

Verso un cauto rafforzamento delle istituzioni nazionali nella nuova fase del processo di integrazione europea*

di Vincenzo Cerulli Irelli

1. Indubbiamente, dietro la nostra problematica, si intravede la sensazione diffusa in tanti ambienti pur dichiaratamente europeisti, che il c.d. deficit di democrazia da tempo riscontrato nelle istituzioni europee, non sia risolto né trovi nel Trattato di Lisbona nuove strade per il suo superamento; e questa sensazione si consolida come elemento di valutazione negativo del processo di costruzione europea, a fronte del fatto, altrettanto indiscutibile, che l'attività di governo delle istituzioni europee nei confronti degli Stati e dei popoli dell'Unione, segnatamente sul versante normativo, diventi sempre più pervasiva, sino a investire settori della vita economica e sociale, non direttamente rapportabili ai compiti propri dell'Unione (data anche l'applicazione assai estesa dell'art. 308 del Trattato, che ha consentito di superare il limite delle attribuzioni).

In realtà, resta ancora evidente la mancanza di una *constituency* europea, di un popolo europeo, di un'arena politica, di un'"*Öffentlichkeit*" europea, intesa come luogo comune di dibattito politico, nel quale si formano gli indirizzi per l'azione di governo; quelli che gli organi di governo prescelti attraverso procedimenti elettorali sono chiamati a mettere in atto e di cui rispondono alla stessa comunità (secondo i principi generalmente condivisi, sui quali si basa il tipo di Stato della nostra area culturale). Non si tratta invero di una semplice questione di territorio (nel quale è stanziata la popolazione organizzata come comunità politica e che dà luogo alla *constituency* politica degli organi di governo); chè possono esistere anche popoli senza territorio o comunità politiche che travalicano i confini territoriali degli Stati, ma quel che occorre, e di cui si sente la mancanza nell'ambito dell'Unione europea è, appunto, una *comunità politica*.

2. Dalla *Urteil* della Corte tedesca, emerge proprio questa esigenza di legittimazione democratica perché gli organi dell'Unione europea possano efficacemente (e legittimamente) esercitare i loro poteri di governo (e segnatamente quello massimo e caratterizzante la sovranità, che è il potere legislativo).

Ma dobbiamo considerare che le comunità politiche sono un dato di fatto, un dato storico, e non si possono costruire sulla carta. L'Italia unita nacque da un'iniziativa politica e militare, a volte imposta alle altre comunità territoriali, da parte dello Stato piemontese; ma dietro questa iniziativa, sicuramente c'era una

* Relazione al Seminario di Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea" - Roma, 21 settembre 2009

comunità, un popolo unito da comuni tradizioni culturali e linguistiche e sul versante politico, unito da vari movimenti (carboneria, Giovine Italia, etc.) formatisi nel contesto sociale, che dell'obiettivo dell'unità nazionale facevano la loro causa.

In Europa, questa comunità non c'è (così dice la Corte tedesca, ed è vero), almeno nell'attuale esperienza e presumibilmente anche negli anni a venire (*“non è il popolo europeo che è rappresentato ai sensi dell'art. 10, comma 1 del Trattato sull'Unione europea, ma i popoli d'Europa organizzati nei loro Stati”*: § 286). E in sua assenza, l'Unione europea è destinata a permanere a lungo nella situazione attuale, comunione di Stati (*Verbund*) e non comunità di popoli che attraverso un processo politico si dà una sua organizzazione di governo democraticamente legittimata.

La Corte fa ricorso al concetto (già utilizzato nella sentenza c.d. Maastricht del 1992) di *Staatenverbund*, inteso come associazione di lunga durata tra Stati sovrani che *“esercita autorità pubblica sulla base del Trattato, il cui ordinamento fondamentale tuttavia è nella sola disponibilità degli Stati e nel quale i popoli degli Stati membri, cioè dei cittadini degli Stati, rimangono i soggetti della legittimazione democratica”* (§229). In quest'ottica, la fonte dell'autorità comunitaria è da cercare negli Stati che, in quanto sovrani, sono i padroni dei Trattati (*Herren der Verträge*). Quello comunitario è quindi un ordinamento derivato (*abgeleitete Grundordnung*), titolare di autonomia sovrastatale (*überstaatliche Autonomie*), accordata dagli Stati (§ 231); non è invece un soggetto di autolegittimazione (*eigenständiges Legitimationssubjekt*: § 232). L'Unione europea pertanto può agire unicamente nei limiti delle competenze sovrane trasferite dagli Stati; competenze che devono peraltro essere sufficientemente determinate nel programma di integrazione (*Integrationsprogramm*: § 236).

Nell'attuale fase, l'Unione europea non ha quindi una configurazione statale (di tipo federale), cui corrisponde un livello di legittimazione proprio di una democrazia statale (§ 276). Ma secondo la Corte, *“nella misura in cui la stessa Unione europea esercita poteri pubblici derivati, non necessita di adeguarsi completamente a tale condizione”* (§ 271): non essendo l'Unione europea uno Stato, non deve rispondere in pieno alle regole di democrazia per essi stabilite.

L'auspicato salto verso un processo costituente pare dunque destinato a restare, allo stato, senza esito.

Questa constatazione viene a limitare non solo successivi passi avanti nel processo di integrazione europea, ma anche a contenere i risultati sinora ottenuti, spesso surrettiziamente, per piccoli passi, spesso mascherati e non accompagnati da un corrispondente processo di elaborazione politica. L'indubbia originalità della costruzione europea rispetto a precedenti esperienze internazionalistiche (CGCE C 26/62, Van Gend & Loos; C 6/64, Costa) e l'originale processo in essa inaugurato verso la formazione di un'organizzazione politica, non può essere ragione dello stravolgimento dell'assetto costituzionale proprio degli ordinamenti moderni (secondo il modello del c.d. Stato democratico costituzionale).

3. Da queste premesse sul ruolo degli Stati e sul loro rapporto con l'Unione la sentenza fa derivare alcune fondamentali affermazioni, le quali, se confermate e consolidate nella giurisprudenza successiva (e nella giurisprudenza di altre Corti nazionali che, in tal caso, non potranno via via non conformarsi), potrebbero modificare l'assetto delle istituzioni europee sin qui delineatosi, non a caso per opera della stessa giurisprudenza (della Corte di giustizia, seguita tuttavia, dopo le prime incertezze, dalle Corti nazionali); potenzialmente mettendo in discussione o comunque riducendo la portata del primato del diritto europeo.

La prima affermazione consiste nel rilievo che vi sono ambiti dell'azione di governo (che attengono alle condizioni di vita dei cittadini, la famiglia, la cultura, il sociale, etc.) circa i quali deve essere lasciata alle istituzioni nazionali una sufficiente (non necessariamente esclusiva) capacità di governo, a pena del superamento del limite al di là del quale la costruzione europea perderebbe i connotati di unione di Stati sovrani; cioè si configurerebbe come Stato federale essa stessa: *“l'unificazione europea sulla base di un'unione di Stati sovrani attraverso i Trattati non può essere realizzata in un modo tale che gli Stati membri non ritengano uno spazio sufficiente per la formazione politica delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali”* (§ 249).

Ciò sulla base della constatazione che la regolazione di queste sfere di vita non possono essere sottratte a scelte assunte secondo un metodo pienamente democratico, fondato sul confronto pubblico di opinioni.

Un più intenso livello di integrazione in senso federale (cui conseguirebbe una più marcata rinuncia di sovranità in questi ambiti) potrebbe realizzarsi, secondo la Corte, solo a seguito di un *processo costituente*, nell'ambito degli stessi Stati che dovrebbero radicalmente modificare le loro Costituzioni, aprendo, nell'ambito europeo, a questo punto trasformato in una arena politica, un processo costituente europeo (§ 263).

4. In secondo luogo, viene evidenziata la centralità e l'importanza, peraltro sufficientemente chiara nei Trattati, ma poco considerata nell'applicazione, del *principio di attribuzione*: l'Unione europea esercita le funzioni che sono conferite dal Trattato, in attribuzione esclusiva; e le funzioni concorrenti essa le esercita solo nei limiti segnati dal principio di sussidiarietà.

Gli atti adottati al di fuori delle sue attribuzioni, sono illegittimi, come del resto è pacifico nell'ambito di ogni ordinamento nel quale la legislazione primaria è ripartita tra più livelli di governo in base a una normativa di rango superiore (normativa costituzionale nell'ambito degli Stati federali o regionali, nell'ordinamento europeo in base al Trattato). Allo stato, il principio di attribuzione e il connesso principio di sussidiarietà, vincola le istituzioni europee, e ciò comporta, secondo la Corte tedesca, che le Corti interne – *“se tutela legale non viene fornita a*

livello europeo” – possano esercitare il sindacato sugli atti dell’Unione in caso di violazioni (controllo sull’*ultra vires*), almeno di quelle più gravi (*im Fall von ersichtlichen Grenzüberschreitungen*), di detti principi. In particolare la Corte potrà verificare non solo “*se gli atti giuridici (Rechtsakte) delle istituzioni e degli organi europei si mantengano nell’ambito dei confini dei poteri sovrani loro accordati attraverso il conferimento di poteri*” (§ 240), ma potrà anche “*accertare se la giurisdizione comunitaria interpreti i Trattati in una maniera estensiva che equivale a un inammissibile emendamento autonomo del Trattato*” (§ 338).

La Corte sul punto sviluppa e precisa le statuizioni contenute nella sentenza Maastricht, configurando questo tipo di controllo come eventuale e comunque condizionato alla non adeguata soluzione del problema da parte della Corte di Giustizia. Si tratterebbe quindi dell’esercizio di un potere giurisdizionale che presuppone una decisione della Corte europea, non condivisa dal giudice costituzionale.

Nella sentenza viene anche fatto salvo il sindacato costituzionale, come già precedentemente affermato (non solo dalla Corte tedesca), nel caso di violazioni di principi fondamentali della Costituzione e degli Stati. La Corte formula al riguardo alcune importanti precisazioni. Innanzitutto chiarisce di aver rinunciato alla sua competenza generale – che aveva originariamente affermato – a giudicare l’esecuzione del diritto comunitario in Germania contrario agli standard dei diritti fondamentali protetti dal GG, avendo fiducia nel ruolo svolto dalla Corte di Giustizia (§ 337). Si riserva però – oltre al controllo sull’*ultra vires* – un sindacato sull’identità costituzionale, per verificare “*se sia rispettato il contenuto essenziale e inviolabile della identità costituzionale della Legge fondamentale (Kerngehalt der Verfassungsidentität) in conformità agli artt. 23, comma 1, terza frase e 79, comma 3 della Costituzione stessa*”. Tale controllo, secondo la Corte garantisce “*che la prevalenza del diritto dell’Unione si applichi solo in virtù di, e in un contesto di, un’autorizzazione costituzionale che negli effetti continua*” (§ 240).

Posto che la tutela dell’identità costituzionale è radicata nella Costituzione tedesca e posto anche che l’art. 4 comma 2 del Trattato sull’Unione prevede il rispetto delle fondamentali strutture costituzionali e politiche degli Stati membri, per la sentenza, vi deve essere – anche in ossequio al principio di cooperazione – una sinergia tra la Corte costituzionale e quella europea in questo ambito. Ecco perché “*la garanzia dell’identità costituzionale nazionale nell’ambito della Costituzione e nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione vanno mano nella mano nell’area legale europea*” (§ 240).

Probabilmente anche per stemperare la portata di tali assunti, si sottolinea che non vi è contraddizione con l’obiettivo dell’apertura al diritto europeo stabilito dalla Costituzione se eccezionalmente e in presenza di precise e ristrette condizioni (*ausnahmsweise, unter besonderen und engen Voraussetzungen*), la Corte costituzionale dichiara norme europee non applicabili in Germania (§ 340). E a conferma dei suoi assunti richiama la pronuncia della Corte di Giustizia per cui “*gli*

obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce un presupposto della loro legittimità” (C415/05, Kadi).

Queste affermazioni, come è chiaro, sono, almeno a prima lettura dirompenti, sollevando importanti problemi interpretativi e disciplinari, che attengono al principio del primato del diritto comunitario. Un'ulteriore difficoltà è data dalla mancanza di norme procedurali che disciplinino condizioni, limiti e modalità di queste forme di controllo. Ciò ha indotto la Corte a invitare il Legislatore a prevedere una specifica procedura per l'azione di *ultra vires* e per quella di identità, per garantire l'osservanza dell'obbligo degli organi tedeschi a non applicare in Germania, in casi individuali, atti giuridici europei che eccedano le competenze trasferite o che violino l'identità costituzionale (§ 241).

Occorrerà attendere per vedere in cosa si tradurranno queste affermazioni della Corte. Per il momento ci si limita a osservare che questo sindacato (e in special modo quello di identità) potrebbe avere una nuova (inedita e impreveduta) espansione ove tra i principi fondamentali della Costituzione interna (quelli insuperabili, la cui violazione resta nel controllo delle Corti interne, c.d. controlimiti) si ritenessero compresi quelli posti dalle Costituzioni economiche degli Stati e segnatamente quelli che vanno a configurare il c.d. Stato sociale (nella Costituzione tedesca menzionati nell'art. 20); circa i quali, com'è noto, emergono non pochi contrasti tra principi interni (anche per quanto riguarda la Costituzione italiana) e principi e norme europee (adesso anche con riferimento alla normativa CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo).

5. In terzo luogo, la Corte tedesca fa discendere dalle premesse sopra ricordate che eventuali modificazioni del Trattato che non prevedano il ricorso alla procedura di ratifica devono comunque consentire un adeguato livello di coinvolgimento del Bundestag e del Bundesrat (§236), in ossequio al principio costituzionale della responsabilità parlamentare per l'integrazione (*Integrationsverantwortung*).

Questa affermazione rileva per le competenze dell'Unione definite dal Trattato che possono essere oltrepassate attraverso le ben note modalità di carattere flessibile finora ampiamente usate, modalità tuttavia previste dal Trattato stesso e rafforzate nella versione di Lisbona (c.d. passerelle, oltre all'art. 352, nuova versione dell'art. 308).

La Corte – nel verificare la legittimità della legge di adeguamento dei poteri del Parlamento – detta alcuni principi per le diverse ipotesi. Ad esempio, per quanto riguarda le passerelle generali e per la passerella speciale di cui all'art. 81, comma 3, punto 3 del TFUE, il rappresentante del Governo tedesco in seno al Consiglio potrà approvare la proposta di risoluzione solo se autorizzato da una legge del Parlamento ai sensi dell'art. 23, comma 1 GG (§ 319 e § 414). Lo stesso vale per la c.d. clausola di flessibilità di cui all'art. 352 del Trattato sul funzionamento (§ 417), che richiede

una ratifica da parte del Bundestag e del Bundesrat (§ 328).

Per le altre passerelle speciali (che non prevedono il diritto dei Parlamenti nazionali di far conoscere la loro opposizione) la Corte precisa che la legislazione europea sarà vincolante nella Repubblica federale, solo se il Bundestag (ed eventualmente il Bundesrat) abbiano approvato il draft di decisione, perché il silenzio di detti organi costituzionali non può essere costruito come un'approvazione (§ 416): *“solo nel rispetto di questi presupposti le corrispondenti previsioni del Trattato di Lisbona possono essere applicate in Germania”* (§ 320).

Quanto ai c.d. freni di emergenza (art. 48, comma 2, art. 82, comma 2, art. 83, comma 3 TFUE) il Governo tedesco dovrà agire in senso al Consiglio seguendo le istruzioni fornite dal Parlamento (§ 365 e § 418).

Ulteriori prescrizioni sono formulate per altre clausole del Trattato (§ 419).

Queste affermazioni riguardano essenzialmente i rapporti interni tra il Parlamento tedesco e il Governo federale e, in principio, non investono problemi di ordine comunitario. Un dubbio però è sollevato dall'inciso (sopra ricordato) contenuto nei §§ 316 e 416 dove si statuisce, a proposito delle passerelle speciali, che il mancato pronunciamento espresso del Bundesrat (e se del caso del Bundestag) sulla proposta di decisione rende inapplicabile in Germania il diritto europeo. Analogamente, potrebbero sorgere dubbi a proposito della clausola di flessibilità per la quale, nel § 328, si parla di necessaria legge di ratifica: cosa accade se il Parlamento non si pronuncia con legge? Si ha una situazione di mancata ratifica che preclude l'efficacia dei connessi atti giuridici o invece l'assenso del rappresentante tedesco in senso al Consiglio rende irrilevante la questione nei rapporti tra la Repubblica e l'Unione?

La Corte, peraltro, omette ogni specificazione circa la competenza ad acclarare detta conseguenza e se si rientri in un caso di controllo di *ultra vires* o di identità o se si versi in un'ulteriore ipotesi di inapplicabilità del diritto comunitario. Quel che è certo è che in tal modo problemi di ordine prettamente costituzionale (e politico) relativi ai rapporti tra Parlamento e Governo finiscono potenzialmente per ribaltarsi sulla vigenza del diritto comunitario e sulla relativa certezza e uniformità nel territorio dell'Unione.

Ma al di là di queste perplessità, è certo che ove questo principio si consolidasse (e fosse accolto anche da altri ordinamenti), costituirebbe un'innovazione rilevante al processo di integrazione, dal momento che i Parlamenti nazionali dovrebbero essere ampiamente investiti in importanti scelte comunitarie. Ciò che non potrebbe che rafforzare la legittimazione democratica delle scelte operate dall'Unione. In realtà, la sentenza – anche nelle parti dove può essere interpretata nel senso che la delibera parlamentare condiziona l'efficacia del diritto comunitario – può essere apprezzata per aver individuato un ulteriore strumento di cooperazione che si affianca a quelli contenuti nel Protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali e in quello sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

6. In conclusione, credo possiamo affermare che, da una parte la Corte stabilisce un limite a futuri passi avanti nel processo di integrazione europea, e un contenimento ai passi sinora effettuati; limite, del quale, solo un vero e proprio processo costituente, potrebbe consentire il superamento. D'altra parte, la Corte rivendica a se stessa, un ruolo di sindacato sugli atti europei, sinora inedito. E ancora, la Corte rivendica un ruolo dei Parlamenti nazionali in ordine al concreto esercizio delle funzioni europee, non consentendo alle istituzioni europee l'utilizzo degli strumenti flessibili se non dietro autorizzazione dei Parlamenti nazionali.

Ampia parte della motivazione della sentenza ruota intorno al tema dei rapporti tra principi delle Costituzioni nazionali e la normativa europea posta dai Trattati o dal diritto derivato.

Nonostante la Corte si fondi su convincimenti a volte in controtendenza rispetto alle concezioni prevalenti, non si può trascurare che le deroghe al principio di prevalenza del diritto europeo, da essa affacciate, così come i casi di competenza della Corte costituzionale sugli atti comunitari (controllo *ultra vires* e *di identità*) sono, nei fatti, limitate a ipotesi del tutto eccezionali e di difficile configurabilità concreta. Ma anche ove tali evenienze si dovessero verificare, non sembrano comunque in grado di mettere in pericolo l'esistenza e la realizzazione del progetto complessivo di unificazione.

Semmai queste affermazioni (se si dovessero consolidare e essere accolte in altri ordinamenti) potrebbero aprire nuovi scenari. Esse, ad esempio, potrebbero indurre a mantenere una permanente attenzione degli organi europei verso i principi costituzionali degli Stati e gli orientamenti espressi dai Parlamenti nazionali in ambiti di grande rilievo. E non sembra condivisibile la visione catastrofista per cui la sentenza produrrà inevitabilmente la paralisi delle azioni comunitarie, un regresso nel processo di integrazione, rallentamenti nei processi decisionali, o, addirittura, un minor tasso di democrazia.

Ma al contrario, le indicazioni fornite dalla Corte (che vede negli Stati e nei popoli il soggetto della legittimazione), se adeguatamente interpretate e metabolizzate dalle classi dirigenti nazionali ed europee, potrebbero determinare una maggiore centralità della politica, intesa in senso alto, come mediazione di contrapposte visioni e di interessi configgenti, insomma come servizio alla collettività. E proprio questa attività di bilanciamento tra diversi attori pubblici europei e nazionali – tutti parimenti legittimati a partecipare al dialogo – potrebbe costituire una delle basi per la costruzione di un'opinione pubblica europea; presupposto indefettibile non solo per sintesi politiche collettivamente accettate, ma anche, più in generale, per un potere pubblico realmente democratico.