

## VIII VERSO UNA COSTITUZIONE EUROPEA

GAETANO SILVESTRI \*

Mi limiterò ad alcuni spunti problematici fondati su considerazioni nascenti dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, della Corte costituzionale italiana e anche della Corte tedesca.

Cominciamo con la stessa espressione: costituzione europea. Si può parlare di costituzione europea?

Nel senso in cui siamo abituati ad intendere la parola costituzione, credo di no. Non possiamo dire che vi sia una "Carta" costituzionale europea organica, tale da potersi definire legge fondamentale di uno Stato europeo.

Quando si parla di costituzione europea non bisognerebbe dimenticare la differenza – ben marcata, ad esempio, da Carl Schmitt – tra costituzione come carta fondamentale che racchiude i diritti e le garanzie dei cittadini (nel senso dell'art. 16 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789) e costituzione come struttura fondamentale dello Stato (costituzione in senso assoluto). Posta questa distinzione, un ordinamento ha sempre una costituzione in senso assoluto, ma può non averla in senso formale e garantistico.

Da un altro punto di vista, si può dire che la costituzione come legge fondamentale non coincide con la costituzione come fondamento, ossatura, scheletro dell'ordinamento, reggente tutto l'organismo vivente dello Stato in senso ampio, secondo una metafora mutuata dalla fisiologia che, dal XVIII secolo in poi, ha avuto molta fortuna in Europa. Se ci chiedono che cosa è la Costituzione italiana, rispondiamo che essa è l'atto fondamentale approvato dall'Assemblea Costituente eletta il 2 giugno 1946 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1948. Ma se ci chiediamo quale sia la costituzione "vivente" dobbiamo aggiungere una serie di leggi e di prassi che concorrono a definire il nucleo fondamentale attivo dell'ordina-

---

\* Professore di Diritto costituzionale presso l'Università di Messina.

mento, con la conclusione che la Costituzione come atto legislativo originario può diventare soltanto una parte della prima in un processo evolutivo continuo e difficilmente codificabile.

Nel senso assoluto prima accennato, possiamo dire che i Trattati di Roma, di Maastricht e di Amsterdam, unitamente ad una serie di norme a carattere generale approvate dagli organi di governo dell'UE, concorrono a formare una costituzione europea. Alcuni studiosi del federalismo hanno usato, per definire l'organismo sovranazionale europeo, l'espressione "federalismo funzionale", per sottolineare che ci troviamo di fronte ad una serie di Stati che mettono in comune soltanto alcune funzioni in relazione a finalità specifiche. Mentre nello Stato federale si verifica una totale confluenza degli Stati membri nell'ordinamento federale – pur nella distinzione di competenze tra gli uni e l'altro – al punto che l'unica soggettività internazionale è quella della Federazione, nel caso dell'Unione Europea gli Stati di Europa si uniscono per raggiungere certi obiettivi, soprattutto di sviluppo e cooperazione economica, e mantengono piena signoria su tutte le altre funzioni.

La dottrina giuridica si è trovata di fronte alla difficoltà di definire una strana figura istituzionale, che a volte sembra federale e a volte no. Per alcuni profili si potrebbe parlare di confederazione, per altri di federazione vera e propria, per altri ancora di meri accordi plurilaterali. Gli stessi organi centrali dell'Unione riflettono queste incertezze, anche se l'unificazione diventa sempre più stretta con il crescere delle competenze della Commissione, con l'instaurazione di una sorta di rapporto fiduciario tra Commissione e Parlamento europeo e con l'aumento delle funzioni di quest'ultimo. All'unificazione contribuisce la progressiva attenuazione del principio di unanimità in favore del principio di maggioranza. Se questo processo andasse ancora avanti in modo lineare, avremmo in breve tempo uno Stato federale. Ma il progresso lineare non appartiene ai fenomeni storici.

Parlare oggi di "Stati Uniti d'Europa" è tutt'oggi azzardato e si può farlo solo buttando il cuore oltre l'ostacolo e trasformando in realtà i propri nobili desideri. Qualunque sia l'accezione – tra le tante disponibili nella teoria del diritto pubblico – di Stato federale, non si può trascurare il dato che non può esistere uno Stato federale senza un Parlamento federale legiferante, nelle materie enumerate, in modo autonomo ed immediatamente coattivo per tutto l'ordinamento. La carenza di un vero e proprio potere legislativo del Parlamento europeo esclude che si possa parlare di Stato federale. Pur avendo acquistato, negli ultimi anni, un potere di condizionamento politico sulla stessa elaborazione dei regolamenti e delle direttive comunitarie, il Parlamento europeo non dispone di un vero e proprio potere legislativo. L'atto-legge europeo non esiste. Non esiste neppure un Capo dello Stato, simbolo dell'unità del sistema, particolarmente indispensabile negli ordinamenti federali.

Esiste invece una Corte di Giustizia che può essere avvicinata, per la sua funzione di controllo sulle norme primarie, ai tribunali costituzionali contemporanei. Come mai nel sistema istituzionale europeo la Corte ha preceduto gli altri organi supremi tipici della tradizionale forma statale? Lo vedremo tra poco. Intanto notiamo che prima del Parlamento legiferante in Europa si è pure formata una tentacolare burocrazia che rende l'ordinamento europeo molto più complicato di qualsiasi ordinamento nazionale, compreso – è tutto dire! – quello italiano. Ormai si è formata una vera e propria categoria di “esperti” nella captazione dei flussi di finanziamento. Esattamente il contrario di ciò che dovrebbe essere un'amministrazione pubblica democratica e trasparente. I rapporti con la burocrazia comunitaria somigliano sempre più al gioco degli scacchi, dove sbagliare una mossa significa perdere la partita. In un sistema democratico e trasparente si presentano progetti: se sono giudicati buoni vengono finanziati, altrimenti vengono respinti. Se invece bisogna imparare l'arte delle mosse e contromosse per superare ostacoli o eludere trabocchetti, allora siamo ben lontani dal governo delle regole e ci aggiriamo nei meandri del Castello di Kafka. Quando le burocrazie sono complicate, quando i percorsi sono poco chiari, quando gli atti non sono facilmente controllabili e leggibili, si aprono grandi spazi per l'autoritarismo e per la corruzione. Proprio in questi giorni stanno venendo a galla situazioni poco limpide esistenti negli uffici di Bruxelles. Dietro un raffinato barocchismo di forme si nasconde spesso la discrezionalità più incontrollata.

In Italia sarebbe necessaria meno retorica sull'Europa e più consapevolezza dei processi reali che si stanno sviluppando.

Veniamo ora a spiegare più diffusamente l'affermazione fatta all'inizio, che cioè l'Europa possiede una costituzione in senso assoluto, ma non una Costituzione in senso formale. Esaminiamo la questione da un punto di vista particolare, che ci aiuta ad aprire una finestra sull'intero scenario: l'efficacia delle normative europee negli ordinamenti interni ed in quello italiano in particolare. Si tratta del “capo delle tempeste”, che ha sempre tenuto in agitazione la teoria giuridica e la Corte costituzionale.

Si fronteggiano, come è noto, due posizioni fondamentali: monista e dualista. La prima è stata sostenuta sin dall'inizio e senza tentennamenti dalla Corte di Giustizia, l'altra invece, con grande sofferenza e con molti tentennamenti dalla Corte costituzionale e dalla gran parte della dottrina italiana.

La posizione monista è argomentata dalla Corte di Giustizia con geometrica chiarezza. Esiste un solo ordinamento giuridico generale, quello europeo, nel quale sono contenuti gli ordinamenti nazionali; l'efficacia delle fonti europee negli ordinamenti nazionali non deriva quindi da un rinvio, ma si spiega in modo diretto ed immediato. Lettura semplice, direi scarnificata dell'art. 189 del Tratta-

to di Roma. Lo Stato nazionale non deve svolgere alcuna particolare attività per dare efficacia alle norme europee.

La dottrina monista si scontra però con il dogma della sovranità nazionale, sostenuto sia da motivazioni ideologiche che da considerazioni più concretamente politiche, oltre che da un'antica tradizione teorico-giuridica. La ritrosia ad incamminarsi per una strada senza ritorno è stata forte per lungo tempo. Mantenersi su posizioni sanamente dualiste implica la teorica possibilità di ridare sangue al dualismo stesso nel caso che la permanenza nell'Europa si rivelasse disastrosa per gli interessi nazionali.

Su questa falsariga, la Corte costituzionale, sin dal 1973, fa perno sull'art. 11 della Costituzione, nel quale si stabilisce che l'Italia può consentire limitazioni alla sovranità, se queste sono necessarie per partecipare ad organismi internazionali volti a perseguire la pace e la giustizia. L'art. 11 apre il canale di comunicazione tra ordinamento europeo ed ordinamento nazionale, che si concretizza nell'art. 189 del Trattato di Roma: l'immediata esecutività delle norme europee è resa possibile per la preminenza di queste ultime derivante dall'art. 11 della Costituzione. Questa preminenza è però condizionata dal fatto che l'organizzazione internazionale persegua veramente la pace e la giustizia. Se ciò non avvenisse, sarebbe possibile per così dire, bloccare le norme alla frontiera.

L'art. 11 implica però l'accentramento del controllo perché passa attraverso l'accertamento dell'invalidità della legge italiana, perché in contrasto con la norma comunitaria e quindi con l'art. 11 della Costituzione. Questo percorso è particolarmente interessante ai fini di inquadramento teorico cui facevo cenno all'inizio. Vediamo perché. Le norme giuridiche che integrano il parametro di costituzionalità sono dette norme interposte: nel nostro caso, le norme europee veicolate dall'art. 189 del Trattato di Roma sono interposte perché servono a rendere applicabile l'art. 11 Cost., che è uno schema aperto, integrato di volta in volta dalle norme europee, con l'effetto di provocare la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge italiana. Questo fenomeno di interposizione normativa avviene all'interno dell'ordinamento italiano, che attira nel suo ambito le norme che provengono dall'Unione Europea e le utilizza per verificare la costituzionalità di una propria legge.

Il meccanismo inventato dalla Corte era, se volete, complicato e barocco, ma molto coerente, sul piano logico-giuridico, con l'impostazione dualista. Sennonché nel 1984 la Corte cambia giurisprudenza ed afferma che i regolamenti comunitari (e dopo anche le direttive dettagliate) determinano la disapplicazione delle leggi italiane in contrasto ad opera dei giudici comuni.

Che significa disapplicare? È stata giustamente notato (Ruggeri) che la disapplicazione è la conseguenza pratica è solo la conseguenza pratica di un effetto giuridico che si è prodotto anteriormente. Il giudice disapplica la norme o perché

è stata abrogata, o perché è stata dichiarata incostituzionale o per altri effetti giuridici che stanno a monte della disapplicazione in sé e per sé. In ogni caso, se compie direttamente questa operazione è giudice dell'Unione e si comporta non diversamente dal giudice dello Stato che, di fronte ad un regolamento governativo in contrasto con legge, lo disapplica. Il motivo della disapplicazione è la gerarchia delle fonti. Ma quest'ultima può esistere solo nello stesso ordinamento e non ha senso nel rapporto tra ordinamenti diversi. Certamente però non possiamo parlare di abrogazione. Ci troviamo quindi di fronte a due elementi contraddittori: da una parte l'esistenza di una sorta di gerarchia delle fonti ci farebbe pensare ad un ordinamento unico; dall'altra l'assenza dell'effetto abrogativo ci fa pensare a due ordinamenti.

Si tratta di una situazione originale, non riscontrabile negli ordinamenti federali. Per superare la difficoltà, la Corte costituzionale continua a fare riferimento all'art. 11 della Costituzione, dicendo che è proprio da questa norma che discende il dovere del giudice di disapplicare la legge italiana in contrasto con la norma europea. Non si riesce ad evitare però una contraddizione logica, rilevata dalla dottrina: il giudice, in presenza di un'invalidità costituzionale non solleva la questione, ma disapplica la norma illegittima. Se l'invalidità non c'è, allora il giudice si comporta con le due fonti come se appartenesse allo stesso ordinamento.

La contraddizione di cui sopra non si può risolvere se si continua a ragionare nei termini tradizionali, che vedono un ordinamento federale o singoli ordinamenti sovrani distinti gli uni dall'altro. E invece non ci troviamo né nell'una né nell'altra situazione. Sarebbe facile dire che ci troviamo in una fase di transizione e chiuderla qui. Ma si tratterebbe di una non-spiegazione.

Nel tentativo di trovare una via d'uscita, dobbiamo rammentare che la Corte ha pure riservato a se stessa la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme di legge in contrasto con le norme comunitarie, quando l'illegittimità venga dedotta in sede di processo principale e non incidentale. Qui la confusione sembra diventare assoluta! Infatti, o una norma è valida o non lo è. A questo proposito, La Pergola ha parlato di "corpo normativo anfibio", che sbarca nell'ordinamento statale nel giudizio principale e rimane misteriosamente fuori dai lidi che lo attendono, quando si tratta di farne applicazione nel corso della giustizia concreta.

Per trovare il bandolo di questa matassa si deve tener conto che la Corte, a partire dal 1984, non obbedisce ad una logica estetico-ricostruttiva, ma una logica pratico-fattuale. Se riflettiamo bene, le due posizioni apparentemente contraddittorie sono legate tra loro da un filo rosso: ottenere la più rapida efficacia delle norme comunitarie nell'ordinamento italiano. A seconda della sede processuale nella quale viene in rilievo il problema del contrasto tra legge italiana e norma comunitaria, si sceglie se disapplicare o dichiarare la norma italiana illegitti-

ma, per non dover rimandare ad altra sede la neutralizzazione della legge italiana. Prevale su tutto il fine pratico della più rapida e più pronta applicazione della norma comunitaria.

Restano i controlimiti, di cui tanto efficacemente ha parlato tanti anni addietro Paolo Barile. La Corte dice che l'efficacia immediata è accettabile solo se non mette in questione i principi e i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione italiana. Viene così eretto un muro invalicabile contro le violazioni di tali principi e diritti. Parallelamente il Tribunale Costituzionale tedesco arriva ad una conclusione simile, affermando che non sarebbero efficaci nell'ordinamento tedesco quelle norme che fossero in contrasto con i principi della Costituzione e che l'applicazione delle norme comunitarie in conformità ai principi fondamentali – che da Maastricht in poi sono anche principi fondamentali dell'ordinamento europeo – avviene con una cooperazione tra Corte tedesca e Corte europea.

Questa cooperazione è molto interessante, perché è volta ad affermare la superiorità dei valori comuni, quelle “tradizioni costituzionali comuni” richiamate dal Trattato di Maastricht, che entrano nel nucleo fondante della nuova Costituzione europea che si comincia ad intravedere. Per usare le parole di Mortati, il nucleo essenziale di fini che regge la costituzione materiale europea è costituito dai valori costituzionali comuni emergenti dalle Costituzioni europee del secondo dopoguerra, dopo la catastrofe della democrazia della prima metà del XX secolo.

Comincia ad emergere qualche passaggio che ci aiuta a districarci in questo labirinto. Negli ultimi decenni assistiamo ad una crisi sempre maggiore della sovranità in senso soggettivo mentre è sempre più percepibile la sovranità in senso oggettivo. La sovranità in senso soggettivo è la potestà di comando. Essa appartiene sempre ad un soggetto: monarca, Stato-persona, partito-guida, dittatore etc. Ogni ordinamento ha un punto, nel quale si coagula la sovranità. Il soggetto può essere individuale o collettivo, astratto o concreto (nazione, popolo, classe dominante ecc.).

Questo concetto soggettivo della sovranità è entrato ormai in crisi. Con Auschwitz, con il suo orrore assoluto, è finita la corsa attraverso i secoli dell'idea di sovranità soggettiva. Alla domanda: chi comanda? Si poteva in passato rispondere: il Re, Mussolini, Stalin, il Partito comunista, la maggioranza degli elettori, il Presidente della Repubblica ecc.. Oggi ci accorgiamo che nessuna di queste risposte sarebbe soddisfacente e non sarebbe neppure soddisfacente rispondere: lo Stato, che è tutto e niente. Oggi possiamo rispondere che comandano i valori, non nel senso volontaristico, ma in quello della preminenza assoluta. Le potestà soggettive di comando sono subordinate alla signoria dei valori, che trascendono qualunque possibilità di mutazione per opera dei soggetti. Un esempio per tutti: la Corte costituzionale italiana ha detto che persino le leggi costituzionali

possono essere assoggettate a controllo di legittimità costituzionale quando esse intaccano il nucleo essenziale dei principi costituzionali. Cosa significa ciò? Significa che la sovranità soggettiva, che si esprime nel suo atto più alto e intenso, la legge costituzionale, è tuttavia sottoposta a limiti. Sarebbe ammissibile una proposta di referendum in contrasto con i principi ed i diritti fondamentali della Costituzione? Certamente no! Eppure essa evoca il potere sovrano del popolo. Del resto l'art. 1 della Costituzione dice che la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione stessa. Su questo punto i costituzionalisti si sono scervellati a lungo. Che razza di sovrano è questo? Un "sovranello", un sovrano di seconda categoria. La verità è che il sovrano soggettivo e sottoposto a quello oggettivo, o meglio che non esiste un sovrano soggettivo.

Man mano che la tutela dei valori si sposta dalle sedi nazionali a quelle internazionali o sovranazionali, la sovranità dei valori cambia sede e gli organi destinati a farla valere dipendono da essa, indipendentemente dalla loro appartenenza burocratica nazionale.

Il fatto che la sovranità dei valori possa essere messa nel nulla dai carri armati è una constatazione banale quanto quella che il sovrano può essere ucciso. Si tratta solo di usurpazione della forza rispetto al diritto.

In conclusione, la sovranità dei valori, che si va affermando su scala europea, è il nucleo fondante della nuova Costituzione dell'Europa, non soggettiva, perché priva di forza coercitiva, ma oggettiva, perché fondata sul primato dei "valori costituzionali comuni", prevalenti sia sulle norme comunitarie che su quelle interne.