

## Il trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just Law in the Books?\*

di Jörg Luther

1. Vorrei ripartire innanzitutto da Leopoldo Elia, un europeista che ha trascorso due anni fondamentali presso il primo Parlamento europeo, l'assemblea del Consiglio d'Europa, dove sembra essersi aperto a nuove forme, nuove mentalità, nuovi tentativi di pensare il federalismo. Un federalista che era alla ricerca dell'Europa nel diritto e nella politica, anche senza arruolarsi nelle file del partito federale invisibile che intraprendeva la marcia delle istituzioni europee. Quel che è stato prodotto in questa sede come dibattito, credo a lui sarebbe piaciuto. Sarebbe stato forse tanto contento di noi quanto scontento di questa sentenza.

2. Da osservatore un po' tedesco, un po' italiano e non tanto europeo, vorrei esprimere un'adesione al giudizio espresso da Gian Luigi Tosato secondo cui la sentenza merita una lettura equilibrata. Scendendo poi la forma dalla sostanza o lo stile dalla decisione, si dovrebbe dire che sono la forma e lo stile che gettano più ombre che luci. L'elenco delle ombre è certo lungo: da una citazione non corretta della produzione scientifica del rappresentante del *Bundestag* (§ 33), attraverso un *obiter dictum* con il quale il giudice costituzionale più forte, fino all'affermazione di un diritto all'ultima parola *ictu oculi* incompatibile con la sovranità popolare in argomento<sup>1</sup>. Quel che maggiormente impressiona in questa sede è quel *Unwort*, quella *boutade* dell'"iper-federalismo" e della "iper-federalizzazione". Ma da dove prende un giudice federale il diritto e dove sta scritta la norma che consente di giudicare "eccessive" alcune richieste di federalismo? Non vi è dubbio che per un giudice costituzionale tedesco il federalismo sia inseparabile dall'idea dello Stato federale nazionale, ma questo non consente di liquidare il federalismo internazionale come ideologia non europea. Certo, nella ricostruzione della storia dell'Unione europea si può tacere di Spinelli, ma non si può raccontare il progetto del Trattato costituzionale come qualcosa che Joschka Fischer avrebbe ripescato dalla storia delle idee politiche degli anni '50. Così si rischia un falso storiografico, che in una sentenza costituzionale non deve avere luogo. Chi usa il peggiorativo, rischia di tradire pregiudizi impacchettati in un linguaggio immeditato, di adirare il soccombente e farlo sentire vittima del male opposto, cioè dell'antifederalismo.

Ma proprio perché questa è una strada che non porta fuori dalle polemiche e aumenta i danni culturali, bisogna dare buon esempio di riequilibrio. Per ripartire dal nostro dibattito, la bontà di una sentenza si misura nella capacità dell'uditorio di darne interpretazioni sagge, e di queste, meno male, ne abbiamo sentite non poche; anzi questo è stato il momento del conforto ed è già non poco.

3. Non è sufficiente dire con *aplomb* diplomatico che la sentenza ha risolto una questione interna della Germania, anche perché il dispositivo rinvia, con la formula "nei sensi di cui in motivazione", ad un'interpretazione del Trattato di Lisbona conforme alla Costituzione tedesca<sup>2</sup> che, proprio per il fatto di essere vincolante per le autorità tedesche (§ 31 co. 1 BVerfGG), anche

---

\* 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

<sup>1</sup> Un aantiodoto silistico è la grottesca dell'avvocato F. Mayer, *Rashomon in Karlsruhe*, WHI - Paper 07/09, allegato a [http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a21/anhoerungen/90\\_sitzung/stellungnahmen/mayer.pdf](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/a21/anhoerungen/90_sitzung/stellungnahmen/mayer.pdf)

<sup>2</sup> Cfr. § 362. C. Classen, *Juristenzeitung* 2009, 889 nota la differenza rispetto al dispositivo della sentenza sul *Grundlagenvertrag* che fu dichiarato conforme alla Legge fondamentale "nell'interpretazione di cui alla motivazione".

nelle loro azioni esterne, è destinata a produrre effetti per tutta l'Europa e ogni altro Stato che partecipa all'Unione.

Bisogna entrare piuttosto nell'analisi di alcuni aspetti strettamente giuridici che possono avere una certa rilevanza anche per l'Italia. Il compito critico e ricostruttivo del lettore europeo in Italia è di verificare se all'interpretazione del Trattato proposta dalla sentenza può corrispondere anche un'interpretazione conforme alla Costituzione italiana e a quella europea, ammesso che sia concepibile in termini giuridici o anche solo politici. A questo punto bisogna ragionare sulla questione se il parametro del giudizio costituzionale tedesco sia generalizzabile o meno.

4. L'art. 23 della Costituzione tedesca è stato inserito in quella Costituzione per avere un parametro di controllo, ed i giudici di Karlsruhe non potevano non prendere sul serio questo parametro, apparentemente più configurato come un freno che non come uno stimolo. La sentenza nasce da problemi interpretativi seri di questo articolo che ancora oggi crea problemi di traduzione. "Per la realizzazione di un'Europa unita, la Repubblica federale di Germania partecipa allo sviluppo dell'Unione europea, che è obbligata a rispettare principi democratici, di stato di diritto, sociali e federativi e il principio di sussidiarietà". L'obbligo di seguire questi principi strutturali non è semplicemente posto dalla Legge fondamentale che dichiara l'Unione obbligata senza specificare la fonte dell'obbligo. Questa fonte è duplice, pattizia e costituzionale, perché i principi invocati appartengono sia all'ordinamento europeo, basato sui trattati e sui principi comuni di diritto in essi richiamati, sia all'ordinamento costituzionale tedesco.

Certo dal punto di vista interno all'ordinamento nazionale, il Trattato è il frutto di un potere sovrano, l'ordinamento da esso istituito quindi non è originario. Dal punto di vista comunitario, lo stesso Trattato, pertanto, non disconosce i propri autori, rispettando la loro identità nazionale fondata sulla coscienza dei cittadini europei che formano i rispettivi popoli. A differenza della visione nazionale che parte da una Costituzione, quella comunitaria impone di considerare il potere dell'Unione derivato da tutti gli Stati democratici che lo compongono. Che debba essere considerato un potere derivato dalle sovranità di più popoli sta scritto nella natura di un'Unione basata sui principi anzidetti ed è condizione necessaria, ma non sufficiente, anche di una democrazia nella stessa Unione delle democrazie, allo stesso modo in cui anche una legge di uno stato democratico unitario non sarebbe di per sé garanzia sufficiente della nascita di una democrazia regionale autonoma.

I principi cui fa riferimento l'art. 23, pertanto, sono insieme principi supremi dell'identità costituzionale nazionale e dell'identità istituzionale dell'Unione, cioè di entrambi gli ordinamenti. È chiaro che l'identità dell'Unione europea non riposa su una Costituzione legislativa alla francese, semmai su una Costituzione pattizia attuata, simile a quella consuetudinaria e convenzionale sul modello britannico. La stessa Corte costituzionale tedesca ammette, pertanto, che almeno sotto un profilo funzionale si può parlare di una costituzione politica (*politische Verfaßtheit*) dell'Europa.

Dal punto di vista della Costituzione italiana, gli stessi principi, ad eccezione di quelli federativi, sono qualificati esplicitamente, o nel caso dello stato di diritto, implicitamente fondamentali dell'ordinamento costituzionale, dei diritti costituzionali e dei poteri, anche di quello estero, ma l'art. 11 della Costituzione stabilisce come scopi principali dell'ordinamento europeo, come di ogni altra organizzazione, solo "pace e giustizia fra le Nazioni". In mancanza di un dato testuale equivalente a quello dell'art. 23 della Legge fondamentale tedesca si potrebbe concludere che probabilmente non tutti gli elementi dell'interpretazione restrittiva tedesca del trattato possono ritenersi comandati anche dalla Costituzione italiana, a meno che non siano riconducibili a necessità di pace e giustizia internazionale o di tutela dei diritti inviolabili, inclusi quelli politici e sociali.

5. Quel che piace a non pochi costituzionalisti italiani, è la difesa della forma di governo parlamentare, costruita attorno alla difesa di un voto che può essere considerato solo indiretto per il Cancelliere. A prima vista, la sentenza evidenzia anche qui uno stile britannico e cerca di rafforzare

solo quel che già lo stesso Trattato di Lisbona tende a rafforzare. Sul principio nulla sarebbe quindi da eccepire, se non vi fosse il sospetto che le direttive rivolte al legislatore non siano frutto di mero altruismo. Se si interpreta la riserva di legge di cui all'art. 23, co. 1, par. 2, della Legge fondamentale come applicabile ad ogni modifica sostanziale del diritto primario, anche senza revisione testuale dei trattati, non è detto che il Parlamento diventi un *veto player* effettivamente più forte. Se il legislatore parlamentare è solo in grado di approvare o meno una legge in senso formale, rischia di essere degradato per lo più a semplice “yes-sayer”, anche in caso di necessarie intese *bipartisan* per il raggiungimento della maggioranza qualificata dei due terzi (art. 23, co. 1, per. 3, LF). Oppure rischia di prendere decisioni comunque poi destinate ad essere impugnate a Karlsruhe.

Il potere effettivo del Parlamento nazionale di partecipare al *decision-making* non dipende dalla lettera della Costituzione e non deriva dalla sentenza di un giudice costituzionale. La Corte costituzionale di Varsavia ha ricordato che molto dipende dalla capacità del Parlamento di compensare la perdita di competenze legislative con competenze di controllo.<sup>3</sup> Se proprio l'informalità e non programmazione dei controlli è una condizione dell'efficacia di poteri di partecipazione, la calendarizzazione delle leggi di approvazione può sortire effetti controproducenti. Non è quindi detto che il Parlamento si rafforzi. Fino a quando non si riesce a rendere più efficace il controllo parlamentare, sarebbe poco utile recepire le tre leggi con le quali le forze politiche della vecchia e della nuova coalizione hanno dovuto, ancora nella fase più calda della campagna elettorale, sbrigare i compiti dati a Karlsruhe. Tali leggi, scritte secondo le istruzioni forse più dettagliate che una sentenza costituzionale tedesca abbia mai impartito, hanno reso il Parlamento forte semmai nella misura in cui ha resistito ai suggerimenti ulteriori con i quali la Corte di Karlsruhe ipotizzava più poteri per se stessa

6. Un altro elemento che ha suscitato particolare interesse in Italia (ad esempio, da parte di Cerulli Irelli), è il principio di attribuzione, più precisamente il principio di attribuzione specifica limitata. In sostanza, era già stato messo al centro della sentenza di Maastricht per consolidare il proprio potere di controllo dal cui esercizio la Corte di Karlsruhe si era “ritirato”, come se la giurisdizione di Bruxelles sul punto fosse delegata. Tutto questo non sembra aver influenzato più di tanto né la prassi delle istituzioni, né la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione. Parlare ora di controllo *ultra vires*, un concetto proveniente da un ordinamento come quello inglese privo di apposita giurisdizione amministrativa e costituzionale<sup>4</sup>, significa anche riconoscere che finora non era una competenza di controllo chiara. Introdurre inoltre un secondo controllo d'identità, nuovamente senza offrire un parametro che abbia certezza digitale, forse significa solo ammettere che il primo controllo è imperfetto.

Quali implicazioni avrà questo controllo di identità sul primato del diritto comunitario? E come si relaziona al principio del favore per il diritto europeo? I giudici comuni devono essere *friendly*, favorevoli al diritto europeo, riconoscerne il primato, ma non sono obbligati a cercare poi anche un'interpretazione del diritto comunitario conforme anche all'identità costituzionale tedesca? Non dimentichiamoci che il rispetto dell'identità costituzionale potrebbe essere norma forse già vigente del diritto dell'Unione (art. 6 co. 3 TUE) e spetterebbe quindi anche ai giudici nazionali comuni. I giudici di *Karlsruhe*, come già per il controllo *ultra vires*, pretendono di riservarsi in esclusiva anche questo controllo d'identità. Ma una cosa è dilatare ulteriormente lo strumento del controllo in via incidentale per togliere ai giudici comuni un diritto di *nullification* eccezionale di singoli atti, un'altra cosa è invitare il legislatore a cambiare la legge istitutiva e magari anche la Costituzione per dare una nuova competenza alla Corte costituzionale. Il Parlamento tedesco ha accolto tutte le direttive, ma giustamente non questa. Il giudice costituzionale può ammonire il legislatore se il diritto costituzionale è ancora in uno stato “*soft*”, ma non può abusare della forma di

<sup>3</sup> Sent. 12. 1. 2005 (K24/04) sul controllo bicamerale. Cit. da C. Classen, op. cit., 886.

<sup>4</sup> Cfr. F. Becker, *Die Bedeutung der ultra vires-Lehre als Maßstab richterlicher Kontrolle öffentlicher Gewalt in England*, ZaöRV (Heidelberg Journal of International Law), 61.2001, 85ss.

una sentenza per esercitare nella sostanza un potere di iniziativa legislativa per il diritto processuale costituzionale. Anche il giudice costituzionale forse più forte del mondo deve rispettare i limiti del proprio potere, altrimenti il richiamo alla *ultra vires doctrina* rischia di diventare un pericolo per la propria autorità e involontariamente autoironico.

7. Una delle ragioni per cui l'art. 23 della Legge fondamentale tedesca ha suscitato interesse, ma non è stato recepito nella progettazione della riforma costituzionale in Italia, è dovuto al fatto che non si sapeva ancora come interpretarlo bene. Conviene tornare al problema esegetico: “Al fine di realizzare un’Europa unita, la Repubblica federale di Germania partecipa allo sviluppo dell’Unione europea.” Se l’uso dell’indicativo è rafforzativo, esprime allora più un permesso o più un comando? Se l’obiettivo della fonte è quello di incanalare lo sviluppo nelle vie del costituzionalismo, potrebbe porre un freno, ma potrebbe esprimere anche uno stimolo. Questo problema era stato ben visto da Ingolf Pernice nell’atto di costituzione in giudizio del *Bundestag*. L’idea era di poter andare oltre la sentenza di Maastricht che non aveva potuto utilizzare questo parametro non ancora entrato in vigore, e oltre una dottrina che alla luce della sentenza Maastricht tendeva a leggere l’art. 23 della Legge fondamentale più come una norma meramente di autorizzazione che non come un mandato costituzionale di integrazione. Come è stato risolto il problema nella sentenza Lisbona? Innanzitutto con una parola secondo cui l’integrazione sarà una responsabilità. La parola suona bene perché è un po’ ambigua, cercando di dare a ciascuno il suo: per la destra e la sinistra radicale significherà responsabilità per la legalità dell’integrazione, che non oltrepassi i limiti, per gli europeisti significherà la responsabilità per il buon risultato dell’integrazione e dello sviluppo dell’Unione. Sin qui la motivazione presta un buon servizio di retorica repubblicana, ma poi in un altro passo dice che quel che conta è che la Germania “vuole” l’integrazione. Benissimo, suonerà bene nelle orecchie dei germanofobi, ma quale *status* ha questa volontà? L’art. 23 della Legge fondamentale è una dichiarazione di volontà solo politicamente o anche giuridicamente vincolante?

A questo potrebbe pensare l’altro neologismo, la *Europarechtsfreundlichkeit*. Eppure anche qui a qualcuno diffidente potrebbe suonare nell’orecchio come “amici come prima” e a qualcun altro cinico come “*freundlich, aber unverbindlich*”, “amichevole, ma senza vincolo”. Ecco, per evitare le diffidenze e i cinismi, meglio intendere l’amicizia come un dovere non meramente etico, ma, in senso giuridico, come dovere di essere favorevoli allo sviluppo dell’integrazione nei limiti, solo eccezionali, che pone a tutti il nostro dovere di garantire l’identità costituzionale, di essere civilmente e costituzionalmente insieme europei e tedeschi, italiani, francesi ecc... Non so se questa sia l’intenzione del giudice costituzionale, ma non vi è dubbio che il concetto di *Europafreundlichkeit* può essere più costruttivo della conservazione terminologica di quello di *Staatenverbund* messo in prima vista nella vetrina delle massime. La motivazione della sentenza mette questo principio di favore per il diritto europeo vicino al termine di favore per il diritto internazionale, che riecheggia uno spirito di “gentilezza” tra nazioni e implica, nel contesto non più ottocentesco della democrazia, una pretesa anche un po’ sfacciata per la pancia piena del cittadino, che deve considerarsi ambasciatore della sua nazione anche quando affronta gli stranieri o è loro ospite. Ma anche per quanto riguarda invece le sue implicazioni giuridiche, il *favor* rischia di risultare più esigente rispetto alla semplice lealtà comunitaria. Non dimentichiamo la lezione di Smend secondo cui esiste anche una *Bundesfreundlichkeit* nel diritto costituzionale tedesco, qualcosa di sostanziale e non falsamente formale, di costituzionalmente più elaborato rispetto all’antica lealtà federale<sup>5</sup>. Nulla vieta di ancorare questa *Europafreundlichkeit* ai principi federativi dell’art. 23 co. 1 della Legge fondamentale, neanche l’accusa politica *ultra vires* di iperfederalismo.

<sup>5</sup> R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, Berlin 1928, 171, trad. it., *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano 1991, 251ss., parla della “norma generale confederativa” sull’atteggiamento amichevole verso la federazione: la costituzione obbliga Reich e Länder non soltanto ad una reciproca correttezza formale nell’adempiimento degli obblighi giuridico-statali e nell’applicazione dei poteri dati formalmente anche senza scrupoli di sorta (...), ma li obbliga altresì

8. Particolare attenzione per l'Italia meritano infine le conseguenze giuridiche della sentenza. Solo per indicare due problemi nuovi, ricordo che la sentenza purtroppo non dedica neanche un paragrafo a motivare perché la legislazione collegata dichiarata incostituzionale debba essere riformata prima del deposito della ratifica. Se la legge di approvazione - che è forse qualcosa di più della semplice autorizzazione alla ratifica - non è contraria alla Costituzione, ma deve solo interpretarsi in modo conforme alla stessa, perché non può il legislatore decidere liberamente di rinviare al nuovo Parlamento la sola riforma della legislazione collegata dopo la ratifica e l'entrata in vigore della revisione costituzionale? Il Parlamento si è conformato al mandato, ma ha anche deciso di non chiedere al Governo federale di esprimere, all'atto della ratifica, una riserva che avrebbe dovuto essere ancora accettata dagli altri stati membri<sup>6</sup>. Resta tuttavia aperto il noto problema giuridico: fino a che punto una legge di autorizzazione alla ratifica potrebbe contenere direttive e indirizzi di tal genere. Un problema ulteriore potrebbe sorgere in caso di recezione del modello tedesco della "legislazione collegata". Potrebbe il legislatore rinviare il momento dell'entrata in vigore della legge di autorizzazione alla ratifica all'approvazione della legge collegata?

9. Segnalo un secondo problema pratico, collegato alle osservazioni della sentenza sull'eventuale non democraticità delle decisioni del Parlamento europeo. Anche la Corte costituzionale, ogni tanto, cita le risoluzioni del Parlamento europeo. Ecco, ma che valore hanno simili risoluzioni prese da una maggioranza di parlamentari che non rappresenta strutturalmente una maggioranza di cittadini europei? Possono avere ancora un valore di *soft law* se non si crea una doppia contabilità del voto, come invece qui sembra suggerire la sentenza di Karlsruhe? Potrebbe il Parlamento europeo decidere di creare per le proprie votazioni una registrazione del peso dei voti per paese? Matematicamente dovrebbe essere possibile fare un calcolo moltiplicando il voto di ogni rappresentante nazionale per un coefficiente che esprima la propria rappresentatività su scala di cittadinanza europea, per capire se effettivamente la maggioranza del Parlamento corrisponde a una maggioranza demografica. Certo, Franco Bassanini ha ragione a dire che probabilmente nessun Parlamento del mondo procede in questo modo, ma la logica della sentenza di Lisbona non è del tutto estranea a quella del Trattato, e dobbiamo ora chiederci perché non si fanno questi calcoli possibili e neanche troppo dispendiosi. Forse non lo si fa perché fa paura soprattutto agli Stati piccoli.

Infatti, se vogliamo trasferire il regime di democrazia a livello internazionale, non dobbiamo dimenticarci delle garanzie delle minoranze nazionali. Tale garanzia nel diritto internazionale è offerta soprattutto dal modello giuridico dello Stato nazionale. In fondo, rispetto a una democrazia globale, che alla luce delle esperienze del totalitarismo fa ancora paura perché rischia forse di degradare l'uomo più a numero politico che non a soggetto civico, lo Stato nazionale potrebbe essere ancora utile come dispositivo culturale di tutela e garanzia delle minoranze nazionali. Questo è forse anche il pensiero che sorregge l'idea secondo cui l'Europa debba essere una patria di minoranze, cara ad esempio all'ex Presidente della Commissione Romano Prodi. Se così è, può essere giusto premiare gli Stati piccoli più di quelli grandi nella conformazione del diritto elettorale per il Parlamento europeo, per inserirlo in una rete democratica dotata di correttivi che escludano che il numero grande schiacci i numeri piccoli. Servirebbe in ogni caso una lettura costruttiva della sentenza per evitare quella distruttiva secondo la quale i giudici di Karlsruhe avrebbero voluto solo mascherare una pretesa di egemonia fondata sulla certezza di essere, allo stato attuale, la maggioranza relativa nazionale dell'Unione.

---

alla concordia, alla ricerca e produzione continua di un buon rapporto di amichevolezza nei confronti della federazione.”

<sup>6</sup> Cfr. in tal senso K. Gärditz / C. Hillgruber, *Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen*, Juristenzeitung, 2009, 878

10. Queste prime osservazioni, piuttosto intuitive, possono essere definitive solo in questo primo seminario. Preoccupano le prossime parole, quelle della dottrina sull'interpretazione delle disposizioni particolari dei due trattati - sull'Unione e sul suo funzionamento conclusi a Lisbona -, quelle dei giudici di Bruxelles, quelle di Karlsruhe sul ricorso costituzionale contro la "giurisprudenza Mangold", quelle del Parlamento di Strasburgo. Non è invece l'ultima parola, che non ha nessuna Corte. Ma, come dice la stessa sentenza ai cittadini europei ed italiani, tedeschi, francesi, inglesi, olandesi, irlandesi, polacchi, cechi etc. *"the Constitution may be what the judges say it is, but their judgment is what the community of the interpreters say it means"*.