

ANDREA MANZELLA

La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona: 80 giorni dopo *

Sono passati appena 80 giorni: e la sentenza del 30 giugno, come nella fantasia di Giulio Verne, ha fatto il giro del mondo. Nel senso che ha fatto il pieno dei commenti internazionali, politici e giuridici: insieme. Perché anche le più rigorose analisi giuridiche non hanno potuto evitare, alla fine, di valutare politicamente questa sentenza di mezza estate. Più “manifesto politico dei giudici” che sentenza: ha detto il prof. Tomuschat, titolare della cattedra di diritto pubblico ed europeo della Humboldt Universität di Berlino.

Ma la vocazione “politica” della sentenza conduce a tre vistosi nodi di contraddizioni. Contraddizioni, che naturalmente possono e devono essere pensate come creative. Perché alla loro base, vi sono, nientedimeno che la questione di una rappresentanza politica valida per un territorio, intersecato da nazioni storiche e da plurime identità, come l’Europa; e la questione di un diritto efficace per l’intero territorio europeo, dopo secolari differenziazioni di concezioni giuridiche, consuetudini, giurisprudenze. Ricerca di un diritto e di una rappresentanza che continuerà ad essere compito di generazioni e non di una sola stagione politica, naturalmente.

A) Il primo nodo sintomatico di una sfasatura è nello stesso impiego di 147 pagine e 420 paragrafi per concludere che il Trattato è compatibile con la Costituzione tedesca e che occorre solo cambiare le “leggi di accompagnamento” (accogliendo così soltanto il primo dei ricorsi presentati, quello del deputato della CSU bavarese, Gauweiler). Per intenderci, le “leggi di accompagnamento” sono quattro atti equivalenti a quella che da noi si chiama la “legge comunitaria di base” (nella sua ultima versione, la legge nr. 11 del 4 febbraio 2005: “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione europea”; alla quale, peraltro, quasi ogni anno, appunto con la legge comunitaria annuale, si aggiungono emendamenti specificativi di ulteriori garanzie). Un allineamento a procedure di controllo che, con minore o maggiore intensità, sono da tempo note al diritto dei parlamenti dell’Unione.

* Intervento 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

La “sfasatura” pratica fa emergere però una prima contraddizione. In almeno dieci punti la generica approvazione parlamentare, presupposta dal Trattato di Lisbona e dalla stessa Costituzione tedesca, è ricondotta a vera e propria legge di ratifica. Ma richiedere che le procedure di sindacato parlamentare siano ricondotte con tale frequenza alla forma della legge, ha l'effetto finale di sostituire un potere di controllo parlamentare con un potere di controllo giurisdizionale dei giudici di Karlsruhe.

Da un lato, dunque, vi è nella sentenza una difesa del parlamentarismo e del diritto elettorale legato al principio di dignità personale. Dall'altro, un'avocazione alla Corte del controllo su ogni nuova fase integrazionistica dell'Unione, secondo una propria qualificazione delle più svariate politiche pubbliche: in chiara rotta di collisione con il libero mandato parlamentare, appena invocato. “Libero” anche nei confronti delle istituzioni dell'Unione: dato che i nuovi sviluppi ordinamentali europei provvedono ogni Camera legislativa degli Stati membri di anche troppo estesi poteri di controllo sui principi di attribuzione, di proporzionalità, di sussidiarietà.

Una contraddizione che, comunque, sembra lontanissima dal comune sentire della stragrande maggioranza parlamentare della Germania. Lo dimostra il fatto che, in questi 80 giorni, e a pochissimo tempo da complicate elezioni politiche, il *Bundestag* e il *Bundesrat* si siano già riuniti e abbiano approvato in tre sole sedute (due il *Bundestag* e una il *Bundesrat*) le nuove “leggi di accompagnamento”, più o meno accogliendo (con i 12 paragrafi dell'articolo 1 intitolato alla “responsabilità per l'integrazione”) il “sotto dettatura” della Corte. Ci sono casi in cui l'immediata, acritica acquiescenza è più indicativa di qualsiasi dilatoria obiezione.

Di più. La stessa rapidità dell'adeguamento, in un momento così particolare della politica tedesca, fa pensare alla riserva di un accomodamento provvisorio, in attesa di un più solido assestamento di prassi parlamentari e della stessa giurisprudenza della Corte.

Naturalmente, il problema del ruolo dei parlamenti nazionali dell'Unione non nasce da questa sentenza. Lo sciovinismo parlamentare che normalmente si manifesta nelle riunioni formato COSAC e, soprattutto, il rischioso intreccio, presente nei “protocolli” del Trattato di Lisbona, di corrette procedure di cooperazione parlamentare e di discutibili interventi decisionali di singole Assemblee nazionali, erano già ben visibili e rilevati.

La Corte costituzionale federale porta, da un lato, alle estreme conseguenze i rischi presenti nel nuovo Trattato. Decostruisce, dall'altro lato, quella “cooperazione interparlamentare” che è principio portante del sistema parlamentare europeo. Lo fa denunciando il *deficit* strutturale del Parlamento europeo, sia a causa del suo sistema

rappresentativo a proporzionalità decrescente sia a causa della sua elezione frazionata in elezioni nazionali.

Sulla infondatezza del primo rilievo è decisivo lo stesso principio del rispetto della “identità nazionale” degli Stati membri, e della loro “uguaglianza davanti ai trattati”, rispetto che sarebbe solo illusorio, nell’un caso e nell’altro, se la loro rappresentatività in seno al Parlamento europeo non fosse garantita: sia pure al livello minimo di un diritto di tribuna. Comuni esperienze di diritto elettorale comparato mostrano d’altronde come la correlazione tra territorio e rappresentanza politica sfugga quasi sempre a rigidi criteri di proporzionalismo sul parametro della popolazione.

Sul secondo rilievo, è il fatto stesso che il Parlamento europeo assuma le sue decisioni sulla base del principio di maggioranza, a determinare con evidenza il superamento e l’assorbimento dell’originario frazionamento elettorale: la fusione decisionale finale è preponderante, nella definizione dell’organo, sulla sua diversificazione iniziale per elezioni nazionali.

E’ evidente che è lo stesso principio delle differenti identità costituzionali nazionali a condurre necessariamente, per ora (sino a che non intervenga la complessa procedura unanime prevista, art. 223 Trattato di Lisbona), ad un sistema elettorale del Parlamento europeo non corrispondente ad un modello unico e predeterminato.

Ma quel che più importa è che la Corte costituzionale federale sembra trascurare precise caratteristiche dell’attuale sistema parlamentare europeo.

La prima caratteristica è l’unificazione dell’elettorato attivo e passivo: su un piede di parità di tutti i cittadini dell’Unione.

La seconda caratteristica è che - come è evidente dalla risoluzione del Parlamento europeo dell’11 ottobre 2007 - il criterio di proporzionalità è ormai temperato (quali che siano state le resistenze formali italiane) con il principio di popolazione “attiva”: il principio che attribuisce una plusvalenza di rappresentanza prescindendo dal mero criterio giuridico di cittadinanza.

In base a queste considerazioni sembra ormai improprio considerare il Parlamento europeo come istituzione a sé, distinta e isolata dal complesso dei parlamenti nazionali dell’Unione. Al contrario, vi è in corso un processo di “integrazione” parlamentare, un processo di rappresentatività integrata. La costruzione, insomma, di un “sistema” parlamentare: che comprenda sia il Parlamento europeo sia i parlamenti nazionali. E nel quale vi è uno scambio reciproco di legittimazione (basti pensare alla materia della difesa

europea, dove è solo la cooperazione con i parlamenti nazionali che consente al Parlamento europeo di interloquire).

E' dunque francamente incomprensibile che la Corte faccia prevalere nel suo ragionamento una sua concezione "isolazionistica" del Parlamento europeo: concezione che, semplicemente, non esiste ormai fattualmente. Soprattutto, non si capisce come questa delegittimazione del Parlamento europeo possa conciliarsi con il metodo delle "convenzioni" (a struttura sostanzialmente interparlamentare) previsto dall'art. 48 del Trattato di Lisbona per la procedura di revisione ordinaria dei trattati. Metodo convenzionale che non ha sollevato alcuna obiezione da parte della Corte.

B) Il secondo nodo di contraddizioni attiene alla questione dell'identità costituzionale nazionale. Sappiamo che l'art. 4 del ratificando Trattato di Lisbona dice testualmente, al secondo comma, "l'Unione rispetta... l'identità nazionale (degli Stati membri) insita nella loro struttura fondamentale, politico e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali". Un altro essenziale riferimento alla fisionomia costituzionale degli Stati membri è nell'art. 6 che si riferisce alle loro "tradizioni costituzionali" quelle tradizioni che, in quanto "comuni", costituiscono la base consorziale per includere i "diritti fondamentali - garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" - nel "diritto dell'Unione in quanto principi generali". Il concetto di identità costituzionale è, dunque, ben presente nell'ordinamento europeo.

Ma, fino a questa sentenza, anche la giurisprudenza della Corte costituzionale federale non pareva discostarsi dalla dottrina della immedesimazione di questa identità con i "principi supremi della Costituzione che attengono all'essenza dei valori supremi su cui si fonda la Costituzione quali i diritti inalienabili della persona umana" (è la formula della nostra sentenza n. 1146 del 1988 che chiarisce la base del "dualismo" rispetto all'ordinamento comunitario: rif. sentenza n. 170 del 1984).

D'altra parte, il richiamo dell'art. 23 co.1 della Costituzione tedesca alla "fedeltà ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico" e alla tutela "sostanzialmente paragonabile" dei diritti fondamentali si muove, come è evidente, nella ottica di una normativa per principi volta al fine testuale della "realizzazione di una Europa unita".

L'indicazione ulteriore nella sentenza di una serie indeterminata di "condizioni di vita" colpisce non già per il richiamo che essa fa all'osservanza del principio di attribuzione – cosa di per sé più che legittima - ma perché allarga indebitamente la copertura del

giudizio costituzionale a materie che “costituzionali” non sono. O almeno manca quella rigorosa individuazione del nucleo essenziale dello “Stato sociale” che solo può consentire il bilanciamento con il dovere di collaborazione allo sviluppo dell’Unione, dell’art. 23.

Il fatto è, appunto, che le *chicanes* disseminate dalla Corte federale nel processo interno tedesco di adeguamento ai futuri sviluppi dell’Unione, si muovono in uno spazio assai ristretto. E’ quello lasciato dalla “perdurante centralità dell’integrazione europea nel sistema costituzionale tedesco” (G.L. Tosato). Cioè da quella “collaborazione della Repubblica tedesca allo sviluppo dell’Unione”, testualmente richiesta dall’art. 23 della legge fondamentale. “Collaborazione” che può dunque, come fa la sentenza, essere minuziosamente precisata con la riserva allo Stato di uno “spazio sufficiente” in materie sensibili. Ma “collaborazione” che non può essere annullata neppure in quelle materie: ammettendo dunque, di volta in volta, seguendo il corso fluviale dei trattati, poteri di armonizzazione o concorrenti o di completamento, laddove vi siano “esigenze transfrontaliere”.

Insomma, la dorsale costituzionale – e programmatica – dell’art. 23, primo comma, è insuperabile. Né, quel che è ancora più significativo, sono chiamati in causa gli altri sei commi dello stesso articolo, tutti, com’è noto di carattere procedurale e, appunto garantista, rispetto al rapporto Germania-Unione Europea. Si incide, invece, sull’ultimo anello della catena procedurale: la legge ordinaria di accompagnamento. Quella già “normalizzata” da *Bundestag* e *Bundesrat*.

In questo ambito *naturaliter* limitato, risulta perciò sorprendentemente improprio lo stesso richiamo alla “clausola di eternità” a tutela del nucleo di sovranità statale, sia pure estensivamente interpretato.

Dobbiamo ricordare che la “clausola di eternità” (“la non modificabilità in perpetuo” secondo il linguaggio della nostra Corte costituzionale, in relazione all’art. 139 Cost.) fu inclusa nel 1949 per impedire la transizione pseudo-legale ad una dittatura (come da noi, appunto, sarebbe la violazione della “forma repubblicana” dell’art. 139: “riassuntiva di ciò che evoca l’idea di repubblica”, diceva Livio Paladin). E’ quindi difficile giustificare con quella clausola potenziali censure per ogni futuro passo in avanti dell’Unione europea. Sviluppi che ricadano in quella indefinita sfera che la Corte costituzionale federale chiama le “condizioni di vita dei cittadini”: con una elencazione esemplificata di riserve di sovranità statale (in cui però stranamente, non è incluso il primigenio diritto degli Stati di battere moneta).

La creazione giurisprudenziale di un nuovo strumento costituzionale di controllo *ultra vires*, attribuito dalla Corte a se stessa, finisce per essere a queste indeterminate condizioni, una vera e propria invasione della sfera di autonomia parlamentare.

C) Il terzo nodo di contraddizioni è legato alla costituzionalizzazione dell'Unione. Il fallimento del Trattato costituzionale per l'Europa è interpretato dai giudici di Karlsruhe come un azzeramento dell'intero processo di costituzionalizzazione dell'Unione: che inizia almeno dal 1957 ed è proseguito non solo con i successivi trattati, ma anche con la giurisprudenza della Corte di giustizia, non contraddetta dalle Corti costituzionali nazionali, e con i meccanismi, silenziosi ma di grande forza diffusiva, del mutuo riconoscimento.

Da questo realistico punto di vista, la questione non è il dilemma definitorio (Unione di Stati sovrani o Federazione di Stati–nazione o Confederazione) come ossessivamente ritiene la Corte federale: bensì quello dell'estensione del “nucleo duro” di sovranità stabile che sopravvive nello spazio pubblico-costituzionale europeo. Insomma, la questione si pone in termini contrari a quelli che si è posta la Corte federale. Essa infatti capovolge i termini del problema. E si chiede quale spazio di politiche pubbliche residua – come area secondaria, derivata – alla teorizzata espansione del nucleo di sovranità statale.

Senonché, per dirla con formula facile: il problema non è quello di una costituzione europea e della denominazione dell'ordinamento che ad essa corrisponda. E' semmai quello delle costituzioni nazionali: che dell'aggettivo hanno smarrito perfino la significanza. Tutte divenute “euro-costituzioni” per l'inerenza dei vincoli europei che le hanno profondamente modificate, in ogni loro espressione. Torna insomma il tema dell'identità costituzionale nazionale e della signoria degli Stati membri sui trattati. Ma torna come ci è consegnato dalla storia e dall'ordinamento che storicamente si è costruito. Gli Stati, certo sono “signori dei trattati” quali essi positivamente sono. Essi possono recederne e, ancora più certamente, possono condizionarne gli ulteriori sviluppi. Quello che non possono fare è sottrarsi ai vincoli di sovranità sino a che permangono nell'ordinamento sovranazionale da essi tracciato.

Soprattutto quello che una giurisprudenza costituzionale non può fare è andare contro, retroattivamente, al diritto costituito. Già si è detto come nella Costituzione della Germania federale, all'art. 23, ci sia quella che è forse la formula più incisiva e definitiva per disegnare l'identità costituzionale di uno Stato-membro:” l'apertura verso l'Europa”: “Per la realizzazione di una Europa unita la Germania collabora allo sviluppo dell'Unione europea...”. La Corte federale si dichiara assai rispettosa di questo principio che ha fin qui

guidato la progressione europea della Germania (con il “sacrificio” persino del marco, della sua possente moneta nazionale) ma trascura di spiegare come questo principio tutto dinamico possa conciliarsi con la cavillosa morosità dei suoi *caveat*.

Lo stesso uso alternativo, nella sentenza, dei termini “internazionale” e “sovrnazionale” per qualificare l’ordinamento dell’Unione, è un altro indice di un bilanciamento, tentato ma non raggiunto, fra ordinamenti nazionali e ordinamento dell’Unione. E’ evidente che il carattere della sovrnazionalità non si può misurare quantitativamente. Se si riscontra anche per una sola volta, e per una sola materia, nel rapporto tra ordinamenti, esso sussiste, per sempre e in tutte le materie, nella sua potenzialità. Sembra quindi ragionevole che sia il carattere della sovrnazionalità – con i limiti (dei trattati) e con i contro limiti (degli Stati) – quello che qualifichi la specificità del “rapporto europeo”, assorbendo, per così dire, la tradizionale qualificazione internazionalistica.

Assai significativa è la presenza, nel punto centrale del ragionamento, di una specie di “comma 22” che suona press’a poco così: “l’Unione europea potrebbe colmare il suo *deficit* democratico strutturale solo se riuscisse a diventare uno Stato federale; ma se diventasse uno Stato federale violerebbe la clausola posta a “garanzia eterna”, di immutabilità della Costituzione tedesca”. Non stupisce che il titolare della cattedra di diritto costituzionale e comunitario all’Università di Costanza, il prof. Schönberger, abbia potuto denunciare testualmente la “mancanza di serietà” di un simile ragionamento.

E’ lo stesso tipo di resistenza ai fatti che si rileva nella polemica Stato federale-Associazione di Stati sovrani: in quella che altri commentatori tedeschi della sentenza hanno riconosciuto come una polemica rivolta verso il passato, senza alcuna percezione delle dinamiche in moto verso il futuro.

Tutti sanno – perfino quelli che ancora la sostengono – che la prospettiva di Stato federale è regressiva nello spazio politico europeo. La realtà giuridica, istituzionale e politica si è andata sviluppando in altro modo, del tutto originale: attraverso, più che in forma di unione di Stati, in forma di unione di costituzioni. La stessa contrapposizione tra Unione europea e entità statali nazionali - su cui tanto insiste la sentenza – non ha più molto senso. Dal momento che le istituzioni dell’Unione sono sempre più interconnesse alle istituzioni statali (dalla comitologia, al COREPER, alla settorializzazione dei consigli dei ministri, alla cooperazione interparlamentare ai meccanismi di ricorso giurisdizionale preventivo). E le istituzioni statali, a loro volta, (dalla difesa alla giustizia alle istituzioni

parlamentari e a quelle economiche) sono vincolate in essenziali connessioni funzionali alle istituzioni dell'Unione.

Sono così vistosi, dunque, questi nodi di contraddizioni che si può avvalorare persino il sospetto che questa sentenza, giocata tutta su un esasperato formalismo, si debba in realtà considerare, e giustificare, come un rifiuto, sulla base dello *jus* positivo, ad ammettere nel giudizio di costituzionalità anche l'esperienza giuridica e politica in cui quello *jus* si è inverato e si invera.

Una separazione, insomma, tra dato formale ed effettività, come linea difensiva, neutra e attendista rispetto ai processi reali in corso: separazione non estranea a certe correnti profonde della cultura tedesca di ogni tempo.

Comunque, ad una lettura più corrente (e meno dietrologica) la sentenza della Corte costituzionale federale può sembrare contenere rischi di regressione sul piano giuridico.

Anche qui però, alla luce della esperienza di mezzo secolo (e pur scontando la logica distanza dagli entusiasmi – e dalle sottomissioni – delle origini) si deve segnalare uno scarto tra l'essere e l'apparire. Nel senso che il sistema di integrazione europeo è stato sempre una progressione di *stop and go*. E certo gli *stop* sono stati correttivi di troppo accelerati *go*. Tuttavia, vi è stato sempre un margine propulsivo o, se si vuole, inerziale, che non annulla mai completamente i *go*. Per questo, mentre ogni passo in avanti può essere “mascherato”, ogni ritorno all'indietro è fittizio. Da una vicenda che la stessa Corte riconduce negli stretti confini dell'ordinamento nazionale tedesco, è difficile possano scaturire effetti retroattivi sul complessivo processo di integrazione europeo.

Diverso il discorso sul piano politico. Se, per ora, la rilevanza della sentenza è stata già contrastata efficacemente a livello politico-parlamentare, essa tuttavia potrebbe produrre non irrilevanti conseguenze per l'avvenire. Se, infatti, una forte opposizione euroscettica si coagulasse, per ipotesi, nel parlamento tedesco, è evidente che la nuova strumentalizzazione della legge di accompagnamento potrebbe provocare ostruzionismi, rallentamenti e ostacoli nel processo di integrazione.

Né può essere trascurabile la influenza – ancora politica e non giuridica – che questa sentenza può avere in un Parlamento europeo dove, per la prima volta, nella legislatura appena iniziata, vi è una forte presenza di deputati euroscettici se non xenofobi o apertamente antieuropei.

Difronte a questo “manifesto” politico ritorna, insomma, la spietata domanda della politica: quante “divisioni” parlamentari ha la Corte di Karlsruhe?

Resta, naturalmente, sullo sfondo il problema costituzionale che non è solo di questa sentenza: il problema del generale rapporto tra la politica giurisprudenziale delle Corti costituzionali e l’indirizzo politico. Non l’indirizzo parlamentare di maggioranza ma quello che la nostra Costituzione (all’art. 49) definisce con la formula “politica nazionale”. In altri termini, fermo restando il controllo sulla osservanza dei precetti costituzionali, la questione è se concetti storicamente fluidi come quello di sovranità nazionale si possano invocare o ignorare, secondo i casi e nello stesso contesto, nella piena disponibilità di un tribunale costituzionale. Ma questa è, davvero, un’altra, e più complessa, storia.

Tornando a Karlsruhe, la Corte federale si troverà, tra non molto, ad affrontare nuovi casi europei. L’autocorrezione come rimedio (sia pure nelle forme indirette con cui avviene il ripensamento delle Corti) può essere stimolata dalle opinioni dissenzienti, già manifestatesi: isolatamente, in seno alla stessa Corte e, in misura straordinariamente importante, nella dottrina giuridica internazionale. E, paradossalmente, anche in quel contesto parlamentare nazionale che questa sentenza ha preteso garantire.