

**LA SORVEGLIANZA SEGRETA SUI MEMBRI DEL PARLAMENTO E IL PRINCIPIO DEL MANDATO INDIPENDENTE: DAL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* UN SAGGIO DI TEORIA COSTITUZIONALE SULLA DEMOCRAZIA TEDESCA. BREVE NOTA A a BVerfG, [2 BvR 2436/10](#) e [2 BvE 6/08](#) del 17 settembre 2013.**

di **Marco Pacini** - *Dottore di ricerca in Organizzazione e Funzionamento della PA presso l'Università di Roma "La Sapienza"*

SOMMARIO: 1. *Premessa* - 2. *I fatti e le decisioni dei tribunali amministrativi* - 3. *La decisione del Tribunale Costituzionale* - 4. *Il principio del libero mandato al centro delle dinamiche di sviluppo della vita democratica delle istituzioni* - 5. *Conclusioni*

*1. Premessa*

Può un servizio di informazione alle dipendenze dell'Esecutivo sorvegliare l'attività di un esponente di un partito politico membro del Parlamento? È questa la questione al centro di una recente sentenza del Tribunale costituzionale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*), che presenta interesse per almeno tre motivi. Permette, innanzitutto, di mettere a fuoco la "lettura" tedesca di alcuni principi fondamentali del costituzionalismo occidentale, quali il libero mandato, la democrazia parlamentare, la separazione dei poteri. Consente, poi, di osservare da vicino un episodio di "vita quotidiana" dell'equilibrio tra poteri dello Stato, nell'interazione conflittuale tra Parlamento, Governo e giudici, dissipata dal ricorso al principio del libero mandato. Offre, infine, l'opportunità di vedere in azione una fondamentale dinamica di sviluppo della democrazia moderna, nei rapporti di forza tra espansione della libertà di opinione politica e controllo a tutela dell'ordine democratico, mediati dal principio di proporzionalità.

*2. I fatti e le decisioni dei tribunali amministrativi*

Esaminiano i fatti<sup>1</sup>. Membro del Parlamento statale (*Landtag*) della Turingia dal 1999 e membro del Parlamento federale tedesco (*Bundestag*) e vicecapogruppo parlamentare dal 2005 al 2009, un esponente del partito tedesco Die Linke apprendeva di esser stato oggetto di "osservazione" da parte dell'Ufficio federale per la protezione della Costituzione (*Bundesamt fuer die Verfassungsschutz*) sin dal 1986. Secondo quanto acquisito agli atti, l'osservazione riguardava tutta l'attività politica dell'esponente, inclusi i rapporti con l'elettorato, ad eccezione dei voti

---

<sup>1</sup> Altri commenti a questa sentenza in A. Schlegel, *Protection de la Constitution en Allemagne: pas de liberté pour les ennemis de la liberté ?*, in *Revue générale du droit on line*, 2013, numéro 13548

espressi e delle dichiarazioni rese in Parlamento; non si fondava, tuttavia, su specifici sospetti di partecipazione ad attività contro l'ordine democratico. Secondo quanto previsto dalla legge istitutiva, l'Ufficio dipende dal Ministero degli Interni ed è vigilato da un organo di controllo parlamentare; ha il compito e il potere di acquisire e analizzare informazioni di qualsiasi fonte riguardanti possibili minacce per l'ordine democratico<sup>2</sup>.

Dopo aver ottenuto dall'Ufficio copia di solo parte delle informazioni che lo riguardavano, l'esponente presentava un primo ricorso per accesso agli atti, che veniva rigettato con sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia, confermata dal Tribunale amministrativo federale. Presentava, poi, un secondo ricorso sulla legittimità della sorveglianza subita prima dell'elezione al Parlamento statale del 1999, che veniva accolto con sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia del 2009. Presentava, infine, un terzo ricorso sulla legittimità della sorveglianza subita mentre era membro del Parlamento statale e del Parlamento federale, che veniva accolto con sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia del 2007, confermata con sentenza dell'alto Tribunale amministrativo del Nord Reno Westfalia, ma poi rigettato con sentenza del Tribunale amministrativo federale (*Bundesverwaltungsgericht*), del 2010.<sup>3</sup>

Affermava, in particolare, il Tribunale amministrativo federale che il partito in questione aveva in passato, sotto diversa denominazione, rappresentato una possibile minaccia all'ordine democratico, per l'intento di un piccolo gruppo interno ad esso di scatenare una rivoluzione di stampo marxista-leninista. Il fatto che questo gruppo non fosse poi cresciuto e non avesse rafforzato la sua influenza sul resto del partito non significava che non rappresentasse più una minaccia. Al contrario, era di interesse pubblico verificare che detto gruppo non fosse venuto a rivestire un ruolo più rilevante nelle ristrutturazioni occorse nel partito negli ultimi anni, anche sotto l'attuale nuova denominazione. È vero che la sorveglianza rappresenta una interferenza con il principio del libero mandato, ma tale principio può subire limitazioni per dare spazio ad altri principi, tra cui quello della "democrazia militante" (*streitbare Demokratie*). Il ricorrente adiva, pertanto, il Tribunale costituzionale federale, lamentando la violazione del principio del libero mandato.

### 3. La decisione del Tribunale Costituzionale

Il Tribunale costituzionale accoglie le pretese per i seguenti motivi. Il principio del libero mandato, affermato all'art. 38 della Legge fondamentale (*Grundgesetz – GG*)<sup>4</sup>, unitamente ai principi di democrazia parlamentare e di separazione dei poteri, a loro volta riconosciuti all'art. 22, GG<sup>5</sup>, tutelano, tra l'altro, la libertà dei parlamentari di formarsi liberamente un proprio orientamento politico. Tale libertà include la facoltà di intrattenere rapporti di comunicazione con i propri elettori senza interferenza da parte del governo, e il diritto a non essere sottoposti a osservazione o controllo da parte dell'Esecutivo. L'osservazione di membri del Parlamento da parte del Governo rappresenta, quindi, un'interferenza in tale principio. Una simile interferenza è senza dubbio prevista dalla legge e persegue un interesse pubblico legittimo, consistente nella protezione

<sup>2</sup> Legge sulla collaborazione tra Federazione e Stati in materia di tutela della Costituzione e sull'Ufficio federale per la protezione della Costituzione ([BVerfSchG](#)).

<sup>3</sup> [BVerwG 6 C 22.09](#).

<sup>4</sup> ... secondo cui i componenti del Parlamento tedesco sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto. Agiscono in rappresentanza di tutto il popolo, non sono vincolati a ordini o direttive e rispondono solo alla propria coscienza.

<sup>5</sup> ... secondo cui la sovranità discende dal popolo ed è esercitata dal popolo nel voto e attraverso le istituzioni del potere legislativo, del potere esecutivo e del potere giudiziario.

dell'ordine democratico. Non è, tuttavia, proporzionata a tale fine pubblico e non rispetta il necessario equilibrio tra i diversi interessi in gioco, per vari motivi.

In particolare, la facoltà di intrattenere rapporti comunicativi con gli elettori assume una particolare rilevanza nell'ordinamento democratico, anche ai sensi dell'art. 21, GG<sup>6</sup>, che assegna ai partiti politici un ruolo centrale nella formazione della volontà politica del popolo. Ogni inteferenza in simile facoltà è, pertanto, ammissibile solo se vi sono indizi che un parlamentare abusi del proprio mandato per combattere l'ordine democratico o se lo combatte in modo attivo e violento. Ne consegue che la semplice appartenenza a un partito può giustificare l'osservazione, peraltro temporanea, di un parlamentare solo nella misura necessaria a comprendere le funzioni dallo stesso svolte, l'importanza e il ruolo rivestito all'interno del partito, nonché i rapporti intrattenuti con segmenti anticostituzionali; e a saggiare la rilevanza che questi segmenti rivestono nel partito e nell'attività parlamentare.

In via di principio, quindi, l'attività di osservazione, volta alla protezione dell'ordine democratico, non deve limitare eccessivamente la libertà politica, che rappresenta, a sua volta, il principale elemento di forza dell'ordine democratico. Nel caso concreto, il ricorrente non era sospettato di condurre attività anti-costituzionali, né apparteneva o supportava quelle limitate sezioni del partito Die Linke sospettate di simili attività. Né queste ultime sezioni esercitavano un'influenza dominante nel partito (nel qual caso un'osservazione di tutti i suoi esponenti sarebbe stata giustificata). Né, ancora, sarebbe stato ammissibile ritenere che il ricorrente potesse, per il solo fatto di essere esponente del partito, inconsapevolmente supportare attività anti-costituzionali di detti segmenti. Infine, l'osservazione aveva riguardato anche attività strettamente parlamentari, a loro volta coperte dal principio di insindacabilità degli atti parlamentari, affermato all'art. 46 GG<sup>7</sup>. Vi è stata, pertanto, una violazione del principio di libero mandato.

#### *4. Il principio del libero mandato al centro delle dinamiche di sviluppo della vita democratica delle istituzioni*

Torniamo, allora, ai tre motivi di interesse evocati all'inizio. Per il primo, la sentenza inquadra il principio del libero mandato all'interno di un'autentica teoria costituzionale della democrazia. Secondo (una versione necessariamente semplificata di) questa teoria, l'ordine democratico trova linfa vitale nella libertà di opinione politica; simile libertà si esplica in via privilegiata nei partiti politici, che canalizzano le aspirazioni individuali nella volontà politica generale espressa in Parlamento; i partiti politici potrebbero, però, veicolare attività sovversive dell'ordine democratico costituito, che gli altri poteri dello Stato, incluso l'Esecutivo, sono chiamati a contrastare; la tutela dell'ordine democratico non può, d'altro canto, restringere troppo l'azione di Parlamenti e partiti, che sono a tal fine tutelati dai principi costituzionali dell'insindacabilità parlamentare e del libero mandato; l'incidenza dell'una sull'azione degli altri è, da ultimo, regolata in concreto dal principio generale di proporzionalità. Lungi dal rappresentare un istituto isolato, quindi, il libero mandato rappresenta una chiave di volta dell'ordine costituzionale democratico tedesco e, più in generale, del costituzionalismo occidentale<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> ... secondo cui, tra l'altro, i partiti partecipano alla formazione della volontà politica del popolo.

<sup>7</sup> ... secondo cui, i parlamentari non possono essere perseguiti per via giudiziaria o amministrativa o essere comunque chiamati a responsabilità al di fuori del Parlamento per i voti dati o le dichiarazioni rese in Parlamento o in commissione.

<sup>8</sup> Sul tema, nella letteratura tedesca, il classico studio di C. Mueller, *Das imperative und freie Mandat*, Leiden, Sijthoff, 1966. Nella letteratura italiana, N. Zanon, *Il libero mandato parlamentare. Saggio critico sull'articolo 67 della*

In secondo luogo, la sentenza assegna al principio del libero mandato il compito di assicurare l'equilibrio tra i poteri dello Stato. Ben lontane dall'attuare una pura separazione dei poteri, molte democrazie occidentali esprimono in verità una più sfumata distinzione di tali poteri, nella quale l'attività dell'uno è spesso soggetta a forme di controllo dell'altro. Non sempre, tuttavia, queste forme di controllo sono coerentemente e consapevolmente orientate a realizzare un armonioso equilibrio tra poteri. Nella vicenda tedesca, il governo di maggioranza, potendo sorvegliare per il tramite di un proprio ufficio l'attività dei parlamentari di opposizione, indeboliva la posizione di minoranze e Parlamento; il giudice amministrativo, a sua volta, avallando integralmente quella sorveglianza, abdicava al suo ruolo di garante della Costituzione e rafforzava vieppiù maggioranza e governo; il giudice costituzionale, quindi, nel dichiarare una violazione del principio del libero mandato, ripristinava finalmente la parità tra maggioranza e minoranza e l'equilibrio tra poteri. Lungi dall'essere ormai cristallizzato in rigide disposizioni costituzionali consolidate nel tempo, quindi, l'equilibrio tra poteri dello Stato subisce piuttosto frequenti turbamenti, che istituti come quello del libero mandato sono in grado di "assorbire" ripristinando ogni volta un nuovo equilibrio<sup>9</sup>.

Per il terzo, la sentenza attribuisce al principio di proporzionalità un ruolo di "cuscinetto" tra le contrapposte spinte a protezione della democrazia. Sovente rappresentata staticamente come un edificio (ancora in costruzione), ogni democrazia vive e si trasforma dinamicamente sulla "linea di faglia" tracciata da due forze contrapposte: la libertà politica, volta a orientare la nazione attraverso le istituzioni democratiche, e il controllo pubblico di tale libertà, volto ad assicurare la conservazione di quelle stesse istituzioni. La prima alimenta la democrazia dall'interno, facendola crescere; la seconda argina la libertà politica dall'esterno, evitando che faccia degenerare la democrazia stessa<sup>10</sup>. Nella vicenda tedesca, per evitare che la libertà politica coprisse istanze estremistiche, minacciando di sovvertire l'ordine democratico, il controllo pubblico incideva simbolicamente nel cuore di tale libertà, rischiando di soffocare quello stesso ordine. Il giudice costituzionale ristabiliva, dunque, la giusta distanza tra le due forze, richiamandosi al principio di proporzionalità della interferenza dell'Esecutivo sulla libertà politica espressa in Parlamento. Sviluppato nei rapporti tra autorità pubbliche e libertà private, dunque, il principio di proporzionalità ha col tempo allargato la propria sfera di azione, venendo a configurarsi come criterio ultimo di soluzione dei conflitti costituzionali<sup>11</sup>.

## 5. Conclusioni

Traendo le fila del ragionamento, la sentenza ha importanza per una ragione specifica e una più generale. Nello specifico, essa erge (o rinforza) un robusto argine costituzionale alla apparentemente sempre più diffusa e insidiosa prassi, diffusa anche oltre oceano, di "ascoltare" i parlamentari in nome di (spesso pretestuose) esigenze di supremo interesse generale. Più in

---

*Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1991; S. Curreri, *Democrazia e rappresentanza politica. Dal divieto di mandato al mandato di partito*, Firenze University Press, 2004.

<sup>9</sup> Sui rinnovati equilibri nei rapporti tra poteri, in chiave comparata, B. Ackerman, *La nuova separazione dei poteri. Presidenzialismo e sistemi democratici*, Carocci, 2003. Sul ruolo del giudice costituzionale nella protezione dell'ordine costituzionale, A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006.

<sup>10</sup> Sulla tematica, di matrice tedesca, della "costituzione protetta", come insieme degli strumenti volti ad assicurare la sopravvivenza dell'ordine costituzionale dall'azione conflittuale delle forze a essa endogene, più di recente, P. Costa, *Gli istituti di difesa della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2012.

<sup>11</sup> In tema, A. Stone Sweet, J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, 73.

generale, essa ha il merito di aver utilizzato l'intreccio offerto dai fatti di causa per portare sulla scena i poteri dello Stato nella loro veste di protagonisti della vicenda democratica tedesca, con i loro contrapposti interessi e strumenti di azione; e di aver statuito pubblicamente dinanzi ad essi una regola di pacifica coesistenza nella democrazia. Pur non innovando radicalmente né nelle tematiche né nei contenuti, già esplorati da altre corti costituzionali nazionali e ultranazionali<sup>12</sup>, la sentenza offre quindi un prezioso metodo di indagine e di lavoro per interpretare e affrontare le difficili sfide costituzionale poste da un futuro globalizzato e tecnologicamente avanzato, ma istituzionalmente ancora molto frammentato<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> ... tra cui soprattutto la Corte europea dei diritti dell'uomo. Tra le altre pronunce: [Corte eur. dir. uomo, grande camera, sentenza 6 settembre 1978, ricorso n. 5069/71, Klass e altri c. Germania](#); [Corte eur. dir. uomo, grande camera, sentenza 13 febbraio 2003, ricorso n. 41340/98 e altri, Refah Partisi e altri c. Turchia](#).

<sup>13</sup> Sulle sfide del costituzionalismo globale, P. Dobner, M. Loughlin, Eds, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, OUI, 2010; S. Cassese, *Costituzionalismo nazionale e globale*, in Id., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 180.