

4 aprile 2008

Una legge fondamentale post-costituzionale? Il diritto pubblico europeo alla luce del Trattato di Lisbona *

di Sergio Dellavalle

Nelle *Conclusioni della Presidenza* del Consiglio Europeo del 21 e 22 giugno 2007, le quali contengono un preciso mandato per la modifica dei Trattati vigenti allo scopo di mettere fine a «due anni di incertezza sul processo di riforma»^[1], leggiamo – senza mezzi termini – che «il progetto costituzionale, che consisteva nell'abrogazione di tutti i trattati esistenti e nella loro sostituzione con un unico testo denominato "Costituzione", è abbandonato»^[2]. Di fronte a un'affermazione tanto apodittica, viene da pensare che tutte le esigenze che erano state collegate al progetto di una “costituzionalizzazione” dell'integrazione europea e del diritto dell'Unione, siano state messe – almeno per un lungo periodo, se non addirittura per sempre – in soffitta. Tuttavia, se è vero che i più alti voli pindarici del costituzionalismo devono essere considerati come appartenenti al passato, o a un futuro certo non vicino, ciò nonostante una più differenziata disamina del mandato che il Consiglio Europeo ha affidato alla Conferenza Intergovernativa (CIG) e soprattutto del Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 dai capi di stato e di governo dell'Unione^[3] può mostrarci come non tutto sia stato sepolto. Nonostante l'arresto forzato del progetto a seguito dei referendum in Francia e Paesi Bassi, così come delle resistenze di molti altri paesi, alcune delle istanze convogliate a suo tempo sotto il concetto di “costituzionalizzazione” continuano a essere vive e ad avere una loro concreta possibilità di essere tradotte in normativa vigente.

Su questa falsariga – che potrebbe sembrare di primo acchito controfattuale – articolerò il mio intervento in quattro parti. Nella prima richiamerò alla memoria, in un primo passo, le principali ragioni che, ormai circa un decennio fa, furono addotte a favore della svolta “costituzionale” del processo di integrazione europea. Tali ragioni verranno poi analizzate nella loro fondatezza. Sarà cioè posta la questione se le motivazioni avanzate fossero effettivamente giustificate alla luce dei fatti, o mostrassero eventualmente fin dall'inizio una debolezza tale da destinarle a quell'insuccesso che ci troviamo oggi a dover metabolizzare (1.). Nella seconda parte si considererà fino a che punto le ragioni formulate a favore della “costituzionalizzazione” dell'Unione Europea – indipendentemente dal fatto che fossero giustificate o ingiustificate – abbiano trovato adeguato soddisfacimento nel Trattato Costituzionale, ovvero in quella massima espressione normativa del costituzionalismo europeo oggi definitivamente consegnato agli annali della storia, prima ancora di poter essere stato norma effettiva (2.). Nella terza e

ultima parte si prenderanno in esame le attuali prospettive della legge fondamentale europea dopo il Trattato del dicembre 2007. Si tratterà qui, innanzitutto, di riflettere se siano oggi decadute le ragioni dell'introduzione di una Costituzione Europea eventualmente valide un decennio or sono. L'attenzione si concentrerà infine su quali siano le prospettive normative verso le quali ci stiamo avviando sulla base del Trattato di Lisbona, considerando brevemente in quale rapporto stiano i possibili sviluppi con le ragioni tuttora valide a favore di una modifica dei Trattati nel senso che si era consueti chiamare – prima della tabuizzazione del termine – “costituzionalizzazione” (3).

1. Le ragioni del costituzionalismo europeo, un decennio or sono, e la loro fondatezza

Le ragioni addotte, a cavallo del millennio, a favore di una riforma radicale del diritto fondante l'Unione Europea – riforma che le avrebbe dovuto dare una “costituzione” nel senso proprio del termine – possono essere ricondotte essenzialmente a tre punti. Presenti sia nella discussione politica, sia nel dibattito scientifico, tutti sono rintracciabili nel “mandato costituzionale” del Consiglio Europeo di Laeken del dicembre 2001[4].

a) La razionalizzazione e semplificazione dei Trattati

La prima ragione per la costituzionalizzazione dell'Unione Europea avrebbe dovuto essere cercata nella necessità di una razionalizzazione e semplificazione dei Trattati. La legge fondamentale europea è infatti nata da un processo incrementale, il quale ha prodotto testi non sempre perfettamente organici, tali da lasciare irrisolte importanti questioni[5].

Riguardo alla fondatezza di tale ragione, credo che non vi possano essere molti dubbi. Gli esempi sono innumerevoli e una loro disamina appropriata ci condurrebbe lontano dal tema qui affrontato. Mi limiterò quindi a ricordare alcuni punti particolarmente problematici.

α) Il problema forse più essenziale in merito alla carenza di razionalità e organicità dei Trattati affonda le radici in un loro difetto originario, nella loro pluralità. A questo si collegano alcuni *deficit* specifici. Tra questi innanzitutto la mancanza di personalità giuridica dell'Unione e, secondariamente, alcune improvvise separazioni normative tra competenze connesse (o connettabili con vantaggio per la razionalità del sistema). Si pensi, a questo proposito, alle disposizioni in merito all'area della libertà, sicurezza e giustizia, suddivise tra il Titolo VI TUE e il Titolo IV TCE. Oppure alle figure dell'Alto Rappresentante per la Politica Estera e di Sicurezza Comune, istituito dal TUE, e del Commissario per le Relazioni Esterne del TCE che, pur svolgendo mansioni in parte distinte, hanno competenze il cui collegamento istituzionale porterebbe benefici indiscutibili.

β) Per rendere conto del fatto che il TUE si sovrapponeva al TCE, integrandolo con nuove competenze a carattere essenzialmente intergovernativo, gli artefici del Trattato di Maastricht del 1992 introdussero la cosiddetta struttura a “pilastri”, secondo cui l'Unione si sarebbe fondata su tre colonne: le Comunità preesistenti (Titoli II, III e IV TUE), la Politica Estera e di Sicurezza Comune (Titolo V TUE) e la Cooperazione negli Affari Interni e nella Giustizia (Titolo VI TUE). Dal momento che i pilastri hanno fondamenti giuridici, così come procedure decisionali e di normazione distinti, la struttura concepita a Maastricht ha senz'altro permesso all'integrazione europea di svilupparsi, ma non ha giovato alla coerenza interna e organicità della sua struttura.

γ) La frammentazione della struttura ha prodotto un sistema di strumenti giuridici contraddistinti da procedure diverse e da una legittimazione disomogenea. Se questo era in parte inevitabile a causa della natura dell'Unione, in difficile equilibrio tra cooperazione intergovernativa ed elementi federali, una razionalizzazione del sistema andava vista come un'esigenza forte e motivata. Fine di una tale modifica avrebbe dovuto essere innanzitutto una maggior trasparenza, in generale, degli strumenti stessi, delle loro funzioni, delle loro procedure e della loro base di legittimità. In specifico veniva largamente

auspicata una più precisa separazione tra atti legislativi, da un lato, e atti giuridici esecutivi e/o amministrativi dall'altro.

δ) Accanto al sistema degli strumenti giuridici è la stessa struttura istituzionale a non essere propriamente cristallina. Si pensi in particolare al ruolo del Consiglio Europeo che, pur avendo competenze notevoli, non è istituito quale organo né dell'Unione, né della Comunità.

ε) La rotazione semestrale della Presidenza impedisce la definizione di un'agenda dei lavori di più ampio respiro.

ζ) Fin dagli anni Sessanta si è sviluppata una giurisprudenza della Corte di Giustizia altamente innovativa e favorevole all'integrazione^[6], basata su un'interpretazione estensiva del dettato dei Trattati. Pur essendo stata largamente acquisita nella prassi, tale giurisprudenza – la quale sancisce, tra l'altro, il primato del diritto comunitario su quello nazionale – non è mai stata tradotta in emendamenti chiarificatori della legge fondamentale dell'Unione.

η) Direttamente connesso con la giurisprudenza della Corte di Giustizia è anche lo *status* della clausola di flessibilità^[7] – tradizionalmente interpretata in senso molto favorevole all'ulteriore sviluppo dell'integrazione – e conseguentemente dei cosiddetti “poteri impliciti”. Una precisazione di tale questione a livello di legge fondamentale dell'Unione rimuoverebbe molte ragioni di insoddisfazione e di attrito.

θ) Opportuna sarebbe poi anche la precisa definizione normativa delle procedure di adesione all'Unione e il chiarimento degli annosi dubbi sulla liceità (o non liceità) del recesso, nonché delle sue eventuali modalità.

ι) Il compromesso fissato a Nizza nel 2000 sulle modalità di voto a maggioranza qualificata nel Consiglio^[8] non ha lasciato particolarmente soddisfatti, così che si sono presto levate voci favorevoli a un emendamento in grado di semplificarle e renderle possibilmente più eque.

κ) Il vertice di Nizza proclamò la *Carta dei diritti* senza però inserirla nei Trattati. Ne derivò una certa qual opacità, perdurante fino ad oggi, in merito alla sua validità normativa.

b) Il deficit democratico dell'Unione

La seconda ragione a favore dell'introduzione di una Costituzione Europea consisteva nel superamento del *deficit* democratico dell'Unione, nel suo “avvicinamento ai cittadini”^[9]. È questa la «sfida democratica» di cui parlavano le conclusioni del vertice di Laeken^[10]. Anche in questo caso la richiesta appare più che giustificata alla luce dei fatti.

α) Nei Trattati vigenti il Parlamento è ancora definito come assemblea dei «rappresentanti dei popoli degli stati»^[11]. Mancando dunque, almeno ufficialmente, una rappresentanza dei cittadini dell'Unione, viene meno la base normativa di quella duplice legittimità (da parte degli stati membri, da una parte, e dei cittadini dall'altra) che costituisce la base irrinunciabile della legittimità rappresentativa dell'Unione.

β) Il Parlamento non possiede molte delle funzioni classiche delle assemblee rappresentative. In particolare sono molte le materie in cui il Parlamento non ha voce in capitolo^[12].

γ) Alla “codecisione”^[13] non è riconosciuto ufficialmente un ruolo prioritario all'interno delle procedure legislative.

δ) L'“eurocrazia” appare assai poco trasparente. Né la cosiddetta «comitologia» può essere intesa come

un antidoto del tutto soddisfacente[14].

ε) La cittadinanza europea continua a essere definita in termini riduttivi[15]. Discutibile è innanzitutto la mancanza di una qualsiasi convergenza sovranazionale nella sua definizione[16], in secondo luogo la debolezza dei diritti politici (connessa anche con il *deficit* democratico, cui si è accennato in precedenza).

c) *La creazione di un'identità europea*

Infine, la terza ragione consisteva nel dare all'Unione Europea una più precisa identità. Contraddistinguendosi quale *global player* in un mondo sempre più interconnesso, l'Unione – questa era la convinzione che guidava la riflessione su questo punto – poteva trovare un suo ruolo peculiare solo precisando che cosa essa voglia essere, definendo i suoi valori e la sua specificità politica. Delle tre ragioni è questa la più difficile da individuare nel mandato conferito a Laeken alla Convenzione. Essa è però la più consona al concetto più diffuso di costituzione, quanto meno nell'accezione moderna del termine. Se per costituzione si intende infatti il documento per mezzo del quale un insieme di individui si costituisce come collettività politica, caratterizzata da norme vincolanti, valori condivisi e un'identità comune, allora si può parlare di una Costituzione Europea solamente nella misura in cui l'Unione Europa – ovvero l'insieme dei suoi cittadini – formula un documento fondante che ne fissa l'identità[17].

A ben guardare, non sussisteva tuttavia – né sussiste – a mio avviso un'effettiva necessità di formulare una Costituzione Europea allo scopo di creare un'identità collettiva[18]. Le ragioni sopra addotte per una Costituzione Europea – oltre alla fondazione di un'identità politica collettiva, l'istituzione di un potere pubblico e dei suoi organi, così come la legittimazione del potere costituito – sono in effetti tutt'altro che una peculiarità dell'integrazione europea. Piuttosto, esse hanno accompagnato tutta la storia del costituzionalismo europeo, certo non sempre in compresenza e secondo una miscela diversa di volta in volta. La compresenza di tutti e tre i fattori in un rapporto di relativo equilibrio reciproco è in realtà una specificità di una forma peculiare del costituzionalismo moderno, ovvero del costituzionalismo nazionale e democratico. È nelle democrazie a base nazionale che l'istituzione del potere pubblico si accompagna – ed è giustificata – dall'affermazione dell'identità collettiva e dalla legittimazione popolare attraverso procedure partecipative. È qui, cioè, che istituzioni e legittimità vanno di pari passo con una forte affermazione identitaria. Senza che tuttavia tale andare di pari passo rappresenti una necessità concettuale.

L'inopportunità di traslare il modello nazional-democratico all'Unione Europea – e quindi la non giustificazione di tale motivo del costituzionalismo europeo – nasce così da tre considerazioni. Innanzitutto la collettività politica dei cittadini dell'Unione non è una nazione né intende costituirsi come tale, ragion per cui non vi è necessità di sottolineare tramite un documento fondante la sua peculiare identità. Secondariamente, una simile non sottolineatura non pregiudica in alcun modo valide soluzioni per quanto riguarda gli altri due fattori: in altri termini il potere pubblico può essere validamente istituito e legittimato anche senza forti richiami all'identità collettiva. In terzo luogo è discutibile che oggi il potere pubblico si accompagni ancora all'affermazione dell'identità collettiva. Di fronte al proliferare delle istituzioni di diritto pubblico a livello infra-, inter- e sovrastatale, in un contesto ormai consolidato di plurilivellarità sganciato da identità forti e univoche, la sfida consiste nella creazione di istituzioni valide e trasparenti, sorrette da una solida legittimazione da parte degli individui che sono soggetti alle loro decisioni, indipendentemente da quale sia il livello a cui queste vengono prese. Vista in questa luce, la difesa dell'identità collettiva del soggetto politico rischia di diventare una battaglia di retroguardia.

2. *IL Trattato Costituzionale come acme del costituzionalismo europeo: luci e ombre*

Siamo così giunti al secondo punto, alla domanda relativa alla capacità del Trattato Costituzionale di soddisfare le esigenze, messe testé in rilievo, del costituzionalismo europeo.

a) Riguardo al primo punto, ovvero alla semplificazione dei Trattati e alla razionalizzazione delle istituzioni, il giudizio non può che essere diversificato, pur se in ultima istanza sostanzialmente positivo. Ricordiamo alcuni tra i non pochi aspetti validi del Trattato Costituzionale.

α) I Trattati venivano ridotti a uno solo e all'Unione veniva attribuita personalità giuridica[19].

β) Veniva superata la struttura a pilastri, col chiarimento e la razionalizzazione delle competenze[20] (anche se a questo proposito, dal punto di vista dell'integrazione, si poteva fare certamente di più).

γ) Il Trattato introduceva una precisazione della struttura istituzionale[21], la quale comprendeva l'inserimento di una Presidenza del Consiglio Europeo di più lunga durata[22].

δ) La *Carta dei diritti* diveniva parte della legge fondamentale dell'Unione[23].

ε) Gli strumenti giuridici dell'Unione erano meglio definiti e si distingueva con chiarezza tra atti legislativi e atti non legislativi[24].

ζ) Il primato del diritto unionale[25], così come la sua diretta applicabilità negli stati membri[26] venivano sanciti esplicitamente.

η) La clausola di flessibilità veniva precisata, sebbene questo significasse una limitazione del suo ambito di applicazione[27].

θ) Si faceva chiarezza sulla procedura di adesione di nuovi stati[28] e soprattutto sul recesso dei paesi membri[29].

κ) Venivano modificate le procedure di voto del Consiglio dei Ministri, in particolare la ponderazione del voto degli stati membri[30].

Il diavolo si nascondeva tuttavia nei dettagli: se infatti prendiamo il mano il Trattato Costituzionale e confrontiamo la prima parte (certamente la più riuscita, unitamente alla seconda) con la terza (che semplicemente riprendeva largamente e senza molta fantasia i Trattati precedenti), dobbiamo constatare che non sempre quest'ultima mantiene tutte le promesse di razionalizzazione formulate nella prima.

b) Analogo è il giudizio per quanto concerne la questione della legittimazione del potere pubblico. Anche qui non mancavano i passi avanti, anche importanti, rispetto al passato.

α) Il Parlamento veniva finalmente riconosciuto come organo di rappresentanza dei cittadini dell'Unione[31], ufficializzando il principio della duplice legittimazione.

β) La codecisione veniva innalzata a «procedura legislativa ordinaria»[32], e investita così di uno *status* superiore rispetto alle altre procedure, ora considerate al livello di eccezioni (sebbene numerose).

γ) Nel Trattato Costituzionale venivano inseriti i principi della «democrazia partecipativa»[33] e della «buona amministrazione»[34].

δ) La *Carta dei diritti* veniva resa norma vigente.

ε) I parlamenti nazionali – e questo era un punto su cui era lecito già allora nutrire qualche dubbio – venivano maggiormente coinvolti nella procedura legislativa dell'Unione[35].

Anche nel Trattato Costituzionale restavano tuttavia zone d'ombra. Due soprattutto – e di non poca gravità. Innanzitutto il ruolo del Parlamento che continuava a essere definito in termini fortemente riduttivi, per quanto concerne le competenze sia legislative sia di controllo, rispetto ai parlamenti nazionali[36]. È impressionante, a questo riguardo, prendere in mano l'elenco delle materie – tutt'altro che marginali – in cui il Parlamento o ha solo diritto di consultazione, o non viene chiamato in causa affatto. Da notare che non poche delle materie in cui il Parlamento non ha competenza venivano decise anche secondo il Trattato Costituzionale con voto a maggioranza del Consiglio, con la conseguenza di un'evidente e grave ricaduta di *deficit* di legittimazione democratica su tutta l'istituzione europea.

Secondariamente, nessun intervento era stato previsto sull'impianto della cittadinanza europea, che quindi continuava a mantenere il suo *status* debole. A questo proposito va tuttavia ammesso che con ogni probabilità un successo del processo costituzionale avrebbe innescato un circolo virtuoso, connesso in particolare all'inserimento della *Carta* tra la normativa vigente, tale da rivalutare a medio termine anche le titolarità politiche e soprattutto sociali connesse con la cittadinanza.

c) Curiosamente, quella tra le ragioni del costituzionalismo europeo che era stata meglio soddisfatta dal testo del Trattato Costituzionale, era proprio quella che prima ho indicato come la più debole – se non addirittura come l'unica a non essere adeguatamente motivata. Era infatti nel contributo alla creazione di un'identità comune che il Trattato Costituzionale non sembrava voler essere parco.

α) Il Trattato Costituzionale conteneva addirittura due Preamboli – uno generale, posto in capo al Trattato nel suo complesso, e uno specifico, all'inizio della Parte II, ossia della *Carta dei diritti*. Mentre il Preambolo della *Carta dei diritti*, pur presentandosi nella dovuta solennità, è relativamente sobrio e misurato nelle formulazioni, il Preambolo complessivo del Trattato, pur parzialmente “snellito” dalla CIG del 2004, era contraddistinto da una magniloquenza identitaria alquanto stucchevole.

β) Il Trattato Costituzionale presentava tre cataloghi di valori: il primo, in ordine cronologico, derivato dalla *Carta dei diritti* e quindi inserito nella Parte II[37]; il secondo introdotto all'inizio del Preambolo complessivo, subito dopo la lista degli stati membri[38]; il terzo, infine, costituiva uno dei primi articoli della Parte I[39]. È interessante notare come i tre elenchi di valori, peraltro, non siano pienamente concordanti tra loro[40].

γ) Il Trattato insisteva sulla peculiarità del modello politico-sociale dell'Unione Europea e sul suo ruolo nel mondo[41].

δ) Non mancava la sottolineatura del destino comune dei popoli d'Europa[42], arricchito dal riferimento all'«indipendenza e integrità dell'Unione»[43].

ε) Infine il Trattato introduceva bandiera, motto, inno e festa dell'Unione[44] – tutti emblemi classici della statalità sovrana e simboli visibili di un'identità collettiva e protonazionale.

Di fronte alla relativa mancanza di coraggio nell'affrontare il *deficit* di legittimità delle istituzioni europee, l'audacia nell'evocare una presunta identità collettiva fa sorgere un dubbio maligno: che cioè si volesse recuperare sul lato dell'identità quanto non si voleva concedere – nello spirito di un problematico neo-elitismo – sul versante della partecipazione democratica.

3. Le prospettive: il costituzionalismo europeo oltre la Costituzione Europea

È così venuto il momento di formulare alcune ipotesi sul futuro del costituzionalismo europeo. Com'è noto, nel vertice di Bruxelles del giugno 2007 si è deciso di accantonare il Trattato Costituzionale e di procedere a una riforma meno radicale dei Trattati vigenti. Il mandato affidato alla CIG[45], ha portato

alla stipula di un cosiddetto «Trattato di riforma»,^[46] il Trattato di Lisbona citato in apertura, contenente una serie di emendamenti relativamente profondi sia del TUE, sia del TCE. Nelle riflessioni che seguiranno il Trattato di Lisbona sarà valutato nell'ottica del costituzionalismo europeo e di quanto era stato raggiunto – o non raggiunto – nel Trattato Costituzionale.

Prima di dare conto dell'analisi vanno fatte due precisazioni. La prima è un richiamo alla cautela: il Trattato di Lisbona, prodotto di una lunga e difficile opera di mediazione, necessita infatti ancora di essere ratificato ad opera di ciascuno degli stati membri. In ragione della differenza delle procedure, tale passo potrà rivelarsi semplice e senza sorprese (soprattutto nei paesi dove è sufficiente l'approvazione parlamentare), oppure difficile e a rischio di insuccesso (in quelli in cui si procederà, per scelta o per obbligo costituzionale, al referendum). Seppur più improbabile, un fallimento analogo a quello che affossò il Trattato Costituzionale non può essere del tutto escluso.

La seconda premessa è che a mio avviso le considerazioni in merito alla fondatezza delle ragioni addotte per una svolta costituzionale dell'Unione – fondate la razionalizzazione dei Trattati e l'aumento di legittimità; non fondata la creazione di un'identità collettiva –, come valevano dieci anni or sono, così valgono ancora oggi^[47]. In altri termini, i problemi che allora erano stati diagnosticati ancora sussistono e non si è verificata una svolta dei tempi che li abbia resi obsoleti.

Consideriamo dunque il probabile impatto del *Reform Treaty* su ciascuna delle motivazioni della svolta costituzionale.

a) Cominciamo dalla razionalizzazione dei Trattati, della cui necessità nessuno dubita seriamente. Si tratta però di vedere fino a che punto nel nuovo Trattato si cercherà di razionalizzare ad alto, a medio o a basso livello. Sulla base dei documenti disponibili è per ora possibile dire quanto segue.

α) Come anticipato in apertura, viene abbandonato il progetto costituzionale e la parola “Costituzione” scompare dal testo^[48]. Ne consegue che si rinuncia a formulare un testo unico: restano due Trattati, il TUE emendato e un “Trattato sul funzionamento dell'Unione” che riprende l'attuale TCE.

β) Il termine “Comunità”, peraltro, è destinato a scomparire^[49]. La Comunità viene sostituita dall'Unione, che le succede^[50]. All'Unione è pertanto attribuita personalità giuridica^[51].

γ) Si conferma il superamento della struttura a pilastri^[52] e la precisazione della struttura istituzionale^[53] (ivi compresa l'introduzione della Presidenza del Consiglio Europeo^[54] e la creazione dell'ufficio dell'Alto Rappresentante dell'Unione per gli Affari Esteri e la Politica di Sicurezza^[55]).

δ) La *Carta dei diritti* non diventa parte del Trattato, anche se il futuro art. 6 vi farà riferimento conferendole carattere vincolante, avendo essa «lo stesso valore giuridico dei Trattati»^[56].

ε) Gli strumenti legislativi manterranno la denominazione attuale^[57], ma in un quadro concettuale simile a quello elaborato nel Trattato Costituzionale^[58], pur se non così preciso^[59]. Resta comunque la distinzione, relativamente chiara, tra atti legislativi ed non^[60].

ζ) Il primato del diritto unionale non sarà più asserito direttamente nel Trattato, bensì sarà fatto oggetto di una dichiarazione congiunta – peraltro inequivocabile – dei paesi membri^[61].

η) Si inseriscono sia la razionalizzazione delle procedure di voto del Consiglio (anche se con una dilazione nel tempo)^[62], sia la precisazione della clausola di flessibilità^[63], sia il chiarimento rispetto alle procedure di adesione^[64] e di recesso^[65], largamente secondo quanto concordato nella CIG del 2004.

Molti elementi di razionalizzazione rimangono dunque, rispetto al Trattato Costituzionale, ma in un testo che risulta essere ancora meno organico, se non addirittura confuso e fin troppo ricco di scappatoie e di cavilli.

b) Anche per quanto concerne la legittimazione del potere pubblico ritroviamo nella bozza del *Reform Treaty* buona parte di quanto era stato conquistato col Trattato Costituzionale[66], con alcune significative eccezioni, tra cui lo *status* della *Carta dei diritti* di cui già si è parlato. Viene così conservata la ridefinizione del Parlamento Europeo[67] e la qualificazione della codecisione quale procedura legislativa ordinaria[68] (ma senza che sia stabilita una chiara «gerarchia» tra gli atti giuridici o, all'interno di questi, tra le varie procedure legislative[69]). Anche vengono mantenuti principi e procedure della «democrazia partecipativa»[70] (che però perde questa denominazione), così come l'impegno alla trasparenza delle istituzioni[71], alla pubblicità dei lavori del Parlamento e del Consiglio quando lavorano su un progetto di atto legislativo[72] e a garantire una buona amministrazione[73]. È inoltre inserita nei Trattati la figura del «mediatore europeo»[74]. Addirittura si intende ulteriormente incrementare la possibilità di intervento dei parlamenti nazionali nella legislazione dell'Unione[75] – un emendamento, a dire il vero, il cui valore è quanto meno dubbio[76].

c) Dove il Trattato di Lisbona si abbatte duramente è sulla terza ragione del costituzionalismo europeo, sull'esigenza di fondare un'identità collettiva. Rimane un solo Preambolo – sostanzialmente quello del TUE attuale, con la sola aggiunta di un capoverso[77]. Restano anche i diversi cataloghi di valori[78] e l'elencazione degli obiettivi dell'Unione[79], in implicito contrasto con quelli di altre entità politiche. Ma vengono cancellati i riferimenti a un'identità politica collettiva, quali la bandiera, l'inno, il motto e il giorno dell'Europa[80]. E soprattutto – come già s'è detto in apertura – viene rimosso ogni accenno alla “costituzione” come documento fondante una specifica collettività politica[81].

Come valutare questi sviluppi? Indubbiamente, è inutile nascondere che – dalla prospettiva di un europeista convinto – si tratta di un significativo passo indietro rispetto al Trattato Costituzionale. Pur con tutti i difetti di cui s'è detto, questo rappresentava comunque una svolta coraggiosa, il primo passo su una strada costituzionale ancora lunga, ma che sembrava delinearci con sufficiente nettezza. Ora tutto questo è musica del passato. Né sarebbe saggio – in prospettiva europeista – trasformare quella che è stata una sconfitta in un'improbabile vittoria. Ciò nonostante è anche necessario mantenere sufficiente freddezza nel giudizio ed evitare una lettura crepuscolare o addirittura apocalittica. Se è vero infatti che il Trattato di Lisbona è un passo indietro rispetto al Trattato Costituzionale, esso segna tuttavia un progresso rispetto ai Trattati vigenti[82].

Lasciamo dunque per un attimo da parte la virulenta polemica anti-costituzionalista che ha agitato da molte parti il dibattito sul Trattato Costituzionale e poniamoci la domanda su quale dei contenuti del costituzionalismo moderno e democratico venga veramente abbandonato nel passaggio al Trattato di Lisbona. Ho ipotizzato in precedenza che i contenuti di tale costituzionalismo siano in sostanza tre: il consolidamento giuridico dell'identità collettiva, l'istituzione di un potere pubblico funzionante e la legittimazione del medesimo. Ora, di questi contenuti, abbiamo visto che l'unico ad essere affossato è il primo (il consolidamento giuridico dell'identità collettiva), mentre per quanto concerne il secondo e il terzo (l'istituzione del potere pubblico e i meccanismi della sua legittimazione), pur con tutti i difetti messi in rilievo, la ritirata rispetto al Trattato Costituzionale è relativamente marginale. Retorica identitaria a parte, il futuro Trattato sembra dover essere inteso come un abbandono della strada costituzionale solo se si ritiene che l'elemento del suggello giuridico dell'identità politica collettiva sia una *conditio sine qua non* perché si possa parlare di una costituzione nel senso proprio del termine. Ma davvero l'elemento dell'identità collettiva è il fattore essenziale del costituzionalismo?

Ammettiamo anche che lo sia e che quindi noi a ragione non possiamo più parlare – ora e nel futuro – di una “costituzione” per l'Europa. Tuttavia, mi sembra di poter affermare che non è questa la sfida essenziale. Sia che le chiamiamo “costituzioni”, sia che le denominiamo “leggi fondamentali” o anche

diversamente, ciò di cui abbiamo bisogno oggi, di fronte al moltiplicarsi di poteri pubblici oltre gli stati nazionali e le loro identità costituzionali e non, sono normative basilari, su cui si fonda una definizione condivisa della natura, della forma e delle competenze dei poteri pubblici che si va a costituire (o che per lo più già esistono in forma di *governance* e vanno normativamente addomesticati). Altrettanto, tali normative basilari dovranno garantire che tale potere sia adeguatamente legittimato dai cittadini che gli sono soggetti. In una geografia del potere pubblico che si fa plurilivellare e complessa non è la difesa dell'identità la battaglia del futuro, bensì la tutela della legittimità in una trasparente effettività. Visto in quest'ottica, il *Reform Treaty* non è certo motivo di gioia, ma nemmeno ragione di sconforto; piuttosto è una base su cui lavorare, lontana dai nostri sogni e tuttavia migliore della realtà che abbiamo.

* Relazione, successivamente aggiornata al Trattato di Lisbona, tenuta al Convegno „Riforme istituzionali e spirito del tempo“, svoltosi a Torino il 28 settembre 2007

[1] Consiglio Europeo di Bruxelles, 21 e 22 giugno 2007. Conclusioni della Presidenza, 11177/1/07, REV 1, CONCL 2, I.8., p. 2.

[2] Consiglio Europeo di Bruxelles, 21 e 22 giugno 2007. Conclusioni della Presidenza, 11177/1/07, REV 1, ALLEGATO 1, I.1., p. 15.

[3] Trattato di Lisbona che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007, in “Gazzetta ufficiale dell'Unione europea”, 17 dicembre 2007, 2007/C 306/01.

[4] Conclusioni della Presidenza. Consiglio Europeo di Laeken, 14 e 15 dicembre 2001, SN 300/1/01 REV 1.

[5] *Ivi*, p. 21 sgg. Cfr. anche i documenti della successiva Convenzione: CONV 47/02; CONV 50/02; CONV 162/02; CONV 250/02.

[6] Joseph. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press 1999, p. 18 sgg.

[7] TCE, art. 308.

[8] TCE, art. 205, par. 2.

[9] Conclusioni della Presidenza. Consiglio Europeo di Laeken, 14 e 15 dicembre 2001, SN 300/1/01 REV 1, ALLEGATO 1, p. 20.

[10] *Ivi*, p. 19 sg.

[11] TCE, art. 189; art. 190, par. 1.

[12] Per una disamina dettagliata rimando al mio *Between Citizens and Peoples: Reflections on the New European Constitutionalism*, in Russell A. Miller, Peer Zumbansen (eds.), “Annual of German & European Law”, Vol. II/III, 2004/2005, pp. 171–215.

[13] TCE, art. 251.

[14] Di diversa opinione Christian Joerges e Jürgen Neyer in *From Intergovernmental Bargaining to*

Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, in “European Law Journal”, Vol. 3 (1997), No. 3, pp. 273–299.

[15] Per un confronto con la letteratura sul tema v. S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come “potere costituente”*, Giuffrè, Milano 2002, p. 228 sgg.

[16] La cittadinanza europea non è infatti altro che una derivazione delle cittadinanze degli stati nazionali, i quali continuano a poter definire i propri criteri di appartenenza in pieno arbitrio.

[17] Mario Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1994; Id., *Revisione dei Trattati o processo costituente?*, in “Questione giustizia”, 2000, 2; Id., *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in “Democrazia e diritto”, XLI (2003), n. 2, pp. 80–90.

[18] Per identità collettiva si intende un senso di appartenenza condiviso da un gruppo sociale, il quale si fonda – senza che questi elementi siano tutti sempre compresenti – su una cultura, una storia e/o valori comuni, i quali elementi tutti preesistono all’istituzione di procedure di partecipazione politica e del sistema giuridico. In tal senso la costituzione è il risultato dell’autoaffermazione del gruppo socio-politico nella sua unità e relativa omogeneità politico-morale. Valori comuni – e in una certa qual misura anche un’identità condivisa – possono però sorgere anche per un’altra via. Nella misura in cui l’interazione politica serve pragmaticamente a risolvere questioni di comune interesse, il diritto pubblico si qualifica non come scrigno di un’identità pregressa, bensì come regola di comportamento di tale interazione, con particolare attenzione all’ambito deliberativo e alla garanzia del diritto alla partecipazione. All’interno dell’interazione tutelata dal diritto si consolidano a questo punto anche valori di tutti i cittadini (come trasformazione in *habitus* del comportamento tutelato dal diritto) e, sulla base di tali valori, anche un’identità condivisa post-sostanzialistica.

[19] *Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa*, in “Gazzetta ufficiale dell’Unione Europea”, 16.12.2004, C 310/1, art. I-7.

[20] *Ivi*, art. I-11 sgg.

[21] *Ivi*, art. I-19 sgg.

[22] *Ivi*, art. I-22.

[23] *Ivi*, Parte II, art. II-61 sgg.

[24] *Ivi*, art. I-33 sgg.

[25] *Ivi*, art. I-6.

[26] *Ivi*, art. I-33.

[27] *Ivi*, art. I-18.

[28] *Ivi*, art. I-58.

[29] *Ivi*, art. I-60.

[30] *Ivi*, art. I-25.

[31] *Ivi*, art. I-20, par. 2.

[32] *Ivi*, art. I-34; art. III-396.

[33] *Ivi*, art. I-47.

[34] In positivo: *ivi*, art. II-101; *ex negativo* invece in I-49.

[35] *Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione Europea*, in "Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea", 16.12.2004, C 310/204; *Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in "Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea", 16.12.2004, C 310/210.

[36] Rimando anche in questo caso a Dellavalle, *Between Citizens and Peoples*, cit., p. 205 sgg.

[37] *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, cit., art. II-61 sgg.

[38] *Ivi*, "Preambolo", cap. 2.

[39] *Ivi*, art. I-2.

[40] Cfr. Dellavalle, *Between Citizens and Peoples*, cit., p. 210 sgg.; Id., *Un "popolo" per l'Europa? Elementi di un'idea nel Trattato costituzionale*, in Corrado Malandrino (a cura di), *Un popolo per l'Europa unita*, Olschki, Firenze 2004, pp. 43–61.

[41] *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, cit., art. I-3 e, con riferimento alla politica estera, art. III-292.

[42] *Ivi*, "Preambolo", cap. 3.

[43] *Ivi*, art. III-292, par. 2, a).

[44] *Ivi*, art. I-8.

[45] *Consiglio Europeo di Bruxelles, 21 e 22 giugno 2007. Conclusioni della Presidenza*, 11177/1/07, REV 1, ALLEGATO 1, I.1., p. 15 sgg.; *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07.

[46] Si vedano anche i Progetti di Trattato, largamente ripresi nel testo finale: *Progetto di trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea - Progetto di preambolo*, CIG 4/1/07 REV 1; *Progetto di trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea*, CIG 1/1/07 REV 1; *Progetto di trattato che modifica il trattato sull'Unione europea e il trattato che istituisce la Comunità europea - Protocolli*, CIG 2/1/07 REV 1; *Progetto di dichiarazioni*, CIG 3/1/07 REV 1.

[47] È questa anche l'opinione espressa dal Parlamento Europeo nella sua presa di posizione in merito alla CIG. Cfr. *European Parliament resolution of 11 July 2007 on the convening of the Intergovernmental Conference (IGC): the European Parliament's opinion*, 11626/07, A., p. 3.

[48] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, I.1., p. 2; I.3., p. 3.

[49] *Ivi*, I.2., p. 2.

[50] TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo I, art. 1, par. 3 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 2, b).

- [51] TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo VI, art. 46 A (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 55).
- [52] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, II.7., p. 3.
- [53] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, II.12., p. 5; TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo III (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 13 sgg.).
- [54] *Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 16, 5.
- [55] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, II.12., p. 5; TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo III, art. 9 E (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 19).
- [56] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, II.9., p. 4; TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo I, art. 6, par. 1 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 8). Più scettica la valutazione di Luciano Patruno, *Addio "costituzione" europea? I nomi: Trattato, Costituzione; la cosa: il diritto europeo*, in *costituzionalismo.it*, 2/2007, 4.
- [57] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, I.3., p. 3.
- [58] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), art. 249 sgg. (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 2, 233 sgg.).
- [59] Critica la risoluzione del Parlamento Europeo (*European Parliament resolution of 11 July 2007 on the convening of the Intergovernmental Conference (IGC): the European Parliament's opinion*, 11626/07, G.3., p. 4).
- [60] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), art. 249 A, par. 3 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 2, 236).
- [61] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, I.3., p. 3; *Progetto di dichiarazioni*, CIG 3/1/07 REV 1, 27., p. 13; *Atto finale della Conferenza intergovernativa*, in "Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea", 17 dicembre 2007, 2007/C 306/02, 17.
- [62] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, II.13., p. 5.
- [63] *Ivi*, 19., w), p. 9; *Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 2, 289. All'art. 308 del futuro Trattato sul funzionamento dell'Unione vengono aggiunte due dichiarazioni: v. *Atto finale della Conferenza intergovernativa*, 2007/C 306/02, 41. e 42.; *Progetto di dichiarazioni*, CIG 3/1/07 REV 1, 36. e 37., p. 16.
- [64] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, Titolo VI, 9), p. 14; TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo VI, art. 49 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 57).
- [65] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, II.16., p. 14; TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo VI, art. 49 A (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 58).
- [66] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, II.11., p. 4.
- [67] TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo II, art. 8 A, par. 2 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 12).
- [68] *Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 2, 2, c).

[69] *European Parliament resolution of 11 July 2007 on the convening of the Intergovernmental Conference (IGC): the European Parliament's opinion*, 11626/07, G.7., p. 4.

[70] TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo II, art. 8 B (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 12).

[71] TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo II, art. 8 B, par. 2 e 3 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 12); Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), art. 16 A, par. 1 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 2, 28, a); Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), art. 16 A, par. 3 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 2, 28, d).

[72] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), art. 16 A, par. 2 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 2, 28, a).

[73] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), art. 254 bis, par. 1 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 2, 243). Rimane anche il riferimento alla buona amministrazione nella *Carta dei diritti* (art. 41).

[74] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), art. 17, par. 2, d) (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 2, 34, b), d).

[75] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, II.11., p. 4; *Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, “Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione Europea” e “Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”.

[76] Il dubbio vantaggio sul versante della sussidiarietà potrebbe infatti essere abbondantemente controbilanciato da un crescente *deficit* di efficienza.

[77] *Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 1.

[78] TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), “Preambolo” (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 1, a); TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo I, art. 1 bis (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 3); il terzo catalogo dei valori – ora non più inserito direttamente nel Trattato – è quello che costituisce l'ossatura della *Carta dei diritti*.

[79] TUE (secondo gli emendamenti introdotti dal Trattato di Lisbona), Titolo I, art. 2 (*Trattato di Lisbona*, 2007/C 306/01, art. 1, 4).

[80] *Mandato della CIG del 2007*, 11218/07, I.3., p. 3.

[81] *Ibidem*.

[82] È questa anche la valutazione – tra rammarico e apertura alla speranza – espressa dal Parlamento Europeo. Cfr. *European Parliament resolution of 11 July 2007 on the convening of the Intergovernmental Conference (IGC): the European Parliament's opinion*, 11626/07.