

## Editoriale

# Vincolo esterno e Costituzione funzionale

Alessandro Mangia\*

Il secondo fascicolo della Rivista prosegue il discorso sulla sovranità già avviato, concentrandosi sul problema del vincolo esterno all'azione statale. Va detto subito che questa espressione solo in parte riecheggia la distinzione tra profilo 'esterno' e profilo 'interno' della sovranità, tradizionalmente espressa attraverso il binomio supremazia/indipendenza dello stato. Semmai, con questa formula, mutuata dal linguaggio economico, si cerca di alludere in modo unitario ad un insieme di fenomeni, indagati da tempo dagli studiosi delle costituzioni, che condizionano *giuridicamente* o anche solo *fattualmente* l'azione dello stato; i quali fenomeni però, in ragione della assimilazione tra stato e costituzione implicita nella formula novecentesca dello stato costituzionale, stanno alla base tanto della crisi attuale delle costituzioni quanto della sovranità statale.

Si tratta di un tema, quello della crisi della capacità normativa delle costituzioni o, meglio, della loro capacità di porsi come documenti che pretendono di esprimere una normatività esclusiva e autosufficiente, che è stato individuato da tempo, e che condiziona la riflessione su ogni tema di carattere generale, come senz'altro è quello della sovranità. «Alla radice della crisi stanno due fenomeni paralleli e interconnessi: la dissoluzione del legame tra economia e territorio e la sovrapposizione alla costituzione di regole che vengono dettate da istituzioni internazionali e sovranazionali sempre più forti e numerose. L'economia nazionale, intesa come economia centrata essenzialmente sul mercato interno, e rivolta o aperta all'esterno solo per una sua parte percentualmente minoritaria, non esiste più. Tutte le economie, anche quelle dei grandi paesi industrializzati sono *estroverse*, ed il

\* Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

loro grado di dipendenza dal funzionamento complessivo dell'economia-mondo è divenuto elevatissimo (...) Contemporaneamente – e coerentemente – 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) degli stati. Rispetto a tutto questo, lo sviluppo di sedi istituzionali di livello internazionale o sovranazionale (regionale) ha funzionato da tentativo di risposta, ma allo stesso tempo di ulteriore accelerazione dei processi (...) Anche se l'attenzione degli studiosi delle costituzioni nazionali si è concentrata soprattutto sulle sfide poste dall'integrazione che è stata formalizzata in termini istituzionali, piuttosto che su quelle conseguenti all'integrazione (economica) priva di qualunque formalizzazione, i due fenomeni non possono essere separati». La conclusione, riprendendo una definizione di G. Guarino, era che «da loro comune conseguenza è stata la radicale messa in discussione della sovranità degli stati (tanto che è stato scritto che 'proprio con riguardo ai poteri di più diretto intervento nella economia, lo Stato diviene non-Stato')».

Ho l'impressione che in questa analisi, formulata ancora nel 1996, e dunque più di vent'anni fa, da M. Luciani (*L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 161), siano raccolti e sintetizzati i temi di cui si discute ancora oggi: e cioè perdita o relativizzazione della forza prescrittiva dei testi costituzionali del Novecento a fronte della intervenuta capacità di condizionamento che su queste costituzioni sono ora in grado di esercitare fonti e atti di provenienza extrastatale; debolezza dei testi costituzionali ad ordinare, secondo gli schemi del diritto interno, fenomeni economici che trascendono l'ambito di efficacia spaziale dell'ordinamento nazionale; in sintesi estrema, feroce inattualità della raffigurazione dello stato come portatore di potere sovrano, e cioè di un potere politico al tempo stesso *indipendente* e *supremo* nel momento in cui si rapporta con strutture e organizzazioni inter- o sovra-nazionali (WTO, FMI, Banca mondiale da una parte, e UE e BCE dall'altra) che pretendono di esprimere una giuridicità o soltanto una razionalità economica, concorrente e condizionante la volontà dei singoli stati nazionali.

Certo non c'è da illudersi che i paradigmi secondo cui la scienza giuridica ha descritto nel tempo la sovranità siano mai stati perfettamente calzanti. Quello di sovranità, come molti altri concetti-limite del diritto costituzionale, è un concetto destinato a soffrire di infinite trasformazioni ed adattamenti, se si parte dal presupposto che quello di sovranità è il concet-

to attraverso il quale la forza normativa di un ordinamento si salda alla situazione politica concreta da cui quell'ordinamento scaturisce (E. Forsthoff, *Lo Stato della società industriale*, Milano 2011, p. 11). È, in altri termini, un concetto-ponte che fa da anello di congiunzione tra la normatività di un ordinamento e l'effettività del potere da cui quell'ordinamento promana. Corollario di questa concezione è che, se muta la situazione di potere, mutano anche base e perimetro della sovranità.

Del resto non è un caso che lo stesso inventore del sistema dualista, H. Triepel, dopo aver fornito la più raffinata formalizzazione teorica del diritto internazionale dei trattati, abbia avvertito la necessità di completare il suo discorso con una riflessione sui rapporti materiali di forza tra quegli stessi soggetti 'sovrani' delle cui volontà si fa questione quando si parla di profilo 'esterno' della sovranità (cfr. H. Triepel, *L'egemonia* (1938), Firenze 1949).

L'omessa considerazione di questo aspetto ha sempre conferito alcunché di artificioso alle raffigurazioni che della sovranità sono state fornite nel tempo dagli studiosi delle costituzioni: «le forme di limitazione di sovranità conosciute e classificate dai giuristi non sono tutte le limitazioni che operano di fatto nella vita degli Stati: non soltanto perché nelle relazioni tra Stati (come nelle relazioni tra individui) si fanno sentire di fatto preminenze di ordine economico e militare, per le quali gli Stati economicamente più deboli debbono rassegnarsi a essere meno indipendenti di quelli economicamente più forti; ma anche perché i canali di penetrazione attraverso i quali le imposizioni riescono ad infiltrarsi nell'interno di un ordinamento costituzionale apparentemente sovrano possono essere molto più complicati e molto meno classificabili di quelli previsti negli schemi dei giuristi. Sicché può avvenire che in uno Stato che si afferma indipendente gli organi che lo governano si trovino senza accorgersene, in virtù di questi canali segreti di permeazione, a esprimere non la volontà del proprio popolo, ma una volontà che vien dettata dall'esterno e di fronte alla quale il popolo cosiddetto sovrano si trova in realtà in una condizione di sudditanza» (P. Calamandrei, *Stato pontificio* (1950), ora in *Lo Stato siamo noi*, Milano 2011, p. 33).

Quel che è certo, però, e si fa evidente riflettendo sulle pagine di Luciani che precedono, è che la crisi della normatività costituzionale come pensata dal secondo dopoguerra ad oggi è essenzialmente *crisi del rapporto tra politica ed economia*; o, se si preferisce, crisi, della pretesa delle costituzioni di ordinare e regolare i rapporti economici, secondo gli schemi elaborati dal

costituzionalismo del dopoguerra e condensati nella formula delle costituzioni sociali. Se si muove da questa angolazione è relativamente facile ricondurre ad unità tutti quei fenomeni di ‘interferenza’ che il sistema del diritto transnazionale e le leggi ‘obiettive’ dell’economia sono in grado di esercitare sullo stato sovrano e la sua costituzione. Il che, però, ci fa capire che la crisi delle costituzioni di cui si discute oggi è essenzialmente crisi del modello di costituzione sociale su cui quei documenti costituzionali erano stati costruiti; del modello di società che quei documenti prefiguravano; della normatività che pretendevano di imporre all’interno del perimetro statale. Si pensi, tanto per fare un esempio, all’immagine di società che ci consegna l’art. 47 Cost., fatta di piccoli risparmiatori e proprietari di abitazione; alle proclamazioni sul diritto al lavoro che caratterizzano la costituzione del 1948; alla disciplina di proprietà ed iniziativa economica che si trovano negli artt. 41, 42 e 43 Cost.

Si tratta di prescrizioni che sono ormai scollegate dall’ordinamento giuridico perché sono ormai scollegate dalla realtà; e che pongono un problema di corrispondenza tra fatto e diritto che non può essere gestito (e sopito) attraverso l’impiego di categorie come quelle di desuetudine o di modificazione tacita. Piuttosto è facile vedere che, in luogo di quelle prescrizioni, si è affermato, per vie oblique, e non sempre di semplice individuazione, un nuovo ordinamento, che tiene luogo di quello costituzionale e che solo a prezzo di grosse approssimazioni può essere definito costituzionale nel senso che normalmente attribuiamo al termine.

Va detto che questa perdita di presa sulla realtà dei documenti costituzionali non è un fenomeno nuovo nella storia delle costituzioni. Già alla fine del XIX secolo la dottrina giuridica italiana – e non solo italiana – si era impegnata sul tema della corrispondenza tra realtà sociale e normatività costituzionale. La crisi dell’ordinamento statutario di inizio secolo testimoniata dalle pagine della prolusione di S. Romano del 1909 (S. Romano, *Lo stato moderno e la sua crisi*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969) era, allora come oggi, una crisi della capacità dei documenti costituzionali di ordinare una realtà sociale segnata da una trasformazione profonda, come è stata quella generata dalla proliferazione dei corpi intermedi l’Ottocento e il Novecento; e quindi segnata, ancora una volta, dal mutare del rapporto tra politica ed economia che sottostava al vecchio edificio statutario, che si esprimeva nell’associazionismo a base economica, e che in pochi anni aveva reso del tutto inadeguata quella costituzione del sociale che si ritrovava nelle pagine dedicate dal Codice Civile a proprietà ed associazioni. Dire che

«Il diritto pubblico moderno dunque non domina, ma è dominato da un movimento sociale, al quale si viene stentatamente adattando e che intanto si governa con leggi proprie» (S. Romano, *op. cit.*, p. 15) significava dire, in poche parole, che leggi e costituzione non avevano più presa sulla realtà, e che la realtà aveva iniziato a farsi leggi sue proprie, concorrenti e talora antagoniste rispetto a quelle provenienti dallo stato.

Solo che quella crisi si giocava tutta sul versante interno della sovranità statale e, a distanza di un secolo, sappiamo che, proprio in ragione di ciò, i termini della tensione tra fatto e diritto (tra normatività statale e realtà sociale) descritta da Romano si sono potuti ricomporre, all'interno dello Stato nazionale, attraverso l'abbandono della distinzione tra costituzione dello stato (lo Statuto) e costituzione della società (il Codice), e con l'allargamento dei confini delle costituzioni statali. Le quali hanno finito per includere nel proprio ambito non più soltanto la disciplina dei rapporti tra stato e individuo, ma anche dei rapporti tra gruppi sociali, facendosi così, per questa strada, costituzioni del pluralismo sociale.

La crisi attuale della normatività costituzionale, piuttosto, è una crisi che si gioca tutta sul versante esterno della sovranità. *Governance* economica inter- e sovranazionale con il corollario del vincolo di bilancio; fundamentalità dei diritti, che valgono a prescindere dalla loro inclusione nei documenti costituzionali; dialogo tra le Corti come strumento per ricomporre su linee unitarie il problema della tutela sovranazionale dei diritti; costituzionalismo multilivello sono le formule elaborate negli ultimi anni per descrivere e cercare di gestire i problemi che si sono aperti in questa situazione di crisi 'esterna' della normatività costituzionale.

Si tratta di temi che vengono in genere indagati separatamente, com'è giusto che sia, senza essere per forza ricondotti ad un quadro unitario. Ma si tratta sempre di temi che, se fatti convergere nell'obiettivo dell'osservatore, riportano alla situazione descritta oltre vent'anni fa da Luciani: al fatto, cioè, che *la perdita di presa della costituzione sulla realtà è stata innanzi tutto perdita della capacità delle costituzioni, e quindi degli stati, di ordinare politicamente le relazioni economiche*. E al venir meno della politica statale ha fatto riscontro l'entrata in scena di una serie di surrogati che facessero le veci della politica, esprimendo una capacità ordinatoria diversa, innanzi tutto sul versante della legittimazione.

È vero, infatti, che all'affermarsi progressivo di quella razionalità economica che si esprimerebbe nelle leggi naturali dell'economia, che si è istituzionalizzata in forme nuove al di fuori dello stato, e che sembra esprimere una specie di nuovo *ius cogens* internazionale, ha fatto riscontro il venir

meno e il ritrarsi della politica statale. Ma non per questo è venuta meno la politica; e cioè il prodursi di decisioni che assestavano su linee diverse dal passato il rapporto tra economia e potere pubblico. Ciò che segna una netta cesura rispetto al costituzionalismo del '900, semmai, è il fatto che queste decisioni si siano prodotte prescindendo, in tutto o in parte, dalla tradizionale legittimazione democratica che sorreggeva lo stato nella sua versione di stato costituzionale. E in luogo della tradizionale decisione democratica si sono fatte strada nuove forme di legittimazione che possono essere di natura tecnico-economica (si pensi al ruolo delle Banche centrali su cui *infra* G. Sapelli); possono richiamarsi alla fundamentalità di certi diritti affermati dalle Corti internazionali; possono essere assunte semplicemente come conseguenza dell'affermazione della sovrastruttura finanziaria che regge i processi economici a livello mondiale, e che dà vita ad uno stato di fatto che necessita.

Tutto questo, ampiamente descritto nei suoi aspetti dalla riflessione giuridica di questi ultimi anni, non crea però un nuovo sovrano: non dà vita ad un 'antisovrano', perché prescinde dalle categorie classiche attraverso le quali, in tempi più o meno recenti, è stato costruito il discorso sulla sovranità: ossia centralizzazione, assolutezza e indipendenza del potere politico; pretesa di questo potere di organizzare e governare un determinato territorio; identificazione di questo potere con un gruppo sociale, tanto per restare nella sfera delle raffigurazioni classiche della sovranità statale. E meno che meno questo potere pretende di assumere il monopolio del pubblico, potendosi manifestare indifferentemente in forma pubblica o privata, in una nuova versione di quel potere sociale che il costituzionalismo moderno aveva creduto di eliminare o, perlomeno, di imbrigliare ai suoi albori (su questo aspetto *infra* A. Guazzarotti). In una battuta il rapporto del potere sociale con il potere politico che si esprime in questo processo non è di opposizione, ma semplicemente di indifferenza o, al massimo, di funzionalizzazione.

Questa impoliticità del processo di potere che preme sulle costituzioni politiche e, scollegandole dalla realtà, le depotenzia (un potere che G. Sapelli, nel suo scritto definisce '*potere situazionale*'), si ritrova anche nel complesso di vincoli che derivano dalla partecipazione dell'Italia ai Trattati europei. E allora, da questo punto di vista, appare degno di nota come, negli ultimi anni, il riferimento alla vicenda riassunta nel dibattito sulla Costituzione europea e da cui è uscito, nel 2007, il Trattato di Lisbona sia scomparso dall'ambito di osservazione degli studiosi: quasi che i temi ed i pro-

blemi affrontati dalla dottrina giuridica in quegli anni fossero stati definitivamente sepolti con la mancata approvazione in Francia (2005) e in Olanda (2006) del Trattato che mirava ad 'istituire' una costituzione europea.

In realtà quel dibattito è, nonostante tutto, ancor oggi significativo, perché ha messo in luce l'inadeguatezza teorica della nozione di costituzione ancora oggi riproposta dalla dottrina giuridica a fronte delle trasformazioni del rapporto tra politica ed economia; e, in secondo luogo, perché risulta emblematico della situazione politica concreta con cui si confrontano i diversi stati 'sovrani' europei, nel momento in cui ciascuno di essi si colloca all'interno di un ordine giuridico, sovranazionale, che in mancanza di meglio, si definisce 'eurounitario'. Si tratta, se ci si pensa, di due lati della stessa medaglia: la nozione teorica di costituzione non risponde più alla situazione politica concreta degli stati nazionali e al complesso dei poteri situazionali; e, a sua volta, la situazione politica concreta rimanda ad un'immagine diversa di costituzione, che relativizza i documenti costituzionali nazionali, se ne avvale, ma che si gioca su un piano che trascende le sovranità nazionali, dando vita ad una costituzione differente rispetto a quella che siamo abituati a maneggiare attraverso gli strumenti della dogmatica giuridica classica.

M. Fioravanti, in uno scritto di quel periodo, proprio in margine al dibattito sulla 'costituzione europea' (*Costituzione e politica: bilancio di fine secolo*, in L. Ornaghi (a cura di) *La nuova età delle costituzioni*, Bologna 2000, p. 49 ss.), dopo aver tratteggiato la crisi delle costituzioni ottocentesche e la loro sostituzione attraverso le costituzioni sociali, e ragionando su quello che ai tempi si definiva il processo costituente 'europeo' affermava: «Ciò che (...) rimane probabile è che per lo meno per un certo tempo (...) la politica democratica rimanga una politica nazionale. Ma mentre accade questo, il dato obbiettivo della interdipendenza, prima di tutto di natura economica e finanziaria, continuerà a premere, ed a cercare una risposta. Se questa risposta non verrà dai parlamenti, nazionali ed europeo, sarà fatale ricercare le necessarie soluzioni direttamente nella costituzione. Crescerà dunque il bisogno di una *Costituzione europea*, che nulla però, o ben poco, avrà a che fare con l'esistenza di un popolo europeo come soggetto costituente. Quella costituzione non nascerà, come vorrebbe la tradizione novecentesca delle costituzioni politiche, in un luogo determinato e sulla base di un'originaria volontà instaurativa, ma per progressiva generalizzazione ed assimilazione delle soluzioni offerte dalla complessa pratica del diritto comunitario, fatta anche di una decisiva componente di carattere giurisprudenziale. Per questa via le comunità civili e politiche si troveranno ad usare un diritto sempre più comune, che produrrà

principi sempre più comuni, e l'insieme di questi principi sarà ad un certo punto avvertibile e generalmente riconoscibile nel senso di una *legge fondamentale europea*, di una Costituzione europea. Quest'ultima non avrà dunque un'origine politica costituente, come hanno avuto le costituzioni del Novecento, ma sarà frutto di un processo, il cui esito normativo non assumerà la forma, puntuale e solenne, della deliberazione, ed acquisirà piuttosto i caratteri, del tutto pratici, della consolidazione, del progressivo riconoscimento».

Credo si possa convenire, anche qui, a quasi vent'anni di distanza, che la previsione di Fioravanti si è ampiamente realizzata, con l'unico rilievo che, a consentire il realizzarsi di quella previsione, non è stata soltanto l'attività della giurisprudenza. Oggi le nostre costituzioni, nazionali e documentali, sono condizionate sì nella loro efficacia da una quantità di decisioni provenienti da Corti inter- o sovranazionali, ma anche da atti di diritto derivato, da trattati, accordi e documenti internazionali di *soft e hard law* che, non solo in materia di bilancio (cfr. *infra* Pitruzzella e Di Gaspare), affiancano il diritto comunitario dei Trattati e costituiscono parte integrante dell'ordinamento costituzionale nazionale, non perché ne facciano formalmente parte, ma perché sono in grado di spiegare un 'effetto diretto' che opera in luogo delle disposizioni costituzionali nazionali, generando così una *costituzione funzionale* che si sovrappone alla costituzione formale nazionale, secondo la logica del metodo funzionalista che da sempre è alla base del processo di integrazione europeo.

Questa costituzione funzionale, nel suo procedere, produce un effetto di disaggregazione dell'unità sistematica delle costituzioni nazionali: fenomeno che si manifesta in forme diverse a seconda dei contenuti e delle caratteristiche degli ordinamenti costituzionali con cui entra in contatto. Tanto che ormai si è fatta consuetudine parlare di una costituzione dei diritti accanto ad una costituzione dei poteri; di una costituzione economica accanto ad una costituzione monetaria; di una costituzione del mercato accanto ad uno statuto del consumatore e via dicendo. Ed è facile osservare che il sistema dei vincoli esterni, in cui si sostanzia questa costituzione funzionale, lascia alle forme della determinazione nazionale, intesa come determinazione necessariamente democratica, solo la fase dell'attuazione interna, mentre affida all'esterno il compito di determinare gli assetti di fondo in cui si sostanzia il nuovo ordinamento costituzionale.

In questa prospettiva è possibile vedere il nuovo ruolo giocato prima dalla CEDU (decc. 348 e 349/2007) e poi dalla Carta Europea dei diritti fondamentali (ora, di recente, dec. 269/2017), tanto da rendere possibile un discorso sulla identità costituzionale europea (Demuro *infra*), capovol-



gendo il rapporto fra trattati e identità costituzionali nazionali; in questa prospettiva è possibile inquadrare la recente, rinnovata attenzione al problema dei controlimiti (di cui alle Taricco I e II); in questa prospettiva, al di fuori dei confini nazionali, è possibile inquadrare le diverse risposte date allo stesso problema dalle Corti costituzionali tedesca (decc. sul Trattato di Lisbona e sul MES) e portoghese, nel momento in cui sono dovute intervenire sul rapporto tra costituzioni nazionali e la nuova costituzione funzionale costruita sul sistema dei vincoli esterni alle sovranità nazionali.

A segnare questo trapasso dalle costituzioni nazionali non è soltanto il fatto che la costituzione non può più essere riassunta in un singolo documento perenne, assoluto ed esclusivo. È il fatto che *questa nuova costituzione funzionale è, essenzialmente, una costituzione economica* (sui cui caratteri e sul cui nesso con le dottrine ordoliberaliste *infra* Saitto), ai cui limiti si è creduto possibile ovviare attraverso l'enfatizzazione di una immaginaria costituzione sovranazionale dei diritti, amministrata da diverse Corti inter- o sovranazionali. Prima conseguenza di questa scelta è stato il sorgere e l'acuirsi del problema del dialogo tra le Corti, che ha scaricato in capo alle giurisdizioni il compito di produrre interpretazioni armonizzanti la pluralità di testi, costituzionali per materia, che disciplinano i diritti. Ma ancora più rilevante, come si diceva, è stata la scelta di costruire questa nuova costituzione funzionale sulla base di una netta e invalicabile distinzione tra economia e politica, fidando nell'idea che la costituzionalizzazione all'interno dei Trattati dei principi di un'economia liberale fosse di per sé sufficiente a porre per sempre al riparo questi principi dalle determinazioni della politica (dal 'processo politico' direbbe un economista), riducendo così la *rule of law* ad una *rule of economics*.

«La ragione universale che si pretende essere presente in una costituzione sovranazionale come quella europea assumerebbe (...) il significato della sottrazione alla sfera della politica, in sé ritenuta artificiale, e perciò stesso particolare e statale, di ciò che è ritenuto in sé universale, perché appartenente al mondo oggettivo, naturale e necessario, dei rapporti economici e commerciali» diceva sempre Fioravanti nel 1998.

Il punto è che la riduzione della politica all'economia, e quindi la concezione dell'economia come 'tecnica' privilegiata di governo, nulla toglie al fatto che le decisioni prese sulla base di questi assunti finiscono con l'aver comunque una fortissima e inevitabile valenza politica, innanzi tutto in termini di redistribuzione e di conformazione della realtà sociale su cui intervengono.

L'economia con le sue leggi, vere o presunte, insomma, si fa per questa via governamentalità autosufficiente, che riduce al rango di semplici interferenze gli impulsi e le richieste che provengono da legittimazioni diverse da quella fondata sulla 'naturalità' delle leggi economiche, concepite come leggi necessitanti al pari di quelle fisiche.

Ma allora, è facile avvedersi che costruire l'economia in termini di necessità naturale (kosmos), e la politica in termini di volontarietà e artificialità (taxis), porta con sé la nascita di un nuovo giusnaturalismo, che non si connota più su base storica o trascendente, ma soltanto economica. E che, nel suo porsi in termini di absolutezza (un nuovo assolutismo, non più giuridico, ma economico) si presenta come la versione rinnovata di una malattia ricorrente del pensiero giuridico europeo: l'idea, cioè, che compito della legge non debba essere null'altro se non la traduzione in termini positivi dei dettami della Ragione Universale, la quale ora si esprimerebbe, oggi come allora, in termini di leggi economiche e diritti fondamentali, solo in forme e contesti diversi dal passato.

Credo sia questo giusnaturalismo economico l'idea di fondo (e la cultura) che sta alla base di quella costituzione funzionale che vediamo oggi vincolare sovranità e politiche nazionali, e che, sotto la formula convenzionale del vincolo esterno, unisce i diversi contributi raccolti in questo fascicolo, ciascuno elaborato da ogni singolo autore secondo l'angolazione e la prospettiva autonomamente prescelte.