

13 dicembre 2004

La costituzione europea: un'ambizione frustrata

di Gianni Ferrara

1. Parto da una mera constatazione. L'atto che 'adotta una Costituzione per l'Europa' è un trattato. Ma è da tenere in gran conto questo dato, che sembra rivelatore già a prima vista. Intanto, è bene ricordare che il contenuto di questo trattato è stato formulato a seguito di un negoziato lungo e complesso, voluto e predisposto dai governi degli stati partecipi dell'esperienza che, da mezzo secolo, ha integrato via via un numero crescente di economie nazionali in uno spazio comune, di ampiezza quasi coincidente, ormai, con tutto il nostro continente esclusi i Balcani e la Norvegia. Si è prolungato, questo negoziato, dal febbraio 2002 al luglio 2003, nell'ambito della seconda Convenzione europea, e poi, con successive riunioni, dall'ottobre 2003 al giugno 2004, nella Conferenza intergovernativa. Si è, in fine, concluso il 29 ottobre 2004, a Roma, con la firma dei capi di stato e di governo, accompagnata da musiche classiche e sfolgorio di bandiere, 25 più una, celebrata da alati discorsi covati per durare nei secoli ad eterna memoria, sia dell'evento, sia dei parlanti. Questo trattato è ora all'esame del Parlamento come oggetto di un legge volta alla sua ratifica ed alla sua esecuzione, a norma dell'articolo 80 della Costituzione.

2. Se è vero che fare diritto è fare cose con parole¹, se la denominazione 'Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa' è quella usata per indicarlo, come risulta dal disegno di legge volto alla sua ratifica e alla sua esecuzione, le parole usate per tale denominazione, se hanno conservato il significato che ad esse è attribuito da alcuni secoli, pongono questioni del massimo rilievo, giuridico e non solo. È appena il caso di notare, stante l'immediata e irrefutabile evidenza della constatazione, che si tratta di parole il cui denotato è ricchissimo di storia, sia giuridica che politica; attinge all'etica pubblica, coinvolge la sovranità, e se non piace questo termine, al suo posto usiamo pure quello di poteri, cui si accompagnano fatalmente per contrapposizione o per differenziazione i diritti; allude alla sicurezza, supporrebbe o proporrebbe una compiuta sfera politica; ridonda sulla stabilità e sulla dinamica di un ordinamento giuridico, preannuncia la nascita di un nuovo soggetto di diritto internazionale, oltre che interno, l'Unione infatti, preconizzandone l'assunzione della personalità giuridica. Non è poco. Ma tutte queste cose come fanno a stare insieme? E ci stanno? Ci si deve allora soffermare su ciascuna delle parole che compongono l'espressione che denomina l'atto sottoposto al procedimento volto all'autorizzazione alla ratifica ed all'esecuzione.

3. Che si tratti di un trattato è fuori di ogni dubbio. E non soltanto perché così si denomina, ma perché a dimostrarlo è l'origine della sua formazione, il procedimento attraverso cui detta formazione si è realizzata finora, e quello che dovrebbe integrarne l'efficacia. Quanto al procedimento di formazione, sia il carattere multilaterale del trattato sia il particolare rilievo del suo contenuto, motivavano ampiamente

la particolare procedura² decisa dai capi di stato e di governo il 15 dicembre 2001 con la Dichiarazione di Laeken. Quella cioè di istituire una convenzione, quale conferenza preparatoria di quella intergovernativa, perciò come sede di esame delle questioni e di elaborazione di proposte che proprio la Dichiarazione suindicata³ riassume come attinenti: 1) alla semplificazione dei trattati vigenti, senza mutarne il contenuto, e alla distinzione tra Unione e Comunità o alla loro fusione, mantenendo i tre pilastri o unificandoli; 2) al riordino dei trattati con eventuale separazione delle normative, quelle da raccogliere in un trattato di base e quelle da lasciare in altri atti con o senza differenziazione delle procedure di modifica e di ratifica; 3) all'opportunità di includere la Carta dei diritti nel trattato di base e di aderire o non alla CEDU; 4) alla eventualità che la semplificazione e il riordino dei trattati conduca all'adozione di un testo costituzionale e, nell'ipotesi affermativa, come elementi base di tale legge fondamentale, i valori che l'Unione coltiva, i diritti e i doveri fondamentali del cittadino, i rapporti tra gli stati membri dell'Unione'.

Conferma la natura di trattato l'approvazione, con modifiche, del testo predisposto dalla Convenzione ad opera dei rappresentanti dei Governi nella Conferenza intergovernativa del giugno 2004, così come ribadisce l'appartenenza di questo atto alla categoria dei trattati internazionali la ratifica cui si dovrà procedere, secondo le norme costituzionali di ciascuno degli stati contraenti, previa deliberazione degli organi costituzionalmente competenti a manifestare la volontà degli stati a favore dell'adozione del trattato. Di tale appartenenza emergono ulteriori prove. E cioè, stante il carattere multilaterale del Trattato, sia il deposito degli strumenti che attesteranno le suddette ratifiche, e che nella specie, dovrà avvenire presso il nostro Governo, sia l'effetto che poi scaturirà dal deposito, cioè l'entrata in vigore, la cui determinazione è nella disponibilità dei contraenti e che, nel caso del Trattato che esaminiamo, è fissata per il 1 novembre 2006, se saranno stati depositati tutti gli strumenti di ratifica entro quella data, in caso contrario, per il primo giorno del secondo mese successivo all'avvenuto deposito dello strumento di ratifica da parte dello stato firmatario che per ultimo vi avrà proceduto (art. IV-447)

Non si può dubitare, d'altronde, che un trattato, ogni trattato, considerato dal punto di vista giuridico, perché del giuridico è momento, determinazione e manifestazione, sia atto di diritto internazionale, atto tipico di tale ordinamento, posto in essere da stati per i rapporti tra stati, vincolante per gli stati che lo hanno posto in essere, modificabile e revocabile da stati e solo da stati. È 'l'«incontro» delle volontà di due o più stati diretta a regolare una determinata sfera di rapporti riguardanti questi ultimi'⁴. Se si guarda al suo contenuto, la corrispondenza dell'atto alla sua denominazione è confermata. Si sa che ogni atto normativo del genere Trattati può contenere norme direttamente efficaci o norme per la produzione di norme oltre che per la legale istituzione di centri per la loro produzione. Si sa anche che se un Trattato mira ad istituire un'organizzazione internazionale deve contenere norme di tutti e tre i tipi. È esattamente il caso del trattato in esame, che è infatti composto da enunciati che proclamano principi, determinano fini, indicano obiettivi, riconoscono diritti, prescrivono doveri, fissano oneri, disegnano apparati (distinguendoli e denominandoli istituzioni od organi) cui attribuiscono competenze, criteri per il loro esercizio e ne definiscono gli atti, descrivendo i procedimenti per porli in essere e fissando la misura della loro graduata efficacia, raccolgono in seno al Trattato una Carta di diritti, determinano le politiche che vincolano la dinamica dell'Unione disciplinandone il funzionamento, ed esprimono, infine, le disposizioni generali e finali.

4. Dalle considerazioni che precedono risulta in modo inconfutabile sia la natura dell'atto attraverso cui si intende dotare l'Unione europea di una Costituzione, sia l'identità dei soggetti che lo hanno predisposto ed intendono imporlo. Risulta cioè e in modo anch'esso inconfutabile che tale atto è il prodotto della volontà degli stati, anzi, dei governi degli stati, degli organi esecutivi degli stati. Altrettanto inconfutabile è anche la deduzione che gli stati, i governi, gli esecutivi degli stati, si sono appropriati del potere costituente ed intendono esercitarlo. Se il procedimento delle ratifiche si concluderà positivamente per l'entrata in vigore di questo atto, l'Europa sarà certo dotata di una Costituzione, se l'atto normativo ratificato dimostrerà di meritare questa denominazione, ma si tratterà di una costituzione *ottriata*, cioè della specie di quelle ottocentesche che i sudditi strapparono ai monarchi piegandoli a concederle. Con due conseguenze che non possono essere taciute e che tutti

dovrebbero trarre. L'una è che, esercitando il potere costituente per dotare l'Europa di una 'costituzione', gli stati, e per essi, i governi e perciò gli esecutivi, si sono riappropriati dell'espressione autentica ed essenziale di quel potere che enfaticamente fu chiamato sovranità, e che non si è dissolto o vaporizzato, ma è stato sottratto al popolo, ai popoli d'Europa. L'altra è quella della riduzione dei cittadini a sudditi non più dei monarchi, certo, ma dei governi, o meglio, degli interessi, delle entità, delle forze che nei governi sanno trovare i canali più idonei per la loro affermazione.

Merita un'aggiunta la definizione di otrriata che finirebbe coll'ottenere la 'costituzione' europea così sorta, formulata e decisa. Rispetto a quelle ottocentesche, di solito flessibili, come lo statuto albertino, si verrebbe a caratterizzare diversamente. Infatti mentre lo statuto, pur con cautela e con limiti impliciti⁵, fu ritenuto modificabile con legge, quindi con un procedimento che implicava necessariamente la partecipazione della camera rappresentativa della nazione, il Trattato in esame, invece, prevedendo (artt. IV-443. IV-444, IV-445) pur diversificate procedure di revisione impone che, in ogni caso, a decidere sul se, sul che e quando rivedere siano gli stati, i Capi di stato e di governo riuniti nel Consiglio europeo. Insomma, 'signori dei trattati' restano gli stati, e per essi, i governi, gli esecutivi, che in quanto tali, risultano titolari ed eventualmente esercenti il potere costituente e di revisione, oltre quelli che ai governi risultano attribuiti direttamente o indirettamente nelle sedi dell'Unione. Il deficit di democrazia col quale nasce l'atto che pretende di essere la Costituzione europea si perpetua, le è intrinseco e la accompagna riversandosi quindi sull'intero ordinamento.

Un'obiezione viene avanzata dagli apologeti del Trattato costituzionale, che già prima lo erano dei trattati che lo hanno preceduto, dell'*acquis* comunitario, di ogni atto posto in essere in sede comunitaria. L'obiezione che non sussista un deficit democratico nel Trattato come non sussisteva e non sussiste nei trattati che si sono succeduti e nell'intero ordinamento europeo. Non sussisterebbe tale deficit perché la legittimazione democratica ridonderebbe su tutti questi atti dalla rappresentatività democratica degli stati e degli organi degli stati che hanno stipulato i trattati. La fallacia della tesi è del tutto evidente. A meno che non si dimostri che il rapporto rappresentativo, ha un oggetto così esteso da poter sopravanzare gli ambiti delle attribuzioni dell'organo in cui il rappresentante è immesso, legittimandolo a valicare i confini delle competenze di ogni altro organo, a dilungarsi in tutte le direzioni, anche quella costituente, penetrando in qualunque dimensione ordinamentale. Il che comporterebbe ovviamente il caos istituzionale permanente e l'esplosione congiunta dei sistemi giuridici.

5. Se impressiona l'andamento dei processi istituzionali nel mondo⁶ per la distanza che li separano dai postulati del costituzionalismo e da qualche idea di democrazia, allarma quelli che si svolgono nel continente. Si capovolge il senso, la direzione, il soggetto del potere costituente come se esso non fosse emerso in opposizione a quello costituito, come se non fosse sorto alla base della piramide ordinamentale in opposizione ai vertici, come se non dovesse più essere espressione dei bisogni della società da rivendicare come diritti a fronte del potere, di ottenerne il riconoscimento e poi di esercitarli, realizzando l'aspirazione umana massimamente politica, quella di attribuire ai destinatari dell'ordinamento il potere di dettare le regole basilari dell'ordinamento.

L'uso del potere costituente da parte degli stati si pone come capovolgimento del rapporto tra potere sociale e potere statale e lo falsifica. L'emersione di questo potere, di per sé straordinario, coincide – come rivela la sua scoperta - col coagularsi di una precipitato dell'economico, del sociale, del culturale e del politico che un soggetto storico utilizza al fine di trasformare l'esistente mediante l'imposizione di un nuovo ruolo al detentore legittimo della forza e della produzione del diritto. Il nuovo ruolo non può che essere quello di produrre un nuovo ordinamento giuridico o di modificare quello vigente volgendolo a diversi e/o nuovi fini. Dallo schema delineato si ricava che il processo storico è prodotto da un soggetto storico. Si ricava inoltre che lo stato, in quanto detentore monopolista della forza e della produzione del diritto, diventa strumento del soggetto storico che emerge come fattore del processo storico. Era stato il soggetto politico preminente nei due secoli che precedettero l'emersione del potere costituente. Ma coll'apparire di questo potere cambia la sua posizione, il suo ruolo, il suo destino⁷. Diventa oggetto del potere costituente che gli prescrive (a) la conformazione che deve assumere, conformazione (b) che renda funzionale il suo potere, la forza che gli deriva per averla requisita

nell'universo in cui opera, la capacità produttiva acquisita nel formulare diritto oggettivo, alle esigenze della società così come questa si era evoluta, ed infine (c) di circoscrivere all'ambito regolato dal diritto, e solo a quell'ambito, l'operatività degli strumenti di cui dispone a cominciare dalla soggettività, cioè dal suo porsi come persona giuridica, dalla sua entificazione (la figura dell'ente strumentale fu disegnata allora). Questa ridefinizione del soggetto stato si poneva come premessa e come conseguenza insieme della separazione della società dallo stato, uno dei pilastri dello stato borghese di diritto, la cornice indispensabile per lo sviluppo capitalistico.

In questo quadro appare almeno problematica l'assunzione, anzi l'appropriazione, del potere costituente da parte degli stati, per mano dei governi. Ma dalla problematicità alla scarsa credibilità il passo è breve ma colloca la pretesa sul crinale dell'infondatezza al cui fondo si trova inesorabile la constatazione della fallacia.

6. Al deficit democratico, a quello di un'appropriazione credibile del potere costituente se ne aggiunge un altro. Lo denuncia il complesso e molteplice contenuto del Trattato ponendolo come contraddizione di senso tra il materiale normativo che lo compone e la definizione che gli si vuol dare, quella di 'costituzione'. Si va così profilando una sorta di comparazione tra il contenuto del trattato e qualche idea di costituzione. Non nascondiamo certo che sul significato di questo termine non c'è accordo tra noi costituzionalisti⁸. Ma pur non tacendo i dissensi tra i costituzionalisti, dovuti alle diverse visioni del mondo, alle rilevazioni e alle conclusioni di carattere storico e teorico ricavate dalle peculiarità delle esperienze giuridiche di ciascuno, credo non esista un costituzionalista che non concordi sulla constatazione che oggetto della costituzione sia lo stato, in quanto ordinamento autonomo, pur riconoscendo ovviamente che qualunque forma di autonomia è condizionata dagli altri fenomeni sociali, specie nell'età che viviamo. Ma che una costituzione non possa che riferirsi ad un'entità sicuramente e nettamente distinta è certo ed è di assoluta evidenza. Credo pure che non vi sia costituzionalista che non concordi su di un'altra constatazione, quella secondo cui compito della costituzione sia la regolazione della politica, supponendone però l'autonomia, relativa quanto si vuole e quanto si sa, ma non esaurita e non assorbita in una sola delle dimensioni delle dinamiche del reale. Da queste due constatazioni si ricava che si ha costituzione solo quando essa può essere riferita ad una entità ordinamentale distinguibile e distinta da altre e che abbia come fine e come limite la regolazione della politica e non l'attrazione nelle sue disposizioni normative delle scelte che spettano alla politica, e perciò non dovrebbero essere irrigidite in via definitiva ed assoluta previa selezione drastica che ne favorisca una sola.

7. Non appare tale l'Unione europea come disegnata dal trattato che mira a dotarla di una costituzione. E proprio la normativa contenuta nel trattato a questo fine non appare idonea a fornirle autonomia, indipendenza, identità distinta e percepibile come tale.

Si consideri quella che viene chiamata sebbene impropriamente la 'forma di governo' dell'Unione. Che non è tale infatti per la ragione molto evidente che gli organi di vertice dispongono di competenze variamente frammiste, in assoluta indifferenza del principio della divisione dei poteri che costituisce, da quando sono nate le costituzioni, il canone regolatore dell'attribuzione dei poteri tra le istituzioni di governo. Invece, addirittura la competenza del Parlamento a deliberare sulla propria composizione (art. 1-20, secondo periodo del secondo comma) è frammista con quella del Consiglio europeo cui spetta di deciderla, anche se su iniziativa e con l'approvazione del Parlamento. Il che, peraltro, non ridonda a favore della posizione dell'unica istituzione dell'Unione direttamente rappresentativa dei popoli che la compongono.

Se è clamorosa come violazione del principio della divisione dei poteri la commistione delle funzioni legislativa e di bilancio, da una parte, e di quella di 'definizione delle politiche' dall'altra (art. I-23) attribuite al Consiglio dei ministri con la sola distinzione (art. I-24, comma 6) in due parti delle sue sessioni, l'una per l'attività legislativa, l'altra alle attività non legislative, è incomprensibile l'esercizio della stessa funzione da parte di due titolari, uno dei quali è tenuto ad esercitarla in tre sedi istituzionali, Consiglio europeo, Consiglio dei ministri, Commissione (artt. I-21, secondo comma, e I-28, terzo e

quarto comma) l'altro invece in virtù di una sorta di primazia generale che sembra essergli stata riconosciuta. Ci si riferisce alla enorme difficoltà di distinguere tra la rappresentanza esterna dell'Unione che deve essere assicurata dal Presidente del Consiglio europeo, 'fatte salve le attribuzioni del Ministro degli affari esteri dell'Unione' (art. I-22, secondo periodo del secondo comma) e le attribuzioni da fare salve. Quelle, appunto, del Ministro degli esteri, che sono (art. I-28, secondo e quarto comma) di 'guida' della politica estera, di sicurezza e di difesa dell'Unione, di contribuire con proprie proposte all'elaborazione di detta politica e di attuarla in qualità di mandatario del Consiglio europeo di cui è membro, di presiedere la formazione del Consiglio dei ministri 'Affari esteri' che elabora l'azione esterna dell'Unione secondo le linee strategiche elaborate dal Consiglio europeo (art. I-124, terzo comma) di vigilare, da vice presidente della Commissione, ove è responsabile dell'azione esterna di tale istituzione, sulla coerenza dell'azione esterna dell'Unione. Se è già arduo il compito del 'doppio cappello' nel mantenere il coordinamento delle linee di azione nel settore della politica estera e di sicurezza del Consiglio dei ministri, della cui formazione è presidente (art. I-28, comma terzo) e della Commissione, diventa addirittura titanico quello di coordinare le une e le altre con quelle del Presidente del Consiglio europeo, prescindendo poi dalla non remotissima necessità di coordinare le politiche dell'Unione con quelle dei singoli stati, specie se questi Stati detengono un seggio nel Consiglio di sicurezza e dispongono di qualche arsenale nucleare.

La commistione delle competenze, che non si limita a quelle testé indicate, ha una sola possibilità di spiegazione, quella della riluttanza degli stati a perseguire la via maestra della sovranazionalità per tema che potesse portare alla federalizzazione. Ne è derivata una tendenza ad una sorta di sovranazionalità controllata, che non poteva che tradursi in una sostanziale interstatualità ammantata di una parlamentarizzazione, accentuatasi via via ma sempre frenata per tema che potesse ... tralignare in parlamentarismo federale. Non a caso nel conformare Parlamento e Consiglio dei ministri, dopo aver attribuito la funzione legislativa a tutte e due le istituzioni secondo un criterio paritario, si è voluto distinguere il ruolo del Consiglio dei ministri da quello del Parlamento cui, infatti, spetterà solo la funzione di controllo e quella consultiva mentre al Consiglio viene riconosciuto il potere della definizione delle politiche, che è certo meno molto meno della scelta, ma è, tuttavia, il massimo delle attribuzioni configurabili nel quadro dell'ordinamento europeo.

8. Ma se è vero, come è vero, che è la forma di governo (*rectius*: la distribuzione del potere all'interno del soggetto 'Unione'⁹) che qualifica un sistema ordinamentale, anche e soprattutto sotto il profilo della sua autonomia, del grado di distinzione rispetto alle altre entità dell'universo istituzionale entro cui esso opera, è il modo come il potere risulta attribuito e distribuito secondo il testo del Trattato che va esaminato. Stante l'inegabile matrice internazionale dell'atto che intende adottare una 'costituzione' per un ordinamento le cui caratteristiche sono tante e tali da indurre a riconoscergli una configurazione originale, inedita, anche se qualche analogia con le organizzazioni internazionali non è da escludere, è opportuno distinguere gli organi di vertice della sua strutturazione a seconda che si collochino come esponenti della sopranazionalità ovvero della interstatualità, e più esattamente, della intergoverantività. Nel primo gruppo vanno inseriti la Commissione ed il Parlamento. Nel secondo il Consiglio europeo, il Presidente del Consiglio europeo, il Consiglio dei ministri, il Ministro degli esteri dell'Unione. È a questo punto che va valutata la quantità di potere spettante complessivamente al primo o al secondo gruppo. Ebbene, non si può disconoscere che l'acquisizione della potestà legislativa generale da parte del Parlamento, ma non in politica estera e sempre in carenza del potere di iniziativa legislativa, è stata compensata pesantemente dalla istituzionalizzazione del Consiglio europeo le cui competenze (di dare 'all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo' e di definirne 'gli orientamenti e le priorità politiche generali', art. I-21) vanno certo riempite, ma lo spazio riservato a tale integrazione è tanto esteso da poter assorbire tutte le altre competenze, riducendole a meramente esecutive.

Si aggiunga poi il peso dell'istituzione del Presidente di tale Consiglio, eletto per due anni ma rieleggibile, potendo quindi durare in carica per l'intera legislatura parlamentare e quella del Ministro degli esteri le cui funzioni appaiono quanto mai ardue, come si è osservato, ma non per questo di poca importanza, anzi.

Che dalla istituzionalizzazione della figura del Presidente del Consiglio europeo derivi un ridimensionamento della posizione della Commissione è evidente, ma un'attenuazione del ruolo del suo Presidente non può non rifrangersi su di essa e non può non attenuare anche il profilo della sopranazionalità dell'Unione¹⁰. L'ipotesi che il Presidente del Consiglio europeo, per essere stato immesso all'interno della istituzione complessiva, possa porsi come rappresentante dell'interesse generale europeo e non essere, invece, attratto nella compagine che presiede ed assumere perciò il ruolo di leader dei rappresentanti degli stati, è apprezzabile come auspicio, ma non tiene conto della pressione condizionante del collegio che presiede e da cui si attende la riconferma, dell'interesse istituzionalizzato nell'organo cui è preposto, della ragion d'essere sia del Consiglio, sia dell'organo posto a presiederlo. Equivale e non tenere conto cioè della forza conformativa dell'istituzione specifica cui è preposto e che ne determinerà la vocazione, il ruolo, l'indirizzo¹¹.

9. Ma è bene, a questo punto, trarre qualche conseguenza dalle riflessioni che precedono sul carattere, il ruolo e la ragion d'essere del Consiglio europeo. Che sia esso l'organo ove siedono i vertici politici degli stati è esattamente quanto stabiliscono gli enunciati normativi che si leggono nell'articolo I-21. La domanda cui rispondere è un'altra. Che significato ha l'espressione 'il Consiglio europeo dà all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali' pur non esercitando funzioni legislative? È da riconoscere subito l'assoluta proprietà dell'espressione, l'esattezza della definizione. La si può esplicitare affermando che il Consiglio europeo è la sede ove gli stati decidono i tempi, le cadenze, il ritmo dell'esercizio concertato della sovranità deferita da ciascuno di essi all'Unione. E dispone di una prosecuzione istituzionale nel Consiglio dei ministri dell'Unione dall'analoga derivazione e composizione ma con competenze adeguate per declinare le sovranità concertate in atti efficaci e cogenti. Atti che, per essere collegiali, sottraggono i titolari delle istituzioni di vertice dell'UE (Consiglio europeo e Consiglio dei ministri) all'unica responsabilità politica configurabile, quella sancita negli ordinamenti degli Stati membri, il che fornisce ulteriore prova del *deficit* di democrazia che inficia l'intero sistema politico e giuridico dell'Unione.

Comunque, con parole forse più pregnanti, si potrebbe dire che, a novanta anni dalla sua tragica interruzione, si istituzionalizza, questa volta pacificamente e senza armi, il 'concerto europeo' che da Sedan a Sarajevo, per cinquant'anni, accompagnò lo sviluppo della civiltà liberale in Europa e lo si istituzionalizza nel Consiglio europeo e nel Consiglio dei ministri europei.

La funzione complessiva che in questa ottica assume la Commissione può essere definita come quella di assicurare il supporto organico e funzionale per far in modo che si dispieghi l'esercizio delle sovranità concertate per ed in funzione degli obiettivi per i quali il concerto è normativamente prescritto. Così come può definirsi il ruolo del Parlamento come quello di offrire copertura democratica alla produzione degli atti necessari all'esercizio delle sovranità concertate per i fini prescritti.

10. Sovranità concertata nell'esercizio significa e comporta molte cose. Intanto la permanenza negli stati dei poteri cui allude la parola sovranità. Sono essi, infatti, che detengono la potestà coercitiva, e non a caso, trattandosi della condizione indefettibile per la effettività di ogni ordinamento giuridico e, nella specie, dell'ordinamento dell'Unione così come dell'ordinamento di ciascuno di essi.

Comporta la potestà degli stati in materia di politica estera e di sicurezza comune, visto che le decisioni in tale campo sono di competenza esclusiva del Consiglio europeo e del Consiglio dei ministri e possono essere adottate solo all'unanimità, oltre che mediante una procedura che conferma la primazia del Consiglio europeo (art. I-40). Va detto in proposito che in questa materia la sovranità concertata dovrebbe riuscire ad ottenere il massimo della sua concretizzazione, a condizione però che risulti di interesse generale la questione oggetto di 'concertazione' e cioè che ciascuno dei 25 stati la ritenga tale, condizione che potrebbe risultare non facilmente verificabile. Nel qual caso, ovviamente, tornerebbe in campo la singola sovranità statale.

Comporta pure l'esclusività sostanziale della potestà tributaria, in quanto 'le disposizioni relative al sistema delle risorse proprie' dell'Unione sono deliberate all'unanimità dal Consiglio dei ministri, 'previa consultazione del Parlamento europeo' e 'solo previa approvazione da parte degli stati membri,

conformemente alle rispettive norme costituzionali' (art- I-54).

Ma la conservazione in testa agli stati della sovranità è provata senza ombra di dubbio dal diritto di recesso che è riconosciuto a ciascuno di essi (art. I-60).

Queste potestà, considerate da sole ed insieme, che specificano la varie declinazioni della sovranità – da quella coercitiva, a quella in politica estera, a quella tributaria, di recesso - e che gli stati non hanno ceduto a favore dell'Unione, e, in più, il vincolo dell'unanimità per una serie di deliberazioni degli organi dell'Unione non impediscono, certo, che quest'Unione possa avere una normativa che ne disciplini la conformazione, la dinamica, e quant'altro necessita per la sua esistenza e per il suo sviluppo. Le impediscono però di avere una costituzione, se ed in quanto l'ordinamento afferente a detta normativa si presenta come derivato da altro o, come in questo caso, da una pluralità di ordinamenti, che proiettano i titolari dei propri organi costituzionali politici nelle istituzioni di vertice dell'entità che si mirerebbe a 'costituzionalizzare'. Ne confermano, invece, la natura di organizzazione internazionale¹².

11. Si osservava nelle righe che precedono (par. 5) che la costituzione, ogni costituzione è regolazione della politica, non assorbimento della politica nella normativa che detta, cattura delle scelte che la politica è chiamata ad operare in disposizioni della rigidità e della imperatività proprie degli enunciati che esprimono norme giuridiche. Risponde a questi indefettibili requisiti la normativa adottata dal Trattato 'come costituzione per l'Europa'?

Non può, infatti, destare dubbio 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, ed ora anche il testo della cosiddetta 'Costituzione europea' non lasciano spazio per qualche ipotesi di determinazione di fini, escludendola non soltanto per gli organi costituzionali politici degli stati membri ma anche per le istituzioni di governo dell'Ue, Commissione, Consiglio dei ministri, Consiglio europeo¹³.

Tutti quelli immaginabili sono già incorporati nelle norme dettate per attuare, attraverso l'esercizio di competenze primarie o ripartite con gli stati membri, le politiche: 1) del mercato interno, 2) della libera circolazione delle persone e dei servizi con specificazioni puntuali delle scelte in ordine 2a) alla posizione dei lavoratori, 2b) alla libertà di stabilimento, 2c) alla libera prestazione dei servizi, 3) della libera circolazione delle merci, con disposizioni relative 3a) all'unione e 3b) alla cooperazione doganale, 3c) al divieto di restrizioni quantitative, 3d) ai capitali ed 3e) ai pagamenti 3f) alle regole sulla concorrenza, quelle 3f1) applicabili alle imprese, quelle 3f2) relative agli aiuti agli stati membri, al 3g) trattamento fiscale, 3h) alle modalità di ravvicinamento delle legislazioni statali in materia; 4) della politica economica e monetaria, 5) delle politiche nei settori dell'occupazione, 6) in quello sociale, 7) sul Fondo sociale europeo, 8) per la coesione economica, sociale e territoriale, 9) per l'agricoltura e la pesca, 10) per l'ambiente, 11) per la protezione dei consumatori, 12) per i trasporti, 13) per le reti transeuropee, 14) per la ricerca, 15) per lo sviluppo tecnologico 16) e lo sfruttamento dello spazio, 17) per l'energia, 18) per il controllo alle frontiere, 19) per l'asilo, 20) per l'immigrazione, 21) per la cooperazione giudiziaria civile e 22) penale, 23) per la cooperazione di polizia, e, seppure in misura minore, per i settori nei quali l'Unione si riserva di svolgere azione di coordinamento, di complemento e sostegno, quali 22) la sanità pubblica, 23) l'industria, 24) la cultura, 25) l'istruzione, 26) la formazione professionale, 27) la protezione civile, 28) la cooperazione amministrativa, per l'azione esterna dell'Unione e cioè, 29) in politica estera, 30) di sicurezza, 31) di difesa, 32) commerciale, 33) della cooperazione con i paesi terzi, 34) dell'aiuto umanitario, 35) quanto agli accordi internazionali, 36) alle relazioni con le organizzazioni internazionali, 37) i Paesi terzi e 38) le delegazioni dell'Unione e 39) per l'attuazione della clausola di solidarietà internazionale. Non resta campo, quindi, per scelte non compiute e quindi non normativizzate al più alto livello, quello che viene denominato costituzionale perché, anche lo sport rientra nei settori nei quali l'Unione può decidere di intervenire per esplicare azione di coordinamento, di completamento e di sostegno.

C'è da chiedersi quali siano le ragioni per le quali risultano definite e catturate in proposizioni normative

le scelte che emergono dalle disposizioni suddette e che risultano, per sovrappiù, quanto mai specificate, certamente quanto ad obiettivi ed, il più delle volte, anche quanto a modalità generali, per la qualcosa, nella migliore delle ipotesi, le decisioni normative di grado inferiore a quelle dei o del Trattato (costituzionale) potrebbero qualificarsi come espressive di un potere inquadabile solo nella categoria della discrezionalità politico-amministrativa, pur se nella misura più alta. La ragione primaria di questo tipo di formulazione delle disposizioni, la ragione della incorporazione di scelte di indirizzo politico in norme di Trattati (o del trattato 'costituzionale') è da ricercare nel senso complessivo della normativa europea. Che fu costruita al fine di realizzare obiettivi, di prescrivere linee vincolate di azione, le uniche che si ritennero, e lucidamente, idonee a raggiungere i fini dell'ordinamento comunitario. Si trattava di eliminare istituti, di svincolare attività, di abbattere procedimenti, di promuovere interessi e di sollecitare iniziative, di precludere un certo tipo di orientamento dell'azione pubblica e di sostituirlo con un altro di tipo opposto. Il che significava trasformare interi ordinamenti.

Il compito era enorme e non ammetteva che si sbagliasse nello scegliere i mezzi o nel tralasciare aspetti magari minuti, che avrebbero potuto però rivelarsi decisivi per la riuscita dell'obiettivo. Poneva un quesito. Come sostituire concretamente intere discipline normative, istituzioni, apparati, inclinazioni delle une e degli altri, costruiti in ragione del perseguimento di fini complessivamente e sostanzialmente miranti a realizzare lo stato sociale mediante l'intervento pubblico nell'economia e orientando il processo economico verso le ragioni dell'utilità sociale e dell'eguaglianza sostanziale e 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 dell'economia di mercato aperta ed in libera concorrenza'?

Non c'era altra via che quella della minuta determinazione dell'azione dell'Unione e degli stati, individuata per ogni settore ed all'interno dei comparti di ciascuno di essi, non c'era altra via che quella delle determinazioni puntuali delle incombenze esecutive derivanti dai Trattati, da affidare alle istituzioni di comando della Comunità, Commissione e Consiglio (il Parlamento, ridotto al ruolo ... che De Gaulle riservava all'intendenza, vincolato anch'esso alle norme dei Trattati, prescrittive dei fini della sua funzione, avrebbe seguito e ... seguirà).

Una seconda ragione per imporre la determinazione particolareggiata del fine della Comunità nelle prescrizioni normative dei Trattati, non meno importante di quella testé indicata cui è, peraltro, immediatamente collegata, è da attribuire alla struttura estremamente 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, stante i poco ... addomesticabili spiriti 'animali' del capitalismo che lo rendono molto difficilmente 'civilizzabile'.

C'è una terza ragione ancora che motiva questa normativa, tanto diffusa da somigliare ad un codice e non ad una pur 'lunga' Costituzione, come si intenderebbe chiamarla, ora che le è stato premesso un Preambolo e le è incorporata una 'Carta dei diritti', di dichiarato ma ineguale valore giuridico, a seconda dell'appartenenza di tali diritti a quelli classici o a quelli sociali. Questa ragione è da ricercare nella tensione dei 'signori dei Trattati, (gli Stati), che è stata, ed è, doppia, *doppia* da doppiezza. Infatti, da una parte, essi erano, e sono, spinti a cedere quote sempre più estese dei propri poteri sovrani a favore della Comunità, ed ora all'Unione, per sottrarsi alle domande della democrazia incompatibili con quelle del mercato capitalistico. D'altra parte hanno voluto garantirsi reciprocamente dell'uso che potrebbe essere fatto di quanto hanno ceduto, controllando quest'uso.

La cessione è avvenuta, ed avviene, rinunciando alla determinazione di quella funzione che noi costituzionalisti chiamiamo di indirizzo politico ¹⁴, con la scelta di una sola delle opzioni possibili, quella del 'mercato aperto ed in libera concorrenza' con i suoi corollari, 'prezzi stabili, finanze pubbliche e condizioni monetarie sane, bilancia dei pagamenti sostenibile', come si legge ora non più in uno dei primissimi articoli del Trattato di Maastricht ma, per ragioni di eleganza redazionale, (il rapporto deficit/Pil elevato a principio istituzionale potrebbe estasiare qualche economista di Chicago e gratificare i ragionieri di tutte le lingue europee ma non ha una vocazione irresistibile ad esprimersi in termini assiologici nell'immaginario collettivo) all'art. III-66 del progetto di Trattato istitutivo della Costituzione ove è stata trasferita. La sua 'cementificazione' nelle norme giuridiche che vengono a

comporre l'ordinamento dell'Entità che si è venuta formando connettendo i tre vecchi pilastri e assumendo il nome di Unione europea, si trova nella posizione tale da aver incrementato enormemente le sue attribuzioni, acquisendo una complessità ordinamentale.

Ma, come si accennava, gli stati membri sono condizionati da un'altra esigenza, quella di garantirsi reciprocamente, controllandosi. Hanno perciò voluto conservare, della signoria dei Trattati, la suprema potestà di governo, amputata della determinazione dell'indirizzo politico, ceduta per sempre, - da intendere come il 'sempre' storicamente determinato di ogni ordinamento giuridico - non alle istituzioni dell'Unione, bensì alla normativa dei Trattati, quella che è stata trasfusa nel testo del Progetto di Trattato che pretende di istituire la Costituzione europea. Ma dell'indirizzo politico gli stati hanno voluto in qualche modo trattenere almeno la potestà di realizzazione di quello che fu scelto e poi cementato nella normativa dei Trattati. Trattenere questa potestà è stato, ed è, possibile soltanto assicurando alle istituzioni intergovernative il potere di ultima istanza sull'interpretazione dei Trattati in sede di normazione attuativa sulle tappe e le forme della realizzazione dell'indirizzo politico normativizzato. Mediante, cioè, l'esercizio delle funzioni del Consiglio dei ministri e del Consiglio europeo.

12. La descrizione che precede fa risultare la realtà di un ordinamento 'chiuso', alle istanze della rappresentanza, a quelle sociali, alla democrazia. L'ordine normativo è questo, questa è l'Europa che abbiamo di fronte, l'Europa dei governi e del mercato. Ebbene, questa Europa che istituzionalizza il mercato come principio fondamentale e come fine del suo ordinamento, che snatura lo strumento principe ed indefettibile della democrazia finora conosciuta, la rappresentanza politica, precludendole la funzione politica per aver selezionato le scelte politiche a favore di una sola e catturandola in un complesso di norme, che ha peraltro condizionato il godimento di alcuni diritti alle disponibilità finanziarie di un sistema¹⁵ che privilegia la remunerazione dei capitali¹⁶, non ha costituzione. Non può averla. Avrà un vertice normativo idoneo a definire le istituzioni dell'Unione quanto a strutturazione e a funzioni, un sistema di fonti normative, una carta di diritti. Elementi tutti indefettibili di una costituzione, insufficienti però a qualificare un complesso di norme con quel nome, per la insussistenza delle condizioni che, esse sole, dell'esistenza di una costituzione accertano l'essenza ed il valore.

Nelle pagine che precedono si è avuto modo di ricordare la funzione degli enunciati normativi, di 'fare cose con parole'. A conclusione di questa disamina, possiamo dire che l'enunciato 'adotta una Costituzione per l'Europa' non ha dimostrato di essere un *perlocutionary act*, non 'ha fatto' una costituzione. Non poteva. Ad impedirglielo era, ed è, il tipo di ordinamento prima denominato comunitario, ora dell'Unione, un ordinamento che nacque come particolare, funzionale ad un obiettivo solo¹⁷, evolutosi poi per offrire agli stati, ai governi la possibilità di sottrarsi alle domande della democrazia. Non poteva perché - lo scrisse Giambattista Vico - la natura delle cose è nel loro nascimento.

13. L'espansione abnorme di quell'ordinamento particolare, sia per l'incremento delle attribuzioni che via via si sono aggiunte a quelle originarie, sia per l'altezza del grado normativo cui molte di dette attribuzioni si sono spinte, nel porre l'esigenza che si è ritenuto di soddisfare denominando costituzione la normativa di vertice di tale ordinamento, ha determinato l'insorgenza di un grave problema, quello di quale integrazione di efficacia possa corrispondere insieme alla forma di trattato che contiene tale normativa ed alla materia che ne è l'oggetto. La forma di trattato può sostenere il suo contenuto e l'ambizione sottesa all'obiettivo cui tende? Se infondata è la pretesa dell'adozione di una Costituzione per l'Europa, non è contestabile la rilevanza della normativa, la sua incidenza sugli ordinamenti dei singoli stati europei, la forza pervasiva delle disposizioni che contiene. Né è contestabile la massa delle materie che vengono attratte nella disponibilità del potere normativo dell'Unione esercitabile con leggi dell'Unione, con leggi quadro, con regolamenti o di quel potere, non a carattere normativo, che si manifesta mediante decisioni. Di enorme importanza è poi la disposizione dell'art. I-6, che nel sancire la prevalenza del diritto europeo su quello nazionale, da tempo affermata, è formulata in modo tale da consentire che si possa desumere che si intenda sopprimere il filtro mediante il quale le Corti costituzionali dei singoli stati possono garantire il nucleo essenziale ed irriducibile dei diritti

costituzionalmente garantiti dalle costituzioni nazionali e l'intangibilità dei principi fondamentali che vi sono sanciti.

Da queste considerazioni risulta immediata la constatazione dell'insufficienza della procedura ordinaria prevista per la ratifica del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa. Il contenuto di tale trattato è tale da configurare non una limitazione della sovranità, configurabile nei termini dell'art. 11 della Costituzione, anche estendendone al massimo il significato, ma una devoluzione della stragrande maggioranza dei poteri normativi, che della sovranità sono espressione, alle istituzioni dell'Unione. Il principio che si afferma è quello dell'esercizio congiunto di tali poteri da parte degli stati in luogo di quello che al singolo stato ne riserva comunque una parte considerevole. Già questa sola sarebbe una ragione sufficiente per imporre almeno la procedura dell'art. 138 della Costituzione per l'approvazione della legge che potrebbe autorizzare la ratifica del Trattato. Si tratterebbe, certo, di una procedura singolare, ma singolare tanto quanto è la normativa che ridefinisce la sovranità statale assorbendola nella sfera multilaterale dell'esercizio congiunto.

(1) J. L. Austin, *Philosophical Papers*, Oxford, 1963, ma citato e utilizzato da G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974, pp. 253 e ss., spec. 256 e ss.

(2) sulla complessità della negoziazione dei trattati multilaterali nelle conferenze internazionali e sulle regole procedurali preventivamente concordate dagli stati contraenti e spesso assai dettagliate cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, VI ed. Napoli, 2002 (ris. 2004) 65.

(3) <http://ue.eu.int/Newsroom/LoadDoc.cfm?MAX=1&DOC=!!!&BID=76&DID=687678...>

(4) B. Conforti, *Diritto internazionale*, op. cit., p. 60.

(5) Li elencava S. Romano, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988 (ma 1914), p.234-236. Ma sui limiti alla revisione legislativa delle Carte costituzionali ottocentesche v. A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale*, in *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, p. 1 e ss.

(6) Per un quadro complessivo molto ben delineato e approfonditamente esaminato dei problemi cruciali del costituzionalismo nell'attuale fase storica cfr. F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Padova, 2000 e, da ultimo, Id., *Rappresentanza e governo dell'economia*, in corso di stampa. Per alcuni ma importanti aspetti, lucidamente identificati, della crisi cfr. L. Ronchetti, *Il nomos della deterritorializzazione*, in *Riv. di dir. cost.*, 2003, pp. 99 e ss.

(7) Sul rapporto tra potere costituente, stato e nazione, rinvio a quanto ho sostenuto in G. Ferrara, *Verso la Costituzione europea?*, in *Diritto pubblico*, 2002, p.161 e ss.

(8) Alludo, evidentemente, al dibattito non concluso sul significato che debba assumere almeno per i giuristi la parola 'costituzione' sul quale v. V. Crisafulli, *Costituzione in Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1975, I, p. 1030 e ss. e gli approfondimenti di M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994., p. 11 e ss.

(9) Una convincente ricostruzione degli elementi idonei a configurare la 'forma di governo' dell'Unione la si deve a L. Ronchetti, *Sovranazionalità senza sovranità: la Commissione e il Parlamento dell'UE*, in *Pol. Dir.*, n. 2/2001, pp. 197 ss.

v. in tal senso L. Elia, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella Costituzione per l'Europa*, in *Diritto pubblico*, 3, 2003, p. 760.

(11) Sulla forza determinativa delle istituzioni cfr. ora G. Guarino, *Le istituzioni come forma dell'esperienza umana*, Bari, 2004.

(12) Come giustamente definisce la tre comunità europee che il Trattato unifica B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit. p.153.

(13) Fu G. Guarino a segnalare questa definitiva torsione dell'andamento delle istituzioni europee in *Verso l'Europa, ovvero la fine della politica*, Milano, 1997; cfr. nello stesso senso, G. Ferrara, in *I diritti politici nell'ordinamento europeo*, in AA. VV., *La Costituzione europea* Atti del XIV Convegno annuale dell'AIC, pp., 473 e ss. .

(14) rinvio a G. Ferrara, *L'indirizzo politico dalla nazionalità all'apolidia*, in *La sovranità popolare*, AA. VV., Atti del Convegno di studi per celebrare la Casa editrice CEDAM, nel centenario della fondazione,

Padova, 2004, pp. 105 e ss.

(15) Il condizionamento esercitato dalle istituzioni europee (Consiglio dei ministri e Commissione) sulle decisioni di bilancio degli stati e quindi sulla provvista dei fondi da destinare ai servizi sociali cfr. la lucida ricostruzione di A. Musumeci, *La legge finanziaria*, Torino, 2002, pp. 90 e ss., 113 e ss.

(16) Sul processo complessivo di trasferimento dei poteri statali ai mercati rinvio a quanto sostenuto in G. Ferrara, *La sovranità statale tra esercizio congiunto e delega permanente*, in *Ripensare lo stato* Atti del Convegno di studi Napoli, 22-23 marzo 2002, (a cura di S. Labriola) Milano, 2003, p. 683, ma v. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 7; sulla Carta dei diritti, della quale non trattiamo in questa sede, rinvio ad Azzariti, *Il valore della Carta dei diritti fondamentali nella prospettiva della Costituzione europea: dall'Europa dei mercanti all'Europa di diritti?*, in F. Gabriele, G. Bucci, C. P. Guarini, (a cura di), *Il mercato, le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Bari, 2002, p. 3 e ss.; Id., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione nel «processo costituente europeo»*, in *Rass. dir. eu.*, 2002, p.9 e ss.; U. De Siervo, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, p.41 e ss.; specificamente sui diritti sociali, cfr. l'ottima disamina di F. Salmoni, *Diritti sociali e Unione europea*, in corso di stampa, e, se lo si crede, G. Ferrara, *Lavoro, diritti di cittadinanza e rappresentanza nella Costituzione europea*, in *Lavoro, contrattazione, democrazia, Costituzione*, Roma, 2004, p. 26 e ss.; Id. *I diritti sociali nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, (in corso di pubblicazione).

(17) sul carattere particolare dell'ordinamento comunitario, via via incrementatosi senza però perdere i suoi connotati originari v. G. Ferrara, *I diritti politici*, cit. pp.496 e ss.