valutazione dell'affidabilità del tessuto sociale. Inevitabile, in questo contesto, la riscoperta – seppure aggiornata a una diversa concettualizzazione del modo di produzione e degli stili di vita – di quei principi di sana e buona amministrazione pre-keynesiana sui quali le teorie economiche liberiste, declinate come teorie di governo, pretendono, in alcuni passaggi storici, di poter fondare non solo l'obiettivo del bilancio in pareggio ma anche la stabilità e la pacificazione sociale.

La trasformazione di principi per natura economici in principi fondativi del patto sociale tende ad essere letta, dai suoi attuali fautori, come una fase ulteriore e necessaria di un modello di sviluppo, che pur incorporando le richieste dello Stato sociale, non può che adeguarsi a una ‘realtà’ esterna ineluttabile, governata da leggi deterministiche dell'economia e della società. Una specie di «terza fase», successiva all'avvento delle democrazie liberali prima e sociali dopo, «una sorta di negazione della negazione in senso dialettico, in cui nulla di quello che è stato il positivo del secondo momento va perduto»<sup>32</sup>: per cui restano – seppure solo sulla carta e sterilizzate nella loro valenza progettuale complessiva – le richieste di maggiore uguaglianza dello Stato sociale, ma si ritiene di doverle assecondare attraverso meccanismi funzionali al mercato, quali «l'imposta negativa o la distribuzione di buoni per servizi»<sup>33</sup>.

---

disce la priorità della “libertà” sull’“eguaglianza”, secondo una gerarchia (non a caso il principio di differenza è il *secondo* principio di giustizia) che il recente costituzionalismo ha voluto abolire, ma fa emergere, altresì uno dei punti più equivoci della teoria della giustizia rawlsiana, visto che il suo A., nelle pagine iniziali del libro, avverte espressamente come: «una delle caratteristiche della giustizia come equità è il considerare le parti nella situazione iniziale come razionali e reciprocamente disinteressate. (...) Il concetto di razionalità inoltre *deve essere interpretato nel modo più ristretto possibile, quello corrente nella teoria economica, che corrisponde all'uso dei mezzi più efficaci in vista di determinati fini*. Anche se», continua J. RAWLS, *A Theory of Justice*, cit., «modificherò in una certa misura questo concetto, occorre tentare di *non introdurre in esso elementi etici controversi*. La situazione iniziale deve venire caratterizzata da condizioni che siano largamente accettate» (p. 29, corsivi aggiunti).

<sup>32</sup>N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Einaudi, 1995, p. 132.

<sup>33</sup>*Ibidem*, ivi.

Per tentare di comprendere ciò che è accaduto potrebbe essere utile partire proprio da qui. Cercare di individuare, all'interno del percorso teorico sul quale si è innestato il giudizio critico nei confronti della nozione di Stato sociale, quelle posizioni che per prime hanno evidenziato i pericoli o, al contrario, hanno prefigurato i benefici, di una visione fondata sul distacco ideologico e non meramente analitico, di quel modello dalla più ampia nozione di Stato «costituzionale».

### **3. Il depauperamento dell'ipotesi «costruttivistica» dello Stato sociale e la “separazione” di questo dalle forme di democrazia politica e sociale della costituzione. Le tesi di Habermas e Schumpeter**

Emblematiche, in tal senso, sono le posizioni di J. Habermas e di J.A. Schumpeter. Nel primo, infatti, si coglie l'esito finale di quel progetto di trasformazione sociale, conseguente all'affermarsi della logica economica capitalistica, che il secondo, invece, preconizza come “metodo di resistenza” all'avanzare dei processi di democratizzazione politica, sociale ed economica.

Si potrebbe dire che la diagnosi habermasiana<sup>34</sup> della crisi dello Stato sociale rappresenta esattamente la constatazione della riuscita, sul piano concreto, della teorizzazione schumpeteriana di un assetto costituzionale fondato sull'apatia politica (apatia partecipativa dal basso) e sulla santa alleanza tra burocrazia e capitale, per consentire a quest'ultimo di stabilizzare e superare le sue crisi produttive.

Si tratta di analisi che possono aiutare a comprendere come l'esigenza di costruire un ordine sociale diverso, in quanto fondato sull'uguaglianza sostanziale e su una maggiore libertà di scelta politica perché affrancata dal bisogno<sup>35</sup>, si sia poi ribaltata in un feroce, e tuttora in corso, atto d'accusa

---

<sup>34</sup>Una diagnosi che per prima, compiutamente, ha messo in luce come la crisi dello Stato sociale potessi legarsi a una crisi della rappresentanza. Si veda sul punto, per esempio, il volume AA.VV., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifestolibri, 1995, e, in particolare, ivi, i saggi di A. GORZ, *Società, comunità e reddito di base*, pp. 7-17; G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, pp. 27-34; L. FERRAJOLI, *Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito*, pp. 63-72.

<sup>35</sup>Partendo dalla verifica all'interno della costituzione italiana del mutamento radicale di prospettiva rispetto al precedente regime e al suo modo di interpretarlo, V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione (note preliminari)* (1954), ora in ID., *Stato popolo governo. Illusione e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 145, affermava che «ora, la

nei confronti dei pubblici poteri rei di una cattiva gestione dell'economia. Facilitando il consolidarsi di una richiesta sociale di segno opposto, volta a superare i limiti che le costituzioni del secondo dopoguerra avevano posto all'ordine “naturale” degli scambi all'interno delle società liberali.

### 3.1. La tesi di Habermas

Il punto di partenza, per Habermas, è rappresentato dall'“ambiguo” compromesso dello Stato sociale.

Lo Stato sociale, per lo studioso francofortese, non può essere compreso né tantomeno giustificato, dal punto di vista costituzionale, attraverso una teoria economica della democrazia, attraverso una teoria che interpreti riduttivisticamente il potere politico come una forma particolare del potere economico, come epifenomeno immediato della sua capacità di creazione di plusvalore. Se si vogliono prendere sul serio le estensioni delle prerogative democratiche che le “nuove” costituzioni prefigurano, è necessario salire, nell'analisi, a un livello più alto e sofisticato (così come sofisticata e complessa è la nuova architettura costituzionale postbellica) di gestione e ordinamento del potere: il livello della legittimazione. Il livello, cioè, del consenso sociale intorno alla statuizione politica e legislativa, espresso secondo procedure democratiche di formazione della volontà. Il coinvolgimento di questo livello nella comprensione delle dinamiche produttive è necessario, secondo Habermas, per capire come sia stato possibile cercare di risolvere, nello Stato sociale, il rapporto tra capitalismo e democrazia imboccando «due vie di soluzione» che «logicamente» avrebbero dovuto escludersi a vicenda: «la differenziazione o privatizzazione della produzione e la sua socializzazione o politicizzazione»<sup>36</sup>.

---

Costituzione italiana, intervenendo attraverso numerose sue disposizioni a dettare un ordinamento della società civile tale da assicurare a ciascuno una *effettiva* libertà ed eguaglianza, mettendo insomma a base della democrazia politica la democrazia economica, si propone appunto lo scopo di impedire la sopraffazione anche larvata degli interessi della maggioranza dei cittadini, e specialmente degli strati sociali economicamente più deboli, ad opera di ristretti gruppi oligarchici. Vuole, in altri termini, sopprimere il privilegio economico, anche ed anzitutto perché ed in quanto si traduce, o è suscettibile di tradursi, in privilegio politico. Sotto questo aspetto (...) le cosiddette libertà economiche e in genere tutte le disposizioni del testo costituzionale aventi riferimento alla struttura della società civile acquistano un significato ed un'importanza propriamente politici, entrando come componenti essenziali dello stesso sistema di governo adottato ed inserendosi pertanto nel quadro dei principi disciplinanti la formazione e l'esplicazione della sovranità popolare».

<sup>36</sup> Così C. OFFE, *Unregierbarkeit*, in J. HABERMAS, *Stichworte zur geistigen Situation der*

Questa scelta ha posto in primo piano il problema del “buon uso” dell'intervento statale nei processi produttivi. Il fatto cioè che la possibilità di un miglioramento delle condizioni materiali di vita non si trasformasse in una serie di misure restrittive dell'autonomia di ciascuno. In altri termini, ha posto come prioritaria la necessità di non utilizzare lo schermo democratico dello Stato sociale per stabilizzare le crisi produttive dell'economia capitalistica, le quali, se gestite, ridimensionate e arrestate amministrativamente, avrebbero potuto facilmente innescare un fenomeno di dipendenza del consenso sociale da prestazioni di natura economica o clientelare.

Habermas ha ricondotto questa potenziale ambivalenza dello Stato sociale alla sua intrinseca struttura *dilemmatica* alla luce del seguente ragionamento. Se è vero che la democrazia si fonda sul consenso manifestato attraverso l'esercizio del suffragio universale e della sovranità popolare nelle sue diverse forme, si può ritenere che il sistema rappresentativo possa essere, a seconda del punto di osservazione adottato, l'esito di un duplice movimento: da un lato, della «pressione esercitata da processi comunicativi di formazioni di valori e norme» (qui il consenso sociale viene in considerazione come *primo* anello della catena di formazione della volontà politica su cui si fonda la legittimazione); dall'altro lato, dell'impatto «di prestazioni organizzative del sistema politico» (qui il consenso sociale viene in considerazione come *ultimo* anello nella catena di produzione della lealtà di massa «della quale si munisce il sistema politico per rendersi indipendente» dalle restrizioni provenienti da quei processi comunicativi, da quei valori e norme costituzionali che, invece, imporrebbero il buon uso dell'intervento statale nei processi produttivi, sia attraverso un corretto funzionamento dell'apparato burocratico, quale punto di mediazione tra istituzioni e società, sia attraverso il controllo sull'attività privata di appropriazione e gestione delle risorse economiche e della ricchezza prodotta)<sup>37</sup>.

In un suo scritto più recente, *Faktizität und Geltung*, lo stesso Habermas ha rivisto la possibilità di considerare la dilemmaticità in parola quale elemento consustanziale al modo d'essere dello Stato sociale, visto che, come ha precisato, «i criteri che identificano il punto in cui la previdenza sociale si capovolge in supervisione paternalistica *non sono mai definibili a piace-*

---

*Zeit*, (1979) cit., in J. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, vol. II, *Zur Kritik der Funktionalistischen Vernunft* (1981), tr. it. di P. Rinaudo, a cura di G.E. Rusconi, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. II, *Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, il Mulino, 1986, p. 1009, nota 42.

<sup>37</sup>J. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, cit., pp. 1009-1010.

re»<sup>38</sup>, giudicando perciò dirimente, in questo caso, per la valutazione concreta della «parificazione fattuale», non la teoristica potenzialità degenerativa del concetto stesso di Stato sociale, ma i «misurabili effetti sociali che le regolamentazioni giuridiche producono sugli interessati»<sup>39</sup> e, dunque, l'effettiva implementazione dell'eguaglianza sostanziale.

Posto tale distinguo, tuttavia, Habermas è stato tra i primi a sottolineare come la crisi di quel modello non fosse da imputarsi a logiche di compatibilità finanziaria o a questioni di efficienza competitiva o a una imminente deriva fiscale, ma alla circostanza che le regolamentazioni dello Stato sociale fossero divenute, con il tempo, parte di un più ristretto meccanismo di gestione di crisi sistemiche interne al funzionamento degli apparati burocratici e delle strutture tardocapitalistiche. Di come, cioè, si fosse consolidato un flusso sempre crescente di procedimenti amministrativizzati diretti a rendere possibile una soddisfazione standardizzata dei bisogni di massa, quale moneta di scambio per una gestione élitaria delle scelte politiche, economiche e sociali fondamentali.

Nel lungo periodo, l'equilibrio instabile che quella struttura postulava si sarebbe cioè spezzato in favore di un uso strumentale della domanda sociale. Il corto circuito tra consenso e prestazioni dello Stato sociale, un corto circuito innescato da una società sempre più complessa e differenziata, dominata dalla tecnica e dalle crescenti quote di razionalizzazione dell'attività lavorativa, una società «narrativamente irraggiungibile»<sup>40</sup>, ha dato luogo a una proliferazione di provvedimenti giuridici (c.d. giuridificazione)<sup>41</sup> tesi a

---

<sup>38</sup>J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 493.

<sup>39</sup>*Ibidem*, p. 491.

<sup>40</sup>J. HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, cit., p. 177.

<sup>41</sup>«L'espressione "giuridificazione"», scrive J. HABERMAS, *Theorie des Kommunikative Handelns*, cit., p. 1024, «si riferisce in modo del tutto generico alla tendenza, constatabile nelle società moderne, alla proliferazione del diritto scritto». Ebbene la giuridificazione, all'interno dello Stato sociale rispetto a quella che ha caratterizzato la forma dello Stato di diritto liberale, presenta le seguenti caratteristiche: «alla politica sociale statale inerisce sin dall'inizio l'*ambivalenza della garanzia di libertà e della sua sottrazione*. Il primo passo verso la giuridificazione, costitutiva del rapporto fra capitale e lavoro salariato, doveva la sua ambivalenza a una contraddizione fra il senso socialmente emancipatorio delle norme del diritto privato borghese e le ripercussioni socialmente repressive su coloro che erano costretti ad offrire la propria forza-lavoro come merce. La rete di garanzie dello Stato sociale deve ora bloccare questi effetti esterni di un processo di produzione fondato sul lavoro salariato. Ma quanto più fittamente è annodata questa rete, tanto più chiaramente si manifestano ambivalenze di un altro tipo. Gli effetti negativi di questa – per ora – ultima spinta alla giuridificazione non si presentano come effetti collaterali, emergono *dalla struttura della stessa giuridificazione*. Sono ora i mezzi della stessa garanzia di libertà a compromettere la libertà dei frui-

trattare il conflitto sociale in termini strategico-monetari, utilizzati a fini di selezione delle appartenenze e della lealtà ai governi in carica, come ipoteche solvibili solo a fronte di precise e guidate scelte elettorali.

Il conflitto contrattuale, transitando dalla dialettica capitalista-lavoratore al binomio Stato-utente e, perciò trasportato nel contesto di una logica "premiata", viene istituzionalizzato attraverso una legislazione sociale e giuridicista strutturata secondo un sistema di risarcimenti monetari, che, assieme a una rete di strutture pubbliche antidevianti (c.d. terapeutocrazia)<sup>42</sup>, pur riducendo le insicurezze esterne e materiali delle classi sociali più deboli (i rischi fondamentali dei salariati, le posizioni di svantaggio derivanti a vario titolo dall'asimmetria consustanziale al mercato, in cui si trovano coinvolti i soggetti più deboli quali inquilini, occupati, consumatori ecc.), viene tollerata solo in quanto non intacca «i rapporti strutturalmente diseguali di

---

tori. Sul piano della *politica sociale statale* questa situazione ha trovato vasta attenzione sotto il titolo di "giuridificazione e burocratizzazione come limiti della politica sociale". (...) Con la giuridificazione di stati di fatto sociali anche la struttura "se-allora" del diritto condizionale, estranea ai rapporti sociali, alle cause, dipendenze e bisogni sociali, entra a far parte della distribuzione economico-sociale. Tuttavia con questa struttura non si può reagire adeguatamente e soprattutto preventivamente sulla causa della situazione compensativa. In ultima analisi la *generalità* della situazione di fatto è ritagliata sull'*esecuzione della prestazione burocratica*, quindi sull'amministrazione che elabora il problema sociale posto con la pretesa giuridica. La situazione da regolare, situata nel contesto di una biografia e di una forma concreta di vita, deve essere sottoposta ad un'astrazione violenta, non soltanto perché deve essere sussulta giuridicamente, ma per consentire di essere gestita amministrativamente. (...) Ciò viene incontro del resto ad una gestione centralizzata e computerizzata di bisogni sociali in grandi organizzazioni dislocate lontano; queste aggiungono distanze spaziali e temporali alla separazione sociale e psicologica del cliente dalle burocrazie assistenziali» (pp. 1030-1032).

<sup>42</sup>J. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, cit., p. 1033: «Dalle conseguenze paradossali dei servizi sociali, in generale di una terapeutocrazia, che si estende dall'esecuzione della pena attraverso l'assistenza medica di malati mentali, drogati e devianti a livello comportamentale, attraverso le forme classiche del lavoro sociale e le forme più recenti psicoterapeutiche e impennate sulla dinamica di gruppo, della cura delle anime, della formazione di gruppi religiosi fino al lavoro giovanile, al sistema educativo pubblico, al sistema sanitario e alle misure di prevenzione generale di ogni tipo, emerge con particolare evidenza l'ambivalenza dell'ultimo passo della giuridificazione dello Stato sociale. Nella misura in cui lo Stato sociale va al di là della pacificazione del conflitto di classe, che si manifesta direttamente nella sfera produttiva e diffonde una rete di rapporti clientelari attraverso gli ambiti privati di vita, emergono tanto più accentuatamente gli attesi effetti collaterali patologici di una giuridificazione che significa al tempo stesso una burocratizzazione e monetarizzazione dei nuclei del mondo vitale. *La struttura dilemmatica di questo tipo di giuridificazione* consiste nel fatto che le garanzie dello Stato sociale devono servire all'integrazione sociale e nondimeno favoriscono la disintegrazione di quei nessi di vita che, in forza di un intervento statale giuridificato, si staccano dal meccanismo dell'intendersi che coordina le azioni e si adattano ai *media* quali denaro e potere».

proprietà, reddito e dipendenza», solo in quanto non insidia «la forma organizzativa, la struttura e il meccanismo propulsore della produzione economica». Lo Stato sociale, cioè, «non può violare le condizioni di stabilità e le esigenze di mobilità della società capitalistica, non da ultimo perché interventi correttivi nel modello distributivo di risarcimenti sociali non provocano in genere alcuna reazione da parte dei gruppi privilegiati soltanto se possono essere finanziati dagli incrementi del prodotto sociale e non intaccano i patrimoni»; cosicché il processo di accumulazione, salvaguardato tramite l'interventismo statale, non si è sostanzialmente modificato<sup>43</sup>.

Si è così creato, nello Stato sociale "degenerato" della democrazia di massa, un nuovo equilibrio, succedaneo dell'equilibrio pensato all'interno dello Stato-sociale-costituzionale basato sul rapporto tra partecipazione politica e "vita buona"<sup>44</sup>. Un nuovo equilibrio «fra un ruolo normalizzato di lavoratore e un ruolo valorizzato di consumatore», il cui corrispettivo, nella sfera pubblica, ha coinciso con l'equilibrio «fra un ruolo di cittadino, ampliato e nel contempo neutralizzato, e un ruolo di cliente ipertrofizzato»<sup>45</sup> (qui lo Stato sociale paga con la moneta dei valori d'uso che i cittadini ricevono in quanto clienti di burocrazie assistenziali). Cui ha fatto seguito il contestuale svuotamento del momento partecipativo e la sua limitazione al ruolo segmentato di *elettore*: «la decisione elettorale influisce in genere soltanto sul reclutamento del personale dirigente ed è sottratta nei suoi membri all'attivazione della formazione discorsiva della volontà. Questa situazione sbocca in una neutralizzazione delle possibilità di partecipazione politica ammesse giuridicamente con il ruolo di cittadino»<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup>J. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, cit., pp. 1011-1012.

<sup>44</sup>Analizzando lo scritto di J. HABERMAS dal titolo *Die Dialektik der Rationalisierung. Vom Pauperismus in Produktion und Konsum* (1954), E. AGAZZI, *Introduzione* all'edizione italiana di J. HABERMAS, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* (1983), tr. it. di E. Agazzi, *Etica del discorso*, Bari-Roma, Laterza, 2004, pp. XII-XIII, osserva come «la stessa razionalizzazione sociale, se attuata in vista del massimo sviluppo economico finisce per negare l'ottimo sviluppo dell'uomo. Habermas non si limitava qui a una critica delle ideologie tecnocratiche, ma da essa si spingeva alla critica del paneconomicismo, del sistema capitalistico; la convivenza sociale degli uomini doveva per lui essere organizzata in modo tale da consentire loro di vivere una "vita buona", o almeno la miglior vita possibile nelle condizioni date dalla complessità della moderna società industriale. Ma a tale scopo è necessario riorganizzare la società secondo criteri di valore non meramente economici, tanto meno meramente tecnologici. Il criterio dell'efficienza e della massima produzione va subordinato a quello della produzione migliore, e il criterio della produzione a quello della vita buona, capace cioè di consentire agli uomini di vivere secondo "uno stile di vita adeguato"».

<sup>45</sup>*Ibidem*, pp. 1014-1015 (corsivi nel testo).

<sup>46</sup>*Ibidem*, p. 1010 (corsivi nel testo). Di qui una apparente incongruenza, come evidenzia

Il filo rosso, che percorre in profondità questa ricostruzione habermasiana della crisi dello Stato sociale, si può rinvenire nella tensione mai risolta (e di per sé irrisolvibile) tra capitalismo e democrazia<sup>47</sup>. Tecnicamente sedata nelle garanzie testuali di un diritto superiore e costituzionalmente sublimata nel progetto di trasformazione della società, infatti, l'opposizione tra capita-

---

lo stesso J. HABERMAS in *Kultur und Kritik* (1973), tr. it. di N. Paoli-S. Vertone, *Cultura e critica. Riflessioni sul concetto di partecipazione politica e altri saggi*, Torino, Einaudi, 1980, p. 41: «Se si paragona questa effettiva impotenza con la protezione e la libertà personale garantite all'individuo dal ricco catalogo dei diritti della Costituzione liberale non ci si può sottrarre all'impressione che ai cittadini della cosiddetta società del consumo sia riservato, anche giuridicamente, lo status di clienti ai quali non resta che il compito di pagare al termine del banchetto e per i quali del resto tutto è stato preparato in modo che non solo non abbiano bisogno di far nulla ma anche non lo possano. Provvisto di questi diritti, ma altrettanto completamente escluso da una fattiva co-determinazione politica, il popolo diviene oggetto di assistenza. Sorge una nuova forma di patrimonialità, quella dello Stato del benessere, come se la Costituzione avesse già voluto indicare fin dalle origini lo sviluppo che era destinato a realizzare una tendenza diventata attuale solo oggi: tutto per il popolo ma niente a opera del popolo».

<sup>47</sup> «Fra capitalismo e democrazia», scrive J. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, cit., p. 1008, «sussiste un'insolubile rapporto di tensione: infatti sono in lizza due principi contrapposti di integrazione sociale. Se si crede nell'autocomprensione espressa nei principi costituzionali democratici, le società moderne affermano il primato del mondo vitale rispetto ai sottosistemi articolati dai suoi ordinamenti istituzionali. Il senso normativo della democrazia può essere ridotto, sul piano della teoria della società, alla formula secondo cui il soddisfacimento delle necessità funzionali di ambiti di azione integrati sistemicamente deve trovare il suo limite nell'integrità del mondo vitale, cioè nelle rivendicazioni degli ambiti di azione dipendenti dall'integrazione sociale. D'altro canto la dinamica autonoma capitalistica del sistema economico può essere salvaguardata soltanto nella misura in cui il processo di accumulazione è separato da orientamenti a valori d'uso. Il meccanismo propulsore del sistema economico deve essere tenuto libero per quanto possibile da restrizioni del mondo vitale quindi anche dalle rivendicazioni di legittimazione rivolte al sistema d'azione amministrativo. L'autonomia sistemica del capitalismo può essere ridotta, sul piano della teoria della società, alla formula secondo cui le necessità funzionali degli ambiti di azione integrati sistemicamente devono essere soddisfatte, all'occorrenza, anche a costo di una tecnicizzazione del mondo vitale». La tensione perenne tra capitalismo e democrazia si pone, dunque, come antagonismo tra l'integrazione *sistemica*, che si realizza nel mercato attraverso il medium anonimo del denaro (o, nel caso dell'apparato burocratico, attraverso il *medium* altrettanto anonimo del potere), «un medium che produce i suoi effetti al di sopra delle teste degli interessati», e l'integrazione *sociale*, «che – scorrendo attraverso valori, norme e intese reciproche – si presenta sempre come mediata dalla coscienza degli attori, J. HABERMAS, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, cit., p. 117. Una tensione, prosegue Habermas, «spesso sottaciuta dalle teorie liberali» e rispetto alla quale «l'esempio dei paesi in via di sviluppo dimostra come non esista nessuna connessione lineare tra modernizzazione capitalistica ed edificazione di uno stato di diritto democratico. Tantomeno si deve assumere per scontato quel compromesso della pianificazione assistenziale capitalistica che, a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, ha preso piede nelle democrazie dell'Occidente» (p. 118).

lismo e democrazia è tornata a riemergere in forme meno eclatanti, ma maggiormente invasive del *Lebenswelt* comune, migrando dalla forza astratta del diritto privato borghese (schermo protettivo contro cui si infrange la teoria del valore-lavoro di Marx) ai principi materiali condivisi o condivisibili della sfera pubblica, la cui base giuridica convenzionale è rappresentata dalla costituzione. Una migrazione che si è tramutata in «colonizzazione del mondo-di-vita»<sup>48</sup> da parte della ragione tecno-economica (dell’agire stru-

---

<sup>48</sup> Il concetto di “mondo-di-vita” o “mondo vitale” (*Lebenswelt*) è stato introdotto per la prima volta da E. HUSSERL, nella trattazione dal titolo *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie* (1954), tr. it. di E. Paci, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano, il Saggiatore, Net, 2002, spec. pp. 133-290, al fine di criticare un certo uso della ragione, distorto nella sua corsa alla matematizzazione della realtà. Come fa notare J. HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze* (1988), tr. it. di M. Calloni, *Il pensiero post-metafisico*, Roma-Bari, Laterza, 1991, p. 85, «al di sotto della realtà che le scienze naturali fanno valere come unica, Husserl porta invece alla luce il contesto previo all’esperienza di mondo e alla prassi naturale di vita, quale fondamento di senso che è stato rimosso. Il mondo della vita rappresenta a tale riguardo il controconcetto di tutte quelle idealizzazioni che costituiscono in primo luogo l’ambito oggettuale delle scienze naturali. Contro le idealizzazioni della misurazione, della sottomissione alla causalità e della matematizzazione, ma anche contro un’attiva tendenza alla tecnicizzazione, Husserl rivendica invece il ritorno al mondo della vita come sfera immediatamente presente delle prestazioni originarie; in tale prospettiva, egli critica le idealizzazioni, dimentiche di se stesse, dell’oggettivismo delle scienze naturali». Ovviamente, per J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, cit., il “mondo vitale” non coincide con un passato di forme tradizionali o «forme pre-moderne di vita evocato nostalgicamente e spesso romanticizzato» (p. 1003), ma nella sua opposizione al concetto di “sistema”, guidato da una ragione funzionalistica, esso rappresenta l’“orizzonte” e lo “sfondo” dell’agire comunicativo, una «riserva di sapere» di tipo “consensuale” che «munisce gli appartenenti di *convinzioni di sfondo* ap problematiche, supposte unanimemente come garantite; e da esse si forma di volta in volta il contesto di processi di comprensione, nei quali i partecipanti utilizzano o colaudate definizioni di situazioni o ne concordano di nuove. I partecipanti alla comunicazione trovano già contenutisticamente interpretato il nesso fra mondo oggettivo, sociale e soggettivo. Se oltrepassano l’orizzonte di una situazione data non possono cadere nel vuoto; si ritrovano subito in un altro ambito, ora attualizzato, e tuttavia *pre-interpretato*, di ciò che è culturalmente evidente. Nella prassi comunicativa quotidiana non vi è nessuna situazione sconosciuta *tout court*. Anche situazioni nuove emergono da un mondo vitale che è costruito a partire da una riserva di sapere culturale già da sempre familiare» (p. 713). E la utilizzazione odierna di questa tradizione culturale si può comprendere evidenziando i tre elementi in cui è possibile scomporre il mondo-di-vita, ossia i “modelli culturali”, gli “ordinamenti legittimi” e le “strutture della personalità”, i quali costituiscono, per J. HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, cit., pp. 93-94, «condensazioni e sedimentazioni di quei processi che attraversano l’agire comunicativo, quali sono quelli dell’*intesa*, del *coordinamento dell’azione* e della *socializzazione*. Ciò che dalle risorse dello sfondo del mondo della vita entra nell’agire comunicativo, che è filtrato dalle chiuse della tematizzazione e che rende possibile il far fronte alle situazioni, costituisce una provvista di sapere convalidato nella prassi comunicativa. Questo si consolida lungo le traiettorie dell’interpretazione secondo modelli interpreta-

mentale), da parte, cioè, dell'apparato burocratico statale e del mercato, attraverso i *media* potere e denaro. Non solo. Il valore aggiunto dell'analisi habermasiana rispetto alle teorie precedenti che descrivono un processo unilaterale di sottomissione delle forme valoriali e comunicative agli imperativi economico-funzionalistici, consiste nel mostrare come, dopo l'«aggressione» iniziale, si realizzi un vero e proprio «scambio» tra «ambiti di azione organizzati formalmente di economia e di politica, da un lato, e gli ambiti di azione strutturati in modo comunicativo della sfera privata e della sfera pubblica dall'altro»<sup>49</sup>.

È significativo, in tal senso, che per il sistema politico non sia sufficiente, già in questa fase, assicurarsi la lealtà di massa per via «positiva», vale a dire semplicemente mediante «la probabilità di soddisfacimento dei programmi dello Stato sociale», ma sia necessario procedere, congiuntamente, per via «selettiva», cioè mediante «filtri socio-culturali di accesso alla sfera pubblica politica», attraverso la «*deformazione* burocratica delle strutture di comunicazione pubblica» e il «pilotamento manipolatorio di flussi di comunicazione»<sup>50</sup>. In altre parole, ciò significa che, in un sistema costituzionale fondato

---

tivi (*Deutungsmustern*) che vengono tramandati; si condensa mediante la rete interattiva dei gruppi sociali in valori e norme, attraverso processi di socializzazione in atteggiamenti, competenze, modi di percepire ed identità. Le componenti del mondo della vita risultano dalla continuità – tramite cui si mantiene – del sapere vigente, dalla stabilizzazione delle forme di solidarietà di gruppo e dalla formazione di attori capaci di intendere e di volere. La rete della prassi comunicativa quotidiana si estende attraverso il campo semantico dei contenuti simbolici, così come nelle dimensioni dello spazio sociale e del tempo storico, costituendo il medium attraverso cui cultura, società e struttura della personalità si formano e si riproducono».

Se, pertanto, adottando il punto di vista habermasiano, consideriamo le attività alle quali la razionalità economica è applicabile come attività regolate o regolabili col denaro, è possibile giungere alla seguente conclusione: la regolazione mediante il denaro (come del resto la regolazione amministrativa) è una eteroregolazione che sgretola l'«infrastruttura comunicativa» nella quale è radicata la «riproduzione simbolica del mondo vitale». In breve, tutte le attività che trasmettono o riproducono le acquisizioni culturali – saperi, gusti, maniere, linguaggio, consuetudini ecc. – grazie alle quali ci orientiamo nel mondo come in un mondo di evidenze, di certezze, di valori e di norme che «vanno da sé», tutte queste attività non possono essere regolate dal denaro o dallo Stato se non a prezzo di «patologie del mondo vitale», vale a dire della sua sconnessione.

<sup>49</sup>J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, cit., pp. 1010-1011.

<sup>50</sup>*Ibidem*, p. 1010. Sul rapporto tra consenso, critica, opinione pubblica e possibili relative manipolazioni si rinvia al quadro giuridico-costituzionale esaurientemente tracciato da P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, Cedam, 2002, ove viene puntualmente scandagliato il rapporto tra le trasformazioni dell'espressione del consenso attraverso le categorie specifiche del modello comunicativo e i

sul consenso dei governati, il sistema produttivo capitalistico potrà sopravvivere e perpetuarsi solo sovrapponendo al proprio agire strumentale l'idioma, per così dire, dell'agire comunicativo.

### **3.2. Lo Stato sociale in trasformazione: l'intesa comunicativa (*Einverständnis*) e il ritorno dello "Stato di diritto". Le pretese normative "spesse" dello Stato sociale e l'etica del discorso**

Quali sono le conseguenze, sul piano della teoria costituzionale e della concezione del rapporto tra potere e diritti, di questa impostazione? Una volta acquisita consapevolezza della possibile strumentalizzazione dell'agire comunicativo da parte dei soggetti (apparato statale e detentori del potere economico) in grado di manipolarne le condizioni di partenza e i risultati di arrivo, occorre comprendere in che modo quella 'comunità ideale di comunicazione', ricostruita attraverso la «svolta linguistica» del discorso filosofico postmoderno, possa non trasformarsi nella risorsa retorica prediletta per spezzare il legame tra pretese sociali, costituzionalmente garantite nelle costituzioni che conosciamo, e organizzazione politica ed economica predisposte per promuoverle ed inverarle.

Per Habermas, come si è visto, la politicizzazione della sfera pubblica, all'interno delle logiche assistenziali dello Stato sociale, deriva dal fatto che l'attività statale ha, come obiettivo principale, la stabilità e lo sviluppo del sistema economico capitalistico. In questo senso, la politica assume un carattere specificamente negativo: si orienta verso l'eliminazione delle disfunzioni e l'eliminazione dei rischi che potrebbero mettere in pericolo il sistema. Quindi, il suo obiettivo non è quello di attivare il confronto sull'accettazione o il rifiuto di norme della convivenza sociale (in ciò starebbe il concetto radical-democratico di autodeterminazione come autolegislazione), ma esclusivamente quello di predisporre l'organizzazione razionale dei mezzi e la scelta razionale fra mezzi alternativi, in vista di certi scopi (in particolare: l'aggiustamento delle crisi del sistema capitalistico e il rafforzamento della fedeltà delle masse attraverso la concessione di benefici e prebende, la cui funzione precipua è il mantenimento dei contrasti di classe in uno stato di latenza perenne).

Per Habermas, perciò, il punto decisivo, nell'analisi delle prerogative dello Stato sociale, è la repressione dell'«interesse politico dei singoli a con-

---

puntelli ideologici tradizionali del costituzionalismo, in particolare nel secondo capitolo intitolato "Pubblicità e democrazia", pp. 57-109.

quistare la propria autonomia partecipando liberamente a tutti i processi decisionali da cui dipende la propria vita»<sup>51</sup>. Questo, a sua volta, significa che «il sistema di dominio», rappresentato dallo Stato sociale, «è giustificato quasi solo negativamente dalla deviazione degli interessi di vasti strati verso la sfera privata, e non più, positivamente, da scopi di tipo pratico» (ove «pratico» è attinente a «ragione pratica»). Quindi: «il sistema sociale del capitalismo regolato dallo Stato è fondato su una base di legittimazione molto debole»<sup>52</sup>.

La legittimazione «negativa» dello Stato sociale, basata sul disinteresse politico delle masse, ha il suo zoccolo duro nella «sovrabbondanza materiale» che questo sistema produce: «la mia ipotesi», scrive Habermas, «sarebbe che non la miseria materiale, ma la sovrabbondanza materiale è il fondamento sulla cui base può essere distrutta la struttura piccolo-borghese dei bisogni, che si è formata nel corso di secoli sotto la coazione della concorrenza individuale, e che ora si è riprodotta anche nella classe lavoratrice integrata. Solo la psicologia della nausea per il benessere raggiungibile, secondo tale ipotesi, può permettere di avvertire la coazione ideologicamente dissimulata di quelle forme burocratizzate di vita e di lavoro nell'ambito delle quali il benessere è stato conquistato dalle generazioni precedenti. Se quest'ipotesi è vera, la rivoluzione non dovrebbe tanto introdurre l'eliminazione della povertà, quanto piuttosto presupporla»<sup>53</sup>.

Ciò che Habermas propone, nel prendere atto dei pericoli insiti nelle procedure di legittimazione dello Stato sociale, è, in definitiva un'idea di costituzione democratica in cui il “dover essere” sia ristretto entro un piano concettuale che potremmo definire ‘metalivello’. Un livello normativo, cioè, caratterizzato da pochi imperativi categorici, da poche norme prescrittive; più precisamente: da quanto è fisiologicamente necessario a consentire una discussione eticamente corretta sulle diverse idee di società, non essendo opportuno dettare un numero più ampio di comandamenti specifici universalmente obbliganti, per non incorrere nei pericoli di logiche autoritarie. La costituzione habermasiana, in altre parole, non dovrebbe contenere un ordine morale finale, un insieme conclusivo di regole di condotta, ma solo poche norme, che consentano di trattare le dispute sulle concezioni della società su un piano di non-manipolazione reciproca, alla stregua di disaccordi razionali, in attesa di una decisione su dove stanno le migliori ragioni<sup>54</sup>.

<sup>51</sup>J. HABERMAS, *Kultur und Kritik* (1973), cit., pp. 70-71.

<sup>52</sup>*Ibidem*, p. 71.

<sup>53</sup>*Ibidem*, p. 74.

<sup>54</sup>J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 351 e 353: “la ragione pratica» risiede «in

Il punto che qui, tuttavia, si vorrebbe porre in evidenza è il seguente. È difficile non considerare come, anche per stabilire la condizione ‘ideale’ del discorso, ossia quel ‘metalivello’ entro cui andrebbe contenuta la pretesa normativa di una costituzione efficacemente democratica (immune dagli irriducibili tentativi di colonizzazione sistemica da parte dei ‘media’ *potere e danaro*), sia necessario, in qualche modo, presupporre termini etici “spessi”, o, se si vuole, una normatività più “spessa” di quella derivante dall’etica del discorso. È stato osservato, infatti, che «una discussione ideale è tale per cui tutti i partecipanti accettano di impegnarsi nell’agire comunicativo con tutto ciò che a questo consegue: parlare onestamente, fare del proprio meglio per dire ciò che è vero, per dire quel che è giustificato, tentare di prevalere sugli altri tramite la forza degli argomenti e non con manipolazioni di sorta e così via. Dato che tutte le norme e le massime dell’etica del discorso sono incorporate all’interno della descrizione della situazione di discussione ideale, esse – proprio in virtù della definizione stessa della situazione – saranno accettate da tutti i partecipanti»<sup>55</sup>. Il che implica che la giustificazione di quelle norme e di quelle massime – e tali norme sono tutto quello in cui l’etica habermasiana e la relativa teoria della costituzione, di fatto, consistono – non potrà derivare da quella stessa etica discorsiva, ma dovrà ancorarsi ad alcune presupposizioni ‘superiori’ della razionalità etica, riguardo a ciò che è giusto e a ciò che è ingiusto. Si tratterà, cioè, di una giustificazione che dovrà necessariamente trascendere quel ‘metalivello’, perché altrimenti non ci sarebbero ragioni sufficienti per credere che il risultato di una discussione ideale e sufficientemente prolungata su una questione etica, politica o sociale sarebbe inevitabilmente corretto.

Ecco perché la prospettiva dello Stato sociale, quella normatività “spessa” che esso ha incorporato in un certo momento storico, può essere indispensabile per garantire la permanenza di alcuni importanti fini sociali predeterminati e prestabiliti, all’interno dello stesso processo habermasiano di «autochiarimento» e di «autolegislazione» dei cittadini. Ciò garantirebbe,

---

quelle regole di discorso e forme argomentative che derivano il loro contenuto normativo dalla base di validità dell’agire orientato all’intesa, dunque – in ultima istanza – dalla struttura della comunicazione linguistica e dall’ordinamento insostituibile di una socializzazione comunicativa», e pertanto, «la teoria del discorso punta sull’*intersoggettività di grado superiore* caratterizzante i processi d’intesa che si compiono nelle procedure democratiche oppure nella rete comunicativa delle sfere pubbliche politiche».

<sup>55</sup> Così, riguardo al rapporto tra valori e norme nella teoria dell’agire comunicativo di Habermas, H. PUTNAM, *The Collapse of the Fact/value Dichotomy and Other Essays including the Rosenthal Lectures* (2004), tr. it. di G. Pellegrino, *Fatto/Valore: fine di una dicotomia. E altri saggi*, Roma, Fazi, 2004, p. 139.

nella prospettiva “normativa” di una costituzione moderna, un corretto uso dei *media* potere e danaro.

D'altra parte, occorre domandarsi se la “spessa” normatività dello Stato sociale non debba necessariamente essere contraddetta dalla realtà, ovvero se essa non debba trovare una naturale opposizione nel modo d'essere dei ‘media’ *potere e danaro*. Da un punto di vista nomodinamico, ciò può essere espresso dicendo che «assolutamente fluido è il passaggio, nella realtà sociale, dall'ordinamento valido in virtù della sua attualità a quello valido in virtù della sua legittimità»<sup>56</sup>. Ma questa è proprio la condizione del continuo antagonismo tra “essere” e “dover essere”. Nei termini di una teoria costituzionale democratica, «questo vuol dire che ciò che appare dall'alto come potere, si presenta dal basso sempre come ordinamento normativo»<sup>57</sup>. Pertanto, si può concordare solo fino ad un certo punto con la tesi che lo Stato sociale sia (o sia stato) la continuazione, con altri mezzi, del dominio borghese. Come ci ricorda Heller, «vedere (...) in una chiara situazione degli interessi la garanzia essenziale o addirittura esclusiva di un ordinamento sociale è un pregiudizio razionalistico tipico del giusnaturalismo illuministico»<sup>58</sup>. In questo senso, «nessuna organizzazione di dominio che voglia assicurare il suo potere e il suo ordinamento può fare affidamento semplicemente sul proprio apparato coercitivo» (sia pure nelle forme *soft* del risarcimento sociale di tipo apolitico, come, ad esempio, il guadagno economico o il tempo libero), ma ha bisogno di «legittimare la sua pretesa di dominio tramite contenuti ideali, ponendola come obbligo normativo ai dominati affinché la riconoscano interiormente»<sup>59</sup>.

Perché se Habermas riconosce che alla base dello Stato sociale non c'è uno sfondo ideale, perché interamente colonizzato dagli imperativi sistemici, allora anche la pretesa normativa «dal basso», la pretesa contenuta nei diritti sociali, diventa una finzione, e il rapporto tra la fattualità del potere e il riconoscimento della sua legittimità diventa un rapporto di esclusione reciproca. Quando, per Habermas, c'è esercizio del potere manca sempre e comunque la legittimità, quando, invece, vi è legittimità, gli ambiti del c.d. *Lebenswelt*, del mondo vitale (gli ambiti della riproduzione culturale, dell'integrazione sociale e della socializzazione) riescono a comunicare spontaneamente, senza bisogno di mediazioni organizzative, con il mero ausilio della parola. La ‘comunità dei parlanti’ può fare a meno del potere.

---

<sup>56</sup> H. HELLER, *Staatslehre*, cit., p. 139.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 140-141.

Nel momento in cui Habermas afferma che la base di legittimazione dello Stato sociale è una base «negativa», in quanto si sostiene sulla sottrazione di partecipazione politica e sul risarcimento della sovrabbondanza materiale, corre il rischio di depotenziare proprio quel processo di «autochiarimento» democratico che egli stesso invoca.

Un tratto caratteristico del costituzionalismo europeo postbellico è stato quello di presupporre che i contenuti ideali, incapsulati nei precetti normativi costituzionali, potessero venire “interiorizzati” dai governati non attraverso l’idealizzazione di un processo collettivo di autoconvincimento delle singole coscienze (si sarebbe trattato di un obiettivo, per così dire, confessionale), ma attraverso dei corpi artificiali (i partiti politici, le organizzazioni sindacali, gli organi rappresentativi), in grado di assicurare, ad un certo livello sociale e istituzionale, una qualche capacità collettiva di azione e di decisione. L’idea di fondo è che fossero questi corpi organizzati a garantire una forma unitaria consapevole delle prestazioni dei molti, nel passaggio dal momento deliberativo all’unità di azione: «è (...) l’organizzazione, ed in essa un organo sostenuto o tollerato dal gruppo, che adegua in modo consapevole l’ordinamento all’azione e l’azione all’ordinamento rendendo possibile così al gruppo, comunque configurato in un ordine di passare dal *deliberare* ad un *agere* unitario. È un’idea corretta considerare l’organizzazione come “la forma della mediazione tra teoria e prassi”»<sup>60</sup>.

Potrebbe essere, allora, fatale, per una teoria costituzionale democratica, separare il problema della legittimazione dall’aspetto organizzativo del potere (politico, sociale ed economico), ritenendo che i limiti del potere possano solo essere, per lo più, autolimiti.

Tale separazione sembra fare capolino nel sistema di Habermas. Qui il problema della legittimazione non si radica più nel conflitto tra gruppi sociali, ma diventa un problema di consapevole atto di volontà del singolo, dell’“io” singolo, la cui emancipazione sociale passa attraverso quella specie di “seduta psicoanalitica” che è l’agire comunicativo (non è un caso che gli autori maggiormente coinvolti nella costruzione del filosofo francofortese siano Mead e Piaget). Per Habermas, l’organizzazione si risolve automaticamente in un sistema di dominio perché egli considera, in realtà, superata qualsiasi forma di deliberazione e di azione collettiva. Ci si concentra sul momento deliberativo, che altro non è, in questa impostazione, che il risultato di una sommatoria di “io” consapevoli, i quali fanno di esserlo nel momento in cui realizzano un’intesa comunicativa (*Einverständnis*) al di sopra e al di là di qualsiasi problematica che possa riguardare i mezzi, i reali siste-

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 144.

mi di mediazione economica, politica e sociale, su cui quell'intesa dovrebbe reggersi.

Per certi versi, il sistema politico-costituzionale tratteggiato da Habermas si poggia su pratiche individualistiche. Perché, come è stato osservato, non possono non essere «specificamente individualistici», secondo una certa concezione della costituzione, «tutti quei punti di vista che vogliono costruire la realtà sociale come un evento esteriore che si svolge tra Io isolati e fissi, che devono venire pensati come autogenerantisi e autocentranti e tra i quali si realizzano 'rapporti' o 'relazioni reciproche' interindividuali. In questa concezione gli individui sono le sole realtà; essi sono sostanze mentre i gruppi sociali vengono considerati come loro funzione che può perciò essere scomposta in relazioni 'tra' quelle sostanze. Tutti i tipi di legami umani si presentano così a questa dottrina come nient'altro che somme o aggregati di individui la cui unità sfugge alla realtà, è semplicemente finzione o astrazione, e in ogni caso solo una sintesi soggettiva dell'osservatore»<sup>61</sup>.

Per Habermas la fine dello Stato sociale sembra coincidere con la morte dell'agire sociale, sostituito dall'agire comunicativo. Quest'ultimo, però, proprio per le sue caratteristiche, corre il rischio di esprimere un sofisticato neindividualismo postmoderno, che trova il suo alveo accogliente nella più modesta sfera pubblica dello "Stato di diritto", garante di quel "vuoto" sociale necessario affinché i singoli "io" interagiscano liberamente tra di loro<sup>62</sup>. La legittimazione dello Stato sociale, se per legittimazione intendiamo il consenso prestato dai gruppi sociali portatori di pretese collettive normativizzate (l'uguaglianza sostanziale, la partecipazione politica, il suffragio universale, la responsabilità giuridica e politica dei governanti, il diritto al lavoro – sono pretese collettive che le costituzioni hanno, ad un certo momento storico, normativizzato), è, al contrario, una legittimazione «positiva». Scaturisce da un riconoscimento, politico prima e costituzionale dopo, di quelle pretese, che, «dal basso» continuano ad essere pretese «normative». Il fatto che «dall'alto» possano essere considerate tecniche di gestione del potere non significa che l'organizzazione materiale di quelle pretese si esaurisca in quelle tecniche. Dal punto di vista del costituzionalismo, le pretese normative «dal basso» sono pretese permanenti. Quando esse vengono, per così dire, travisate, non significa che il loro contenuto ideale si sia esaurito. Signifi-

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 153.

<sup>62</sup> «La giuridificazione di ambiti di azione strutturati in modo comunicativo non deve andare al di là dell'affermazione di principi di Stato di diritto, dell'istituzionalizzazione giuridica della costituzione esterna (...)», J. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, cit., p. 1043.

ca, semmai, che proprio l'assetto organizzativo è un aspetto essenziale per farle valere, perché esso rappresenta il medium tra principi e situazioni soggettive. Significa che i gruppi politici e sociali operanti nella sfera pubblica sono in lotta fra di loro per assicurare effettività alla loro visione del mondo e, conseguentemente, promuovere una certa attuazione di quei principi. Essere in lotta vuol dire che quei gruppi tentano di trasformare la base materiale della loro azione per conferirle maggiore efficacia. Base materiale che è costruita, insieme, dai modi di produzione e dai sistemi socio-culturali che li legittimano e contribuiscono a determinarne il radicamento psico-sociale.

Per questo, i 'media' *potere* e *danaro* non possono stare fuori dalla costituzione. Per questo, la costituzione non può coincidere, sul piano dell'elaborazione concettuale, con l'intesa comunicativa (*Einverständnis*), ossia con il mero «riconoscimento intersoggettivo della pretesa di validità avanzata per essa dal parlante»<sup>63</sup>. I pochi imperativi categorici del «metalivello» costituzionale potrebbero non essere sufficienti a garantire la migliore decisione possibile sulla concezione della società, e dell'ordine politico e morale che essa produce. Né si può ritenere sufficiente – per la sua intrinseca indeterminatezza – accettare che «al posto del diritto come *medium*» subentrino «procedimenti di regolazione del conflitto, che sono adeguati alle strutture dell'agire orientato all'intendersi – processi di formazione discorsiva della volontà e procedimenti di dibattito e decisione orientati al consenso»<sup>64</sup>. Se si vuole, questi procedimenti alternativi di regolazione del conflitto, di matrice consensualistico-privatistica, sono oggi abbastanza diffusi. Anzi, si potrebbe dire che, per certi versi, lo stesso modello di diritto cui pare ispirarsi il *soft law*, potrebbe definirsi una *species* del *genus* "agire comunicativo" (valorizzazione della *moral suasion*, dei codici etici di condotta, della formale parità degli attori coinvolti nei processi decisionali, ecc.). Quanto potere organizzativo si celi dietro l'agire comunicativo resta, però, una questione ancora in sospeso, e, su questo, forse, la teoria habermasiana resta muta.

D'altra parte, molte premesse delle teorie efficientiste della democrazia si radicano proprio nella mancata o parziale riflessione su questo tipo di problematica. Se l'aspetto organizzativo resta fuori dal potere democratico di decisione ed è solo strumento tecnico fine a se stesso, nulla gli impedisce di sviluppare una razionalità endogena, di fatto poi concorrente con la razionalità delle istituzioni. Con una mutazione strutturale non trascurabile. Mentre restando all'interno del paradigma dello Stato sociale è sempre possibile che il flusso interrotto tra strutture pubbliche e pretese sociali venga riattivato

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 707.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 1043.

mediante una diversa gestione dell'apparato e degli imperativi sistemici, invece, fuoriuscendo da quel paradigma, e separando i due ambiti, alla ricerca di una forma di integrazione sociale basata quasi esclusivamente sull'autoformazione e compiuta autorappresentazione di una comunità ideale di intesa, si rischia di riannodare il legame tra consenso e potere secondo le seguenti modalità: o trasformando il primo nella ristretta approvazione dei programmi di governo da parte di una élite illuminata (la comunità dei parlanti è una comunità di individui appartenenti alla classe e al ceto di coloro che possono parlare senza rappresentare alcunché che se stessi, pena la colonizzazione della propria coscienza), o considerandolo la base presupposta (il consenso anodino, anonimo e inconsapevole o consapevolmente apatico – perché appagato – delle masse) e a-ideologica di qualsiasi organizzazione “democratica”, formalmente aperta a tutti, ma sostanzialmente serrata nei suoi meccanismi di autoselezione dei governanti migliori, perché il bene comune è un'utopia e il benessere sociale altro non è che una funzione, misurabile, dell'efficienza complessiva del sistema. Ma qui siamo già a Schumpeter.

### **3.3. Il modello politico-costituzionale schumpeteriano tra *logos* dell'economica e *self restraint* democratico**

Sul versante opposto, infatti, l'esito degenerativo dello Stato sociale, posto in luce dalla teoria critica della società, coincide con il compimento dell'idea élitista di democrazia messa a punto organicamente da Schumpeter.

È stato detto, analizzando l'opera complessiva di Schumpeter, che, in essa, si afferma il «*logos* dell'economica»<sup>65</sup>. Il modo in cui Schumpeter affronta il problema della democrazia anticipa molte di quelle visioni che guardano al Politico come ad una categoria umana e sociale, oggi, rappresentabile, solo nelle forme di una gestione più o meno controllata ed esteriore dei processi di trasformazione economica in corso. A fronte dei quali, il Politico assume i caratteri dell'arbitrio e dell'irrazionalità.

La riflessione politica di Schumpeter sulla democrazia dimostra proprio che il rapporto tra sfera economica e ambito politico-istituzionale è governabile solo in quanto viene considerato sotto una specifica angolazione<sup>66</sup>. A tale proposito, è stato osservato che «per Schumpeter una sintesi tra Eco-

---

<sup>65</sup> A. ZANINI, *Filosofia economica. Fondamenti economici e categorie politiche*, Torino, Bollati Boringhieri, 2005, p. 204 ss.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 245.

nomico e Politico – o, come meglio dire, tra logica economica e razionalità politica –, a livello analitico non è assolutamente rappresentabile», perché se è vero che «scienza, sviluppo, innovazione, sono concetti dinamici e, come tali, realmente rappresentati; non meno “reale”, tuttavia, è il Politico che li include e che Schumpeter considera però come accidente esogeno, destinato sì a toccare la verità del ciclo economico, ma non per questo a essere “logicamente” rappresentabile»<sup>67</sup>.

Come mai questo scarto? Il fatto è che, qui, «il Politico è “scientificamente” irrepresentabile, “logicamente” impensabile. La sua oscurità logica è per Schumpeter pari alla chiarezza della sua presenza reale, della sua producibilità, del suo mostrar-si-davanti. Come dire che la trasparenza del Politico è totale, ma la logica economica coglie d’essa, di quella trasparenza eccessiva, non più che un’esistenza velata, di cui nulla può dire salvo che è “logicamente” indicibile e, secondo *recta ratio*, irrazionale».<sup>68</sup> Il Politico è l’esogeno, rispetto al sistema economico, il suo limite insondabile. Si noti, però, «che lo iato tra endogeno/esogeno, logico/Politico, razionale/irrazionale, non è frutto di una scelta. Schumpeter non sceglie, neoclassicamente, di tralasciare il Politico; è piuttosto il tipo logico della rappresentazione economica che lo condanna a essere un dato esogeno. L’economista austriaco non dimentica il Politico, anzi; ma del corpus economico lo interessa la fisiologia piuttosto che la patologia ambientale. “I fattori esterni spiegano certamente molto delle fluttuazioni economiche, e potrebbero anche spiegare tutto”. Tuttavia, risulta molto più affascinante “chiedersi se e perché può verificarsi un caso di morte, in assenza di lesioni esterne, grazie al solo funzionamento dell’organismo umano, delle cellule delle quali è formato”. Fuor di metafora, questo è l’unico tipo logico adeguato al “problema della causazione economica”: ammettere un interagire funzionale di più cause interne, tale da non escludere l’esistenza dell’esogeno, ma tale da poterne prescindere senza alcuna caduta logica. Il Politico, non per definizione, ma consequenzialmente al tipo logico assunto, è l’esteriore, e rispetto a esso la scienza economica non ha parola, proprio perché il suo paradigma si vuole impolitico per essere rappresentabile»<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 247.

<sup>68</sup> *Ibidem*, pp. 247-248.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 250. Le citazioni virgolettate, all’interno del testo riportato, sono tratte da J.A. SCHUMPETER, *Business Cycles. A Theoretical Historical and Statistical Analysis of the Capitalist process* (1939), tr. it. di G. Ricoveri, *Il processo capitalistico. Cicli economici*, Torino, Bollati Boringhieri, 1977, p. 59.

Oggi la matrice schumpeteriana del discorso relativo al rapporto, sempre più critico, tra ordine politico-costituzionale e ordine economico, mostra di essere riconoscibile proprio nel suo particolare *imprinting* che si rinviene nelle teorizzazioni della democrazia come “metodo” più che come “fine”. Se il Politico è il non-rappresentabile, il non-razionale, se la politica non è più analizzabile in termini di categorie astratte, se il *logos* dell'economica (che oggi potremmo assimilare al *logos* della retorica sulla globalizzazione) rende irrazionali i compiti dei pubblici poteri (giustizia economica, incremento della spesa pubblica, redistribuzione della ricchezza, ecc.), se la democrazia, per poter realisticamente sopravvivere, è costretta ad abbandonare ogni progetto ideale – rinnegando il proprio tratto teleologico –, allora ogni idea di patto sociale dotato di finalità generali dovrà lasciare il posto alla gestione dell'esistente, dell'attualità, dell'esperibile. Un nuovo pragmatismo da cui vengono tratti i modelli ritenuti più validi per la ricostruzione della fiducia politica e sociale. È questo il terreno ideologico maggiormente favorevole al trapianto dei modelli – sempre più diffusi nelle democrazie occidentali contemporanee – di personalizzazione della politica (l'apice “corporeo” della sua irrazionalità), contestualmente ad una riconcettualizzazione del ruolo dello Stato democratico e della costituzione.

Di qui, come vedremo, la necessità che l'istanza di partecipazione democratica alla gestione della cosa pubblica si trasformi in una richiesta di autocontrollo selettivo di mere competenze tecniche, appunto gestionali, amministrative, coordinate, a livello istituzionale, da “capi”, scelti in virtù delle loro presunte qualità personali di implementazione efficiente dei programmi di governo che quelle competenze lasciano presupporre.

Il campo lasciato sgombro dall'intesa comunicativa, il campo dell'organizzazione e della modernizzazione economica, non più pressato dalle istanze normative contenute nei diritti sociali – costitutivamente, ontologicamente, destinate a “corrompersi” – si autonomizza, e, nello stesso momento in cui attribuisce valore formale alla democrazia, riconoscendola come procedura (procedura deliberativa), la trasforma nel suo opposto. Ma andiamo per ordine.

Nelle pagine iniziali di *Capitalism, Socialism and Democracy*<sup>70</sup> Schumpeter dichiara di percepire una «atmosfera di ostilità» diffusa nei confronti del capitalismo. Ma, contrariamente a quello che si potrebbe subito pensare, non si tratta dell'effetto di una causa esterna, quanto piuttosto di una causa interna allo stesso modo di vivere che il capitalismo propugna e incarna.

---

<sup>70</sup>J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942), tr. it. di E. Zuffi, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Etas, 2001, p. 61.

Analizzando natura e meccanismo propulsore del processo capitalistico, l'economista austriaco, ne individua i tratti distintivi in una specie di successione di “onde lunghe”, a ciascuna delle quali corrisponde una rivoluzione industriale e un successivo assorbimento dei suoi effetti; attraverso queste “rivoluzioni” (e dunque attraverso il suo intrinseco meccanismo) il processo capitalistico «determina un progressivo aumento del livello di vita delle masse», per cui la stessa legislazione sociale, sempre più in espansione, altro non sarebbe che la conseguenza evidente del successo del capitalismo, più precisamente il risultato di «una ricchezza precedentemente creata dall'intrapresa capitalistica»<sup>71</sup>.

Questa descrizione del processo capitalistico è perfettamente coerente con l'idea di un processo essenzialmente evolutivo che «rivoluziona incessantemente *dall'interno* le strutture economiche, distruggendo senza tregua l'antica e creando senza tregua la nuova»; un «processo di distruzione creatrice»<sup>72</sup>, che procurerà la deflagrazione endogena del capitalismo per la concomitanza di tre ordini di fattori: 1) quello *ambientale*: «il processo capitalistico ha per effetto una distribuzione del potere politico e un atteggiamento socio-psicologico – espresso in corrispondenti politiche – ad esso ostili e destinati a crescere in potenza fino ad impedire al meccanismo capitalistico di funzionare»; 2) quello *di sistema*, per cui l'incessante progresso tende a tramutare «l'impresa su vasta scala dei tempi moderni» in una «forma pietrificata di capitalismo»; 3) quello *materiale o contenutistico*, vale a dire l'esaurimento, per inerzia imprenditoriale, delle «opportunità aperte a nuove intraprese e a nuovi investimenti»<sup>73</sup>.

Alla base di queste considerazioni esiste, secondo Schumpeter, un tratto fondamentale del modo di pensare e di agire del capitalismo: lo sfruttamento strumentale della ragione, il suo sorgere dal calcolo economico. La civiltà capitalistica coincide con l'idea di civiltà razionalistica, poiché «l'intera logica», dichiara Schumpeter, «deriva dal quadro della decisione economica», il «quadro economico è la matrice della logica»<sup>74</sup>, e, più in generale, il progresso della ragione è implementazione della democrazia. Qui il sistema democratico è inteso, per così dire, come “bloccato” nella sua contrapposizione alle forme di governo dell'*ancien régime* e quindi nella sua valenza libertaria, immediatamente riconducibile allo spirito mercantile e borghese, a tratti paternalistico («mai come nella società capitalistica v'è stata tanta li-

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 65-67.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 112-113.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 124.

bertà *per tutti* nel corpo e nella mente, tanta disposizione a tollerare ed anche finanziare i nemici mortali della classe dominante, tanta simpatia attiva per sofferenze vere o finte, tanta prontezza ad accettare oneri; e, fuori delle comunità rurali, la democrazia si è sviluppata al seguito del capitalismo»<sup>75</sup>).

I dati caratterizzanti di tale “progresso razionalista” che si protrae indefinitamente sono sostanzialmente due: da una parte la circostanza che la legislazione sociale e più in generale «i cambiamenti istituzionali a beneficio delle masse non sono soltanto qualcosa d'imposto alla società capitalistica dall'ineluttabile necessità di alleviare una sempre crescente miseria», ma derivano soprattutto dal fatto che il processo capitalistico «oltre ad elevare il livello di vita delle masse in virtù dei suoi effetti automatici, ha anche fornito a questa legislazione mezzi e “volontà”»; dall'altra parte, il fatto che la “volontà” della borghesia di sostenere questa legislazione sociale è il frutto inevitabile dell'applicazione del principio di «razionalità crescente», interno alla stessa civiltà capitalista, ossia: poiché il modo di produzione capitalistico razionalizza la condotta pratica e le idee (si ricordi che il quadro economico è la matrice della logica), esso non si limita a scacciare dalla nostra mente idee metafisiche e romantiche e dunque a rinnovare il metodo per raggiungere determinati fini, ma ha il potere di riplasmare quegli stessi fini. Cosicché, per un verso, continua Schumpeter, «il nostro senso innato del dovere, privato delle sue basi tradizionali, si concentra su idee utilitaristiche circa il miglioramento del genere umano», idee queste più forti di qualsiasi critica razionalistica; per altro verso, «la razionalizzazione dell'anima toglie ad ogni specie di diritti di classe l'aureola di una sanzione superempirica». Il tutto, unito all'entusiasmo capitalistico per i concetti di efficienza e di servizio, «alimenta nella stessa borghesia la “volontà” di cui parlavamo»<sup>76</sup>. Una volontà autodistruttiva.

L'intrinseca razionalità del capitalismo, perciò, mina alle basi, con il tempo, la stessa funzione imprenditoriale e dunque se stesso. Se, infatti, la funzione dell'imprenditore è di riformare o rivoluzionare continuamente il quadro produttivo, sfruttando un'invenzione o una nuova possibilità tecnica, ebbene questa «funzione sociale» va sempre più perdendo di importanza, perché il progresso economico tende a spersonalizzarsi e ad autonomizzarsi: «il lavoro di uffici e comitati tende a soppiantare l'azione personale» e l'apprezzamento del “nuovo” solo perché è nuovo (sia da parte dei produttori che dei consumatori) sta finendo, la stessa innovazione si riduce a “rou-

---

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 128-129.

tine"<sup>77</sup>. Pertanto, «se l'evoluzione capitalistica – il "progresso" – cessa o avviene completamente automatica, la base economica della borghesia industriale finirà per ridursi a stipendi come quelli pagati per il lavoro amministrativo corrente, a parte i residui di quasi-rendite e di guadagni monopoloidi che è verosimile durino ancora per qualche tempo. Poiché l'intrapresa capitalistica, *per le stesse sue realizzazioni*, tende ad automatizzare il progresso, concludiamo anche che tende a rendersi superflua – a sfasciarsi sotto la pressione delle sue stesse conquiste»<sup>78</sup>. Caso lampante di questa «decomposizione» è l'evaporazione della proprietà: «la moderna società per azioni, pur essendo un prodotto del processo capitalistico, socializza la mentalità borghese; non solo ma tende a minarne le basi» e ad essa si accompagna la stessa «disintegrazione della famiglia borghese» che deriva dalla razionalizzazione di ogni aspetto della vita<sup>79</sup>. Evapora, in questo contesto, anche la "proprietà di consumo", visto che, rispetto ai «componenti edonistici della spinta al possesso, la desiderabilità di redditi al disopra di un certo livello decresce»<sup>80</sup>.

Lo Stato sociale pensato da Schumpeter, quindi, può essere considerato come una specie di tappa intermedia nel percorso di dissoluzione della civiltà capitalistica. Si potrebbe dire che rappresenta quel momento di passaggio in cui la classe dominante accetta come inevitabile la diffusione generalizzata ed egualitaria dei beni, dei benefici che la tecnica, applicata allo sfruttamento delle risorse, determina. In questo modo si estinguerebbe il "movente" del capitalismo, il movente per continuare a inventare qualcosa di nuovo, visto che ormai tutto è disponibile.

Facciamo un passo indietro. Progresso razional-capitalistico e democrazia, in questa descrizione, non sono antitetici ma vanno di pari passo. Con l'autodistruzione del capitalismo occorrerà analizzare, perciò, la possibilità che il progetto socialista (che succederà all'ordine capitalistico) sia a sua volta compatibile con la democrazia. Se per società fondata sul mercato Schumpeter intende quella società «definita da un quadro istituzionale» i cui due elementi principali consistono nella «proprietà privata dei mezzi di produzione» e nella «regolamentazione del processo produttivo mediante contratto (o direzione o iniziativa) privato»; per società socialista si intenderà, invece, quella definita da un quadro istituzionale in cui «il controllo dei mezzi di produzione e della stessa produzione è devoluto a una autorità cen-

---

<sup>77</sup> *Ibidem*, pp. 134-135.

<sup>78</sup> *Ibidem*, pp. 136-137 (corsivo aggiunto).

<sup>79</sup> *Ibidem*, pp. 161-162.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 163.

trale – o, per usare un'altra formula, in cui agli affari economici della società appartengono per principio alla sfera pubblica e non alla privata»<sup>81</sup>. È evidente che entrambe le definizioni guardano alla struttura della società dall'angolo visuale prettamente economico, ma ciò non vuol dire che esso sia il più importante: «non perdiamo mai di vista che il socialismo aspira a qualcosa di più che alle pance piene, esattamente come il cristianesimo significa qualcosa di più che i valori un po' edonistici del paradiso e dell'inferno. Socialismo è sinonimo, prima di tutto, di civiltà nuova e, in nome di questa civiltà, è concepibile che si sia socialisti ferventi anche pensando che la soluzione socialista abbia molte probabilità di fornire un rendimento economico inferiore». Ma, appunto, questo è l'aspetto non-economico del socialismo, nell'ottica schumpeteriana l'aspetto irrazionale, ciò che ne rappresenta l'*indeterminatezza culturale*<sup>82</sup>. Un'indeterminatezza che deriva dal suo essere un modello ideale, una «immagine mentale – (nessun socialista accetterà l'esperienza russa come una realizzazione piena)»<sup>83</sup>, non ancora incarnatasi storicamente, al contrario del capitalismo, di cui possiamo invece ricostruire il mondo culturale «solo perché abbiamo davanti agli occhi una realtà storica che ci fornisce tutti i dati supplementari necessari e, *via facti*, esclude un numero infinito di possibilità»<sup>84</sup>. Pertanto, l'indeterminatezza culturale potrà essere sciolta solo parlando e descrivendo dei “casi speciali” di socialismo.

In realtà il pensatore austriaco dimostrerà, nel corso della trattazione, come la “determinatezza” del modello socialista possa derivare solo da un tipo di socialismo capace di funzionare secondo il criterio, per ora concepibile solo all'interno del modo di produzione capitalistico, di massimizzazione delle utilità. Questo tipo, in altri termini, non potrà che essere il prodotto dell'applicazione di uno schema economico razionale, che ancora facciamo

---

<sup>81</sup> *Ibidem*, pp. 173-174.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 177. «Alcuni socialisti», osserva Schumpeter, «sono pronti a intonare a mani giunte e con un sorriso beato sulle labbra il cantico della giustizia, eguaglianza e libertà in generale, e della libertà dallo “sfruttamento dell'uomo da parte dell'uomo, in particolare della pace e dell'amore, delle catene infrante, e delle energie intellettuali liberate, di nuovi orizzonti dischiusi e di nuove dignità rivelate» (p. 176). Ciò lascia indeterminato il progetto socialista poiché non si comprenderebbe in quale modo tale programma possa trovare realizzazione, se attraverso una società guidata da un reggitore assoluto o una società organizzata nel modo più democratico, se attraverso una società disciplinata o altamente indisciplinata, aristocratica o proletaria, e così via. Come si può notare l'*indeterminatezza culturale* che secondo Schumpeter affliggerebbe il socialismo coincide perfettamente con l'idea di conflitto politico-sociale che rappresenta l'humus sul quale vengono costruite le costituzioni.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 195.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 177.

fatica a riconoscere solo perché siamo immersi in una certa epoca storica che ci impone di ricostruire qualsiasi tipo di organizzazione economica sulla base di concetti che, seppure universali (prezzi, costi, utili, interessi, ecc.), sono utilizzati, congiuntamente, per descrivere il funzionamento di una società capitalistica. Senza entrare nei dettagli delle diverse possibilità esaminate nel testo qui richiamato, come, per esempio, la sostituzione del denaro con certificati di garanzia che danno diritto a certe quantità di beni di consumo, l'avvicinarsi dei prezzi fissati dal mercato con i prezzi stabiliti unilateralmente dall'ufficio centrale del ministero, la trasformazione dei redditi in buoni – lavoro e così via, si può dire che, per Schumpeter, la somiglianza emergente tra le nozioni impiegate per descrivere il sistema capitalistico e quelle utilizzate per cercare di prefigurare il progetto socialista sia qualcosa di più di una mera affinità terminologica: «il nostro socialismo non prende a prestito nulla dal capitalismo, ma il capitalismo prende molto a prestito dalla *logica perfettamente generale della scelta*. Qualunque comportamento razionale non può non presentare somiglianze formali con qualunque altro comportamento razionale, e così avviene che, nella sfera della condotta economica, *l'influenza plasmatrice della mera razionalità ci spinga, almeno in rapporto alla teoria pura abbastanza lontano*. I concetti che esprimono il tipo di comportamento sono quindi imbevuti di tutti i significati particolari di un'epoca storica, e tenderanno a conservare nella mente del profano le tinte così acquisite. Se avessimo fatto conoscenza storica coi fenomeni economici in ambienti socialisti, si potrebbe ora credere che prendiamo a prestito concetti socialisti nell'analizzare un processo capitalistico»<sup>85</sup>. L'alternanza tra capitalismo e socialismo non si schiude alla scelta tra due diversi modelli di razionalità (economica e pratico-morale) che l'indeterminatezza culturale del socialismo lascia supporre attraverso il richiamo a un progetto politico di trasformazione della società, perché ciò che resta è la scelta razionale in campo economico, che, ovunque, se una società vuole funzionare, è sempre la stessa. Schumpeter resta fedele al suo concetto di razionalità: il quadro economico come matrice della logica. Dunque, anche tolti di mezzo i mercati, razionalità e determinatezza non sfumano: «i certificati di garanzia, i prezzi e le unità astratte, servirebbero sempre ai fini del controllo e del calcolo dei costi, pur perdendo la loro affinità col reddito disponibile e le sue unità. *E si ripresenterebbero tutti i concetti derivanti dalla logica generale dell'azione economica*»<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, pp. 188-189 (corsivi aggiunti).

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 191 (corsivo aggiunto). Aveva già osservato lo stesso J.A. SCHUMPETER in *History of Economic Analysis* (1954), tr. it. di P. Sylos-Labini-L. Occhionero, *Storia dell'ana-*

Nell'ambito di questa logica, anzi, il modello socialista mostra una netta superiorità rispetto all'ordine capitalistico, si colloca su un superiore piano di razionalità, attesa l'illimitata capacità del primo di pianificare il progresso: «la pianificazione del progresso e, in particolare, il coordinamento sistematico e la distribuzione razionale nel tempo di nuove iniziative in tutti i rami avrebbero un'efficacia incomparabilmente superiore, nell'impedire l'alternarsi di scoppi e di reazioni depressive, a qualunque variazione automatica o artificiale del saggio dell'interesse o dell'offerta di credito. In realtà, essi eliminerebbero la causa di oscillazioni cicliche che nell'ordine capitalistico è soltanto possibile attenuare»<sup>87</sup>.

Tuttavia, la marcia in più del modello socialista rispetto a un sistema governato dal mercato, consiste nella sua capacità di prevenire, attraverso la socializzazione della produzione, il conflitto tra economia e politica. Un

---

*lisi economica*, Torino, Bollati Boringhieri, 1972, pp. 20-22, che esiste un modo specifico di interpretare la nostra conoscenza dei significati delle azioni economiche, il quale è assai conforme alla logica: «Se, per esempio, affermo che dato un certo numero di condizioni, i guadagni istantanei di un'impresa saranno resi massimi quando il costo marginale eguaglierà il reddito marginale (quest'ultimo essendo eguale al prezzo nel caso di concorrenza pura), si può dire che io formuli la logica della situazione e prospetti un risultato che è vero, appunto secondo la regola della logica generale, indipendentemente dal fatto che ciascuno agisca o non agisca conforme ad essa. Ciò significa che v'è una classe di teoremi economici che sono *ideali* o *norme* logiche (e non, naturalmente, etiche o politiche)». In questa maniera è possibile non diventare preda di quell'«illusione ottica che ha spinto i marxisti ad essere così riluttanti ad adoperare certi termini, – come *prezzo*, *costo*, *moneta*, *valore dei servizi della terra*, e perfino *interesse*, – nel parlare di un futuro ordine socialista: tali termini indicano concetti di logica economica generale, ed appaiono, ai marxisti, macchiati di significato capitalistico solo perché sono stati usati anche nelle società capitalistiche. Similmente, i concetti e i procedimenti di “alta” matematica in principio sono stati elaborati in connessione coi problemi dei fisici; ma non c'è nulla di specificamente attinente alla fisica in tale particolare genere di linguaggio. E questo vale anche per alcuni dei concetti generali della fisica, come quelli di equilibrio, di potenziale, di oscillatore, di statica, di dinamica, che per loro conto si ripresentano nell'analisi economica proprio come si ripresentano i sistemi di equazioni: ciò che noi prendiamo a prestito, quando, per esempio, adoperiamo il concetto di oscillatore è una parola e nient'altro».

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 203. Senza contare, continua Schumpeter, che «il processo di eliminazione delle strutture antiquate, che nel capitalismo – specie se concorrenziale – provoca una temporanea paralisi e perdite in parte ingiustificate, potrebbe ridursi a ciò che il termine suggerisce al profano, nel quadro di un programma comprensivo che preveda in anticipo lo spostamento ad altri usi dei complementi non antiquati di impianti o attrezzature antiquati. In concreto: nell'ordine capitalistico, una crisi con epicentro l'industria cotoniera può provocare un arresto nell'edilizia civile; anche nell'ordine socialista può accadere (sebbene non sia altrettanto probabile) che si debba di punto in bianco ridurre la produzione di manufatti cotonieri, ma questa sarebbe una ragione di più per accelerare il ritmo dell'edilizia civile invece di frenarlo».

conflitto che genera costi e perdite notevoli, e che, normalmente, viene rappresentato nei termini di un interventismo statale nei processi economici che ne intralcerrebbe il naturale svolgimento secondo canali di mediazione interprivatistici: «il tratto dominante della società mercantile è la divisione tra la sfera privata e la pubblica – o, se preferite, il fatto che, in essa v’è una sfera privata contenente molto più di quanto la società feudale o la società socialista le assegnino. Questa sfera privata è distinta dalla sfera pubblica non solo concettualmente, ma anche di fatto: vi presiedono in misura notevole altre persone – eccezione più cospicua la storia dell’autogoverno locale – e sono organizzate e dirette in base a principi diversi e spesso contrastanti, da cui derivano criteri di giudizio diversi e spesso incompatibili»; ebbene, «un’organizzazione simile, la cui natura paradossale ci stupirebbe se non vi fossimo abituati, può escludere solo in via temporanea fenomeni di attrito»<sup>88</sup>.

Come si vede, il socialismo schumpeteriano, “determinato culturalmente”, è una forma superiore di capitalismo che ha una somiglianza impressionante con la Megamacchina descritta da Latouche<sup>89</sup>. Capitalismo e socialismo sono qui considerati in modo del tutto equivalente come semplici epifanie del grado di maturazione e di progresso dell’agire economico razionale<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>89</sup> Per S. LATOUCHE, *La Megamacchine. Raison techno-scientifique, raison économique et le mythe du Progrès. Essais à la mémoire de Jacques Ellul* (1995), tr. it. di A. Salsano, *La Megamacchina. Ragione tecnoscientifica, ragione economica e mito del progresso*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, p. 121, l’idea di una Megamacchina tecnoscientifica, cioè di un «rullo compressore occidentale» che schiaccia le culture, elimina le differenze e omologa il mondo «nel nome della Ragione», «non è soltanto tecnica, è anche economica e burocratica. Il progetto della modernità è quello di una razionalizzazione totale. Si tratta indubbiamente di una *macchinazione* tecnica; ma *anche* l’economia deve essere razionale; e lo Stato, la giustizia, il diritto devono essere razionali».

<sup>90</sup> Tutta la costruzione schumpeteriana consiste in una ripresa *ad hoc* delle analisi weberiane sul processo di razionalizzazione che coinvolse economia e società in particolar modo tra la fine del XIX secolo e l’inizio del XX secolo. Un processo in cui la produzione economica viene organizzata capitalisticamente da imprenditori che calcolano razionalmente e l’amministrazione della cosa pubblica si avvale di personale altamente specializzato, funzionari all’uopo preparati e giuridicamente formati. Sul punto si rinvia a M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, cit., in particolare il vol. I, cap. II, relativo alla presentazione delle categorie sociologiche fondamentali dell’agire economico; ID., *Politik als Beruf* (1919), tr. it. di A. Variolato-E. Fongaro, *La politica come professione*, in ID., *Scritti politici*, Roma, Donzelli, 1998, pp. 177-230; ID., *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus*, tr. it. di A.M. Marietti, *L’etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano, Rizzoli, 2000.

La “banalità” del pan-economicismo (o pan-logicismo) schumpeteriano potrebbe tuttavia passare relativamente sotto silenzio, quale mera riproposizione e assolutizzazione di *topoi* weberiani, se non fosse per la teoria della democrazia ad esso collegata. L'intuizione, o, meglio, l'assunto controintuitivo (visto che per Schumpeter, di primo acchito, sono immediatamente compatibili solo capitalismo e democrazia) sul quale è utile concentrare l'attenzione e che renderebbe compatibile il socialismo (più precisamente il capitalismo socializzato e burocratizzato) con la democrazia, ha quindi natura propriamente costituzionale.

Si sa che per Schumpeter il metodo democratico è uno «strumento istituzionale per giungere a decisioni politiche, in base al quale i singoli individui ottengono il potere di decidere attraverso una competizione che ha per oggetto il voto popolare»; si tratta, similmente al concetto di concorrenza nella sfera economica, di un «tipo di concorrenza per il comando (leadership)», più esattamente della «libera concorrenza per un voto libero»<sup>91</sup>. In questa prospettiva, «partito e uomini politici di partito sono semplicemente la risposta all'incapacità della massa elettorale di agire di propria iniziativa, e rappresentano un tentativo di regolare la competizione politica esattamente simile alle pratiche di associazioni fra commercianti o industriali intese a regolare la concorrenza economica»<sup>92</sup>.

Ma un capitalismo socializzato, di fattura superiore rispetto al precedente, e, dunque, un capitalismo che prevede l'estensione della “sfera politica” agli affari economici, è possibile soltanto se vengono riscritte le regole costituzionali, solo se viene ripensato l'«accordo di fondo sulle basi della struttura istituzionale della società»<sup>93</sup>.

La riscrittura dell'assetto costituzionale di una società che intenda funzionare al meglio delle sue possibilità produttive deve potersi fondare su due pilastri concettuali: l'*autocontrollo democratico* e l'*autolimitazione del raggio d'azione della politica*.

La nozione di autocontrollo democratico si esaurisce in quello che oggi si chiamerebbe il necessario complemento costituzionale della “governabilità” e della stabilità degli esecutivi (e che per Habermas coincide con la neutralizzazione dei diritti propri del cittadino): «in particolare i rappresentanti del popolo devono resistere alla tentazione di rovesciare o mettere in difficoltà il governo ogni volta che ne avrebbero la possibilità. È questa la *conditio sine qua non* di una politica costruttiva. (...) Gli elettori devono rispetta-

<sup>91</sup> J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, cit., p. 279.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pp. 290-291.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 310.

re la divisione del lavoro fra sé e gli uomini politici che eleggono. (...) L'importante è riconoscere che una prassi democratica efficiente in società numerose e complesse è sempre stata ostile a pressioni dal basso (...) e l'astenersi da queste pressioni richiede da parte del cittadino una buona parte di autocontrollo»<sup>94</sup>.

L'autolimitazione del raggio d'azione della politica è poi l'interfaccia istituzionale dell'autocontrollo democratico che ogni cittadino dovrebbe esercitare: nell'ipotesi di materie tecniche e specialistiche (la gran parte in società in perenne progresso e complessificazione) il metodo parlamentare dovrà porre a se stesso dei limiti di competenza – e di relativa decisione – sostanziale anche se non formale; ciò richiede peraltro che «il materiale umano – il personale delle macchine politiche che, eletto al parlamento, di qui sale a funzioni di governo – sia di qualità sufficientemente elevata» e che, pertanto, ad esso si affianchi una «burocrazia esperta, dotata di prestigio, di una buona tradizione, di un forte senso del dovere e di un non meno forte *esprit de corps*»<sup>95</sup>.

### 3.4. I punti di convergenza delle tesi di Habermas e Schumpeter nell'analisi della 'crisi' dello Stato sociale

In conclusione, le tesi di Habermas e Schumpeter, seppure diametralmente divergenti nella valutazione dell'oggetto di analisi, convergono su alcuni punti indispensabili a rendere conto del prosciugamento delle fonti e delle aspettative democratiche delle costituzioni redatte all'indomani del secondo conflitto mondiale:

a) il modo di produzione capitalistico, con l'avvento delle costituzioni postbelliche, segna, ad un certo punto della sua evoluzione, un momento di crisi. Un momento di crisi originato dalle stesse prescrizioni costituzionali, soprattutto dai preamboli, dalle parti contenenti i principi fondamentali, in cui l'intreccio tra democrazia sociale, politica ed economica pone le condizioni di svolgimento della libertà di impresa e di iniziativa economica privata<sup>96</sup>. In questo senso, parafrasando Weber, si potrebbe dire che sono le co-

---

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>95</sup> *Ibidem*, pp. 298-302.

<sup>96</sup> È questo il punto rimarcato da S. D'ALBERGO, *Economia e diritto nella dinamica delle istituzioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, Cedam, 1998, vol. I, pp. 799-800, il quale avverte di porre attenzione all'«importante innovazione metodologica sul fondamento, nella attuale situazione, di quel bagaglio culturale che ha portato ad interpretare i

stituzioni ad essere la “gabbia d'acciaio” del mercato, i vettori di un progetto globale di regolazione dei rapporti (sociali, politici, economici) che si vengono a instaurare tra gli appartenenti alla comunità (e tra essi e coloro che chiedono di farne parte) che esse rappresentano e raccontano<sup>97</sup>. Il segno di questa crisi, in Schumpeter, si rinviene nell'ansia autodistruttiva del capitalismo, il quale prova ad immaginare se stesso in una veste inedita, “pubblica”, “collettiva”, altamente funzionale perché minuziosamente programmata, inclusiva dei vecchi conflitti tra capitale e lavoro. L'appellativo di «Proteo culturale»<sup>98</sup> usato da Schumpeter per designare il socialismo, serve in realtà per legittimare le capacità trasformistiche del capitalismo. Per Habermas l'attesa dell'evento trasformativo schumpeteriano si annida in potenza nella struttura dilemmatica dello Stato sociale e si concreta nella gestione amministrativa delle crisi di mercato e delle decisioni imprenditoriali private;

b) per entrambi la controprova della volontà di elusione degli oneri democratici sta nella necessaria corrispondenza tra un sistema economico-produttivo esponenzialmente efficiente, che è in grado di socializzare le sue perdite, e un indispensabile *self-restraint* democratico incentrato su un tipo di partecipazione democratica del cittadino ristretta al ruolo di elettore e all'esercizio quotidiano delle proprie capacità di scelta nella sfera dei consumi;

c) i punti *sub a)* e *b)*, a loro volta, hanno il loro collante nella consapevolezza che si debba trovare o che sia stato già trovato un equivalente funzio-

---

valori della democrazia, e quindi della “prima parte” della costituzione italiana, in una ripetuta separatezza tra principi di democrazia “politica”, di democrazia “economica” e democrazia “sociale” che – viceversa – le forze sociali e politiche cui risale la titolarità della funzione costituente (negli anni 1944-47) hanno inteso superare, memori della legislazione weimariana, come si evince sia dall'insieme dei Principi Fondamentali e delle norme relative ai “diritti e doveri dei cittadini”, sia in modo testuale dell'art. 3».

<sup>97</sup> «Le Costituzioni del secondo dopoguerra (...) assegnano allo Stato gli strumenti e il compito regolatore dell'economia, che gli Stati dell'Occidente usciti indenni dalle tendenze totalitarie si erano già dati per la forza della necessità, durante la grande crisi. Ma non si tratta solo di questo, cioè di una regolazione dell'economico a fini puramente interni all'economico stesso, in funzione soltanto della sua efficienza e stabilità, e di interventi nei momenti critici attraverso strumenti e politiche di controllo del ciclo economico. (...) Si tratta di molto di più. È il tentativo “qualitativo” di rendere compatibile lo sviluppo economico con un ordine sociale giusto di cui si delineano *ex ante* i connotati essenziali o “costituzionali” e non li si rimette al risultato *ex post* della competizione tra le forze economiche», G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 136.

<sup>98</sup> J.A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, cit., p. 178. Proteo, nell'Odissea, è un dio che ha il potere di trasformarsi in ogni forma desiderata. Usa particolarmente questo potere quando vuole sottrarsi a chi lo interroga.

nale al potere sintetizzante della costituzione, al suo essere il portato unitario e finale di una lotta politica, al suo vivere attraverso i modi discorsivi della politica costituzionale. Per Schumpeter l'equivalente funzionale è nella competenza tecnica delle diverse sfere di gestione del potere: economica, politica, giuridica; per Habermas essa può rinvenirsi, criticamente, «nel fatto che il sapere quotidiano, manifestatesi in forma totalizzata, resta disarticolato, in ogni caso inadeguato al «livello di articolazione sul quale il sapere può essere accettato come valido soltanto secondo criteri della modernità culturale», perciò, può rinvenirsi nella pretesa negativa di non «lasciare assolutamente emergere prestazioni interpretative al livello integrativo delle ideologie»<sup>99</sup>;

d) l'indeterminatezza culturale del socialismo in Schumpeter e l'agire comunicativo in Habermas costituiscono il rispettivo orizzonte di senso che il capitalismo deve fronteggiare e di cui deve appropriarsi per riconquistare, attraverso il consenso, il suo spazio produttivo vitale.

#### **4. Costituzioni democratiche e nuovo stadio dei rapporti di produzione: la riapertura dei termini della questione**

La rappresentazione della crisi dello Stato sociale attraverso queste due posizioni teoriche mostra come sia essenziale mantenere ferma, nella considerazione di questa forma di Stato, la prospettiva di una concezione "normativa" della costituzione.

La socializzazione della produzione, sganciata dal progetto costituzionale di democrazia politica, e ancorata quasi esclusivamente a imperativi economici, rappresenta un passaggio importante nei rapporti tra costituzione e economia. Il momento in cui il «costruttivismo» costituzionale, l'idea di poter imporre un ordine sociale all'economia e un ordine morale alla società, si confonde con l'interventismo statale a fini di correzione delle crisi capitalistiche di produzione.

Questa pericolosa associazione di idee, questa simbiosi concettuale tra la costituzione e un particolare modello produttivo cripto-capitalistico sembra generare due conseguenze: da una parte, uno sbilanciamento prescrittivo in favore delle logiche di produzione, che paiono assorbire in sé la regolazione dei rapporti sociali e politici; dall'altra parte, il diffondersi della convinzione

---

<sup>99</sup>J. HABERMAS, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, cit., p. 1021.

che la crisi di quel modello debba richiedere un ripensamento globale del modo stesso di intendere la società così come tracciato nella costituzione.

Comincia a farsi strada, cioè, l'idea che il cattivo funzionamento del mercato dipenda da una difettosa struttura costituzionale. Tale idea è il frutto di una lettura della costituzione effettuata ancora in termini *statalistici*. Il mercato chiede alla costituzione qualcosa che essa non può (più) dare: la sicurezza che i suoi scambi, le sue contrattazioni, i suoi traffici, i suoi affari giungano sempre e comunque a buon fine. Le costituzioni del secondo dopoguerra, infatti, sono, le nuove sedi del conflitto e non prevedono un potere amministrativo-autoritativo che, *de iure*, si imponga sulle dinamiche sociali. Piuttosto, quelle costituzioni richiedono che i diversi interessi della società siano tramutati, attraverso il sistema rappresentativo fondato sul suffragio universale, in istanze politiche, le quali saranno oggetto di pubblica discussione e discorsivo confronto.

I poteri forti (economici, politici) non trovano più nelle costituzioni tutte le risposte, perché continuano a interrogare, quale loro interlocutore privilegiato, l'apparato dello Stato, cioè quella persona giuridica sulla quale è stato possibile, in passato, scaricare i costi, in termini di appropriate misure istituzionali, delle transizioni economiche private (non per nulla le tesi di Habermas e di Scumpeter sono concepibili solo riferendosi a quel tipo di base statale seppure complicata dal problema del consenso e quindi della legittimazione). Un *Moloch* invece, dal quale quelle costituzioni, legittimate su base popolare, si affrancano, in nome del pluralismo di cui sono portatrici.

Va ricordato, infatti, che il terreno ideale sul quale il capitalismo, fino all'entrata in vigore di quelle Carte fondamentali, si era potuto apertamente confrontare con il sistema costituzionale<sup>100</sup>, era stato, in definitiva, quello dello Stato «monoclasse»<sup>101</sup>. Uno Stato, cioè, «entificato», considerato «per-

---

<sup>100</sup> Diciamo «apertamente» perché, in seguito, i rapporti tra capitalismo e regimi nazifascisti furono sempre coperti dal velo di un'ideologia politica che pur di assicurarsi l'appoggio delle masse e, contemporaneamente, l'apporto economico delle élites industriali, propagandava uno strano *mix* di produttivismo-corporativismo-anarchia, incomprensibile se ricondotto alle tradizionali categorie del liberalismo e del socialismo. Sul punto si veda l'esauriente prospettazione di C. MAIER, *In Search of Stability. Explorations in Historical Political Economy* (1987), tr. it. di N. Negro, *Alla ricerca della stabilità*, Bologna, il Mulino, 2003, contenuta in particolare nel capitolo secondo, "L'economia del fascismo e del nazismo", pp. 103-175.

<sup>101</sup> È questa, come si sa, la locuzione con cui M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986, indicò lo Stato borghese ottocentesco: «Lo Stato che si trasforma in Inghilterra, nel secolo XVIII, che nasce negli Stati Uniti d'America alla fine del medesimo secolo, in Europa continentale (dapprima come Stato, na-

sona giuridica pubblica per definizione», in cui «organi politici e organi amministrativi sono fortemente collegati, essendo l'amministrazione (statale) "amministrazione del governo"»<sup>102</sup>.

Uno Stato, quello monoclasse-borghese, che nonostante «gli enunciati dei suoi teorizzatori», volti a sottolineare «un rovesciamento delle precedenti costituzioni materiali per la materia della disciplina dell'economia», attraverso l'assoluta canonizzazione degli istituti dell'impresa privata e della proprietà (e dunque mediante l'affermazione incondizionata della formula del "non intervento" del potere pubblico nell'economia), nei fatti, invece, vide l'ampliarsi a dismisura della disciplina pubblica dell'economia, di cui affinò ulteriormente la strumentazione tecnico-operativa<sup>103</sup>. Ciò, sia in riferimento alla c.d. attività ordinativa, sia con riguardo all'approntamento delle infrastrutture necessarie a velocizzare gli scambi, che al rafforzamento delle strutture burocratiche<sup>104</sup>.

Questo per dire che, nello Stato monoclasse, l'accentramento amministrativo conviveva "naturalmente" con l'economia di mercato, della quale rendeva certi e sicuri i traffici e le proprietà, poiché i gangli vitali dell'amministrazione venivano occupati dagli stessi appartenenti a quella classe dominante, di cui si curavano *legalmente* gli interessi<sup>105</sup>.

---

to da rivoluzioni poi) definitivamente col cessare del periodo delle restaurazioni, ha una denominazione aggettivata da espressione prevalentemente sociologica: è lo Stato democratico monoclasse. Si dice anche Stato censitario, con espressione più limitativa. Si parla altresì di Stato borghese, che è espressione politica equivalente a quella di Stato monoclasse, e di Stato liberale, per dire che questo Stato fu quello che per eccellenza seguì i principi ideologici e politici del liberalismo politico e del liberismo economico» (p. 35).

<sup>102</sup> *Ibidem*, pp. 36-37.

<sup>103</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995, pp. 27-28.

<sup>104</sup> *Ibidem*, pp. 28-28; «Dunque procedendo nella ricognizione risulta che lo Stato borghese liberale passa intere province – se ci è lecita la metafora – dalla sfera privata a quella pubblica, e ciò non con atti episodici o temporanei, bensì seguendo idee organiche e adottando decisioni destinate a permanere, cioè, in termini oggi più usati, introducendo modificazioni di struttura. Vi è però ancora di più: che quando si profilano difficoltà per l'economia, derivanti da congiunture internazionali, da eventi della natura, da turbative politiche interne, i pubblici poteri non hanno esitazione a porre in essere degli "interventi" di sostegno dei ceti di operatori economici in difficoltà» (p. 30).

<sup>105</sup> «Questo Stato assunto come ente rispondente ad un concetto universale, era appunto lo Stato borghese contemporaneo dei giuspubblicisti che lo concepivano: onnipotente, potenzialmente idoneo ad occuparsi di qualsiasi attività, ma insieme limitato dal principio di legalità dell'azione amministrativa. Non più agente ad arbitrio, ma secondo legge. Il fatto che la legge la facesse lui stesso sfuggiva all'attenzione di questi giuristi. Così come sfuggiva loro che lo Stato era lo Stato dominato dalla sola classe borghese, e sfuggiva loro che pur costretta nei limiti della legge l'attività dello Stato aveva troppe volte per moventi gli interes-

Le costituzioni postbelliche, rompendo questo circuito di autoalimentazione tra potere politico e potere economico, non soddisfano più linearmente il bisogno perenne del capitalismo di nuovi “statalismi” come strato protettivo dei propri interessi strumentali. E ciò «quanto più nello Stato i conflitti di interesse e la lotta delle classi o interne alle classi hanno proposto esigenze mai rese così evidenti (come nella lettera dei principi che le affermano o le mistificano) di democrazia non solo politica, ma anche economica e sociale»<sup>106</sup>. Viene meno quello schema rassicurante che consente all'economia di leggere la costituzione in termini di *comandi*, che si possono poi rifiutare in blocco perché ritenuti dispotici, anziché in termini di *conflitti*, che si ripresentano continuamente e che occorre, invece, reinterpretare alla luce dei principi costituzionali come possibili *abusi* di un modo di produzione in continua trasformazione ed evoluzione, nel tentativo di favorire, con gli strumenti della politica costituzionale, quella ricomposizione unitaria di soggetto e oggetto tendenzialmente sfasata dallo «stadio di sviluppo di fatto delle forze produttive»<sup>107</sup>. Per riannodare i fili della consapevolezza delle proprie prerogative e dei propri diritti.

Non è casuale, allora, che le costituzioni europee maggiormente rappresentative di quel “distacco” dalle logiche istituzionali liberali, l'ordine che esse avevano prefigurato, la loro stessa funzione di orientamento per il futu-

---

si di gruppi o di persone della classe dominante. Così come infine sfuggiva loro che i cittadini senza diritti politici erano la maggioranza, in ogni Stato onde questo riposava su un'ingiustizia di base», M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., p. 52.

<sup>106</sup>S. D'ALBERGO, *Economia e diritto nella dinamica delle istituzioni*, cit., p. 812. Volendo usare ancora il frasario di Giannini, si potrebbe dire con M. DOGLIANI, *Deve la politica democratica avere una sua risorsa di potere separata?*, in S. CASSESE-G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 64-65, che «Dal punto di vista dell'economia politica e della sociologia (e del giurista osservatore), in questo idealtipo [lo Stato pluriclasse] una società divisa in classi è rappresentata da partiti conflittuali che, sulla base di una strategia volta a preservarne l'esistenza e a massimizzarne le possibilità d'influenza nel lungo periodo, accettano convenzionalmente di riconoscere una costituzione concordemente statuita (in ciò consiste la c.d. scelta costituente, che è la produzione preventiva, ad opera di soggetti politici organizzati della norma di riconoscimento della costituzione stessa). Lo Stato che ne deriva è uno Stato pluriclasse in quanto fondato sulla rappresentanza costituzionalmente garantita di classi diverse e contrapposte. L'organizzazione della rappresentanza di tali diverse componenti la società è la costituzione materiale dello Stato. Le procedure attraverso le quali queste diverse rappresentanze misurano la loro consistenza reciproca (a partire dalla cui conoscenza stipulano i compromessi che indirizzano l'attività dello Stato) e attraverso le quali concorrono all'assunzione di decisioni comuni applicando la regola della maggioranza, sono la democrazia. È in questo contesto che il concetto di Stato pluriclasse appare non solo come formula descrittiva, storico-sociologica, ma come parte di una teoria prescrittiva dello Stato democratico-rappresentativo».

<sup>107</sup>V. nota 28 di questo capitolo.

ro, comincino a mostrare le prime crepe con la crisi dei modelli di sviluppo e di crescita le cui basi erano state poste all'indomani del secondo conflitto mondiale.

#### 4.1. Politica economica *versus* politica costituzionale: l'esperienza di Weimar, il declino dell'«Età dell'oro»

La crisi capitalistica del 1973 (dopo la rottura dei colloqui di Vienna tra l'Opec e le compagnie petrolifere e il contestuale scoppio della quarta guerra arabo-israeliana), il decennio di stagflazione che ne seguì (e che provocò l'erosione di tutti i redditi fissi e una forte impennata della disoccupazione, solo parzialmente riassorbita tra il 1975 e il 1978, nell'intervallo fra una crisi economica e l'altra), l'innalzamento, da parte delle banche centrali, del tasso ufficiale di sconto (dal 16 al 19% in Italia, Gran Bretagna e Stati Uniti), la stessa rottura degli accordi di Bretton Woods nel 1971 per mano del presidente americano Nixon al fine di sospendere la convertibilità del dollaro e fronteggiare il deficit della bilancia commerciale statunitense, produssero un rovesciamento delle politiche economiche degli Stati nazionali<sup>108</sup>, i cui nuovi spiriti-guida si incarnavano nei modelli neoliberalisti e monetaristi propugnati e applicati in Inghilterra e Stati Uniti<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> «Alla metà degli anni Settanta, i paesi industrializzati presentano uno squilibrio economico costituito da una combinazione – variabile nei differenti paesi – di tensioni inflazionistiche, instabilità del tasso di cambio e appesantimento dei conti pubblici; la situazione esprime, nel suo complesso, le difficoltà dell'azione pubblica a governare i conflitti economici e sociali radicatisi nel periodo. L'instabilità del cambio riflette una situazione in cui i mutati rapporti produttivi delle diverse economie non trovano una ratifica nel solido accordo di cambio a causa del tentativo dei diversi paesi di avvantaggiarsi nei confronti dei propri partner commerciali ricorrendo a svalutazioni della propria moneta. Al conflitto distributivo tra paesi, si accompagna all'interno di ciascuno di essi sia un ulteriore conflitto distributivo relativo al reddito risultante dal processo produttivo, sia un conflitto redistributivo le cui difficoltà si esprimono nei crescenti disavanzi pubblici e nell'accumulo di un debito pubblico potenzialmente dirompente; la conseguente crisi fiscale manifesta lo scarto tra l'esigenza di soddisfare i bisogni espressi dalla società e l'incapacità di identificare i soggetti sui quali far ricadere l'onere del loro finanziamento. I conflitti, distributivi e redistributivi, sono quindi alla base della dinamica inflazionistica che si diffonde a livello mondiale. (...) alle politiche macroeconomiche "keynesiane" di sostegno della domanda si sostituiscono politiche "monetariste" di stimolo all'offerta», C. GNESUTTA-G. ANSELMO, *Politiche economiche e trasformazioni istituzionali nei paesi industrializzati: l'esperienza degli anni Ottanta*, in V. ATRIPALDI-G. GAROFANO-C. GNESUTTA-P.F. LOTITO (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, Cedam, 1998, pp. 52-53.

<sup>109</sup> Negli Stati Uniti, commenta S. GUARRACINO, *Storia degli ultimi sessant'anni. Dalla*

La crisi capitalistica degli anni Settanta «fu l'occasione per accelerare processi già in corso verso una nuova fase di sviluppo con caratteristiche assai diverse dalla precedente, dato che stavano venendo meno uno per uno tutti i meccanismi nel 1950-1973 l'avevano generata e sostenuta», e fra i quali vanno annoverati «il rallentamento della domanda (dovuto alla ridotta efficacia di fattori come la formazione di nuove famiglie e la crescita demografica e alla saturazione dei mercati) e la riduzione dei profitti (dovuta alla crisi energetica e ai crescenti costi supplementari di difesa dell'ambiente imposti dalla nuova sensibilità ecologica)»<sup>110</sup>.

Ora, se si paragona questo particolare momento storico alla crisi da iperinflazione che investì l'economia tedesca dopo la prima guerra mondiale, è possibile trarre alcune conclusioni e, forse, qualche prezioso suggerimento per il presente discorso sulla costituzionalizzazione dell'Europa, in partico-

---

*guerra mondiale al conflitto globale*, Milano, Bruno Mondadori, 2004, pp. 238-241 «la nuova amministrazione impressa alla politica economica un rovesciamento non meno netto che alla politica estera. Gli economisti che come Friedrich Hayek e Milton Friedman (insigniti del premio Nobel nel 1974 e 1976), avevano continuato ad avversare le dottrine di Keynes e Beveridge per tutti gli anni del trionfo del *deficit spending* e del Welfare State, avevano finalmente trovato un presidente disposto a seguirli. Gli effetti perversi dell'inflazione venivano denunciati con forza e a essa si opponeva la terapia monetarista, consistente nel rendere il denaro più caro elevando i tassi di interesse: i tassi reali, al netto della quota dell'inflazione, dopo essere stati piuttosto bassi e perfino negativi nel 1974-78, erano già cresciuti nel 1979-80, ma durante la presidenza Reagan si mantennero al di sopra del 6%, superiori anche di oltre un punto rispetto a quelli degli altri paesi più industrializzati. Le cause di fondo dell'inflazione, al di là delle impennate del petrolio, venivano rintracciate nella rigidità dei salari, nello strapotere dei sindacati e nell'eccesso della spesa pubblica. (...) I costi della difesa dei gruppi sociali più deboli (indennità di disoccupazione e aiuti alle famiglie povere) furono tagliati, con motivazioni ideologiche oltre che economiche: il Welfare State abituava alla dipendenza dallo stato e andava contro la tradizione individualistica americana. Un altro aspetto della *reaganomics* fu la *deregulation*, l'eliminazione delle troppe regole che intralciavano le libere iniziative degli imprenditori e dei finanziari. Le compagnie aeree furono autorizzate a stabilire liberamente i loro prezzi; la compagnia che deteneva il monopolio (controllato dallo stato) delle linee telefoniche fu smantellata e lo stesso accadde a quelle cui era stato affidato il settore elettrico; le banche ottennero una consistente riduzione dei controlli pubblici sulle loro attività. (...) La politica economica avviata nel 1981 da Ronald Reagan aveva un precedente in quella condotta in Gran Bretagna dal partito conservatore, che vinse le elezioni generali del 1979 con il suo leader Margaret Thatcher. (...) la Thatcher si pose i medesimi obiettivi neoliberalisti e monetaristi del suo collega d'oltreatlantico: lotta all'inflazione, liberazione delle energie economiche attraverso la riduzione della spesa pubblica e una politica fiscale che vide l'aumento delle imposte sui consumi e fu perciò anche più nettamente a favore dei ceti abbienti e delle imprese. (...) pronunciandosi contro ogni aiuto ai "poveri immeritevoli", la Thatcher recuperò un linguaggio che apparteneva ai primordi del capitalismo britannico».

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 285.

lare sugli effetti a lungo rilascio di una politica di integrazione tutt'oggi saldamente ancorata, nella sostanza, ad una formula tecno-economica di soluzione dei conflitti sociali.

Quel particolar evento (cui seguì la Grande Depressione degli anni '30), infatti, viene spesso assunto – all'interno di parte della letteratura costituzionalistica volta a giustificare l'ortodossia economica come antidoto per scongiurare disfunzioni sociali più gravi – a monito di un certo modo di considerare il rapporto tra l'economia e il suo governo pubblico. Viene cioè considerato come fenomeno storico esemplare per spiegare il timore tedesco successivo (ed europeo odierno) di poter in qualche modo riprodurre, attraverso politiche economiche lassiste e non rigorose, analoghe condizioni politiche e sociali a quelle che condussero all'avvento del regime nazionalsocialista e al conseguente disordine bellico della seconda guerra mondiale<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup>Tra gli altri, A. PREDIERI, *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 243, ricorda «il peso che sul legislatore tedesco ha avuto il ricordo della svalutazione degli anni Venti e la volontà di non rivivere un trauma che era stato ed era sentito matrice di implicazioni orribili»; una spaventosa iperinflazione, quella tedesca, «che aveva portato a cambi marco-dollaro da 2 a 1 a 4 milioni di marchi per un dollaro nel 1923 e a prezzi privi di significato – e quella mondiale del 1929, alla quale seguì l'ascesa al potere di Hitler». O. ROSELLI, *Profili costituzionali dell'integrazione monetaria europea*, in ID. (a cura di), *Europa e Banche centrali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004, pp. 28-29, scrive: «Ma il progetto di una Costituzione europea non poteva non trattare delle istituzioni monetarie europee, non solo perché la moneta è una manifestazione della sovranità (e quindi materia intrinsecamente costituzionale), ma anche perché il costituzionalismo occidentale, a partire dalla grande crisi economica tedesca del primo dopoguerra, è alla ricerca di uno statuto costituzionale per le autorità monetarie che consenta loro di salvaguardare la stabilità dei prezzi», che è poi un modo, continua l'A. nella nota 46, «per salvaguardare le stesse istituzioni, per consentirne la tenuta sociale. La crisi della Repubblica di Weimar è legata anche alle conseguenze sociali di una iper-inflazione che rese praticamente priva di significato economico la moneta: più di tante analisi scientifiche è forse utile sfogliare una qualche raccolta di francobolli dell'epoca: il loro costo era divenuto di miliardi (!) di marchi (come dire che per spedire una lettera era necessario procurarsi un carretto di banconote!). Ma venendo ai giorni nostri un esempio significativo, delle conseguenze di un sistema politico-costituzionale che non ha garantito piena autonomia alle autorità monetarie, è dato dalla spaventosa crisi valutaria argentina». V. HENTSCHEL, *Politica economica e sociale tedesca, 1815-1939*, in AA.VV., *The Cambridge Economic History of Europe*, vol. VIII, *The Industrial Economies: the Development of Economic and Social Policies* (1989), tr. it. di A. Guaraldo-N. Negro, *Storia economica Cambridge. Le economie industriali. I casi nazionali*, vol. VIII, t. II, Torino, Einaudi, 1992, p. 173 ss., analizza i presupposti politico-economici che prepararono l'avvento del potere nazista in Germania, evidenziando come, dopo il 1914, il credito della Reichsbank fosse stato convogliato interamente verso il finanziamento della guerra e delle sue conseguenze, con evidenti effetti inflazionistici. Nel 1918-1919, e dunque con il ritorno alla normalità economica nel primo dopoguerra, dopo che durante il conflitto l'assetto macroe-

Tuttavia, secondo la lettura di quell'evento che qui si intende sinteticamente e fuggacemente riproporre, i termini del problema andrebbero radicalmente rovesciati. O, comunque, andrebbero riconsiderati alla luce di un'interpretazione che riconduca i dati della crisi economica del tempo all'interno di un quadro di analisi più ampio, vale a dire di «crisi di sistema»<sup>112</sup>.

---

conomico aveva oscillato tra una perenne carenza nell'offerta di merci e l'elevata propensione al risparmio dei privati, la cessazione della tesaurizzazione «liberò un flusso di moneta del tutto sproporzionato rispetto alla ridotta capacità produttiva cui avrebbe dovuto commisurarsi»; a ciò si aggiunsero poi altri due fattori determinanti: «il persistente fabbisogno di credito da parte del Reich per finanziare le riparazioni, gli oneri sociali creati dalla guerra e il servizio del debito pubblico», e, inoltre, «la pressione volta a ottenere aumenti salariali esercitata dagli operai, le cui retribuzioni avevano perso terreno» (p. 204). L'ombra lunga di questa situazione sul progetto di costruzione europea è stato sottolineato da M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, il Mulino, 2000, p. 18: «Quando si descrive l'evoluzione dell'integrazione europea, uno degli errori più comuni è quello di sostenere che nacque come un progetto squisitamente economico e che solo successivamente divenne politico. Invece, l'Unione europea è stata sin dalle origini un progetto politico che ha fatto ricorso a strumenti economici. (...) Ciò che contava, nella mente dei fondatori, era non ripetere gli errori precedentemente commessi. Gli aspetti problematici degli accordi di Versailles sull'Europa occidentale, a prescindere dagli aggiustamenti territoriali, riguardavano l'imposizione alla Germania di forti limitazioni al futuro sviluppo di forze armate e la riscossione di onerosissime "riparazioni di guerra" per un periodo che si sarebbe dovuto estendere praticamente lungo tutto il secolo. La filosofia di Versailles era semplice: se metti ai tuoi piedi il tuo nemico di ieri e con la forza gli impedisce di svilupparsi militarmente (disarmo forzato) ed economicamente (sanzioni punitive), questi non sarà più nella posizione di costituire una futura minaccia. Versailles fallì miseramente. In realtà, vi è ampio consenso sul fatto che in Germania il trattato di Versailles abbia aiutato il nazionalsocialismo a mobilitare l'opinione pubblica a favore dei suoi disegni criminali. Le debolezze del trattato di Versailles sono numerose. Le principali possono essere riassunte come segue. Non riuscì ad incentivare tutte le parti affinché si impegnassero a realizzare effettivamente quanto stipulato nel trattato stesso, collocandole in una posizione di formale disuguaglianza. Aveva una natura statica: al termine della Prima guerra mondiale, e come diretto risultato del conflitto, il trattato stabilì una serie di obblighi destinati a durare per interi decenni, senza alcun meccanismo per adattarli ai cambiamenti delle circostanze. Il meccanismo di applicazione del trattato di Versailles era rozzo e si basava sull'uso della forza, il che equivaleva a farsi beffe dello spirito del trattato stesso nato, invece, per garantire la pace. Il risultato, come si dice, è storia. È rispetto a queste premesse che si deve comprendere il nuovo disegno di pace architettato alla fine della Seconda guerra mondiale, di cui prima la Comunità europea e poi la successiva Unione europea sono la parte centrale».

Dal punto di vista strettamente economico, poi, la crisi europea degli anni Trenta, soprattutto considerata come crisi da occupazione, costituisce la pietra di paragone per valutare l'attuale crisi occupazionale in corso all'interno dell'Unione europea, le cui radici affondano nel mutamento radicale che ebbe inizio con gli choc petroliferi degli anni Settanta. In tal senso, si veda J.P. FITOUSSI, *Le Débat interdit. Mannaie, Europe, Pauverté* (1995), tr. it. di A. Rubin de Cervin, *Il dibattito proibito. Moneta, Europa, povertà: come integrare stabilità finanziaria e sviluppo*, Bologna, il Mulino, 1997, spec. pp. 11-22 e pp. 44-66.

<sup>112</sup> Ci si riferisce alla lettura che di quella crisi ha dato, in particolare, G.E. RUSCONI, *La*

Questo perché, attardarsi sulla qualità "tecnica" delle decisioni di politica economica assunte dai governi weimariani, con la volontà di esaurire la discussione sui terribili effetti sociali che quella crisi provocò, in termini di disoccupazione, decurtamenti salariali, progressivo immiserimento delle condizioni di vita delle fasce più deboli della popolazione, facendo ricorso alla semplice valutazione delle possibilità di riuscita della variante deflazionistica o, all'opposto, di quella anticongiunturale di gestione economica della crisi, significa infilare un vicolo cieco dal quale non si riesce a spiegare il fallimento sociale e politico di quell'esperienza. La «crisi di efficienza» che quella sfortunata costituzione non fu in grado di arginare derivò, infatti, proprio dalla «dissoluzione de facto» del patto politico che essa presupponeva, «dalla mortificazione del ruolo del parlamento» che quel tipo di ortodossia economica esigeva attraverso l'estraniamento sistematico delle ragioni del movimento operaio organizzato dall'arena pubblica, dal puntare su un'azione di mero «contenimento» delle istanze sociali più urgenti e disperate<sup>113</sup>. Tanto da tramutare, nel lungo periodo, l'iniziale crisi economica in crisi di integrazione sociale, l'incapacità tecnica in incapacità politica di ricomposizione delle dinamiche dissolutive in atto.

Seppure è vero che il disastro economico tedesco di quegli anni fu una delle cause che contribuì a dissolvere il compromesso socialdemocratico della «democrazia contrattata» di Weimar<sup>114</sup>, è altrettanto innegabile che fu

---

*crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, Einaudi, 1977, il quale, in apertura del saggio, spiega che «si ha "crisi di sistema" in senso pieno non semplicemente quando certe parti della "macchina" non funzionano più (crisi economica, paralisi dell'apparato istituzionale) ma quando queste disfunzioni investono i processi di integrazione sociale e di identità (processi di delegittimazione che possono spingersi sino alla "violenza collettiva")». La crisi cioè risulta dal cortocircuito tra disfunzioni (o blocchi) di singoli sottosistemi e fenomeni di disintegrazione sociale» (p. 7). Ora, la crisi di Weimar, come "crisi di sistema", fu l'esito, continua l'A., «di tre dinamiche diversamente dislocate al suo interno: a) la dissoluzione successiva dei partiti costitutivi della repubblica; b) l'accumulo delle tre fasi critiche del potere o apparato istituzionale, che chiameremo crisi di efficienza, crisi d'autorità, crisi d'integrazione; c) la perdita progressiva del consenso di massa (processi collettivi di delegittimazione)» (p. 9).

<sup>113</sup> *Ibidem*, pp. 9-10.

<sup>114</sup> «Quella di Weimar», osserva G.E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 30, «è una democrazia contrattata nel senso letterale della parola. Con tale espressione non vogliamo indicare semplicemente la natura generale di ogni regime democratico basato su degli accordi di parte, ma accentuare i caratteri storicamente, sociologicamente e politicamente specifici che fanno di Weimar un caso-limite tra i sistemi di democrazia rappresentativa fondata su un ordine socio-economico capitalistico. Democrazia contrattata significa che la forma istituzionale democratica invece d'essere il quadro politico accettato entro cui si muovono e competono le forze sociali, diventa essa stessa oggetto di contrattazione permanente, in modo ora esplicito, ora ideologicamente camuffato, ora solo latente».

proprio il modo con cui esso fu affrontato e governato a determinare una crisi politico-sociale irreversibile e non il contrario.

Sappiamo che la Costituzione di Weimar tentò di riportare la pace sociale, che quella situazione economica inevitabilmente minacciava, impostando su basi nuove i rapporti collettivi di lavoro, attraverso, soprattutto, la consacrazione, prevista negli artt. 159 e 165, del diritto illimitato di associazione, il cui obiettivo era quello di chiamare operai e impiegati a cooperare, in posizione paritaria con gli imprenditori, alla disciplina delle condizioni salariali e lavorative e allo sviluppo economico complessivo delle energie produttive<sup>115</sup>.

Sappiamo anche che quel tentativo fallì, in quanto i quattro governi di emergenza dotati di delega legislativa in politica economica (due guidati da Brüning, uno da Papen e uno da Schleicher, come cancellieri del Reich) seguirono, per fronteggiare il fenomeno inflattivo, la strada *contraddittoria* della buona condotta finanziaria, la quale si componeva, da un lato, dall'osservanza del pareggio di bilancio indipendentemente dal suo valore aggregato, al fine di rispettare il principio della sana gestione e manifestare all'esterno un atteggiamento antinflazionistico, e, dall'altro lato, dal sostegno, o, meglio, dal «potenziamento della competitività internazionale dell'industria tedesca al fine di ottenere una certa quantità – ancora insufficiente – di valuta estera da destinare al pagamento delle riparazioni» di guerra<sup>116</sup>. Era però questa, appunto, una strada contraddittoria, perché doveva mostrare alle potenze vincitrici della prima guerra mondiale la buona volontà della Germania di pagare e, nello stesso tempo, l'impossibilità di farlo.

In altre parole, se è certo che la tendenza inflazionistica, secondo il vocabolario degli economisti, poteva essere affrontata o dichiarando la bancarotta del Reich o perseguendo una rigida politica deflazionistica che avrebbe comportato inevitabilmente misure restrittive quali l'inasprimento delle tasse, la riduzione della spesa pubblica per le cure assistenziali e le assicurazioni sociali, la limitazione rigorosa del credito, la tendenza al ribasso dei salari (che si poneva esattamente in contrasto con la libertà di contrattazione che la costituzione di Weimar aveva appena concesso attraverso il riconoscimento del diritto illimitato di coalizione *ex artt.* 159 e 165)<sup>117</sup>, è altresì vero

---

<sup>115</sup> Cfr. F.L. NEUMANN, *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung. Die Stellung der Gewerkschaften im Verfassungssystem* (1932), tr. it. *Libertà di coalizione e costituzione. La posizione dei sindacati nel sistema costituzionale*, in ID., *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, cit., pp. 165-228.

<sup>116</sup> V. HENTSCHEL, *Politica economica e sociale tedesca, 1815-1939*, cit., p. 221.

<sup>117</sup> Così V. HENTSCHEL, *Politica economica e sociale tedesca, 1815-1939*, cit., p. 204, il

che la scelta di questa seconda opzione, gravata da un'oggettiva impossibilità di riuscita se non a prezzo di immani costi sociali<sup>118</sup>, legittimò gli imprenditori tedeschi a considerare i vincoli posti dalla costituzione weimeriana come altrettanti ostacoli alla ripresa e allo sviluppo dell'economia del Reich<sup>119</sup>. A ciò si aggiunse la svolta dell'istituto arbitrale, previsto dalle mo-

---

quale fa notare, peraltro, che in realtà questa politica economica comportò un ulteriore aggravamento della crisi in atto, poiché l'innalzamento del tasso ufficiale di sconto da parte della Reichsbank, del tutto inadeguato ad un periodo di moneta internazionale a buon mercato, attirò in Germania crediti esteri a breve termine «che una volta investiti, nella quasi totalità, a lungo termine, si tradussero nel 1931 in un altro disastro per l'economia tedesca» (p. 205).

<sup>118</sup> «Il governo Brüning», osserva G.E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., pp. 285-286, «concentra tutte le caratteristiche di quel governo "forte ma legale" che è il sogno di chi pensa di risolvere i problemi della democrazia con formule più o meno velate d'autoritarismo. Il cancelliere cattolico affronta la crisi economica e politica più grave della repubblica tedesca con una mentalità quasi tecnica di amministratore di una azienda in fallimento, fermamente convinto della bontà delle proprie misure che occorre portare fino in fondo senza ripensamenti a costo di subire la più lacerante impopolarità. In realtà dietro il coraggio dell'impopolarità c'è la cecità politica circa le conseguenze delle proprie decisioni. Gli obiettivi del governo Brüning sono sostanzialmente due: risanamento delle finanze e liquidazione delle riparazioni. I mezzi per il loro raggiungimento sono una politica di risparmio, di rigorosa deflazione e accortezza nello sfruttare al massimo le cattive condizioni economiche tedesche (oltre che le divergenze tra gli ex nemici) durante le trattative con le potenze creditrici. Presupposto politico generale è la mortificazione del parlamento, praticamente della socialdemocrazia». È un governo che «ipnotizzato dall'obiettivo dell'abolizione delle riparazioni prosegue masochisticamente sulla propria strada. L'obiettivo sarà raggiunto (...), ma il costo è la paralisi dell'economia, l'immiserimento di milioni di uomini e di famiglie, il deterioramento della vita politica. In una parola è lo smantellamento sostanziale di quella che era stata la democrazia di Weimar. Dei patti costitutivi della repubblica, quello politico ha perso ogni valore, quello sociale si svuota per la debolezza dei sindacati e l'uso dell'arbitrato come strumento di una politica salariale repressiva» (p. 289).

<sup>119</sup> «A torto o a ragione gli industriali tedeschi ritenevano che verso la fine dei passati anni Venti le richieste dei lavoratori avevano compresso i profitti in modo paralizzante. I rapidi aumenti salariali degli anni successivi all'inflazione (1924-1929), il ricorso dei lavoratori al procedimento dell'arbitrato obbligatorio e l'imposizione di nuovi oneri previdenziali, convinsero gli imprenditori tedeschi che i loro costi del lavoro erano maggiori di quelli della concorrenza. Essi addossavano la colpa di questo svantaggio soprattutto allo Stato di Weimar: le sue disposizioni relative all'arbitrato e alla rappresentanza dei lavoratori, il ruolo guida che il Partito socialdemocratico aveva svolto nella loro introduzione, la sua debolezza di fronte alle richieste delle riparazioni avanzate dagli Alleati, erano altrettanti elementi che indebolivano l'intero ordinamento costituzionale. Fintantoché "il sistema" rimarrà intatto, pensavano gli industriali, la socialdemocrazia e i sindacati saranno sempre in grado di premere per ottenere salari e benefici che impediranno profitti e investimenti adeguati. Neppure il ricorso del cancelliere Brüning al potere di emettere decreti per imporre politiche deflazionistiche e l'esclusione del Partito socialdemocratico dall'area di governo poterono vincere la loro sfiducia nei confronti della repubblica. Una coalizione che includeva i nazional-

difiche apportate nel 1923 alla legge sulla conciliazione del dicembre 1918 – «in base alle quali lo Stato o, per la precisione, il ministero del Lavoro del Reich, appena creato, avevano il potere di imporre l'applicazione di accordi collettivi contro i desideri di una parte contraente e, se gli interessi generali della politica economica e sociale lo avessero richiesto, anche contro i desideri di entrambe le parti»<sup>120</sup> –, che «abbandonò il tradizionale orientamento favorevole ai lavoratori per schierarsi a fianco delle direzioni aziendali»<sup>121</sup>.

Ciò che è importante sottolineare, nella valutazione retrospettiva dell'evoluzione unilaterale e autoritaria dell'*Arbeitsgemeinschaft* disegnata dalla costituzione di Weimar<sup>122</sup>, e che rappresenta ancora oggi un interessante banco di prova per saggiare il grado di scostamento di una gestione democratica dei conflitti economici e sociali da una gestione amministrativizzata e

---

socialisti insieme ai conservatori promise un cambiamento di linea più duraturo», C.S. MAIER, *In Search of Stability*, cit., p. 145.

<sup>120</sup> V. HENTSCHEL, *Politica economica e sociale tedesca, 1815-1939*, cit., p. 219.

<sup>121</sup> C.S. MAIER, *In Search of Stability*, cit., p. 146. «Ciò denota», ha osservato V. HENTSCHEL, *Politica economica e sociale tedesca, 1815-1939*, cit., p. 219, «una certa regressione della legislazione sociale, dato che durante la repubblica di Weimar né l'autonomia degli accordi collettivi né i consigli di fabbrica furono all'altezza delle aspettative che avevano suscitato all'inizio. Essi non divennero i solidi pilastri dell'ordinamento socio-economico e socio-politico. L'entusiasmo con cui fu accolta la creazione del gruppo di lavoro centrale non durò. L'armonia che si era stabilita fra sindacati e imprese, frutto dell'emergenza, svanì presto; la loro capacità di giungere ad accordi salariali collettivi attraverso il consenso andò riducendosi palesemente. In un certo senso essi rinunciarono all'opportunità di modellare autonomamente la politica sociale restituendola, per così dire, allo Stato, che la riassunse volentieri riformando la legge sulla conciliazione. Già nel 1925-26 un terzo di tutte le intese salariali era stato deciso dallo Stato. Nel 1928, 7,8 milioni di lavoratori erano coinvolti in procedimenti pubblici di conciliazione; per 6,5 milioni di essi i procedimenti si conclusero con un verdetto arbitrale applicabile coercitivamente. Sarebbe illecito affermare che ciò consentì allo Stato di perseguire una sorta di politica salariale minima nell'interesse dei lavoratori».

<sup>122</sup> «La precipitosa conversione dei grandi imprenditori industriali alla *Arbeitsgemeinschaft* (letteralmente: «comunità di lavoro», cioè collaborazione di classe) e alla conseguente «politica sociale» del nuovo Stato democratico, è dettata nelle prime settimane della rivoluzione dall'evidente desiderio di salvaguardare il massimo del potere economico con il minimo di concessioni politiche. È una conversione fatta con grande abilità perché viene formalmente incontro alle richieste ufficiali delle organizzazioni sindacali costringendole a porsi in difesa rispetto alle proprie ali radicali. La zelante riscoperta degli imprenditori della «libertà» e della «autonomia» dei partner sociali contro ogni vincolo esterno, a cominciare da quello dello Stato, è perlomeno sospetta di fronte alla storia di un'economia sviluppatasi prepotentemente sotto l'alto patronato dello Stato imperiale e degli sviluppi raggiunti durante la guerra sotto la sua tutela – a dispetto dei fastidi che quella tutela portava con sé, primo fra tutti un riconoscimento di fatto dei sindacati», G.E. RUSCONI, *La crisi di Weimar*, cit., p. 76.

accentrata, fu la dissociazione tra le pratiche di risanamento economico e il funzionamento del sistema politico-costituzionale entro il quale esse vennero concepite e successivamente svolte. Ovverossia l'obnubilamento del «nesso tra politica economica e politica tout court, nel quadro specifico di un sistema democratico in dissoluzione» cui si tentò di ovviare «con metodi autoritari»<sup>123</sup>. E, quindi, l'incapacità di concepire la politica economica come parte di un più ampio processo di deliberazione democratica.

Il governo Brüning e i successivi, impregnati di una mentalità liberale-ortodossa, confidarono nel dogma dell'autonomia e della necessità delle leggi dell'economia, puntando, meccanicamente, sulla capacità di autoripresa del capitalismo. All'interno, peraltro, di un contesto operativo in cui lo Stato, ancora una volta, non assumeva quella posizione "neutrale" che le teoriche liberiste dogmaticamente gli assegnavano, ma, per esempio, si adoperava per un abbassamento dei salari dei lavoratori attraverso «ordinanze imposte a un parlamento recalcitrante, quando non addirittura applicate contro il suo parere»<sup>124</sup>, o, interveniva nel salvataggio delle banche e dell'intero sistema finanziario del Reich nel 1931.

Dunque, il limite di fondo di quel governo dell'economia fu di considerare «il quadro politico come un fattore o di "disturbo" o di "appoggio", non come fattore costitutivo»<sup>125</sup>. Ciò che ha caratterizzato quella politica economica non è stata l'assenza o la presenza dello Stato e, più in generale, dell'intervento pubblico nell'economia (questione come si è visto contraddittoria o, comunque, legata a una falsa coscienza dei compiti statali), ma «elementi strutturali» relativi al «meccanismo messo in moto per tenere insieme la propria base sociale»: «le misure deflattive, così deleterie per le classi popolari, corrono parallele alle misure di sovvenzionamento dell'agricoltura e di sostegno della grande industria di esportazione. Il punto cruciale non è dunque la presenza o l'assenza dell'intervento dello Stato e le sue stesse interne incongruenze, ma la *logica politica di fondo che lo guida*. (...) Una politica economica diversa, orientata su una scala di priorità sociali alternative, non sarebbe stata possibile senza la rimessa in discussione delle basi sociali e istituzionali del regime presidenziale stesso. Non la deflazione in sé, ma il progetto politico complessivo di cui essa è parte, ha ucciso la repubblica»<sup>126</sup>.

L'insegnamento "negativo" di Weimar fu raccolto dal *Grundgesetz* del

---

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 324.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 320.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 335.

<sup>126</sup> *Ibidem*, pp. 335-336.

1949, che segnò una decisa svolta rispetto alla costituzione precedente. O, quantomeno, eliminò l'intero corpo, assai dettagliato, dedicato ai rapporti economici<sup>127</sup>. Il che non significava dichiarare una adamantina neutralità della Costituzione rispetto all'economia<sup>128</sup>, ma affermare un diverso configurarsi della loro convivenza: le libertà economiche potevano essere ritenute ammissibili solo all'interno di una dialettica permanente con le forze sociali che avrebbero dovuto subire i possibili effetti negativi legati all'esercizio di quelle libertà, solo, cioè, consentendo a quelle stesse forze di *ri-negoziare*, attraverso richieste politiche, avanzate all'interno del "recinto" dei principi fondamentali individuati in costituzione (libertà di una vita dignitosa e uguaglianza sostanziale oltre che formale), i termini della pace sociale. Questo, peraltro, era il senso del rapporto tra costituzione e rapporti economici, che la costituzione italiana del '48, per parte sua, aveva introiettato e che era stata chiamata a svolgere.

Negli anni Settanta, il fenomeno della stagflazione, unito alle difficoltà economiche della superpotenza americana e alla crisi mediorientale, riporta in auge ricette semplificatrici che contrastano con il linguaggio complesso e articolato delle costituzioni. Quella stessa "complessità", che costituirà la base concettuale del ricatto informazionale delle contemporanee teorie della società e delle visioni neoliberalistiche dei processi economici<sup>129</sup>, viene proiet-

---

<sup>127</sup> Commentando il passaggio dalla costituzione di Weimar alla costituzione del '49, in ordine alla problematica della c.d. costituzione economica, L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 160, osserva che: «All'interno della nuova dimensione dei poteri che "derivano" dalla Costituzione intesa evidentemente non solo come fonte suprema, ma come "ideale politico" in grado di esprimere la complessità, il pluralismo e le differenze dello Stato moderno, si comprendono le ragioni e l'importanza del percorso interpretativo che voleva ricondurre al patto costituzionale le coordinate del fondamentale rapporto tra lo Stato e l'economia, al di là della mancata positivizzazione nel testo del *Grundgesetz* di regole sui rapporti economici». Ed ancora, si legge, alla nota 3, ivi, con riguardo al dibattito teorico che seguì all'approvazione della nuova costituzione, che «L'indagine sulla *Costituzione economica* implicitamente accolta dal *Grundgesetz* esplicitava la consapevolezza della "rottura" con l'esperienza costituzionale di Weimar e quindi con la logica compromissoria che aveva prodotto in quella carta costituzionale un intero capo sui rapporti economici, in cui erano state fatte convivere le istanze della socializzazione con quelle della libertà (...), e forniva al tempo stesso l'occasione per riflettere sui riflessi economici delle scelte costituzionali ispirate al principio di libertà "imposte" alla Germania dagli alleati anglo-americani».

<sup>128</sup> Su questo aspetto si rinvia all'intero Capitolo II ("Modelli economici e concezioni dei diritti fondamentali nel dibattito sulla *Costituzione economica* del *Grundgesetz*") di L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali*, pp. 45-111.

<sup>129</sup> Ci si riferisce, evidentemente, all'opera di N. LUHMANN e, in particolare, a *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (1984), tr. it. di A. Febbrajo-R. Schmidt, Si-

tata *fuori* dalla costituzione e posta a presidio della divisione tra politica, diritto ed economia.

Dunque, ha luogo un processo inverso a quello che si era compiuto con le costituzioni del secondo dopoguerra, e di cui si potrebbero individuare le prime avvisaglie “controriformistiche” nella modifica costituzionale che ebbe luogo nel 1967 all’interno del *Grundgesetz*, quando fu emendato l’art. 109, ove si prescriveva che il Bund e i Länder avrebbero dovuto tener conto nei rispettivi bilanci delle esigenze dell’*equilibrio economico generale*, quale principio organizzativo inderogabile in materia economica, così riportando formalmente in auge la nozione di “costituzione economica” e la sua sostanziale prescrittività<sup>130</sup>.

Si tratta, per certi versi, di un processo simile a quello che produsse le nefaste tendenze autoritarie derivanti dalla crisi economica degli anni Trenta del secolo scorso. Anche in quel frangente, come si è visto, la miopia economicistica delle classi dirigenti tedesche tematizzò, enfatizzandola, la questione delle riparazioni di guerra, dando priorità al risanamento economico-finanziario del Reich, evitando, però, di farsi portavoce, anche in seno alla stessa comunità internazionale, del malessere sociale e delle difficoltà oggettive in cui versavano le classi più deboli. Offrendo, in tal modo, la sponda politica al capitale economico e finanziario dell’epoca per rifiutare quelle istanze sociali che la costi-

---

*stemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, il Mulino, 1990, ove l’A. sacrifica sull’altare del binomio sistema/ambiente e, transitivamente, per ciò che attiene al diritto, sull’assunto binario lecito/illecito, l’intera teoria della società, ipostatizzando nel concetto di “sistema” la stessa idea di un “ordine” dell’agire relativamente stabile e costante, unico argine ad un mondo esterno sempre più complesso, incontrollabile, variamente fluttuante. Alle stesse conclusioni, seppure in ambito diverso, giunge F.A. VON HAYEK, ad esempio, in *The Pretence of Knowledge* (1975), tr. it. di A. Cimino, a cura di F. Donzelli, *La presunzione del sapere*, in ID., *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 212-216, in cui il pensatore austriaco fa rilevare come «a differenza di quanto avviene nelle scienze naturali, in economia e in altre discipline che debbono trattare fenomeni per loro intima natura complessi, sono pochi gli aspetti degli eventi fondamentali sui quali disponiamo di informazioni quantitative e non vi è nessuna garanzia che si tratti davvero degli aspetti più importanti. (...) nello studio di un fenomeno così complesso come il mercato, che dipende dalle azioni di molti individui diversi, difficilmente saranno completamente note o misurabili (...) tutte le circostanze che determineranno il risultato di un processo»; cosicché, «il motivo della superiorità del sistema di mercato e insieme il motivo per cui esso, quando non viene soppresso dal governo, mette regolarmente fuori gioco altri tipi di sistemi, consiste nel fatto che esso utilizza per l’allocazione delle risorse una quantità di informazioni relative a specifici fatti già esistenti in modo diffuso in un numero sterminato di persone, quantità di informazioni superiore a quella che una singola persona potrebbe possedere e padroneggiare».

<sup>130</sup> Cfr. L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali*, cit., pp. 97-111.

tuzione di Weimar, pur con tutte le sue pecche corporativistiche, aveva tentato di imporre all'illimitata protezione dei diritti proprietari.

Anche, durante gli eventi degli anni Settanta, infatti, la crisi economica derivante dal *mix* di inflazione e stagnazione dei consumi, dovuta alle cause internazionali richiamate, viene, per così dire, *estrapolata* dalle connesse problematiche socio-politiche. Viene, con l'avvento delle politiche neoliberali più reattive, progressivamente isolata e autonomizzata da quelle problematiche, sulle quali, invece, le costituzioni postbelliche erano state chiamate (tenendole insieme e non separandone gli ambiti di relativa discussione e decisione) a svolgere il compito di attirare ciclicamente l'attenzione, proprio per evitare rigurgiti tendenzialmente autoritari.

Ciò è reso possibile, però, – e qui sta la differenza fondamentale rispetto alla crisi del primo novecento – dalla stessa sicurezza sociale che quel *Welfare State* aveva prodotto. Una sicurezza, solo apparente, che permette questa *estrapolazione*, facendo passare in secondo piano la possibilità che in questo modo si sarebbe potuta verificare una ri-parametrazione dei diritti sociali fondata su quello stesso riduzionismo economico. Portando, di conseguenza, a una loro *deminutio*.

Non si deve, tuttavia, pensare a una lettura integralmente *gestaltica* nel passaggio dal paradigma «democratico» a quello «postdemocratico»<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Si utilizza qui l'impostazione messa a punto da A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neo-democrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2001, pp. 1612-1635, per evidenziare le variabili in grado di spiegare, a partire dalla metà degli anni Settanta – ma secondo criteri «già in gestazione almeno da un quarto di secolo» (p. 1613) – il mutamento intervenuto «negli equilibri tra le istituzioni costitutive della democrazia e l'evoluzione delle politiche di *welfare*» (p. 1612). Uno schema poi ripreso e sviluppato da M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica*, cit., p. 644, il quale, all'interno di «un'ambientazione costituzionalistica», spiega come tale paradigma si nutra di un mix composto dal funzionalismo luhmanniano e dalla retorica della scelta razionale propagandata dalla scuola della *social choice*, cui corrisponde un «programma politico (...) di contenimento della domanda sociale e di ottundimento del desiderio politico», un programma reso accettabile ed attraente attraverso la pretesa di «spezzare l'innaturalità politica orientata all'uguaglianza e dispiegare, invece, pienamente la naturale libertà individuale». Per «postdemocrazia», C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 6, intende proprio «l'accontentarsi delle richieste minimali della democrazia liberale (...). In base a questo modello, anche se le elezioni continuano a svolgersi e condizionare i governi, il dibattito elettorale è uno spettacolo saldamente controllato, condotto da gruppi rivali di professionisti esperti nelle tecniche di persuasione e si esercita su un numero ristretto di questioni selezionate da questi gruppi. La massa dei cittadini svolge un ruolo passivo, acquiescente, persino apatico, limitandosi a reagire ai segnali che riceve. A parte lo spettacolo della lotta elettorale, la politica viene decisa in privato dall'interazione tra i governi eletti e le élite che rappresentano quasi esclusivamente interessi economici».

Il Rapporto della Trilateral Commission del 1975<sup>132</sup>, l'affermarsi della *Social choice* (variante istituzionale della teoria economica della *rational choi-*

---

<sup>132</sup>La Commissione Trilaterale nasceva nel luglio del 1973 per iniziativa di David Rockefeller, figura eminente del capitalismo americano. All'epoca, la Commissione si prefiggeva di diventare un organo privato di concertazione e orientamento della politica internazionale dei paesi della triade (Stati Uniti, Europa, Giappone). Questa organizzazione, nella quale, al riparo da qualsiasi intromissione informativa, si ritrovano fianco a fianco dirigenti di multinazionali, banchieri, uomini politici, esperti di politica internazionale e professori universitari, affrontò, in quel periodo storico incerto e turbolento della politica mondiale, e con lungimiranza "globale", dal punto di vista degli interessi delle multinazionali e delle leaderships politiche, la crescente interdipendenza delle questioni economiche. Il Rapporto della Trilaterale (M. CROZIER-S. HUNTINGTON-J. WATANUKI, *The Crisis of Democracy, La crisi della democrazia* (1975), tr. it. di V. Messand, Milano, Franco Angeli, 1977), spiega A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia*, cit., pp. 1619-1620, «accusava la democrazia di aver diffuso vane illusioni di uguaglianza e di benessere generalizzato. L'allargamento di funzioni dello Stato democratico e la moltiplicazione dei suoi apparati, ne avevano ampliato l'utenza, al contempo eccitando le pretese particolaristiche, con l'effetto di sovraccaricare le istituzioni di governo, di aggravarne la dipendenza dalle pressioni elettorali e d'imprimere all'economia una devastante inclinazione inflazionistica e alla crescita del disavanzo pubblico. Illuse dalla loro mitologia egualitaria, soffocate da uno statalismo onnipervasivo e inefficiente, nonché dall'indolenza d'una cittadinanza corrotta dal *welfare*, le democrazie avanzate apparivano condannate alla stagnazione e al declino ove non avessero disposti gli opportuni correttivi. Di qui la prescrizione di sottoporre lo Stato ad una spietata cura dimagrante a beneficio del mercato e di ricostituirne le capacità di comando immunizzandolo dalle intrusioni dei cittadini, *uti singuli*, oppure associati che siano. Derubricata la politica a *problem solving*, che si avvale di saperi tecnici (dall'economia alla *policy analysis*) e che valori, interessi più o meno organizzati e programmi inutilmente impaccerebbero, la ricetta prevedeva non solo un restringimento dei canali della rappresentanza, ma anche di ridislocarne la sede nell'esecutivo, a spese del Parlamento e dei partiti, col supporto di una revisione teorica che aveva opposto all'immagine articolata e problematica del popolo propria del vecchio paradigma un'immagine di gran lunga più semplice: quella di un popolo fatto d'individui legittimamente autointeressati, cui occorreva restituire voce, in contrasto a chi professionalmente provvedeva a filtrarla e distorcerla. In questo modo il paradigma "postdemocratico" ha radicalmente ridefinito la rappresentanza politica, da un canto affermando la possibilità d'instaurare tra rappresentanti e rappresentati un effettivo rapporto fiduciario, dall'altro rivendicando la *plena potestas* dei primi, purché sorretti da una maggioranza purchessia, che ciclicamente gli conferisca un'investitura popolare. Non solo: ma elaborando ulteriormente il suo elitismo tale paradigma, legittima una spiccata personalizzazione della *leadership*, che esso non valuta un effetto più o meno gradito e dipendente dal declino dei partiti e dalla crescente influenza dei *media*, ma che piuttosto saluta come un'opportuna evoluzione atta a instaurare un più immediato legame (di marca populista-plebiscitaria) tra il *leader* e i propri elettori». Per una ulteriore articolazione di tali problematiche si rinvia a M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica*, cit., p. 633 ss. e a G. FERRARA, *Intervento* al Convegno dal titolo "La privatizzazione dei beni comuni. I servizi pubblici: quale modello europeo?" svoltosi a Roma il 21 maggio 2004, riportato in *Quale Stato*, n. 2/3, 2004, *Democrazia e spazio pubblico*, pp. 222-228.

ce)<sup>133</sup>, la *revanche* culturale del thatcherismo e del reaganismo legittimata sullo sfondo di teorie poliarchiche o elitiste della democrazia<sup>134</sup>, sono qualcosa di più del risvolto antitetico e “paradossale” del benessere sociale raggiunto da una parte consistente delle popolazioni occidentali nei venti anni e passa successivi al secondo dopoguerra.

Rappresentano, piuttosto, il primo consistente approdo di un processo teso a ridimensionare quei «progetti normativi densi di materialità», che il costituzionalismo postbellico aveva provato «ad immettere negli ordinamenti e ad imporre agli Stati»<sup>135</sup>. Un processo caratterizzato da «tensioni continue, di forte dialettica, politica, sociale, dottrinale, giurisprudenziale, tra la spinta all'attuazione delle norme costituzionali in materia di diritti sociali e le pulsioni all'elusione di queste norme, tra forze portatrici delle innovazioni programmatiche costituzionalmente prescritte e quelle sostenitrici delle ragioni di fondo della perpetuazione del rapporto fondante il modo di produzione (cui ovviamente si collegavano quelle conservatrici anche delle ragioni non fondanti gli assetti precostituiti)»<sup>136</sup>.

L'attuale convergenza, nell'area europea del libero scambio, quale parte sostanziosa e perfettamente integrata di un più ampio progetto politico-interstatale di liberalizzazione tendenzialmente totale degli scambi commerciali e delle forniture di servizi (ma anche, per esempio, delle stesse in-

---

<sup>133</sup> «Il funzionalismo di Luhmann e le teorie della scelta razionale di Buchanan, Tullock, Nozick, Riker, Olson forniscono gli strumenti per ridefinire il problema e formulare il nuovo paradigma “postdemocratico”. (...) Un programma politico (che potrebbe apparire brutale, rispetto alla precedente storia del Novecento) di contenimento della domanda sociale e di ottundimento del desiderio politico, viene reso più che accettabile, attraente, perché pretende di spezzare l'innaturalità politica orientata all'uguaglianza e dispiegare, invece, pienamente la naturale libertà individuale», M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica*, cit., p. 644. Ma si pensi anche all'opera di K.J. ARROW, *Social Choice and Individual Values* (1951), tr. it. di G. Vittadini, *Scelte sociali e valori individuali*, Milano, Etas, 2003, in cui il momento della partecipazione politica dei cittadini e della rappresentanza politica vengono azzerati in favore di un'omologazione tra “mercato politico” e “mercato economico”: «In una democrazia capitalista le scelte sociali sono fatte usando essenzialmente due metodi: la votazione, di solito usata nel caso di decisioni “politiche”, e il meccanismo di mercato, adottato nel caso di decisioni “economiche”» (p. 3); per cui «nella discussione sulla consistenza dei giudizi di valore per quanto riguarda il metodo della scelta sociale, non prenderemo in considerazione la differenza tra votazione e meccanismo di mercato, considerandoli entrambi casi speciali della categoria più generale della scelta sociale collettiva» (p. 7).

<sup>134</sup> Così M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica*, cit., pp. 643-644, richiamando le note teorie di R. Dahl.

<sup>135</sup> G. FERRARA, *Sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, cit., p. 680.

<sup>136</sup> *Ibidem*, p. 681.

formazioni genetiche, secondo i recenti accordi TRIPS)<sup>137</sup>, intorno agli obiettivi macroeconomici rappresentativi dell'orizzonte di riferimento dell'ortodossia economica monetarista (disinflazione, riduzione del debito pubblico con tendenza al pareggio o al surplus di bilancio, flessibilità del mercato del lavoro, smantellamento delle garanzie sociali, bassi tassi di interesse), costituisce, perciò, la tappa finale di un processo politico "interno", che, nel vecchio continente, acquista corposità ed evidenza attraverso soprattutto attraverso l'azione dei governi conservatori della signora Thatcher. Ma che, a sua volta, può trovare adeguata spiegazione soltanto con riferimento al quadro storico-politico più ampio della crisi internazionale (pre-globale) di quella che è stata definita «l'Età dell'oro»<sup>138</sup>. In questo senso, ad esempio, va ricordato che la Gran Bretagna, agli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso, ricostruiva la propria identità economica e geopolitica non attraverso l'affermazione della comune appartenenza europea (la tardiva entrata dell'Inghilterra nella Comunità economica europea nel 1973 e, soprattutto, la successiva adesione all'Atto unico europeo, furono del tutto strumentali al perseguimento di un processo di liberalizzazione esterna del thatcherismo)<sup>139</sup>, ma vantando e propagandando un particolare legame ideologico e prasseologico con gli Stati Uniti e la politica reaganiana del *laissez-faire*.

---

<sup>137</sup> Con riguardo alla politica commerciale dell'Unione europea, è stato documentato da A. RICCI, *Dopo il liberismo. Proposte per una politica economica di sinistra*, Roma, Fazi, 2004, p. 43, come «a partire dagli anni Novanta, al di là di poche e limitate frizioni su singoli aspetti della politica commerciale che sono emerse tra alcuni interessi settoriali europei e statunitensi, l'UE ha agito nell'arena economica internazionale in piena sintonia con gli USA negli indirizzi strategici di fondo, volti a imporre una completa applicazione del modello neoliberalista su scala globale. (...) Infatti, la condotta dall'UE in seno ai negoziati WTO è stata improntata a un liberismo integrale nei settori in cui l'UE gode di un vantaggio competitivo e a un forte protezionismo nei settori più esposti alla competizione internazionale, in particolare quello agricolo. Ad esempio, l'UE, nel corso del round commerciale di Doha, è stata la più convinta sostenitrice dell'integrale liberalizzazione e privatizzazione del settore dei servizi di pubblica utilità e dei beni comuni (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni) e della completa deregolamentazione degli investimenti diretti all'estero. Queste posizioni sono state assunte nell'interesse esclusivo delle grandi imprese transnazionali europee, alla continua ricerca di nuove fonti di profitto». Il volume, inoltre spiega assai bene le condizioni del commercio internazionale oggi imposte dal WTO e la natura e la finalità di accordi come il TRIPS (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) sulla proprietà intellettuale, il GATS (General Agreement on Trade in Services) sui servizi e l'AOA (Agreement of Agriculture) sull'agricoltura.

<sup>138</sup> E.J. HOBBSAWN, *Age of Extremis. The Short Twentieth Century. A History of the World. 1914-1991* (1994), tr. it. di B. Lotti, *Il secolo breve. 1914-1991*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, Rizzoli, 2000.

<sup>139</sup> Così A. TURNER, *Just Capital. The Liberal Economy* (2001), tr. it. di S. Scotti, *Just Capital. Critica del capitalismo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 225-226.

È singolare, tuttavia, come furono proprio gli Stati Uniti – dimostrando il potenziale retorico di certe posizioni ufficiali –, contrariamente al liberismo sbandierato dall'amministrazione Reagan, con l'arrivo di Paul Volcker alla guida della *Federal Reserve*, a provocare il dramma collettivo dell'"austerità" europea, mediante il ricorso a una «politica monetaria assai meno restrittiva e una politica di bilancio straordinariamente espansiva: forte calo delle imposte sul reddito e importanti sovvenzioni agli investimenti (dunque strumentario classicamente keynesiano), provocando un impennamento dei tassi di interesse e, di conseguenza, un aumento del corso del dollaro e un deprezzamento delle valute europee: «gli Usa importarono la disinflazione ed esportarono la disoccupazione manipolando i tassi di interesse e, di conseguenza, i tassi di cambio»<sup>140</sup>.

In altri termini, quegli stessi governi neoliberisti che predicavano le virtù del libero scambio furono obbligati a gestire e a dirigere le proprie economie più di quanto generalmente si pensi: «lungi dal lasciare che il valore del dollaro venisse stabilito interamente dal mercato e secondo criteri puramente monetari, Washington dopo il 1984 tornò a dirigere volutamente la propria politica monetaria attraverso le pressioni diplomatiche sugli altri paesi. Per combinazione, i regimi più impegnati in politiche economiche di *laissez-faire* erano talvolta anche profondamente e visceralmente nazionalisti e diffidenti verso le altre nazioni: segnatamente questa era l'attitudine degli USA di Reagan e della Gran Bretagna della Thatcher»<sup>141</sup>.

Il revisionismo economico neoliberista, però, ha sempre mirato a far passare, nel discorso teorico, il messaggio legato all'integralismo di segno opposto, tentando, per così dire, di universalizzare l'approccio liberale alle politiche statali, mediante la neutralizzazione della "visione di parte", che tradizionalmente, ha sostenuto, in chiave alternativa all'impostazione keynesiana, la *deregulation* delle attività economiche. La flessibilità del mercato del lavoro, la compressione delle spese sociali, la lotta continua e disperante all'inflazione sono state considerate la risposta adeguata a uno "stato d'eccezione permanente", a una "necessità metastorica", imposta dalla crescente integrazione dell'economia mondiale, dall'adattamento alle condizioni della competitività internazionale e dai flussi migratori del capitale globale.

Questo perché, nei momenti di forti crisi o evidenti transizioni economiche, cui corrispondono trasformazioni strutturali dei modi di produzione, le forze produttive tendono a "scompare" dietro i rapporti sociali di produ-

---

<sup>140</sup> J.P. FITOUSSI, *Le Débat interdit*, cit., pp. 48 e 50.

<sup>141</sup> E.J. HOBSBAWN, *Age of Extremis*, cit., pp. 481-482.

zione, e le leggi dell’economia, per la *forza* degli eventi che esse spiegano, assurgono al rango di leggi oggettive e naturali.

Ciò induce a ritenere che, nel lungo periodo, questa dottrina dell’impotenza economica dei sistemi nazionali di fronte ai processi globali in atto (cui peraltro corrisponde una precisa volontà statuale di sottrarre ai processi democratici le statuizioni di politica economica), potrebbe avere, in ambito europeo, un effetto solo apparente di immunizzazione dei conflitti interstatali.

Nel processo di costruzione europea, è stata, a giusta ragione, più volte sottolineata l’importanza di quel patrimonio comune derivante da una pervasiva omogeneità costituzionale, rintracciabile nei principi fondamentali delle Carte fondamentali postbelliche. Per contro, si è, forse, troppo poco posto in risalto come un ordinamento composito e *sui generis* quale quello europeo – ancorato ad una legittimazione dei “fatti” e dei “successi” anziché del processo deliberativo – possa sviluppare, endogenamente, forme inconsuete e meno visibili (almeno se osservate attraverso la lente categoriale del binomio “amico-nemico”, storicamente connessa alle modalità tipiche di relazione dei soggetti del sistema internazionale westfalico) di competizione interna, di lotta per la *leadership*, che non si traducono più in un confronto tra economie nazionali mediante la gestione diretta del tasso di cambio e dello strumento monetario (l’area monetaria ottimale dell’euro lo impedisce) o tra sistemi politici più o meno inclusivi (l’azzeramento delle grandi narrazioni non lo consentirebbe), ma in una strisciante, quanto costante, “corsa al ribasso” concernente alcune fondamentali garanzie democratiche (il dibattito all’interno di una sfera pubblica europea, la reale trasparenza dei processi decisionali delle istituzioni europee, l’indagine sulle concrete influenze del modello dell’impresa globale sulla nascente forma di stato sopranazionale), che sovraccaricherebbero, improduttivamente, gli alti standards performanti e flessibili richiesti dal mercato mondiale nella sua preferenza temporaneamente stanziale per questo o quell’ordinamento giuridico.

#### **4.2. Il «posto» dei “fattori” costituzionali nella società poliarchica: l’intuizione «postdemocratica» di Robert Dahl**

Il «paradigma democratico», alimentato e sostenuto dallo schema evolutivo marshalliano<sup>142</sup> di acquisizione e consolidamento dei diritti, si fondava

---

<sup>142</sup> Come è noto T.H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class* (1950), tr. it. di P. Maranini, *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, teorizzò la necessità di considera-

su un disegno più o meno compiuto di società. Ma le costituzioni del secondo dopoguerra, che quel paradigma incorporavano, non hanno mai considerato quel processo come giunto al suo termine. La struttura politico-costituzionale ha sempre cercato di far emergere, dallo sfondo dei rapporti sociali di produzione, i soggetti cui imputare le azioni e le scelte sociali. La forza del sistema produttivo, infatti, se considerata in astratto, dimostra soltanto l'eternità e l'armonia dei rapporti sociali esistenti, e, nello stesso tempo, attenua il concetto di responsabilità, spostandolo nell'alveo della "garanzia" populista «del massimo di *responsiveness* tra azione di governo» (l'unica azione così in grado, attraverso la combinazione di tecnocrazia e leadership esecutiva, di decodificare e dare una risposta ai problemi economici situati in un complesso e alto "altrove") «e preferenze dei cittadini»<sup>143</sup>.

Stato sociale, utilità sociale, popolo, formazioni sociali, pluralismo istituzionale, servono, in realtà, a ricondurre i rapporti economici a rapporti di determinati "individui" sociali. Purché potere politico e potere economico si riconoscano nelle dinamiche e nelle procedure prefissate e articolate in quei "fattori costituzionali", interpretati e vissuti nella loro massima espansione possibile.

Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, può essere interessante, in proposito, rileggere la parte più significativa della teoria della democrazia proposta da un pensatore d'oltreoceano del calibro di Robert Dahl<sup>144</sup>, il quale presentando «l'ibrido americano» come modello democratico realistico e adeguato ai tempi<sup>145</sup>, comincia a delineare la struttura portante delle future organizzazioni di governo dei paesi più avanzati (sia nella variante nazionale che in quella sovranazionale o, addirittura, mondiale), costruita, da un lato, sulla precisa delimitazione dei "fattori costituzionali" a *determinanti* delle decisioni governative, legittime in quanto riconosciute dai tecnici degli

---

re lo *status* di cittadino come composto indissolubilmente di tre elementi, quello civile, quello politico e quello sociale: «l'elemento civile è composto dai diritti necessari alla libertà individuale (...). Per elemento politico intendo il diritto a partecipare all'esercizio del potere politico, come membro di un organo investito di autorità politica o come elettore dei componenti di un tale organo. (...) per elemento sociale intendo tutta la gamma che va da un minimo di benessere e sicurezza economica fino al diritto a partecipare pienamente al retaggio sociale e a vivere la vita di persona civile, secondo i canoni vigenti nella società» (p. 13). Per una disamina esaustiva di tale posizione si rinvia, anche con riferimento all'attuale applicabilità di tale schema teorico non privo di limiti e semplificazioni, a D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

<sup>143</sup> A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia*, cit., p. 1617.

<sup>144</sup> R. DAHL, *A Preface to Democratic Theory* (1956), tr. it. di G. Rigamonti, *Prefazione alla teoria democratica*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994.

<sup>145</sup> *Ibidem*, pp. 143-172.

esecutivi come fattori di *influenza* dei processi distributivi e dei metodi di controllo della loro azione, e, dall'altro lato, sulla necessità di rintracciare una forte «somiglianza» tra «le costituzioni di tutte le poliarchie contemporanee», che, se messe a confronto, dimostrano, in modo stupefacente, «che la variabile costituzionale ha un raggio d'azione ancora più limitato di quanto si possa pensare a prima vista»<sup>146</sup>. Ciò per due ragioni. Entrambe attengono all'effettività di un ordine che sta fuori da quelle stesse prescrizioni costituzionali (seppur già minimaliste nella loro descrizione) e che anziché essere condizionato le condiziona: *a*) «i caratteri e i prerequisiti della poliarchia impongono limiti molto precisi alle forme costituzionali possibili per una grande società poliarchica», *b*) «dati questi caratteri e prerequisiti l'efficienza legata alla divisione del lavoro impone limitazioni ulteriori molto importanti»<sup>147</sup>.

Stando così le cose, l'architettura costituzionale assume una fisionomia “scheletrica” e, per così dire, pro-forma, tanto è vero che, secondo le parole di Dahl, ciò che è veramente indispensabile, dal punto di vista organizzativo è «un organo *più o meno* rappresentativo che legittimi le decisioni fondamentali mediante un qualche processo di assenso, magari molto ritualizzato; e se questo processo non è puramente rituale sono anche indispensabili, entro tale organo legislativo, dei leader, delle commissioni e delle organizzazioni di parte. Sono necessarie delle burocrazie di esperti in servizio permanente che formulino alternative e prendano la maggior parte dell'impressionante numero di decisioni che un governo moderno, in un modo o nell'altro, deve prendere»<sup>148</sup>. «Con il tempo», continua Dahl, «tutti questi gruppi specializzati, così numerosi e diversi, si trasformano in interessi costituiti con dirigenti e subordinati legati alla stabilità e alla legittimità delle loro organizzazioni. *Diventano parte dell'ordito fondamentale della società*»<sup>149</sup>. È difficile non rintracciare in queste vere e proprie coordinate di un “moderno” governo democratico, l'anticipazione già razionalizzata di organizzazioni sovranazionali come l'Unione europea o di ordinamenti globali come quello dell'Organizzazione mondiale del commercio.

Anche perché comincia qui a prendere corpo una precisa posizione sul ruolo e sul “posto” della variabile costituzionale all'interno di questa politica “democratica”. Per Dahl, infatti, le regole costituzionali «non sono fattori cruciali e indipendenti della conservazione della democrazia; esse si presen-

---

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 155.

<sup>147</sup> *Ibidem*, *ivi*.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 155-156 (corsivi aggiunti).

<sup>149</sup> *Ibidem*, *ivi* (corsivo aggiunto).

*tano, caso mai, come funzioni di fattori non costituzionali più profondi»*<sup>150</sup>: «le regole costituzionali sono importanti soprattutto perché contribuiscono a stabilire quali gruppi specifici dovranno avere un vantaggio o uno svantaggio nella lotta politica (...). Perciò le regole costituzionali (...) sono cruciali per lo status e il potere di quei particolari gruppi che dal loro funzionamento ricevono un beneficio o un danno»<sup>151</sup>.

Si delinea, così, un sistema “democratico-costituzionale” assai vicino all’attuale configurazione ordinamentale europea.

---

<sup>150</sup> *Ibidem*, p. 157 (corsivo aggiunto).

<sup>151</sup> *Ibidem*, *ivi*.

## CAPITOLO III

# IL NUOVO POTERE COSTITUENTE DEL MERCATO L'IDEOLOGIA DELLA «COSTITUZIONE ECONOMICA» EUROPEA E L'IPOSTATIZZAZIONE DELLA CONCORRENZA

SOMMARIO: 1. L'irresistibile ascesa della "nuova costituzione economica europea". – 2. La base teorica della "costituzione economica europea": l'ordine giuridico del mercato nella scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo. – 3. L'ordine della concorrenza e la democrazia del mercato: il modello alternativo alla democrazia costituzionale. – 4. Lo sfondo ideologico dell'Europa sociale: una possibile analisi del *soft law* comunitario. – 5. Lo snaturamento del ruolo sociale del potere pubblico: l'«economia sociale di mercato».

### 1. L'irresistibile ascesa della "nuova costituzione economica europea"

L'art. 98 del TUE stabilisce che «gli Stati membri e la Comunità agiscono nel rispetto dei principi di *un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*, favorendo un'effettiva allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'art. 4».

L'art. 4 TUE statuisce, a sua volta, che, «ai fini enunciati dall'art. 2» (per quel che qui interessa, «promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile, in particolare mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria che comporti a termine una moneta unica, in conformità delle disposizioni del presente trattato»), «l'azione degli Stati membri e della Comunità comprende, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri, sul

mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al *principio di un'economia aperta e in libera concorrenza*».

Riguardo alle regole sulla concorrenza l'art. 81 TUE sancisce che «sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune»; l'art. 82, a sua volta, prevede che «è incompatibile con il mercato comune e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato comune o su una parte sostanziale di questo»; infine, l'art. 86, nei primi due paragrafi, afferma che «gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli artt. 12 e 81-89 inclusi. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità».

Nella versione consolidata del Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa (25 giugno 2004), all'interno dell'art. I-3 (Obiettivi dell'Unione) al paragrafo 2, si legge: «l'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne e un *mercato nel quale la concorrenza è libera e non distorta*»; al paragrafo 3: «l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su *un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. L'Unione promuove il progresso scientifico e tecnologico».

L'art. I-12, peraltro, stabilisce che la politica economica (unione doganale, definizione delle regole di concorrenza, politica monetaria, politica commerciale comune) è di competenza esclusiva dell'Unione.

Nella Parte III (Politiche dell'Unione) gli artt. III-161 ss. ricalcano quanto già stabilito dal Trattato in relazione alle regole di concorrenza.

Il Capo II, della Parte III si occupa della politica economica e monetaria. In particolare, l'art. III-177 riprende fedelmente gli artt. 2 e 4 del TUE. I seguenti articoli inglobano poi il Patto di stabilità.

Nella sezione 2, del Capo II, Parte III, dedicata alla “politica sociale”, l’art. III-209, dopo aver enumerato al comma 1 gli obiettivi primari che essa dovrà porsi, quali la promozione dell’occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane, la lotta contro l’emarginazione, afferma che, «a tal fine, l’Unione e gli Stati membri agiscono tenendo conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di *mantenere la competitività dell’economia* dell’Unione. Ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l’armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dalla Costituzione e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative».

Questi brevi cenni normativi possono essere sufficienti a delineare un possibile quadro istituzionale, in cui il ruolo del mercato<sup>1</sup>, come spazio di

---

<sup>1</sup>Ovviamente la nozione di “mercato” è una nozione-contenitore, una nozione polisemica. Sulla sua ricostruzione è d’obbligo il rinvio almeno a M.R. FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992, p. 291 ss. e a L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997, p. 15 ss. Così come è altrettanto ovvio che il “mercato” si compone, a sua volta, di una pluralità di mercati, ciascuno dotato di una appropriata regolamentazione (v. N. IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, cit., pp. 39-40). Cosicché, rileva M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, n. 4, 2003, pp. 458-459, «nel linguaggio comune, la parola “mercato” definisce normalmente uno spazio fisico, e cioè il luogo dove avvengono gli scambi e le contrattazioni tra i venditori e i compratori di beni e servizi. L’evoluzione della società verso forme sempre più complesse di organizzazione ha portato tuttavia a un crescente livello di astrazione nell’uso di questo termine. Esso è stato dapprima utilizzato per designare il complesso delle contrattazioni e degli scambi relativi a uno o più prodotti in una certa area geografica; successivamente ha acquisito il più ampio significato di settore economico, arrivando a indicare l’insieme delle attività di produzione e di scambio di beni e servizi omogenei (es. il mercato dell’automobile o quello dei servizi bancari o assicurativi). Infine, è stato elevato addirittura a espressione sintetica dell’intero sistema capitalistico, fondato sull’iniziativa economica privata e sulla proprietà privata dei mezzi di produzione (in questo senso si parla di economia di mercato, o economia capitalistica, contrapposta a quella pianificata o socialista). Tra questi tre significati del termine “mercato” (empirico-naturalistico, economico e sociale), quello che presenta il più stretto collegamento con la nozione di concorrenza è certamente il secondo. È noto infatti che al variare dell’ampiezza e del grado di apertura di un settore economico, del numero, della dimensione e dei comportamenti dei soggetti in esso operanti, nonché delle caratteristiche dei beni e dei servizi offerti, possono aversi diverse “forme di mercato”: monopolio, quasi monopolio, oligopolio, monopsonio, quasi monopsonio, oligopsonio, monopolio bilaterale, quasi monopolio bilaterale, oligopolio bilaterale, concorrenza monopolistica, concorrenza imperfetta, concorrenza perfetta. In particolare, si ha una forma di mercato concorrenziale quando tutti gli operatori concorrono a determinare le scelte fondamentali – sulla quantità, la qualità e il prezzo delle merci – senza che nessuno sia in condizione di prevalere sugli altri». Si può perciò accedere alla nozione di mercato quale configurato all’interno

un'economia aperta e in libera concorrenza<sup>2</sup>, assume una valenza fonda-

---

dell'Unione europea usando il frasario di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 26: «Economia di mercato e libera concorrenza – poiché non si trovano *in natura*, e perciò l'intelletto umano non deve soltanto osservarle e descriverle – sono *istituti giuridici*, e designano, di volta in volta, insiemi di norme (nazionali o comunitarie che siano), le quali, per recare talun esempio, disciplinano la capacità e responsabilità dei soggetti, definiscono la commerciabilità dei beni, reprimono intese o abusi lesivi della concorrenza, tutelano categorie di consumatori, delincono o vietano tipi di negozi. Norme innumerevoli, che costruiscono *un mercato quale è*, diverso dagli altri configurabili con norme più severe o più benevole: un mercato storicamente determinato, e non il mercato una volta per sempre. Già di sopra parliamo di artificialità del mercato; e la notazione va qui rinnovata con riguardo allo *spazio economico europeo*, il quale si costruisce e svolge come statuto di norme. La legge non si aggiunge, né 'influisce' sul mercato, quasi che questo sia prima e fuori di essa; ma conforma il mercato, un dato mercato di certi beni, che appunto è quale viene definito nella sua concreta e specifica giuridicità». Interpretando il pensiero di Irti, L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 163-166, enuclea ulteriormente l'accezione giuridica del termine "mercato" nel diritto comunitario: «Il mercato può essere concepito ora come un luogo particolare al quale e nel quale si applicano certe regole; ora come complesso dei beni, dei servizi, delle attività personali e dei capitali disciplinati ai fini dello scambio, della circolazione e dello stabilimento nel detto luogo; infine, come sistema dei rapporti collegati allo scambio ed all'incontro tra domanda ed offerta che avvengono entro una determinata struttura che ne pone le basi istituzionali. Tali accezioni non si escludono vicendevolmente. Piuttosto rappresentano l'evoluzione normativa del concetto che è stata segnata dal passaggio, nel processo di integrazione comunitaria dal mercato "comune", inteso come area geografica contrassegnata dalla presenza di una serie di mercati nazionali dotati di una disciplina il più possibile armonica ed uniforme della qualità di prodotti e servizi, al mercato "interno", inteso come disciplina tendenzialmente uniforme di un "unico" mercato in cui la dimensione territoriale, quantitativa e relazionale è ricondotta normativamente, almeno entro una misura minima, ad unità. (...) In questa accezione esso [il mercato] si manifesta come "ambiente normativo" di base che fissa un assetto regolamentare minimo relativo ai consumatori ed ai professionisti/imprenditori, ai beni e servizi offerti, nonché ai negozi attuativi la circolazione delle situazioni patrimoniali. Tale ambiente normativo agisce sia come modello informatore delle discipline dei vari specifici mercati, individuati sulla base delle "merci" in essi scambiate, sia come categoria interpretativa di tutte le norme in materia economica e come strumento di autointegrazione delle stesse a livello comunitario e nazionale, data la sua natura di sistema».

<sup>2</sup>Quale sia il contenuto tecnico della concezione comunitaria di concorrenza, come è noto, non viene indicato nei Trattati. Come evidenzia G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2001, p. 526, «quello che è certo, in ogni caso, è che i valori cui con tutta evidenza s'ispira l'intero sistema comunitario sono quelli c.d. liberali, dell'economia di mercato, nel rispetto dei quali il grande mercato europeo deve consentire agli imprenditori di competere tra loro ad armi pari e sulla base delle rispettive capacità e possibilità; ed ai consumatori di scegliere i prodotti e i servizi che ritengono migliori e dove siano più convenienti». Per comprendere tuttavia la portata e le finalità dell'introduzione di questo concetto nel sistema istituzionale europeo ci si può rivolgere direttamente alle parole della COMMISSIONE CEE, *Prima relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, 1972, p. 1: la «concorrenza è il miglior stimolo dell'attività economica in quanto garantisce ai suoi partecipanti la massima libertà d'azione possibile. Una politica attiva di concorrenza, perseguita in conformità delle

te<sup>3</sup>. Non solo perché ha rappresentato la modalità operativa originaria di

---

disposizioni dei Trattati che istituiscono le Comunità, favorisce il costante adattamento delle strutture della domanda e dell'offerta all'evoluzione delle tecniche; in virtù del gioco dei meccanismi decentrati di decisione, essa permette di ottenere dalle imprese una sempre maggiore efficacia, che è la condizione di base per il costante miglioramento del tenore di vita e delle possibilità di occupazione nei Paesi della Comunità (...) La politica di concorrenza (...) tende ad assicurare la migliore utilizzazione possibile dei fattori di produzione per il massimo profitto della economia nel suo complesso, ed in particolare nell'interesse dei consumatori». Per le diverse nozioni di concorrenza si rinvia alle note successive.

<sup>3</sup>«Nella scala degli interessi comunitari», constata M. LUCIANI, *La costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1992, p. 579, sono le finalità economiche e non quelle sociali ad «essere collocate sui gradini più alti. Pare indicarlo soprattutto il cit. art. 3, il quale fissa il principio della «economia di mercato aperta e in libera concorrenza»: tutta la politica economica della Comunità deve essere condotta «conformemente» a tale principio, e non è certo casuale che esso venga richiamato anche da numerose altre disposizioni. (...) Proprio il principio della libera concorrenza, più che i fini sociali, appare essere stato concepito come il faro dell'azione della Comunità, della quale è all'un tempo criterio e scopo essenziale. Come criterio, esso funziona da *norma agendi* per gli interventi comunitari. Come scopo, viene sostenuto dai mezzi istituzionali più possenti che la Comunità abbia a disposizione (in particolare, da quelli monetari: art. 105). Si delinea dunque una possibile asimmetria tra le finalità sociali e quelle economiche, che paiono addirittura prevalere sulle prime. Lo stesso art. 1 dell'Accordo sulla politica sociale, prevede – sì – un'azione della Comunità e degli Stati membri volta a perseguire ampie finalità sociali, ma allo stesso tempo afferma che essa dovrebbe svolgersi tenendo conto «de la *nécessité* de maintenir la compétitivité de l'économie de la Communauté». Riflettendo sui fini istituzionali dell'Unione, così come codificati nei Trattati via via stratificatisi, 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, pp. 487-488, mette in luce come «la tecnica organizzatoria usata dai Trattati» riesca «a realizzare una perfetta neutralizzazione politica dell'intero apparato istituzionale della Comunità. La scelta politica generale, infatti, è già tutta compresa nella decisione degli Stati, fu statuita nei Trattati e risulta determinata anche puntualmente nelle normative che questi contengono. È la scelta per la realizzazione piena ed integrale dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Non si può negare che ci ritrovi proprio di fronte alla configurazione schmittiana (ovviamente aggiornata, stanti le caratteristiche della congiuntura storica che viviamo) dell'esercizio dei poteri costituzionali da parte di istituzioni neutralizzate e non per il sopravvento delle cosiddette leggi dell'economia sulla politica ma per la decisione massimamente politica degli Stati di abbattere le istituzioni necessarie ad assicurare l'intervento pubblico nell'economia (al fine di mediare il conflitto sociale) e di restaurare rigorosamente l'economia capitalistica di mercato, congiungendo le iniziative, le politiche, gli strumenti istituzionali necessari a questo scopo, rendendoli comuni in uno spazio da rendere anch'esso comune per contestuale decisione interstatale. È quanto accaduto, accade ed è programmato per il futuro prossimo venturo, sempre che l'ideologia liberista resista ed il rapporto di forza che in essa si esprime riesca a soffocare le contraddizioni su cui poggia e che alimenta». Per C. AMIRANTE, *Principio democratico e organizzazione istituzionale dell'Unione europea. L'influenza della dottrina, della giurisprudenza e delle 'politiche comunitarie' della RFG sul sistema di governo dell'Unione europea*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, vol. I, t. I, Napoli,

implementazione dell'integrazione comunitaria attraverso un gradualismo politicamente minimalista<sup>4</sup>, ma soprattutto per il fatto di porsi, ancora oggi, dopo ulteriori stratificazioni intergovernative e dopo quello che sembra essere un varo quasi certo della c.d. "costituzione europea", come il sistema nervoso centrale in grado di condizionare strutturalmente le scelte politiche e sociali strettamente nazionali e più ampiamente comunitarie<sup>5</sup>.

---

Jovene, 2002, pp. 330-331, «se l'efficacia e l'efficienza delle istituzioni comunitarie rispetto all'obiettivo primario della formazione del grande mercato economico europeo, all'insegna del principio di concorrenza, sono il punto di forza del processo di integrazione, il punto debole nel processo di trasformazione delle istituzioni comunitarie, che molti ritengono oggi indispensabile, è stato certamente la carenza di legittimazione democratica»; l'attenuazione del principio democratico è stata «indotta da tre tendenze relativamente distinte (sia ideologiche che pratiche) che hanno caratterizzato i processi di integrazione comunitaria», e precisamente, 1. la dominanza della mediazione economica (soprattutto attraverso la Banca centrale europea e delle articolazione tecniche della Commissione) su quella politica e sociale, 2. preferenza istituzionale per gli apparati burocratici, operanti secondo il principio di maggioranza, anziché per centri politico-rappresentativi di tipo assembleare, apparati sui quali «hanno prevalso gli esecutivi nazionali intesi quali portatori degli interessi primari e irrinunciabili degli stati membri, rappresentati peraltro in occasioni strategiche dai capi di stato, investiti del potere di decidere in linea di massima all'unanimità», 3. mano libera, nel governo dell'economia, per i c.d. poteri 'neutri' «a dimensione e composizione internazionale e sopranazionale (irresponsabili sul piano politico-giuridico, nei confronti dei corrispondenti poteri sovrani del singolo stato membro) quali la BCE, la Commissione, la Corte di giustizia delle Comunità europee».

<sup>4</sup>A. CANTARO, *Europa sovrana. La costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Bari, Dedalo, 2003, p. 21, individua l'ideologia europea nel perfetto mix di «minimalismo politico e massimalismo giuridico». Ciò non toglie che l'Unione europea sia il risultato di una precisa volontà politica, ma evidenzia, al contempo, come il metodo cui si è fatto ricorso per costruirla, quello gradualistico dello *spill over*, ne abbia segnato, in definitiva, la struttura democratica. Sul punto si rinvia, tra i tanti, a J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe* (1991), in ID., *The Constitution of Europe*, cit., pp. 33-173.

<sup>5</sup>«Se ci si sofferma (...) sul nocciolo duro del sistema comunitario, e cioè la coppia mercato-concorrenza, appare del tutto coerente che il suo contraltare, in termini di diritti soggettivi dei cittadini europei, sono le quattro libertà economiche che previste dai Trattati istitutivi delle Comunità europee (le libertà di circolazione di persone, merci, beni e servizi, capitali). La progressiva immissione nell'ordinamento comunitario di principi politico-ideologici di evidente natura costituzionale (lo stato di diritto, il principio di eguaglianza, il principio democratico, la tutela di diritti fondamentali in quanto espressione delle tradizioni costituzionali comuni) sembra – malgrado qualche passo in avanti della Corte Europea di Giustizia – volta soprattutto a consentire che le corti costituzionali nazionali rinuncino ad esercitare un controllo di costituzionalità nei confronti della normativa comunitaria secondaria (regolamenti e direttive)», C. AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino, Giappichelli, 2003, p. XVIII. Secondo G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, cit., p. 496, usare espressioni come «protezione sociale», «elevato livello di occupazione», «elevato livello di protezione dell'ambiente», «sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche», in un contesto funzionalizzato sostanzialmen-

Soprattutto a partire dalla firma del Trattato di Maastricht, ma già a far data dall'Atto Unico Europeo, si è sempre più diffusa, con riferimento all'insieme dei principi e dei plessi normativi dedicati alle politiche economiche e finanziarie europee (anche considerate nel loro intreccio con le normative nazionali in materia), la tendenza a far uso dell'ambigua<sup>6</sup> espressio-

---

te al solo obiettivo della «instaurazione di un mercato unico e di un'unione economica e monetaria», vuol dire «evocare principi ed obiettivi riferibili alle conquiste di civiltà giuridica dello Stato sociale di diritto» *curvandone* però la portata e condizionandone «il significato in funzione del fine specifico della Comunità».

<sup>6</sup>La locuzione «costituzione economica» conserva, a tutt'oggi, un'ambiguità di fondo. Si tratta di un'ambiguità che può essere ancora percepita solo confrontando il ruolo che tale espressione assume nell'ambito dell'impianto ordinamentale europeo e lo spazio limitato che, per molto tempo essa, ha occupato all'interno delle ricostruzioni teorico-costituzionali della dottrina italiana. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, cit., pp. 374-375, ha focalizzato così la questione: «In una prima accezione, si usa "Costituzione economica" (non a caso in genere tra virgolette ...) solo come formula riassuntiva per indicare sinteticamente ed allusivamente l'insieme delle norme costituzionali in materia economica. In una seconda, per la verità poco fortunata nella dottrina italiana (che in genere dà "letture" più o meno unitarie della Costituzione, si parla di Costituzione economica come di un complesso normativo in qualche misura autonomo rispetto all'insieme della Costituzione, della quale peraltro sarebbe il nocciolo essenziale, il dato realmente infungibile attorno al quale finiscono per ruotare i (viceversa) contingenti contenuti delle disposizioni relative ai rapporti politici, sociali, ecc. (...)) Le maggiori perplessità le suscita evidentemente il secondo, più netto e radicale dell'altro nelle sue affermazioni. (...) isolare una sfera dell'"economico" rispetto agli altri contesti nei quali si esplicano le attività sociali dell'uomo è quantomeno problematico, e (...) conseguentemente lo è ancora di più postulare un'autonomia delle disposizioni "in materia economica" all'interno di testi normativi come quelli costituzionali, che hanno l'ambizione di dettare le regole fondamentali di un sistema sociale nella sua intierezza. La tesi presuppone in secondo luogo – più o meno avvertitamente – una separazione, una contrapposizione fra società e politica, fra Stato e mercato, che non può essere accettata nelle Costituzioni degli odierni Stati sociali. E infine, per ciò che specificamente riguarda l'esperienza italiana, in contrasto con il diritto positivo. Una "Costituzione economica" che aspirasse ad essere realmente autonoma, infatti, dovrebbe ruotare attorno ad almeno un principio fondamentale effettivamente "economico"». Quest'ultima osservazione di M. Luciani rende conto, assai bene, di come la medesima locuzione, al contrario, abbia potuto trovare immediata fortuna quale categoria fondamentale della costruzione comunitaria. Fa notare, infatti, F. COCOZZA, *Diritto pubblico applicato all'economia*, cit., p. 154, il quale ricostruisce l'intero dibattito sulle vicende di tale espressione nelle diverse culture costituzionalistiche europee, che «nella dottrina tedesca, invece, dove peraltro l'espressione è nata, il concetto in questione ha assunto – fin dal suo primo apparire – un significato assai complesso e discusso. Ecco perché non mancavano autorevoli esponenti della dottrina italiana che, rifacendosi alla dottrina tedesca, si sforzavano di interpretare il concetto di *costituzione economica* in modo che potesse avere più pregnanti significati anche sul piano giuridico». Quello che si cercherà di dimostrare nelle pagine seguenti è che tale "ambiguità" del concetto, legata, soprattutto, all'evocazione di una sempre possibile separazione dell'ambito politico da quello economico, è stata oggi superata, pressoché concordemente, utilizzando tale espressione per designare un "ordine giuridico dell'economia" che è il frutto dell'implementazione di scelte costituzio-

ne “costituzione economica”<sup>7</sup>, anzi “nuova costituzione economica”, a voler

nali per mezzo di scelte politiche. Soltanto che in questa ricostruzione, come si vedrà, il *medium* “diritto”, in quanto criterio servente del dato economico e non criterio politico-legislativo di sintesi delle diverse istanze che l’“economico” produce, finisce per riproporre, sia pure su un piano diverso, quella stessa “ambiguità” che la giuridicità dell’economia vorrebbe definitivamente scongiurata.

<sup>7</sup>Per S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, cit., pp. 39-40, si è assistito, con la costruzione della Comunità economica europea, a una «sovrapposizione alle singole costituzioni economiche nazionali di una costituzione economica europea, che, pur nascendo da trattati firmati dagli Stati (principale il Trattato del 1957, che ha istituito la Comunità economica europea, divenuta poi, nel 1993, Comunità europea, alla quale, nello stesso anno si è aggiunta l’Unione Europea), si è, poi, progressivamente integrata nelle costituzioni nazionali. Secondo una recente valutazione, più di due terzi del diritto pubblico dell’economia di ogni singolo Stato facente parte dell’Unione Europea proviene dall’Unione». M.P. CHITI, *I caratteri della costituzione economica europea alla luce della carta dei diritti fondamentali*, in C. FRANCHINI-L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all’inizio del XXI secolo*, Bologna, il Mulino, 2002, p. 51 ha evidenziato come «il dato che qua interessa richiamare è che dal progressivo formarsi dell’ordinamento giuridico comunitario è stata desunta una vera e propria “costituzione economica europea”, con ciò intendendosi una serie di principi generali, con rango giuridico superiore, che presiedono all’azione dei pubblici poteri in campo economico e che, correlativamente, definiscono la posizione dei singoli nell’esercizio della loro attività lavoratrice e di impresa. Tali principi sono consacrati nei Trattati comunitari o elaborati dalla giurisprudenza della corte di giustizia, e rappresentano parte integrante dell’*acquis* comunitario. La costituzione economica europea influenza il diritto degli Stati membri al punto da poterne modificare le rispettive costituzioni, almeno sino al limite (sostanzialmente teorico) dei principi fondamentali caratterizzanti ciascun ordinamento». A. QUADRIO CURZIO, *Introduzione: riflessioni per una costituzione economica europea*, in A. QUADRIO CURZIO (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna, il Mulino, 2001, pp. 22-23, scrive: «come si definisce una Costituzione economica? Più d’uno ha cercato di rispondere a questo quesito, ma non ci sentiamo di affermare che le risposte siano state del tutto soddisfacenti almeno per ciò che attiene ai nostri presenti scopi. Infatti le stesse sono prevalentemente dei tentativi di generalizzazione del modo con cui varie costituzioni nazionali si sono posizionate nei confronti delle tematiche dell’economia che, per altro, non sono quasi mai state dominanti nelle costituzioni stesse. Si hanno così diversi criteri. (...) Il caso dell’Europa è però diverso perché le tematiche dell’economia sono state centrali nella costruzione europea e nei Trattati anche con una serie di prescrizioni minute e molto concrete che tuttavia ruotavano intorno a due categorie e due obiettivi centrali: – il mercato unico, per arrivare al quale ci volevano economie aperte e in libera concorrenza; – la moneta unica, per arrivare alla quale ci volevano finanze pubbliche sane e stabilità dei prezzi». Dello stesso A. QUADRIO CURZIO si legga *Tre costituzioni economiche: italiana, europea, bicamerale*, in *La nuova età delle costituzioni*, cit., pp. 69-119. Nel paragrafo intitolato “I nuovi principi fondamentali della costituzione economica”, G. DI PLINIO, *Diritto pubblico dell’economia*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 166, osserva come oggi «il Trattato dell’Unione europea, interpretato anche in base alle evoluzioni normative e giurisdizionali comunitarie e interne, pone ora il principio della *valorizzazione della libertà di iniziativa economica* come fondamentale *presupposto* dell’intervento pubblico in tutte le costituzioni europee. Si noti che la garanzia comunitaria non si riferisce anche alla proprietà privata in quanto tale: solo l’attività d’impresa viene posta al centro della nuova costituzione

indicare non solo il superamento delle formule costituzionali nazionali in

---

economica e la sua espansione in tutte le direzioni diventa un valore costituzionale irrinunciabile. (...) L'obiettivo fondamentale dell'azione comunitaria è quello della creazione di un *unico mercato*, uniforme e senza barriere in tutto il territorio degli stati membri, la cui realizzazione implica tre strumentazioni fondamentali, le quali a loro volta presuppongono l'abolizione delle frontiere fiscali e l'uniformizzazione delle discipline costituzionali e amministrative interne: la *libertà economica* (espressa mediante la *libertà di circolazione* delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali); la creazione di un *mercato libero* (ma non selvaggio) disciplinato mediante un sistema di regole per assicurare la *concorrenza*; il *divieto di aiuti statali* alle imprese, nella misura in cui riducono la competitività delle imprese e falsano la concorrenza fra esse». Si vedano, inoltre, le riflessioni di G. BOGNETTI, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione economica*, cit., pp. 69-153; e ancora, la distinzione, indagata da A. PREDIERI, *Euro. Poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 190-237, tra «costituzioni keynesiane» e «costituzioni antikeynesiane»; T. PADOA-SCHIOPPA, *The Euro and Its Central Bank. Gettino United After the Union* (2004), tr. it. di O. Pesce, *L'euro e la sua banca centrale. L'Unione dopo l'Unione*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 72-73, infine, scrive che «la costituzione economica dell'Unione europea» (e qui pare che l'A. utilizzi la nozione in oggetto per indicare complessivamente i Trattati dell'Unione) «non è il risultato di un unico atto fondativo, come la Convenzione di Filadelfia del 1787, né è un contratto sociale nell'accezione classica della scienza politica. È costruita piuttosto come trattato internazionale ed ha preso forma gradualmente, con un processo che è ancora in corso. È costituita da un corpus poderoso, di oltre 300 articoli e quasi 30 protocolli, dove sono trattate molte materie di cui le costituzioni di solito non si occupano: ad esempio la sicurezza dei trasporti e la formazione professionale dei lavoratori, la interoperabilità delle reti e le campagne contro la povertà nei paesi in via di sviluppo. Come qualsiasi costituzione, il Trattato indica il “chi fa che cosa” in materia di politica economica. Una matrice connette in forma semplice il “che cosa” al “chi”, trascurando per semplicità, le diversità nelle costituzioni nazionali. Sono individuate cinque *politiche*: del mercato, della moneta, del cambio, del bilancio (fiscale) e dell'occupazione. Le politiche del *mercato* – la componente essenziale della costituzione economica europea – presiedono alla produzione e allo scambio di merci e servizi, in un sistema decentrato di decisioni liberamente prese. Esse riguardano non solo l'apertura dei mercati nazionali, ma anche la formazione, la struttura e la regolamentazione del mercato europeo che ne deriva. Il significato di politica *monetaria* e di politica del *cambio* è evidente e non richiede spiegazioni. Le politiche *fiscali* includono gli aspetti micro e macroeconomici dell'attività di imposizione e di spesa. La politica dell'*occupazione* – ossia le azioni (pubbliche e private) in base alle quali si determinano il costo e l'utilizzo del lavoro – va dalla determinazione dei salari, alle disposizioni e alle restrizioni sull'uso della manodopera, ai sussidi di disoccupazione. Le cinque politiche interagiscono e, in certa misura, si sovrappongono». La letteratura sul punto è, ovviamente, assai più ampia, ma quello che qui interessava evidenziare erano la diffusione e la sempre più acritica circolazione di tale concetto (per la bibliografia relativa alla nozione di “costituzione economica europea” nella dottrina tedesca si rinvia a R. MICCÙ, «Economia e Costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del Pluralismo*, n. 1, 1996, *Pubblico-Privato. L'evoluzione del rapporto*, pp. 243-288, in particolare il paragrafo 5, nonché all'esauriente prospettazione di L. CASETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali*, cit., ove si dà conto non soltanto della sfaccettata cultura economico-giuridica attinente alla

materia (troppo ancorate, secondo alcuni, ad un'ottica dirigista)<sup>8</sup>, ma anche l'adozione, su presupposti costituzionali diversi da quelli nazionali, di un riferimento sovrappositivo o ideale<sup>9</sup>, idoneo a designare un nuovo tipo di socialità economica, intrinsecamente legata al funzionamento del mercato<sup>10</sup>.

---

*soziale Marktwirtschaft*, ma altresì del dibattito in corso in relazione al livello europeo di "costituzionalizzazione" dell'economico), legate, come si cercherà di mostrare, non ad un'effimera moda culturale, ma ad una coerente (seppure costituzionalmente "eversiva") visione del rapporto tra diritto costituzionale ed economia, che ha il suo paradigma di riferimento nelle norme sulla politica economica presenti nei Trattati e nell'ordine economico tratteggiato nella futura costituzione europea.

<sup>8</sup> In proposito, parla di «dirigismo totalitario dell'art. 41» Cost. italiana, con riferimento al terzo comma, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 35. Anche G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione economica*, cit., p. 12, a commento dell'esito del processo costituente italiano in relazione alla disciplina dell'economia ritiene che «quello che ne esce è una Costituzione economica, che si muove – come qualcuno ha scritto – tra neocorporativismo e larvato dirigismo e nella quale trionfa il mito del piccolo produttore autonomo, che si autoregola piuttosto attraverso la comunità dei produttori associati che non sul mercato; in un clima – come altri ha notato – nel quale fra efficienza e giustizia sociale il privilegio va, almeno con simpatia sentimentale, alla giustizia sociale. Non a caso non si parla mai di "anti trust", lasciando al solo codice civile la tutela della concorrenza, nella ovvia presunzione che essa corrisponda ad interessi privati, non pubblici». S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, cit., p. 39, da parte sua, osserva il cambiamento avvenuto: «Le costituzioni economiche dei quindici paesi che ora compongono l'Unione Europea, alla metà del XX secolo, era caratterizzate da rigide barriere doganali, che rendevano i mercati quasi esclusivamente nazionali, da pianificazioni più o meno flessibili, da larghi settori pubblici industriali, dalla gestione pubblica dei servizi pubblici e da monete e politiche monetarie strettamente nazionali. Quei paesi fanno ora parte di un solo mercato, senza frontiere economiche; le loro politiche economiche debbono realizzare gli obiettivi della Comunità; hanno in larghissima misura privatizzato le imprese pubbliche e liberalizzato i servizi pubblici; hanno una sola moneta e una sola politica monetaria». Nello stesso senso i primi tre capitoli di S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 3-57.

<sup>9</sup> Indispensabile, sul punto, il lavoro di R. MICCÙ, «Economia e Costituzione», cit., p. 257, ove l'A. distingue tra un significato «idealtipico» e uno «costituzionale-positivo» di "costituzione economica": «secondo il primo criterio vengono a formare la costituzione economica tutte le norme che hanno un significato fondamentale per l'ordinamento dell'economia, a prescindere dal loro rango nella gerarchia delle fonti. (...) Lungo questa strada si sono avviati in primo luogo i rappresentanti della c.d. scuola di Friburgo che hanno definito la costituzione economica come "la decisione politica globale sull'ordinamento della vita economica di una comunità", cioè come una "decisione di sistema" (*Systementscheidung*) e non semplicemente come la somma delle singole norme giuridico-economiche di particolare significato o valore»; secondo il secondo criterio, «la giuspubblicistica ha invece prevalentemente sviluppato un concetto positivo – più ristretto –, costruito sulla base del diritto costituzionale vigente che, secondo una recente elaborazione, rappresenta "la somma degli elementi costituzionali conformativi dell'ordinamento dell'economia"».

<sup>10</sup> «Il mercato è un'istituzione sociale, un modo di articolarsi delle relazioni umane capace

Se, da una parte, questo continuo riferirsi ad una vigente “costituzione

---

di immettere nel comportamento dei singoli la considerazione degli effetti di quei limiti [i limiti esterni che incontra l'agire (ma non il pensiero) umano]. Il mercato *concorrenziale*, in particolare, è in grado di far emergere i costi sociali della produzione e di ridurli al minimo, emancipando il più possibile dal vincolo della scarsità. A sua volta, e qui torniamo allo scarto fra obiettivo e risultato, il funzionamento del mercato presuppone che l'individuo miri a risultati sempre migliori di quelli effettivamente raggiunti: è il postulato che gli economisti definiscono di non sazietà del consumatore», T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1997, p. 29. Pone l'accento sul valore di «paradigma di azione sociale» del mercato (l'espressione è in realtà di M.R. FERRARESE, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 47), P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999, La Costituzione europea*, Atti, cit., pp. 350-351, secondo il quale (e a sostegno della sua tesi l'A. richiama una bibliografia che partendo da Durkheim passa per Weber e Schumpeter e giunge fino ad Hayek e Hirschmann), tanto l'inaspettata capacità del mercato «di orientamento dei comportamenti», quanto il suo configurarsi in termine di «istituzione», «cioè come modello complesso, comprensivo di norme e di ruoli interrelati, dotato di un grado elevato di regolarità, e sostenuto da una diffusa accettazione sociale», conducono giocoforza ad un «indubbio ampliamento di prospettiva nella considerazione del fenomeno mercato, anzitutto per quel che riguarda la “socialità” di esso. La società aperta esige insieme, è stato osservato, libertà del mercato e libertà di associazione. Nelle moderne società liberali, infatti, il mercato non è solo il luogo della liberazione dell'individuo da ostacoli e pastoie di ogni sorta, ma anche quello delle “libere associazioni”, della scoperta di forme di cooperazione, che si traducono non solo nella libertà dei privati di cooperare con altri soggetti per il perseguimento dei propri interessi, ma altresì in corrispondenti diritti, istituzioni, strumenti di azione regolati». Egualmente B. CARAVITA DI TORITTO, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 724, ricorda «come l'art. 4 TCE (già art. 3) abbia elevato a principio generale dell'azione comunitaria il parametro della economia di mercato aperta ed in libera concorrenza. Si è assistito, cioè, ad un passaggio della libertà di concorrenza da strumento originariamente necessario al perseguimento degli obiettivi di integrazione a nuovo paradigma dell'azione delle istituzioni comunitarie e dei singoli Stati membri. Dunque, principio costitutivo e fondante la Comunità». L'A., in sostanza, pur affermando che la costruzione europea si pone in continuità con il modello dello stato sociale e della garanzia dei diritti sociali, ritiene che «il vero problema sia allora quello di capire come ottenere tali risultati; in altri termini, se il risultato di garanzia di quel fondamento di legittimazione debba essere raggiunto solo attraverso interventi statalistici – secondo il modello keynesiano del prelievo fiscale e della redistribuzione centralizzati – ovvero mediante modelli diversi che conciliano e consentono l'espandersi della iniziativa economica privata»; ebbene, sempre secondo Caravita di Toritto, oggi è possibile scorgere negli assetti costituzionali dei Paesi europei la volontà di «privilegiare un superamento della prima opzione in favore della seconda», tanto che, ad esempio, lo stesso dibattito sui servizi sociali in Italia e in Europa verte sulla necessità di «massimizzare il diritto di scelta dei cittadini e la libertà di tutti i soggetti che vogliono concorrere ad erogare servizi sociali. In tal senso, una forte spinta è venuta dalle riforme che hanno attraversato il diritto comunitario *antitrust* in materia di servizi pubblici» (p. 725). Nello stesso solco si inseriscono le osservazioni di S. STAMMATI, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa*, cit., p. 734, il quale osserva che «la linea che distingue modi di pensare integralmente liberali, e in definitiva liberisti, da altri caratterizzati da più forti preoc-

economica comunitaria” ha reso palese l’assunto in base al quale il nucleo irriducibile della costruzione europea è comunque da rinvenirsi nel principio del libero mercato e dei suoi inevitabili corollari monetaristi, dall’altra parte, questo espediente lessicale si è rivelato ben più di un semplice *escamotage* descrittivo o denotativo della scelta fondamentale che la Comunità stava compiendo, per volere dei governi, in politica economica.

Infatti, l’allusione a una “costituzione economica” ha sempre contenuto in sé l’idea dell’instaurarsi, seppure in forme diverse rispetto al recente passato costituente degli Stati europei, di un nuovo ordine giuridico-economico, dotato di una propria logica e situato a un livello superiore rispetto allo stato nazionale, ritenuto compatibile con il piano della legalità costituzionale “interna”, perché apparentemente incentrato sulla mera riscrittura di regole tecniche e sulla riorganizzazione della strumentazione ordinaria di azione economica e finanziaria dei governi.

Sotto diverso aspetto, però, non si può non ammettere come, tanto la ricorrenza di quella locuzione, quanto il suo ripetuto uso indiscriminato, siano stati i segni dell’emergere e, successivamente, del consolidarsi, di quello che, nelle pagine precedenti, si è definito un nuovo ‘ordine del discorso’ sulla costituzione. Si è ritenuto possibile, cioè, – dal punto di vista di un concetto ‘istituzionale’ e non ‘normativo’ di costituzione – predicare il carattere prescrittivo della “costituzione economica” comunitaria, valorizzandone quella «vitalità» fattuale, sufficiente, in quell’ottica, a dare voce a nuove istanze “costituenti”.

## **2. La base teorica della “costituzione economica europea”: l’ordine giuridico del mercato nella Scuola di Friburgo o dell’ordoliberalismo**

La genesi del concetto di “costituzione economica”, come si sa, può rintracciarsi – nella sua pressoché definitiva sistematizzazione – nel pensiero giuspubblicistico tedesco e, in particolare, in quel filone teorico, denominato ordoliberalismo, teso a legittimare la formula dell’«economia sociale di mercato». La radice linguistica “ordine”, che dà il nome a questo nuovo ti-

---

cupazioni di equità sociale si fa tenue laddove si possa verificare che dei risultati, fino a ieri ottenibili solo con l’uso forte di strumenti pubblicistici, possono essere ottenuti, una volta che sia maturata una coesione sociale più forte, con mezzi diversi. (...) Fino al punto in cui obiettivi sociali condivisi possono essere conseguiti attraverso una convergenza di azioni libere, queste debbono essere preferite ad azioni condotte direttamente dai pubblici poteri».

po di liberalismo economico, deriva da un ragionamento logicamente ineccepibile: ove c'è un fatto economico lì ci deve essere una regola di diritto finalizzata a disciplinarlo, e, ove quest'ultima mancasse, anche quel disinteresse sarebbe l'esito di un atteggiamento voluto e, per ciò stesso disciplinatore; cosicché, l'economico presuppone sempre il giuridico, e il giuridico, a sua volta, nasce sempre da una scelta politica ben precisa, riguardo al sistema economico da promuovere.

Prima di procedere oltre, però, nella lettura di tale schema teorico, occorre ricordare in che senso esso rappresenti il riferimento ideologico della visione europea della disciplina pubblica dell'economia.

Il legame tra la teoria friburghiana della c.d. "costituzione economica" e l'impianto ordinamentale europeo si può rinvenire in un duplice collegamento: su un piano generale, laddove il modello economico-istituzionale riprodotto nei Trattati è, nella sostanza, un fedele ricalco dei moduli organizzativi e di attribuzione delle competenze previsti nel *Grundgesetz*, specialmente con riferimento al ruolo di istituzione indipendente rivestito dalla Bundesbank, titolare incontrastata della politica economica tedesca, e con riguardo all'osservanza del principio dell'equilibrio economico generale basato sul sistema di stabilità dei prezzi<sup>11</sup>; su un piano particolare, invece, rile-

---

<sup>11</sup> Si vedano, in proposito, le stesse argomentazioni svolte dal Tribunale costituzionale federale tedesco nella sentenza del 12 ottobre 1993, relativa al Trattato di Maastricht, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. XXXIX, 1994, p. 677 ss., tr. it. di A. Anzon e J. Luther, ove si afferma che una «restrizione della legittimazione democratica proveniente dagli elettori», per ciò che riguarda il trasferimento sovranazionale di poteri sovrani in materia economica e monetaria, è ammessa in quanto si consente «che attribuzioni della Banca federale siano trasferite a una Banca centrale europea, a condizione che quest'ultima corrisponda ai "criteri rigidi del Trattato di Maastricht e allo Statuto del Sistema Europeo delle Banche Centrali in ordine all'indipendenza della banca centrale e alla priorità della stabilità del valore della moneta"», p. 706. «Il modello tedesco posto dalla legge ordinaria e consacrato poi dall'art. 88 cost. tedesca ha dato vita ad un'innovazione importante nel costituzionalismo occidentale. Questo modello aggiungo subito, è stato accolto quasi di peso dal Trattato di Maastricht nella federalizzazione della moneta anzi, per meglio dire, del complesso moneta-Banca centrale-stabilità», A. PREDIERI, *L'Unione economica monetaria*, 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. 127. Sul punto, con dovizia di argomentazioni, lo stesso A. PREDIERI, *Euro Poliarchie democratiche e mercati monetari*, cit., in particolare il Capitolo nono ("Il modello tedesco di Banca centrale diventa europeo"), pp. 283-299. Il medesimo concetto è stato espresso da M. ALBERT, *Capitalisme contre capitalisme* (1991), tr. it. di L. Lanini, *Capitalismo contro capitalismo*, Bologna, il Mulino, 1993, p. 23, quando si è riferito «ad una sorta di "nocciolo duro" dell'Europa economica», rappresentato dal capitalismo *renano*. L'influenza preponderante del modello germanico sulle istituzioni europee è esaminata, nella gamma delle diverse variabili costituzionali, in C. AMIRANTE, *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello stato*, Torino, Giappi-

va l'importanza centrale attribuita, nella dottrina ordoliberalista come nella normativa europea, all'*antitrust*, alla garanzia cioè di poter assicurare all'interno del "mercato unico" corrette condizioni di concorrenza tra imprese.

Sarà, infatti, proprio sulle indicazioni degli ordoliberali che verrà progettata la prima legge tedesca sulla concorrenza datata 26 luglio 1957 poi emendata nel 1973<sup>12</sup>, la quale costituirà la trama originaria delle prime formulazioni normative antitrust contenute nei Trattati della Comunità stipulati negli anni Cinquanta del Novecento: «non è un caso che la Direzione generale della concorrenza di Bruxelles sia stata frequentemente un feudo tedesco. I tedeschi disponevano di un retroterra in materia del tutto ignoto agli altri europei, a cominciare dai francesi per giungere sino agli inglesi, in questo assai meno progrediti dei cugini americani»<sup>13</sup>. Certo l'art. 65 del Trattato Ceca, in cui per la prima volta si formalizzava la logica dell'*antitrust*, risentiva dell'influenza americana ove focalizzava l'attenzione sugli «accordi anticompetitivi», ma comunque introduceva «una categoria (...) non ignota ai giuristi tedeschi cresciuti sotto l'ala della Scuola di Friburgo»<sup>14</sup>.

---

chelli, 2001: «dalle tradizioni costituzionali comuni alla tutela dei diritti fondamentali, dal Comitato delle Regioni agli accordi di Schengen, dalla Banca europea all'Euro – per non dire dell'insistenza sulle grandi clausole generali, come il principio di sussidiarietà, e, sul versante opposto, delle eccezioni previste per i cinque *Länder* dell'ex-Repubblica Democratica alle regole del mercato – si deduce inequivocabilmente la capacità della RFG di condizionare l'ordinamento e le istituzioni comunitarie, usando non di rado come *medium* stili decisionali e modelli gestionali riconducibili alle tradizioni amministrative e costituzionali tedesche», p. 64.

<sup>12</sup>Quella legislazione, scrive S. MANNONI, *Frontiere del diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 162, «introduce importanti limitazioni: 1. proibisce i cartelli come accordi "orizzontali", salvando solo i cartelli intesi a razionalizzare un settore industriale; 2. gli accordi "verticali" – come licenze, esclusive ecc. – vengono proibiti se dannosi; 3. viene proibito l'abuso di potere economico da parte delle imprese dominanti. I concetti chiave sono quelli di limitazione della concorrenza e di abuso di potere, assortiti dalla novità che ad applicarli sono autorità amministrative, dotate di un'autorità molto discrezionale, soggette però ad appello dei giudici ordinari».

<sup>13</sup>*Ibidem*, p. 163.

<sup>14</sup>*Ibidem*, *ivi*. Scrive, in proposito, S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, cit., pp. 40-41: «gli "ordoliberali" (...) ponevano al centro dell'ordine giuridico dell'economia la disciplina legislativa della concorrenza, ritenuta altrettanto indispensabile, in uno Stato di diritto, dell'ordine giudiziario. La scuola di Freiburg è importante non solo perché ha fissato la nozione di costituzione economica e stabilito il nesso in essa implicito tra diritto ed economia, ma anche perché si devono ad essa il posto rilevante riconosciuto e l'approccio scelto per la disciplina della concorrenza nel Trattato istitutivo della Comunità europea (1957) e l'importanza attribuita all'apparato della Commissione europea che se ne interessa. Infatti, tedeschi influenzati dalla detta scuola introdussero il divieto dell'abuso di posizione domi-

Esistono, tuttavia, ragioni storico-politiche e insieme teoriche più complesse per spiegare la diffusione del concetto di “costituzione economica” nella sua particolare declinazione di “ordine giuridico dell’economia”, ladove, evidentemente, i termini di “ordine” e di “costituzione” risultano, qui, sinonimi<sup>15</sup>.

Il primo gruppo di ragioni può essere rintracciato nella capacità di quel concetto di adattarsi a un’epoca storica in cui gli Stati, dopo la fine del bipolarismo e l’inizio di un processo di «surdeterminazione internazionale»<sup>16</sup>, paiono sempre più propensi ad assumere il ruolo di soggetti neutrali rispetto alle contrattazioni e ai rapporti economici svolgentesi nei propri territori, rivestendo le funzioni di arbitri imparziali accreditati per espletare un controllo *ab externo*, in qualità di severi *ripristinatori* del regime falsato della concorrenza. In questo contesto, il referente storico-culturale dell’ordoliberalismo assurge a ideale chiave teorica capace di dar conto di una certa qual *equidistanza* da un «liberalismo non concepito giuridicamente» e dalla «pia-

---

nante nel Trattato (la tradizione “antitrust” americana puntava piuttosto a colpire le concentrazioni); l’“ordolibera” Hans von Groeben fu il primo membro della Commissione incaricato della concorrenza e tedeschi furono i direttori generali relativi». Sull’influenza diretta dell’ordoliberalismo sulla normativa europea della concorrenza si rinvia, tra gli altri, a P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, cit., 353-354; G. AMATO, *Il potere e l’antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 43 ss.; S. GRUNDMANN, *L’autonomia privata nel mercato interno: le regole d’informazione come strumento*, in *Europa e diritto privato*, 2000, p. 274 («la scuola ordolibera ha (...) incontestabilmente dato la sua impronta alla costituzione economica della Comunità Europea»); L. CASSETTI, *Stabilità economica e diritti fondamentali*, cit., pp. 161-162; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell’ordinamento comunitario*, cit., tutto il Capitolo II (“La costituzione economica comunitaria”), pp. 103-168.

<sup>15</sup>È, qui, in gioco la contrapposizione, lucidamente riportata da M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., pp. 12-13, tra «il concetto normativo e il concetto non normativo – o, come anche si dice, “istituzionale” – di costituzione», che è anche la contrapposizione tra «la costituzione concepita come “norma” e la costituzione concepita come “ordine”». Ma su questo punto si tornerà a breve.

<sup>16</sup>Cfr. la nota 29 del capitolo I. Non si può fare a meno di osservare, infatti, come la stessa “costituzione economica europea” rappresenti il tentativo finora riuscito di allinearsi con le prescrizioni macroeconomiche che formano il cuore di quello che è stato definito il *Washington Consensus*: «È interessante notare che i tre obiettivi dell’efficienza, della stabilità e dell’equità sono anche alla base della cooperazione internazionale sviluppata alla fine della Seconda guerra mondiale. Anche l’Organizzazione mondiale per il commercio (OMC), Il FMI e la Banca mondiale possono essere considerate le tre agenzie globali cui è rispettivamente attribuito il perseguimento dei tre obiettivi, con le Nazioni Unite che fungono da struttura politica quadro. L’articolo 1 degli statuti del FMI richiama obiettivi come “l’espansione e la crescita equilibrata del commercio internazionale”, “promuovere e mantenere livelli elevati di occupazione e reddito reale”, e “promuovere la stabilità dei cambi”», T. PADOA-SCHIOPPA, *The Euro and Its Central Bank*, cit., p. 99, nota 7.

nificazione sociale»<sup>17</sup>: in questo sistema economico è il mercato regolato giuridicamente ad essere considerato come «l'istituzione presuntivamente più sociale rivolta alla distribuzione dei beni» e «soltanto là dove tale funzione non possa essere da questo realizzata, il sistema è legittimato ad intervenire fornendo dati "artificiali", ossia non dettati dai meccanismi economici, ma fissati dall'esterno come se fossero espressi dal mercato (*Als-ob-Markt-Theorie*). In questa configurazione il diritto svolge un ruolo importante consistente, tra l'altro, nella fondazione del mercato libero e nella sua conservazione in tale stato contro situazioni di disequilibrio»<sup>18</sup>.

Le analogie con le teorie dello Stato c.d. regolatore<sup>19</sup> sono qui più che evidenti. Ma ciò è solo una conseguenza di un più ampio disegno fondativo, di natura costituzionale, cui l'ordoliberalismo ambisce, rifiutando la "naturalità" del mercato e sottolineandone la socialità, in quanto istituzione regolata da norme giuridiche, e per ciò stesso frutto di una precisa scelta sociale<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, Cedam, 1999, p. 179.

<sup>18</sup> *Ibidem*, ivi.

<sup>19</sup> A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000. Per una sintesi recente di questi approcci teorici al rapporto tra diritto ed economia sempre più avulsi dal contesto costituzionale, o, se si vuole, sempre più staccati dal concetto "normativo" di costituzione, si rinvia a M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>20</sup> La locuzione «scelta sociale» viene qui usata in un significato specifico e attiene alle premesse metodologiche dell'economia politica storica. Un significato che, rispetto alla "decisione politica globale" di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, assume una diversa intensione. L'economia politica, infatti, può essere applicata «non già per spiegare la politica secondo i criteri di una presunta razionalità economica, bensì per analizzare le scelte economiche in termini di forze politiche», per chiedersi, cioè, «quali rapporti di potere stiano dietro agli esiti economici: come vengono utilizzate le risorse politiche e ideologiche delle classi o dai gruppi d'interesse per far passare politiche economiche controverse, ad esempio la scelta di permettere l'inflazione o di contrastarla. (...) Insomma l'economia politica considera le idee e i comportamenti economici non già come contesti in cui inquadrare l'analisi, bensì come credenze e atti che vanno a loro volta spiegati: essendo contingenti e problematici (vale a dire che avrebbero potuto essere differenti), vanno spiegati nell'ambito di particolari contesti politici e sociali. (...) Trattando un esito politico o economico come espressione di una preferenza collettiva, lo storico si chiede a quale insieme di interessi possa aver giovato una preferenza siffatta, e quindi quali schieramenti e divisioni caratterizzino una particolare società sottoposta a tensione. *Cui bono?* non è la sola domanda che uno storico deve porsi, ma costituisce un buon punto di partenza. Contribuisce a imputare responsabilità alle strutture di potere e a individuare le poste in gioco anche nel caso di ideologie ampiamente condivise, come quelle (...) della crescita economica e della produttività», C.S. MAIER, *In Search of Stability. Explorations in Historical Political Economy* (1987), tr. it. di N. Negro, *Alla ricerca della stabilità*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 10-16.

Si tratta di una particolare concezione del rapporto tra politica, diritto ed economia. Questo immediato “toccarsi” di diritto ed economia deve, cioè, presupporre un particolare schema concettuale in cui il momento politico, pur presente, venga esorcizzato in un atto fondativo che si esaurisce in se stesso.

Uno dei perni teorici su cui poggia l'ordoliberalismo, infatti, è, propriamente, l'idea che un mercato aperto e in libera concorrenza sia il frutto non dell'armonizzarsi di scelte individuali, almeno nell'atto del suo costituirsi, ma di una decisione globale di natura politica. Tale decisione esprime l'unico modello di convivenza sociale ed economica possibile, quello fondato sul “mercato”. Il Politico non può che prendere atto del sistema di libertà di impresa, come sistema ideale di regolazione dei rapporti sociali: il Politico è la forza, l'autorità, che lo riconosce e lo impone, ma che oltre non può andare, perché il “mercato” costituisce il sistema intrinsecamente ideale e normativo cui dover improntare i comportamenti individuali e sociali.

Introdurre la libertà di iniziativa economica nel tessuto costituzionale rappresenta, per Böhm, il padre dell'ordoliberalismo, «un atto di profondo significato per il diritto costituzionale e per la storia della costituzione (...). Dal punto di vista costituzionale il sistema della libertà dell'impresa *costituisce una costituzione della vita economica in senso politico*; in conseguenza di ciò l'introduzione di questo sistema esprime una “decisione globale” sul modo e sulla forma del processo economico-sociale di cooperazione nello stesso senso in cui Carl Schmitt designa la costituzione dello Stato quale “decisione globale sul modo e sulla forma dell'unità politica”»<sup>21</sup>.

---

Come si vedrà, l'ordoliberalismo, attraverso la retorica della concorrenza, mirerà ad occultare esattamente le caratteristiche della “scelta sociale” e delle forze avvantaggiate dal suo inveramento.

<sup>21</sup> F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin, Heymann, 1933, p. 107 ss. (corsivo aggiunto), cit. in L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, cit., p. 202. Qui Böhm utilizza il concetto di competizione quale sinonimo di concorrenza: «questa decisione globale contiene allo stesso tempo due elementi tecnici di carattere pubblicistico, ossia la proclamazione delle libertà economiche (...) e la proclamazione delle regole della competizione, della concorrenza fondata sulla prestazione» (p. 323); così, in tale ottica, «l'ordinamento giuridico non ha qui alcun motivo di intralciare la competizione, di circoscriverne l'ambito, di negargli ciò che è lotta. Al contrario, ogni simile misura pregiudicherebbe la funzione selettiva ed ordinante della competizione stessa, ne falserebbe il risultato, la trasformerebbe in qualcosa di indeciso. Il compito dell'ordinamento giuridico è allora di proteggere la lotta, non la pace. Esso deve assicurare ubbidienza alla regola della competizione e deve impedire che il gioco regolato delle forze degenere in lotta per il potere indifferente ai principi» (p. 112).

Il parallelo istituito tra la decisione in politica economica e la decisione fondativa dell'unità politica della costituzione schmittiana dice molte cose.

Oltre all'ovvio, e cioè la patina di decisionismo che avvolge la scelta sociale, si può notare il tentativo, da parte della scuola friburghiana, di attribuire al sistema della libertà di impresa una immediata valenza costituzionale, di voler radicare la libertà di impresa nel *DNA* della costituzione, attraverso l'unico modo che ne consenta siffatta congenita incorporazione, mediante un atto pre-riflessivo, non soggetto a successiva discussione o rielaborazione. Non va dimenticato, infatti, un elemento che, in questo accostamento, resta implicito, ma che nella teoria schmittiana è l'asse portante di tutta la dottrina della costituzione. Per il giurista di Plettenberg, infatti, «l'atto della legislazione costituzionale in quanto tale non contiene determinate singole normative, ma definisce con una sola decisione il complesso dell'unità politica rispetto alla sua forma speciale di esistenza. Questo atto *costituisce* la forma e la specie dell'unità politica, *la cui esistenza è presupposta*» e, quindi, «l'unità della costituzione non risiede in se stessa, sebbene nell'unità politica, la cui forma particolare di esistenza è definita dall'atto della fondazione costituzionale»<sup>22</sup>.

La decisione globale sui processi economici e sociali è, perciò, solo la forma speciale di esistenza di un'unità presupposta, che qui coincide con la libera economia degli scambi e della concorrenza. «Più precisamente», scrive Böhm, «il senso, il contenuto materiale di questa decisione assolutamente univoca è che la direzione della vita economica è stata sottratta dalle mani della politica e della comunità sociale e affidata ad un *procedimento astratto*. Questo procedimento astratto è la *competizione*»<sup>23</sup>.

Si è di fronte a una teorica che condensa il momento politico in un puro decidere, ma che ritiene che i successivi conflitti socio-economici debbano essere regolati da una procedura selettiva dichiaratamente economica, che si porrà, altresì, come criterio ordinatore dello stesso processo democratico.

Siamo qui assolutamente in linea con le dichiarazioni programmatiche dell'ordoliberalismo, il cui nucleo centrale consiste nell'«illustrare le regolarità della libera economia degli scambi e della concorrenza indagate dalla scienza economica *in modo finora intentato*. E precisamente in modo tale da porsi il compito di indicare ed esporre siffatto sistema economico *quale costituzione giuridica* della vita economica, quale ordinamento giuridico nel

<sup>22</sup> C. SCHMITT, *Verfassungsgebre* (1928), tr. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 39 (corsivi aggiunti).

<sup>23</sup> F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, cit., p. 107 (corsivi aggiunti), cit. in L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, cit., p. 202.

senso positivo dell'esatta struttura costituzionale. È il tentativo di tradurre l'edificio dottrinale della filosofia economica classica dal linguaggio dell'economia politica in quello della scienza del diritto»<sup>24</sup>.

Il primo passaggio di questa "traduzione" è stato quello, come si è visto, di mutuare dalla dottrina della costituzione schmittiana l'idea "costituente". Occorre, però, qui distinguere. L'elemento esistenziale che incarna l'unità politica in una democrazia è, per Schmitt, il popolo, titolare del potere costituente: «in verità, una costituzione vige, perché emana da un potere costituente (cioè, potestà o autorità) ed è posta dalla sua volontà», per cui «non esiste nessun sistema costituzionale chiuso di genere puramente normativo ed è arbitrario considerare come unità e ordinamento sistematico una serie di singole disposizioni, che sono intese come leggi costituzionali, se l'unità non sorge da una volontà unitaria presupposta. Parimenti è arbitrario parlare senz'altro di ordinamento giuridico. Il concetto di ordinamento giuridico contiene due elementi totalmente diversi: l'elemento normativo del diritto e l'elemento esistenziale dell'ordinamento concreto. (...) La volontà del popolo tedesco, cioè qualcosa di esistenziale, superando tutte le contraddizioni sistematiche, le sconessioni e le oscurità delle singole leggi costituzionali, fonda l'unità politica e di diritto pubblico»<sup>25</sup>.

Le traduzioni da una lingua all'altra (dall'economia politica al diritto costituzionale), come si sa, riescono solo se contengono un tasso tollerabile di sufficiente infedeltà testuale affinché non si perda il senso complessivo di ciò che si va traducendo.

Non si tratta, qui, allora di sostituire semplicemente il termine "popolo" con quello di "mercato". Nell'impianto ordoliberal, contemplare e ammettere l'esistenza concreta di un soggetto portatore delle istanze del libero mercato e della libertà di impresa sarebbe impensabile, poiché quando la volontà concreta compare, essa esprime sempre una posizione di potere e, dunque, tendenzialmente, un monopolio. Al centro della teorica ordoliberale c'è invece il presupposto ideologico dell'assenza di potere, c'è lo stato di equilibrio della concorrenza<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. IX (corsivi aggiunti), cit. in L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, cit., p. 186.

<sup>25</sup> C. SCHMITT, *Verfassunglehre*, cit., pp. 23-24.

<sup>26</sup> Sintetizzando le varie posizioni teoriche sul punto e passando in rassegna la bibliografia sul punto (in particolare alla nota 300), L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, cit., pp. 242-244, definisce la concorrenza così: «dal punto di vista fenomenologico, questa consiste in un processo competitivo che vede una pluralità di concorrenti in lotta per essere preferiti da uno o più soggetti cui spetta il compito di manifestare una preferenza tra le molteplici offerte proposte dai primi. Si genera così una competi-

La teoria della decisione, se trasportata all'interno del campo semantico e operativo dell'ordine giuridico economico sembra subire, pertanto, un sostanziale cambiamento: ciò che è presupposto, ciò che è fondamentale (e dunque sottratto alla discussione) è qui un ordine economico, l'ordine economico che l'economia politica classica ha da tempo delineato, con le sue coordinate di equilibrio, di sistema dei prezzi quale sistema ottimale di allocazione delle risorse<sup>27</sup>, di progetti economici individuali e della loro reciproca armonia mediante una naturale selezione (insomma l'ottimo paretiano che si realizza mediante la concorrenza). La decisione politica di sistema, l'atto costituzionale, dà una forma a quest'ordine, appunto una forma politica. Solo che qui pare

---

zione per essere scelti, un conflitto tra soggetti che fanno appello alla decisione altrui. Siffatta decisione opera come criterio selettivo che individua vincitori e vinti. La concorrenza si iscrive dunque nel circuito procedimentale conflitto-scelta-selezione, per il quale plurimi concorrenti confezionano proposte, i destinatari scelgono, gli sconfitti che non riescono a resistere, abbandonano la lotta». Ora, continua l'A., la concorrenza così intesa non esiste in natura, per cui, conformemente agli insegnamenti della scuola ordoliberal recepiti perfettamente nell'ordinamento dell'Unione, ove la «concorrenza non distorta è il principio che conforma il mercato interno entro i limiti di tutela del *Wesensgehalt* degli altri principi strutturali e dinamici, essendo il *Sollen* della tensione competitiva alla base di tutte le libertà fondamentali economiche», essa dovrà essere considerata quale meccanismo economico *costituito* dal diritto, «il quale la regola dandole norme di contenuto ed assegnandole una funzione nel sistema dell'ordinamento. Così viene elevata ad istituto giuridico dotato di un proprio statuto normativo. Quando si discorre di concorrenza in un mercato o in una pluralità di mercati, ci si riferisce dunque a discipline che sono il frutto di una decisione di politica economica, non alla ricezione di modelli naturali».

<sup>27</sup> «Se osserviamo i soggetti economici nel loro comportamento pratico, allora scopriremo che in verità essi nel predisporre, nell'eseguire e nel correggere i loro sovrani piani economici si lasciano *orientare* da qualcosa che è da tutti comunemente riconoscibile, ossia dai *prezzi*. (...) Noi vediamo dunque che anche nell'economia di mercato senza pianificazione centrale vi è in realtà una forza che guida il complessivo processo economico e che questa forza sono i prezzi, il sistema dei prezzi. Un siffatto sistema rappresenta per così dire un sistema di indicatori che pone ogni partecipante in condizione di orientarsi riguardo all'individuazione dei piani che sono a sua disposizione e la scelta di quelli a cui deve rinunciare. Sono quindi i prezzi che assolvono la funzione di coordinare tra loro gli autonomi piani economici individuali. (...) Di tutti i prezzi, uno soltanto risponde ai requisiti che dobbiamo esigere da un indicatore affidabile, ossia *quel prezzo che si forma sui mercati con concorrenza integrale*. Nonostante ogni singolo piano economico ed ogni individuale comportamento di mercato influisce sul livello dei prezzi di concorrenza e in tal misura questi ultimi sono la risultante delle azioni di ogni partecipante al mercato, tuttavia è del tutto impossibile per ogni singolo soggetto percepire e valutare la minuscola quota di influsso che la sua condotta ha esercitato sul prezzo. Perciò costui non fa conto neppure su di una tale influenza, bensì accetta il prezzo quale destino e lo assume nei suoi piani economici individuali quale dato», F. BÖHM, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, in E.-J. MESTMÄCKER (a cura di), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1980, pp. 61-68, cit. in L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, cit., p. 205.

non esistere un soggetto politico esplicitamente portatore di quell'ordine (non per nulla lo stesso concetto di “decisione globale di sistema”, pur avendo natura politica, contiene in sé la rimozione delle forze storico-produttive che l'hanno adottata<sup>28</sup>), o, meglio, non può esistere, poiché il contenuto reale della decisione pur esprimendo una volontà costituente (quella di stabilire le regole di convivenza della società attraverso il mercato e dunque instaurare una “costituzione economica”), riesce a oggettivizzarla nell'insieme delle regole astratte sulla competizione. Il suo contenuto, infatti, coincide, con il sistema concorrenziale nella sua oggettiva composizione di microsoggetti tendenzialmente in equilibrio e paritari nel loro rapporto di forze.

Succede, cioè, che il richiamo alla teoria schmittiana della costituzione e del suo fondamento, abbia qui la funzione di “esiliare” il politico in un limbo di intangibilità e di “forza”<sup>29</sup>, ad un momento successivamente indisponibile perché ritenuto intrinsecamente “autoritativo”, non idoneo a ricomporre i bisogni sociali, i quali, per poter essere democraticamente soddisfatti, dovranno essere selezionati all'interno del circuito virtuoso, perché competitivo, dell'economia giuridicamente (cioè secondo regole di diritto privato) stabilizzata<sup>30</sup>.

### **3. L'ordine della concorrenza e la democrazia del mercato: il modello alternativo alla democrazia costituzionale**

Per cercare di penetrare più in profondità la logica sottesa alla nuova

---

<sup>28</sup> Infatti, «nell'ordoliberalismo soltanto l'ordine (la struttura) è assoluto e necessario mentre il liberalismo (il contenuto) è contingente e relativo», L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, cit., p. 224.

<sup>29</sup> Scrive N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in N. LIPARI-I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 61, che «sottratti alla neutra e oggettiva naturalità, gli statuti della concorrenza acquistano un alto grado di politicità e storicità. Se la concorrenza è norma della lotta, vi è pure una *lotta intorno ai criteri di disciplina della lotta*: e questo conflitto è tutto politico, e non “tecnico” e a-storico».

<sup>30</sup> «Fu prima notato che la scelta tra metodo autoritativo e metodo competitivo proviene da una decisione di politica economica. Quando il potere politico si è pronunciato in favore del metodo competitivo, quest'ultimo non può dissolversi nel metodo autoritativo, cioè nel metodo negato e rifiutato. Il potere privato si sostituirebbe al potere politico, *rovesciando la scelta* e usurpando la competenza delle decisioni di struttura. La formazione di monopoli sopprime la lotta, e dunque viene in urto con l'opzione costitutiva dell'economia (dove l'estremo rimedio, previsto dall'art. 43 Cost., di volgere in pubblico il monopolio privato). Le leggi antimonopolistiche servono a proteggere o ristabilire le condizioni della concorrenza, ossia di quel metodo che, scelto dalla decisione politica, non è alterabile e sovvertibile dal potere privato», *ibidem*, p. 62.

funzione sociale svolta dal mercato concorrenziale e a quello che pare essere ormai considerato come l'intreccio epistemologico fondamentale tra lo stesso e un moderno assetto democratico della società, è necessario, ora, rivolgersi direttamente alle parole di Böhm: *«l'ordine della concorrenza si qualifica come una ideale base sociale per un ordinamento democratico dello Stato. Esso infatti si fonda sull'idea di sfruttare al massimo la possibilità di coordinamento dei liberi individui con l'impiego ingegnoso delle leggi di reazione psicologica, delle regole sociali del gioco e degli ordinamenti civilistici e di concedere alla subordinazione della persona a mezzo di poteri di comando e di pianificazione solamente quel margine minimo che gli è necessario per proteggere l'ordine della libertà e per impedire il formarsi delle tipiche situazioni sociali di ingiustizia»*; in questo contesto la libera dipendenza dei consociati dalle leggi di mercato realizza il massimo della libertà politica quando è il frutto dell'applicazione delle regole della concorrenza: *«si tratta di nessi di ordine che hanno il carattere di quotidiani processi di votazione e di scelta, di procedimenti che vengono attivati a mezzo dei consociati ed ai quali i consociati stessi reagiscono come di fronte alle elezioni politiche. Ogni giorno milioni di massaie e di consumatori si avviano al mercato muniti di schede elettorali in forma di banconote, si orientano tra i beni offerti sulla base dei prezzi e dell'apparenza e fanno una scelta in forma di decisione di acquisto conformemente al loro giudizio ed alla loro scala dei bisogni (...) [il] giornaliero processo di votazione e di scelta avviato dai consumatori influisce e determina tutte le decisioni e le pianificazioni economiche elaborate in tutti i settori e livelli della struttura del sistema produttivo. Se osservate con attenzione, le cosiddette leggi di mercato non sono altro che una democrazia plebiscitaria attiva in ogni momento, spinta agli estremi e tecnicamente perfezionata al massimo, un referendum popolare che dura tutto l'anno e si svolge dalla mattina fino alla notte inoltrata, la più ideale forma tecnica della democrazia oggi esistente. Con ciò giungiamo al risultato: l'economia di mercato si concilia con la costituzione democratica dello Stato non soltanto perché i compiti di quest'ultimo sono ridotti al minimo nel modo più economico possibile ed ai cittadini è riconosciuto un elevato livello di libertà di pianificazione dei consumi e della produzione, bensì anche perché si combina alla perfezione con la democrazia politica in quanto essa stessa esprime un processo democratico. Di democratico vi è poi nell'ordine della concorrenza anche questo, che esso rispetta i desideri di consumo dei cittadini nella forma e nei contenuti in cui essi effettivamente sono fatti valere»<sup>31</sup>.*

---

<sup>31</sup>F. BÖHM, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, in E.-J. MESTMÄCKER (a cura di),

La prima osservazione che si può tentare di abbozzare consiste nel rilevare come questo ideale democratico, per il suo carattere immanentistico, si pone non in continuità, ma in discontinuità sostanziale con le prescrizioni costituzionali contenute nelle Carte fondamentali redatte all'indomani della seconda guerra mondiale. Non solo perché lì il mercato non è il selezionatore degli interessi generali della società, essendo quel compito affidato al sistema politico-rappresentativo, ma soprattutto perché le procedure democratiche in esse contemplate mostrano un'alterità irriducibile della loro struttura alla struttura concorrenziale del mercato. Certo, si potrebbe obiettare che quelle costituzioni esprimono ormai un'idea obsoleta di funzionamento della democrazia (legata a un sistema partitico ormai in frantumi, ad un Parlamento incapace di rappresentare alcunché, ad una funzione legislativa radicalmente trasformata nelle sue finalità, ad un sistema istituzionale ancora troppo diffidente verso le potenzialità conformative di una rete giurisprudenziale sovranazionale, e così via), ma occorre allora cercare di comprendere in che cosa consisterebbe la "costituzionale democraticità" che emerge dall'alternativa teorica ordoliberal.

Il rimettere alla concorrenza la funzione ordinante della società può apparire, a una prima lettura, un'operazione dal forte contenuto democratico, anzi sembra realizzare l'essenza stessa della democrazia in senso rousseauiano, della perfetta coincidenza tra governanti e governati. Una democrazia intesa qui come forma ellittica di circolazione del potere di autogoverno,

---

*Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, cit., pp. 87-88, cit. in L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, cit., pp. 206-207 (corsivi aggiunti). È interessante notare come la democrazia del mercato sconti un'ontologica somiglianza con il normale ciclo di produzione economico: «nella produzione i membri della società adattano (producono, conformano) i prodotti naturali ai bisogni umani; la distribuzione determina la proporzione in cui il singolo partecipa di questi prodotti; lo scambio gli offre i prodotti particolari, nei quali egli vuole convertire la quota che gli è toccata attraverso la distribuzione; infine nel consumo, i prodotti diventano oggetti del godimento, dell'appropriazione individuale. La produzione produce gli oggetti corrispondenti ai bisogni; la distribuzione li ripartisce secondo leggi sociali; lo scambio ridistribuisce il già distribuito, secondo il bisogno individuale; nel consumo, infine, il prodotto esce fuori da questo movimento sociale, diviene direttamente oggetto e servitore del bisogno individuale e lo soddisfa nel godimento. In tal modo, la produzione si presenta come punto di partenza, il consumo come punto finale, la distribuzione e lo scambio come il punto intermedio, il quale è a sua volta duplice, in quanto la distribuzione è determinata come il momento che proviene dalla società, e lo scambio come il momento che perviene dagli individui. Nella produzione la persona si oggettivizza, nella persona l'oggetto si soggettivizza; nella distribuzione la società, sotto forma di disposizioni generali e imperative, si assume la mediazione tra la produzione e il consumo; nello scambio, questi vengono mediati dalla determinatezza accidentale dell'individuo», K. MARX, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie* (1857-1858), tr. it. di E. Grillo, *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica. 1857-1858*, Firenze, La Nuova Italia, vol. I, pp. 11-12.

che, in quanto parcellizzato tra i componenti attivi della società (produttori e consumatori), riesce a mantenersi costante e diffuso attraverso l'esercizio diretto da parte dei suoi legittimi titolari – ovviamente nella forma giuridica che più di tutte ne esprimerebbe la reciproca condizione di parità, ossia il contratto-, ritornando, poi, quello stesso potere esercitato, agli stessi titolari, sotto forma di soddisfazione mirata e, per così dire, personalizzata, delle loro individuali preferenze e soggettivi bisogni<sup>32</sup>.

La concorrenza, in questo senso, parrebbe essere il terreno ideale su cui poter sperimentare finalmente quel pluralismo giuridico che il monopolio della legge statale avrebbe da sempre compresso. Un pluralismo “orizzontale”, in cui «le regole vengono create dagli stessi attori del mercato e della vita economica più che dal potere politico»<sup>33</sup>. Insomma, ciò che in apertura del secondo capitolo si è definito “spontaneismo normativo”.

---

<sup>32</sup> «I metodi non competitivi (o, se si vuole, autoritativi) non sono *logicamente* né migliori né peggiori dei metodi competitivi. Essi però determinano il *distacco tra autori e destinatari della scelta*: i cittadini nel caso di nomina politica, e i consumatori nel caso di programmi economici, sono *destinatari di decisioni altrui*. I metodi competitivi mirano a ricomporre il distacco, a stabilire la coincidenza tra autori e destinatari della scelta. Economia di mercato e democrazia politica rispondono alla medesima logica: che è di soddisfare il bisogno (di merci o di regole) mediante l'individuale scelta tra molteplici offerte, e non già subendo la scelta altrui», N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, cit., p. 59.

<sup>33</sup> B. SORDI, *Ordine e disordine giuridico del mercato (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)*, in AA.VV., *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 321. Si tratta, in definitiva, del prevalere di quella produzione giuridica descritta da F. GALGANO, *Le istituzioni della società post-industriale*, in F. GALGANO-S. CASSESE-G. TREMONTI-T. TREU, *Nazioni senza ricchezza ricchezze senza nazione*, come propria della *new business community*, retta dal nascente *ius mercatorum*: «Altro diritto a carattere meta-nazionale, il cui raggio di azione tende a coincidere con i mercati internazionali, è quello al quale si dà il nome di *lex mercatoria*. L'espressione ha origine colta: vuole alludere alla rinascita, in epoca moderna, di un diritto altrettanto universale quanto fu universale il diritto dei mercanti medievali. Questo era stato *lex mercatoria*, o *ius mercatorum*, non solo perché regolava i rapporti mercantili, ma anche e soprattutto perché era un diritto creato dai mercanti: le sue fonti erano state gli statuti delle potenti corporazioni mercantili, le consuetudini mercantili, la giurisprudenza delle *curiae mercatorum*. Del pari, per nuova *lex mercatoria* oggi si intende un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati. (...) I fattori che hanno prodotto queste regole internazionali uniformi risiedono, fondamentalmente, nella diffusione internazionale delle pratiche contrattuali del mondo degli affari, negli usi del commercio internazionale, nella giurisprudenza delle camere arbitrali internazionali (...) Talora della *lex mercatoria* si è parlato come di un “ordinamento giuridico”, separato dagli ordinamenti statuali, espressione della “*societas mercantile*”. Sono parole usate da una sentenza della nostra Cassazione. A questo modo gli usi del commercio internazionale vengono assunti quali veri e propri usi normativi, vere e proprie fonti di diritto

Può essere utile constatare come gli orientamenti dottrinali favorevoli all'attuale struttura "costituzionale" dell'Unione europea, non neghino, a priori, la valenza fondante del paradigma mercantile, considerato, a conti fatti, il reale movente (dopo l'iniziale voglia di *pax europea*) dell'integrazione sopranazionale, ma ne evidenzino, al fine di un plausibile temperamento, la funzionalizzazione ad esigenze diverse (di natura non strettamente economica) e più generali, quali espresse dai principi di tutela della persona umana, di protezione dei consumatori, di uguaglianza e non discriminazione, di coesione economica e sociale e di solidarietà, di proporzionalità, del divieto dell'abuso del diritto<sup>34</sup>.

In questo senso, è stato detto, «la libertà di mercato ha una portata che trascende la sfera economica, una naturale attitudine espansiva come elemento pervasivo dell'ordine sociale»<sup>35</sup>.

Secondo questa impostazione, la circostanza che il mercato sia da considerarsi, all'interno della costruzione comunitaria, il fattore fondamentale di espansione e conformazione della "sfera pubblica"<sup>36</sup>, non comporterebbe alcuna frattura rispetto alla forma costituzionale degli Stati europei, ma semmai la continuazione o, tutt'al più, un aggiornamento della linea di tendenza presente nello «Stato costituzionale di questo secolo»<sup>37</sup>. Questo perché anche l'ordinamento comunitario prevederebbe che il mercato, al pari di ogni altro aspetto della vita sociale, sia appunto un mercato regolato, un elemento esso stesso «condizionato» e «costituito» dall'espansione della sfera pubblica europea e ri-modulato alla luce di quei nuovi fini che, a partire dagli anni novanta del XX secolo (il riferimento sarebbe soprattutto al Trattato di Amsterdam), avrebbero sempre di più orientato la direzione del processo "costituente" europeo verso mete di "integrazione positiva": la protezione sociale, il livello elevato di occupazione, lo sviluppo armonioso e sostenibile delle attività economiche, insomma tutti quegli obiettivi già iscritti nel patrimonio genetico dello Stato sociale costituzionale.

---

oggettivo; ma di un diritto oggettivo non statale, bensì sovranazionale: di un diritto oggettivo della *societas mercatorum*. Questo ordinamento sovranazionale, aggiunge la Cassazione, non ha propri organi di coercizione; si avvale, a questi effetti, degli organi degli Stati nazionali, di volta in volta competenti per territorio. Così la *business community* si erige a ordinamento sovrano; gli Stati nazionali ne diventano il braccio secolare» (pp. 27-28).

<sup>34</sup> Così L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 171.

<sup>35</sup> P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, cit., p. 352.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 353.

<sup>37</sup> *Ibidem*, *ivi*.

In questa ricostruzione, però, il passaggio dalla conformazione del mercato attraverso norme di rango costituzionale al mercato regolato giuridicamente attraverso la stratificazione dei Trattati, lascia in ombra la diversità strutturale della fonte disciplinatrice, accontentandosi, da un lato di rimarcare la distanza della nozione comunitaria di mercato dalle filosofie spontaneistico-naturalistiche, e, dall'altro lato, suggerendo la possibilità di chiamare "costituzionale" delle norme intervenute solo *ex post* a legittimare, dal punto di vista ordinamentale, l'instaurazione materiale di un nuovo tipo di organizzazione dei rapporti economico-sociali, di fatto incompatibile con i precedenti assetti fondamentali di governo "legalmente" costituzionale dell'economia.

L'ideale democratico che la teoria della concorrenza propone, si fonda, infatti, sulla presunta uguaglianza dei soggetti partecipanti alla vita economica, tanto in qualità di produttori, che si fronteggiano ad armi pari sulla scena del mercato comune, quanto nella veste di consumatori, veri e soli arbitri – sovrani – nella scelta del miglior competitore, e, contemporaneamente destinatari dei benefici economici e sociali che quella lotta tra imprese genera. Ritenendo di individuare in tali rapporti il modello-base di strutturazione democratica dell'ordine sociale della convivenza<sup>38</sup>.

In contrasto con tale "assolutismo democratico"<sup>39</sup> è la circostanza che

---

<sup>38</sup> Commentando la tecnica redazionale della Carta di Nizza, G. FERRARA, *La Carta europea dei diritti. Da Weimar a Maastricht*, in *La Rivista del manifesto*, n. 10, 2000, ha osservato: «l'operazione politica di questo Progetto, in ordine al principio di eguaglianza, è ancora più sconvolgente, mira ad un obiettivo regressivo sorprendente. Paradossalmente lo persegue usando proprio il criterio escludente le forme della discriminazione. Include tra queste cause di discriminazione, quella fondata sul patrimonio, precludendo che possa derivarne un trattamento comunque diversificato. Eguaglia così tutti i prefigurati destinatari di questa proposta di norma prescindendo dalle loro situazioni patrimoniali. Il ricco è equiparato al povero, il capitalista al salariato. Per gli uni e per gli altri dovrà essere prevista ed applicata la stessa disciplina. Il che comporta il divieto di misure equilibratrici che abbiano valenza economica patrimoniale, quindi il divieto di un'imposizione tributaria di tipo progressivo. Il proprietario di un vasto patrimonio contesterà, per violazione del principio di non discriminazione fondata sul patrimonio, ogni disposizione, misura, provvedimento che non lo eguagli al nullatenente. Il principio per cui a situazione eguale deve corrispondere un trattamento eguale ed a situazioni diseguali deve corrispondere un trattamento diverso, in corrispondenza della disuguaglianza sussistente, è rovesciato e, con esso, un postulato etico-politico della civiltà contemporanea fatto proprio dall'espressione più avanzata del costituzionalismo del Novecento».

<sup>39</sup> Scrive N. ACOCELLA, *Fondamenti di politica economica*, Roma, Carocci, 1999, p. 136, parlando del metodo concorrenziale: «L'aspetto più interessante non concerne tuttavia la misura degli scostamenti della realtà di mercato rispetto alla loro configurazione astratta, quanto le conseguenze istituzionali di uno scostamento anche piccolo della realtà rispetto al modello astratto. Da questo punto di vista, (...) la concorrenza perfetta sembra avere un ca-

negli stati costituzionali, il popolo, che qui assumiamo momentaneamente e del tutto impropriamente come l'equivalente funzionale dei milioni di consumatori che "votano" istantaneamente ogni giorno<sup>40</sup>, ha deciso, dandosi delle regole (la costituzione), di consentire il corrente esercizio della propria sovranità, trascendendo se stesso, imponendosi cioè – per usare l'espressione con cui si apre la costituzione italiana – forme e limiti. Vincolandosi a quella superiore "legalità costituzionale" che avrebbe dovuto impedire l'impunita riemersione dei poteri forti e la sopraffazione delle contingenti maggioranze uscite vittoriose dai procedimenti elettorali.

Con ciò, evidentemente, cercando di ridurre (e questo dovrebbe essere il parametro per poter valutare una presunta continuità tra gli stati costituzionali europei e l'ordinamento comunitario) la portata e la consistenza di quella "finzione" che nello Stato liberale moderno discendeva da un sistema rappresentativo che, pur affermando in linea di principio la propria derivazione dalla sovranità popolare (e dunque postulando un qualche collega-

---

rattere 'totalitario': o i presupposti ci sono tutti, assicurando così l'ottimo; oppure ne manca anche uno soltanto e, allora, ci si allontana del tutto dalla concorrenza perfetta».

<sup>40</sup> Rispetto a tale impostazione, a dir poco idilliaca, presente nelle analisi tra le più "quotate" oggi a supporto del sistema di concorrenza aperta e del libero mercato (si pensi al saggio di T. PADOA-SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1997, pp. 25-26, ove è ripresa fedelmente l'idea del mercato come elettorato permanente, per cui «il governo dell'economia è "sul mercato" in ogni momento delle ventiquattro ore, sottoposto al giudizio che migliaia di soggetti economici formulano sulla sua capacità di azione, sulla sua coerenza, determinazione, concordia, sulle sue prospettive di durata. (...) Sono i singoli in quanto soggetti economici che in ultima analisi giudicano il governo dell'economia: come risparmiatori esprimono il tasso (...) come consumatori, decidono se» acquistare «come imprenditori», se «investire»), F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, cit., pp. 101-102, fa notare come, innanzitutto, sia arduo «considerare categorie omogenee e decisive, consapevoli ed agenti all'unisono, i piccoli risparmiatori ed i consumatori, da un lato, e gli speculatori finanziari, i grandi investitori, le varie tipologie, qualitative e dimensionali di imprese, dall'altro»; in secondo luogo, è estremamente difficile considerare «credibile obiettivamente, che il mercato, i mercati finanziari, siano macchine razionali, neanche come sintesi (operata da "mani invisibili") della razionalità di tanti, migliaia, di soggetti diversi. Vedo i mercati finanziari governati, piuttosto, dall'emozione, per non dire spesso dall'isteria collettiva, dagli atteggiamenti di speculatori, questi sì razionali, che interpretano il proprio ruolo, come si suol dire, anche giocando al ribasso; più spesso governati da leggi imperscrutabili, in quanto composte da infinite variabili, molte delle quali in conoscibili, rispetto alle quali le giustificazioni che gli analisti formulano sugli andamenti dei mercati, finanziari e mobiliari, sembrano spesso ingenui tentativi di esorcizzare la paura dell'ignoto, per non dire di predire il futuro degli sviluppi imprevedibili dell'economia, almeno per le masse di investitori»; perciò, «una forte capacità di influenza sugli andamenti dei sistemi politici il capitale finanziario, in verità, la possiede. Ma non quello governato dalla "mano invisibile", e quasi mai razionale, del mercato, quanto piuttosto quello gestito dai sistemi di politica economica riconducibili a soggetti determinati, quali i gruppi transnazionali».

mento legittimante tra organi statali e collettività popolare), discriminava in concreto i cittadini in “attivi” e “passivi” a seconda del loro censo e riservava i diritti politici a una ristretta cerchia di privilegiati<sup>41</sup>.

Nell'ordinamento comunitario, l'emarginazione del momento politico-rappresentativo in favore di una democrazia imperniata sull'esercizio diretto delle proprie libertà economiche (dunque in favore di «un'organizzazione che si legittima per le sue prestazioni unificanti non essendole possibile legittimarsi attraverso i diritti di partecipazione»<sup>42</sup>) è fatalmente funzionale

---

<sup>41</sup>V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione (note preliminari)* (1954), cit., faceva notare cinquant'anni fa, con l'intento di redarguire posizioni dottrinali troppo appiattite sul dogma dello Stato-persona, come «il popolo, modernamente, non sia affatto una massa indifferenziata e disorganizzata di individui, meramente giustapposti gli uni accanto agli altri. Al contrario, esso si presenta sempre, sia pure con differenze anche notevoli ma esclusivamente quantitative, organizzato in formazioni particolari, anche indipendentemente e al di fuori del corpo elettorale. Tra queste formazioni, alcune sono di origine *volontaria*, come tipicamente i partiti politici, le associazioni sindacali, le organizzazioni di orientamento confessionale, le leghe e le cooperative e via dicendo, sino a giungere a formazioni che non hanno addirittura, a prima vista, alcun carattere politico, e tuttavia esplicano anch'esse indirettamente, una influenza talvolta sensibile sulla formazione degli indirizzi politici popolari; altre invece sono prestabilite e create dall'ordinamento statale, sono cioè di origine *legale*, com'è appunto il caso del corpo elettorale» (p. 123). Per cui, continua Crisafulli, «*in tanto lo Stato moderno può dirsi realmente rappresentativo, in quanto esso sia organizzato in modo da dar vita ad un collegamento stabile ed efficiente tra lo Stato medesimo e la collettività popolare: in quanto cioè, sia dato rinvenire nella struttura di esso uno o più organi appositi, destinati specificamente a rappresentare il popolo (organi che esistono infatti storicamente in tutti gli Stati moderni e che sono, di regola, formati mediante elezione dei loro titolari). Il carattere rappresentativo dello Stato moderno può dunque essere una mera finzione giuridica, nell'ipotesi che lo Stato manchi di tali organi appositi, oppure che questi vi siano ma non abbiano poteri determinanti; ed un largo margine di finzione sussiste altresì quando, pur ricorrendo tali condizioni essenziali, l'ordinamento giuridico discrimini poi i cittadini in attivi e passivi, in base a criteri politici o di classe, attribuendo i diritti politici a una ristretta aliquota di privilegiati. La finzione, viceversa si attenua, sin quasi a scomparire del tutto, quando: a) lo Stato sia fornito di detti organi; b) questi abbiano poteri determinanti; c) i diritti politici spettino a tutti i cittadini naturalmente capaci; d) sia garantita nel modo più ampio la libertà dei partiti politici ed esistano, in fatto, le condizioni concrete di una organizzazione dei partiti stessi, tale da inquadrare la maggioranza della popolazione attiva, realizzando una effettiva saldatura tra gli elettori e le masse dei non elettori*» (pp. 132-133, corsivo integralmente aggiunto). Sul corretto significato da attribuire alla “sovranità popolare” si veda, tra gli altri, C. DE FIORES, *Uso e abuso del popolo sovrano nella vicenda costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2003, pp. 11-40, nonché L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Atti del Convegno di Padova, 19-20-21 giugno 2003, Padova, Cedam, 2004.

<sup>42</sup>Così, M. DOGLIANI, *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, cit., p. 90, il quale, tratteggiando il punto di vista dominante sull'attuale processo di unificazione europea, osserva che «a questo *mix* di artificialismo politico e di *rational choice* guardano con perplessità coloro che ritengono che i diritti di libertà economica e civi-

alla ri-espansione di quella “finzione” (si pensi a quanti insistono sulla sufficienza della c.d. “doppia legittimazione” per mettere a tacere le critiche che si appuntano sul *deficit* democratico dell’Unione) e alla sua passiva accettazione.

La contestazione della “trascendenza” costituzionale, della superiore legalità che la costituzione esprime attraverso i suoi organi rappresentativi e mediante il costante riferimento al sistema politico quale punto di mediazione tra il diritto oggettivo e i bisogni sociali, da parte di teorie immanentistiche del diritto, quali fonti produttrici e alimentatrici di una libertà “orizzontale” e a portata di tutti, nasconde questa *tara* costituzionale che proprio le costituzioni postbelliche avevano cercato di curare.

E in questo tentativo di screditare l’effettivo margine di libertà dei singoli, che le costituzioni avrebbero in qualche modo limitato attraverso la riconduzione del loro agire pubblico a strutture politiche definite autoritarie e dirigitiche, finiscono inevitabilmente per scivolare anche quelle teorie che, compiendo un salto storico, oltre che logico, tendono a rappresentare la base “popolare” di quelle stesse costituzioni nei termini o di un rozzo nazionalismo o di una primitiva omogeneità, in realtà del tutto estranei e incongrui rispetto alla complessa architettura costituzionale disegnata all’indomani del crollo dei regimi totalitari<sup>43</sup>.

---

le (la libertà dei moderni) non portino affatto, di per sé, alla democrazia, e non ne giustifichino affatto la necessità. La possibilità (ed anzi la desiderabilità del loro godimento scisso dalla partecipazione politica è stata rivendicata *ab origine* – da Constant, come è arcinoto – ed è stata ampiamente comprovata dalla storia dei regimi oligarchici liberali. La ragion d’essere storica della democrazia non consiste dunque – per i sostenitori di questo punto di vista nello sviluppo del ceppo rappresentato dai diritti di libertà economica e civile e nel loro naturale allargarsi al campo della politica, ma nello strutturarsi di un conflitto sociale e politico che “ha bisogno” dei diritti di partecipazione perché le parti contrapposte possano esercitare – in forme pacificate dal diritto oggettivo – il loro “diritto di conversione” (Pizzorno), e cioè la lotta per l’affermazione dei loro principi identitari. In questa prospettiva ci sarà un sistema politico europeo solo quando emergeranno in modo nitido linee di spaccatura di dimensione europea sorrette da soggetti collettivi di analoga dimensione: solo allora si potrà propriamente parlare di una costituzione (democratica)» (p. 83).

<sup>43</sup>Ci si riferisce, in particolare, a quelle ricostruzioni della nozione di “popolo”, che si fondano su un reimpiego fondativo-costituzionale del concetto di agire comunicativo habermasiano. Si vedano, in proposito, le prospettazioni contenute in E. SCODITTI, *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Bari, Dedalo, 2001, e in S. DELLA VALLE, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, Milano, Giuffrè, 2002. I tratti identificativi di tali posizioni teoriche passano, sostanzialmente, attraverso una triplice schematizzazione concettuale: *a*) un’esasperazione del nesso stato-nazione finalizzata ad enfatizzare il tema del potenziale conflitto tra identità nazionali culturalmente chiuse e ostili; *b*) l’assenza (rilevabile, ad esempio, nel “salto” logico-storico dal paradigma olistico nazionale direttamente al paradigma comunicativo

Si potrebbe dire – usando il lessico habermasiano – che la struttura del popolo sovrano, nelle costituzioni del secondo dopoguerra, è già una struttura “comunicativa”<sup>44</sup>. Se così non fosse si finirebbe, implicitamente, per

---

sovranazionale) di riferimenti intermedi alle costituzioni nazionali postbelliche, quali luoghi normativi di un già realizzato superamento delle istanze nazionalistiche, attraverso la previsione di disposizioni volte a consentire e a promuovere l'apertura dei singoli Stati verso organizzazioni internazionali o sovranazionali; c) l'idea di un *demos* civico-razionale, basato su cittadini in grado, sulla base di un semplice riconoscimento normativo dei loro diritti “politici”, di “comunicare” liberamente gli uni con gli altri. L'assunto di fondo di tali ricostruzioni, vale a dire il rigetto di una nozione “etno-sostanzialistica” di “popolo”, è pienamente condivisibile. Ma ciò che lascia perplessi è una sconfinata fiducia nelle capacità compositive di un ordine giuridico costruito prevalentemente sulle fragili fondamenta di un agire orientato all'intesa, che agisca – poiché, come dice lo stesso J. HABERMAS, nella *Prefazione* alla nuova edizione di *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (1962), tr. it. di A. Illuminati-F. Masini-W. Perretta, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. XXXVIII, «i discorsi non governano» –, in quanto “potere comunicativo”, incapace di sostituire il potere amministrativo concreto degli apparati pubblici, esclusivamente dal di fuori, secondo le «modalità dell'assedio», senza reale possibilità di incidere sui processi reali di formazione politica della volontà. Tanto da indurre ad abbracciare, come diritto costituzionale praticabile a livello europeo, «l'idea di un ordine politico» che «perde drammaticamente terreno a favore di un ordine “giuridico”, il cui pregio è di razionalizzare i comportamenti degli attori europei, regolando le procedure decisionali e recependo in un sistema di garanzie gli equilibri di volta in volta emergenti come esito del mercato economico», E. SCODITTI, *La costituzione senza popolo*, cit., p. 6. Tali impostazioni, forse, sono troppo rassicurate dalla visione di una «ormai intangibile legittimità razionale dei “diritti”». Vale la pena tuttavia di ricordare, da un lato, che lo stesso J. HABERMAS, *Conversazione con Mikael Carleheden e René Gabriels* (1994, originale in lingua svedese, apparsa in tedesco per la prima volta nel volumetto ID., *Die Normalität einer Berliner Republik*, 1995), tr. it. di L. Ceppa, ora in ID., *Solidarietà tra estranei. Interventi su «Fatti e norme»*, Milano, Guerini e Associati, 1997, p. 119, più di recente, ha ritenuto il “modello dell'assedio” «troppo disfattista», rivalutando modelli gestionali diretti della pubblica amministrazione; dall'altro lato, uno degli allievi più importanti di Habermas, A. HONNETH, *Kampf um Anerkennung. Grammatik sozialer Konflikte* (1992), tr. it. di C. Sandrelli, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, Milano, il Saggiatore, 2002, ha da tempo attirato l'attenzione sull'importanza che l'identità, come prodotto di una catena di riconoscimenti, assume nell'ambito di un agire orientato all'intesa, il quale non può che essere sostenuto, nella realtà, da una serie di relazioni di riconoscimento reciproco (è quella che Honneth definisce «l'innovazione intersoggettivistica di Hegel», p. 21, ma si veda l'intero capitolo II), basate, però sull'*omogeneità* della cerchia di riconoscimento: nell'interazione comunicativa con gli altri individui, comunque sia, difendiamo sempre le circostanze in cui è possibile sentirsi *riconosciuti da altri* che noi stessi *riconosciamo*. Il che dovrebbe indurci a trattare con maggiore cautela, proprio per evitare “crisi irreversibili di identità” e rivendicazioni fondamentaliste, le questioni c.d. sostanzialistiche attinenti alle configurazioni teoriche delle nozioni di “popolo”.

<sup>44</sup>Proprio, ad esempio, con riguardo alla nozione di “popolo” contemplata dalla costituzione italiana, G. FERRARA, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 2, 1965, p. 272, aveva già modo di constatare

negare come lo stesso avvio della costruzione europea, dopo la seconda guerra mondiale, sia derivato proprio dalla volontà politica (che è volontà di integrazione a livello di mondo-di-vita) di superare i limiti che i diversi nazionalismi e le visioni integraliste del popolo avevano creato ingenerando odio e violenza. L'appello sempre più ricorrente a "costituzioni senza popolo", per quanto frutto delle migliori intenzioni di mantenere viva l'attenzione sui rischi di una reviviscenza di *demoi* rinsaldati nelle loro prerogative identitarie potenzialmente disgregatrici, si sta trasformando, ormai da tempo, in una diffusa accettazione del necessario disgiungimento della sovranità popolare dalle forme democratiche di governo. Questo per dire che il dibattito sul *demos* europeo non dovrebbe essere radicalizzato attraverso una rappresentazione di tipo oppositivo tra un popolo nazionale preriflessivo ed etnocentrico e un popolo o più popoli comunitari riflessivi e comunicativi. Ciò vorrebbe dire, implicitamente, ammettere una sorta di fallacia naturalistica congenita alle costituzioni nazionali, *non più* idonee a sopportare le sfide di una complessità relazionale perché *mai* "attrezzate" a convogliare le istanze politiche in una sfera pubblica articolata, ora, in parte, de-nazionalizzata. Semmai il punto di partenza analitico andrebbe rovesciato: è in grado l'Unione europea di garantire sul piano sovranazionale quella ricchezza di espressione politico-organizzativa che, a livello costituzionale nazionale, si prevedeva come fattore indispensabile non per l'attribuzione della titolarità del potere sovrano ma per garantirne il miglior ed eguale esercizio, all'interno di una società solcata da pluralistici interessi e diverse (a volte irriducibilmente diverse) posizioni ideali? Insomma, è in grado l'Unione eu-

---

che «l'organizzazione unitaria della comunità non è dunque assunta come un dato acquisito, ma è considerata testualmente come una realtà da costruire. Visto che la Carta stessa valuta come suscettiva di strutturarsi su base unitaria non già l'entità popolo, staticamente intesa, ma l'organizzazione comunitaria, la configurazione del popolo come unità soggettiva non costituisce una entità giuridicamente certa, neanche sul piano delle valutazioni meramente formali che l'ordinamento è capace di creare. Non è vero perciò che sia il popolo ad essere considerato "a priori" come entità unitaria ma è vero che si pone come capace di strutturarsi secondo schemi effettuali unitari l'organizzazione politica, economica e sociale della comunità»; per cui, continua l'A., «il popolo si presenta come unità articolata. Nella misura in cui le articolazioni si vanno accentuando, trasformando l'entità articolata in un'entità complessa e, quindi, in un agglomerato differenziato di gruppi distinti, il popolo perde la sua unità intrinseca. Si determina contemporaneamente un processo di alienazione: l'unità del popolo si trasferisce allo stato-soggetto, nella stessa misura in cui l'articolazione primaria ha dato luogo alla entità complessa di gruppi, successivamente cristallizzatisi in una contrapposizione ideologica e politica. Il popolo perde la sua unitarietà ed acquista, per le sue parti, unitariamente intese, le garanzie necessarie per lo sviluppo di una dialettica politica quanto meno pacifica» (p. 277).

ropea di mettersi realmente in gioco come unità politica creando le condizioni perché sorgano soggetti sociali che ne interrogano, *a posteriori*, la struttura “costituzionale” come «armistizio, che disarma e procedimentalizza il conflitto politico costituendo un’unità politica prima inesistente»<sup>45</sup>? Questi interrogativi se elusi o rimandati nel tempo ad un futuro meno assillato da incombenze economiche globali o da questioni di politica di potenza in contrapposizione all’egemonia mondiale americana, rischiano di legittimare un potere costituente di fatto, basato sull’intreccio contingente di forza economica e regole tecnocratiche cui viene riconosciuto valore “costituzionale” solo a seguito del suo successivo stabilizzarsi, del suo seguente cristallizzarsi in un complesso di regolarità, funzionali all’esplicarsi di quelle libertà economiche e civili di cui si fanno portatori quei soggetti che hanno la possibilità di garantire i propri interessi indipendentemente da qualsivoglia mediazione politico-rappresentativa.

Quando si dice «ordine giuridico del mercato», quando si fa riferimento a un mercato che, in quanto regolato, non è né primordiale né selvaggio, quando ci si appella a uno “spazio comune” del libero scambio, frutto di una scelta politica che dà forma a un complesso di norme disciplinatrici di quello spazio – complesso di norme il cui nucleo insopprimibile è privatistico e nasce dall’idea di una perfetta interattività di soggetti simmetricamente uguali impegnati a soddisfare i loro bisogni economici –, e si procede a trasformare quello che è l’attuale modo d’essere dell’ordinamento comunitario in un possibile “costrutto prescrittivo”, allora, si pone, in realtà, a fondamento della struttura costituzionale che su quel modello si intende erigere, un pericoloso principio di identità tra “costituente” e “costituito”. Se è vero, infatti, che nell’ordine giuridico del mercato, il triangolo imprese-concorrenza-consumatori rappresenta il punto iniziale e al contempo l’approdo finale del circuito istituzionale, poiché il “regolato” (il mercato) può essere “libero” solo se è disciplinato da norme fatte della sua stessa sostanza (norme che mimano l’interazione fittiziamente libera dei tre elementi che compongono quel triangolo), il “regolante” allora, in questa visione, non potrà che essere lo stesso mercato stabilizzatosi e dunque autorappresentatosi (attraverso le strutture simboliche del diritto costituzionale) come “ordine”.

---

<sup>45</sup> Così, M. DOGLIANI, *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, cit., p. 83.

#### **4. Lo sfondo ideologico dell'Europa sociale: una possibile analisi del *soft law* comunitario**

Questo è il motivo principale, per il quale, quando si discorre di Europa “sociale”, dovrebbe rintracciarsene la matrice logica, prima ancora che storica, nel progetto di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

Quella stessa economia di mercato, aperta e in libera concorrenza, è divenuta, esplicitamente, nel progetto di Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, un'«economia sociale di mercato». Espressione che, tuttavia, non sposta il baricentro della questione, ma contiene, in sé, la pretesa di definire, tanto sinteticamente, quanto ambigualmente, i termini essenziali di un modello “sociale” europeo, a partire dalla condivisione implicita dell'idea che il mercato, attraverso la dinamica della concorrenza – che è dinamica formalmente strutturata e non certamente “naturale” – può assurgere a potere di formalizzazione sia dei criteri di azione dello Stato sia dei criteri di organizzazione della società.

Questa visione delle cose è certamente rinvenibile nei diversi articoli che compongono i Trattati europei e, più di recente, il Progetto che istituisce una costituzione per l'Europa. Tuttavia, essa compare, più compiutamente disegnata, in quei documenti persuasivi (*soft laws*), che stanno dietro la perentoria giustificabilità politico-decisionale dei ‘considerando’, e che soprattutto la Commissione elabora sotto forma di ‘contributi’, ‘comunicazioni’, ‘regole’, ‘raccomandazioni’, ‘libri bianchi’, ‘libri verdi’, ecc., in quei settori di *policy* abbastanza forti e nevralgici da condizionare interessi sociali ed economici di portata generale, comunitaria e nazionale insieme<sup>46</sup>.

Uno di questi documenti rappresenta la base, per così dire, filosofica, giuridicamente l'atto di alta amministrazione, che dà forma all'indirizzo politico fondamentale di cui, nel vertice di Hampton Court, si sono discussi i modi di implementazione<sup>47</sup>. Un documento che riprende, aggiorna e, nella

---

<sup>46</sup> Sul ruolo *hard* del *soft law* nell'ordinamento comunitario, cfr., da ultimo, M. LUCIANI, *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea (versione parziale e provvisoria)*, Relazione presentata al Convegno annuale dei costituzionalisti tenutosi a Catania il 14-15 ottobre 2005, p. 22, il quale osserva lucidamente che «il *soft law* (ancor più della *soft regulation*, intesa come regolazione attraverso strumenti normativi tradizionali, che tuttavia lasciano margini flessibili di adeguamento e spazi discrezionali di esecuzione e attuazione) è tutt'altro che *soft*, perché è capace di improvvise rigidità vincolanti se, oltretutto a discrezione di soggetti non democraticamente controllabili (giudici, organi tecnici, esecutivi in sede di negoziato con altri esecutivi), lo si erge a paradigma di decisioni o di comportamenti».

<sup>47</sup> Di atti di vero e proprio indirizzo politico, con riferimento alle Comunicazioni della Commissione – all'interno di un circuito di reciproca alimentazione normativa e prescrittiva

sostanza, conferma, la Strategia di Lisbona, varata nella primavera del 2000 e che rilancia il ruolo della Commissione come istituzione «promotrice e produttrice di comunitarietà»<sup>48</sup>, in un campo così delicato come quello della politica sociale dell'Unione.

«L'Europa deve riformare e modernizzare le sue politiche per poter preservare i suoi valori. Una modernizzazione è essenziale per mantenere i livelli di prosperità storicamente alti dell'Europa, di coesione sociale, di protezione dell'ambiente e di qualità della vita». Così si apre la Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni, dal titolo "I valori europei nell'era della globalizzazione"<sup>49</sup>. Si tratta del documento ufficiale che ha fatto da sfondo ideologico (o a-ideologico, se si accetta la premessa – assai controversa – che il *modern world* descritto nella Comunicazione sia, puramente e semplicemente, il mondo "reale" e necessitato dei "fatti")<sup>50</sup> alla

---

rispetto alla normazione comunitaria primaria (circuiti che contribuirebbe a classificare le Comunicazioni come fonti secondarie "atipiche" dell'ordinamento comunitario) –, parla F. BILANCIA, *Sul concetto di legge politica: una prospettiva d'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. I, "Vincoli" alla funzione legislativa, Milano, Giuffrè, 1999, p. 226 ss. Secondo l'A., la Commissione, attraverso le Comunicazioni, procede comunque «nella definizione delle linee di sviluppo della futura politica comunitaria nella materia, in una con la integrazione-attuazione delle disposizioni normative primarie» (p. 227). Pertanto, le Comunicazioni possono essere considerate «fonti integrative delle norme primarie, affermatesi per forza propria, meglio, per l'autorità politica dell'istituzione di cui esse sono emanazione, che ricevono dalle stesse norme primarie di cui sono attuazione la forza vincolante propria delle prescrizioni di cui vengono a configurare l'assetto finale» (p. 235).

<sup>48</sup> Così G. FERRARA, *Commissione europea e indirizzo politico*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, n. 3-4, 2005, p. 1068. «Si può supporre», scrive l'A., «che la "comunitarietà" diventi nel breve, o nel medio periodo una categoria del diritto pubblico aggiungendosi a quelle classiche quali statualità, nazionalità, o sostituendosi a queste e a quante altre possono essere messe in discussione, a causa della sua capacità di inglobarle. Sarà la commissione, se si realizzerà questa ipotesi, l'istituzione che di tale categoria potrà vantare la primigenia manifestazione soggettiva e funzionale. Potrà vantarla per il ruolo che, in base ai trattati ed ai contenuti che li hanno caratterizzati, essa ha svolto come promotrice e produttrice di comunitarietà, esercitando la più intensa funzione dinamica, quella costruttrice e via via sempre più incrementante dell'ordinamento, laddove, invece, quella della Corte di giustizia si rivelerà essere stata, e non poteva essere altrimenti, funzione stabilizzatrice, certativa della "comunitarietà"».

<sup>49</sup> *Comunicazione della Commissione del 20.10.2005/525*, in *www.europa.eu.int*.

<sup>50</sup> Per chi volesse approfondire il rapporto tra ideologia e diritto, come necessaria chiarificazione metodologica propedeutica alla effettiva comprensione dei postulati storico-culturali di qualsivoglia concezione della scienza giuridica, si rinvia alle intense pagine di R. ORESTANO, *Ordinamento giuridico, scienza del diritto, ideologia* (1983), in ID., *Edificazione del giuridico*, Bologna, il Mulino, 1989, p. 303 ss.

riunione informale dei capi di stato e di governo del 27 ottobre 2005, dedicato all'«Europa sociale» e alle sfide della globalizzazione.

Già dall'incipit del documento appare evidente il presupposto che, poi, la Comunicazione della Commissione tenderà, sia pure solo indirettamente e con cenni più evocativi che analitici, di definire e precisare: il fatto che la globalizzazione economica rappresenti il fulcro di un cambiamento radicale della società occidentale. Con, in più, un ulteriore passaggio logico, o, se si vuole, psico-sociologico. Ossia che il processo di globalizzazione in campo economico rappresenti la cifra caratterizzante dell'interpretazione della modernità, o se si vuole, della postmodernità<sup>51</sup>.

È forse necessaria, però, a questo punto una precisazione.

Il termine «modernizzazione» («modernisation», «modernization»), nel suo significato originario, sta ad indicare «un mutamento sociale su larga scala, coinvolgente le principali strutture economiche, politiche, amministrative, familiari, religiose di una società, che mostra di procedere in direzione di un progressivo avvicinamento a un modello di società moderna fondato in complesso sulle caratteristiche acquisite gradualmente dalle società occidentali dopo la Rivoluzione industriale (circa 1780-1830) e la Rivoluzione francese: in specie l'inserimento della massa della popolazione nel sistema economico e politico nazionale; l'urbanizzazione; lo sviluppo di un potente apparato giuridico-amministrativo centrale; la diffusione del principio di razionalità in tutte le sfere della vita sociale; il forte incremento della differenziazione sociale e della divisione del lavoro; la moltiplicazione di associazioni, organizzazioni e istituzioni specializzate nello svolgere funzioni un tempo inesistenti o fuse in ruoli generici entro la sfera familiare, come gran parte delle funzioni produttive ed educative; l'eliminazione dei privilegi ereditari e l'incremento generale della scolarità»<sup>52</sup>.

Va detto, tuttavia, che, soprattutto dopo la seconda guerra mondiale, il termine «modernizzazione», che, come si è visto, coincideva con un'idea ben precisa di «modernità», intesa come frattura politica, economica e so-

---

<sup>51</sup>Da intendersi, secondo la ben nota impostazione di J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne* (1979), tr. it. di C. Formenti, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano Feltrinelli, 1985, p. 72, come condizione sempre più diffusa di «erosione interna del principio di legittimazione» politica delle società contemporanee, a seguito della perdita di credibilità delle grandi narrazioni e delle grandi mediazioni politiche e ideologiche. Una condizione caratterizzata dall'affermarsi, sul piano dell'organizzazione sociale, dello statuto teorico ed epistemologico della performatività, della legittimazione sociale attraverso l'efficienza prestazionale ed economica.

<sup>52</sup>L. GALLINO, voce *Modernizzazione*, in ID., *Dizionario di Sociologia*, Torino, Utet, 2004, p. 426.

ziale all'interno delle società precapitalistiche (secondo le ben note tesi di Marx<sup>53</sup>, Weber<sup>54</sup>, Tönnies<sup>55</sup>), è stato identificato – anche geopoliticamente – con un certo modello di crescita e di sviluppo.

In particolare, esso «venne in voga, soprattutto «tra sociologi e scienziati politici», specialmente nordamericani, «quando le circostanze indussero a chiedersi quale sarebbe stato il futuro politico dei nuovi Stati emersi, in società sottosviluppate dell'Africa e dell'Asia, con la fine dei possedimenti coloniali». In questo senso, «sulla base di un modello che poneva implicitamente – ma, spesso, anche esplicitamente – al vertice della scala di modernità le società industriali europee e il Nord-America (Stati Uniti e Canada), la modernizzazione fu concepita come un tragitto temporale e strutturale da percorrere per acquisire le caratteristiche del modello di riferimento. (...) Il concetto di modernizzazione veniva ad essere così fortemente centrato sulle società capitalistiche dell'Occidente, e assumeva al tempo stesso natura di processo frontale e omogeneo: a mano a mano che esso avanza, si intende che le componenti caratteristiche della società tradizionale arretrano»<sup>56</sup>.

Si stava, cioè, già profilando la scelta di conferire un valore implicito, di *presupposizione*, ad alcuni particolari temi (caratteri strutturali dell'economia mondiale, efficienza, innovazione), che poi diventeranno il *leit-motiv* della retorica della globalizzazione.

Stava accadendo che il concetto di «modernizzazione» cominciava a fondare la sua pretesa di descrizione della realtà sulla separazione tra rapporti sociali di produzione (ossia l'organizzazione sociale nel suo senso più ampio) e forze produttive materiali, prestandosi, sempre di più, ad essere utilizzato per indicare, quasi esclusivamente, una reiterata transizione epocale, caratterizzata dal dominio di un nuovo potere economico, legato alla competizione produttiva e finanziaria su scala internazionale.

C'è un valore strategico in questa concezione della «modernizzazione». Diciamo strategico perché essa non mira a mettere in gioco, dialetticamente, sviluppo economico e conquiste sociali, ma in quanto si propone come obiettivo unilineare quello di far scaturire la migliore organizzazione politica e sociale possibile dal funzionamento migliore (nel senso di più performan-

---

<sup>53</sup> K. MARX, *Formen, die der kapitalistischen Produktion vorhergehen* (1857-1858), tr. it. di G. Brunetti, *Forme economiche precapitalistiche*, Roma, Editori Riuniti, 1974.

<sup>54</sup> M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), cit., in particolare, qui, il vol. II.

<sup>55</sup> F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), tr. it. di G. Giordano, *Comunità e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963.

<sup>56</sup> L. GALLINO, *Modernizzazione*, cit., p. 427.

te) dei fattori di produzione nonché dai livelli di incremento dell'accumulazione privata.

Potrebbe essere questa una possibile chiave di lettura per tentare di comprendere ciò che, ad avviso di chi scrive, costituisce la principale omissione del ragionamento che la Commissione svilupperà in merito al rapporto tra l'Europa c.d. sociale e la globalizzazione, e che, probabilmente, costituisce il nodo costituzionale da sciogliere nel rapporto tra diritti proclamati e forma di governo all'interno della costruzione istituzionale europea.

Siffatta concezione, infatti, «non permette di distinguere, come si dovrebbe, tra modernizzazione e modernità, cioè tra il punto di arrivo – in realtà un punto mobile, continuamente spostatesi in avanti – e il processo di avvicinamento ad esso. Di fatto non è provato che un certo tratto della modernità – per dire, una estesa partecipazione delle masse popolari – rappresenti il punto di massima intensità storicamente raggiunto o raggiungibile da un processo che si è evoluto mantenendo costantemente la propria natura; è possibile sia stato preparato da processi di natura diversa, come una rivoluzione dall'alto». Qui, la «modernizzazione» «è presentata come un processo fisiologico di maturazione sana e progressiva, anche se attraversa momenti di tensione e di conflitto, in direzione di una società globalmente “migliore” della precedente in termini di sviluppo economico, politico e sociale. La scena contemporanea ci mostra per contro numerose società che pur avendo percorso tutto il tragitto della modernizzazione, acquisendo in molti settori la maggior parte delle caratteristiche di definizione di essa, sono pervenute ad uno stadio di sviluppo economico, politico e sociale che presenta tratti chiaramente *patologici*. Il caso attuale degli Stati Uniti, e, su un altro piano, dell'Italia, sono al riguardo assai rappresentativi»<sup>57</sup>.

Sul piano del diritto costituzionale, questa possibile scissione tra «modernità» e «modernizzazione» – che viene artificiosamente sostenuta quando la questione della «modernizzazione» assorbe completamente, annullandola, la questione dei processi di emancipazione delle classi sociali più sfavorite, intesi, tali processi, come il tratto saliente ed evolutivo, sul piano sociale, della c.d. «modernità», base permanente delle istanze storiche del costituzionalismo<sup>58</sup> –, dovrebbe, al contrario, essere continuamente (e critica-

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, *ivi* (corsivo aggiunto).

<sup>58</sup> L'idea forte del «costituzionalismo» come «accumulazione di civiltà», e non come mera giustapposizione di formule e di figurini istituzionali, si ritrova compiutamente espressa in G. FERRARA, *Le ragioni di una rivista nuova*, in *www.costituzionalismo.it*; M. DOGLIANI, *Sovranità del popolo, sovranità dello Stato*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Atti del Convegno di studio tenutosi a Padova, 19-20-21 giugno 2003, Padova, Cedam, 2004, p. 201 ss.

mente) ri-attualizzata, interrogandosi sul rapporto tra livello formale delle conquiste moderniste (la quantità di sviluppo e di crescita economica prodotti, la quantità di lavoro creata, il riconoscimento essenzialmente procedurale degli strumenti di partecipazione democratica, ecc.) e il livello sostanziale dei processi materiali di redistribuzione del potere economico, politico e sociale (giustizia economica, redistribuzione della ricchezza, incremento della spesa pubblica, elevati e progressivi prelievi fiscali, pluralismo partitico, effettività della rappresentanza politica, sindacale, ecc.), che quelle conquiste dovrebbero garantire, una volta raggiunti, almeno tendenzialmente, gli obiettivi prefissati.

Anzi, di più. Questa possibile divaricazione di scopi, dovrebbe, assai concretamente, portare ad interrogarsi sulla circostanza che quei Paesi, che oggi incarnano il mito della «modernizzazione globale» (Cina e India), presentano, nella loro struttura «costituzionale» evidenti patologie, relative tanto alla legalizzazione di un capitalismo sfrenato e senza regole, quanto alla perpetuazione di un ordine sociale tradizionalmente (le caste dell'India)<sup>59</sup> o modernisticamente (si pensi al ruolo della nomenclatura «comunista» in Cina)<sup>60</sup> gerarchizzato.

Ciò, però, implica la consapevolezza di un rapporto tutt'altro che lineare tra «modernizzazione» e sviluppo economico, politico e sociale di un dato ordinamento che voglia dirsi «costituzionale». In questo senso, l'*incipit* del documento della Commissione appare quantomeno ambiguo, e per evitare confusioni, andrebbe letteralmente rovesciato.

Non dovrebbe essere la «modernizzazione» in sé a garantire la coesione sociale, ma, al contrario, dovrebbe essere l'innalzamento del livello democratico sostanziale delle relazioni politiche sociali ed economiche – all'interno di un certo modo di produzione e di un certo sistema politico – a poter offrire, nel lungo periodo, la base necessaria e condivisa per promuovere uno sviluppo complessivo della società. In quest'ottica, la superiorità di un modo di produzione dovrebbe essere misurata in base alla prospettiva che offre a una democratizzazione dei processi decisionali in tutte le sfere sociali.

Ma andiamo per ordine.

In realtà, la Commissione, nella parte introduttiva del documento, riesce a cogliere il potenziale antidemocratico della modernizzazione globalizzatri-

---

<sup>59</sup> Cfr. A. SEN, *The Argumentative Indian* (2005), tr. it. di G. Rigamonti, *L'altra India. La tradizione razionalista e scettica alle radici della cultura Indiana*, Milano, Mondadori, 2005, spec. p. 207 ss., sui rapporti tra disuguaglianze, classe, sesso, caste e comunità.

<sup>60</sup> Cfr. G. SAMARANI, *La Cina del Novecento. Dalla fine dell'Impero a oggi*, Torino, Einaudi, 2004, spec. p. 301 ss., ove si indaga il rapporto tra modernizzazione economica, trasformazioni sociali, riforme e sistema politico-ideologico.

ce. Essa scrive, infatti, che «oggi, l'Europa del dinamismo, dell'innovazione e dell'apertura, delle telecomunicazioni mobili di terza generazione o di Internet affianca però un'altra realtà: un'Europa dove si trovano 19 milioni di disoccupati, povertà infantile, e una crescita stagnante, un'Europa in cui gli esclusi sono troppi». In tale contesto, «la crescita rallenta, la disoccupazione strutturale resta a dei livelli elevati, le disuguaglianze aumentano». Il che comporta una precisa presa di coscienza, il fatto, cioè, che «non si tratta semplicemente di un problema di economia o di finanze pubbliche, ma soprattutto di una questione di *giustizia sociale*»<sup>61</sup>. Sono conclusioni forti. Attestano la consapevolezza di un quadro generale per niente roseo e di una forbice di sviluppo economico e sociale che tende, sempre di più, ad allargarsi: da una parte, l'uso più o meno diffuso di nuove tecnologie e il diffondersi, in un ambito privilegiato, di nuovi stili di vita all'interno di un modello di sviluppo che prevede, come sua stessa modalità attuativa, sacche di esclusione sociale; dall'altra parte, una crescente disparità di posizioni e di situazioni soggettive, consustanziale al modello sociale dominante, fondato su nuove e vecchie gerarchie (di conoscenza, di accesso effettivo allo strumentario politico della partecipazione – strumentario monopolizzato dai gruppi di pressione e dalle *lobbies* –, nonché di subordinazione economica legata anche all'ignoranza degli effettivi processi produttivi e finanziari, creatori di vecchie e nuove forme di plusvalore).

Da questo stato di cose deriva, secondo la Commissione, la necessità, a suo dire largamente riconosciuta, «di procedere a dei cambiamenti». I cambiamenti in oggetto sarebbero, in verità, quelli già auspicati dalla medesima Commissione nel suo Contributo (DOC/00/7 del 28 febbraio 2000) al Consiglio europeo straordinario di Lisbona del 23-24 marzo 2000, la cui premessa politico-ideologica era – ed è anche oggi – sempre la stessa: l'Unione europea deve compiere «il passaggio al nuovo paradigma indotto dalla globalizzazione e dalla nuova economia della conoscenza: questo investe ogni aspetto della vita e implica una radicale trasformazione dell'economia e della società europea. È essenziale che l'Unione intervenga rapidamente per dare al mutamento una forma consona ai suoi valori e alla sua concezione della società. Occorre *riorientare le scelte politiche* in modo da poter cogliere i vantaggi offerti dalla nuova società della conoscenza, la società del sapere. Le attuali prospettive economiche – le migliori da una generazione – offrono a questo fine un'opportunità unica»<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> *Comunicazione* della Commissione del 20.10.2005/525, p. 3 (corsivo aggiunto).

<sup>62</sup> *Contributo* della Commissione europea al Consiglio straordinario di Lisbona 23-24 marzo 2000 (DOC/00/7 del 28 febbraio 2000), p. 2.

Se restiamo alla Comunicazione del 20 ottobre 2005, ci si avvede di come la Commissione sottolinei il fatto che il processo descritto a Lisbona (con un certo trionfale ottimismo) abbia subito, da cinque anni a questa parte, una brusca accelerazione, in ragione della mutata situazione della concorrenza mondiale, che, soprattutto nei confronti del continente asiatico, si è notevolmente intensificata: «*les connaissances les plus pointues ne sont plus l'apanage de l'Europe ou de l'Amerique du Nord. Les universités indiennes forment chaque année plus de 250 000 ingénieurs. En Chine, le niveau d'investissement dans le secteur de la recherche devrait rattraper en 2010 celui de l'Union européenne*»<sup>63</sup>.

Questi rilievi della Commissione non stanno lì soltanto a dimostrare l'autoinveramento di un modello di sviluppo posto a fondamento della Strategia di Lisbona, e cioè l'idea dell'avvento di una «società della conoscenza», quale stadio evolutivo migliorativo delle condizioni economiche e sociali legate alle forme tradizionali del lavoro e della produzione, ma rappresentano, su un piano più generale, l'esplicitazione di un principio basilare dell'indirizzo politico comunitario e anche nazionale (delle politiche dei governi nazionali): la presupposizione che l'adeguamento irriflesso e immediato alle condizioni “naturalì” e “oggettive” delle trasformazioni socioeconomiche in atto (la c.d. globalizzazione) rappresenti la ratio pressoché esclusiva per valutare il buon funzionamento di una certa struttura sociale<sup>64</sup>.

Ciò che non convince, in questa ricostruzione, è la circostanza che questo mondo “ideale” della *knowledge society*, oscuri il rapporto tra *knowledge* e *power*, visto che all'immaterialità di un'economia della conoscenza corrisponde, poi, un'accurata riflessione sui rapporti “reali” che la sostengono: la lotta per il potere, il costo del lavoro, l'economia della produzione (che non cambia finalità, anche se il capitale postfordista è la «conoscenza»), i criteri per stabilire il livello di giustizia sociale<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> *Ibidem*, ivi.

<sup>64</sup> Su questo ruolo “retorico” e “mitologico” della globalizzazione, intesa come metaprocesso oggettivo capace di influenzare le scelte politiche e sociali fondamentali individuate nelle costituzioni nazionali e, poi, assunto, acriticamente, a presupposto indefettibile della costruzione europea, v. M. DOGLIANI, *Politica e antipolitica: democrazia d'indirizzo versus democrazia d'investitura*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo stato*, cit., p. 633 ss.; ID., *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, cit., p. 80 ss.

<sup>65</sup> Questo punto è stato affrontato da G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 161-162, il quale, riprendendo alcune osservazioni già avanzate in altra sede, ha evidenziato come alla frammentazione delle forze politiche dominanti, organizzate prevalentemente nella forma-partito, sia seguita, all'interno della sfera pubblica nazionale e sovranazionale, una diversa ricomposizione delle «forze in grado di determinare direttamente o meno rapporti

Non è un caso che quando la Commissione procede a fissare le coordinate concrete delle politiche socioeconomiche dell'Unione, che idealmente confluiscono nella formula, *bonne à tout faire*, di una «economia sociale di mercato» (la quale, va ricordato, fin dal suo significato originario, attribuitole dalla scuola ordoliberal che l'ha coniata, sta ad indicare una “società di mercato” più o meno autosufficiente e non certo un mercato con finalità sociali)<sup>66</sup>, i soggetti e l'organizzazione della globalizzazione acquistino piena

---

di dominio», forze raggrumate e ordinate intorno ai seguenti soggetti: «a) In ambito statale anzitutto 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. b) Guardando al processo di globalizzazione ed ai suoi riflessi, in un ambito sovranazionale, oltre ai soggetti fin qui indicati devono aggiungersi anzitutto gli (altri) *Stati* e le *comunità di Stati* (il riferimento all'Unione Europea è ovvio), la cui incidenza nella determinazione dei fini fondamentali dei singoli Paesi è fin troppo evidente; inoltre le organizzazioni estranee al circuito della rappresentanza democratica, ma dotate di una *nuova sovranità* come il Fmi, il Wto, la Bce, ecc. c) A tutti quelli indicati, infine, possono aggiungersi quei soggetti che operano allo stato diffuso (o fluido), spesso al di fuori del sistema della rappresentanza, che contribuiscono alla determinazione dei fini fondamentali, quali sono le *associazioni*; le *organizzazioni non governative*; le *forze sociali variamente organizzate*, tutti quei soggetti insomma *produttori di culture politiche diffuse*, che a volte riescono, anch'esse, a partecipare alla determinazione delle politiche fondamentali». In merito, cfr., inoltre, G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo stato*, cit., p. 657 ss.; G. AZZARITI, *Il valore della Carta dei diritti fondamentali nella prospettiva della costruzione europea: dall'Europa dei mercanti all'Europa dei diritti?*, in S. LABRIOLA (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 393 ss.; F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovratatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, Giappichelli, 2002, in particolare pp. 1-38; L. RONCHETTI, *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003, p. 99 ss.; G. BUCCI, *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell'era della mondializzazione dell'economia*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2005, p. 393 ss.

<sup>66</sup>Come si è visto nei precedenti paragrafi. Ulteriori rinvii sono a W. EUCKEN, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, n. 2, 1932, p. 297 ss.; ID., *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Fischer, Jena, 1940, 1942; F. BÖHM, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Heymann, Berlin, 1933; ID., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, 1937; ID., *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Mohr, Tübingen, 1950; A. MÜLLER-ARMACK, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Rombach, Freiburg, 1966; ID., *The principles of the social market economy*, in *The German Economic Review: An English Language Quarterly on German Economic Research and Current Developments*, n. 3, 1965, p. 89 ss. Questo concetto, poi, è stato ulteriormente sviluppato, attraverso la teoria di una «costituzione della libertà», da F.A. HAYEK, *The Constitution of Liberty* (1960), tr. it. di M. Bianchi di Lavagna Malagodi, *La società libera*, Roma, Edizioni Seam, 1998, pp. 380-381,

materialità, incarnandosi nel binomio consumatori-imprese<sup>67</sup> e nella variabile dominante della sostenibilità finanziaria dei sistemi sociali, combinata con l'incremento del tasso di competitività: «*les politiques actuelles sont confrontées à l'effet des nouvelles technologies, du vieillissement de la population et de la mondialisation. Certes, nous vivons plus longtemps en jouissant d'une meilleure santé et la mondialisation ouvre de nouveaux horizons tant aux consommateurs qu'aux entreprises. Pourtant, le vieillissement de la population menace la viabilité financière de nos systèmes sociaux et la mondialisation notre compétitivité*»<sup>68</sup>. Il termine «viabilità» (qui «viabilité financière») esprime assai bene questo processo di rimaterializzazione delle questioni economiche e sociali, visto che, in senso figurato, riferito, ad esempio, a «système viable» o a «projet viable», significa proprio «qui peut prendre corps»<sup>69</sup>.

Non sorprende, perciò, che, ad un certo punto della sua Comunicazione, la Commissione elenchi i dati salienti del processo di globalizzazione economica. Si tratta di dati tutti relativi alle trasformazioni del modo di produzione, ordinati secondo le priorità dei soggetti forti, con riguardo, cioè, alle eventuali difficoltà che i detentori del potere economico possono incontrare nella loro fase di espansione e di accumulazione. Questi dati sono: *a)* lo sviluppo vertiginoso del commercio mondiale, che, da oltre un decennio, registra un incremento annuo di oltre otto punti percentuali e che vede i nuovi giganti dell'economia globale, Cina e India, aumentare significativamente le rispettive quote di transazioni e di supremazia produttiva; *b)* la capacità di Cina e India di attrarre gli investimenti legati alla ricerca, con conseguente incorporazione di un alto contenuto tecnologico sia dei loro prodotti che dei loro servizi; *c)* un'arretratezza tecnologica che marca la propria differen-

---

il quale ha rimarcato che, in «una società libera la soluzione ragionevole sembrerebbe che lo Stato, pur dovendo garantire solo un minimo uniforme a chiunque non possa mantenersi, a cercare di ridurre il più possibile il ciclo della disoccupazione con una opportuna politica monetaria, dovrebbe lasciare agli sforzi volontari e concorrenti ogni necessaria previdenza atta a mantenere gli standard abituali. (...) Le difficoltà davanti a cui in ogni paese si trovano i sistemi di sicurezza sociale, e che sono tema di ricorrenti discussioni sulla "crisi della sicurezza sociale", sono conseguenza del fatto che un apparato destinato ad aiutare la povertà è stato trasformato in uno strumento di redistribuzione del reddito, redistribuzione che si presume basata su un inesistente principio di giustizia sociale ma è, di fatto, determinata da decisioni *ad hoc*»

<sup>67</sup> Il blocco sociale, per così dire, storico, delle politiche dell'Unione europea. Sul punto si rinvia al Capitolo IV del presente lavoro.

<sup>68</sup> Comunicazione della Commissione del 20.10.2005/525, p. 5.

<sup>69</sup> Così *Le Dictionnaire monolingue du français*, deuxième édition, Bologna, Zanichelli/Hachette, 1992.

za anche rispetto alle *performances* degli Stati Uniti; *d*) la constatazione che i mercati finanziari integrati sono la punta di diamante («le fer de lance») della globalizzazione, e, anche qui, la capacità di attrarre investimenti è vista come la chiave di volta per alimentare il reciproco sostegno tra logiche strettamente finanziarie ed economia della produzione; *e*) il fatto che la delocalizzazione, accompagnandosi ad una facilità virtuale degli scambi e delle comunicazioni, permetta alle imprese di procurarsi beni e servizi in quelle parti del mondo ove i costi sono più bassi; *f*) la possibilità, per i nuovi attori economici, di stare sul mercato in virtù di costi del lavoro nettamente differenti rispetto agli standard europei; *g*) il dato allarmante per cui mentre la richiesta mondiale di energia risulta in crescita, al contrario, si assiste ad un'offerta che resta, pressoché, invariata.

Questi dati sono, per la Commissione, i presupposti di fatto in cui sono già incorporati i fini da raggiungere. I quali fini, al di là di affermazioni di facciata (la decantata specificità del modello sociale europeo, che, proprio mentre lo si proclama ad alta voce, lo si trasforma, invece, – mediante politiche concrete con esso incompatibili – nel suo opposto) costituiscono l'orizzonte di adeguamento (meglio, di stravolgimento) delle strutture costituzionali che i singoli Stati europei si erano date all'indomani del secondo dopoguerra del secolo scorso.

C'è, infatti, un punto preliminare che, secondo la Commissione, è bene tenere sempre a mente per orientare e indirizzare le politiche di risposta alle sfide della globalizzazione. Secondo la Commissione è essenziale riconoscere che il perseguimento e la prosecuzione delle riforme economiche, già avviate con l'instaurazione del mercato interno e la liberalizzazione degli scambi, con particolare attenzione al mercato del lavoro, sono tutt'uno con *la* – o, se si vuole, rappresentano la base materiale indispensabile *della* – realizzazione della giustizia sociale: modernizzazione e giustizia sociale sono due facce della stessa medaglia («il est primordial de reconnaître que la poursuite des réformes économiques et du marché du travail est la poursuite de la justice sociale; elles sont les deux faces de la même médaille»)<sup>70</sup>. Non c'è possibile conflitto fra questi due obiettivi: modernizzare è necessario per garantire una più equa distribuzione delle risorse e garantire un tenore di vita più alto. C'è, qui, l'esaltazione di un automatismo, tra modernizzazione economica e sviluppo di tutta la società, che, in tanto può essere coltivato, in quanto rappresenta il punto di vista privilegiato di una sola della parti sociali in causa. Quella parte sociale, rappresentata da un ceto politico più o meno omogeneo nella sua gestione “governativa” delle scelte fon-

---

<sup>70</sup> *Comunicazione* della Commissione del 20.10.2005/525, p. 14.

damentali e da un'élite economica e imprenditoriale di nuova generazione, che, nel vuoto dei meccanismi di rappresentanza politica e di partecipazione democratica, riesce ad autorappresentarsi come "sfera pubblica" europea. Un esito assai controverso del costituzionalismo contemporaneo.

D'altra parte, il documento della Commissione, nella sua rappresentazione del modello sociale è talmente ondivago da prestarsi, quasi naturalmente, ad ospitare i contenuti dei più forti.

Al paragrafo 4.2. (p. 14 ss.) della Comunicazione si distinguono tre livelli di intervento: 1) un livello europeo; 2) un livello nazionale; 3) un livello di partenariato tra Unione europea e Stati membri. Senza entrare nei particolari, è assai interessante notare come le espressioni utilizzate per indicare gli obiettivi da raggiungere se, da un lato, restano volutamente generiche (ad esempio, «completare il mercato interno», «offrire dei mercati più aperti e più giusti», «incoraggiare lo spirito d'impresa», «aprire i mercati dei paesi terzi ai produttori europei», «trovare un accordo sulle prospettive finanziarie dell'Unione», «migliorare la *governance* economica europea», e, nello stesso tempo, «rafforzare il coordinamento delle politiche economiche e sociali», «migliorare il tasso di sviluppo e diminuire la disoccupazione», «procedere a riforme strutturali nel quadro della Strategia di Lisbona», «creare un ambiente favorevole alla promozione dell'innovazione», ecc.), dall'altro lato, nella logica della raccolta della sfida della globalizzazione, quelle stesse espressioni, tramutate in prescrizioni "costituzionali", non potranno che essere riempite da azioni e comportamenti sociali sostanzialmente imitativi – pur nel rispetto formale di una certa tradizione sociale europea retoricamente proclamata – del modello economico vincente, rappresentato, iconograficamente, dalla Cina e dall'India. Un modello, per certi versi, ancora più distruttivo della coesione e della solidarietà sociale (dei doveri sociali imposti dalle costituzioni nazionali europee), di quanto potesse esserlo il modello statunitense, inizialmente posto a paradigma da emulare nel documento di cinque anni fa sulla Strategia di Lisbona.

Le diverse tipologie di intervento presuppongono dei soggetti intervenienti, sia pure a diversi livelli. Aprire i mercati, rafforzare il coordinamento, migliorare la *governance*, ecc. Tutte queste azioni presuppongono un'ingerenza. L'ingerenza di un pubblico potere. Un dato, questo, ineliminabile, strutturale, poiché «in ogni ordinamento giuridico, generale e particolare, esistono istituzioni gestite da pubblici poteri, le quali condizionano la vita di soggetti privati e di rapporti giuridici interprivati»<sup>71</sup>. Ogni «ordinamento

---

<sup>71</sup>M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., p. 10.

giuridico “si ingerisce”, ma dicendo che si ingerisce non si dice nulla di giuridicamente o politologicamente pertinente»<sup>72</sup>.

Dovrebbe essere possibile, tuttavia, individuare alcune specificità dei modelli di ingerenza e di intervento dei pubblici poteri nell'economia.

E, se restiamo al metodo gianniniano, nel tentativo di estrarne una matrice unitaria di valutazione degli elementi distintivi che hanno storicamente caratterizzato l'azione dei pubblici poteri all'interno delle dinamiche economiche, è forse possibile ipotizzare di poter fare ricorso a uno spettro interpretativo composto di quattro variabili.

Un sistema di ingerenze dei pubblici poteri è, anzitutto, un sistema di protezione. Esso ha la funzione di proteggere gli interessi che, data una certa struttura sociale, vengono considerati “prevalenti”. Di qui, l'analisi della struttura sociale, che portò Giannini a formulare i ben noti concetti di Stato monoclasse e di Stato pluriclasse.

In secondo luogo, è necessario porsi il problema della forma “legale” in cui si esprime il consenso delle parti portatrici di quegli interessi. Forma o base legale che normativizza la «necessità di provvedere» e la giustifica in relazione a determinati fini (la legge generale e astratta per lo Stato monoclasse, la costituzione contrattata e la procedimentalizzazione delle decisioni amministrative per lo Stato pluriclasse).

In terzo luogo, occorre considerare il valore ideologico-politico dell'ingerenza<sup>73</sup>, che, nelle due classificazioni dello Stato introdotte da Giannini, coincide, rispettivamente, con la proclamazione di un indirizzo di intervento “minimo” nello spazio di libertà garantito ai cittadini (Stato monoclasse) e, invece, di intervento “massimo” in quello stesso spazio di libertà nello Stato pluriclasse.

Infine, l'ultimo elemento che potrebbe aiutarci a comprendere la natura dell'intervento dei pubblici poteri in economia è costituito dal riferimento ai soggetti, destinatari ideali di quell'ingerenza (la classe borghese, le classi lavoratrici).

Molto sinteticamente. Se proviamo ad utilizzare questa matrice concettuale per tentare di delineare il carattere dell'intervento dei pubblici poteri comunitari nell'ordine economico di mercato, potremmo abbozzare la seguente risposta.

Gli interessi protetti sono, indistintamente, quelli dei soggetti coinvolti nel processo economico *tout court*, siano essi imprenditori, siano essi consu-

---

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>73</sup> *Ibidem*, *ivi*.

matori. Purché agenti all'interno di un ordine economico separato rigidamente da connotazioni politiche.

La forma "legale" del consenso è rappresentata, qui, non tanto dalle leggi, né tantomeno dalla costituzione, né, peraltro dal contratto in sé e per sé, quanto piuttosto, da una serie di tecniche che consentano di produrre e mantenere il consenso di coloro che si situano all'interno dei processi economici. Tecniche come la *corporate governance*, come la stabilizzazione di un *trust*, di un rapporto di fiducia tra *stakeholders* («tutti coloro che per vari motivi sono interessati all'attività dell'impresa, perché in essa "tengono una posta in gioco"») e *stockholders* (i proprietari dei pacchetti azionari all'interno dell'impresa)<sup>74</sup>.

Sul piano ideologico, la questione si rovescia rispetto all'impostazione gianniniana. Non si tratta di proclamare un maggiore o minore intervento rispetto all'ambito non riservato allo Stato, ma di *de-ideologizzare* l'intervento statale, trattandolo come ingerenza economico-istituzionale, economico-giuridica, appunto (gianninianamente), «strutturale», e, perciò, apparentemente neutralizzata sul piano politico.

Quanto al destinatario ideale, si potrebbe dire, naturale, di tale ingerenza, non v'è dubbio che si tratti dell'impresa, della forma-impresa. Impresa che diventa il *formante* della società, proprio perché pensata, non tanto come soggetto omologo o antitetivamente concorrente rispetto allo Stato, ma come forma-tipo dell'unità minima compiuta all'interno del corpo sociale (l'attitudine ad ottenere un lavoro – c.d. *employability* –, l'occupazione nei servizi, l'inserimento sociale, si sviluppano acquisendo una mentalità imprenditoriale, affinché sempre più «piccole imprese possano nascere, crescere ed innovare su mercati concorrenziali»)<sup>75</sup>.

Di qui la natura "sociale" dell'economia di mercato e la peculiare natura dell'intervento pubblico comunitario, comunemente qualificato in termini di politica sociale europea.

## 5. Lo snaturamento del ruolo sociale del potere pubblico: l'«economia sociale di mercato»

Dall'analisi del documento emerge, come si è visto, una preoccupazione

<sup>74</sup>L. GALLINO, *L'impresa irresponsabile*, Torino, Einaudi, 2005, p. 9 ss.

<sup>75</sup>*Contributo* della Commissione europea al Consiglio straordinario di Lisbona 23-24 marzo 2000 (DOC/00/7 del 28 febbraio 2000), p. 18.

“sociale” della Commissione. Rispetto a tale preoccupazione, ciò che è nuovo, ciò che è interessante, dal punto di vista analitico, è la soluzione proposta, vale a dire il senso complessivo di quel «ri-orientamento delle scelte politiche», che veniva già auspicato nella Strategia di Lisbona, al fine di «cogliere i vantaggi offerti dalla nuova società della conoscenza, la società del sapere».

La pur veloce e sintetica lettura della Comunicazione della Commissione ha mostrato, da un lato, l'attenzione delle istituzioni comunitarie nei confronti del problema del benessere materiale e lavorativo dei cittadini e, dall'altro lato, ha fatto emergere l'idealtipo di sistema sociale che si intende costruire per rendere concreta ed effettiva quella necessità.

In questo senso, sarebbe quantomeno affrettato, però, sul piano concettuale, ritenere che la Strategia delle istituzioni comunitarie rappresenti la riproposizione di un modello economico ispirato al principio politico del *laissez-faire*. Anzi, si può dire che l'indirizzo istituzionale complessivo che emerge dai *soft laws* della Commissione si fonda sulla separazione tra il principio dell'economia di mercato (principio economico) e il principio del non-intervento statale (principio politico). Anche perché, come si legge nella Comunicazione del 2005, i cittadini europei – al contrario dei loro omologhi asiatici e statunitensi – si aspettano che lo Stato giochi un ruolo importante nell'organizzazione e nel finanziamento dei sistemi nazionali, sia attraverso la sua opera di regolazione sia attraverso le decisioni sulla spesa pubblica<sup>76</sup>. Dunque un intervento statale non è solo auspicabile, ma fa parte integrante della Strategia di riforme economiche che la Commissione ritiene necessarie per far fronte alle sfide di competitività poste dalla globalizzazione. Qual è, dunque, la novità, rispetto all'incontaminato sistema di “scambi”, sul quale l'ideologia liberale del XIX secolo aveva costruito il proprio modello di commercio universale? Come si concilia l'idea di un mercato libero e in concorrenza con l'intervento statale non occulto, ma predicato insostituibile di questo nuovo modello economico?

È una novità tutta europea e lo scarto tra il vecchio e il nuovo è tutto qui: lo Stato non interviene, in questa logica, nei meccanismi del libero mercato, dell'economia di mercato, ma, più decisamente, sulle *condizioni* del mercato. È, per così dire, un intervento *a priori*, eppure continuo, perenne (lo Stato come guardiano diurno oltre che notturno), al fine di mantenere invariate le condizioni entro le quali si può svolgere la libera concorrenza tra i soggetti dello spazio economico. Questo significa che lo Stato ha un ruolo attivo nell'economia, ma non un ruolo di contrappeso rispetto ai processi econo-

---

<sup>76</sup> *Comunicazione* della Commissione del 20.10.2005/525, p. 5.

mici – con l'obiettivo, per esempio, di stabilire una relativa eguaglianza e una socializzazione dei beni e dei servizi prodotti –, bensì un ruolo di “vigilanza”, di “regolazione”, rispetto alle corrette condizioni di svolgimento delle dinamiche di mercato.

Ma cosa vuol dire, esattamente, per lo Stato agire sull'*a priori* del mercato? Vuol dire, sostanzialmente, rendere pienamente operative, consentire che acquisiscano piena autonomia, che diventino caratteristiche permanenti del mercato, le variabili condizionanti un regime *puro* della concorrenza: la riduzione dei costi (soprattutto del lavoro, ma anche di gestione); la riduzione dei profitti delle imprese (quei profitti eventualmente derivanti dal monopolio), e, nel contempo, la tendenza costante (provvisoria ma puntuale) al rialzo dei profitti, determinata dalla riduzione rilevante dei costi e dall'incremento di produttività<sup>77</sup>. Affinché ciò si realizzi, l'obiettivo principale, da parte dei pubblici poteri, diventa l'adozione di una politica antiinflazionistica portata alle estreme conseguenze. Diventa, cioè, la politica della stabilità dei prezzi, l'unica in grado di mantenere sufficientemente elevato il potere di acquisto, di non intaccare i profitti delle imprese e di trasformare, indirettamente, il lavoro in una continua ricerca, da un'attività all'altra, della migliore remunerazione. Tutti gli altri obiettivi, e cioè, il sostegno a un certo settore in difficoltà, gli investimenti pubblici, il pieno impiego, la fissazione di alcuni prezzi, diventano forme incompatibili con il regime del libero mercato, disturbano (e, alla fine, distruggono) le condizioni 'pure' della concorrenza, e vanno, perciò, esclusi.

Le azioni ordinatrici, regolatrici, di sorveglianza, da parte dello Stato dovranno, pertanto, essere *limitate* rispetto al mercato e, invece, *onnipervasive* rispetto ai dati tecnici, giuridici, culturali, più in generale “sociali”, che devono garantire il buon funzionamento (concorrenziale) del mercato. Di qui la necessità, in sequenza, di completare il mercato interno «afin de susciter une concurrence accrue», di rendere i mercati più aperti in virtù dell'adozione permanente di 'regole' in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, di incoraggiare lo spirito di impresa, ecc.<sup>78</sup>. Ma anche la necessità di procedere ad una rivisitazione della formazione professionale e dei sistemi educativi, anch'essi orientati al mercato (*market-oriented*)<sup>79</sup>. In ciò lo Stato assume su di sé un massiccio compito interventista.

---

<sup>77</sup> F. BÖHM, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, cit., p. 11 ss.

<sup>78</sup> *Comunicazione* della Commissione del 20.10.2005/525, pp. 14-15.

<sup>79</sup> Nel *Contributo* della Commissione europea al Consiglio straordinario di Lisbona 23-24 marzo 2000 (DOC/00/7 del 28 febbraio 2000), p. 22, al paragrafo dedicato a “Istruzione e

Si può dire che questo tipo di intervento costituisca una “politica sociale”?

Circa cinquant'anni fa, Ernst Forsthoff, attraverso un'interpretazione svalutativa del significato dell'aggettivo «sociale», contenuto negli artt. 20 e 28 del *Grundgesetz*, affermò che «sociale si riferisce in ogni caso al processo del dividere, distribuire e attribuire (...). Dal suo apparire nel linguaggio politico (...), il termine ha una tendenza polemica rivolta contro lo *status quo*. Oggi, dopo circa un secolo di evoluzione dello stato sociale, il termine viene usato in un duplice significato. Esso può essere inteso nel suo significato polemico originario, implicando cioè una ripartizione dei beni più adeguata e più giusta di quella che esiste o di quella che si determinerebbe in un corso di cose sottratto all'influenza dello stato. Sociale però può anche riferirsi, senza polemiche, alla situazione esistente, intendendo quegli istituti, concetti e principi giuridici che sono stati prodotti dallo sviluppo sociale e che sono divenuti parte integrante del nostro ordinamento giuridico»<sup>80</sup>.

---

formazione”, si dice che: «L'istruzione e la formazione sono probabilmente i parametri di importanza vitale per prepararsi alla società della conoscenza. Per l'80% delle imprese la priorità assoluta in materia di formazione è insegnare al personale l'uso delle tecnologie dell'informazione. Il completamento della scuola media superiore è già il passaporto principale per partecipare all'economia e alla società del sapere, mentre risultati scolastici insufficienti portano inesorabilmente a tassi elevati di abbandono del ciclo di studi, a basse retribuzioni e a esigue possibilità di apprendimento ulteriore; inoltre ciò risulta estremamente oneroso per la società. La nuova società del sapere avrà profonde implicazioni sulle connotazioni dei nostri sistemi scolastici di base e costringerà tutti gli Stati membri a ripensare come adeguare alle nuove realtà i sistemi scolastici, dall'asilo al ciclo elementare e secondario. Una riflessione collettiva strutturata a livello europeo sul ruolo propulsore di questi cambiamenti contribuirebbe a migliorare gli scambi delle migliori pratiche e ad evitare i rischi di frammentazione». La stessa impostazione si rinviene, in modo pressoché ossessivo, nell'insistenza del New Labour blairiano sul primato dell'*education*, sul collegamento tra mondo scolastico e universitario e mondo del *business*: «Higher and further education institutions should become 'centres of expertise' whose intellectual resources can be drawn on by national and international businesses»; «The proposals Labour has already advanced for the creation of a University for Industry – bringing education and training to the workplace, through the use of interactive technology – will also be vital in developing new skills for a new economic age»; «We will also wish to see schools developing as a local computing and communications resource for their community offering services, training and guidance to local businesses and firms, and making training courses available commercially»; «We will encourage partnership of this kind between schools and businesses, to establish learning centres for the community; the MESH project already under way in Merseyside is an excellent example of what can be done» (*Labour Party, 1995, A New Economic Future for Britain-Communicating Britain's Future*).

<sup>80</sup> E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im wandel* (1964), tr. it. di L. Riegert-C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 54-55.

Il significato polemico di “sociale” serviva proprio ad evidenziare – almeno secondo l'impostazione comune alle costituzioni del secondo dopoguerra<sup>81</sup> – la circostanza che una politica sociale avrebbe dovuto rappresentare il giusto contrappeso rispetto all'autonoma interazione dei processi economici. In particolare, ciò avrebbe dovuto comportare una progressiva socializzazione dei consumi e dei servizi pubblici primari, assistenziali, culturali ecc.; un certo trasferimento di elementi di reddito attraverso la progressività dell'imposizione fiscale; e la condivisione, a monte, del principio per cui una maggiore crescita economica avrebbe dovuto prevedere, come contraltare, una maggiore diffusione dei benefici da essa derivanti, sotto forma di ulteriori incrementi delle politiche sociali e redistributive<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Su cui M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, p. 17 ss.

<sup>82</sup> Si può dire che le costituzioni occidentali prevedono meccanismi analoghi a quelli contenuti nella costituzione italiana, secondo cui «tutti i cittadini» sono tenuti «a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva» (art. 53) e, comunque, aderiscono all'idea che «a maggiori affermazioni di libertà debba necessariamente corrispondere una maggiore dose di solidarietà», A. BARBERA, *Art. 2*, in AA.VV., *Principi fondamentali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1975, p. 97. Nella costituzione italiana si rinvencono prescrizioni che si riferiscono esplicitamente all'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» (art. 2), alla rimozione degli «ostacoli di ordine economico e sociale» che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese» (art. 3, comma 2); compito, quest'ultimo, che si concretizza nella previsione di un sistema di diritti sociali, quali il diritto alla salute, con la garanzia di cure gratuite agli indigenti (art. 32), il diritto all'istruzione, assicurando ai capaci e ai meritevoli, anche se privi di mezzi, il raggiungimento dei gradi più alti degli studi (art. 34), il diritto del cittadino inabile ed indigente al mantenimento e all'assistenza sociale (art. 38); per non parlare della funzione sociale della proprietà (art. 42), e dell'indirizzo a fini sociali dell'esercizio dell'attività economica (art. 41). Ebbene, in senso analogo, la costituzione belga prevede, ad esempio, all'art. 23, il «diritto alla sicurezza sociale, alla tutela della salute e all'assistenza sociale», nonché il «diritto allo sviluppo culturale e sociale»; nella costituzione olandese, compete ai «pubblici poteri» «assicurare i mezzi di sussistenza alla popolazione» e la «ripartizione della ricchezza» (art. 20), «garantire la salute della popolazione» e «condizioni sufficienti di abitazione» (art. 22); nella costituzione irlandese, si legge che «lo stato si impegna a perseguire il benessere dell'intero popolo, assicurando e proteggendo effettivamente un assetto sociale nel quale la giustizia e la carità informino tutti gli istituti della vita nazionale» (art. 45); nella costituzione francese, attualmente in vigore – che rimanda, per questo, al preambolo della costituzione del 1946 – si prevede la garanzia «all'individuo e alla sua famiglia» delle «condizioni necessarie per il loro sviluppo» e il corrispettivo «dovere dello stato» di organizzare «l'insegnamento pubblico gratuito e laico in tutti i gradi», nonché il «diritto di ottenere dalla collettività i mezzi per un'esistenza dignitosa», in favore di «tutti gli esseri umani che a causa dell'età, dello stato fisico o mentale, della situazione economica, si trovano nell'impossibilità di lavorare»; la costituzione portoghese parla del dovere statale di «aumentare il benessere sociale ed economico del popolo e in particolare degli strati sociali meno favoriti» (art. 81), di un diritto di tutti alla «sicurezza

Diverso, ovviamente, è attribuire – come fa l'ordoliberalismo – la qualifica di “sociale” a un modello istituzionale che contempra l'intervento dei pubblici poteri al fine di rendere compatibili – attraverso un'apposita attività di normazione e di formazione – gli elementi della società (culturali, tecnici, giuridici) con il libero mercato concorrenziale. In quest'ottica, infatti, viene meno anche la seconda opzione indicata da Forsthoff, in cui la “socialità” dell'organizzazione statale viene fatta coincidere con la «situazione esistente», in cui ci si limita a prendere atto dello *status quo* economico-sociale raggiunto, ossia della ripartizione dei beni così come determinatasi nella sfera di azione sottratta all'influenza dello Stato. Opzione quest'ultima che dimostrerebbe l'estraneità dell'aggettivo sociale ai processi di formazione dello Stato di diritto.

Qui, piuttosto, la formula ‘Stato di diritto’, che compare ufficialmente nell'art. 6 del TUE, sembra avere un ulteriore significato. Non è il *Rechtsstaat* di Forsthoff, vale a dire il «complesso di elementi tecnico-giuridici, atti a delimitare la sfera di azione e di intervento dello Stato e l'ambito di libertà del cittadino»<sup>83</sup>, secondo la ben nota separazione tra Stato e società. Ma è qualcosa di diverso. La formula, se collegata sistematicamente all'orientamento fondamentale delle politiche comunitarie, si avvicina molto di più all'idea hayekiana di *Rule of law*, per la quale lo Stato «deve fornire un *quadro* di riferimento efficace entro cui possono formarsi ordini autogenerantisi»<sup>84</sup>.

Il compito dello Stato, in altre parole, è di neutralità rispetto al mercato, ma di intervento rispetto alla società, per indirizzarla verso il mercato. Questo significa fornire un “quadro di riferimento”. Organizzare questo quadro è compito dello Stato. Di qui, appunto, l'iperregolamentazione giuridica che ha caratterizzato la parte economica dei Trattati e, oggi, la Parte III del Progetto costituzionale<sup>85</sup>.

---

sociale» (art. 63), «alla protezione della salute», «all'educazione e alla cultura» (art. 73); la legge fondamentale tedesca, parla espressamente di uno «stato federale democratico e sociale» (art. 20) e dispone che «la proprietà impone degli obblighi» e che «il suo uso deve al tempo stesso servire al bene della collettività» (art. 15); la costituzione spagnola definisce lo stato come «sociale e democratico di diritto» (art. 1), riconosce a tutti il diritto all'educazione (art. 27), al lavoro (art. 35), alla tutela della salute (art. 43); analoghe disposizioni si ritrovano, poi, sia nella legge fondamentale svedese (art. 2) che nella costituzione finlandese (artt. 16, 19 e 20).

<sup>83</sup> C. AMIRANTE, *Presentazione*, in E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im wandel*, cit., p. X.

<sup>84</sup> F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, cit., p. 514.

<sup>85</sup> «Non può destare dubbi, infatti, la constatazione che i contenuti normativi dei Trattati identifichino esattamente una gamma di scelte determinative dei fini del soggetto UE che, per i rapporti giuridicamente rilevanti nel suo ambito interno, è la più ampia possibile, addirittura completa. Già i Trattati, infatti, ma ora anche il testo del Progetto di Trattato che mi-

Compito dello Stato (dei pubblici poteri sovranazionali, quando ne ricorrono le competenze) non è di modellare l'ordine economico indirizzandolo a fini generali, ma di modellare – intervenendo sul dato tecnico, giuridico, culturale – la società, affinché l'ordine economico possa autorealizzarsi. Con un motto di spirito ben noto, si potrebbe dire che il governo deve accompagnare l'economia di mercato dalla culla alla tomba. Qui, non c'è l'ingenuità di uno 'Stato di diritto' ove, rispetto all'agire statale, è possibile distinguere azioni che si devono compiere da azioni che non si devono compiere, distinguendo tra ambiti di intervento, riservati allo Stato, e ambiti di non-intervento, riservati alla libertà del cittadino. Qui, sembra esserci, semmai, la consapevolezza che lo Stato deve sempre intervenire, ma per assecondare le logiche intrinseche del mercato.

Con una frase: lo Stato non interviene per correggere i fallimenti del mercato (come vorrebbe l'ortodossia della 'regolazione')<sup>86</sup> e, dunque, *ex post*, ma interviene *ex ante*, affinché non fallisca il «mercato» come progetto complessivo di conformazione della società.

È questo tipo di logica che permette di sostenere l'obbligo di perseguire una politica "sociale" solidale e, contemporaneamente, la necessità che una tale politica trovi sostegno in tempestive riforme dei mercati del lavoro (rendendoli più flessibili e ispirati all'imprenditorialità individuale) e dei regimi di protezione sociale (spingendoli verso forme di assicurazione previdenziale privata)<sup>87</sup>; la stessa logica, altresì, che consente di mettere insie-

---

rerebbe a istituire la cosiddetta "Costituzione europea", non lasciano spazio per qualche ipotesi di determinazione dei fini. La escludono nettamente e non soltanto per gli organi costituzionali politici degli stati membri ma anche per le stesse istituzioni di governo dell'UE: Commissione, Consiglio dei ministri, Consiglio europeo». Ciò per tre ragioni: 1) «convertire l'azione degli stati membri e dell'Unione, cioè tutta l'attività normativa ed amministrativa, al fine di realizzare una politica economica "fondata e condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza"»; 2) procedere a disciplinare la «struttura non solo estremamente ma anche minutamente artificiosa del mercato capitalistico. Che è quanto mai esigente di interventi normativi generali e minuti, quasi incessanti, mai esaustivi se non per il breve periodo»; 3) la necessità, da una parte di spingere gli stati membri «a cedere quote sempre più estese dei propri poteri sovrani a favore della Comunità, ed ora all'Unione, per sottrarsi alla domanda della democrazia incompatibili con quelle del mercato capitalistico»; dall'altra parte, di «garantirsi reciprocamente dell'uso che» avrebbe potuto essere fatto «di quanto ceduto, controllando ques'uso», G. FERRARA, *Commissione europea e indirizzo politico*, cit., pp. 1070-1073.

<sup>86</sup> Per tutti A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit.

<sup>87</sup> Si legge, ad esempio, nella *Comunicazione* della Commissione (COM 2005 del 26 gennaio 2005) relativa agli obiettivi strategici 2005-2009, "Europa 2010: un partenariato per il rinnovamento europeo. Prosperità, solidarietà e sicurezza", p. 10, che «per competere a livello internazionale, l'Europa non deve ridurre i salari o abbassare il livello delle condizioni

me «una società dal volto umano» e l'idea che il mondo del lavoro costituisca un collettivo «esercizio di *benchmarking*»: «nella nuova economia i posti di lavoro saranno creati principalmente da piccole e medie imprese piene di slancio, un piccolo numero delle quali si trasformerà rapidamente in imprese leader di livello mondiale. Ciò impone una strategia bipolare: innanzitutto occorre *instaurare un contesto economico* dinamico nel quale le imprese possano nascere, crescere ed innovare su mercati concorrenziali. Tale contesto deve avere connotati di semplicità tali da attrarre ed aiutare le piccole imprese e deve essere sostenuto da risorse da destinare a capitale di rischio nonché da un'efficace politica dell'innovazione. In secondo luogo occorre promuovere l'assunzione del rischio e lo spirito imprenditoriale, per esempio incoraggiando l'imprenditoria femminile, offrendo agli imprenditori una seconda opportunità, *incentivando* i lavoratori attraverso sistemi di azionariato dei dipendenti, fornendo incubatori per la nascita di nuove imprese e *smantellando a tutti i livelli le barriere culturali* nei confronti dell'assunzione del rischio»<sup>88</sup>. Questi sono i compiti permanenti di intervento dei pubblici poteri: «instaurare un contesto economico favorevole alle imprese» (altrove la Commissione parla di «creare un ambiente socioeconomico sano, adeguato» a «liberare le potenzialità latenti per una crescita sostenuta»); «incentivare» i lavoratori a diventare imprenditori di se stessi; «smantellare», attraverso un sistema educativo e scolastico prevalentemente orientato al culto dell'impresa, «le barriere culturali nei confronti dell'assunzione del rischio».

Si capisce che, in questa visione delle cose, viene meno, strategicamente, qualsiasi significato «polemico» dell'aggettivo «sociale». Non è compito dei pubblici poteri provvedere a una maggiore divisione, distribuzione e socializzazione dei beni quanto più vi è crescita economica, ma è la crescita economica, di per sé, che dovrebbe garantire a tutti la possibilità di poter acquisire e vantare un reddito tale da potersi permettere l'accesso ai beni, ai servizi, e all'assicurazione previdenziale privata. È questo il nucleo del c.d. modello «sociale» europeo. La cui base teorica e prasseologica è una forma,

---

di lavoro. Il programma sociale stabilisce delle condizioni di equità basati su adeguati standard sociali e il modello sociale europeo può fungere da catalizzatore della crescita se agisce come rete di sicurezza e leva per il cambiamento. Per salvaguardare la sostenibilità di questo modello è opportuno varare tempestivamente la necessaria riforma dei mercati del lavoro e dei regimi di protezione sociale. Parallelamente, la riforma economica e l'attuazione di politiche economiche valide dovrebbero contribuire ad accrescere in maniera significativa il potenziale tasso di crescita».

<sup>88</sup> *Contributo* della Commissione europea al Consiglio straordinario di Lisbona 23-24 marzo 2000 (DOC/00/7 del 28 febbraio 2000), p. 18 (corsivi aggiunti).

sempre più accentuata, di darwinismo sociale, che trova nella “concorrenza” lo schermo giuridico ed economico della propria legittimazione.

Non è questa la sede per approfondire ulteriormente questo aspetto. Può essere interessante, tuttavia, esaminare, attraverso alcune rapide ricognizioni normative, non solo l'opera di “normalizzazione” delle politiche sociali e il loro appiattimento sulle logiche d'impresa e del mercato concorrenziale, ma, in alcuni casi, la diretta derivazione dei diritti “sociali” dal funzionamento del mercato e dalle sue disponibilità finanziarie. Ciò, peraltro, non deve sorprendere, perché, fin dall'inizio, il modello “sociale” europeo viene costruito sul vizio d'origine di far dipendere, sempre di più, il governo sociale degli Stati membri da una sorta di automatismo: l'incentivazione del mercato comune avrebbe prodotto, sistematicamente, ma sempre di riflesso, benessere e prosperità<sup>89</sup>.

Nella ‘Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori’, approvata dai Capi di Stato o di Governo degli Stati membri della Comunità Europea riuniti a Strasburgo, il 9 dicembre 1989, si legge, ad esempio, nella relazione di accompagnamento della Commissione, che è «la realizzazione del mercato interno, che si profila all'orizzonte del 1992» a gettare «nuova luce su questa dimensione sociale». Più precisamente, come si legge nella parte ove si annida l'indirizzo politico delle istituzioni comunitarie, e cioè nei ‘considerando’, è «la realizzazione del mercato interno» a costituire «il mezzo più efficace per creare posti di lavoro e per assicurare il massimo benessere nella Comunità» (4° ‘considerando’); è il «consenso sociale» che «concorre al rafforzamento della competitività delle imprese e dell'economia nel suo insieme, nonché alla creazione di posti di lavoro» (5° ‘considerando’); è «la realizzazione del mercato interno» che «deve favorire il ravvicinamento nel progresso delle condizioni di vita e di lavoro, nonché la coesione economica e sociale della Comunità europea ed evitare, nel contempo, le distorsioni della concorrenza» (6° ‘considerando’); è «la realizzazione del mercato interno» che «deve comportare, per i lavoratori della Comunità europea, miglioramenti in campo sociale, in particolare sotto il profilo della libera circolazione, delle condizioni di vita e di lavoro, della salute e della sicurezza nell'ambiente di lavoro, della protezione sociale, dell'istruzione e della formazione» (7° ‘considerando’). Non solo. In sede di attuazione della Carta, i compiti degli Stati membri sono, al riguardo, emblematici (Titolo II, art. 27): «Gli Stati membri sono responsabili più particolarmente, nel qua-

---

<sup>89</sup> Sul punto l'accurata analisi di S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003; M. CINELLI-S. GIUBBONI, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

dro di una strategia di coesione economica e sociale, della garanzia dei diritti sociali fondamentali della presente Carta e *dell'attuazione di provvedimenti di carattere sociale indispensabili al buon funzionamento del mercato interno*, conformemente alla prassi nazionali, segnatamente sancite dalla normativa nazionale e dai contratti collettivi» (corsivo aggiunto).

Se guardiamo, poi, al Titolo XI (*ex* Titolo VIII), *Politica sociale, istruzione; formazione professionale e gioventù*, Capo I, *Disposizioni sociali*, art. 136 (*ex* art. 117) del TUE (riprodotto nell'art. III-209 del Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa), ci accorgiamo che la Comunità e gli Stati membri – rispetto agli obiettivi contenuti nei diritti sociali, riconosciuti nelle Carte sociali europee, come la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, la parificazione nel progresso dei lavoratori, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione – «ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato comune, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dal presente trattato e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative». Mercato comune e strategia di semplificazione delle strutture amministrative e regolamentari (strategia del mutuo riconoscimento delle legislazioni) finalizzata comunque a una maggiore integrazione mercantile e finanziaria, sono il baricentro della c.d. politica "sociale" europea.

Lo stesso "Fondo sociale europeo", previsto nell'art. 146 (*ex* art. 123) del TUE, rappresenta, in quest'ottica, una frazione di sovra-consumo del reddito statale (variabilmente legata al regolatore monetario), destinata a coloro che, per ragioni di incapacità di adeguamento al sistema, si trovano in una situazione di sotto-consumo, e a cui è necessario assicurare un "minimo vitale", in attesa che riescano a fare proprie le coordinate del cambiamento del modo di produzione, che, oggi, richiede flessibilità lavorativa e riconversione professionale al fine di sviluppare attitudini imprenditoriali. Il Fondo, infatti, «ha l'obiettivo di promuovere all'interno della Comunità la possibilità di occupazione e la mobilità geografica e professionale dei lavoratori, nonché di facilitare l'adeguamento alle trasformazioni industriali e ai cambiamenti dei sistemi di produzione, in particolare attraverso la formazione e la riconversione professionale».

La previsione del Fondo sociale europeo contiene in sé un'idea ben precisa di "inclusione sociale". Se il compito dei pubblici poteri è, fondamentalmente, quello di ricreare, per ciascun individuo, lo spazio economico di

libertà necessario a prendere parte al grande gioco della concorrenza, allora la politica “sociale” si baserà, senz’altro, su un principio di inclusione. Quali sono, infatti, secondo le istituzioni comunitarie, i fattori che causano l’esclusione sociale? «I fattori che causano l’esclusione sociale sono numerosi, ma tra i più importanti vi sono la disoccupazione, la bassa qualificazione, livelli di istruzione e formazione insufficienti, impossibilità di accesso alle conoscenze e la mancanza di occasioni»<sup>90</sup>.

Tutti questi fattori possono essere compresi appieno solo se considerati all’interno della logica “sociale” che finora si è cercato di tratteggiare, e che sembra caratterizzare le politiche comunitarie. Una logica riassunta, icasticamente, nell’ultimo, forse il più rivelatore, dei fattori di esclusione elencati dalla Commissione: la «mancanza di occasioni». Se le regole della concorrenza, dell’economia libera da distorsioni intrusive tese all’eguaglianza, devono valere per tutti, allora il principio di inclusione sociale non potrà riassumersi più – come avrebbero voluto le prescrizioni costituzionali contenute nei testi fondamentali del secondo Novecento – nel dovere dei pubblici poteri di intervenire sulle cause prime di quella esclusione, e cioè sulla redistribuzione generale dei redditi, ma, esclusivamente, sui suoi effetti, vale a dire su quella sacca (più o meno ampia a seconda del momento storico) di povertà, determinata, periodicamente, dal gioco naturalmente diseguale della concorrenza. L’obiettivo della politica “sociale” comunitaria è tutto qui: garantire che il gioco economico continui indisturbato, consentendo a quanti più soggetti possibili di parteciparvi, secondo le regole ferree del mercato concorrenziale. È questa la clausola di inclusione. In virtù della quale, dall’altro lato, è opportuno occuparsi, entro limiti ben individuati, degli effetti di questo gioco, di coloro che «vivono al di sotto della soglia di povertà»<sup>91</sup>, dunque nella povertà assoluta, non titolari di quel “minimo” di reddito che potrebbe consentire loro un consumo sufficiente.

Si è passati da un progetto *trasformativo* della società e di sviluppo sociale e culturale degli individui<sup>92</sup> a un progetto di “cura” momentanea della povertà, in attesa che coloro che si trovano a sperimentare quella condizione possano tornare, sopravvivendo nel frattempo con un “minimo vitale”, ad

---

<sup>90</sup> *Contributo* della Commissione europea al Consiglio straordinario di Lisbona 23-24 marzo 2000 (DOC/00/7 del 28 febbraio 2000), p. 23.

<sup>91</sup> *Contributo* della Commissione europea al Consiglio straordinario di Lisbona 23-24 marzo 2000 (DOC/00/7 del 28 febbraio 2000), p. 24.

<sup>92</sup> Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., spec. p. 125 ss.

«avere occasioni», per rientrare nel gioco della concorrenza, aguzzando il loro spirito imprenditoriale.

Tornano in auge quelle “politiche della povertà” (potremmo dire delle *New Poor Laws*) che il costituzionalismo postbellico aveva ritenuto di superare, attraverso l'idea che la società nel suo insieme dovesse garantire, a ciascuna persona, servizi essenziali come la sanità o l'educazione. Oggi, al contrario, la prestazione sociale viene ritenuta efficace solo nella misura in cui non produce effetti di perturbazione nei confronti dell'ordine economico. Il sussidio monetario, per determinate categorie di persone (disoccupati, anziani, disabili, ecc.), rappresenta esclusivamente la via d'accesso a una certa soglia di consumo che la società ritiene convenzionalmente ed “eticamente” accettabile.

Per rendere conto dell'inversione del rapporto tra “socialità” ed “economicità” all'interno del quadro “costituzionale” sovranazionale europeo occorre, però, tentare di esaminare un ulteriore passaggio. Quello che riguarda uno dei «subprincipi» più importanti tra quelli che caratterizzano il mercato nel senso dell'eurosistema<sup>93</sup>, ossia il Patto di stabilità e crescita che ha come valori di riferimento i cosiddetti parametri che fissano limiti non superabili nel rapporto tra il PIL (prodotto interno lordo o GDP) e rispettivamente l'indebitamento annuale ed il debito della pubblica amministrazione. I limiti sono del 3% sul PIL per l'indebitamento, del 60% per il debito.

Ebbene, «la effettiva capacità degli Stati di avvalersi dei residui poteri di politica economica varia a seconda che l'economia dello Stato si contenga o meno nei limiti dei parametri. Se sì, lo Stato può fare uso di questi poteri per integrare i risultati che si attendono dal libero gioco dei fattori produttivi nell'euromercato. Se no, lo Stato di fatto può utilizzare i poteri di politica economica che gli residuano quasi esclusivamente per ricondurre l'economia nell'ambito dei parametri»<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Così G. GUARINO, *Eurosistema e riforme costituzionali in Italia*, cit., p. 412.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 414.



## CAPITOLO IV

# PATTO DI STABILITÀ, ORDINAMENTI COMPOSITI E GLOBALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Il Patto di stabilità e crescita come prodotto consapevole di una «preferenza rivelata». – 2. Dal limite «sociale» all'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Doppio movimento: reificazione procedurale della politica economica e deformalizzazione dei rapporti fra privati. – 3. La creazione da parte degli Stati del proprio *Super-Io* tecnico. – 4. Lo spostamento delle decisioni di bilancio verso le istituzioni amministrative europee. Storia (medievale) e comparazione (americana); i nuovi veicoli di legittimazione della *rule of law* comunitaria. – 5. La vittoria delle «procedure» nel mondo giuridico postmoderno. – 6. «Stato di diritto» *sì*, «Stato sociale» *no*: la crisi d'identità dell'Europa. – 7. Il «nuovo» Patto di stabilità e crescita tra ri-legittimazione istituzionale europea e consenso nazionale.

### 1. Il Patto di stabilità e crescita come prodotto consapevole di una «preferenza rivelata»

Il Patto di stabilità e crescita<sup>1</sup> sembra essere, in tempi come questi segnati da una lunga onda recessiva dell'economia europea, rimesso in discussione nella sua attuale formulazione<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Il Patto di stabilità e crescita, secondo la Risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam del 17 giugno 1997, in *GUCE* C236 del 2 agosto 1997, p. 1, «ha carattere preventivo e dissuasivo», esso «consiste nella presente risoluzione e in due regolamenti del Consiglio (nn. 1466/1997 e 1467/1997), uno sul rafforzamento della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche e l'altro sull'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi».

<sup>2</sup> Il Consiglio Ecofin riunitosi a Bruxelles, nei giorni del 15 e 16 novembre 2004, sotto la presidenza olandese, aveva già fatto emergere almeno due posizioni differenti: quella di un nucleo di grandi Paesi (in particolare Germania, Francia e Italia, sia pure con intenti di politica «interna» dichiaratamente diversi) interessati a una revisione piuttosto decisa delle regole del Patto, e quella di un gruppo di Paesi, per ora maggiormente «virtuosi» (tra i quali

La sua “tenuta” come strumento giuridico principale di guida e di sostegno delle politiche macroeconomiche dell’Unione appare, in tale fase, quantomeno incerta.

---

l’Olanda, la Spagna e l’Austria), sostenitori di una riforma del Patto più morbida, rispetto alla quale la Commissione, di fresca composizione, avrebbe mostrato segni di cauta apertura. In particolare, pareva aver suscitato notevole interesse l’ipotesi, enunciata nel “non-paper” riassuntivo presentato dal ministro olandese delle finanze Zalm e caldeggiata in primis dalla Germania, di consentire a quei Paesi che versano al bilancio europeo più di quanto non ricevano (tra questi ovviamente, la stessa Germania, ma anche la Francia), e quindi ai contribuenti maggiormente impegnati di fatto a sostenere le politiche comunitarie, tempi e modalità di rientro, nei parametri già esistenti, maggiormente flessibili e diversificabili rispetto allo standard attualmente richiesto. Ciò permetterebbe, senza dubbio, di cominciare a ragionare diversamente in termini politici su un vero e proprio «Patto di bilancio», quale possibile punto di ripartenza di una politica fiscale europea che voglia dirsi seria e unitaria (secondo, peraltro, modalità individuate analiticamente nel recente saggio di R. TAMBURINI-F. TARGETTI, *Il patto instabile*, in *il Mulino*, n. 1, 2004, pp. 117-118, incentrate – in attesa di una soluzione federalista di lungo periodo che preveda «un trasferimento di poteri da parte degli Stati membri ad un costituendo Tesoro della Confederazione europea, con prerogative (e fonti di legittimazione) via via più ampie» – su un vero e proprio «Patto di bilancio», ispirato ai seguenti principi: «nel breve-medio periodo, l’obiettivo dovrebbe consistere nella compatibilità macroeconomica a livello europeo delle politiche di bilancio nazionali (regolazione della domanda aggregata interna, tasso d’inflazione, tasso di cambio dell’euro); nel lungo periodo, l’obiettivo dovrebbe consistere nella sostenibilità finanziaria e nella convergenza della dinamica dei debiti pubblici nazionali»; inoltre, tale Patto dovrebbe essere, al contempo, «intergovernativo e di rilevanza costituzionale», e perciò, da un lato «riflettere la volontà politica dei legittimi depositari dei poteri fiscali e di spesa, ossia i governi nazionali», dall’altro lato porsi «nella forma prima di tutto» come «sovraordinato rispetto ai poteri dei governi nazionali espressi nell’Ecofin»; in tal senso, il Patto di bilancio richiederebbe «un’Autorità di bilancio europea», che sia «legittimata politicamente», ma «indipendente dai governi nazionali (l’Ecofin). Tale Autorità dovrebbe essere una costola della Commissione, dovrebbe essere posta sotto la responsabilità del presidente della Commissione e di un apposito commissario (il presidente della Commissione nella bozza Giscard-Amato dovrebbe essere eletto dal Parlamento europeo e quindi assumerebbe la natura di organismo prettamente politico)»; ma sul punto si vedano anche le osservazioni contenute in M. DEGNI, *Il bilancio dell’Europa*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2003, pp. 163-173). E, pur non essendo formalmente sul tavolo l’ipotesi di una vera e propria *golden rule* (la quale, come già aveva ricordato J.P. FITOUSSI, *La règle et le choix. De la souveraineté économique en Europe* (2002), tr. it. di F. Saraceno, *Il dittatore benevolo. Saggio sul governo dell’Europa*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 56-57, permetterebbe, nella valutazione dei criteri percentuali, di far riferimento al «disavanzo strutturale piuttosto che al “disavanzo pubblico totale” [...]. Una norma sul disavanzo strutturale, cioè che corregga il saldo del bilancio pubblico per tenere conto delle variazioni congiunturali [...]. Essa infatti consente di lasciare operare pienamente gli stabilizzatori automatici non appena l’attività economica scende al di sotto del suo sentiero di crescita potenziale [...]. Ne consegue che la norma ottimale dovrebbe prevedere un disavanzo strutturale, al netto dell’investimento pubblico, nullo»), tuttavia, si sono moltiplicati gli appelli a tener conto della valutazione complessiva dell’indebitamento statale

I suoi presupposti a lungo ritenuti intrinsecamente virtuosi, e cioè l'obiettivo dell'equilibrio delle finanze pubbliche per rafforzare le condizioni favorevoli alla stabilità dei prezzi (e, per automatismo, una crescita vigorosa), la duratura convergenza dei dati economici fondamentali, il saldo dei bilanci in pareggio o in positivo, l'attivazione di una procedura preventivo-dissuasiva in casi di disavanzi eccessivi, paiono oggi strutturalmente inadeguati a fronteggiare una situazione di pesante stagnazione del quadro economico generale.

La questione è esplosa in tutta la sua virulenza quando, nel Consiglio Ecofin del 25 novembre 2003, non sono state comminate sanzioni a Francia e Germania per i rispettivi disavanzi eccedenti rispetto ai parametri del Patto, e la Commissione, di conseguenza, ha deciso di difenderne la «legalità» presentando ricorso alla Corte di giustizia per violazione del meccanismo di controllo stabilito dall'art. 104 TUE, del regolamento (CE) n. 1467/1997 e della risoluzione sul Patto di stabilità e crescita.

La sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 13 luglio 2004, che sulla vicenda si è pronunciata, non ha fatto altro che ripercorrere più o meno pedissequamente la dinamica degli eventi, lasciando intatti – e non poteva essere altrimenti vista la materia – i dubbi di fondo che quello “strappo” istituzionale aveva, sia pure a fatica, ufficializzato.

Per la verità, le critiche al Patto sono sempre state vive e puntuali da parte degli osservatori più attenti. Soprattutto laddove era stata messa in evidenza, sotto il profilo strettamente economico, l'involutione degenerativa di un eccessivo zelo riformatore, che «accompagnato dall'ostinata convinzione che l'ortodossia macroeconomica, sul fronte monetario e su quello fiscale, avrebbe portato al nirvana, a una crescita stabile non inflazionistica», stava, in realtà, producendo una «semi-stagnazione, la crescita della disoccupazione, la riduzione dei profitti e il rischio di una deflazione, consentendo al contempo la crescita e l'esplosione di una bolla speculativa nel mercato azionario perfino maggiore, in proporzione, di quella di Wall Street»<sup>3</sup>.

---

della “qualità” della spesa. Non è questa la sede per entrare nelle pieghe di tali opzioni di revisione del Patto di stabilità. Va tuttavia sottolineato come, in un'ottica più generale, ad essere messa in discussione sia la *Weltanschauung* su cui il Patto è stato costruito e, successivamente, applicato. Lo dimostra l'accento che, ad esempio, Giuliano Amato (certo non proprio un euroscettico, tanto per usare una terminologia cara ai riduzionisti giornalistici del dibattito) pone sul fatto che il «disperato bisogno di crescita» dell'economia europea non possa essere soddisfatto dal Patto così com'è: «Quale credibilità ha dunque un'Europa che si affida a regole che sono nella migliore delle ipotesi farisaiche, nella peggiore controproducenti?», G. AMATO, *Regole di buona finanza per salvare i conti e ripresa*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 febbraio 2004, p. 1.

<sup>3</sup> Cfr. J.P. FITOUSSI, *Le Débat interdit*, cit., spec. p. 142 ss.

Tanto da lasciare intravedere una curiosa affinità tra i criteri macroeconomici fissati nella “costituzione economica maastrichtiana” e quelle regole che il Fondo Monetario Internazionale da sempre impone ai paesi in via di sviluppo: «vista da fuori l'Area dell'euro sembra quasi un paese in via di sviluppo, cui il Fondo monetario internazionale (FMI) ha imposto uno di quei programmi draconiani di aggiustamento strutturale che lo rendono così famoso: bassa inflazione, rigore fiscale, deregolamentazione e privatizzazione, il tutto gestito da funzionari non eletti»<sup>4</sup>.

Tuttavia, la necessità di realizzare l'Unione monetaria, il costante richiamo all'aura di credibilità che avrebbe dovuto circondare la moneta unica al suo esordio (e al suo successivo consolidamento) sui mercati valutari internazionali (il perfetto figurino della buona gestione finanziaria incarnato dalle forme istituzionali del capitalismo renano)<sup>5</sup> avevano condotto le autorità

---

<sup>4</sup> A. BOLTHO, *Cosa non va in Europa. Usa-Europa: modelli a confronto*, in *La Rivista del Manifesto*, n. 44 del novembre 2003, p. 57. Analoghe osservazioni si rinvencono in M. CASTELLS, *The Information Age: Economy, Society and Culture. End of Millenium* (2000), tr. it. di G. Pannofino, *L'età dell'informazione. Volgere di millennio*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 384-385, il quale, a sua volta, scrive che «i requisiti di base fissati dal Trattato di Maastricht e precisati dal “patto di stabilità e crescita” ricalcano i criteri standard imposti in giro per il mondo dal Fondo monetario internazionale: ridotto disavanzo di bilancio (meno del 3% del PIL); debito pubblico relativamente contenuto (non più del 60% del PIL); bassa inflazione; bassi tassi di interesse a lungo termine; tasso di cambio stabile. L'armonizzazione delle economie europee è inscindibile dall'armonizzazione dei parametri macroeconomici globali, consigliata, e imposta se necessario, tra i paesi ricchi negli annuali incontri del G-7 e dal Fondo monetario internazionale nel resto del mondo». In tal senso anche W. HUTTON, *The World We're In* (2002), tr. it. di F. Saulini, *Europa vs. Usa. Perché la nostra economia è più efficiente e la nostra società più equa*, Roma, Fazi, 2003, spec. p. 327 ss. Di questo modello (c.d. del *Washington consensus*, basato sull'identità di vedute tra l'FMI, la Banca mondiale e il Tesoro degli Stati Uniti, in merito alle politiche più giuste per i paesi in via di sviluppo), sia pure in un diverso contesto, J.E. STIGLITZ, *Globalization and Its Discontents* (2002), tr. it. di D. Cavallini, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2002, p. 16, ha evidenziato le insufficienze strutturali e i ripetuti fallimenti, sottolineando come la tendenza a sposare un “credo” assolutizzato dell'*austerità* riesca minare alla base la riuscita di qualsivoglia programma economico, la cui attuazione dovrebbe, invece, «prestare la massima attenzione alla *sequenza* di realizzazione delle riforme e ai tempi».

<sup>5</sup> La costruzione del modello economico comunitario risente, in modo determinante, come si è visto nel secondo capitolo, dell'influenza tedesca. In quanto il modello economico-istituzionale riprodotto nei Trattati e riportato nel Trattato costituzionale europeo è, nella sostanza, un fedele ricalco dei moduli organizzativi e di attribuzione delle competenze previsti nel Grundgesetz, specialmente con riferimento al ruolo di istituzione indipendente rivestito dalla Bundesbank, titolare incontrastata della politica economica tedesca, e con riguardo all'osservanza del principio dell'equilibrio economico generale basato sulla stabilità dei prezzi. Di qui a stabilire una perfetta equazione tra il principio della *soziale Marktwirtschaft* nel suo significato, per così dire, “originario”, quale concepito all'interno delle

comunitarie e la maggior parte dei governi nazionali a considerare le conseguenze negative di tale politica “fondamentalista” della disinflazione (prime fra tutte il tasso elevato e crescente di disoccupazione, i tagli consistenti allo Stato sociale, capro espiatorio di tutte le inefficienze), alla stregua di meri costi involontari e transeunti, da associare a un cambiamento di regime da cui ci si sarebbero dovuti attendere «benefici futuri»<sup>6</sup>.

---

Carte fondamentali postbelliche del secondo Novecento in cui il dato politico-costituzionale imbriglia quello economico e lo conforma (sul punto cfr. nota 1 del capitolo I), e il riferimento ad uno sviluppo sostenibile basato su «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva», contenuto nell'art. I-3 del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, ce ne corre. Non solo perché 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, come scrive G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, cit., p. 496, «curvate» nella loro effettiva portata e «condizionate» nel significato in funzione del fine specifico (la libertà pressoché incontrastata del mercato) della Comunità; ma, altresì, perché la tradizionale contrapposizione (cfr. W. HUTTON, *The World We're In*, cit.; P.A. HALL-D. SOSKICE, *Varietà dei capitalismi: alcuni tratti fondamentali*, in *Stato e Mercato*, n. 69, dicembre 2003, p. 341 ss., in cui la distinzione fondamentale tracciata è quella (del tutto simile, in pratica, alla dicotomia già richiamata) tra due tipi di *political economy*: economie di mercato liberali ed economie di mercato coordinate, «che costituiscono tipi ideali alle estremità di un *continuum* lungo il quale si dispongono i vari paesi»; cosicché mentre «nelle economie di mercato liberali (EML), tradizionalmente, le imprese coordinano le proprie attività in prevalenza attraverso la gerarchia e i mercati concorrenziali», invece, «nelle economie di mercato coordinate (EMC) le imprese dipendono in misura maggiore dal coordinamento strategico nell'organizzare i propri sforzi con gli altri attori e nel generare le proprie competenze distintive», p. 342), un po' oleografica, tra un capitalismo c.d. renano (il «modello economico propriamente europeo», «una sorta di “nocciolo duro” dell'Europa economica» secondo M. ALBERT, *Capitalisme contre capitalisme* (1991), cit., p. 23) e un capitalismo angloamericano imperniato sulla sostanziale autonomizzazione del binomio mercato-concorrenza da specifici obblighi sociali, tende, come si vorrebbe tentare in questa sede di verificare, a svanire quasi del tutto. Anche perché, mancando a livello comunitario i “contrappesi” consueti dello “stato costituzionale”, il ruolo della Banca centrale mutuato dalla Bundesbank enfatizza, di fatto, alcuni pericoli già insiti nell'originale: “È comprensibile che le banche centrali dei paesi europei sostengano l'autonomia nei confronti dei governi, spesso discreditati, e accettino il punto di vista della Bundesbank, ma il problema è un altro. È vero che quest'ultima ha dimostrato nei decenni la sua autonomia dal potere politico, ma non certo da quello del grande capitale tedesco. L'autonomia nei confronti dello Stato le ha consentito di perseguire quella politica monetaria tendenzialmente restrittiva che rappresenta un pilastro nella strategia economica del grande capitale volta ad accrescere il ruolo economico e politico della Germania nel mondo. Non c'è da meravigliarsi: la banca centrale è di norma l'intellettuale collettivo del capitalismo, nel senso che lavora in maniera efficiente per salvaguardare, al di là delle contraddizioni che investono singole imprese o interi settori dell'economia nel corso della fasi cicliche o delle trasformazioni strutturali, le condizioni di fondo del capitalismo», E. DAL BOSCO, *La leggenda della globalizzazione. L'economia mondiale degli anni Novanta del Novecento*, cit., p. 35.

<sup>6</sup>J.P. FITOUSSI, *Le Débat interdit*, cit., p. 12.

Dal punto di vista metodologico, però, sarebbe fuorviante ritenere che tale acquiescenza generalizzata nei confronti di un modello economico e sociale fondato sulla massimizzazione delle utilità<sup>7</sup> sia il frutto dell'applicazione obbligata di un criterio di razionalità economica. Piuttosto essa potrebbe rappresentare l'indizio, costituzionalmente rilevante, di una mutamento in atto da tempo nel codice genetico del progetto europeo.

«L'Europa di Maastricht e di Amsterdam non è più, come i suoi antenati, l'Europa di Parigi e di Roma, il tramite per il conseguimento dei valori originari costitutivi» e «ciò rappresenta anche la rottura con una precedente continuità storica delle idee, moderna o pre-moderna. La ragione di tale rottura non può essere attribuita solo alla Comunità o alle mutate condizioni storiche che l'hanno ridotta a strumento obsoleto per la realizzazione degli ideali costitutivi. Potrebbe anche trattarsi del riflesso della rottura nella società europea in quanto tale. (...) E nella misura in cui Maastricht è un riflesso, uno specchio della sua società, il dato interessante non è rappresentato dall'ampiezza dell'opposizione, ma dall'enorme consenso che il Trattato ha suscitato. Da questo punto di vista, il Trattato di Maastricht non è altro che il frutto del suo tempo. La personificazione di questo linguaggio simbolico è da ricercare nella Commissione che non riveste più quell'alto livello di moralità, ma che sembra piuttosto alla ricerca di giustificazioni plausibili dei propri privilegi. (...) L'Europa potrà avere, come potrebbe non avere un futuro triste. Una politica pragmatica e utilitaristica può essere altamente vincente sia in termini di mobilitazione che di risultati. Assicurare benessere e sicurezza potrebbe essere tutto quello che ci aspettiamo dal potere pubblico dell'era post-moderna»<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup>Tale concezione è compiutamente espressa, con riferimento alla problematica specifica di una "costituzione economica europea", consolidatasi a Maastricht e interamente recepita dal Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione europea, in G. DI PLINIO, *La costituzione economica europea nel processo costituente europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2003, p. 1783, secondo il quale «le dislocazioni transnazionali della sovranità monetaria e finanziaria possono essere viste come risposte obbligate alle crisi economiche, monetarie, finanziarie e fiscali degli Stati interventisti, innestate dai processi di globalizzazione dell'economia».

<sup>8</sup>J.H.H. WEILER, *Europe after Maastricht: Do the New Clothes an Emperor?* (1995), tr. it., in ID., *La Costituzione dell'Europa*, cit., pp. 505-508. In tal senso, continua l'A., «il fatto che l'Unione abbia cessato di essere portatrice degli ideali fondamentali della Comunità e che sia diventato qualcosa di provvisorio, un'esperienza avulsa da un quadro di riferimento di valori, rappresenta una affascinante svolta post-moderna rispetto all'ansia modernista. Non sto dicendo che l'Europa vedrà un nuovo ritorno del fascismo e tantomeno che quest'analisi, anche riconoscendole qualche pregio, possa soddisfare gli sciovinisti *fin-de-siècle*, pericolosi oggi come lo erano agli inizi del secolo. Dico però che la crisi di fini può essere persino peggiore della semplice rottura con il passato. Infatti, essa potrebbe essere segno di

La logica “cardinale” del Patto di stabilità affonda le sue radici in un contesto teorico-politico specifico, a sua volta frutto di una determinata «scelta sociale». In questo senso guardare alla procedura rigida del Patto di stabilità come ad un mero strumento tecnico di razionalizzazione delle politiche macroeconomiche dell’Unione, significa, di fatto, rimuovere gli indizi fin troppo evidenti di una preferenza sociale (o, se si vuole utilizzare un concetto caro all’analisi economica, di una «preferenza rivelata») per un certo modello di regolazione dei rapporti economici, sia pure ampiamente condiviso, come quello della crescita economica e della produttività<sup>9</sup>.

---

uno sgradevole legame con un passato fonte di preoccupazione e, in quest’ottica, la possibile svolta dettata da Maastricht di passare dalla comunità all’unità è semplicemente triste». Con toni analoghi, ma anche, per certi aspetti più severi, l’A. riprende e sviluppa l’argomento di un’Europa dei “successi” e dei “risultati” anziché del metodo democratico nel dialogo su *I rischi dell’integrazione: deficit politico e fine delle diversità*, in A. LORETONI (a cura di), *Interviste sull’Europa. Integrazione e identità nella globalizzazione*, Roma, Carocci, Roma, 2001, p. 59 ss. e in J.H.H. WEILER, *Un’Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Milano, Rizzoli, 2003, spec. p. 165 ss. Anche M. DOGLIANI, *Può la Costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, cit., pp. 84-85, evidenzia la rottura con la “modernità” di coloro che hanno intravisto in una revisione dei Trattati una vera e propria “costituzione”, usando, da un lato, «il concetto di costituzione astraendolo dall’unità politica (...), o meglio, considerandolo risolto in quanto superato, dissolto, da una concezione schumpeteriana della democrazia che travolgeva, con il suo funzionalismo debole i confini delle identità nazionali politiche; dall’altro lato, proprio per questo, non potendosi ricondurre il discorso nei termini del costituzionalismo moderno, si ricorreva a pezzi di costituzionalismo antico».

<sup>9</sup> Come spiega C.S. MAIER, *In Search of Stability*, cit., pp. 9-10 (è questo un ampliamento di quanto già riportato precedentemente) – secondo il punto di vista dell’economia politica storica, qui particolarmente importante per valutare una situazione, qual è quella europea, in cui è difficile, essendone immersi, assumere il sufficiente “distacco” metodologico –, la prospettiva d’indagine dell’economia politica non dovrebbe esaurirsi nella «analisi delle scelte politiche basata su criteri di massimizzazione economica», ma dovrebbe poter trovare applicazione «anche in senso opposto, non già per spiegare la politica secondo i criteri di una presunta razionalità economica, bensì per analizzare le scelte economiche in termini di forze politiche. I fautori di questo approccio, che è quello adottato in questi saggi, si chiedono quali rapporti di potere stiano dietro agli esiti economici: come vengono utilizzate le risorse politiche e ideologiche dalle classi o dai gruppi di interesse per far passare politiche economiche controverse, ad esempio la scelta di permettere l’inflazione o di contrastarla?». Perciò, continua l’A., l’ipotesi analitica di partenza, per cercare di inquadrare le scelte macroeconomiche (le quali sono sempre “credenze” o “atti” che abbisognano a loro volta di essere spiegati in quanto contingenti e problematici – nel senso che avrebbero potuto essere differenti – perché comprensibili solo nell’ambito di un particolare contesto politico e sociale) in un’ottica meno deterministica e autocentrata, va rinvenuta nell’idea che la «preferenza rivelata» «possa contribuire a spiegare la scelta sociale», nel senso di presupporre che le società abbiano, in qualche modo, «voluto ciò che è accaduto»: «dire che una società ha scelto l’inflazione o la disoccupazione o il fascismo equivale innanzitutto ad affermare che in quella società i gruppi favorevoli a quell’esito sono prevalsi su quelli che vi si opponevano; non è necessario specificare in qual modo siano prevalsi, se in base al criterio della maggioranza o

Si vuole, pertanto, cercare di mostrare come la *reificazione* procedurale, a livello politico-“costituzionale”, dell’ambito economico europeo<sup>10</sup> coincida, di fatto, con una volontà degli Stati (ratificata dalla Commissione) di trasferire su un piano apparentemente tecnico e neutrale<sup>11</sup> quei conflitti sociali e quelle problematiche economiche che, se da un lato costituiscono – o dovrebbero costituire – la prova di resistenza, ma altresì di capacità di adattamento e di attenzione alle trasformazioni sociali di qualsiasi disciplina costituzionale dell’economia, dall’altro lato, e proprio per questo, richiedono la

---

con l’inganno politico o con la coercizione. In secondo luogo equivale ad affermare non già che quei gruppi sociali vollero necessariamente un determinato disastro storico o umano, bensì che essi accettarono il rischio di compiere un altro passo verso quell’esito piuttosto che affrontare le conseguenze dell’opporvisi. (...) Trattando un esito politico o economico come espressione di una preferenza collettiva, lo storico si chiede a quale insieme di interessi possa aver giovato una preferenza siffatta, e quindi quali schieramenti e divisioni caratterizzino una particolare società sottoposta a tensione. *Cui bono?* Non è la sola domanda che uno storico deve porsi, ma costituisce un buon punto di partenza. Contribuisce a imputare responsabilità alle strutture di potere e a individuare le poste in gioco anche nel caso di ideologie ampiamente condivise, come quelle della crescita economica e della produttività», 14-16. S. STRANGE, *Mad Money* (1998), tr. it. di E. Recchia, *Denaro impazzito. I mercati finanziari: presente e futuro*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, p. 285, ha rimarcato la medesima impostazione: «l’oggetto ultimo del nostro discorso sono i valori relativi e le preferenze della società –ad esempio, la tendenza a preferire l’equità e la stabilità alla massimizzazione della ricchezza, e la qualità della crescita economica alla sua dimensione quantitativa. In ultima analisi, l’essenza di qualsiasi dibattito sull’economia internazionale e la teoria economica si riduce a questo. I conflitti tra monetaristi e fautori dell’economia di mercato da una parte, e keynesiani e fautori dell’intervento dello Stato dall’altra, non sono di natura tecnica, ma politica. E le scelte politiche sono determinate dall’esperienza delle persone. Il problema che ci si pone rispetto al prossimo secolo è che l’autorità tradizionale degli stati nazionali non è all’altezza del compito di gestire il caos monetario sui mercati internazionali, e tuttavia i dirigenti politici sono istintivamente riluttanti ad affidare il compito a istituzioni burocratiche non elette e quindi non tenute a rendere conto a nessuno (e spesso arroganti e miopi). Dobbiamo inventare un nuovo genere di politica ma non riusciamo a immaginare come potrebbe funzionare. Pertanto, forse il denaro dovrà impazzire sempre più e far sentire le sue conseguenze negative fino in fondo prima che la gente si decida, sulla base dell’esperienza, a cambiare le proprie preferenze politiche».

<sup>10</sup> Basti pensare agli automatismi quantitativi del Patto o agli artt. 98 ss. dedicati, nel TUE, ai fini e ai modi d’azione della politica economica e monetaria dell’Unione, oggi integralmente riprodotti negli artt. III-177 ss. del TCE.

<sup>11</sup> In questo appare condivisibile la considerazione di F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, cit., pp. 21 e 25, per il quale, soprattutto con riguardo «all’esercizio di quote sempre più ampie di sovranità politica da parte degli ordinamenti statali a vantaggio della realtà materiale del mercato», «il punto di vista che parrebbe, invece, non essere tenuto in considerazione è quello per il quale gli ordinamenti statali e l’ordinamento comunitario non siano due realtà distinte, l’una dissolventesi nell’altra, ma una sola realtà, figlia di un processo di trasformazione degli ordinamenti statali stessi».

messa in mora del principio di indifferenza nei confronti delle istanze materiali di giustizia distributiva.

## 2. Dal limite «sociale» all'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Doppio movimento: reificazione procedurale della politica economica e deformalizzazione dei rapporti fra privati

Dovrebbe far riflettere, in questo senso, un dato.

Quella che è comunemente considerata la cifra epistemica caratterizzante l'ordinamento comunitario e cioè il suo *dinamismo*, il suo essere ordinamento, per propria natura, orientato alla fluidità delle relazioni interistituzionali, improvvisamente, sul terreno macroeconomico, si scolorisce nel suo opposto. Anziché predisporre concetti-valvola (*Ventilbegriffe*)<sup>12</sup> in grado di assor-

---

<sup>12</sup>Questa categoria di norme, ha rilevato M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, cit., pp. 80-81, è stata elaborata, per la prima volta da K.G. Wurzel, *Das juristische Denken*, Wien, Perles, 1904. Riportando il pensiero dell'autore austriaco, essa viene così sintetizzata: «in ogni caso, comunque, intenzionalmente o solo istintivamente, in ogni sistema giuridico sono presenti concetti la cui funzione principale consiste nell'approntare una categorizzazione per l'imprevisto, nel prestare al diritto una certa flessibilità, una capacità di adattamento ... Io li definisco *concetti-valvola*, perché essi sono paragonabili a delle valvole di sicurezza». Valvole di sicurezza, continua poi Luciani, che «per l'*elasticità* che è loro propria, e che da esse si trasmette all'ordinamento che le utilizza (lo stesso Wurzel chiama le norme che le contengono anche *Kautschukparagraf*), consentono di adeguare l'ordinamento stesso al "continuo evolversi della vita politica e sociale"». È interessante, allora, osservare il modo in cui il costituzionalista italiano applica tale categoria al concetto di "utilità sociale" presente nel secondo comma dell'art. 41 Cost. it., il cuore della c.d. "costituzione economica" nostrana. Tale riferimento, scrive Luciani, «deve ritenersi che sia diretto alla società *nel suo complesso*, e non a singole sue parti, espressioni o frazioni. [...] Utilità sociale, dunque, come sintesi degli interessi della *società*, e non di semplici interessi "di gruppi" (ma neppure è da dire "di serie"). Ma non certo una società omogenea, della quale sia possibile ipotizzare un interesse generale unitario, ma una diversa realtà. [...] La Costituzione, infatti, non ipostatizza gli interessi dominanti nella società attualmente esistente come valori in sé, ma li vede anzi con tipico disfavore: non è questa di *oggi*, ma è un'altra, la società voluta dal Costituente, come il principio di cui all'art. 3, comma 2, impone di ritenere. (...) la società prefigurata dal Costituente non è omogenea, perché semplicemente *non c'è* in Costituzione un *disegno di società*, ma semmai un progetto di trasformazione sociale, o se si vuole c'è solo il disegno di una società di transizione ad una società futura *che però non è regolata in Costituzione*, e della quale si sa solo che dovrà essere il frutto, il risultato, del *processo* di trasformazione che le forze politiche e sociali debbono innescare per "rimuovere gli ostacoli" di cui parla il secondo comma dell'art. 3. L'unica società che è realmente *disegnata* (e quindi non solo sognata ...) in Costituzione, è dunque quella nella quale quei processi di trasformazione sono destinati a compiersi, ed è una società non omogenea, che pre-

bire le trasformazioni del reale e di interagire con le mutazioni della struttura socio-economica, il livello più alto di gestione delle politiche economico-monetarie si arrocca in una sequenza procedurale rigida e autoreferenziale.

Si fa notare, in genere, che ciò risponde e ha risposto, soprattutto in passato, ad una precisa esigenza: quella di creare una base minima di consenso e criteri di azione univoci intorno a un modello economico sufficientemente indeterminato nei fini, ma rigorosamente puntellato nelle procedure di convergenza, tale da consentire la stessa formazione dell'Unione europea e l'adozione della moneta unica. In altre parole, sarebbe stato un passaggio obbligato quello di spostare l'indeterminatezza delle norme superprimarie in materia economica dal fine "sociale"<sup>13</sup> al principio di un'economia di

---

vede infatti il conflitto sociale (art. 40) e la perdurante esistenza di situazioni economiche di vantaggio, la cui incondizionata "positività" si nega però nello stesso tempo in cui le si garantisce (artt. 41 ss.)», (pp. 127-130). È proprio questo progetto di trasformazione sociale ad essere pressoché assente, o comunque subordinato del tutto ad altre priorità ed ad altre istanze, nei Trattati e nel futuro Progetto di Costituzione per l'Europa. Come ha sottolineato A. LUCARELLI, *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2003, pp. 191-192, nell'analisi dell'art. I-3, paragrafo 3, del Progetto di Costituzione europea, ove si riprende il concetto di «economia sociale di mercato», «I servizi di interesse economico-generale non sarebbero sottoposti alla regola della concorrenza e del libero mercato tutte le volte in cui essi non siano in grado di perseguire i valori fondanti dell'Unione e di perseguire la coesione economico-sociale e territoriale. Si è in presenza di misure non commensurabili: da una parte la regola della concorrenza; dall'altra principi fondamentali legati alla dimensione sociale dello stato. In quest'ottica sembra difficile potere accettare l'equilibrio *ordo-liberale* tra ordine politico e ordine economico. La coesione sociale andrebbe vista più come un principio-limite al mercato ed alla regola della concorrenza, che come "contrappeso"» (corsivo aggiunto). Proprio a commento di questo aspetto del Progetto di Trattato costituzionale europeo, U. ALLEGRETTI, *Il senso d'Europa nel progetto della Convenzione*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2003, p. 95, ha osservato che: «Le finalità interne, pur prosciugate di alcune espressioni provenienti dal Trattato di Maastricht che sovrabbondano nel trasfondere nelle normative l'impianto economicistico proprio di tutta la storia dell'integrazione europea, mancano di operare (nonostante tutta la retorica comunicativa spesa nei tempi recenti) quel riequilibrio tra finalità economiche, modello sociale europeo e cosiddetta Europa dei diritti che dovrebbe mirare a superare il funzionalismo economicistico e a porre in primo piano la costruzione originale di un legame sociale fondato sulla composizione tra libertà, uguaglianza e solidarietà».

<sup>13</sup> Un fine che è comunque presente – e in un contesto ben diverso da quello tratteggiato in ambito sovranazionale attraverso il continuo richiamo alla stabilità dei prezzi, alla concorrenza, alla competizione, al divieto di disavanzi eccessivi, alla cultura del bilancio in pareggio, insomma alla logica monetarista – nelle costituzioni dei singoli Paesi europei: si pensi all'art. 20 del *Grundgesetz*, all'art. 19 della costituzione finlandese, all'art. 9 della Costituzione spagnola, all'art. 81 di quella portoghese, all'art. 5 del testo greco, agli artt. 3, comma 2, e 41, comma 2, della Costituzione italiana. Cfr., sul punto, D. GRIMM, *Diritti sociali fondamentali per l'Europa*, in AA.VV., *Sfera pubblica e costituzione europea*, Roma, Carocci, 2002, p. 7 ss.

mercato aperta e in libera concorrenza, allo scopo di formare «una base comune d'intesa senza la quale l'Unione europea non si sarebbe mai formata (...) Grazie a questa indeterminatezza, si è verificata una di quelle rare ipotesi di armonia di interessi che consente all'economia di entrare a far parte del settore non controverso (comunitario) e di poter quindi indicare soluzioni aventi pretese di validità di fronte a tutti gli interessati»<sup>14</sup>.

Ma, occorrerebbe osservare come ciò sia avvenuto all'interno di criteri direttivi e conformativi tutt'altro che indeterminati: stabilità dei prezzi (fatto salvo quest'obiettivo viene poi tutto il resto), finanze pubbliche e condizioni monetarie sane nonché bilancia dei pagamenti sostenibile. Criteri la cui applicazione presuppone, a monte, una scelta che si esprime in una duplice direzione.

Da una parte, la necessità di giuridificare, di formalizzare il principio base assunto come regolatore unico del mercato, cioè la moneta, attraverso un plesso di norme valevoli per tutti gli Stati e dal contenuto intangibilmente tecnico e neutrale (artt. 104 ss. TUE insieme ai regolamenti nn. 1466/1997 e 1467/1997 del Consiglio), in conformità a quell'approccio "minimalista" per cui i prezzi forniscono ai soggetti istituzionali le informazioni necessarie alla loro azione, in particolare fornendo l'indicazione pressoché esclusiva «sui settori in cui si deve o non si deve spendere denaro»<sup>15</sup>.

Dall'altra parte – e in termini speculari –, la strutturale deformalizzazione dei rapporti economici fra privati, attraverso gli strumenti giuridici e giurisprudenziali dell'armonizzazione minima e del principio del mutuo riconoscimento o di equivalenza<sup>16</sup>, secondo una logica di questo tipo: poiché gli operatori economici hanno aspettative razionali derivanti dalla *rule of law monetaria europea*, essi «riescono a prevedere correttamente il futuro» e, quindi, «non c'è alcuno spazio per un intervento pubblico volto a modificare gli equilibri che il sistema spontaneamente raggiunge»<sup>17</sup>. Nell'idiotto degli economisti ciò viene descritto come passaggio dal monetarismo *Mark*

---

<sup>14</sup> Così R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in V. ATRIPALDI-G. GAROFANO-C. GNESUTTA-P.F. LOTITO (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, cit., p. 526.

<sup>15</sup> F.A. VON HAYEK, *The Denationalization of Money: An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies* (1976), tr. it. di W. Marani-M. Finazzer Flory, *La denazionalizzazione della moneta. Analisi teorica e pratica della competizione fra valute*, Milano, Etas, 2001, p. 112.

<sup>16</sup> Sul punto si rinvia al saggio di A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato*, vol. IV, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>17</sup> M. MUSELLA, *Disoccupazione, guerra e globalizzazione. Tre brevi saggi sui mali del capitalismo e sui rimedi per combatterli*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 2-3.

1, secondo il quale, nel breve periodo, l'intervento dello Stato nell'economia può ancora avere effetti reali, al monetarismo *Mark 2*, per cui «il sistema raggiunge rapidamente l'equilibrio di lungo periodo in corrispondenza del tasso naturale di disoccupazione e nulla può fare la politica economica, se non “sorprendendo” gli operatori economici e, quindi, ingannandoli in modo non prevedibile»<sup>18</sup>.

Tale impostazione non può non suscitare, alla luce del tema che qui si intende trattare, una serie di interrogativi.

E in particolare: date tali premesse materialmente regressive rispetto all'ordine economico delineato nelle costituzioni nazionali, è sufficiente l'ap-

---

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 3. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., sottolinea a più riprese l'obsolescenza di una visione teleologica (soprattutto in relazione ai fini sociali) della disciplina costituzionale dell'economia, associandola all'aspetto totalitario di una decisione statale in ambito economico. Come fa notare A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato*, cit., pp. 73-74, si tratta di una rilettura del rapporto tra norme superprimarie e iniziativa economica (e in particolare tra le prime e l'autonomia contrattuale) che accanto all'equazione interventismo statale in economia = totalitarismo, stabilisce una corrispondenza tra solidarismo e paternalismo, «quest'ultimo considerato come un approccio alla disciplina del comportamento umano inefficiente in quanto motivo di depressione del benessere economico. L'equazione potrebbe evitarsi», continua l'A. riprendendo ancora in chiave critica le tesi di Irti, «unicamente concependo il dovere di solidarietà di cui all'art. 41, comma 2, Cost. specialmente come dovere di “eseguire le prestazioni tributarie stabilite dalla legge”. (...) Una simile rilettura del rapporto tra costituzione e diritto privato non caratterizza evidentemente il solo ordinamento italiano. In tutte le esperienze occidentali essa costituisce un tema ricorrente nella letteratura di credo liberista, che in tal modo assume “una coloritura eversiva”. E si capisce: in democrazia la produzione di norme dovrebbe adattarsi al dettato costituzionale e non viceversa assecondare le spinte verso forme di riscrittura dei valori superprimari non mediate dalla rappresentanza politica. In altre parole, punto di riferimento per la costruzione dell'ordinamento deve essere l'ottimizzazione dei valori costituzionali e non di quelli ricavati dalla teoria economica: l'*homo constitutionis* e non l'*homo economicus*».

La relazione tra la purezza di un ordine giuridico del mercato e la spontanea armonizzazione degli interessi fra privati viene oggi considerato il tratto più importante, o maggiormente distintivo, degli ordinamenti c.d. «compositi» attualmente vigenti, fra i quali spicchierebbe l'Unione europea. Questi ordinamenti non si fonderebbero «su qualsivoglia tipo di disciplina giuridica, ma su quella sottesa, sia pure con variazioni che vanno al di là delle semplici sfumature, dalle formule del *rule of law* e dello ‘Stato di diritto’. Negli ordinamenti statali che vi si ispirano non manca il riconoscimento di ragioni politiche, diverse da quelle del diritto, ma non prevalgono su di esse, se non in circostanze specifiche, comunque in costante riduzione; non connotano l'ordinamento nel suo complesso. Solo questo tipo di disciplina, d'altronde, implicando l'adesione a un tipo di giustizia diverso da quello che Weber definiva “giustizia di cadì”, perché fondato su regole prestabilite e pubbliche e sul contraddittorio, consente ai mercati di funzionare», G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 153. Gli altri ordinamenti compositi coinciderebbero con le macroorganizzazioni regionali di tipo economico, quali NAFTA, MERCOSUR e OMC e, sul piano più propriamente istituzionale, con gli Stati Uniti.

pello della Commissione europea al rispetto del principio di legalità, all'integrità del concetto di "Comunità di diritto" per difendere il Patto e le sue rigorose sequenze? Il ricorso alla Corte di Giustizia delle Comunità europee al fine di ristabilire la "certezza" e la "prevedibilità" del diritto rispetto a una decisione del Consiglio, ritenuta non vincolante e priva di "effetti giuridici precisi", che senso assume all'interno di una Comunità che «ha adottato pratiche costituzionali senza un approccio costituzionalistico sottostante che potesse legittimarle»?<sup>19</sup>. E, soprattutto, se il rispetto del Patto costituisce un indicatore importante per valutare la volontà degli Stati di attenersi alle regole dell'ordine sovranazionale che essi stessi hanno creato (secondo i principi della *rule of law*), è davvero così inutile chiedersi che tipo di relazione si possa instaurare tra il richiamo alla logica sovranazionale dello "Stato di diritto" (una logica fondata sulla «validità intrinseca del diritto europeo») <sup>20</sup> e la crisi dello stato moderno nella sua variante di "Stato costituzionale"? La concezione della *rule of law* che oggi risulta dominante, a livello dei singoli ordinamenti e, di riflesso, in ambito europeo, pare esprimere il «senso astratto di idea guida dello Stato di diritto». Il modello neo-liberale che ne deriva «enfatica il ruolo delle istituzioni e delle pratiche strettamente giuridiche», portando con sé «importanti conseguenze sulla funzione del diritto costituzionale, sul ruolo che questo svolge come quadro normativo della politica, sulla "neutralità" come condizione sia del discorso pubblico sia della politica costituzionale» <sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup>J.H.H. WEILER, *The Autonomy of the Community Legal Order: Trough the Looking Glass*, tr. it., *L'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario: Alice nel paese degli specchi*, in ID., *The Constitution of Europe*, cit., p. 410.

<sup>20</sup>R. BELLAMY-D. CASTIGLIONE, *Il deficit democratico dell'Europa e il problema costituzionale*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 515.

<sup>21</sup>*Ibidem*, pp. 509-510 (corsivo aggiunto). «La stessa evoluzione dell'organizzazione politica verso la sopranazionalità europea», scrive S. D'ALBERGO, *Soggetto sociale e responsabilità*, cit., pp. 47-48, «- ad onta di semplificazioni irrealistiche, per cui si parla di "fine" dello stato solo perché si è appannato il connotato della storica "esclusività" - è imperniata sull'esplicito richiamo ai principi dello "stato di diritto": con una contraddittorietà clamorosa, quanto è netta la critica che viene lucidamente riproposta con la denuncia delle crisi della "capacità regolativa della legge": sì che l'enfasi ideologizzante è tanto più essenziale alla conformazione dei comportamenti dei destinatari delle norme negli stati coinvolti nella prospettiva dell'europeizzazione, quanto meno i popoli risultano riconosciuti come soggetti reali in una organizzazione del potere in cui le istituzioni che decidono sostanzialmente sono le istituzioni monetarie e finanziarie, in un quadro istituzionale nel quale si sovrappongono organi di vertice governativi e paragonati operanti nelle logiche procedurali di quella che si è stati costretti a definire "comitologia" nel conclamato "deficit democratico" delle istituzioni a livello europeo». Cfr., inoltre, sul punto le lucide osservazioni di M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una*

### 3. La creazione da parte degli Stati del proprio *Super-Io* tecnico

Il punto cruciale del discorso, in casi come questo, non è la circostanza pura e semplice che il momento di esecuzione del diritto comunitario, e dunque l'implementazione amministrativa di quel diritto, rivesta un carattere "sovranzionale" e perciò stesso sia da ritenersi sottratto al controllo delle istituzioni democratiche<sup>22</sup>. La questione pare essere assai più complessa di una eventuale lettura manichea dello "strappo" sul Patto che intenda contrapporre, da un lato, alcuni Stati (Francia e Germania) improvvisamente divenuti democraticamente virtuosi perché impegnati in rinnovate politiche economiche keynesiane basate sul rifiuto dell'ideologia neoliberista e monetarista e, dall'altro lato, la Commissione europea meccanica esecutrice di quel credo.

Il nodo del problema è, probabilmente forse più in radice. È stato messo in luce, proprio in relazione alla costruzione del mercato unico e al ruolo di vigilanza sul suo funzionamento, che, in tale materia, «dal momento decisionale della Comunità sono bandite le grandi scelte politiche, tutte compiute "a monte" nei Trattati; e qui, in particolare, la Commissione si limita ad esercitare – in generale – competenze di carattere essenzialmente tecnico e, comunque, a compiere atti e a svolgere attività variamente vincolate da specifiche norme dei Trattati. Qui dunque la Commissione trova il terreno adatto ad esaltare la sua vocazione di organo di altissima professionalità tecnica e "super partes", dotato – come tale – dell'autorevolezza necessaria per affermare l'"interesse generale" della Comunità nei confronti degli Stati membri»<sup>23</sup>.

Le scelte politiche sul mercato unico sono state perciò già compiute "a monte" dagli Stati. Ciò che il Patto di stabilità oggi non riesce più a masche-

---

*Costituzione senza stato*, cit., p. 81, secondo il quale «in assenza di una costituzione e di una fonte che possa ragionevolmente chiamarsi legge, nell'ordinamento comunitario la legalità, prima ancora di essere insufficiente, non è neppure pensabile (come, per un verso, legalità interna all'ordinamento dato e, per altro, rispetto della legge). Conseguentemente, il significante "legalità", quando applicato all'ordinamento comunitario, assume, come già "costituzione", una connotazione ellittica, che allude a significati incompatibili con la condizione ordinamentale data».

<sup>22</sup>J.H.H. WEILER, *Mancini v. Weiler: Europe The Case for State ... And the Case Against: An Exchange* (1998), tr. it., *La tesi dello Stato europeo e la sua critica: uno scambio con F. Mancini*, in ID., *The Constitution of Europe*, cit., soprattutto p. 559 ss., mette in evidenza come la scarsa democraticità dei processi decisionali comunitari non sia necessariamente legata al «livello transazionale» in cui essi si svolgono.

<sup>23</sup>M. PATRONO, *La forma di governo dell'Unione europea: una breve storia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2003, p. 1768 (corsivo aggiunto).

rare, dietro le sue regole numeriche, dietro il suo linguaggio specialistico e tecnocratico, dietro la stessa autocomprensione della Commissione come custode dell'interesse comunitario, è, forse, questa constatazione. Il che, paradossalmente, sta determinando – o, forse si dovrebbe dire, sta portando a compimento – la crisi della Commissione, nel suo ruolo di organo esecutivo di quelle politiche. La causa principale di tale crisi, infatti, va rinvenuta proprio nel progressivo approfondirsi ed allargarsi dello stesso mercato, nel suo naturale funzionamento: «il punto da fermare è che il mercato della Comunità europea si presenta come un meccanismo complesso che si allunga e si allarga con l'aggiunta di nuovi corpi all'interno di un processo di mutazione lento, ma continuo. Così la Comunità, mentre da un lato si è andata allargando con il passare del tempo dai sei Paesi fondatori del Trattato di Roma agli attuali 15 Stati membri e sino ai 25 del maggio 2004, dall'altro lato approfondisce al proprio interno l'integrazione economica tra gli Stati membri *fino al punto da avere ormai raggiunto la prima linea sul fronte della politica*»<sup>24</sup>. In virtù, cioè, della sua «logica interna di sviluppo», il mercato interno «*tende a poco a poco a creare, quasi insensibilmente, socialità e politica in dosi crescenti*. Il mercato – per dirla in altre parole – produce un universo di rapporti, o meglio, lentamente sviluppa al proprio interno e quindi diventa e quindi alla fine è *un universo di rapporti*, i quali a loro volta hanno sviluppato (...) tutta una serie di nuove politiche: quelle stesse politiche che servono per regolare quei rapporti in un modo o nell'altro»<sup>25</sup>.

Se, pertanto, il tentativo degli Stati, soprattutto da Maastricht in poi (ma già a partire dall'Atto unico europeo, che non a caso ha visto l'adesione della Gran Bretagna tatcheriana), è stato quello di trasferire fuori dalla sfera politica le decisioni di bilancio, facendole passare per questioni tecniche da considerarsi appannaggio istituzionale di organi neutrali, oggi, il naturale funzionamento sempre più integrato di quell'oggetto (il mercato unico) che avrebbe dovuto essere disciplinato e guidato attraverso procedure di mera stabilizzazione delle aspettative degli operatori, sotto una sorveglianza rigorosamente «giuridica» della Commissione, sta producendo, o, meglio, sta riproducendo le sue contraddizioni interne, i suoi inevitabili conflitti sociali, che richiedono, pena l'implosione procedurale del sistema, un ritorno del confronto politico su quei temi, una loro rimodulazione in chiave di politica costituzionale<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, 1771 (corsivo aggiunto).

<sup>25</sup> *Ibidem*, *ivi* (primo corsivo aggiunto).

<sup>26</sup> Con questa espressione si deve intendere, scrive M. DOGLIANI, *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annua-*

La chiusura delle decisioni di politica economica in un bozzolo burocratico, la creazione di questa sorta di *Super-IO* specialistico<sup>27</sup> (composto da: Commissione, consulenti portatori di alta *expertise*, Banca centrale europea<sup>28</sup>, procedure sul disavanzo, Patto di stabilità, sorveglianza multilaterale), in grado di monitorare, passaggio dopo passaggio, costi ed efficienza della gestione, è stato il modo più proficuo (ed anche il più “silenzioso”) per gli Stati<sup>29</sup> di rendere possibile l'interpenetrazione fra economia privata e strut-

---

rio 2002. *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 220-221, «quella particolare attività integrativa (che Platone, nel *Politico*, paragonava alla tecnica della tessitura) che rende possibile l'esistenza e il permanere di una costituzione (con tutte le sue potenzialità interpretative, politiche in senso stretto); essa si fonda «sulla consapevolezza che il *pactum unionis* non è solo un esperimento mentale (un mito-parametro) né una fattispecie collocata nel passato e stabilita una volta per tutte, ma un processo continuo che deve essere oggetto di continua e consapevole manutenzione»; essa presuppone «una concezione della costituzione come luogo che registra e favorisce l'incremento dell'area del consenso per sovrapposizione sulle questioni pubbliche fondamentali, almeno su quelle che irrobustiscono e allungano la durata dell'armistizio».

<sup>27</sup> Nella teoria freudiana (S. FREUD, *Das Ich und das Es* (1922), tr. it. di C.L. Musatti, *L'IO e l'Es*, Torino, Bollati Boringhieri, 1976, spec. p. 42 ss.) il Super-IO sta ad indicare un'istanza psichica di controllo e spesso di iper-controllo creata dalla persona stessa indipendentemente da necessità o pressioni esterne che eventualmente siano state interiorizzate. Come scrive B. BETTELHEIM, *Freud and Man's Soul* (1982), tr. it. di A. Serra, *Freud e l'anima dell'uomo*, Milano, Feltrinelli, 1983, p. 78, «l'*Ich* che entra nella locuzione *Über-Ich* ha la funzione di comunicare, con tutta l'immediatezza possibile a una parola, l'idea che è la persona stessa a creare questa istanza di controllo della propria mente, che il Super-IO è il risultato della sua stessa esperienza, dei suoi desideri, dei suoi bisogni e delle sue ansie, nell'interpretazione che essa stessa ne ha dato, e che tale istanza assume una posizione di potere perché è la persona medesima che ha interiorizzato nei suoi contenuti le domande che si è posta – e continua a porsi».

<sup>28</sup> Sul ruolo assunto dalla Banca centrale europea, quale punto di raccordo tra il potere delle imprese transnazionali e le politiche comunitarie ancorate alla stabilità dei prezzi, si rinvia al saggio di G. BUCCI, *Implicazioni dei rapporti tra ordinamento giuridico italiano ed ordinamento comunitario sul ruolo della Banca d'Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 1998, pp. 93-158; nonché, più in generale, al volume collettaneo di O. ROSELLI (a cura di), *Europa e Banche centrali*, cit.

<sup>29</sup> Il riferimento a questa “scelta” degli Stati, che qui rimanda a quel concetto di «preferenza sociale o rivelata» di cui si è parlato nella nota 9 di questo capitolo, non si identifica soltanto con una deriva decisionistica degli Esecutivi che prende avvio dopo la crisi petrolifera degli anni Settanta (v. la ricostruzione di G. FERRARA, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, cit.). Ma, altresì, con altri due fattori complementari e interdipendenti. In primo luogo, come evidenziato da S. FABBRINI, *Il «policy-making» dell'Unione Europea in prospettiva comparata*, in S. FABBRINI-F. MORATA (a cura di), *L'Unione Europea. Le politiche pubbliche*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 351, occorre rimarcare «l'importanza che hanno avuto le teorie economiche nell'orientare l'integrazione europea», e, dunque, «il ruolo avuto dalle teorie neoliberali nel creare un sostanziale accordo tra i governi degli

ture di governo dell'Unione, trasformando le questioni e i conflitti politico-

---

Stati membri riguardo ai principi del libero mercato e dell'Unione monetaria (principi quindi che si sono riflessi nei Trattati). Teorie che si sono imposte attraverso una vera e propria lotta ideologica nei confronti di quelle socialdemocratiche, che sono state alla base della costruzione dei welfare state nazionali post-bellici». Proprio in relazione alla decisione degli Stati di «legarsi le mani» con un Patto di stabilità avente valenza paracostituzionale R. TAMBURINI-F. TARGETTI, *Il Patto instabile*, cit., pp. 114-115, analizzano il «contesto storico-dottrinale», in cui quelle regole vengono concepite: «un contesto dominato dall'effermazione della cosiddetta New Political Economics, un prodotto della scuola di Chicago di Milton Friedman e James Buchanan, che analizza le architetture politiche e istituzionali e i loro effetti sull'efficienza del sistema economico partendo dal presupposto che i rappresentanti politici, i responsabili di governo e i funzionari di Stato sono individui razionali che compiono scelte ottimali rispetto ai loro *interessi privati*, i quali naturalmente non sempre coincidono con gli interessi pubblici dichiarati. Questa linea di pensiero è intrisa di scetticismo riguardo agli effetti economici dei meccanismi democratici» e sulla sfiducia in tali meccanismi «si innesta l'idea che l'interesse pubblico, rappresentato dall'efficienza economica, debba essere protetto dai difetti dei meccanismi democratici. Le soluzioni predilette sono essenzialmente due: da un lato i governi vanno esposti il più possibile alla «*constituency* dei mercati», i quali, essendo per definizione depositari dell'efficienza economica, sono in grado di giudicare e sanzionare immediatamente i comportamenti inefficienti dei governi, dall'altro i poteri discrezionali dei governi in campo economico vanno limitati e sottoposti a regole predeterminate aventi forza costituzionale». In secondo luogo, va considerato ciò che A. MASTROPAOLO, *L'implosione della democrazia globalizzata*, cit., pp. 175-177, definisce il cambiamento «dal lato della società». Non si può negare, secondo l'A., che il «cambio di stagione» coincida con «la vittoria elettorale di Margaret Thatcher in Gran Bretagna a fine anni Settanta, subito dopo seguita da quella di Ronald Reagan negli Usa». Tali eventi hanno determinato, all'interno di un quadro economico di prolungato ristagno dell'economia dopo il grande shock petrolifero dei primi anni Settanta, una reazione che ha investito in pieno «le grandi organizzazioni collettive e le grandi identità» compromettendo «le basi sociali della democrazia sostanziale (e anche di una pratica attiva della democrazia procedurale). A stimolare la straordinaria ondata d'innovazioni che hanno posto fine alla cosiddetta «età del fordismo» – e inaugurato quella della «globalizzazione» – fu il costo crescente della manodopera, effetto della piena occupazione e della mobilitazione sindacale. L'introduzione di nuove tecnologie *labour-saving* e di nuove forme di organizzazione del lavoro, l'impiego massiccio dell'informatica, l'abbattimento dei costi dei trasporti e delle comunicazioni, la liberalizzazione dei movimenti di capitali (promossa dai governi), ma anche la delocalizzazione produttiva, su scala internazionale, dove le imprese erano sospinte a cercare le condizioni più favorevoli (...), sono i principali fattori che hanno decretato il tramonto della grande fabbrica fordista e scompaginato la struttura sociale ad essa corrispondente». Ma, continua l'A., uno dei grandi paradossi dell'involutione della democrazia sostanziale, è da ricercarsi nel fatto che il processo di differenziazione sociale seguito alla scomparsa della fabbrica fordista sia stato rafforzato ulteriormente dalla «democrazia medesima». «La grande mutazione sociale non va infatti imputata in via esclusiva al tramonto del fordismo e alla globalizzazione. Effetti cospicui hanno sortito la piena occupazione, la diffusione del benessere, le tutele del *welfare*, i consumi di massa (...) Svaniti i principi che strutturavano, a cominciare dal lavoro – soppiantato dai «lavori», ma ancor più dal consumo quale principio di identità – la società si rivelava più mobile e più variegata, segnata magari da bisogni più raffinati,

economici in problemi amministrativi<sup>30</sup>. In questa visione «si dà per scontato che la politica pubblica sia qualcosa di già determinato, e che quindi non possano sussistere conflitti politici, mentre i conflitti politici, che pure insorgono, riguardano unicamente l'allocazione di risorse scarse e soprattutto possono sempre trovare una soluzione razionale»<sup>31</sup>.

#### **4. Lo spostamento delle decisioni di bilancio verso le istituzioni amministrative europee. Storia (medievale) e comparazione (americana): i nuovi veicoli di legittimazione della *rule of law* comunitaria**

Si tratta di un fenomeno tutt'altro che nuovo e le cui origini possono farsi risalire all'introduzione nell'ordinamento statunitense, fin dai primi anni Cinquanta del secolo scorso, del c.d. *program performance budgeting systems*, elaborato attraverso le pratiche della *contained specialization* (che trasferisce nelle mani di specialisti, guidati da criteri tecnici e professionali, le

---

quelli definiti "postmaterialisti", ma anche da un complessivo sentimento di appagamento il quale erodeva il potenziale di mobilitazione che in passato aveva alimentato le rivendicazioni volte a intensificare (o appesantire) la democrazia: da un lato cambiavano le mentalità, i costumi, le rappresentazioni della società; dall'altro vaste fasce sociali venivano distolte dall'azione collettiva e dall'impegno politico. (...) In pochissimo tempo l'economia capitalista, riorganizzatasi su basi assolutamente diverse, ha perpetrato la sua rivincita, oltre che nei confronti del lavoro dipendente, anche dello Stato».

<sup>30</sup>Come ha scritto S. NICCOLAI citando Fernad Braudel, *Imperio della necessità e vie della libertà. Un appunto sul ruolo della cultura negli scenari della globalizzazione*, cit., p. 556, «ogni sistema economico tende alla ricerca del suo sistema politico ideale», e, oggi, il capitalismo privilegia non a caso, tra le istituzioni di governo, l'amministrazione, realizzando con essa un'alleanza funzionale tutt'altro che sorprendente, visto che è l'istituzione amministrativa che «interrelandosi volta a volta con elementi esponenziali della società, elabora e attua politiche, specialmente settoriali». La filosofia che permea la proposta di *Governance* europea contenuta nel Libro bianco della Commissione del 2001, è infatti fondata sulla triade società-economia-amministrazione: «La *Governance* europea immaginata dalla Commissione è dunque riguardabile come l'esposizione del lessico attraverso cui, verrebbe da dire in nome di tutte le amministrazioni del mondo, un'istituzione tecnocratica costruisce la propria legittimazione, rappresentandosi come colei che possiede la chiave per rispondere ai bisogni della società, sia ai bisogni concreti, che a quelli simbolici e di visibilità»; si tratta di una filosofia che «da una parte edifica l'autolegittimazione dell'amministrazione, dall'altra si rivolge in modo disciplinatore nei confronti della società, insegnando ad essa che non può essere se non in quel certo modo in cui – guarda caso – alle istituzioni che si propongono al suo governo conviene che sia», pp. 559-560.

<sup>31</sup>J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State*, cit., p. 91.

decisioni di bilancio) e delle *incremental decision-making* (quale mera ratifica, da parte degli esperti, dei programmi e delle politiche esistenti), la cui funzione è consistita, principalmente, nella «sostituzione della competenza professionale alle “dispute di parte”» (nella disattivazione «dell’analisi critica dello stato e del bilancio», in favore di una «tacita accettazione degli equilibri esistenti fra gli interessi e i gruppi privati») <sup>32</sup>.

Ciò che risulta nuovo, per il discorso che qui interessa, è, da un lato, il contesto di ricezione, ossia lo spazio sovranazionale europeo, e, dall’altro lato, la contestuale “esposizione” delle questioni economiche e sociali che in esso si sviluppano agli effetti del processo di globalizzazione dei mercati. Entrambi questi punti, a loro volta, risulterebbero incomprensibili se non inquadrati all’interno della griglia interpretativa legittimante più diffusa, basata sul connubio analisi storica/prospettiva comparata, il cui approdo concettuale più frequente è rappresentato da quel modello di «ordinamento composito» ove i «vari livelli interagiscono reciprocamente nel fornire prestazioni decisionali» <sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 91-92. Su questo testo, peraltro, andrebbe fatta una piccola segnalazione, per così dire, filologica. Come scrive F. Caffè, nella *Prefazione* del 1979 al volume di O’Connor, si tratta di uno di quei casi in cui la «suggerione del titolo di un volume finisce per assumere un significato largamente svincolato dal contenuto effettivo dell’opera. (...) Il messaggio che in modo estremamente diffuso viene associato a questa formula (“crisi fiscale dello stato”) è quello di uno stato che, vittima di apprendisti stregoni che l’hanno indotto a ripercorrere con leggerezza la strada dell’espansione della spesa pubblica, si trova di fronte ad una situazione di dissesto: sia per la reazione dei contribuenti divenuti sempre più intolleranti dell’aggravarsi degli oneri fiscali; sia per l’evidente incapacità di assicurare l’adeguatezza e l’efficienza dei servizi pubblici che potrebbero in qualche modo giustificare l’espansione della spesa; sia per il processo di diffusione delle “aspettative crescenti” alimentato dalla pressione imitativa dei vari gruppi sociali», p. IX. In realtà, continua Caffè, sebbene il titolo della sua opera sia stato «non infrequentemente strumentalizzato dall’odierno stupefacente neomanchesterismo, O’Connor è ben esplicito nell’affermare che la via d’uscita dalla presenti difficoltà socio-economiche è costituita dall’alternativa di una organizzazione basata sul socialismo», p. X. La *vulgata* neoliberalista della c.d. crisi fiscale dello stato altro non è, allora, per riprendere ancora l’analisi di Caffè, che uno stadio del «processo di regressione culturale che è in corso con le quotidiane evocazioni del “mercato”, del tutto svincolate dai fallimenti che quotidianamente esso dimostra nel suo concreto operare; con le filippiche sull’“imperialismo del settore pubblico”, quando sotto i nostri occhi esso rimane il mezzo per la socializzazione delle perdite dovute, nel migliore dei casi, a imprenditori che si improvvisano tali nei tempi di prosperità, ma si dimostrano incapaci di delineare linee di ripiegamento nei pur prevedibili periodi di difficoltà; con l’attribuzione unilaterale al costo del lavoro di responsabilità dei processi inflazionistici che esso condivide con numerosi altri fattori», p. X.

<sup>33</sup> G. GUZZETTA, *Declinazioni del dualismo comunitario: dall’aut aut all’et et*, in ID. (a cura di), *Questioni costituzionali del governo europeo*, Padova, Cedam, 2003, p. 11.

La pratica discorsiva che sembra via via consolidarsi, infatti, in ordine alla vicenda europea, si coagula, in estrema sintesi, attorno alle seguenti linee portanti: *a)* configurazione epistemologica della questione europea indipendente dall'archetipo ordinamentale statale, perché, nell'UE, il potere «non segue la schematica della separazione», ma «instaura un “governo a più arene”»<sup>34</sup>; *b)* ricerca del nuovo paradigma, esplicativo del mutato quadro di riferimento ordinamentale, in una rigenerata tradizione giuridica occidentale, universalmente valida, che sia in grado di superare anche le incongruenze concettuali legate alle tesi del *Sonderweg* europeo<sup>35</sup>, e all'idea “eccezionalistica” dell'UE quale potere pubblico *sui generis*<sup>36</sup>; *c)* chiave teorica di accesso al nuovo paradigma insieme *storica e comparata*<sup>37</sup>.

Partendo proprio dall'inquadramento concettuale, e dunque dal punto sub *c)*, l'indagine storica mostrerebbe come gli ordinamenti compositi pre-moderni presentino specifiche “invarianti” (quali: natura coercitiva dei nessi instaurati tra le varie aree dominate, varietà di statuti giuridici, differenziazione sociale accentuata, potere imperiale imperniato su un'organizzazione limitata con delega ad altri poteri per l'espletamento di compiti essenziali, un corpo limitato di norme di diritto pubblico), che, *mutatis mutandis*, rappresenterebbero i caratteri salienti e comuni degli attuali ordinamenti pubblici compositi post-moderni e post-nazionali, in grado di recuperare, attraverso un filo progressivo di continuità storica, la necessaria adeguatezza tra «rappresentazioni teoriche» e «corrispondenti fenomeni reali», ben più articolati e complessi di quanto l'azione razionalizzatrice delle codificazioni statuali (a vari livelli) avrebbe mai potuto riprodurre *in positivo*<sup>38</sup>. In questa narrazione, lo Stato costituisce, una incisiva discontinuità capace di determinare, acuendola poi sempre di più, la divergenza tra ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, i primi ancora saldamente ancorati alla «correlativa concezione del diritto come prodotto della *jurisdictio* piuttosto che del potere politico»<sup>39</sup>, i secondi poggianti su una «torsione» ideologica degli istituti del passato e su una «graduale restrizione del novero delle fonti abilitate a produrre norme giuridiche, verso l'esterno e verso l'interno», cui è

<sup>34</sup> G. DELLA CANANEIA, *L'Unione europea*, cit., p. 142.

<sup>35</sup> Il riferimento è alla nota posizione sul tema di J.H.H. WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 22 ss.

<sup>36</sup> G. DELLA CANANEIA, *L'Unione europea*, cit., p. 142.

<sup>37</sup> *Ibidem*, ivi.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 6 ss.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 9.

«corrisposto il primato del *gubernaculum* sulla *jurisdictio*, con la connessa svalutazione della parità delle armi che si instaurava all'interno delle sequenze processuali. (...) Non è privo di significato che alla mutata concezione del diritto si sia affiancato un nuovo modo di disciplinare le attività economiche. Il diritto comune limitava l'azione dei poteri pubblici in campo economico, non consentendo i monopoli, sanzionandoli penalmente. All'opposto gli Stati hanno sancito vere e proprie riserve a porre in essere determinate attività economiche, per gestirle autonomamente (...) o per consentirne l'esercizio soltanto ad alcuni gruppi professionali organizzati»<sup>40</sup>. In quest'ottica, l'ordine progressivo-evolutivo europeo, in quanto ordine giuridico post-statuale si riapproprierebbe, dunque, dei «caratteri strutturali prossimi alla tradizione giuridica di *common law* e al suo fondamento, il principio di *rule of law*, caratteri facenti parte della tradizione medievale del *jus commune* e oggi in parte ricompresi nella nozione di Stato costituzionale di diritto, mentre sembra più lontano da alcune implicazioni concettuali di tenore giuspositivista proprie di una certa concezione del principio di legalità e dello Stato di diritto nella famiglia giuridica europea continentale del diritto codificato (...) Da questo punto di vista, dunque, il principio di *rule of law* verrebbe a costituire un connotato indefettibile di entrambe le tradizioni giuridiche europee (e della *western legal tradition*) e la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario sotto forma di giurisdizione di costituzionalità ne sarebbe l'epifenomeno probabilmente più rilevante, in quanto – e nella misura in cui – si tratti della sintesi di una dinamica già presente nell'ordinamento degli Stati membri»<sup>41</sup>.

Tale sinossi teorica, orientata a sottolineare gli elementi di comunanza tra *civil law* e *common law*, mediante una particolare lettura della storia occidentale – qual è, appunto, quella offerta dalla *western legal tradition* incentrata sul postulato della superiorità del diritto rispetto alla politica<sup>42</sup> – risulta

---

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 12-14.

<sup>41</sup> R. TONIATTI, *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 526-528.

<sup>42</sup> Uno dei massimi esponenti di questa linea di pensiero, ove tra l'altro, un simile punto di vista si combina assai spesso con un riferimento attualista al diritto romano, è H.J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (1983), tr. it. di E. Vianello, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 24-28, secondo il quale «le principali caratteristiche della tradizione giuridica occidentale possono essere preliminarmente riassunte» (postulando il carattere *ininterrotto* della tradizione, la sua *continuità cosciente*) «nelle seguenti. 1. Esiste una distinzione piuttosto netta tra istituzioni *giuridiche* (inclusi i processi giuridici quali la legislazione e la

funzionale, nella disciplina dell'economia, ad «accreditare l'idea di una *naturale* appartenenza del credo liberista alla tradizione culturale europea. E difatti il principio della separatezza tra politica e diritto viene proposto come schema cui informare i rapporti tra il potere statale e il potere economico. Quest'ultimo considerato capace di ricomporre naturalmente il conflitto sociale ricorrendo al libero mercato, che occorre assecondare attraverso un'accentuata espansione del contrattualismo»<sup>43</sup>. La retorica sulla c.d. *we-*

---

giurisdizione al pari delle norme e concetti giuridici che da essi sono generate) e *altri* tipi di istituzioni. Sebbene il diritto sia fortemente influenzato dalla religione, dalla politica, dalla morale e dalla consuetudine, è tuttavia possibile distinguerlo concettualmente da queste (...) la politica e la morale possono produrre diritto, ma *non sono* diritto, come si ritiene in altre culture. In Occidente, anche se naturalmente non solo in Occidente, si ritiene che il diritto abbia un carattere suo proprio, una qualche relativa autonomia. 2. Collegato a questa precisa distinzione, è il fatto che, nella tradizione giuridica occidentale, l'amministrazione delle istituzioni giuridiche è affidata a speciali gruppi di persone, che si dedicano ad attività giuridiche su base professionale, a tempo pieno o quasi. 3. La formazione dei professionisti del diritto, tipicamente detti *lawyers* in Inghilterra e in America, o giuristi nella maggior parte degli altri paesi occidentali, è affidata a un corpo separato di studi superiori, qualificato come il corso di studi giuridico, con una propria letteratura professionale (...). 4. Esiste un rapporto complesso e dialettico tra il corpo di dottrine giuridiche per la formazione degli specialisti del diritto e le istituzioni giuridiche, giacché, da un lato, la dottrina descrive questi istituti, ma d'altro canto questi, che sarebbero altrimenti vari e disorganizzati, vengono concettualizzati e ridotti a sistema e quindi trasformati da quanto si afferma nei trattati, negli articoli e nelle aule di lezione. (...) 5. Nella tradizione giuridica occidentale, il diritto è concepito come un tutto coerente, un sistema organico, un "corpo", e si ritiene che questo corpo si evolva nel tempo, attraverso i secoli e le generazioni. (...) 6. La vitalità del concetto del diritto come corpo o sistema dipendeva dall'idea del carattere continuativo del diritto, della sua capacità di crescita attraverso le generazioni e i secoli: un'opinione, questa, tutta occidentale. Il corpo del diritto sopravvive solo perché contiene un meccanismo intrinseco di mutamento organico. 7. Si reputa che la crescita del diritto abbia una sua logica interna (...). 8. La storicità del diritto è legata alla concezione della sua supremazia sulle autorità politiche. (...) 9. La caratteristica forse più peculiare della tradizione giuridica occidentale consiste nella coesistenza e nella competizione di diverse giurisdizioni e sistemi giuridici all'interno della stessa comunità. Questa pluralità di giurisdizioni e sistemi giuridici rende necessaria, ed al tempo stesso possibile, la supremazia del diritto». Non è casuale che siffatta concezione coincida con le idee espresse da F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man* (1992), tr. it. di D. Ceni, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, Rizzoli, 2003, p. 70, ove, in riferimento alla «rivoluzione liberale mondiale» in corso, dopo l'azzeramento della storia comunista orientale, si addivene alla conclusione che «è in atto un processo fondamentale che detta un comune modello evolutivo per *tutte* le società umane, qualcosa come una storia universale dell'umanità che si muove in direzione della democrazia liberale».

<sup>43</sup> A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato*, cit., p. 11. L'A. nega che ci sia un'effettiva armonia tra diritto comunitario (frutto di una precisa selezione di tipo individualistico-economicista della tradizione comune europea) e diritto comune europeo. Per cui, «chi occulta o trascura i contrasti tra diritto comunitario e diritto comune europeo alimenta dunque una strategia discorsiva – priva di reali riscontri obbiettivi – volta a promuovere il

*stern legal tradition*, in altre parole, tende ad occultare «la matrice aristotelico-tomista di numerosi istituti sviluppatasi in seno alla tradizione: matrici (...) a partire dalle quali si sono consolidate visioni solidariste del vivere consociato, oltretutto accolte dalle carte fondamentali e dalla prassi costituzionale su cui si pretende di costruire la comunanza di valori tra sistemi europei e sistema nordamericano. Proprio ciò sembra costituire il bersaglio dei riferimenti – solo apparentemente innocui – alla netta distinzione tra politica e diritto. Essi sono connessi con il proposito di valorizzare la categoria dei diritti umani – considerati dai teorici della “western legal tradition” un corpo di norme ulteriori rispetto al diritto prodotto dalle massime autorità politiche, diritto un tempo chiamato divino, poi naturale – a scapito di quella dei diritti sociali, al fine di accreditare la leva fiscale come unica forma ammessa di interventismo statale in funzione di redistribuzione della ricchezza. Proposito evidentemente riconducibile al patrimonio culturale occidentale, ma tuttavia storicamente bilanciato dalle visioni solidariste – valorizzate soprattutto nel contesto europeo – trascurate al fine di impedire che sia ridimensionata l’idea di una comunanza di tradizioni tra il vecchio ed il nuovo continente»<sup>44</sup>.

Ma, a questa “invenzione” della tradizione<sup>45</sup>, si deve poi affiancare l’altro

---

liberismo come naturale sbocco della storia europea occidentale: naturale come il mercato, che è lo strumento e il fine di tale strategia. Appartiene alla strategia in parola la demonizzazione dello stato come istituzione – inevitabilmente destinata a degenerare in strumento di politiche autoritarie prima e totalitarie poi – incompatibile con il proposito di promuovere l’emancipazione degli individui. Questo si ricava – con toni talvolta sfumati e talaltra espliciti – dalla letteratura che illustra il contrasto, a suo dire insanabile, tra il diritto comunitario e l’attuale disciplina costituzionale dell’economia. Lo stesso emerge poi dalle ricerche che – pur muovendo da un punto di vista apertamente anticapitalista – finiscono per sponsorizzare le medesime costruzioni utilizzate dai fautori del libero mercato per alimentare forme estreme del loro credo: dai libertari e dagli anarcocapitalisti in testa. Alludiamo alle ricerche che reputano l’illuminismo giuridico – definito come “costruzione intellettualistica incentrata sul primato dei diritti naturali” – l’unica alternativa alla costruzione di un sistema politico in cui l’ente statale viene pensato esclusivamente come “strumentale alla realizzazione di se stesso”», p. 12.

<sup>44</sup> A. SOMMA, *Giocchi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars interpretandi*, n. 8, 2003, pp. 344-345.

<sup>45</sup> Scrive E.J. HOBBSAWM, *Introduzione: Come si inventa una tradizione*, in E.J. HOBBSAWM-T. RANGER (a cura di), *The inventing of Tradition* (1983), tr. it. di E. Basaglia, *L’invenzione della tradizione*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 3-4, che «per “tradizione inventata” si intende un insieme di pratiche, in genere regolate da norme apertamente o tacitamente accettate, e dotate di una natura rituale o simbolica, che si propongono di inculcare determinati valori e norme di comportamento ripetitive nelle quali è automaticamente implicita la continuità col passato. Di fatto, laddove è possibile, tentano in genere di affermare la propria continuità con un passato storico opportunamente selezionato».

elemento giustificativo delle nuove (a questo punto solo apparentemente nuove) forme del giuridico. Una volta, infatti, ricostruita, a livello europeo, la matrice giuridica comune di appartenenza attraverso una modellistica ordinamentale policentrica e prepolitica (dove i suffissi *pre* e *post* che accompagnano il sostantivo Stato sono gli estremi denotativi di una storia circolare e universale), diventa inevitabile, in prospettiva comparata, individuare, all'interno della fattispecie «*respublica composita* o *compound republic*»<sup>46</sup>, le evidenti affinità tra Unione europea e Stati Uniti: «nonostante le ripetute tendenze a proporre improbabili teorie dell'«eccezionalismo europeo», in realtà il *policy-making* europeo manifesta significative analogie con quello statunitense. Anzi, si può dire che il *policy-making* più rappresentativo del modello pluralista è proprio quello degli Stati Uniti. Perché, anche in questo paese, siamo in presenza di un sistema politico costituzionalmente policentrico e, in questo caso, politicamente post-partitico»<sup>47</sup>. E questo, secondo la suddetta impostazione, ha un significato ben preciso riguardo alla politica economica: «certamente l'UE sfida gli schemi consolidati dell'analisi comparativa. Nondimeno, se si precisano i criteri della comparazione, allora la teoria della sua unicità può essere efficacemente falsificata. Majone, ad esempio, usando il criterio delle politiche pubbliche nel campo della competizione economica, ha mostrato come la UE abbia assunto le caratteristiche di uno *Stato regolatore*. Ciò che la UE può principalmente fare in quel campo, vista la limitatezza delle sue risorse finanziarie, è regolare settori e attività, lasciando quindi agli attori regolati l'onere dell'implementazione della regolazione. Su questo piano,

---

<sup>46</sup> S. FABBRINI, *Le istituzioni dell'Unione Europea in prospettiva comparata*, in ID. (a cura di), *L'Unione Europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sovranazionale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 21.

<sup>47</sup> S. FABBRINI, *Il «policy-making» dell'Unione Europea*, cit., p. 356. In senso assolutamente conforme, per esempio, attraverso un richiamo bibliografico di più ampio respiro a sostegno delle proprie affermazioni nella nota 26, G. GUZZETTA, *Declinazioni del dualismo comunitario*, cit., pp. 25-26, il quale, nel paragrafo dedicato alle relazioni interorganiche e alla forma di governo dell'UE, rimarca come, per poterne delineare i tratti salienti, risultino «illuminanti gli studi sempre più frequenti miranti alla comparazione dell'Unione europea con altri ordinamenti Statuali a carattere composto ed in particolare con gli Stati Uniti. Da tali studi emerge con una certa evidenza la possibilità di istituire significativi paralleli tra l'Unione ed altri ordinamenti – è il caso degli U.S.A. – caratterizzati da un assetto istituzionale di tipo frammentato, fondato su di un equilibrio istituzionale assai più composto e disorganico di quello esibiti da ordinamenti a tradizione parlamentare, una separazione tra organi che costringe a processi decisionali elaborati e complessi, caratterizzati da cooperazioni, negoziati e logiche consensuali, funzionante secondo un equilibrio tra *Government* e *Governance*, o, detto in altri termini, tra processi formali ed istituzionalizzati ed interventi informali di attori non istituzionali».

rileva Majone, gli Stati Uniti possono essere considerati il primo Stato regolatore della storia democratica»<sup>48</sup>.

Il nucleo del pensiero “regolatore” è composto, simultaneamente, dalla sottrazione dell’indirizzo politico in materia economica a una o più autorità democratico-rappresentative<sup>49</sup> e dal correlativo interventismo, ai fini, come sovente si dice, di un più efficace recepimento delle esigenze dei cittadini nel disegno delle politiche pubbliche, delle «comunità epistemiche» di riferimento degli interessi socioeconomici più potenti, ossia dei gruppi organizzati di pressione<sup>50</sup>. Insieme schema di produzione e prodotto normativo di tale ossatura giuridica binaria non potrà che essere poi quella legislazione intermedia o primaria, rappresentata dalle regole comuni a tutti gli operatori pubblici e privati, costitutivamente «limitata nella misura indispensabile ad assicurare il funzionamento del mercato», o, se si vuole, finalizzata alla

---

<sup>48</sup> S. FABBRINI, *Le istituzioni dell’Unione Europea*, cit., p. 21.

<sup>49</sup> Ciò a causa delle due principali ragioni strutturali che informerebbero l’ordinamento composito e cioè la frammentazione/diffusione della stessa autorità decisionale nonché la connaturata prepoliticità di un «sistema pre-partitico, ovvero di un sistema in cui l’autorità decisionale non è selezionata secondo una competizione programmatica o partigiana», S. FABBRINI, *Il «policy-making» dell’Unione Europea*, cit., p. 347.

<sup>50</sup> *Ibidem*, ivi. Come non rilevare, allora, forti analogie con il modello americano ove «l’attività di *lobbying* è permanente»? «L’azione di tali organizzazioni», continua l’A. con riferimento alla struttura dell’UE, “si situa nella fase di *input* come in quella di *output* del processo decisionale, in quanto i gruppi intervengono nella definizione delle politiche pubbliche sia come rappresentanti degli interessi della società civile e veicoli della domanda sociale nei centri decisionali comunitari, che come fonte di informazioni per l’implementazione delle politiche sul piano nazionale. Poiché la soddisfazione degli interessi funzionali costituisce una cruciale caratteristica di un *policy-making* pre-partitico, l’importanza di questi gruppi è cresciuta e la loro attività è aumentata parallelamente alla crescita della produzione di politiche da parte della UE (...) Con l’accelerazione dell’europeizzazione delle politiche, si è europeizzata anche l’attività (e talora l’organizzazione dei gruppi di pressione (...)) i gruppi si dirigono là dove si sposta il potere, ridefinendo cioè i loro obiettivi a seconda del livello del *policy-making* in cui agiscono», pp. 347-348. Ovviamente, in questo contesto, i gruppi di interesse più influenti e più forti sono quelli dei produttori e dei commercianti, sia perché dotati di maggiore capacità organizzativa a livello paneuropeo, sia in quanto aventi maggiori disponibilità di risorse di *lobbying*, informative e di *expertise*. Di qui anche la prevedibile ricaduta in termini di costruzione dell’apparato ideologico dominante: «più la politica in questione riguarda problematiche sociali e ad alto contenuto tecnico (...) e più il ruolo delle competenze viene enfatizzato nel *policy-making*», «le idee, per affermarsi e avere un impatto sul *policy-making*, devono essere tecnicamente rilevanti e operativamente dettagliate. Ma soprattutto devono essere espressione di comunità di esperti riconosciute da decisori comunitari. Dopo tutto, relativamente a certi problemi di *policy*, il sostegno di quelle comunità è necessario per conferire una sufficiente autorevolezza alle decisioni da prendere. Anche se è bene che le loro idee non confliggano con gli interessi economici dominanti», pp. 350-352.

realizzazione del mercato mediante «un meccanismo che è, in larga misura affine al mercato»<sup>51</sup>.

## 5. La vittoria delle “procedure” nel mondo giuridico postmoderno

Di qui la novità, se vista dall'*interno*, del contesto ricettivo, quello europeo, che, se un tempo poteva presentarsi come un aggregato variegato di culture giuridiche nazionali, ora, in quanto, e sempre di più, espressione anche di una «“nuova” cultura giuridica transnazionale»<sup>52</sup>, sembra non potersi sottrarre

---

<sup>51</sup>G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea*, cit., p. 52. Si tratta della tecnica di armonizzazione delle legislazioni nazionali attraverso l'applicazione, in ambito europeo, del principio di equivalenza. Esso conduce allo «sviluppo degli arbitraggi tra norme, avallati dalla giurisprudenza, mediante i quali gli operatori scelgono i contesti normativi più favorevoli in rapporto agli interessi di cui sono portatori». Il fine di questo approccio è chiaro: «la normazione comune non impedisce ai privati di avvalersi delle regole poste da altri ordinamenti, se le reputino più confacenti agli assetti di interessi che intendono determinare. La situazione che ne deriva è simile, per alcuni versi, a quella degli Usa, dove in singoli Stati è consentito alle imprese di scegliersi un regime societario particolarmente vantaggioso, anche sotto il profilo fiscale. Norme dello Stato del Delaware, in particolare, hanno consentito l'espansione funzionale e geografica delle banche nel settore assicurativo. Peraltro, nell'estendere i principi comuni, nell'ammettere l'armonizzazione di alcuni settori (le banche, i mercati mobiliari, i contratti di opere, forniture e servizi), l'Unione europea si spinge oltre l'ordinamento statunitense, privo di codici nazionali, con una legislazione federale normalmente interstiziale», 166-167. «Da un simile punto di vista», osserva puntualmente A. SOMMA, *Temi e problemi di diritto comparato*, cit., pp. 131-132, «la concorrenza tra ordinamenti presuppone – accanto al potenziamento di talune differenze – una loro concordanza quanto alla garanzia di utilizzare senza ostacoli l'ordinamento prescelto. La circostanza conduce a forme di armonizzazione – ad esempio quelle contemplate dal principio dell'home country control – fondate sulla massima liberista che riduce lo stato a fonte di un diritto degli strumenti e non degli scopi. Un diritto che collochi i consociati su un piano di parità formale per essere così capace di recepire contenuti diversi ma accomunati dal costituire misure elaborate per far fronte al fallimento del mercato. Il tutto al fine di realizzare un “naturale” sviluppo del commercio internazionale sulla base di principi altrettanto “naturali”: quello della libera circolazione delle merci e dei capitali e quello della parità formale degli operatori economici. I riferimenti al “naturale” costituiscono indizio di un ritorno al formalismo e alle massime ad esso connesse e difatti il rifiuto dello stato si coordina con un rifiuto della politica alimentato dall'illusione di una pacificazione sociale. I riferimenti si accompagnano del resto all'utilizzo di un particolare modello umano, celebrato dalla letteratura nordamericana e sovente utilizzato come punto di riferimento per le costruzioni normative comunitarie: il settecentesco *homo oeconomicus*, capace di autodeterminarsi liberamente alla sola condizione di essere in possesso delle informazioni necessarie a raffrontare i costi e i benefici delle proprie scelte».

<sup>52</sup>U. MATTEI, *Miraggi transatlantici. Fonti e modelli nel diritto privato dell'Europa colonizzata*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 31, Milano,

alla progressiva introiezione del modello economico-politico-giuridico dominante, quello statunitense, improntato a una concezione della *rule of law* segnatamente *apolitica* («una patente essenziale per il successo planetario di un movimento giuridico»)<sup>53</sup>, cui andrebbe riconosciuto (proprio per la sua assenza nell'area comunista) il merito, secondo la propaganda corrente di istituzioni quali la Banca Mondiale e il Fondo monetario internazionale<sup>54</sup>, di aver posto fine alla stessa guerra fredda: «il diritto», in questa visione, «non è più oggetto di uno scontro politico fra blocchi contrapposti. La legalità socialista non contrasta più la *rule of law*. Il diritto non è più né politica né cultura ma ingegneria istituzionale. In quanto tale, diviene parte fondamentale dei progetti di “aggiustamento strutturale”, volti a smantellare ogni concezione della statualità incompatibile con le ricette monetariste e post-keynesiane»<sup>55</sup>.

È significativo, in questo senso, il fatto che le c.d. teorie postmoderne del diritto<sup>56</sup> si evolvano a partire dal ceppo originario della scuola del *Legal Process*<sup>57</sup> (poi integrata dalle teorie del movimento *Law and Economics*, l'analisi

---

Giuffrè, 2002, t. I, p. 413. Per questa nuova dimensione del diritto anche a livello europeo si rinvia a M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, cit.

<sup>53</sup> U. MATTEI, *Miraggi transatlantici*, cit., p. 408.

<sup>54</sup> «Per familiarizzarsi con la letteratura più influente sulle ricette seguite dalla Banca Mondiale e dal Fondo Monetario», scrive U. MATTEI, *ivi*, p. 408, nota 15, «il luogo più interessante è la bibliografia giuridico-economico-istituzionale offerta dal sito [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org)».

<sup>55</sup> *Ibidem*, *ivi*.

<sup>56</sup> Teorie transcontestuali per definizione a livello di sistematizzazione categoriale, visto che il postmodernismo è categoria instabile e perciò omnicomprensiva, e finisce dunque per assumere «diversi significati per diverse persone»; ma, nello stesso tempo, ipercontestualizzate nella loro applicazione, visto che «i critici giuridici postmoderni si servono di strategie locali e adatte a risolvere problemi su piccola scala, per sollevare nuove questioni sul rapporto tra diritto, politica e cultura» G. MINDA, *Postmodern Legal Movements*, cit., p. 12.

<sup>57</sup> Questa scuola di pensiero è riconducibile, in sostanza, all'insegnamento di H.M. HART-A.M. SACKS, *The Legal Process: Basics Problems in the Making and Application of Law* (ed. provv. 1958), in W. ESKRIDGE-P. FRIEKEY (a cura di), Chicago, Foundation Press, 1994. Fa notare U. MATTEI, *Miraggi transatlantici*, cit., pp. 410-411 (ma sul punto si veda anche la *Presentazione, Deconstructing Gary*, di M. BARBERIS, al volume di G. MINDA, *Postmodern Legal Movements*, cit., pp. VII-XIX) come la lezione teorica del *Legal Process* fosse legata al contesto specifico statunitense poiché i fautori di quel modello «avevano in mente un problema locale (la perdita di prevedibilità dovuta al predominio realista) ed offrivano soluzioni a loro volta strettamente legate al contesto locale. Strettamente parrocchiali, se si vuole, ma anche strettamente originali perché nulla di simile era mai stato tentato altrove»; dunque un modello «profondamente incentrato su problematiche domestiche, o comunque sostanzialmente autoreferenziale», ma, appunto, proprio «come si conviene ad un modello dominante, tutto incentrato a parlare piuttosto che ad ascoltare, ad insegnare piuttosto che a imparare».

economica del diritto, e dei *Critical legal studies*), il cui apporto epistemologico fondamentale è consistito nel mostrare «come il luogo istituzionale della decisione determini i contenuti della stessa»<sup>58</sup>; «spostare il discorso dal contenuto delle decisioni (diritto sostanziale) a chi debba decidere che cosa, (*Legal process*) costituisce una vera rivoluzione epistemologica, destinata ad offrire frutti e conseguenze non secondarie. Fra queste una notevole facilità a spostare il discorso dalla giustizia all'efficienza. Nella scelta su chi debba decidere, la capacità di farlo in modo efficiente non può non essere altamente rilevante»<sup>59</sup>.

Il punto della disputa sui criteri rigidi del Patto di stabilità e crescita, con riferimento alla decisione del Consiglio Ecofin del 25 novembre 2003, è stato proprio questo.

È noto che la Commissione aveva, nell'occasione, portato sul tavolo del Consiglio dei ministri delle Finanze due proposte pressoché analoghe, riguardanti Parigi e Berlino, così articolate: 1. una preliminare presa d'atto che i due Stati non avevano potuto dar corso alle prime raccomandazioni ad essi indirizzate dall'Ecofin nei mesi di gennaio e giugno del 2003 (il che, sotto il profilo procedimentale, avrebbe richiesto l'applicazione automatica del meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 104.9 del TUE); 2. contestuali nuove intimazioni con misure più stringenti per ripristinare entro il 2005 (e non più entro il 2004) il deficit nei previsti limiti del 3% del PIL; 3. la richiesta, indirizzata alla Francia, di riduzione del deficit strutturale dello 0,8% del PIL nel 2004 e dello 0,5% del 2005; 4. la richiesta, stavolta per la Germania, di progressiva riduzione del deficit dell'1% per il 2004 e dello 0,5, per il 2005; 5. infine, rispetto alle finanziarie di Schroeder e Raffarin per il 2004, si sollecitavano da parte di Bruxelles, risparmi aggiuntivi rispettivamente per 5 e 6 miliardi di euro.

Se si confronta il corpo quantitativo di tale programma di "risanamento" con la deliberazione finale del Consiglio, ci si accorge della sostanziale convergenza delle due posizioni espresse da entrambi gli organi comunitari sulla vicenda.

Il reale elemento di disaccordo e rottura è stato, allora, quello della sospensione della procedura per i disavanzi. Più precisamente, ci si è divisi non tanto sulle modalità e sulla tempistica dell'aggiustamento dei conti, quanto, principalmente sul rispetto "formale" della procedura del Trattato che impone, ad un certo stadio della stessa (e verificata la non corrispon-

---

<sup>58</sup> U. MATTEI, *Miraggi transatlantici*, cit., p. 410 (corsivo aggiunto).

<sup>59</sup> *Ibidem*, ivi.

denza con i criteri del Patto), un passo avanti, appunto formale (art. 104.9 TUE), che conduce, nella sequenza decisionale, alle sanzioni del Consiglio Ecofin.

Qui l'efficienza della decisione viene legata al rispetto della valutazione tecnica. In questo caso il luogo istituzionale della decisione non si identifica con la Commissione o con il Consiglio dei ministri delle finanze, ma con la procedura. In altre parole, si potrebbe dire che, secondo il punto di vista della Commissione, l'unica strada per fornire delle risposte corrette (nel senso di un'adeguata *Rechtssicherheit*) nel processo decisionale giuridico attivato non poteva non passare attraverso una precomprensione delle funzioni istituzionali e delle competenze assegnate alle diverse organizzazioni istituzionali dal sistema giuridico comunitario. Ora, sotto questo profilo, l'equilibrio dei poteri all'interno del sistema economico-monetario europeo è abbastanza chiaro. Esso è fondato sulla scissione tra competenze monetarie, attribuite ad organi dotati di discrezionalità assoluta, e competenze macroeconomiche, riservate a soggetti istituzionali autovincolatisi ad un sistema rigido di parametri numerici.<sup>60</sup> Questo assetto, a sua volta, richiede una crescente eterocompensazione del mercato, poiché, così com'è, esso non riesce ad investire, se non in misura minimale, in obiettivi sociali primari, trovandosi nelle condizioni, riguardo alle scelte pubbliche fondamentali, di poter soddisfare solo i parametri di finanza pubblica fissati secondo un'impostazione neoliberista e monetarista. Scelte pubbliche fondamentali, pertanto, che dipenderanno, inevitabilmente (spostandosi l'asse compensativo – anche per la mancanza di un bilancio federale – dal pubblico al privato), dall'ordine spontaneo che verrà a determinarsi in virtù della libera circolazione delle informazioni sui prezzi.

Alla luce del quadro appena tracciato, la compartizione sequenziale del Patto, informata al principio della «decisione istituzionale» (che qui riflette la competenza limitata delle scelte macroeconomiche degli Stati), funziona da *stabilizzatore permanente* della scissione tra titolare del potere di spesa e titolare del potere sociale. Resta, cioè, un fattore essenziale per rimuovere l'evidenza operativa che l'effettività dei diritti sociali dipende dalle regole di scelta delle sedi decisionali: «le maggiori perplessità che derivano dall'attuale situazione dei diritti sociali nel quadro comunitario si legano proprio al rischio di questa scissione. Nella fase attuale del processo di integrazione gli Stati hanno mantenuto tutta la loro potestà regolativa dei diritti sociali, e la stessa timidezza comunitaria nel riconoscimento di tali situazioni soggettive

---

<sup>60</sup> Cfr. sul punto A. PREDIERI, *L'Unione economica monetaria*, cit., p. 140.

a livello dei Trattati rende indispensabile la conservazione di quella potestà. Contemporaneamente, però, gli Stati hanno perduto il dominio delle risorse destinabili al soddisfacimento dei diritti in questione; si è lacerato il collegamento fra politica sociale e politica economica»<sup>61</sup>.

D'altra parte, ed è questa l'altra novità cui prima si accennava, queste dinamiche risultano accentuarsi e, per certi versi, irrobustirsi mediante il continuo richiamo alle necessità, soprattutto in termini di competitività internazionale, che verrebbero ad essere imposte dalla globalizzazione economica e finanziaria in atto<sup>62</sup>. Uno strumento assai utile – visto il controverso fonda-

---

<sup>61</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999, La Costituzione europea*, cit., pp. 537-538.

<sup>62</sup> Secondo gli ideologi del neoliberismo, scrive E. DAL BOSCO, *La leggenda della globalizzazione*, cit., p. 2004, p. 17, «un paese è ricco o povero se riesce o meno a sottrarre spazi commerciali ad altri e a non farsi sottrarre quelli che ha, con il risultato che lo sviluppo e l'occupazione di ciascun paese dipendono interamente dalla competitività nella cosiddetta economia globale. La presunta novità di una globalizzazione delle attività produttive e la supposta illimitata concorrenza a cui parteciperebbero ormai tutti i paesi su tutti i mercati vengono utilizzate per peggiorare le condizioni di lavoro e di vita di larghi strati della popolazione nei paesi capitalistici sviluppati. Da qui la leggenda dei paesi del Sudest asiatico, prima, e degli ex paesi socialisti, dopo, che grazie ai bassi costi del lavoro toglierebbero quote crescenti di mercato ai paesi capitalistici di vecchia industrializzazione. Si dovrebbe, quindi, ridurre in questi ultimi i salari diretti e quelli indiretti, che costituiscono la base finanziaria dello Stato sociale, per arginare la nuova concorrenza dei paesi emergenti». Riflettendo, in questa direzione sul ruolo dello Stato, L. GALLINO, *Capitalismo predatore*, cit., pp. 14-15, ne evidenzia il mutamento di ruolo: «Esso si è trasformato, da garante delle regole che assicurano la stabile convivenza di tutti i cittadini a un dato livello di civiltà, e promuovono l'innalzamento di questo, in un attore che si pone come scopo primario l'aumento della competitività dell'azienda-paese: è lo *Stato nazionale competitivo*. Dinanzi alla forza del ritorno della proprietà al potere e al controllo diretto di gestione delle imprese, lo Stato ha accettato come un'incontrastabile forza di natura, e ha schierato il proprio potere a favore della sua affermazione in ogni campo della vita sociale. In tal modo lo Stato è diventato il rappresentante e più ancora il produttore locale dell'insicurezza globale. Da custode della sicurezza di tutti, è diventato il soggetto primo della divisione della popolazione in vincitori e vinti della competizione mondiale; ai primi vanno le spoglie, mentre ai secondi è destinata, nel migliore dei casi, un'assistenza compassionevole, per usare l'espressione preferita dai *neocons* americani ed europei. (...) Fra i tratti caratterizzanti dello Stato competitivo – nell'accezione critica – si possono includere i seguenti: l'importanza che assegna alla posizione comparata del paese nell'economia internazionale, con speciale attenzione al costo del lavoro; l'assunzione del compito di creare profittevoli condizioni quadro per un capitale che opera su scala globale, in cerca di nuove strade per la propria valorizzazione, inclusa la massimizzazione della quota investita in azioni: il "capitale fittizio" di cui parlava Marx; la consapevole auto-restrizione del campo delle possibilità di azione dei governi, con il risultato che terreni decisivi per l'organizzazione sociale – per la sua qualità – vengono sottratti alle istituzioni democratiche. Va altresì sottolineata la tendenza dello Stato competitivo a trasformarsi, nella UE allargata, da nazionale in sovranazionale, per forza propria non meno

mento scientifico su cui tale tesi poggia<sup>63</sup> – per tentare di “sterilizzare” ulteriormente il potenziale deliberativo democratico della costituita o costituenda sfera pubblica nazionale o sovranazionale e trasferire su un piano di intangibile oggettivismo le responsabilità del «peggioramento delle condizioni di lavoro e di vita di larghe masse lavoratrici nei paesi capitalistici sviluppati»<sup>64</sup>.

Con l'effetto paradossale di creare quella percezione di un'economia pianificata<sup>65</sup> (ovviamente secondo modalità gerarchiche “dall'alto”) che solo l'ipostatizzazione del concetto di “mano invisibile”, sia pure ammodernato e retificato, è in grado di produrre.

## 6. “Stato di diritto” s̀, “Stato sociale” no: la crisi d'identità dell'Europa

Se la nozione di “Stato di diritto” – che l'art. 6 del TUE definisce principio comune degli Stati membri – costituisce l'orizzonte di riferimento normativo supersistemico<sup>66</sup> cui collegare la disciplina europea delle decisioni di

---

che per la spinta del capitale transnazionale. (...) la UE stessa tende a conformarsi come uno Stato competitivo sovranazionale, i cui riferimenti sono da un lato gli Usa, dall'altro, più ancora che il Giappone – tradizionale componente della vecchia Triade mondiale – i paesi emergenti come la Cina e l'India».

<sup>63</sup> V., fra i tanti, P. KRUGMAN, *Peddling Prosperity* (1994), tr. it. di F. Miglioli, *L'incanto del benessere. Politica ed economia negli ultimi vent'anni*, Milano, Garzanti, 1995; ID., *Pop Internationalism* (1996) tr. It. Di A. Di Gregorio, *Un'ossessione pericolosa. Il falso mito dell'economia globale*, Milano, Etas, 1997; J.E. STIGLITZ, *The Economic Role of the State* (1989), tr. it. di M. Da Rin, *Il ruolo economico dello stato*, Bologna, il Mulino, 1992; ID., *In un mondo imperfetto. Stato, mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Roma, Donzelli, 2001; ID., *Globalization and Its Discontents*, cit.

<sup>64</sup> E. DAL BOSCO, *La leggenda della globalizzazione*, cit., p. 18.

<sup>65</sup> Scrive U. ALLEGRETTI, *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta Edizioni, 2002, p. 168: «Spesso nell'accreditare la nuova linea come un grande potenziamento della libertà, si trascurano gli aspetti di chiusura e di coercizione inerenti agli stessi campi che ne sono privilegiati. Infatti la libertà di impresa tende a evolvere, attraverso il moltiplicarsi dei fenomeni di fusione e acquisizione di società, di imprese e altri comportamenti economici e finanziari, in rafforzamento della dimensione e diminuzione del numero degli operatori, generando una fortissima propensione alla formazione di oligopoli spesso potentissimi».

<sup>66</sup> Per la politica pubblica europea, secondo S. FABBRINI, *Il «policy-making» dell'Unione Europea*, cit., pp. 337-341, si possono distinguere tre tipologie diverse di decisioni: 1. quelle prese a livello *supersistemico*, che, per così dire, fanno la storia, essendo caratterizzate da

bilancio, dei rapporti economico-sociali e dei modi di produzione, occorre prendere atto delle conseguenze che, sul piano costituzionale, tale scelta comporta nella definizione del grado di affinità/omogeneità sufficiente a consentire agli Stati (e alla Comunità) una politica economica e sociale comune.

Nel suo funzionamento concreto, quello “Stato di diritto” assunto a istanza metapolitica destoricizzata della tradizione comune dei Paesi membri, da formula astrattamente compatibile con l'identità europea che promana dalle costituzioni nazionali, si tramuta (e non poteva essere diversamente proprio perché pensato come condizione minima di funzionamento del mercato comune e non come ideale regolativo di trasformazione della società) in una più limitata regola *catallattica* disciplinatrice dell'ordine spontaneo del mercato<sup>67</sup>. Qualcosa di più, dunque, di un ritorno al passato, visto che i processi economici globali paiono esigere uno snellimento delle vetuste concezioni otto-novecentesche continentali relative allo stesso principio di legalità (basate come sono sulla capacità regolativa di atti generali e astratti espressione della volontà popolare; ciò che Kelsen, riguardo alla legittimità della funzione esecutiva, definiva la necessaria «supposizione di una legislazione organizzata democraticamente»)<sup>68</sup>, in favore di una più agile *rule of law* di matrice americana.

Forse questa non è la storia europea o, almeno, non tutta. La scelta di ritenere lo “Stato di diritto” il principio comune sul quale edificare le politiche pubbliche dell'Unione non può, perciò, essere considerata pacificamente l'elemento distintivo di una tradizione assai più evoluta.

Come non interrogarsi allora sulla mancata “costituzionalizzazione” del principio dello “Stato sociale”, che avrebbe comportato una diversa direzione del governo dell'economia?

Ha scritto Weiler: «L'importanza delle scelte costituzionali non risiede solo nella struttura e nel processo di governo. Le Costituzioni riguardano anche gli impegni morali e l'identità. Noi sentiamo che le nostre costituzioni

---

una razionalità metapolitica e legale; 2. quelle prese a livello *sistemico*, che definiscono la *policy*, e che hanno una razionalità politica o amministrativa o tecnocratica; 3. quelle prese a livello *subsistemico*, che danno forma alla *policy*, con una razionalità tecnocratica o amministrativa o consensuale.

<sup>67</sup> Il riferimento, ovviamente, è all'ordine *catallattico* hayekiano, la cui nozione si rinviene in F.A. VON HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, cit., p. 48 ss. Per una prospettazione esauriente del concetto di “costituzione” in Hayek si rinvia a M. DOGLIANI, *Appunti sul concetto di costituzione in Hayek*, in *Dir. pubblico Comparato ed europeo*, n. 2, 1999, p. 451 ss.

<sup>68</sup> H. KELSEN, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), tr. it. di G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1995, p. 119.

nazionali non si limitano a strutturare i rispettivi poteri di governo e le relazioni tra autorità pubbliche e individui o tra gli Stati e i loro organi. Le nostre Costituzioni integrano valori fondamentali della *polity* e questo, si dice, è a sua volta il riflesso della nostra identità collettiva come popolo, come nazione, come Stato, come Comunità, come Unione. (...) L'Europa è orgogliosa della sua tradizione di solidarietà sociale che ha trovato espressione politica e giuridica nello Stato sociale che tutti gli Stati, quale che fosse il loro orientamento politico, hanno per anni abbracciato come impegno ideale e programmatico. (...) Non si è trattato di una mera questione di scelta politica. Come il rigetto della pena di morte questo impegno è divenuto fonte di identità, anche di orgoglio, specialmente se messo a confronto con gli Stati Uniti. (...) Quando qualcosa è inserito nelle nostre Costituzioni è sottratto al normale processo politico. Costituzionalizzare, con garanzie effettive, il tradizionale impegno europeo verso lo Stato sociale significa sottrarre tali problematiche alla politica, significa collocarle sopra e al di là della normale dialettica parlamentare e delle manovre elettorali. (...) La scelta costituzionale qui appare particolarmente difficile: se un impegno significativo nei confronti dello Stato sociale non è iscritto nella Costituzione (e quando dico significativo intendo sopra il minimo comune denominatore) si perderà una delle grandi occasioni per cristallizzare la specificità dell'Europa in un documento caratterizzante. Se un tale impegno sarà invece contenuto nella Costituzione si realizzerà una profonda contraddizione: una questione fondamentale che si trova al centro del discorso politico verrà sottratta alla disciplina della democrazia, e proprio attraverso il documento la cui finalità è quella di assicurare la legittimità democratica nel futuro processo decisionale dell'Europa»<sup>69</sup>.

## 7. Il “nuovo” Patto di stabilità e crescita tra ri-legittimazione istituzionale europea e consenso nazionale

Che il Patto di stabilità e crescita, in quanto epifenomeno di una più ampia concezione del rapporto tra norme (formalmente o materialmente) costituzionali e processi economici<sup>70</sup>, rappresentasse uno snodo fondamentale

---

<sup>69</sup>J.H.H. WEILER, *Una nuova era del costituzionalismo europeo*, in ID., *The Constitution of Europe*, cit., pp. 624-627.

<sup>70</sup>Sulla ridefinizione “costituzionale” a livello comunitario delle politiche economiche degli Stati nazionali si rinvia, fra i tanti, a G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia*.

del processo costituente europeo e, di riflesso, un elemento essenziale per valutare la sintonia tra livello istituzionale sovranazionale e ordinamenti nazionali nel perseguimento di un condiviso indirizzo politico sulle questioni economiche e sociali<sup>71</sup>, si era lucidamente compreso quando alcuni governi europei, e, per certi versi, la stessa Commissione, ne avevano cominciato a contestare la validità operativa in un quadro complessivo di crescita ridotta e di economie ferme o addirittura stagnanti<sup>72</sup>.

Anzi, la vicenda relativa allo sfioramento dei noti parametri da parte di Francia e Germania, aveva contribuito a spostare la questione del Patto di stabilità sul piano dell'*emergenza costituzionale*<sup>73</sup>, lasciando intravedere (lasciando, appunto, *emergere*) quel rapporto tra categorie politiche e fonda-

---

*La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, cit., pp. 21-65; M. LUCIANI, *La costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, cit., pp. 557-589; G. FERRARA, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, cit., pp. 473-506; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, cit., spec. pp. 87-221; U. ALLEGRETTI, *Il senso d'Europa nel progetto della Convenzione*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2003, pp. 91-113; in forma adesiva e acritica, per tutti, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., e, da ultimo, E. PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, vol. II, del *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2005, spec. pp. 3-76.

<sup>71</sup> Per il rapporto tra indirizzo politico comunitario e interesse generale si veda G. FERRARA, *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, cit., pp. 105-128.

<sup>72</sup> È storia, ormai, la vicenda relativa allo "strappo istituzionale tra Consiglio Ecofin e Commissione europea per il mancato rispetto dei parametri di stabilità ad opera di Francia e Germania. Strappo sfociato poi nel ricorso alla Corte di giustizia delle Comunità europee e nella sentenza pilatesca che ne è seguita.

<sup>73</sup> Si intende, con tale locuzione, il momento in cui «il "quieto vivere" giuridico viene interrotto da un evento, in qualche misura improvviso ed imprevisto, che mette in crisi l'assetto giuridico vigente, costringendo l'ordinamento ad adattarsi urgentemente alla mutata situazione fattuale, attraverso una disciplina temporaneamente derogatoria o meramente sospensiva delle norme ordinarie», G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 16. Tale urgente adattamento del Patto alla situazione di Francia e Germania, ha assunto oggi una connotazione formalmente "costituzionale" alla luce del referendum francese sul Trattato costituzionale europeo. I dubbi francesi, infatti, hanno avuto origine, per lo più, all'interno di un dibattito focalizzato attorno all'attenta disamina delle conseguenze derivanti da un'interpretazione sistematica delle norme contenute nella Parte III del Trattato-costituzione congiuntamente a quelle afferenti ai diritti enfaticamente proclamati nella Parte II, ma, di fatto, privati di effettive garanzie di tutela, attesa la curvatura mercantile della parte organizzativa. Per farsi un'idea dei termini del confronto in Francia può essere utile leggere l'ampio e denso fascicolo dedicato da *Le Monde Economie* del 19 aprile 2005 ai temi della delocalizzazione, della concorrenza, dei servizi pubblici, quali temi centrali per la decisione della ratifica del Trattato costituzionale europeo. Cfr., inoltre, J.P. FITOUSSI, *Quel male che affligge l'Europa*, in *La Repubblica* del 20 maggio 2005. Ulteriori approfondimenti, con un riepilogo sintetico delle diverse posizioni, sono possibili consultando il sito [www.centroriformato.it](http://www.centroriformato.it).

mentali economici che la stessa strutturazione del Patto in opposizioni formalmente quantitative (3% e 60% del PIL) aveva contribuito a oscurare o a incasellare in equazioni oggettivizzanti e apparentemente intangibili.

Emergenza costituzionale, in quanto quel consenso mai cercato dagli esecutivi degli Stati membri in sede di gestione delle politiche economiche e sempre presupposto in sede costituzionale attraverso la fin troppo lineare (forse virtuale) teoria della doppia legittimazione<sup>74</sup> – un consenso, che, viceversa, sarebbe dovuto nascere da forme pubbliche di antagonismo sociale<sup>75</sup> e da un confronto reale nelle competenti sedi parlamentari (consenso/dissenso sulle questioni economiche del lavoro, dell'impresa, dei diritti sociali,

---

<sup>74</sup> Su cui A. MANZELLA, *La costituzione europea: una vera costituzione?*, in L.S. ROSSI, *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, cit., pp. 87-99.

<sup>75</sup> Qualsiasi tentativo di considerare i Trattati europei prima e il Trattato costituzionale poi alla stregua di una costituzione in senso moderno avrebbe forse dovuto tenere in debito conto la riflessione kantiana sullo sviluppo storico necessario a produrre un qualsivoglia ordine legittimo. Scrive I. KANT, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (1784), tr. it. di F. Capra, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 33-34, nella «Quarta tesi» («il mezzo di cui la natura si serve per portare a compimento lo sviluppo di tutte le sue disposizioni è il loro antagonismo nella società, in quanto essa divenga infine la causa di un ordine legittimo»): «Per antagonismo intendo qui la *insocievole socievolezza* degli uomini, vale a dire la loro tendenza ad unirsi in società, che tuttavia è congiunta ad una continua resistenza, la quale minaccia continuamente di sciogliere tale società. [...] È questa resistenza che risveglia tutte le forze dell'uomo, che lo conduce così a superare la sua tendenza alla pigrizia e, spinto dal desiderio di onore, potere o ricchezza, a procurarsi un rango fra i suoi consoci, i quali non può *sopportare*, ma di cui non può *fare a meno*. Così si producono i primi veri passi dalla barbarie alla cultura, che consiste propriamente nel valore sociale dell'uomo; così si sviluppa a poco a poco ogni talento, si educa il gusto e, anche grazie ad un continuato illuminismo, si producono le premesse per la fondazione di un atteggiamento di pensiero che col tempo può trasformare in principi pratici determinati la rozza disposizione naturale al discernimento etico, e così infine trasformare in un tutto *morale* un accordo *patologicamente* forzato ad una società. [...] Dato che solo nella società, e precisamente in quella che possiede la massima libertà e quindi un generale antagonismo dei suoi membri ma insieme la più rigorosa determinazione e assicurazione dei limiti di tale libertà, così che essa possa coesistere con la libertà degli altri: – dato che solo in tale società può essere raggiunto nell'umanità il supremo scopo della natura, cioè lo sviluppo di tutte le sue disposizioni, e dato che la natura vuole anche che l'umanità debba attuare da sé questo fine, come ogni fine della sua destinazione, allora il supremo compito affidato dalla natura al genere umano è una società in cui la *libertà sotto leggi esterne* sia congiunta al massimo possibile grado con una forza irresistibile, vale a dire una *costituzione civile* perfettamente *giusta*». È questo il senso “moderno” di una costituzione, che, al contrario, pare essere completamente assente o comunque marginalizzato nella costruzione europea.

Sul tema si rimanda alle riflessioni di M. DOGLIANI, *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, cit., pp. 80-90.

degli aiuti di stato, della concorrenza) – è apparso improvvisamente, a quegli stessi governi, come una risorsa dimenticata, come un bene prezioso cui si era troppo in fretta rinunciato. Tanto che la sua spasmodica ricerca, stan- te la struttura «demarchica»<sup>76</sup> e non democratica dell'Unione, è poi sfociata in retribuite rivendicazioni nazionalistiche, in richieste propagandistiche di scioglimento da un vincolo diventato d'incanto troppo soffocante, nel tenta- tivo, da parte di quelle stesse compagini governative fino a poco tempo pri- ma accanite propugnatrici dell'ortodossia economica comunitaria, di pre- servare le *chances* di legittimazione dei rispettivi elettorati.

Questo atteggiamento “schizofrenico” degli Stati, tuttavia, non deve sor- prendere più di tanto.

La legittimazione attraverso i risultati, orientata all'output, tratto saliente dell'ordinamento europeo, comporta inevitabilmente che le situazioni di crisi vengano interpretate e gestite come “guasti” interni alla macchina am- ministrativa, come carenze o difetti di implementazione, piuttosto che come momenti di riflessione e di ridefinizione politica dei fini generali da metabo- lizzare attraverso il dialogo con le parti sociali (soggetti inesistenti nel siste- ma politico europeo) o attraverso la discussione pubblica riguardo ai modi di azione e alle connesse responsabilità dei decisori.

E, quando ciò avviene, quando cioè la crisi è vissuta come mero segnale di una circoscritta incapacità di ordinare catallatticamente gli interessi eco- nomici di parti ritenute in possesso di un autosufficiente potere di intera- zione e di normazione (imprese e consumatori), la via d'uscita prospettata pare seguire un copione obbligato: o si parla di “disturbi” di efficienza (di solito causati da “insensate” e “eccessive” domande sociali), o si procede a piegare le ragioni diffuse di antagonismo sociale alla facile retorica populista e nazionalistica, in un disperato tentativo di ri-legittimazione politica. Que- sta costante possibilità di attingere alle risorse populistiche del malcontento sociale è, in fondo, il segnale ricorrente del permanere del *deficit* democratico dell'Unione, il segno più evidente della evanescenza di una struttura “co- stituzionale” predisposta più per offrire servizi e rendere redditizi i capitali

---

<sup>76</sup> Il termine *demarchia*, come è noto, venne suggerito da F.A. VON HAYEK, *Law, Legisla- tion and Liberty*, cit., p. 414, in luogo dell'abusato – a suo dire – *democrazia*. Il governo de- marchico è un governo votato alla mera amministrazione dei beni che, in accordo con una Camera di quarantenni scelti sulla base di una fiducia ispirata dai tratti del loro carattere e da una comprovata indipendenza da gruppi particolari di elettori, legifera sulla base delle uniche norme di condotta ritenute capaci di regolare con certezza l'ordine politico- costituzionale di una comunità, e cioè gli indicatori astratti del prezzo, della proprietà priva- ta e del rispetto dei contratti (le sole norme ad essere state selezionate, secondo l'A., da un processo di successo ed errore nei secoli).

(insomma soprattutto un *trust*), piuttosto che per assurgere a patto sociale condiviso<sup>77</sup>.

E per quanto quest'ultimo sia un tema assai più ampio e insidioso di quello che qui si tratta, va tuttavia rimarcato che la volontà degli Stati di dar vita a un Patto di stabilità e crescita rinnovato nelle forme e nei contenuti, nasce proprio dall'esigenza di ricompattare al più alto livello istituzionale dell'Unione, quello intergovernativo, le istanze di comando sovranazionale dell'economia, "sacrificate", in troppi momenti di difficoltà, a interessi nazionali di gestione interna del consenso.

Si tratta, però, non dell'esito virtuoso di un confronto pubblico su una linea alternativa di politica economica, ma di un più realistico richiamo all'unità di intenti nell'immutato programma macroeconomico dell'Unione, che prevede ora una strategia di più stringente coordinamento tra Stati membri e Unione europea nella gestione delle crisi da implementazione di quel programma.

Con il "nuovo" Patto, perciò, l'Europa non cambia rotta nelle decisioni fondamentali di politica economica, ma ne tenta un *rilancio*, introducendo margini di discrezionalità politica la cui funzione principale è quella di prevenire spaccature ideologiche potenzialmente distruttive del connubio Stati-mercati e dell'equilibrio che esso sorregge, imperniato sull'intoccabilità dell'autonomia relazionale imprese-consumatori perno centrale dell'assioma della concorrenza e *diga* giuridico-costituzionale all'autonomia concettuale e alla garanzia effettiva dei diritti sociali.

Per non restare nell'alveo delle semplici petizioni di principio è doveroso assumere come testo-base di riferimento le Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 22-23 marzo 2005, avendo riguardo, in particolare, all'allegato II, ove è inclusa la relazione del Consiglio Ecofin del 20 marzo 2005 (in cui sono contenute le proposte di modifica del Patto) e rispetto alla quale lo stesso Consiglio europeo invita la Commissione a presentare, a sua volta, le proposte necessarie a integrare i regolamenti nn. 1466/1997 e 1467/1997, contenenti, come è noto, le indicazioni necessarie a quantificare l'eccessività dei deficit statali di bilancio e le modalità di rientro.

Dunque, di proposta di modifica si tratta. Proposta che attende la correzione dei regolamenti, ma che, ovviamente, è già dotata di una sua *ratio*

---

<sup>77</sup> Sull'attuale rapporto critico tra "costituzione" e "strutture fondamentali della società" si leggano i saggi di M. DOGLIANI, *Validità e normatività delle costituzioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, 2005, vol. II, p. 243 ss.; ID., *Costituzione e sistema politico (appunti a margine del tentativo di riscrivere la Carta del 1947)*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2005, pp. 59-63.

chiara ed evidente, al di là della confusione mediatica che ne ha accompagnato l'evoluzione, che ha contribuito non poco a far passare una questione di ri-allineamento politico-istituzionale per una rivoluzionaria metamorfosi dell'indirizzo politico-economico europeo.

Le prime indicazioni esplicative provengono proprio dal titolo dell'allegato II del documento del Consiglio europeo riproduttivo della relazione dell'Ecofin al Consiglio medesimo, in cui si fa riferimento all'esigenza di "Migliorare l'attuazione del Patto di stabilità e crescita". «La presente relazione» si legge, infatti, «contiene proposte intese al rafforzamento e al chiarimento dell'attuazione del patto di stabilità e crescita al fine di migliorare il coordinamento e la sorveglianza delle politiche economiche in conformità dell'art. 99 del Trattato e di evitare disavanzi eccessivi come previsto dall'art. 104, paragrafo 1 del Trattato»<sup>78</sup>.

Dunque, il Patto di stabilità e crescita resta del tutto immutato nello spirito di fondo, come immutati restano i suoi due fulcri nominali (3% e 60% del PIL), laddove l'equilibrio monetario si conferma il valore assoluto da preservare e attorno al quale ruotano le politiche nazionali ed europee di bilancio. In questo senso, le «corrette priorità in materia di riforme economiche», ricorda il Consiglio Ecofin, richiamando la dichiarazione relativa all'art. III-184 allegata all'atto finale del Trattato costituzionale europeo, continuano ad essere rappresentate, soprattutto nelle fasi di crescita economica debole, da un «rafforzamento degli investimenti privati e dei consumi» e da una contestuale «ristrutturazione delle entrate e delle spese pubbliche», secondo il programma di stabilità ricordato<sup>79</sup>.

Se, perciò, l'impianto di politica macroeconomica resta identico, incentrato sul binomio stabilità dei prezzi-deformalizzazione spinta dei rapporti tra privati o, sotto altra prospettiva, sulla reciproca compensazione tra scelte pubbliche limitate (o meramente "regolative") e potere sociale del mercato, la "novità" del Patto, come già anticipato, deve essere registrata su un piano diverso.

Nel documento qui in esame si afferma che, nell'intento di migliorare l'attuazione del Patto, il fine perseguito è stato quello di «promuovere la trasparenza e la titolarità nazionale del quadro di bilancio dell'UE», in modo che il Patto venisse applicato «in tutti i paesi in modo equo e coerente ed essere comprensibile all'opinione pubblica». Ai fini del rafforzamento del

---

<sup>78</sup> CONSIGLIO EUROPEO DI BRUXELLES, 22-23 marzo 2005, *Conclusioni della Presidenza – Relazione del Consiglio Ecofin al Consiglio europeo*, punto introduttivo, in *www.europa.eu.int*, (corsivi aggiunti).

<sup>79</sup> *Ibidem*.

Patto, cioè, ci si è resi conto di quanto fosse «essenziale assicurare un giusto equilibrio tra un grado più elevato di valutazione economica e di discrezionalità politica nella sorveglianza e nel coordinamento delle politiche di bilancio e la necessità che un sistema basato sulle regole» restasse «semplice, trasparente ed applicabile»<sup>80</sup>. Un nuovo “giusto equilibrio” da fondare sulla *riassunzione*, sull'*avocazione* della decisione di sistema a livello politico-intergovernativo.

Ferma restando, infatti, secondo le parole dello stesso Consiglio, l'«enfasi sulla razionalità economica» degli obiettivi da raggiungere, ciò che pare inevitabile, in questa fase di espansione del mercato interno (allargamento dell'Europa a 25 membri) e di contemporaneo acuirsi delle sue contraddizioni interne, è la scelta di sganciarsi dalla fragile legalità tecnocratica della Commissione, e di puntare su una più ampia legittimazione istituzionale. Ciò implica, di fatto, una riconsiderazione dei ruoli degli Stati membri, del Consiglio e della stessa Commissione nell'esercizio delle rispettive competenze per quello che attiene alla “vigilanza decisionale” sul sistema di regole che il Patto incarna.

Scrive, al riguardo, il Consiglio: «Al fine di accresce la *legittimità* del quadro di bilancio dell'UE e rafforzare il sostegno ai suoi obiettivi e alle disposizioni istituzionali, il Consiglio ritiene che gli Stati membri, la Commissione e il Consiglio, evitando qualsiasi cambiamento istituzionale, debbano esercitare appieno le loro rispettive responsabilità, in particolare: 1. la Commissione e il Consiglio rispettano la competenza degli Stati membri per l'attuazione delle politiche di loro scelta entro i limiti imposti dal trattato, in particolare dagli artt. 99 e 104; a loro volta gli Stati membri devono conformarsi alle raccomandazioni del Consiglio; 2. la Commissione deve esercitare il diritto d'iniziativa in modo tempestivo ed applicare le norme efficacemente, mentre il Consiglio e gli Stati membri rispettano la competenza della Commissione quale custode del trattato e delle relative procedure; 3. il Consiglio deve esercitare responsabilmente il suo margine discrezionale, mentre gli Stati membri e la Commissione rispettano la competenza del Consiglio per il coordinamento delle politiche economiche in seno all'Unione europea e il suo ruolo nel corretto funzionamento dell'Unione economica e monetaria; 4. gli Stati membri, il Consiglio e la Commissione dovrebbero ribadire l'impegno ad attuare il trattato e il patto di stabilità e crescita in modo efficace e tempestivo, mediante un sostegno reciproco e una pressione reciproca, e cooperare in modo serrato e costruttivo al processo di sorveglianza

---

<sup>80</sup> CONSIGLIO EUROPEO DI BRUXELLES, 22-23 marzo 2005, *Conclusioni*, cit., punto introduttivo.

economica e di bilancio, al fine di garantire la certezza e l'efficacia delle norme del patto». In tale ottica, si conclude, «il Consiglio sottolinea l'importanza di migliorare la *governance* e di rafforzare la *titolarità nazionale* del quadro di bilancio»<sup>81</sup>.

Il Consiglio è ben consapevole della delicatezza della situazione economica e sociale all'interno degli Stati membri e fra questi dello stesso nucleo fondatore della Comunità europea (Francia, Germania, Italia). L'orizzonte di riferimento diventa infatti assai più ampio e richiede spazi di manovra per definizione "politici", in quanto è in gioco la legittimità stessa dell'azione dell'Unione sulle scelte economiche di fondo e, forse, la sua legittimità *tout court*.

Ed è questo il motivo, per cui, pur ribadendo le rispettive competenze di vigilanza sull'osservanza delle "regole costituzionali" economiche dell'Unione, il Consiglio, ne rivendica un «esercizio pieno», spostando, senza indugi, il baricentro decisionale delle politiche economiche in favore di se medesimo. Infatti, se agli Stati è riconosciuta una libertà apparente o modale nell'attuazione di politiche che, in ogni caso, non possono derogare all'impostazione conformatrice del Trattato<sup>82</sup>, e se alla Commissione viene ancora riservato, per dovere di riconoscimento formale, l'appellativo di custode ultimo del Trattato e delle relative procedure, è altrettanto innegabile che entrambi dovranno soccombere di fronte all'esercizio della superiore competenza del Consiglio quale centro "politico" di coordinamento delle priorità economiche dell'Unione e quale supremo giudice del «corretto funzionamento dell'Unione economica e monetaria». Di qui l'invito a cooperare, rivolto dal Consiglio agli Stati e alla Commissione, a farsi reciprocamente garanti di un «sostegno reciproco», anche e soprattutto attraverso uno scambio «di informazioni preventive sulle loro intenzioni in tutte le fasi del controllo di bilancio e della procedura per disavanzo eccessivo», fatte salve, ovviamente, le rispettive prerogative, che, però, in questo caso (almeno per Stati e Commissione), si riducono a competenze eteronomamente compatibili, rispetto all'esercizio «responsabile» di un ampio «margine discrezionale» da parte del Consiglio.

---

<sup>81</sup> Ivi, punto 1 (corsivi aggiunti).

<sup>82</sup> Va ricordato, in proposito, che l'art. I-12, paragrafo 3, del Trattato-Costituzione sancisce che «Gli Stati membri coordinano le loro politiche economiche e occupazionali secondo le modalità previste nella Parte III, la definizione delle quali è di competenza dell'Unione», e che l'art. I-13 attribuisce competenza esclusiva all'Unione nella «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno», nella «politica monetaria», nella «politica commerciale».

Il Consiglio, evidentemente, vuole qui evitare una eventuale duplice possibilità di *delegittimazione* della politica costituzionale economica dell'Unione.

L'una legata al potenziale ricorso della Commissione a schermaglie giudiziarie basate su una "legalità" europea, che pur riproducendo i fondamentali dell'impostazione neoliberista, renda dialetticamente "visibili" i meccanismi di allocazione delle risorse e di preferenza sociale, introducendo la "variabile costituzionale" meno gradita ai vertici di Bruxelles, la variabile del dibattito pubblico e del confronto sociale sulle scelte politiche fondamentali. Non è un caso che nel documento del Consiglio il «sostegno reciproco» e la «pressione reciproca» (tra Stati, Commissione e Consiglio), quale parte integrante della "riforma" del Patto di stabilità, dipenda da uno «scambio di opinioni *franco e confidenziale*» tra i tre soggetti sorveglianti, i quali «dovrebbero impegnarsi» – per evitare sorprese – «a scambiare informazioni *preventive* sulle loro intenzioni in tutte le fasi del controllo di bilancio e della procedura per disavanzo eccessivo»<sup>83</sup>.

L'altra derivante dall'atteggiamento disfattista degli Stati membri che, nei momenti di difficoltà nella gestione del consenso interno, tendono a disconoscere di fatto se stessi, considerando "altre" ed "estranee" delle decisioni assunte in veste collegiale e sopranazionale. Con riguardo a quest'ultimo punto, il documento insiste molto sul rafforzamento della titolarità nazionale nell'appropriazione delle decisioni di bilancio comunitarie di fronte ai rispettivi elettorati: «il Consiglio ritiene che i sistemi nazionali di *governance* debbano integrare il quadro comunitario. Le istituzioni nazionali potrebbero svolgere un ruolo più prominente nel quadro della sorveglianza di bilancio per rafforzare la titolarità nazionale, migliorare la capacità di attuazione coinvolgendo l'opinione pubblica nazionale ed integrare l'analisi economica e politica a livello UE»<sup>84</sup>.

Il richiamo ai «sistemi nazionali di *governance*» non è un ossequio a una formula di imputazione giuridica stilisticamente elegante. Esprime un riferimento ben preciso. È un appello rivolto a quel blocco amministrativistico-privatistico che è la base di riferimento, il nucleo portante della strategia economica dell'Unione. Basti osservare che, nel documento in questione, i Parlamenti nazionali sono considerati meri *discussants* delle raccomandazioni che il Consiglio Ecofin ha deciso di inviare ai Governi coinvolti nelle procedure di allarme preventivo per disavanzi eccessivi («Il Consiglio invita i governi degli Stati membri a presentare ai rispettivi parlamenti nazionali i

---

<sup>83</sup> CONSIGLIO EUROPEO DI BRUXELLES, 22-23 marzo 2005, *Conclusioni*, cit., punti 1.1 e 1.2.

<sup>84</sup> Ivi, punto 1.3.

programmi di stabilità/convergenza e i pareri espressi dal Consiglio sui medesimi. Se lo desiderano i parlamenti nazionali possono discutere il seguito da dare alle raccomandazioni formulate nel quadro delle procedure di allarme preventivo e per disavanzo eccessivo»<sup>85</sup>. Mentre, al contrario, i veri attori dello scenario macroeconomico di riferimento restano, da un lato, gli esecutivi degli Stati, con le loro proiezioni di bilancio che devono comunque essere conformi ai programmi di stabilità e convergenza, e, dall'altro lato, i mercati, reali valutatori dell'affidabilità e della coerenza finanziaria di quelle proiezioni. Infatti, la «piena trasparenza» delle «statistiche», insomma dei conti pubblici, consentirà «ai mercati finanziari di valutare meglio la solidità finanziaria dei vari Stati membri, svolgendo un'importante *funzione di segnalazione degli errori di politica*»<sup>86</sup>.

Qui, la “trasparenza” (parte essenziale del nuovo «giusto equilibrio») più che rendere protagonista una qualche *europäische Öffentlichkeit* del processo di decisione politica in ambito comunitario, ha invece la precipua funzione di collegare e selezionare i partecipanti forti, portatori di interessi organizzati (essenzialmente *lobbies*, comitati di esperti, mercati), all'implementazione delle scelte economiche, secondo lo schema efficientistico della «democrazia corporata»<sup>87</sup>. La sfera pubblica europea dai contorni «slabbrati»<sup>88</sup> è lo specchio di una frammentata varietà di opinioni pubbliche nazionali destinatarie passive di quelle decisioni, mere risorse di consenso da coinvolgere limitatamente ai fini di una ricezione guidata delle strategie e delle priorità stabilite. Il che rende, poi, davvero problematica l'applicazione del criterio della legittimazione parlamentare nazionale, quale anello di congiunzione tra decisioni governative e consenso democratico-rappresentativo, all'interno dell'ordinamento europeo.

In questo contesto si inseriscono le novità tecnico-procedurali del Patto.

È possibile distinguere, all'interno della proposta di miglioramento, due partizioni.

Quella di carattere generale, ove si ribadisce e puntualizza l'impianto macroeconomico liberista, affidando all'obiettivo del bilancio in pareggio o

<sup>85</sup> Ivi, punto 1.5.

<sup>86</sup> Ivi, punto 1.7.

<sup>87</sup> V. in particolare la classica ricostruzione di P.C. SCHMITTER, *Teoria della democrazia e pratica neocorporatista*, in *Stato e mercato*, 1983, p. 380 ss. Cfr., altresì, F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico*, cit., pp. 163-172, in particolare la nota 295.

<sup>88</sup> Così P. RIDOLA, *Considerazioni sulla legittimazione democratica dell'Unione europea*, cit., p. 44.

in surplus la funzione di connotare indelebilmente le politiche sociali e redistributive.

Quella più specifica e settoriale, dedicata a una riconsiderazione per clausole generali, più latamente politiche<sup>89</sup>, della valutazione dei dati idonei a innescare le fasi di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi e le relative sanzioni.

Nella parte generale, dunque, il Consiglio rifocalizza l'attenzione sull'obbligo portante del Patto di stabilità e crescita, ossia l'obiettivo a medio termine, per gli Stati membri, di una posizione di bilancio «con un saldo prossimo al pareggio o in attivo». Rispetto a questo obiettivo-cardine, pur tenendo in considerazione le diversità strutturali (quali, ad esempio, le passività implicite legate all'invecchiamento della popolazione) e finanziarie dei singoli Stati, il Consiglio, nel percorso di avvicinamento al pareggio di bilancio, insiste sull'approccio «simmetrico» alle politiche di bilancio. Questa impostazione prevede un criterio direttivo deterministico e imm modificabile: la riduzione della spesa pubblica deve assecondare la redditività dei capitali, cioè essere più accentuata nei periodi di ripresa economica, in modo tale da creare lo spazio di manovra sufficiente, nei periodi di recessione, non per invertire la tendenza di spesa in favore di investimenti pubblici destinati a rilanciare l'economia o per supportare politiche sociali perequative, ma solo per «rallentare» il ritmo di avvicinamento all'obiettivo primario del pareggio/surplus. Infatti, lo «sforzo di adeguamento» degli Stati membri «*dovrebbe* essere maggiore nei periodi di congiuntura favorevole e *potrebbe* essere più limitato nei periodi di congiuntura sfavorevoli»<sup>90</sup>. L'ortodossia deflazionistica è così un dovere inderogabile nei momenti di ripresa e resta tale anche nei momenti di depressione economica, subendo, in quest'ultimo caso, solo una eventuale (ma non obbligatoria) compressione di carattere quantitativo. Una temporanea e puntuale «deviazione» di percorso (sia pure con la conservazione di un «opportuno margine di sicurezza» rispetto al 3% del PIL) è poi possibile soltanto ove gli Stati decidessero di porre mano a riforme strutturali, come quelle del sistema pensionistico, che sebbene comportino «un deterioramento a breve termine delle finanze pubbliche durante il periodo di attuazione, la sostenibilità a lungo termine è chiaramente

---

<sup>89</sup> Al punto 3 si sottolinea che «qualora uno Stato membro non si conformi alle raccomandazioni ad esso rivolte nell'ambito della procedura per i disavanzi eccessivi, il Consiglio ha facoltà di applicare le sanzioni previste», CONSIGLIO EUROPEO DI BRUXELLES, 22-23 marzo 2005, *Conclusioni della Presidenza*, cit.

<sup>90</sup> Ivi, punto 2.2.

migliorata». Ciò, insieme ad altre possibilità di riforme sostanziali, dovrebbe comportare la modifica del regolamento n. 1466/1997<sup>91</sup>.

Nella parte più tecnica e settoriale, il Consiglio precisa che i valori del 3 e del 60% restano invariati, ma che nella preparazione della sua relazione ai sensi dell'art. 104.3 TUE, ai fini della sorveglianza esercitata sul rispetto di quei parametri, la Commissione dovrà tenere conto della «differenza tra il disavanzo pubblico dello Stato membro e la sfera pubblica per gli investimenti», nonché «di tutti gli altri fattori significativi, compresa la posizione economica e di bilancio a medio termine dello Stato membro»<sup>92</sup>.

Siamo qui nel cuore della disciplina derogatoria, che necessita delle modifiche in più parti del regolamento n. 1467/1997.

È ammesso un superamento «eccezionale e temporaneo» del valore di riferimento per il disavanzo (il 3%). Il documento, con un lessema da clausola generale, aperta a interpretazioni politiche, evidenzia che lo scostamento deve «restare vicino» al 3% e derivare da un «evento inconsueto», non controllabile da uno Stato membro, oppure originare da una situazione di grave recessione economica<sup>93</sup>. Quest'ultima, nell'attuale art. 2, paragrafo 2 e 3, del regolamento n. 1467/1997, si sostanzia a fronte di un declino annuo del PIL in termini reali pari almeno al 2%, pur ammettendo un valore inferiore, qualora tale caduta si sia manifestata secondo modalità improvvise e inattese. Rispetto a tale prescrizione, il Consiglio propone di modificare il regolamento, rendendo meno «restrittiva» quella condizione, al fine di considerare «eccezionale» lo scostamento anche nel caso in cui esso semplicemente risulti da un tasso di crescita negativo o dalla diminuzione cumulata della produzione durante un periodo prolungato di crescita molto bassa in relazione alla crescita potenziale.

Ampliata la clausola di eccezionalità, la panoplia di «fattori significativi» che la Commissione dovrà prendere in considerazione nella sua relazione, comprende: *a*) gli elementi relativi all'evoluzione della posizione economica degli Stati membri a medio termine (la crescita potenziale, le condizioni congiunturali dominanti, l'attuazione delle politiche intese a promuovere la ricerca, lo sviluppo e l'innovazione); *b*) gli elementi afferenti all'evoluzione della posizione di bilancio a medio termine (l'impegno per la stabilizzazione dei bilanci nei periodi di congiuntura favorevole, la sostenibilità del debito, gli investimenti pubblici e la qualità globale delle finanze pubbliche); *c*) infine, «tutti gli altri fattori che, secondo gli Stati membri interessati, sono si-

---

<sup>91</sup> Ivi, punto 2.3.

<sup>92</sup> Ivi, punto 3.1.

<sup>93</sup> Ivi, punto 3.2.

gnificativi per valutare complessivamente in termini qualitativi il superamento del valore di riferimento»<sup>94</sup>.

L'ultima modifica del regolamento n. 1467/1997 dovrebbe riguardare, invece, la complessiva dilatazione dei termini ora diversamente dislocati in vari punti e per diverse funzioni all'interno della procedura per i disavanzi eccessivi.

In particolare, è auspicata, innanzi tutto, una proroga dei termini per l'adozione di azioni e misure efficaci: il termine per l'adozione di una decisione che stabilisce l'esistenza del disavanzo eccessivo passa da tre a quattro mesi dopo il termine per la notifica dei dati di bilancio; è prorogato da quattro a sei mesi il tempo per l'adozione di un'azione efficace da parte dello Stato membro dopo aver ricevuto la raccomandazione di correzione del disavanzo; da un mese si passa a due mesi per la decisione del Consiglio, in caso di inottemperanza alle sue raccomandazioni, di rendere pubbliche dette raccomandazioni; è prorogata a quattro mesi la precedente scadenza di due mesi entro cui il Consiglio avrebbe dovuto intimare allo Stato membro incorso in disavanzo eccessivo di prendere le opportune contromisure volte alla riduzione del disavanzo constatato<sup>95</sup>.

Inoltre, il Consiglio ritiene sia giusto modificare il termine iniziale per la correzione dei disavanzi eccessivi. Se il termine "normale" è quello di un anno dalla sua constatazione e, pertanto, di due anni dal momento in cui si è verificato, pur tuttavia, in virtù di una valutazione globale dei «fattori significativi» sopra menzionati, lo stesso termine potrà essere prolungato di un anno: ossia, il secondo anno dopo la sua constatazione e quindi, di norma, il terzo anno dopo che si è verificato<sup>96</sup>.

Infine, viene richiesta la revisione dei termini per la correzione dei disavanzi: «Il Consiglio conviene che i termini per la correzione dei disavanzi eccessivi possano essere riveduti e prorogati qualora durante una procedura per i disavanzi eccessivi si verificano eventi economici negativi imprevedibili con notevoli effetti sfavorevoli di bilancio. [...] Gli Stati membri dovrebbero dimostrare di avere dato seguito effettivo alle raccomandazioni. Qualora sia stato dato seguito effettivo alle precedenti raccomandazioni e l'andamento imprevedibile della crescita giustifichi una revisione dei termini per la correzione del disavanzo eccessivo, la procedura non passerebbe alla fase successiva. La previsione di crescita contenuta nella raccomandazione del

---

<sup>94</sup> Ivi, punto 3.3.

<sup>95</sup> Ivi, punto 3.6.

<sup>96</sup> Ivi, punto 3.7.

Consiglio costituirebbe il riferimento per la valutazione dell'andamento imprevedibile della crescita»<sup>97</sup>.

Il Patto è diventato meno «stupido» e meno ottuso<sup>98</sup>. Restano, tuttavia, pesanti e irrisolti dubbi sulla filosofia costituzionale, politica ed economica che lo sostiene. Il trattato costituzionale europeo (in continuità con l'ultima stratificazione maastrichtiana) mantiene e rafforza l'impianto monetarista e liberista del governo sovranazionale dell'economia, svuotando i precetti sociali fondamentali delle costituzioni nazionali e rendendo sempre più evanescenti e retorici quei «controlimiti» proclamati a mo' di colonne d'Ercole del potere organizzativo comunitario<sup>99</sup>.

Se guardiamo con disincanto agli «assi fondamentali del rilancio»<sup>100</sup> che hanno indirizzato le modifiche del Patto, ci accorgiamo che i soggetti privilegiati e tutelati dello spazio economico europeo sono quasi esclusivamente le imprese, mentre tutte le altre posizioni soggettive vengono apertamente

<sup>97</sup> Ivi, punto 3.8.

<sup>98</sup> Fu l'allora Presidente della Commissione europea, Romano Prodi, in una intervista al quotidiano francese *Le Monde* del 18 ottobre 2002 a parlare di «stupidità» del Patto in quanto «decisione rigida».

<sup>99</sup> Richiama, in tal senso, i vincoli posti dal Tribunale federale tedesco nella sentenza Maastricht del 12 ottobre 1993, G. FERRARA, *Risposte a dieci domande sull'Europa*, in *Democrazia e diritto*, n. 4, 2004, p. 95, osservando che il fine preannunciato nella Parte I, art. I-3 TCE, come obiettivo dell'Unione, dalla formula «economia sociale di mercato fortemente competitiva», è condensato in un'espressione che se «con le prime quattro parole, mira a superare i vincoli posti dal *Bundesverfassungsgericht* con la *Maastricht Urteil*, per la ricezione del Trattato nell'ordinamento costituzionale tedesco», viceversa, «con l'aggiunta «fortemente competitiva» svuota di significato la definizione normativa del tipo di economia compatibile con lo stato sociale». Già M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 253-289, aveva rilevato l'«interna dissonanza» della tesi che il *Bundesverfassungsgericht* dava per scontata, ossia la garanzia del nucleo fondamentale della costituzione tedesca e la contestuale impossibilità di vincolare giuridicamente lo stesso potere costituente e dunque la tendenza verso l'instaurazione di una nuova costituzione (ivi, pp. 270-271); l'incapacità di risolvere tale contraddizione e, pertanto, di considerare il potere costituente un «*principio giuridico – in forma di comandamento negativo, di divieto – dell'organizzazione giuridico-politica* (una sorta di nuovo divieto di *adfectare regnum*), ha, di fatto, condotto all'evanescenza di quei «controlimiti» (ivi, p. 276). Di qui la traballante e ambigua portata della teoria che li innalza a baluardo delle ingiustizie del diritto comunitario, visto che, come evidenziato da G.U. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2002, p. 777, «in ogni caso il diritto comunitario non può diminuire o togliere i principi costituzionali fondamentali», ma «il fatto che quasi nessuno si azzardi a dire quali sono questi principi costituzionali fondamentali è funzionale alla situazione di voluta indeterminazione della costruzione europea».

<sup>100</sup> CONSIGLIO EUROPEO DI BRUXELLES, 22-23 marzo 2005, *Conclusioni della presidenza*, cit., paragrafo II.1.

considerate semplici *status* riflessi (della) e riflettenti (la) vita produttiva e finanziaria delle medesime.

Infatti, se «lo spazio europeo della conoscenza deve consentire alle imprese di creare nuovi fattori di competitività, ai consumatori di beneficiare di nuovi beni e servizi e ai lavoratori di acquisire nuove competenze» (si potrà notare come i «lavoratori» siano il terminale del ciclo produttivo, rilevanti in quanto destinatari dei benefici formativi delle politiche delle imprese), «questo obiettivo sarà conseguito tra l'altro attraverso incentivi fiscali agli investimenti privati», «mobilitando gli investimenti privati in settori decisivi per la competitività», in modo da «fungere da leva sui bilanci di ricerca nazionali», creando un «contesto attraente per le imprese e i lavoratori» (si capisce che qui i lavoratori coincidono con ristrette *élites* professionali imprenditrici di se stesse). In questo senso, «l'Unione europea deve completare il mercato interno e dotarsi di un quadro normativo più favorevole alle imprese che, da parte loro, devono sviluppare la responsabilità sociale»<sup>101</sup>.

La politica sociale viene qui fatta discendere direttamente dalla buona volontà delle imprese. Sarebbe fin troppo ovvio il riferimento agli scandali finanziari europei e americani rivelatori del tasso di responsabilità sociale delle imprese<sup>102</sup>. Quello che è certo è che oggi non v'è dubbio che i diritti sociali siano «immaginati come una condizione *a priori* dell'azione dei pubblici poteri e gli interessi sociali ad essi connessi come semplici *Reflexinteresse*»<sup>103</sup>, ma, rispetto alla classica ricostruzione ottocentesca, la concessione di tali diritti non deriva più dallo Stato, ma dal mercato e dai soggetti in esso dotati del più ampio potere e ricatto contrattuale, le imprese, attorno a cui si costruisce, senza contrappesi e bilanciamenti costituzionali, l'intero impianto economico e sociale dell'Unione.

Estrapolare il Patto di stabilità dall'indirizzo politico-economico comunitario per saggiare la validità operativa di micro-variazioni che ne garantiscano una possibile «elasticità» non significa molto dal punto di vista costituzionale. Come si è cercato di mostrare, le ragioni che hanno portato a quelle modifiche possono invece avere una rilevanza costituzionale perché si pongono all'interno di un più ampio processo di ridefinizione materiale delle competenze istituzionali nelle decisioni fondamentali di bilancio, svelando l'intento di *rafforzare* interessi generalizzabili di soggetti ben definiti, fino a legittimarli in vere e proprie politiche.

---

<sup>101</sup> Ivi, paragrafo II.1. 10, 12 e 20.

<sup>102</sup> L. GALLINO, *Capitalismo predatore*, in *La Rivista del manifesto*, n. 48, 2004, pp. 10-16.

<sup>103</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 199. La costituzione europea*, cit., p. 530.

Il Patto di stabilità rischia di diventare, per l'approccio costituzionalistico alla costruzione europea, un perfetto «luogo di dimenticanza». Esso è, infatti, un esempio assai riuscito di ciò che Marx definiva la «saggezza degli economisti», intendendo, con questa espressione, la capacità di molti di essi di generare, attraverso l'astrazione dei rapporti sociali di produzione, una sorta di «dimenticanza» analitica riguardo alle condizioni di produzione e di scambio (condizioni cui riferire un «determinato livello di sviluppo sociale») proprie di un certo modello economico, «dimenticanza» sulla quale basare «l'eternità e l'armonia dei rapporti sociali esistenti»<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup>K. MARX, *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie*, cit., pp. 6-7.

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifestolibri, 1995.
- AA.VV., *Europa politica. Ragioni di una necessità*, Roma, Manifestolibri, 2002.
- AA.VV., *Europa, Costituzione e Movimenti sociali*, Roma, Manifestolibri, 2003.
- AA.VV., *Verso la Costituzione europea*, Atti dell'incontro di studio, Urbino, 17 giugno 2002, Milano, Giuffrè, 2003.
- ACOCELLA N., *Fondamenti di politica economica*, Roma, Carocci, 1999.
- AGAZZI E., *Introduzione* all'edizione italiana di J. HABERMAS, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln* (1983), tr. it. di E. Agazzi, *Etica del discorso*, Bari-Roma, Laterza, 2004.
- ALBERT M., *Capitalisme contre capitalisme* (1991), tr. it. di L. Lanini, *Capitalismo contro capitalismo*, Bologna, il Mulino, 1993.
- ALLEGRETTI U., *Diritti e Stato nella mondializzazione*, Troina, Città Aperta, 2002.
- ALLEGRETTI U., *Il senso d'Europa nel progetto della Convenzione*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2003.
- ALLEGRETTI U., *Costituzione italiana, Europa, globalizzazione*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2004.
- AMATO G., *Diritto dell'economia*, in AA.VV., *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-28 settembre 1996, Milano, Giuffrè, 1997.
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione economica*, Ferrara 11-12 ottobre 1991, Padova, Cedam, 1997.
- AMATO G., *Il potere e l'antitrust. Il dilemma della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna, il Mulino, 1998.
- AMATO G., *Regole di buona finanza per salvare i conti e ripresa*, in *Il Sole 24 Ore*, 8 febbraio 2004.
- AMIRANTE C., *Presentazione*, in E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel* (1964), tr. it. di L. Riegert-C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Milano, Giuffrè, 1973.
- AMIRANTE C., *Unioni sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2001.
- AMIRANTE C., *Principio democratico e organizzazione istituzionale dell'Unione europea. L'influenza della dottrina, della giurisprudenza e delle "politiche comunitarie" della RFG sul sistema di governo dell'Unione europea*, in M. SCUDIERO (a cura

- di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, vol. I, t. I, Napoli, Jovene, 2002.
- AMIRANTE C., *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino, Giappichelli, 2003.
- ANTONIOLI M., *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè, 2001.
- ANZON A., *La costituzione europea come problema*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000.
- AQUARONE A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1995.
- ARENDT H., *The Origins of Totalitarianism* (1951), tr. it. di A. Guadagnin, *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2004.
- ARISTOTELE, *Politica*, tr. e a cura di R. Laurenti, Roma-Bari, Laterza, 1993.
- ARROW K.J., *Social Choice and Individual Values* (1951), tr. it. di G. Vittadini, *Scelte sociali e valori individuali*, Milano, Etas, 2003.
- ATRIPALDI V.-MICCÙ R. (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2003.
- AZZARITI G., *Dalla discrezionalità al potere. La prima scienza del diritto amministrativo in Italia e le qualificazioni teoriche del potere discrezionale*, Padova, Cedam, 1989.
- AZZARITI G., *Ipotesi sui diritti sociali*, in AA.VV., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifestolibri, 1995.
- AZZARITI G., *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000.
- AZZARITI G., *La costituzione materiale e le forze politiche «dominanti»*, in A. CATALANI-S. LABRIOLA (a cura di), *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2001.
- AZZARITI G., *Il valore della Carta dei diritti fondamentali nella prospettiva della costruzione europea: dall'Europa dei mercanti all'Europa dei diritti?*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003.
- AZZARITI G., *Per un diritto costituzionale «normativo»*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2004.
- AZZARITI G., *Concezioni della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità culturale*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Atti del seminario di Otranto-Lecce, svoltosi il 4-5 giugno 2004, Torino, Giappichelli, 2005.
- AZZARITI G., *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
- BALDASSARRE A., *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- BARBERA A., *Art. 2*, in AA.VV., *Principi fondamentali*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro italiano, 1975.
- BARBERA A., *Esiste una «costituzione europea?»*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2000.
- BARBERIS M., *Presentazione. Deconstructing Gary*, in G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End* (1995), tr. it. di C. Colli, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, il Mulino, 2001.

- BASSANINI F.-TIBERI G. (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa*, Bologna, il Mulino, 2003.
- BAUMANN Z., *Work, consumerism and the new poor* (1998), tr. it. di M. Baccianini, *Lavoro, consumismo e nuove povertà*, Troina, Città Aperta, 2004.
- BECK U., *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung* (1997), tr. it. di E. Cafagna-C. Sandrelli, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, Carocci, 1999.
- BECK U., *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), tr. it. di W. Privitera-C. Sandrelli, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, Carocci, 2000.
- BECK U., *Freiheit oder Kapitalismus. Gesellschaft neu denken. Ulrich Beck im Gespräch mit Johannes Willms* (2000), tr. it. di C. Sandrelli, *Libertà o capitalismo? Varcare la soglia della modernità. Conversazione con Johannes Willms*, Roma Carocci, 2001.
- BELLAMY R.-CASTIGLIONE D., *Il deficit democratico dell'Europa e il problema costituzionale*, in P. COSTA-D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- BERMAN H.J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal tradition* (1983), tr. it. di E. Vianello, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, Bologna, il Mulino, 1998.
- BETTELHEIM B., *Freud and Man's Soul* (1982), tr. it. di A. Serra, *Freud e l'anima dell'uomo*, Milano, Feltrinelli, 1983.
- BIFULCO R., *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in V. ATRIPALDI-G. GAROFANO-C. GNESUTTA-P.F. LOTITO (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, Cedam, 1998.
- BILANCIA F., *Sul concetto di legge politica: una prospettiva d'analisi*, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. I, "Vincoli" alla funzione legislativa, Milano, Giuffrè, 1999.
- BILANCIA F., *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, Cedam, 2000.
- BILANCIA F., *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, Giappichelli, 2002.
- BILANCIA F., *Considerazioni critiche sul concetto di "legge europea"*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Giovanni Motzo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004.
- BILANCIA P., (a cura di), *Il processo costituente europeo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- BOBBIO N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (1950), ora in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Giuffrè, 1976.
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.
- BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994.
- BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2<sup>a</sup> ed., 1995.
- BÖEKENFÖRDE E.W., *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht* (1991), tr. it. di O. Brino, M. Tomba, F. Ghia, L. Bertani, *Stato, Costituzione, Democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006.

- BOGNETTI G., *La costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1995.
- BOGNETTI G., *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione economica*, Atti del Convegno di Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, Cedam, 1997.
- BÖHM F., *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin, Heymann, 1933.
- BÖHM F., *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpfende Leistung*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, 1937.
- BÖHM F., *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Mohr, Tübingen, 1950.
- BÖHM F., *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, in E.-J. MESTMÄCKER (a cura di), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden, Nomos, 1980.
- BOLTHO A., *Cosa non va in Europa. Usa-Europa: modelli a confronto*, in *La Rivista del Manifesto*, n. 44, 2003.
- BONACCHI G. (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, il Mulino, 2001.
- BUCCI G., *Implicazioni dei rapporti tra ordinamento giuridico italiano ed ordinamento comunitario sul ruolo della Banca d'Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 1, 1998.
- BUCCI G., *Eguaglianza, immigrazione e libertà di circolazione nell'era della mondializzazione dell'economia*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2005.
- BURGIO A., *Le isole e l'arcipelago. Per una teoria generale del fascismo*, in ID., *Guerra. Scenari della nuova «grande trasformazione»*, Roma, DeriveApprodi, 2004.
- CAFFÈ F., *Prefazione* (1979), in J. O'CONNOR, *The Fiscal Crisis of the State* (1973), tr. it. di V. Grisoli, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, Einaudi, 1982.
- CANFORA L., *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- CANTARO A., *Europa sovrana. La costituzione dell'Unione tra guerra e diritti*, Bari, Dedalo, 2003.
- CAPOGRASSI G., *L'ambiguità del diritto contemporaneo* (1953), in ID., *Incertezze sull'individuo*, Milano, Giuffrè, 1969.
- CARAVITA DI TORITTO B., *Introduzione su Mercato e libertà economiche*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.
- CARLASSARE L. (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito*, Crisafulli, Paladin, Padova, Cedam, 2004.
- CARRINO A., *L'Europa e il futuro delle costituzioni*, Torino, Giappichelli, 2002.
- CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 1995.
- CARTABIA M.-WEILER J.H.H., *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, il Mulino, 2000.
- CASICCIA A., *Il trionfo dell'élite manageriale. Oligarchia e democrazia nelle imprese*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004.

- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000.
- CASSESE S., *La costituzione europea: elogio della precarietà*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- CASSETTI L., *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997.
- CASSETTI L., *Stabilità economica e diritti fondamentali. L'euro e la disciplina costituzionale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2002.
- CASTELLS M., *The Information Age: Economy, Society and Culture*, vol. III, *End of Millennium*, tr. it. di G. Pannolino, *L'età dell'informazione. Volgere di millennio*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2003.
- CHITI M.P., *I caratteri della costituzione economica europea alla luce della carta dei diritti fondamentali*, in C. FRANCHINI-L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Bologna, il Mulino, 2002.
- CINELLI M.-GIUBBONI S., *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2005.
- COCOZZA F., *Diritto pubblico applicato all'economia*, Torino, Giappichelli, 2003.
- CONTE A.G., *Ordinamento giuridico* (alla voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, Utet, 1968.
- COMMISSIONE CEE, *Prima relazione sulla politica di concorrenza*, Bruxelles, 1972.
- COMUNICAZIONE della Commissione (COM 2005 del 26 gennaio 2005), *Europa 2010: un partenariato per il rinnovamento europeo. Prosperità, solidarietà e sicurezza*.
- COMUNICAZIONE della Commissione del 20.10.2005/525.
- CONSIGLIO EUROPEO DI BRUXELLES, 22-23 marzo 2005, *Conclusioni della Presidenza*, Relazione del Consiglio Ecofin al Consiglio europeo.
- CONTRIBUTO della Commissione europea al Consiglio straordinario di Lisbona 23-24 marzo 2000 (DOC/00/7 del 28 febbraio 2000)
- CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Nv Algemene Transport-en Expedite Onderneming van Gend en Loos c. Nederlandse Administratie der Belastingen*, in *Racc.*, p. 3.
- CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa v. ENEL*, in *Racc.*, p. 1129.
- COSTA P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.
- COSTA P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- COSTA P., *Civitas. Storia della cittadinanza europea*, vol. IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- CRISAFULLI V., *La sovranità popolare nella costituzione (note preliminari)* (1954), in ID., *Stato popolo governo. Illusione e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985.
- CROUCH C., *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- CROZIER M.-HUNTINGTON S.-WATANUKI J., *The Crisis of Democracy*, tr. it. di V. Messina, *La crisi della democrazia* (1975), Milano, Franco Angeli, 1977.

- DAHL R., *A Preface to Democratic Theory* (1956), tr. it. di G. Rigamonti, *Prefazione alla teoria democratica*, Milano, Edizioni di Comunità, 1994.
- D'ALBERGO S., *Economia e diritto nella dinamica delle istituzioni*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Guarino*, vol. I, Padova, Cedam, 1998.
- D'ALBERGO S., *Soggetto sociale e responsabilità*, in *Fenomenologia e società*, n. 3, 2003.
- DAL BOSCO E., *La leggenda della globalizzazione. L'economia mondiale degli anni novanta del Novecento*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004.
- DE CARLI P., *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002.
- DE FIORES C., *Uso e abuso del popolo sovrano nella vicenda costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2003.
- DEGNI M., *Il bilancio dell'Europa*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2003.
- DELLA CANANEA G., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- DELLAVALLE S., *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, Giuffrè, 2002.
- DELLAVALLE S., *Un'effettività senza normatività? Note su alcune caratteristiche peculiari del costituzionalismo europeo*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Atti del convegno tenutosi a Salerno il 2-4 ottobre 2003, Milano, Giuffrè, 2005.
- DEZALAY Y., *Marchands de droit. La restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit* (1992), tr. it. di M. Raiteri, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, Milano, Giuffrè, 1997.
- DI NELLA L., *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in N. IRTI (a cura di), *Diritto ed economia. Problemi e orientamenti teorici*, Padova, Cedam, 1999.
- DI NELLA L., *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- DI PLINIO G., *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998.
- DI PLINIO G., *La costituzione economica europea nel processo costituente europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2003.
- DI ROBILANT E., *Realtà e figure nella scienza giuridica*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, Edizioni di Comunità, 1983.
- DOGLIANI M., *Interpretazioni della costituzione*, Milano, Franco Angeli, 1982.
- DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994.
- DOGLIANI M., *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.
- DOGLIANI M., *Appunti sul concetto di costituzione in Hayek*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 1999.
- DOGLIANI M., *Deve la politica democratica avere una sua risorsa di potere separata?*, in S. CASSESE-G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, Giuffrè, 2000.

- DOGLIANI M., *Revisione dei Trattati o processo costituente?*, in *Questione giustizia*, n. 2, 2000.
- DOGLIANI M., *Politica e antipolitica; democrazia d'indirizzo versus democrazia d'investitura*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003.
- DOGLIANI M., *La nuova dimensione della questione morale*, in L. PEPINO (a cura di), *Attacco ai diritti. Giustizia, lavoro, cittadinanza sotto il governo Berlusconi*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- DOGLIANI M., *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2003.
- DOGLIANI M., *Interpretazione costituzionale e politica costituzionale*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Atti del XVII Convegno annuale AIC, Milano 11-12 ottobre 2002, Padova, Cedam, 2004.
- DOGLIANI M., *Sovranità del popolo, sovranità dello stato*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, Cedam, 2004.
- DOGLIANI M., *Costituzione e sistema politico (appunti a margine del tentativo di riscrivere la Carta del 1947)*, in *Questione giustizia*, n. 1, 2005.
- DOGLIANI M., *Intervento*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Atti del convegno tenutosi a Salerno il 2-4 ottobre 2003, Milano, Giuffrè, 2005.
- DOGLIANI M., *Validità e normatività delle costituzioni*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2005.
- DUMONT L., *Homo aequalis. Genèse et épanouissement de l'idéologie économique* (1977), tr. it. di G. Viale, *Homo aequalis. 1. Genesi e trionfo dell'ideologia economica*, Milano, Adelphi, 1984.
- EASTERBROOK F.H.-FISCHEL D.R., *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, in *Michigan Law Review*, n. 80, 1982.
- EUCKEN W., *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*, n. 2, 1932.
- EUCKEN W., *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Jena, Fischer, 1940, 1942.
- FABBRINI S., *Le istituzioni dell'Unione Europea in prospettiva comparata*, in ID. (a cura di), *L'Unione Europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sovranazionale*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- FABBRINI S., *Il «policy-making» dell'Unione Europea in prospettiva comparata*, in S. FABBRINI-F. MORATA (a cura di), *L'Unione Europea. Le politiche pubbliche*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- FERRAJOLI L., *Il futuro dello stato sociale e il reddito minimo garantito*, in AA.VV., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifestolibri, 1995.
- FERRARA G., *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rassegna di diritto pubblico*, n. 2, 1965.

- FERRARA G., *Dell'eguaglianza*, in M. LUCIANI (a cura di), *La democrazia di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1994.
- FERRARA G., *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.
- FERRARA G., *La Carta europea dei diritti. Da Weimar a Maastricht*, in *La Rivista del manifesto*, n. 10, 2000.
- FERRARA G., *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.
- FERRARA G., *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003.
- FERRARA G., *Intervento al Convegno dal titolo "La privatizzazione dei beni comuni. I servizi pubblici: quale modello europeo?"* svoltosi a Roma il 21 maggio 2004, riportato in *Quale Stato*, n. 2/3, 2004.
- FERRARA G., *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, in L. CARLASSARE (a cura di), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Atti del Convegno di Padova, 19-20-21 giugno 2003, Padova, Cedam, 2004.
- FERRARA G., *Risposte a dieci domande sull'Europa*, in *Democrazia e diritto*, n. 4, 2004.
- FERRARA G., *Commissione europea e indirizzo politico*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4, 2005.
- FERRARA G., *Le ragioni di una rivista nuova*, in *www.costituzionalismo.it*.
- FERRARESE M.R., *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1992.
- FERRARESE M.R., *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 1992.
- FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000.
- FERRARESE M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002.
- FIORAVANTI M., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 2001.
- FITOUSSI J.P., *Le Débat interdit. Mannaie, Europe, Pauverté* (1995), tr. it. di A. Rubin de Cervin, *Il dibattito proibito. Moneta, Europa, povertà: come integrare stabilità finanziaria e sviluppo*, Bologna, il Mulino, 1997.
- FITOUSSI J.P., *La règle et le choix. De la souveraineté économique en Europe* (2002), tr. it. di F. Saraceno, *Il dittatore benevolo. Saggio sul governo dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2003.
- FITOUSSI J.P., *Quel male che affligge l'Europa*, in *La Repubblica* del 20 maggio 2005.
- FLORIDIA G., *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della convenzione europea*, Bologna, il Mulino, 2003.

- FORSTHOFF E., *Rechtsstaat im wandel* (1964), tr. it. di L. Riegert-C. Amirante, *Stato di diritto in trasformazione*, a cura di C. Amirante, Milano, Giuffrè, 1973.
- FREUD S., *Das Ich und das Es* (1922), tr. it. di C.L. Musatti, *L'Io e l'Es*, Torino, Bollati Boringhieri, 1976.
- FUKUYAMA F., *The End of History and the Last Man* (1992), tr. it. di D. Ceni, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Milano, Rizzoli, 2003.
- GADAMER H.G., *Wahrheit und Methode* (1960, 1965, 1972), tr. it. di G. Vattimo, *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 2004.
- GALGANO F., *Le istituzioni della società post-industriale*, in F. GALGANO-S. CASSESE-G. TREMONTI-T. TREU, *Nazioni senza ricchezza ricchezze senza nazione*, Bologna, il Mulino, 1993.
- GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2001.
- GALGANO F., *Capitalismo predatore*, in *La Rivista del manifesto*, n. 48, 2004.
- GALLINO L., *Modernizzazione* (voce), in ID., *Dizionario di Sociologia*, Torino, Utet, 2004.
- GALLINO L., *L'impresa irresponsabile*, Torino, Einaudi, 2005.
- GAMBINO S. (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- GAMBINO F., *Le teorie della probabilità tra diritto ed economia globale*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, n. 3, 2004.
- GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, n. 4, 2003.
- GIANNINI M.S., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 1986.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1995.
- GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003.
- GNESUTTA C.-ANSELMO G., *Politiche economiche e trasformazioni istituzionali nei paesi industrializzati: l'esperienza degli anni Ottanta*, in V. ATRIPALDI-G. GAROFANO-C. GNESUTTA-P.F. LOTITO (a cura di), *Governi ed economia. La transizione istituzionale nella XI Legislatura*, Padova, Cedam, 1998.
- GORZ A., *Società, comunità e reddito di base*, in AA.VV., *Ai confini dello stato sociale*, Roma, Manifestolibri, 1995.
- GORZ A., *L'immatériel. Connaissance, valeur et capital* (2003), tr. it. di A. Salsano, *L'immateriale. Conoscenza, valore e capitale*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.
- GOZZI G. (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, Bologna, il Mulino, 1997.
- GRIMM D., *Die Zukunft der Verfassung* (1991), tr. it. di J. Luther, *Il futuro della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.
- GRIMM D., *Diritti sociali fondamentali per l'Europa*, in AA.VV., *Sfera pubblica e costituzione europea*, Roma, Carocci, 2002.

- GROSSI P., *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, in *Quaderni fiorentini*, n. 29, Milano, Giuffrè, 2000.
- GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e diritto privato*, 2000.
- GUARINO G., *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, Napoli, Jovene, 1948.
- GUARINO G., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra costituzione ed istituzioni comunitarie*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La costituzione economica*, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, Padova, Cedam, 1997.
- GUARINO G., *Verso l'Europa ovvero la fine della politica*, Milano, Mondadori, 1997.
- GUARINO G., *Il governo del mondo globale*, Firenze, Le Monnier, 2000.
- GUARINO G., *Eurosistema e riforme costituzionali in Italia*, in *Iustitia*, n. 4, 2005.
- GUARINO G., *L'uomo-istituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
- GUARRACINO S., *Storia degli ultimi sessant'anni. Dalla guerra mondiale al conflitto globale*, Milano, Bruno Mondadori, 2004.
- GUASTINI R., *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1980.
- GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998.
- GUZZETTA G., *Declinazioni del dualismo comunitario: dall'aut aut all'et et*, in ID. (a cura di), *Questioni costituzionali del governo europeo*, Padova, Cedam, 2003.
- HÄBERLE P., *Il caso tedesco*, tr. it. di J. Luther, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, 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.
- HÄBERLE P., *Stato costituzionale. I) Principi generali* (alla voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXX, Aggiornamento, 2000.
- HÄBERLE P., *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo. Saggi*, Milano, Giuffrè, 2003.
- HABERMAS J., in *Kultur und Kritik* (1973), tr. it. di S. Vertone, *Cultura e critica. Riflessioni sul concetto di partecipazione politica e altri saggi*, Torino, Einaudi, 1980.
- HABERMAS J., *Die Dialektik der Rationalisierung. Vom Pauperismus in Produktion und Konsum* (1954), tr. it. di E. Agazzi, *Dialettica della razionalizzazione*, Milano, Unicopli, 1983.
- HABERMAS J., *Theorie des Kommunikativen Handelns*, vol. II, *Zur Kritik der Funktionalistischen Vernunft* (1981), tr. it. di P. Rinaudo, a cura di G.E. Rusconi, *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. II, *Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, il Mulino, 1986.
- HABERMAS J., *Erkenntnis und Interesse* (1968), tr. it. di G.E. Rusconi, *Conoscenza e interesse*, Roma-Bari, Laterza, 1990.
- HABERMAS J., *Nachmetaphysisches Denken. Philosophische Aufsätze* (1988), tr. it. di M. Calloni, *Il pensiero post-metafisico*, Roma-Bari, Laterza, 1991.
- HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und*

- des demokratischen Rechtsstaats* (1992), tr. it. a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini e Associati, 1996.
- HABERMAS J., *Conversazione con Mikael Carlehed e René Gabriels* (1994), originale in lingua svedese, apparsa in tedesco per la prima volta nel volumetto ID., *Die Normalität einer Berliner Republik* (1995), tr. it. di L. Ceppa, ora in ID., *Solidarietà tra estranei. Interventi su «Fatti e norme»*, Milano, Guerini e Associati, 1997.
- HABERMAS J., *Die Postnationale Konstellation* (1998), tr. it. di L. Ceppa, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 2000.
- HABERMAS J., *Prefazione alla nuova edizione di Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft* (1962), tr. it. di A. Illuminati-F. Masini-W. Perretta, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- HABERMAS J., *The European Nation State. Its Achievement and Limitations* (1996), in ID., *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie* (1996), tr. it. di L. Ceppa, *Lo Stato-nazione europeo. Passato e futuro della sovranità e della cittadinanza*, in ID., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- HALL M.P.A.-SOSKICE D., *Varietà dei capitalismi: alcuni tratti fondamentali*, in *Stato e Mercato*, n. 69, 2003.
- HART H.L.A., *The Concept of Law* (1961), tr. it. di M.A. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002.
- HART H.M.-SACKS A.M., *The Legal Process: Basics Problems in the Making and Application of Law* (1958), in W. ESKRIDGE-P. FRIEKEY (a cura di), Chicago, Foundation Press, 1994.
- VON HAYEK F.A., in *The Pretence of Knowledge* (1975), tr. it. di A. Cimino, *La presunzione del sapere*, a cura di F. Donzelli, in ID., *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, il Mulino, 1988.
- VON HAYEK F.A., *Law, Legislation and Liberty* (1982), tr. it. di P.G. Monasteri, *Legge, legislazione e libertà*, Milano, il Saggiatore, 1994.
- VON HAYEK F.A., *The Constitution of Liberty* (1960), tr. it. di M. Bianchi di Lavagna Malagodi, *La società libera*, Roma, Edizioni Seam, 1998.
- VON HAYEK F.A., *The Denationalization of Money: An Analysis of the Theory and Practice of Concurrent Currencies* (1976), tr. it. di W. Marani-M. Finazzer Flory, *La denazionalizzazione della moneta. Analisi teorica e pratica della competizione fra valute*, Milano, Etas, 2001.
- HELD D., *Democracy and the global order* (1995), tr. it. di A. De Leonibus, *Democrazia e ordine globale. Dallo stato moderno al governo cosmopolitico*, Trieste, Asterios, 1999.
- HELD D.-MCGREW A., *Globalization/Anti-Globalization* (2002), tr. it. di R. De Grammatica-M.L. Bassi, *Globalismo e antiglobalismo*, Bologna, il Mulino, 2003.

- HELLER H., *Europa und der Fascismus* (1931), tr. it. di C. Amirante, *L'Europa e il fascismo*, Milano, Giuffrè, 1987.
- HELLER H., *Staatslehre* (1934), tr. it. di U. Pomarici, *Dottrina dello Stato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.
- HELLER H., *Stato di diritto o dittatura?* (1929), in ID., *Gesammelte Schriften*, vol. III, tr. it. di U. Pomarici, *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1988.
- HENTSCHEL V., *Politica economica e sociale tedesca, 1815-1939*, in AA.VV., *The Cambridge Economic History of Europe*, vol. VIII, *The Industrial Economies: the Development of Economic and Social Policies* (1989), tr. it. di A. Guaraldo-N. Negro, AA.VV., *Storia economica Cambridge. Le economie industriali. I casi nazionali*, vol. VIII, t. II, Torino, Einaudi, 1992.
- HESPANHA A.M., *Panorama histórico da cultura jurídica europeia* (1997), tr. it. di A. Mazzacane, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, il Mulino, 2003.
- HOBSBAWM E.J., *Age of Extremis. The Short Twentieth Century. A History of the World. 1914-1991* (1994), tr. it. di B. Lotti, *Il secolo breve. 1914-1991*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, Rizzoli, 2000.
- HOBSBAWM E.J., *The Invention of Tradition* (1983), tr. it. di E. Basaglia, *Introduzione: Come si inventa una tradizione*, in E.J. HOBSBAWM-T. RANGER (a cura di), *L'invenzione della tradizione*, tr. it., Torino, Einaudi, 2002.
- HOBSBAWM E.J., *The Age of Capital. 1848-1875* (1975), tr. it. di B. Maffi, *Il trionfo della borghesia. 1848-1875*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- HONNETH A., *Kampf um Anerkennung. Grammatik sozializar Konflikte* (1992), tr. it. di C. Sandrelli, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un'etica del conflitto*, Milano, il Saggiatore, 2002.
- HUME D., *A Treatise of Human Nature* (1739-1740), tr. it. di A. Carlini-E. Lecaldano-E. Ristretta, *Trattato sulla natura umana*, in ID., *Opere filosofiche*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- HUSSERL E., *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendentale Phänomenologie* (1954), tr. it. di E. Paci, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano, il Saggiatore, 2002.
- HUTTON W., *The World We're In* (2002), tr. it. di F. Saulini, *Europa vs. Usa. Perché la nostra economia è più efficiente e la nostra società più equa*, Roma, Fazi, 2003.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 1998.
- IRTI N., *La concorrenza come statuto normativo*, in N. LIPARI-I. MUSU (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2000.
- IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- KANT I., *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (1784), tr. it. di F. Capra, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

- KELSEN H., *Reine Rechtslehre* (1960), tr. it. di M.G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, 1990.
- KELSEN H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929), tr. it. di G. Melloni, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Bologna, il Mulino, 1995.
- KELSEN H., *General Theory of Law and State* (1945), tr. it. di S. Cotta-G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Etas, 2000.
- KEYNES J.M., *The End of Laissez-faire* (1926), tr. it. di A. Campolongo, *La fine del laissez-faire*, in ID., *La fine del laissez-faire e altri scritti economico-politici*, Torino, Bollati Boringhieri, 1991.
- KRUGMAN P., *Peddling Prosperity* (1994), tr. it. di F. Miglioli, *L'incanto del benessere. Politica ed economia negli ultimi vent'anni*, Milano, Garzanti, 1995.
- KRUGMAN P., *Pop Internationalism* (1996), tr. it. di A. Di Gregorio, *Un'ossessione pericolosa. Il falso mito dell'economia globale*, Milano, Etas, 1997.
- KUMAR K., *From Post-Industrial to Post-Modern Society. New Theories of the Contemporary World* (1995), tr. it. di P. Palminiello, *Le nuove teorie del mondo contemporaneo. Dalla società post-industriale alla società post-moderna*, Torino, Einaudi, 2000.
- LANCHESTER F., *I giuspubblicisti tra storia e politica*, Torino, Giappichelli, 1998.
- LA SPINA A.-MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, il Mulino, 2000.
- LATOUCHE S., *La Megamachine. Raison techno-scientifique, raison économique et le mythe du Progrès. Essais à la mémoire de Jacques Ellul* (1995), tr. it. di A. Salsano, *La Megamacchina. Ragione tecnoscientifica, ragione economica e mito del progresso*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995.
- LORETONI A. (a cura di), *Interviste sull'Europa. Integrazione e identità nella globalizzazione*, Roma, Carocci, Roma, 2001.
- LOSANO M.G., *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, *Dalle origini alla Scuola storica*, Milano, Giuffrè, 2002.
- LOSURDO D., *Democrazia o bonapartismo. Trionfo e decadenza del suffragio universale*, Torino, Bollati Boringhieri, 1993.
- LOSURDO D., *Controstoria del liberalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
- LÖWITH K., *Max Weber und Karl Marx* (1932), tr. it. di A.M. Pozzan, *Max Weber e Karl Marx*, in ID., *Marx, Weber, Schmitt*, Roma-Bari, Laterza, 1994.
- LÖWITH K., *Meaning in History* (1949), tr. it. di F. Tedeschi Negri, *Significato e fine della storia*, Milano, il Saggiatore, 2004.
- LUCARELLI A., *Diritti sociali e principi «costituzionali» europei*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2003.
- LUCARELLI A.-PATRONI GRIFFI A. (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea. Percorsi e ipotesi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983.
- LUCIANI M., *Economia nel diritto costituzionale* (voce), in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, Utet, 1990.

- LUCIANI M., *La costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 4, 1992.
- LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n. 1, 1996.
- LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti*, Annuario 1999, *La Costituzione europea*, Padova, Cedam, 2000.
- LUCIANI M., *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una costituzione senza Stato*, Bologna, il Mulino, 2001.
- LUCIANI M., *Gli atti comunitari e i loro effetti sull'integrazione europea (versione parziale e provvisoria)*, Relazione presentata al Convegno annuale dei costituzionalisti tenutosi a Catania il 14-15 ottobre 2005.
- LUHMANN N., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtslehre* (1981), tr. it. di R. De Giorgi-M. Silbernal, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, il Mulino, 1990.
- LUHMANN N., *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (1984), tr. it. di A. Febbrajo-R. Schmidt, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, il Mulino, 1990.
- LUZZATI C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1999.
- LYOTARD J.F., *La condition postmoderne* (1979), tr. it. di C. Formenti, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Milano Feltrinelli, 1985.
- MACCORMICK N., *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth* (1999), tr. it. di A. Torre, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel «commonwealth» europeo*, Bologna, il Mulino, 2003.
- MACCORMICK N.-WEINBERGER O., *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus* (1985), tr. it. e a cura di M. La Torre, *Il diritto come istituzione*, Milano, Giuffrè, 1990.
- MACINTYRE A., *After Virtue. A Study in Moral Theory* (1981), tr. it. di P. Capriolo, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, Milano, Feltrinelli, 1988.
- MAFFETTONE S., *Utilitarismo e teoria della giustizia*, Napoli, Bibliopolis, 1982.
- MAIER C., *In Search of Stability. Explorations in Historical Political Economy* (1987), tr. it. di N. Negro, *Alla ricerca della stabilità*, Bologna, il Mulino, 2003.
- MANCINI G.F., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2004.
- MANZELLA A., *La Costituzione europea: una vera costituzione?*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2004.
- MANNONI S., *Frontiere del diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2004.
- MARAZZITA G., *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Milano, Giuffrè, 2003.
- MARRAMAO G., *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

- MARSHALL T.H., *Citizenship and Social Class* (1950), tr. it. di P. Maranini, *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- MARSOCCI P., *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, Cedam, 2002.
- MASSA PINTO I., *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, Jovene, 2003.
- MASSA PINTO I., *Sussidiarietà*, in *Nuove*, n. 25, 2005.
- MASTROPAOLO A., *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia: tre paradigmi a confronto*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2001.
- MASTROPAOLO A., *L'implosione della democrazia globalizzata*, in *Teoria politica*, n. 2-3, 2003.
- MATTEI U., *Miraggi transatlantici. Fonti e modelli nel diritto privato dell'Europa colonizzata*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 31, t. I, Milano, Giuffrè, 2002.
- MARX K., *Formen, die der kapitalistischen Produktion vorhergehen (1857-1858)*, tr. it. di G. Brunetti, *Forme economiche precapitalistiche*, Roma, Editori Riuniti, 1974.
- MARX K., *Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie (1857-1858)*, tr. it. di E. Grillo, *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica. 1857-1858*, Firenze, La Nuova Italia.
- MCILWAIN C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), tr. it. di V. de Caprariis, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990.
- MICCÙ R., «Economia e Costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del Pluralismo. Pubblico-Privato. L'evoluzione del rapporto*, n. 1, 1996.
- MINDA G., *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End* (1995), tr. it. di C. Colli, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, il Mulino, 2001.
- MODUGNO F., *Ordinamento giuridico* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1980.
- MODUGNO F. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. I, "Vincoli" alla funzione legislativa, Milano, Giuffrè, 1999.
- MORONI S., *L'ordine sociale spontaneo. Conoscenza, mercato e libertà dopo Hayek*, Torino, Utet, 2005.
- MÜLLER-ARMACK A., *The principles of the social market economy*, in *The German Economic Review: An English Language Quarterly on German Economic Research and Current Developments*, n. 3, 1965.
- MÜLLER-ARMACK A., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Freiburg, Rombach, 1966.
- MUSELLA M., *Disoccupazione, guerra e globalizzazione. Tre brevi saggi sui mali del capitalismo e sui rimedi per combatterli*, Torino, Giappichelli, 2003.
- NANIA R., *Libertà economiche e libertà d'impresa*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. I, Torino, Giappichelli, 2001.

- NEUMANN F.L., *Die soziale Bedeutung der Grundrechte in der Weimarer Verfassung* (1930), tr. it., *Il significato sociale dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar*, in ID., *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, il Mulino, 1983.
- NEUMANN F.L., *Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung. Die Stellung der Gewerkschaften im Verfassungssystem* (1932), tr. it., *Libertà di coalizione e costituzione. La posizione dei sindacati nel sistema costituzionale*, in ID., *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura*, Bologna, il Mulino, 1983.
- NICCOLAI S., *Il governo*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- NICCOLAI S., *Imperio della necessità e vie della libertà. Un appunto sul ruolo della cultura negli scenari della globalizzazione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Ripensare lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2003.
- O'CONNOR J., *The Fiscal Crisis of the State* (1973), tr. it. di V. Grisoli, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, Einaudi, 1982.
- ORESTANO R., "Ordinamento giuridico", *scienza del diritto, ideologia* (1983), in ID., *Edificazione del giuridico*, Bologna, il Mulino, 1989.
- ORNAGHI L. (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna, il Mulino, 2000.
- PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, Cedam, 2<sup>a</sup> ed., 2002.
- PACE A., *La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2003.
- PACIOTTI E. (a cura di), *La Costituzione europea. Luci e ombre*, Roma, Meltemi, 2003.
- PADOA-SCHIOPPA T., *Il governo dell'economia*, Bologna, il Mulino, 1997.
- PADOA-SCHIOPPA T., *The Euro and Its Central Bank. Getting United After the Union* (2004), tr. it. di O. Pesce, *L'euro e la sua banca centrale. L'Unione dopo l'Unione*, Bologna, il Mulino, 2004.
- PATRONO M., *La forma di governo dell'Unione europea: una breve storia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4, 2003.
- PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, n. 36, 1999.
- PERNICE I.-MAYER F., *De la constitution composée de L'Europe*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 4, 2000.
- PICOZZA E., *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, vol. II del *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, Cedam, 2005.
- PINELLI C., *La dicotomia fra democrazia e mercato e i costi dell'incertezza*, in L. ORNAGHI (a cura di), *La nuova età delle costituzioni. Da una concezione nazionale della democrazia a una prospettiva europea e internazionale*, Bologna, il Mulino, 2000.

- PINELLI C., *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2002.
- PLATONE, *Le Leggi*, tr. di F. Ferrari-S. Poli, a cura di F. Ferrari, Milano, Rizzoli, 2005.
- POLANYI K., *The Great Transformation* (1944), tr. it. di R. Vigevano, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino, Einaudi, 2000.
- POLIBIO, *Storie. (Libri V-VI)*, tr. di M. Mari, a cura di D. Musti, Milano, Rizzoli, 2002.
- PORTINARO P.P., *Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?*, in P. COSTA-D. ZOLO, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- PORTINARO P.P., *Inflazione del diritto e crisi di effettività*, in A. CATANIA (a cura di), *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Atti del Convegno tenutosi a Salerno il 2-4 ottobre 2003, Milano, Giuffrè, 2005.
- POSNER R., *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge, Mass.-London, 2001.
- PREDIERI A., *Euro poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998.
- PREDIERI A., *L'Unione economica monetaria*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999, La costituzione europea*, Atti del XIV Convegno Annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padova, Cedam, 2000.
- PUTNAM H., *The Collapse of the Fact/value Dichotomy and Other Essays including the Rosenthal Lectures* (2004), tr. it. di G. Pellegrino, *Fatto/Valore: fine di una dicotomia. E altri saggi*, Roma, Fazi, 2004.
- QUADRIO CURZIO A., *Introduzione: riflessioni per una costituzione economica europea*, in A. QUADRIO CURZIO (a cura di), *Profili della Costituzione economica europea*, Bologna, il Mulino, 2001.
- RAWLS J., *A Theory of Justice* (1971), tr. it. di U. Santini, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 1982.
- RAWLS J., *Political Liberalism* (1993), tr. it. di G. Rigamonti, *Liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999.
- RAWLS J., *Justice as Fairness. A Restatement* (2001), tr. it. di G. Rigamonti, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, Feltrinelli, 2002.
- RAZ J., *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System* (1970), tr. it. di P. Comanducci, *Il concetto di diritto. Un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*, Bologna, il Mulino, 1977.
- RESCIGNO G.U., *Corso di diritto pubblico*, 4<sup>a</sup> ed., 1999/2000, Bologna, Zanichelli, 1998.
- RESCIGNO G.U., *Brevi note metodologiche per riesaminare i concetti collegati di democrazia, rappresentanza, responsabilità*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Democrazia, rappresentanza, responsabilità*, 2, Padova, Cedam, 2001.

- RESCIGNO G.U., *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2002.
- RIDOLA P., *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999, La costituzione europea*, Atti del XIV Convegno Annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Padova, Cedam, 2000.
- RIDOLA P., *Considerazioni sulla legittimazione democratica dell'Unione europea e sul deficit di democrazia delle istituzioni comunitarie*, in S. PATTI (a cura di), *Annuario di diritto tedesco*, Milano, Giuffrè, 2001.
- RICCI A., *Dopo il liberismo. Proposte per una politica economica di sinistra*, Roma, Fazi, 2004.
- RISOLUZIONE DEL CONSIGLIO EUROPEO di Amsterdam del 17 giugno 1997, in GUCE C236 del 2 agosto 1997.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico* (1918), Firenze, Sansoni, 3<sup>a</sup> ed. per la «Nuova Biblioteca», 1977.
- ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1944-1946), Milano, Giuffrè, 1983.
- ROMANO S., *Rivoluzione e diritto* (1944), in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983.
- ROMANO S., *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.
- RONCHETTI L., *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2003.
- ROSSI G., *Il conflitto epidemico*, Milano, Adelphi, 2003.
- ROSELLI O. (a cura di), *Europa e Banche centrali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- ROSELLI O., *Profili costituzionali dell'integrazione monetaria europea*, in ID. (a cura di), *Europa e Banche centrali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2004.
- RUSCONI G.E., *La crisi di Weimar. Crisi di sistema e sconfitta operaia*, Torino, Einaudi, 1977.
- SALMONI F., *Diritti sociali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in AA.VV., *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, Giappichelli, vol. III, 2005.
- SAMARANI G., *La Cina del Novecento. Dalla fine dell'Impero a oggi*, Torino, Einaudi, 2004.
- SCHARPF F.W., *The Problem solving capacity of Multi-Level Governance* (1997), tr.it. di D. Giannetti, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 1999.
- SCHEFOLD D., *L'effettività dei diritti fondamentali in Germania*, in A. ROMANO (a cura di), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, Milano, Giuffrè, 1994.

- SCHEFOLD D., *Sozialstaat und Wirtschaftsverfassung im demokratischen Rechtsstaat (Bemerkungen zur Rechtslage in Deutschland im Vergleich zu Italien)*, in F. LANCHESTER-I. STAFF (a cura di), *Lo Stato di diritto dopo il fascismo ed il nazional-socialismo*, Milano, Giuffrè, 1999.
- SCHMITT C., *Verfassungsgebre* (1928), tr. it. di A. Caracciolo, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984.
- SCHMITTER P.C., *Teoria della democrazia e pratica neocorporatista*, in *Stato e mercato*, 1983.
- SCHUMPETER J.A., *Hystory of Economic Analysis* (1954), tr. it. di P. Sylos-Labini-L. Occhionero, *Storia dell'analisi economica*, Torino, Bollati Boringhieri, 1972.
- SCHUMPETER J.A., *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942), tr. it. di E. Zuffi, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Etas, 2001.
- SCODITTI E., *La costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Bari, Dedalo, 2001.
- SEN A., *Development as Freedom* (1999), tr. it. di G. Rigamonti, *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, Mondadori, 2001.
- SEN A., *The Argumentative Indian* (2005), tr. it. di G. Rigamonti, *L'altra India. La tradizione razionalista e scettica alle radici della cultura Indiana*, Milano, Mondadori, 2005.
- SERRA P., *Europa e Mondo. Temi per un pensiero politico europeo*, Roma, Ediesse, 2004.
- SOMAINI E., *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Roma, Donzelli, 2002.
- SOMMA A., *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*, in *Ars interpretandi*, n. 8, 2003.
- SOMMA A., *Temi e problemi di diritto comparato*, vol. IV, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, Giappichelli, 2003.
- SORDI B., *Ordine e disordine giuridico del mercato* (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli), in AA.VV., *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003.
- STAMMATI S., *Intervento su Mercato e libertà economiche*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa. Riflessioni sui mutamenti costituzionali nel processo d'integrazione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.
- STIGLITZ J.E., *The Economic Role of the State* (1989), tr. it. di M. Da Rin, *Il ruolo economico dello stato*, Bologna, il Mulino, 1992.
- STIGLITZ J.E., *In un mondo imperfetto. Mercato e democrazia nell'era della globalizzazione*, Roma, Donzelli, 2001.
- STIGLITZ J.E., *Globalization and Its Discontents* (2002), tr. it. di D. Cavallini, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Einaudi, Torino, 2002.
- STRANGE S., *Mad Money* (1998), tr. it. di E. Recchia, *Denaro impazzito. I mercati finanziari: presente e futuro*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999.
- TAMBURINI R.-TARGETTI F., *Il patto instabile*, in *il Mulino*, n. 1, 2004.
- TARELLO G., *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, il Mulino, 1974.

- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976.
- TARELLO G., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988.
- TERNOWETZ U. (a cura di), *Friedrich A. von Hayek e la scuola austriaca di Economia*, Atti della giornata di studio all'Università degli studi Milano-Bicocca, 11 aprile 2002, Milano, Saveria Mannelli Rubettino, 2003.
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2001.
- TEUBNER G., *Rechts als autopoietisches system* (1989), tr. it. di A. Febbrajo-C. Penzini, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, Giuffrè, 1996.
- TONIATTI R., *Il principio di rule of law e la formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale dell'Unione europea*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, Milano, Giuffrè, 2002.
- TÖNNIES F., *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), tr. it. di G. Giordano, *Comunità e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963.
- TORCHIA L., *Una costituzione senza stato*, in *Diritto pubblico*, n. 2, 2001.
- TUCIDIDE, *La guerra del Peloponneso*, tr. e a cura di E. Savino, Milano, Garzanti, 2003.
- TRONTI M., *Prefazione. Pensare l'Europa*, in F. PETRANGELI (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa? Potenzialità e limiti del nuovo ordinamento dell'Unione*, Roma, Ediesse, 2004.
- TURNER A., *Just Capital. The Liberal Economy* (2001), tr. it. di S. Scotti, *Just Capital. Critica del capitalismo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2002.
- WATSON A., *The Making of the Civil Law* (1981), tr. it. di N. Sarti, *La formazione del diritto civile*, Bologna, il Mulino, 1986.
- WEBER M., *Politik als Beruf* (1919), tr. it. di A. Variolato-E. Fongaro, *La politica come professione*, in ID., *Scritti politici*, Roma, Donzelli, 1998.
- WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it. di T. Biagiotti-F. Casabianca-P. Rossi, *Economia e società*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999.
- WEBER M., *Die Protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* (1905), tr. it. di A. M. Marietti, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano, Rizzoli, 2000.
- WEBER M., *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* (1904), in ID., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922), tr. it. di P. Rossi, *L'"oggettività" conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, nuova ediz., Torino, Einaudi, 2003.
- WEILER J.H.H., *Federalismo e costituzionalismo: il «Sonderweg» europeo*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe* (1999), tr. it. di F. Martines-F. Spadi-S. Ninatti, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2003.
- WEILER J.H.H., *Un'Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Milano, Rizzoli, 2003.

- WIETHÖLTER R., *Gli interessi dello stato di diritto borghese*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, Bari, Laterza, 1973, vol. I.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY G.-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.
- ZAGREBELSKY G. (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- ZILLER J., *La nuova Costituzione europea*, tr. it. di L. Segni, Bologna, il Mulino, 2003.
- ZOLO D. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1999.
- ZOLO D., *Globalizzazione. Una mappa dei problemi*, Roma-Bari, Laterza, 2004.



Finito di stampare nel mese di ottobre 2006  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220





