

Le declinazioni sovranazionali del principio democratico¹

di Barbara Guastaferrò²

1. Nascita della questione democratica nel processo di integrazione europea
2. Le endiadi irrisolte:
 - 2.1 Democrazia ed “omogeneità sociale”
 - 2.2 Democrazia e parlamentarismo
3. Le endiadi risolte:
 - 3.1 Democrazia e diritti
 - 3.2 Democrazia e costituzionalismo
4. Il principio democratico nel Trattato di Lisbona
 - 4.1 Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa
 - 4.2 Un argine all’argomento anti-maggioritario ed a quello non-maggioritario in qualità di surrogati della democrazia

¹ Il presente contributo è in corso di stampa in A. Argenio (a cura di), *Democrazia e totalitarismo*, Editoriale Scientifica, 2012.

² *Emile Noel Fellow* 2011 – 2012, Jean Monnet Center, New York University School of Law.

1. Nascita della “questione democratica” nel processo di integrazione europea

La riflessione sulla democratizzazione del processo di integrazione europea nasce postuma rispetto alla novità dell'atto fondativo. La logica dei “piccoli passi” insita nel funzionalismo del metodo Monnet ha lasciato che il processo di integrazione europea fosse scandito sin dagli albori da progressi lenti ed incrementali, integrazioni sempre settoriali, contingenti “solidarietà di fatto”, per dirla con la Dichiarazione Schuman che nel 1950 diede vita alla CECA. Il pragmatismo del metodo funzionalista, più incline al conseguimento di risultati concreti di breve periodo che alla realizzazione di un progetto di natura squisitamente politica, ha a lungo aggirato il dibattito intorno alla *finalité politique* e alla natura democratica della costruzione europea. La “questione democratica” irrompe in maniera decisiva soltanto in seguito alla crescita delle competenze comunitarie durante gli anni settanta e ottanta, gli anni del completamento del mercato unico, per infittirsi ulteriormente durante gli anni novanta, quando la nascita dell'Unione europea con il Trattato di Maastricht e la scelta politica di allargarsi ai paesi dell'Europa dell'Est in seguito alla riunificazione tedesca avalleranno lo schiudersi di una fase “costituzionale” nel processo di integrazione.

Il dibattito sulla democrazia europea, dunque, si consolida parallelamente all'incremento prima quantitativo e poi qualitativo del processo europeo. La crescita esponenziale delle competenze comunitarie tramuta un ordinamento inizialmente fondato su integrazioni parziali intorno a determinati settori strategici, in un ordinamento “a fini generali”. Questo dato quantitativo, spostando dal livello nazionale al livello sovranazionale gran parte della produzione normativa, rende ancor più labile l'artificio della rappresentanza politica, accentuandone le disfunzioni. La crescente sfasatura, per dirla con Habermas, tra soggetti e destinatari delle norme ha posto all'ordine del giorno una riflessione sulle potenziali declinazioni “post-nazionali” della democrazia³, sollecitata nel frattempo da una incrementale politicizzazione del processo di integrazione che ha abbandonato la connotazione principalmente economica degli albori.

La riflessione sulla democrazia in Europa sconta tuttavia un'ipoteca: l'assenza di un *demos* europeo, che si accompagna al ruolo marginale dell'unica istituzione democraticamente eletta, il Parlamento europeo, nei processi decisionali. Per questo, tanto il binomio democrazia e omogeneità sociale quanto quello democrazia e parlamentarismo saranno considerate le endiadi “irrisolte” della costruzione comunitaria. L'assenza di una comunità politica coesa di riferimento ha affrancato la riflessione sul processo di democratizzazione dell'ordinamento europeo dal “principio maggioritario”, pur definito da Norberto Bobbio uno degli “universali procedurali” della democrazia. Argomenti talvolta “anti-maggioritari”, talvolta “non-maggioritari” si sono alternati al fine di fornire una connotazione democratica al sistema europeo⁴ non ascrivibile ai paradigmi classici della democrazia rappresentativa che tende ad enfatizzare il ruolo delle assemblee elettive, espressione della *volonté générale*, negli ingranaggi istituzionali.

Il classico *counter-majoritarian argument*, imperativo sistemico delle democrazie consociative⁵, caratterizzate da società fortemente frammentate dal punto di vista culturale, religioso e politico, è stato applicato al sistema europeo⁶, che può essere considerato democratico proprio in virtù dei propri equilibri istituzionali anti-maggioritari ed inclusivi nei confronti delle diversità, e pertanto più consoni agli

³ Fondamentale la riflessione sul tema di J. Habermas, *La costellazione post-nazionale*, Milano, Feltrinelli, 1999.

⁴ R. Bellamy, *Democracy without democracy? Can the EU's democratic 'outputs' be separated from the democratic 'inputs' provided by competitive parties and majority rule?*, in *Journal of European Public Policy* 17:1 January 2010, pp. 2-19.

⁵ H. Daalder, *The Consociational Democracy Theme*, «World Politics» 26(4), 1974.

⁶ Per un'applicazione dei modelli di democrazia consociativa all'UE vedi P. Taylor, *The European Union in the 1990s*, Oxford University Press, 1996, e O. Costa e P. Magette, *The European Union as a Consociation? A Methodological Assessment*, «West European Politics», Vol.26, n. 3, 2003, anche se nella variante del P «interstate consociation». Per un contro-argomento alla caratterizzazione dell'Unione europea come democrazia consociativa vedi M. Bogaards, *The Consociational Analogy of the European Union: A Rejoinder to Crepaz with a Comment on Kraiser*, «European Union Politics», 3, 2002.

ordinamenti compositi e pluralistici.⁷ E' in questo senso che considero invece l'endiadi democrazia / costituzionalismo e democrazia / diritti come endiadi "risolte" nel contesto europeo, che esalta talvolta la separazione dei poteri, talvolta la tutela dei diritti fondamentali come indicatori di democrazia.

Quanto invece all'*anti-majoritarian argument*, la legittimità delle istituzioni non-maggioritarie risiederebbe nella crescente richiesta nelle società contemporanee di conoscenze specializzate, che giustifica la nomina di esperti non democraticamente eletti in grado di garantire effettività ed efficienza nelle attività di *policy-making*. Anche questo argomento viene sublimato nel contesto europeo, dove la Commissione, istituzione non-maggioritaria per antonomasia, viene considerata un organo imparziale, tecnocratico ed efficiente in grado di realizzare la democrazia attraverso gli *outputs*, ossia in virtù dei risultati raggiunti. Il paragrafo sul Trattato di Lisbona metterà tuttavia in luce come le argomentazioni considerate "alternative" alla democrazia rappresentativa vengono in qualche modo stemperate, sia esaltando il ruolo delle assemblee elettive nel sistema europeo che provando ad inserire forme di accountability e responsabilità politica all'interno di composizione e funzionamento delle istituzioni non maggioritarie.

2. Le endiadi irrisolte

2.1 Democrazia ed "omogeneità sociale"

Le critiche riguardanti il "deficit democratico" dell'Unione europea e le riserve circa una sua costituzionalizzazione, scaturiscono da un retaggio culturale che percepisce un *demos* autogovernantesi come condizione indispensabile della democrazia, e la nazione quale unico fondamento legittimante della Costituzione. Richiamando l'eredità storica della rivoluzione francese, Bockenforde nota come l'abate Sieyès attribuisce al popolo nel concetto di "pouvoir constituant"⁸ determinati attributi divini sviluppati dalla teologia cristiana: *norma normans, creatio ex nihilo*. Il senso di questa trasposizione di concetti teologici in concetti politici, è chiaro: "il popolo ha il potere di disporre sulla formazione dell'ordine politico-sociale, il popolo deve divenire il creatore in senso peculiare".⁹

Oltre a non essere dotato di un potere costituente con carattere fondativo, l'ordinamento europeo si trova di fronte a quello che Herman Heller definiva un "problema inesauribile": "il significato che l'omogeneità sociale ha per la democrazia".¹⁰ Secondo l'autore, "c'è un grado determinato di omogeneità sociale senza il quale non è più assolutamente possibile la formazione democratica dell'unità".¹¹ Il paradigma olistico trova una sua configurazione estrema nel concetto di politico di Carl Schmitt, dove l'omogeneità interna alla comunità assume un valore prescrittivo, in quanto funzionale alla "contrapposizione tra amico e nemico"¹². Ad ogni modo, non vi è bisogno di rievocare l'organicismo prepolitico del *Volk* per constatare l'inesistenza di un popolo a livello europeo. Questo è un dato inequivocabile sia che si sposi il "paradigma oggettivo-sostanzialista" della nazione di popolo, sia che si prediliga il "paradigma soggettivo-volontarista" della nazione di cittadini¹³, quella che scaturisce da un atto volontario, consapevole e reiterato degli individui, attraverso quello che Renan

⁷ Caratterizza l'Unione quale ordinamento composito G. della Cananea, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, 2003. Sull'Ue quale regime pluralistico si rinvia a J. Coultrap, *From Parliamentarism to pluralism: models of democracy and the European Union's «Democratic Deficit*, «Journal of Theoretical Politics» 11 (1), 1999.

⁸ Si rinvia per una ricostruzione del concetto a P. Pasquino, *Il potere costituente, il governo limitato e le sue origini nel nuovo mondo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2009

⁹ E.W. Bockenforde, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther, *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, 1996, p. 237.

¹⁰ H. Heller, *Democrazia politica ed omogeneità sociale*, in *Quaderni piacentini* n. 10/1983, p. 139.

¹¹ H. Heller, *op. cit.* p. 144.

¹² C. Schmitt, *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio e Pierangelo Schiera, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 89 ss.

¹³ S. Dellavalle, *Una costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come potere costituente*, Milano, Giuffrè, 2002.

definiva un *plébiscite de tous les jours* di un *demos* svincolato dai criteri sostanziali, obiettivi e prepolitici dell'*ethnos*.¹⁴

E' proprio l'inesistenza di un popolo europeo a costituire una vera e propria ipoteca per qualunque riflessione sulla potenziale ed auspicabile democratizzazione del processo di integrazione, avallando la cosiddetta "no demos thesis"¹⁵, secondo la quale l'Unione europea, in quanto priva di un *demos* europeo, non potrebbe essere democratizzata. La "no demos thesis", esemplificata nelle teorie di Dieter Grimm¹⁶ e avallata dalle pronunce della Corte costituzionale tedesca in occasione della ratifica sia del Trattato di Maastricht che del Trattato di Lisbona, ritiene i Parlamenti nazionali i custodi della più "vera" democrazia, l'unico "luogo logico", per usare un'espressione habermasiana, dove configurare un'autentica sfera pubblica discorsiva.

Anche solo ipotizzare un *demos* europeo, porterebbe alle estreme conseguenze una mutazione morfologica della democrazia in grado di dissociare cittadinanza e identità nazionale.¹⁷ Anche solo ipotizzare una Costituzione senza popolo condurrebbe ad uno snaturamento del costituzionalismo, che verrebbe inteso meramente come procedura o come limite all'arbitrio, ossia come potere costituito senza potere costituente.¹⁸ Non essendovi alcun *Volk*, o alcun *demos* all'interno dell'Unione europea, questa è considerata una costruzione priva in qualche modo dell'afflato volontaristico di un popolo nel quale condensare il momento fondativo. E' stato infatti sostenuto che il potere costituente risulta essere "l'*impensé* de la construction européenne"¹⁹, costruzione che continua a prender forma attraverso il mero accordo intergovernativo tra Stati, offuscando la dimensione squisitamente democratica della partecipazione popolare. L'endiadi democrazia e popolo, democrazia e omogeneità sociale, resta irrisolta nella costruzione comunitaria, anche alla luce della scarsa capacità del "patriottismo costituzionale" di fungere da collante identitario o da catalizzatore di una coscienza europea filtrata dal concetto di cittadinanza europea e dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri.²⁰

¹⁴ Sul rapporto tra *ethnos* e *demos* all'interno della costruzione europea si veda E. Resta, *Demos, ethnos. Sull'identità dell'Europa*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*. Ricerche della Fondazione Lelio e Lisli Basso - Isocco, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 167-193.

¹⁵ Si rinvia all'accurata analisi di J.H.H. Weiler, *Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *Jean Monnet Working Papers*, 1995.

¹⁶ Celebre il dibattito tra D. Grimm, scettico quanto alla possibilità della creazione di una "costituzione" europea in assenza di un *demos*, di una comunità politico-valoriale coesa a livello europeo e J. Habermas, fautore invece di un "patriottismo costituzionale", ossia di una solidarietà astratta giuridicamente mediata in grado di formarsi grazie al traino dell'assetto politico-istituzionale dell'Unione europea. Il dibattito è pubblicato in italiano in G. Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther, *op. cit.*, pp. 339-376.

¹⁷ Interessante il saggio di E. Maulin, *Le pouvoir constituant dans l'Union européenne*, in *Droits: Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique*, n. 45, 2007, che a p. 82 sostiene: "La conséquence d'une telle mutation de la démocratie, qui dissocie la citoyenneté de l'appartenance nationale, est la disqualification même de la notion de pouvoir constituant du peuple au profit d'un processus d'intégration des ordres juridique européen qui justifie pleinement l'émergence d'une *Constitution européenne sans pouvoir constituant*. Cette disqualification historique d'une des représentation les plus prestigieuses de la légitimité constituante du peuple, peut être mise en relation avec le développement du constitutionalisme comme processus de compétence, comme en témoigne la tendance constitutionnaliste à réduire le pouvoir constituant à la compétence de révision de la constitution. Dans une telle perspective la procédure n'est plus seulement la garantie d'une légitimité mais son expression même".

¹⁸ E' stato osservato che i trattati consolidati rappresenterebbero una costituzione nell'accezione « empirica » e non « soggettiva » del termine, non essendo riconosciuti dai popoli europei quale atto fondamentale fonte sia dell'ordinamento che di un ancoraggio identitario nei confronti di questo. Così F. Snyder, *The Unfinished Constitution of the European Union: Principles, Processes, and Culture*, in J. Weiler and M. Wind, (eds.), *Constitutionalism beyond the State*, Cambridge University Press, 2003.

¹⁹ E. Maulin, *op. cit.*, p. 73.

²⁰ Per una critica recente alla teoria habermasiana del patriottismo costituzionale, M. Kumm, *Why Europeans will not embrace constitutional patriotism*, in *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 6, N. 1, 2008, pp. 117-136.

2.2 Democrazia e parlamentarismo

Il dibattito sulla democratizzazione del sistema politico europeo ha spesso faticato ad affrancarsi dalle griglie deduttive della scienza politica classica e da paradigmi interpretativi conati per un contesto ordinamentale rigorosamente statale. Il campo delle architetture costituzionali sembra essere quello in cui «la fucina della Rivoluzione francese ha consumato pressoché ogni materiale, disegno e idea più o meno ardita, concedendo un residuo spazio soltanto per aggiustamenti mai troppo innovativi o per revisioni sempre parziali».²¹ Assumere paradigmatici i modelli di democrazia rappresentativa presenti negli stati nazionali ha spesso avallato semplicistici accostamenti concettuali fra democrazia e parlamentarismo fomentando critiche sul cosiddetto «deficit democratico» dell'Ue, dovuto alla scarsa preponderanza del PE, in qualità di unica istituzione dotata di investitura popolare, nel *decision making* comunitario. In una delle sue accezioni, infatti, il deficit democratico denuncia l'irrisorietà dei poteri attribuiti all'unica istituzione che più direttamente è espressione del corpo elettorale, il Parlamento europeo, rispetto alla Commissione composta da funzionari non eletti, ma in primo luogo rispetto al Consiglio dei ministri, composto dagli esecutivi degli Stati membri. Questo «executive-dominance issue»²² dovuto ad una «anomala» legislazione dell'esecutivo a livello sovranazionale, sarebbe in realtà forier anche di una «perversione della democrazia»²³ a livello dei singoli Stati membri, intesa sia come supremazia dell'esecutivo sul legislativo nel delicato momento della produzione normativa che come possibilità per gli esecutivi nazionali di prendere decisioni poco trasparenti sfuggendo così al controllo degli elettorati nazionali.²⁴

E' l'accostamento concettuale tra democrazia e parlamentarismo che ha guidato tutte le riforme istituzionali degli anni ottanta e degli anni novanta. Da quando nel 1975 il rapporto Tindemans denuncia il deficit democratico della Comunità economica europea, si assisterà al declino delle modalità di legittimazione fondate su competenza, performance, formalismo e autonomia, a favore di logiche di responsabilità politica. Il deficit di legittimazione democratica fu compensato inizialmente attraverso l'introduzione del suffragio universale diretto per l'elezione del Parlamento europeo e poi attraverso un incrementale ma significativo rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo all'interno dell'architettura costituzionale europea.²⁵ Se nei Trattati istitutivi del 1957 il PE svolgeva una funzione meramente consultiva, attraverso le successive revisioni si arriva al Trattato di Maastricht del 1992 che istituisce la procedura di co-decisione, che prevede per la prima volta Parlamento e Consiglio sullo stesso piano nell'emanazione degli atti normativi della Comunità, in quanto il Consiglio non può discostarsi dalla volontà parlamentare ma è obbligato a trovare una posizione comune con il Parlamento europeo attraverso il Comitato di conciliazione. In realtà anche la procedura di codecisione è stata criticata: «l'idea, appresa dal diritto costituzionale nazionale di una *riserva di assemblea*, per la quale tutte le decisioni fondamentali sono riservate al parlamento, nell'ambito della Ue è realizzata soltanto in forma molto debole per le materie decise attraverso il procedimento di codecisione, e anche in questo caso soltanto in forma negativa, dal momento che il Parlamento europeo può impedire una decisione

²¹ V.E. Parsi, *Premessa a Id. (a cura di) Premessa a Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Il Mulino, 2001, p. 9.

²² Il cosiddetto « executive dominance issue » rappresenta solo di una delle sfaccettature del deficit democratico. P. Craig e G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, pp. 23-27), menzionano altre dimensioni del deficit democratico, fra cui richiamo brevemente (1) the «distance issue», relativo al distacco delle istituzioni comunitarie dalla rispettiva base sociale; (2) the «by-passing of democracy argument», riferito alla tecnocrazia comunitaria che sfugge il controllo elettorale (3) the «transparency and complexity issue». L'analisi si ispira al lavoro comunque pioniero di J. Weiler, U. Haltern and F. Mayer, *European Democracy and its Critique*, in J. Hayward (ed), *The Crisis of Representation in Europe*, Frank Cass, 1995.

²³ La nozione di «perversion of democracy» è enucleata in D. Wincott, *Does the European Union Perverts Democracy? Questions of Democracy in New Constitutional Thought on The Future of Europe*, «European Law Journal», 4(4), 1998.

²⁴ F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996, p.55, che osserva: «i poteri, che vengono perduti in sede nazionale dalle istituzioni rappresentative vengono poi acquisiti in sede comunitaria da istituzioni non rappresentative o...da efficienti tecnostutture».

²⁵ G. Ressa, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, Napoli, Guida, 1999, p. 51-52.

con la maggioranza assoluta dei suoi membri. Questa riserva parlamentare negativa è perciò una *riserva di non decisione* e non una vera riserva di atti normativi realmente essenziali”.²⁶

Oltre agli interventi in sede di revisione dei Trattati, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ha cercato di garantire le prerogative del Parlamento europeo all'interno degli equilibri istituzionali, specialmente attraverso l'ingente contenzioso sulla base giuridica degli atti comunitari. Da un'analisi della giurisprudenza comunitaria emerge che “all'interno della garanzia dell'equilibrio istituzionale si viene così a configurare un singolare asse fra Corte e parlamento europeo, per cui quest'ultimo identifica nel giudice di Lussemburgo il soggetto deputato a difendere la sua prerogativa di organo democratico per eccellenza nella *governance* europea”.²⁷ Il ruolo della Corte nell'assecondare le prerogative dell'assemblea eletta è particolarmente importante se si considera che, prima del Trattato di Amsterdam, non vi era alcun riferimento normativo nel diritto positivo che esigesse la “democraticità” del sistema comunitario, e che la tesi secondo cui la Comunità *dovesse* avere una legittimazione democratica, si è sviluppata più come una richiesta politica che come un principio generale del diritto.²⁸

L'accostamento tra democrazia e parlamentarismo è tuttavia sintomatico di quello che Paul Maignette definisce «mimetismo istituzionale», riferendosi alla difficoltà di svincolare la riflessione sulla democratizzazione del sistema europeo dagli *standards* derivati dalle esperienze democratiche degli stati nazionali²⁹, e di cercare «alternatives to the majoritarian avenue». ³⁰ Alla ricerca delle suddette alternative saranno dedicati i paragrafi successivi. E' proprio dalla difficoltà di declinare su scala sovranazionale il principio democratico attraverso le endiadi tipiche degli ordinamenti interni (democrazia e parlamentarismo e democrazia e omogeneità sociale), che scaturiscono tentativi, apparentemente più riusciti, di interpretare il principio democratico sia come intimamente connesso alla tutela dei diritti fondamentali (attraverso l'endiadi democrazia/diritti) sia come intimamente connesso con il concetto di limite all'arbitrio del potere o alle potenziali derive tiranniche della maggioranza (attraverso l'endiadi democrazia/costituzionalismo).

3. Le endiadi risolte

3.1 Democrazia e diritti

L'indisponibilità dei diritti fondamentali alla mutevolezza delle politiche di maggioranza rappresenta l'essenza della democrazia costituzionale. Le Costituzioni realizzano quello che Jean Jacques Rousseau avrebbe ritenuto “assurdo”: «que la volonté générale se donne des chaînes pour l'avenir». ³¹ La tutela dei diritti fondamentali, sottratta alla discrezionalità delle maggioranze politiche che si alternano al potere e resa effettiva dalla presenza di un organo giurisdizionale, realizza quello che è stato definito il

²⁶ G. Ress, *op. cit.* p. 121.

²⁷ S. Ninatti, *Giudicare la democrazia?. Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, Giuffrè, 2004, p. 67.

²⁸ A. von Bogdandy, *Doctrine of Principles*, Jean Monnet Working Paper n. 9/2003, p. 23, afferma che “up until the 1990s the view was held that the supranational authority did not legally require democratic legitimacy beyond the general requirements for an international organization”.

²⁹ Sulla questione degli *standards* democratici alla luce dei quali valutare il «gradiente» di democrazia dell'Ue, si vedano G. Majone, *Europe's «Democratic Deficit»: The Question of Standards*, «European Law Journal», Vol. 4, No. 1, 1998

³⁰ R. Dehousse, *Constitutional Reform in the European Community: Are There Alternatives to the Majoritarian Avenue?*, «West European Politics», 1995 e ID., *Beyond representative democracy : constitutionalism in a policentric polity*, in J. Weiler and M. Wind, (eds.), *op. cit.*, pp. 135-156.

³¹ J.-J. Rousseau, *Du contract social* (1762), cit. in S. Holmes, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *op. cit.*, p. 167.

“paradosso della democrazia”: “i cittadini possono accrescere il proprio potere legandosi le mani. Una parziale limitazione della democrazia favorisce la conservazione del governo democratico”.³²

L’endiadi democrazia/diritti, l’idea del diritto quale limite che in realtà rinforza la democrazia, costituisce a mio avviso un’endiadi “risolta” nell’ordinamento sovranazionale. Innanzitutto, le origini storiche della Comunità sublimano il diritto nella sua funzione strettamente garantista di limite all’arbitrio e alla sovranità, considerata in questo contesto storico un sinonimo di guerra. La teleologia costitutiva della CECA, quella di mettere al bando la guerra quale modalità di risoluzione delle controversie internazionali, che definirei il *ne cives ad arma veniant* europeo, in realtà fa la scelta “politica” di eliminare la “politica”³³: l’Europa nasce espungendo da se stessa l’inimicizia quale connotato fondamentale della politica. La costruzione europea è agli albori deliberatamente anti-Schmittiana, mette al bando lo “stato di eccezione” e tende a normalizzarlo attraverso il diritto. In questo senso i Trattati istituzionali sono frutto di una volontà politica che si autovincola attraverso il diritto per imbrigliare le potenziali degenerazioni della sovranità sperimentate durante gli anni dei totalitarismi.

Oltre a rappresentare un vincolo, inoltre, il diritto assume nella storia dell’integrazione europea una funzione costituente e costitutiva divenendo non solo *oggetto* ma *agente* di integrazione³⁴. Proprio durante gli anni sessanta, caratterizzati dall’inerzia politica delle istituzioni comunitarie a causa dell’impasse scaturita dalla politica della sedia vuota, il *judicial activism* della Corte di giustizia riesce invece a “costituzionalizzare” i Trattati istitutivi attraverso le sentenze storiche sull’effetto diretto, sul primato del diritto dell’Unione europea sui diritti nazionali, e sulla qualificazione dei diritti fondamentali quali principi generali del diritto comunitario.

Inoltre, la mancanza nel contesto ordinamentale europeo di una comunità politica coesa a fondamento del momento della produzione normativa, ha fatto in modo che il diritto fosse non solo autoreferenziale nella propria legittimazione, ma che addirittura fungesse esso stesso da fondamento legittimante dell’intero sistema.³⁵ In tal senso, l’endiadi democrazia / diritti nel contesto comunitario sembrerebbe essersi dissolta più che risolta. La tensione costitutiva tra democrazia e diritto si dissolve in quanto se il costituzionalismo rispondeva all’esigenza di vincolare il potere della maggioranza tramite uno spazio di indisponibilità dei diritti fondamentali, il diritto, ed i diritti, diventano una sorta di surrogato della democrazia. La retorica sui diritti fondamentali in Europa, culminata con l’efficacia giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha spesso esaltato l’azionabilità delle pretese soggettive innanzi alla Corte di giustizia come elemento suppletivo di legittimazione del sistema, rispetto alla carenza dei classici meccanismi di democrazia rappresentativa, potenziando, appunto, soltanto una delle due parti dell’endiadi.

3.2 Democrazia e costituzionalismo

Alexis de Tocqueville giudicava “empia e detestabile” la possibilità “che in materia di governo la maggioranza di un popolo ha il diritto di far tutto”.³⁶ La teoria politica della *democrazia composta*, quale quella statunitense, è espressamente concepita per imbrigliare la potenziale tirannia della maggioranza, seppur democraticamente eletta, e mettere freni e limiti al potere.³⁷ Sia la struttura federale a livello

³² S. Holmes, *op. cit.*, p. 202.

³³ Si precisa che ci si riferisce in questo caso ad una determinata concezione, appunto schmittiana, di politica. Si rinvia ai riferimenti bibliografici contenuti in nota 10.

³⁴ R. Dehousse e J. Weiler, *The legal dimension*, in W. Wallace (ed), *The dynamics of European Integration*, Pinter, 1991, pp. 242-260.

³⁵ N. Walker, *Legal theory and the European Union*, *Oxford Journal of Legal Studies*, no. 4/2005.

³⁶ A. De Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, A. Grain, 1951 (ed. originale 1835), Libro II, cap. IV.

³⁷ V. Ostrom, *The Political Theory of a Compound Democracy. Designing the American Experiment*, University of Nebraska Press, 2nd revised edition, 1987.

verticale, ovvero infra-territoriale, che il sistema di *checks and balances* a livello orizzontale, ovvero infra-istituzionale, sono finalizzati a stemperare e vincolare il dispotismo elettivo.³⁸ La democrazia, dunque, è sempre stata accompagnata dal costituzionalismo nella sua accezione di limite al potere.

Nell'ordinamento sovranazionale l'endiadi democrazia/costituzionalismo risulta molto solida.³⁹ La necessità di delineare un delicato equilibrio istituzionale in grado di dar voce a tutti gli interessi coinvolti nel *decision-making* comunitario è stato l'imperativo sistemico che agli albori della comunità ha animato la creazione del cosiddetto "triangolo istituzionale" e del metodo comunitario, che ha cercato di canalizzare gli interessi dei popoli europei attraverso il Parlamento europeo, gli interessi degli Stati attraverso il Consiglio e l'interesse sovranazionale attraverso la Commissione e la Corte di giustizia. Anche parte della dottrina, nell'intento di superare il mimetismo istituzionale, ha sostenuto che la democratizzazione del sistema europeo non deve ricalcare i modelli della democrazia rappresentativa e dunque mirare ad un esclusivo potenziamento delle assemblee elettive, ma basarsi piuttosto sul modello di governo separato e limitato da *checks and balances* quale connotato di democrazia.⁴⁰ Paul Craig, a titolo di esempio, reputa che la democratizzazione del sistema comunitario debba ispirarsi al principio repubblicano, ed uno dei suoi principali assunti, l'equilibrio istituzionale. Ancorato non alla tradizione madisoniana ma a quella di Machiavelli e di Blackstone, l'autore invoca la necessità di un gioco a somma positiva fra diverse istituzioni espressione di diverse comunità di interesse, per creare un buon governo in grado sia di escludere le derive tiranniche della maggioranza che di promuovere il bene comune⁴¹.

In realtà anche la giurisprudenza della Corte volta a tutelare le competenze del Parlamento europeo non necessariamente rappresenta il tentativo di traslare a livello comunitario un principio di democrazia rappresentativa (di per sé non declinabile nel contesto comunitario) esperibile soltanto attraverso il rafforzamento delle competenze dell'organo rappresentante dei popoli europei. Proprio il fatto che, nella maggior parte dei casi in esame, il Parlamento ricorre alla Corte semplicemente per difendere proprie prerogative *vis-à-vis* le potenziali ingerenze da parte delle altre istituzioni comunitarie, ha avallato la conclusione che "la Corte non sembra...ergersi a paladino di un generale e generico principio democratico in favore del Parlamento, quasi volesse o dovesse riprodurre nell'ordinamento comunitario lo schema classico di distribuzione dei poteri tipico degli Stati membri, ma si orienta ad una (rigorosa)

³⁸ È interessante notare che il «monismo istituzionale» della tradizione europea, ha talvolta considerato il federalismo quale sovversivo della «volontà generale» e pertanto incompatibile con il principio democratico, come messo in luce nel dialogo immaginario fra James and Jean Jaques in R. Dahl, *La Democrazia e i suoi critici*, Editori Riuniti, 1990, pp. 276-281. Altri autori, invece, fra cui Alexis de Tocqueville, hanno ritenuto la struttura federale particolarmente consona alla forma di governo democratica.

³⁹ Il rischio è tuttavia di appiattare la riflessione sulla democrazia su quella sul costituzionalismo, esaltando quello che la teoria della democrazia composita definisce il "republican remedy", ossia un'architettura istituzionale fondata sulla separazione dei poteri, in ordinamenti, come quello europeo, dove in realtà non esiste alcun "republican disease", ossia alcun dispotismo elettivo. Mi sia concesso rinviare per una riflessione critica sul tema a B. Guastaferro, *L'Unione europea e la sindrome democratica*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2006.

⁴⁰ Sul carattere democratico dell'Comunità in quanto "constrained polity" A. Moravcsik, 'In Defense of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union', in *Journal of Common Market Studies* 40, 2002., p. 609: «the Eu's ability to act, even in those areas where it enjoys clear competence, is constrained by institutional checks and balances, notably the separation of powers, a multi-level structure of decision-making and a plural executive. This makes arbitrary action (indeed, any action) difficult and tends to empower veto groups that can capture a subset of national governments. Such institutional procedures are the conventional tool for protecting the interests of vital minorities— a design feature generally thought to be the most appropriate to polities, like the EU, that must accommodate heterogeneous cultural and substantive interests».

⁴¹ P. Craig, *Democracy and Rule-making Within the EC: An Empirical and Normative Assessment*, «European Law Journal», Vol.3, N. 2, 1997. In particolare si veda la pag. 116, "The rationale for the centrality accorded to this idea (institutional balance) strikes a direct chord with the historical application of republicanism: the necessity to create a stable form of political ordering for a society within which there are different interests or constituencies".

applicazione della *ratio* originaria e autoreferenziale dell'equilibrio istituzionale delineato dal sistema di ripartizione delle competenze predisposto dai Trattati".⁴²

4. Il principio democratico nel Trattato di Lisbona

4.1 Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa

Il Trattato di Lisbona dedica un intero titolo alle "disposizioni relative ai principi democratici" (titolo II TUE). Tuttavia, l'impressione è che queste, rispetto a quanto previsto dal defunto "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", assimilino il principio democratico sempre più al principio rappresentativo.⁴³ L'assenza nel contesto ordinamentale europeo di alcuni di quelli che Bobbio definisce gli "universali procedurali" della democrazia, tra cui il principio maggioritario, il pluralismo partitico, l'attribuzione della funzione legislativa all'organo direttamente eletto dal popolo etc.⁴⁴, ha fatto sì che forme "alternative" di democrazia si siano affermate in modo insidiosamente suppletivo per superare il cosiddetto deficit democratico. Così ad esempio, la democrazia partecipativa, contrariamente alla sua funzione storica, è sempre stata interpretata come alternativa a quella rappresentativa, credendo che il coinvolgimento della società civile organizzata all'interno del *decision-making* comunitario potesse sostituire la carenza di meccanismi elettivi. A parere di chi scrive questa interpretazione trasforma i cittadini in meri *stakeholders*, riduce la "rappresentanza politica" in mera "rappresentanza di interessi"⁴⁵, e sostituisce l'eguaglianza del suffragio universale diretto con un coinvolgimento delle parti interessate il più delle volte selettivo in quanto circoscritto a determinate lobbies.

Da un confronto tra le disposizioni del Trattato di Lisbona ed il titolo VI della Costituzione europea sulla "vita democratica dell'Unione", è possibile asserire che l'ultima revisione potenzia la democrazia rappresentativa a discapito di tutte le alternative a o di tutti i surrogati di essa. Infatti mentre la Costituzione dedicava l'articolo I-46 al "principio della democrazia rappresentativa" e l'art. I-47 al "principio della democrazia partecipativa", l'art. 10 comma 1 TUE stabilisce che "Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa", che si esplicita in forma diretta attraverso il Parlamento europeo ed in forma indiretta attraverso il controllo dei Parlamenti nazionali sui rispettivi esecutivi presenti nel Consiglio e nel Consiglio europeo (Art. 10 comma 2 TUE). I richiami, pur presenti nel Trattato di Lisbona, al diritto di ogni cittadino di partecipare alla vita democratica dell'Unione (art. 10 comma 3 TUE) o al dialogo aperto trasparente e regolare delle istituzioni con la società civile (art. 11 comma 2 TUE), restano comunque ascrivibili alle disposizioni relative ai principi democratici, in quanto non contenute in un articolo separato esplicitamente riservato al principio della democrazia partecipativa. A mio avviso dunque, la partecipazione viene derubricata da alternativa alla rappresentanza a semplice corollario di essa, recuperando la sua funzione originaria, quella di "democratizzare la democrazia", ossia di "contribuire a superare la storica separazione tra società civile e istituzioni rappresentative"⁴⁶, intervenendo laddove il rapporto tra rappresentante e rappresentato si sfrangia all'interno di una catena di legittimazione sempre più "allungata" e "indebolita".⁴⁷

⁴² R. Toniatti, *Conflitti di competenza e forma di governo comunitaria: un contributo della Corte europea di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, III, p.1157.

⁴³ Per una analisi sul trattato di Lisbona si rinvia a J. Ziller, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, Il Mulino, 2007 ed a A. Lucarelli e A. Patroni Griffi, *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, ESI, 2009.

⁴⁴ N. Bobbio, *Democrazia*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, UTET, 1983, pp. 308-318.

⁴⁵ Sulla distinzione tra i due tipi di rappresentanza N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984.

⁴⁶ A. Masucci, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa: alcuni "punti fermi" per una loro integrazione*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, Firenze University Press, 2010, in particolare p. 361.

⁴⁷ B. de Giovanni, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Napoli, Guida, 2002.

Un *favor* nei confronti di una declinazione in chiave “rappresentativa” della democrazia, è ravvisabile anche nel fatto che il titolo VI della Costituzione europea contemplava all’interno della vita democratica dell’Unione anche il dialogo con le parti sociali (I-48), la possibilità di denunciare al mediatore europeo i casi di cattiva amministrazione nell’azione delle istituzioni (I-49), la necessità di garantire la trasparenza dei lavori delle istituzioni, organi e organismi dell’Unione (I-50), la protezione dei dati personali (I-51) e il rispetto dello status delle chiese e delle organizzazioni non confessionali (I-52). La democrazia veniva in tal modo accostata alla tutela dei diritti fondamentali, del pluralismo e della trasparenza delle procedure. Il Trattato di Lisbona elimina tutti questi riferimenti ed aggiunge invece un articolo interamente dedicato ai Parlamenti nazionali, che, in qualità di istituzioni rappresentative dei popoli europei, vedono accresciute le potenzialità di monitorare il *law making process* comunitario attraverso il controllo di sussidiarietà, la partecipazione alle procedure di revisione ed alla cooperazione interparlamentare tra parlamenti nazionali e Parlamento europeo, e la possibilità di essere informati sui progetti di atti legislativi europei in conformità del protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell’Unione europea.

4.2 Un argine all’argomento anti-maggioritario ed a quello non-maggioritario in qualità di surrogati della democrazia

La tesi sostenuta in questo scritto è che il Trattato di Lisbona provi in qualche modo a declinare la democrazia in chiave strettamente “rappresentativa”, tentando non di accantonare tutto ciò che sino ad ora ha permesso la democratizzazione del processo europeo (cioè la trasparenza, la partecipazione della società civile, il dialogo con le parti sociali, gli equilibri istituzionali anti-maggioritari in grado di dare voce alle diversità etc.), ma semplicemente di considerare queste strategie di legittimazione non alternative ma complementari ad i canali della rappresentanza.

L’argomento anti-maggioritario, seppur ancor presente in un equilibrio istituzionale che esalta la frammentazione e la dispersione dei poteri, era fortemente presente nella difesa dell’unanimità, che, paradossalmente nelle società pluralistiche si fa garante della più autentica democrazia, tutelando le diversità attraverso il potere di veto di ogni singolo Stato membro. Le storiche ritrosie nei confronti dell’abbandono del voto all’unanimità sono definitivamente superate dal Trattato di Lisbona, che per ragioni di efficienza della *governance* di un’Europa a 27, generalizza il voto a maggioranza qualificata come modalità decisionale all’interno del Consiglio dei ministri e del Consiglio europeo.

L’argomento non-maggioritario, analogamente, sembra non bastare più a se stesso nella legittimazione delle istituzioni tecnocratiche e non elettive. La delega alle istituzioni non maggioritarie⁴⁸, è stata infatti giustificata in base alla logica dei “credible commitments”⁴⁹ secondo cui solo un’istituzione terza ed imparziale riesce ad assicurare la credibilità degli impegni previamente sottoscritti tra le parti, viene giustificata in base alla possibilità di svincolare le cosiddette *regulatory policies* dal consenso elettorale in quanto meno sensibili delle politiche redistributive, alla riduzione di costi di transazione nell’affidare ad esperti la gestione di alcune politiche dotate di un certo grado di complessità, alla potenziale neutralità degli esperti rispetto ad organi elettivi spesso rappresentativi di una particolare maggioranza politica, all’expertise come garanzia di efficienza nella produzione di *outputs* desiderabili. Nonostante tutte queste argomentazioni a sostegno della delega alle istituzioni non maggioritarie, che Dahl definisce i *guardians*⁵⁰,

⁴⁸ Per una recente critica alla delega alle istituzioni non maggioritarie si rinvia a R. Bellamy e D. Castiglione, *Democracy by Delegation. Who Represents Whom and How in European Governance*, in *Government and Opposition*, Vol. 46, no.1/2011, pp. 101-125.

⁴⁹ A. Moravcsik, *op. cit.*, p. 213

⁵⁰ R. Dahl, *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press, Dahl, Robert. 1989.

anche il Trattato di Lisbona sembra porsi l'interrogativo che attanaglia le democrazie contemporanee: who guard the guardians?

Analizzando le disposizioni relative alla Commissione, in qualità di istituzione non-maggioritaria, vediamo che oltre alla possibilità che la Commissione sia collegialmente responsabile dinanzi al Parlamento europeo che può votare una mozione di censura, già contemplata dai precedenti Trattati, il Trattato di Lisbona introduce la possibilità per il Parlamento europeo di *eleggere* il Presidente della Commissione. Quest'ultimo era precedentemente *designato* dal Consiglio (riunito a livello dei capi di Stato e di governo). La designazione era poi approvata dal Parlamento (ex art. 214 paragrafo 2 TCE). Ai sensi dell'articolo 17.7 TUE, invece, il Consiglio europeo può soltanto proporre al Pe un candidato alla carica di presidente della Commissione (peraltro soltanto "tenuto conto delle elezioni del parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate"). Sarà poi il parlamento ad eleggere il Presidente della Commissione a maggioranza dei membri che lo compongono. Se non si raggiunge la maggioranza il Consiglio è infatti tenuto entro un mese a proporre un altro candidato. (Art. 17 comma 7 TUE). Il Trattato di Lisbona, dunque, sembra voler ricondurre la Commissione, che rappresenta l'istituzione non-maggioritaria per antonomasia, a meccanismi di responsabilità e accountability tipici della democrazia rappresentativa. In tal modo, dunque, l'argomento "non-maggioritario", che sublima la tecnica, l'expertise, e l'imparzialità può esser considerato complementare ma non sostitutivo agli strumenti della democrazia rappresentativa.