

In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*

di Gianni Ferrara

1. La sentenza del BVerGe sul Trattato di Lisbona del 30 giugno scorso sarà ricordata, con ogni probabilità, per le molte discussioni e le forti critiche che sta suscitando in Germania e negli altri Paesi d'Europa. Questa peculiarità imporrebbe perciò di discuterla senza pregiudizi. Con piena consapevolezza, certo, delle conseguenze che ne derivano e ne deriveranno, ma esaminandola, discutendola e valutandola soprattutto per il suo contenuto. Quindi per la validità dei giudizi espressi e delle motivazioni addotte, anche se implicanti la dissoluzione di costruzioni dottrinali faticosamente ma non tanto rigorosamente elaborate pur se insistentemente ribadite, anche se incrinano certezze lungamente covate ma debolmente fondate.

Le discussioni e le critiche muovono dalla portata della sentenza che infatti segna una svolta radicale nel processo di costruzione dell'Europa. Due alternative si fronteggiarono all'inizio di questo processo. Quella delle scorciatoie dei tecnocrati e delle tappe auto-fertilizzanti di Jean Monnet e quella esattamente opposta della strada maestra, che sollecitava l'emersione del potere costituente del popolo europeo, fondativa di questo popolo e della sua Costituzione, cioè la grande strategia politica di Altiero Spinelli. Prevalse la prima, come sappiamo. Ed è stata percorsa per cinquanta anni, troppi. Ma evidentemente troppo pochi per portarci all'unità politica dell'Europa. Il che però non può più mettere a tacere quanti dubitano dell'ulteriore potenziale propulsivo di questo metodo e quanti altri lo ritengono addirittura fallito nel suo obiettivo finale.

2. Intanto, e comunque, il metodo tecnocratico - incrementale è ormai bloccato. Il BVerGe definendo l'ordinamento europeo come derivato da quello costituzionale tedesco – così come da quello di ogni altro stato dell'Ue - ha definitivamente escluso che lo strumento trattato possa essere usato come fondativo di uno stato, anche se federale o come qualcos'altro che, in luogo dello stato, possa svolgerne lo stesso ruolo storico, la stessa funzione civilizzatrice, o, almeno pacificatrice all'interno della pluralità umana che ne è alla base. Quella che si chiamava una volta, e si chiama ancora, sovranità statale, può infatti essere limitata, in parte anche ceduta, ma non alienata, non soppiantata da altra, mediante una cessione del suo nucleo essenziale ed identificante, che resta statale perché, oltre ad essere inalienabile, è intrasmissibile. Dalla sentenza del 30 giugno la verità dell'intero processo col quale si è finora costruito l'ordinamento dell'Unione riemerge clamorosamente confermando la natura, l'origine di tale ordinamento e la sua impossibilità di incrementarsi ulteriormente sottraendo al potere popolare materie che gli

* 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

spetterebbero e che vengono camuffate come possibili e legittimi contenuti di trattati, che sono e restano atti statali di diritto internazionale.

Non si può dimenticare, sottovalutare, tanto meno negare che la natura giuridica di tali atti ne limita irrimediabilmente la portata, l'efficacia, la forza. Richiama puntualmente e inesorabilmente la derivazione statale dello strumento. Suppone ed impone il soggetto che lo produce, che non è nudo e non si esaurisce in quel solo atto. Trova anzi nella sequenza di tali sue manifestazioni normative la conferma della sua ineliminabile e incombente presenza nella realtà ordinamentale cui ha dato vita e cui somministra alimento continuo e vigenza costante, visto che nessuna delle istituzioni dell'Unione dispone di autonoma potestà coattiva e quindi della strumentazione necessaria per assicurare agli atti delle istituzioni dell'Unione la esecutorietà indispensabile per l'effettività dell'ordinamento stesso.

3. Dire che il soggetto stato non è nudo nell'operare al fine di rendere possibile l'ordinamento europeo significa ricordare che il suo nucleo identificante è quello di stato costituzionale, costituzionale e democratico. Come tale non può né ignorare la sua qualificazione, cioè i tratti che lo caratterizzano come tale, le singole norme che compongono la sua fisionomia, né può escludere quei tratti della sua identità nella produzione delle norme pattizie che contribuisce a produrre mediante i trattati. Deve e non può non infondere i propri caratteri, i principi cui si ispira, le norme che lo definiscono nei trattati alla cui elaborazione e determinazione partecipa. Tanto più se ed in quanto, tali trattati fungono da fonte di legittimazione della produzione di norme che, regolando rapporti interni alla sua sfera ordinamentale, necessiteranno della esecutorietà che ciascuno stato dovrà prestarle.

Una ulteriore conseguenza va tratta e va confermata. È quella della riserva a favore dello stesso organo di giurisdizione costituzionale del controllo di costituzionalità sugli atti di ricezione delle norme poste in essere dall'Unione, cioè delle leggi di accompagnamento (secondo l'ordinamento tedesco) così come delle leggi che in ogni ordinamento statale svolgono lo stesso ruolo (in Italia "legge comunitaria di base"). Non è infatti sufficiente l'atto parlamentare di ricezione, così come non basta la legge ordinaria a garantire la costituzionalità delle norme prodotte dai Parlamenti. È una conseguenza questa del tutto evidente e non si vede perché mai dovrebbe essere taciuta o essere rifiutata da una giurisprudenza che coglie l'occasione per una rivisitazione delle basi e dei caratteri dell'ordinamento cui è stato dato vita in virtù di una normativa costituzionale che trova la sua tutela proprio in detta giurisprudenza.

A questo proposito non pare fondata la tesi che le costituzioni nazionali sarebbero già state modificate dagli interventi dei vincoli europei che le avrebbero pervase da tempo e in ogni loro espressione. Intanto perché anche le Corti più corrive all'apertura all'Europa fin quasi all'abdicazione a favore delle fonti normative prima comunitarie ora dell'Unione, come quella italiana della sentenza 170/1984, hanno pur conservato una riserva a favore delle normative costituzionali nazionali espressive di principi fondamentali, supremi, inderogabili eccetera. Soprattutto perché non è sostenibile che possa esistere una sorta di limite, posto dal diritto costituito, al controllo della

giurisdizione costituzionale sulla normativa europea pregressa. Su quale principio, su quale dato normativo sarebbe fondato?

4. Ho fatto riferimento al nucleo identificante non a caso. Questo nucleo è identificante perché qualifica lo stato sia come costituzionale sia come democratico. Lo qualifica in riferimento allo stato tedesco e ad ogni altro stato dell'Ue. Un nucleo quindi che non può essere oggetto di riporto, come i capelli residui di chi ... colpito da calvizie, non si rasegna. La derivazione elettiva non può essere trasformata in permanente e generale legittimazione dell'eletto a qualsivoglia esercizio del potere conferitogli su qualsiasi oggetto, a qualunque altezza si collochi. Il potere che si conferisce, da qualche secolo a questa parte nei Paesi civili, è sempre limitato e non si traduce mai in mandato ulteriore a quello per il quale è attribuito, tanto meno può trasformarsi in fonte autonoma di legittimazione. Insomma il mandato rappresentativo vale sempre e solo per la rappresentanza come definita nell'organo rappresentativo cui si riferisce e non può sostituirsi alla sua fonte, né espropriarla.

5. Non condivido il turbamento degli ... euro-patrioti per gli effetti di questa sentenza. La passione europeista è più che commendevole. Ma non può sopraffare quella per la democrazia. Non a caso la norma dell'articolo 23 del Grundgesetz, nel sancire l'obiettivo dell'Europa unita, pone come condizione per la partecipazione tedesca al processo di sviluppo dell'Unione il principio democratico, quello dello stato di diritto, sociale e federativo, quello di sussidiarietà e quello di assicurare una tutela dei diritti fondamentali essenzialmente paragonabili quella dello stesso Grundgesetz. La domanda cui bisogna rispondere è allora questa: i rilievi che il Bvg ha mosso alle istituzioni dell'Ue quanto alla quantità di democrazia che le pervade e quanto agli altri principi costituzionali posti come condizionanti il processo di unificazione sono o non sono fondati? È il caso allora di ricordarli questi rilievi iniziando dalla constatazione che "... l'Unione europea non raggiunge alcuna forma che esprima il livello di legittimazione di una democrazia statale ...". Il giudizio coinvolge l'intero sistema istituzionale della UE. Il deficit democratico attiene ad ogni sua istituzione, investe tutte le procedure decisionali. Non sembra proprio che possano essere negate o attenuate le specifiche contestazioni alle singole istituzioni dell'UE. Quanto al Consiglio dei ministri perché organismo che riunisce i "signori dei trattati" – che sono gli stati come tali e non possono che esserlo e restare come tali essendosi guardati bene e guardandosi bene dal cedere la *Kompetenz-Kompetenz* - è ben lungi dal modello di "seconda camera" parlamentare negli ordinamenti federali. Quanto alla Commissione perché non può configurarsi come governo non essendo pienamente e realmente responsabile né nei confronti del Parlamento, né nei confronti del corpo elettorale. Quanto al Parlamento poi il Bfg constata che la sua rappresentatività effettiva non si riferisce al popolo europeo ma ai popoli dei singoli stati dell'UE.

Non è una denuncia capziosa, rivela infatti non solo il carattere decrescente della proporzionalità nella composizione numerica del Parlamento per il che quanto minore è la popolazione di uno degli stati membri, tanto maggiore è il peso del voto dei suoi cittadini,

anche dodici volte più dello stato più popoloso. Replicare che il rapporto tra territorio e rappresentanza politica nelle realtà statuali non è sempre garantito secondo rigidi criteri di proporzionalità non è convincente perché un deficit di proporzionalità non giustifica un altro deficit in altra analoga sede specie se eccessivo, tanto più se si riflette negativamente sull'eguaglianza di trattamento (peso) del voto politico.

6. D'altra parte, alla contestazione del Giudice costituzionale tedesco, se ne possono aggiungere altre due. Una riguarda proprio la rappresentatività del Parlamento europeo. Stante che si riferisce ai popoli degli stati e non al popolo europeo, essa rivela che l'unità di questo popolo non solo non emerge, con tutte le conseguenze che ne deriverebbero, ma che il sistema di elezione, per stati, impedisce che possa avviarsi a costruirsi. Una rappresentanza di entità diverse sia per storia, che per lingua, per cultura, per grado di sviluppo economico-sociale, entità che non riescono a proporsi come *demos*, pur differenziato quanto mai politicamente ma unitariamente teso a porsi come termine di un rapporto proiettivo unitario sul fine della rappresentanza stessa, quale potere politico può detenere ed esercitare? E se non esercita potere politico di quale ruolo è investito? Quello di fingere una legittimazione democratica agli atti normativi che contribuisce a porre in essere? Di sola finzione può infatti trattarsi. Infatti l'istituzione che incorpora tale rappresentanza è definita normativamente in modo da risultare amputata e depredata. Amputata del potere di iniziativa dei propri atti, unico Parlamento al mondo, visto che è la Commissione che detiene detto potere, il cui esercizio può essere solo sollecitato dal Parlamento ma certo non obbligato.

Depredata dal potere di scegliere gli obbiettivi, i fini della sua attività normativa. Gli atti che il Parlamento delibera non sono infatti liberi nel fine come lo sono le leggi che ogni Assemblea parlamentare al mondo può porre in essere. Sono, invece, vincolati nel fine – non a caso la loro denominazione è quella di regolamenti – ed il fine è quello stesso dell'intero ordinamento europeo: la creazione e la perpetuazione di una economia di mercato aperta ed in libera concorrenza, ridefinita dal Trattato di Lisbona come “economia sociale di mercato fortemente competitiva” (art. 2, comma 3). Formula questa che quanto all'aggiunta del termine “sociale” sembra rispondere alle riserve già espresse dal BVerGE in occasione del Maastricht Urteil. Ma in modo per nulla credibile. Sia perché, per il suo modo di essere, il mercato unico di economie di ineguale grado di sviluppo favorisce le economie forti e le regioni economicamente più ricche. Sia perché la “forte competitività” di “sociale” non può aver nulla, con conseguenze negative sulle condizioni di vita economica e sociale all'interno dello spazio dell'Unione e dei singoli stati.

7. A fronte di un sistema istituzionale di tal tipo la sentenza reagisce. Non può accettare che a favore di esso si possa permettere la depauperazione dei poteri del Parlamento nazionale, il disconoscimento del valore e del ruolo del voto popolare con le implicazioni connesse all'autodeterminazione democratica, inclusiva com'è del potere costituente del popolo che, infatti, non può essere acquisito dai governi, né delegato a commissioni composte da eccellenti giuristi, importanti uomini politici, prive però di un

mandato rappresentativo specifico del corpo elettorale dei singoli stati o dell'intera Europa. È dunque radicalmente respinta la tesi, così diffusa in Italia, secondo cui la legittimazione democratica dei governi è a prosecuzione illimitata, comprensiva della stipulazione di trattati instaurativi di entità inter - o sovranazionali, munite di istituzioni con poteri normativi la cui efficacia supera quella costituzionalmente attribuita agli organi rappresentativi nazionali.

A me sembra che siano rilievi ineccepibili. Tengo a far notare che è l'intera intelaiatura istituzionale dell'Ue ad essere affetta da un deficit grave e congenito di democrazia. Essa si fonda su di una immunizzazione istituzionale pervasiva ed assoluta. Infatti, la configurazione del Consiglio dei ministri, la cui preminenza condivisa con quella della Commissione è fuori dubbio, converte la collegialità in irresponsabilità per carenza assoluta di *accountability* di ciascuno dei suoi membri nei confronti dei Parlamenti di cui sono emanazione. Il che rivela la ragione di fondo, la natura e la *ratio* dell'intera costruzione istituzionale europea, ragione, natura e *ratio* che si compendiano nella sottrazione del potere ai parlamenti nazionali e nella corrispondente appropriazione di detto potere da parte dei governi, per non sapere o poter rispondere alle domande di democrazia che partono dalla società e che la scelta del sistema economico operato non può soddisfare.

8. Non intendo turbare ulteriormente gli euro-patrioti. Ma non sarei sincero se non dicessi che, a mio giudizio, la sentenza del tribunale costituzionale federale tedesco ha offerto un contributo alto alla demistificazione della natura reale dell'Unione europea. Una demistificazione necessaria perché è presupposto essenziale per l'instaurazione di una democrazia costituzionale nel nostro continente, secondo le forme e con i metodi propri del costituzionalismo.