

**Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella
"sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco.***

di Adele Anzon Demmig

1.Premessa.- 2. Le censure e le leggi contestate.- 3.Lo sfondo del confronto con la "sentenza Maastricht" del 1993.- 4. Diritto di voto e principio democratico.- 5 .Il diritto di voto come pretesa individuale alla partecipazione politica.- 6. Il principio democratico come principio oggettivo componente della clausola di identità costituzionale tedesca. -7. I poteri di controllo del Bundesverfassungsgericht. - 8. Il principio democratico come requisito di struttura dell'Unione. - 9. Ragioni dell"assoluzione " del Trattato e della legge tedesca di ratifica e incostituzionalità della legge nazionale sui poteri di partecipazione del legislatore tedesco ai più delicati processi europei di decisione.- 10. Il dibattito sui temi centrali della sentenza: democraticità dell'Unione e interventi del parlamento nazionale.- 11. segue: il controllo di costituzionalità sugli atti dell'Unione.- 12. Identità costituzionale nazionale, sopravvivenza della sovranità statale e ulteriore sviluppo dell'integrazione.

1.Premessa. La "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco ha avuto, come era prevedibile, una vasta eco in Germania e ha suscitato molto interesse anche in Italia. Questa ampia risonanza della pronuncia oltre i confini nazionali non sorprende: gran parte dei problemi affrontati infatti ha un rilievo generale attenendo ad aspetti di dottrina dello Stato e della democrazia nei riflessi sul processo di integrazione che – data l'omogeneità di fondo dei rispettivi ordinamenti – si presentano in forme analoghe o identiche da noi e negli altri Stati membri dell'Unione Europea.

La sentenza è, sotto il profilo dello stile della redazione, piuttosto difficile da decifrare, e può indurre a incertezze o errori di interpretazione, come ottimamente mette in luce Jacques Ziller¹. Qui però non intendo soffermarmi sugli aspetti formali della decisione e mi limito a segnalare la prolissità della formulazione, la sovrabbondanza dei temi trattati, l'andamento del discorso non sempre lineare e cosparso di ripetizioni e di *obiter dicta* e afflitto da un ricorso massiccio alle citazioni dottrinali e di giurisprudenza. Queste caratteristiche di stile, proprio perché rendono difficoltoso il reperimento delle *rationes decidendi* delle censure, finiscono per offrire, anche per la sovrabbondanza dei temi trattati, una quantità enorme di materiale dal quale ciascuno dei commentatori è indotto a "pescare" ed isolare i passaggi che ritiene più utili o più interessanti, come si farebbe con un saggio scientifico, indipendentemente cioè dalla strumentalità degli argomenti rispetto all'*iter* decisorio delle diverse censure².

*di prossima pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009.

¹ Cfr. *Solange III, ovvero la Europafreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it.Dir.Pubbl.Com.*, 2009, 973 ss.

² Per analoghe critiche dello stile della sentenza, che qualifica tortuosa e verbosa, Cfr. C.SCHOENBERGER, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigons at Sea*, in *German Law Journal*, n.10/2009, 1201, in www.germanlawjournal.com; nello stesso senso D.HALBERSTAM-C.MOELLERS, *The Federal Constitutional Court says "Ja zu Deutschland"*, *ivi*, 1257.

Più utile resta senza dubbio, nonostante le difficoltà di sintesi e di commento causate dalle caratteristiche ora segnalate, considerare il merito dei problemi che la pronunzia affronta, che sono numerosi, e toccano, come s'è detto, tutti i temi fondamentali della dottrina dello Stato e del costituzionalismo.

Proprio per tentare di agevolarne la lettura e la comprensione prima di esporre analisi e commenti alla decisione è indispensabile tentare di riassumerla con la maggiore chiarezza possibile.

2. *Le censure e le leggi contestate.* Il giudizio del Tribunale è introdotto da cinque *Verfassungsbeschwerden* (ricorsi costituzionali individuali) e da due ricorsi per conflitto tra organi (*Organstreit*). Tutti si dirigono contro la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona (d'ora in poi, per brevità: legge di ratifica) e - con esclusione del ricorso per conflitto proposto dalla frazione *Die Linke* del *Bundestag* - contro le leggi "di accompagnamento", una costituzionale e una ordinaria. Queste ultime leggi sono dirette ad adattare l'ordinamento tedesco al nuovo Trattato. La prima ha un duplice contenuto: consente anche ad una minoranza - un quarto dei membri dell'Assemblea - di obbligare il *Bundestag* a promuovere il ricorso per violazione del principio di sussidiarietà; abilita il *Bundestag* stesso a delegare i compiti ad esso attribuiti dal Trattato alla sua Commissione appositamente costituita per la trattazione degli affari europei. La legge ordinaria provvede all'ampliamento e al rafforzamento - sul fronte dell'ordinamento interno - dei poteri di partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* ad alcuni processi decisionali dell'Unione (controllo di sussidiarietà, clausole passerella e di flessibilità, etc.).

Tema centrale della decisione è costituito dalle censure mosse alla legge di ratifica e alla legge ordinaria di accompagnamento per la violazione dell'art.38, comma 1, in connessione con gli art.23, comma 1 e 79, commi 2 e 3³ della Legge Fondamentale. Queste leggi, secondo i ricorrenti, lederebbero il diritto di voto e il connesso principio democratico sotto vari profili: per un verso, per lo svuotamento delle competenze del *Bundestag* (a causa del trasferimento all'Unione di rilevanti settori politici); per altro verso, per il *deficit* di legittimazione democratica dell'Unione

³ L'art 38, comma 1 recita: "I deputati del *Bundestag* tedesco sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, eguale e segreto. Sono rappresentanti dell'intero popolo, non sono vincolati a mandati o direttive e sono soggetti soltanto alla loro coscienza".

L'art.23 (c.d."articolo europeo" introdotto in occasione del Trattato di Maastricht), al comma 1 dispone: "Al fine di realizzare un'Europa unita, la Repubblica Federale di Germania concorre allo sviluppo dell'Unione Europea che è vincolata al rispetto di principi democratici, dello Stato di diritto, sociali e federativi, e del principio di sussidiarietà, e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quella assicurata da questa Legge Fondamentale. La Federazione può a tal fine, mediante legge che richiede l'assenso del *Bundesrat*, conferire poteri sovrani. Alla fondazione dell'Unione Europea, ai mutamenti delle sue basi pattizie e alle disposizioni analoghe che comportino o consentano modifiche o integrazioni del contenuto di questa Legge fondamentale si applicano i commi 2 e 3 dell'art. 79".

L'art.79 comma 2 stabilisce che la legge di revisione della Legge Fondamentale "richiede l'assenso di due terzi dei componenti della Dieta federale e di due terzi dei voti del Consiglio federale, il comma 3 dichiara che "Non è consentita alcuna modifica della presente Legge Fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in *Länder*, la partecipazione in linea di principio dei *Länder* alla legislazione o i principi stabiliti negli articoli 1 e 20." L'art.1 recita: "La dignità dell'uomo è intangibile. Rispettarla e difenderla è dovere di ogni potere dello Stato. (2) Il popolo tedesco si riconosce pertanto nei diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo. (3) I diritti fondamentali previsti negli articoli seguenti vincolano il potere legislativo, il potere esecutivo e quello giurisdizionale come diritto immediatamente efficace". L'art.20, comma 1 proclama: "La Repubblica Federale di Germania è uno Stato federale, democratico e sociale" e prosegue poi con "Ogni potere dello Stato emana dal popolo. È esercitato dal popolo con elezioni e votazioni e per mezzo di appositi organi della legislazione, del potere esecutivo e della giurisdizione.

europea; infine, per la violazione dell' identità costituzionale tedesca intangibile, (art.79, comma 3), con la conseguente perdita della qualità di Stato della Repubblica federale e la trasformazione dell'Unione in uno Stato federale o quanto meno in una grande federazione dotata di soggettività giuridica.

Nel ricorso della frazione *die Linke* è poi prospettata, sempre in relazione al diritto di partecipazione politica ex art.38, la violazione della riserva di competenza del Parlamento tedesco sull'impiego all'estero delle Forze armate.

Secondo il Tribunale, sono ammissibili tutte e sole le censure prospettate con riferimento all'art.38, comma 1, anche in connessione con gli artt.23 e 79 L F⁴.

Altre censure, formulate con riferimento a diverse disposizioni della Legge Fondamentale (diritto di resistenza, dignità umana, tutela dei diritti fondamentali), sono dichiarate inammissibili. Tra queste, di particolare interesse quella concernente la pretesa lesione della dignità umana e della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali dovuta all'assunzione di valore normativo vincolante – a mezzo del nuovo Trattato - della Carta europea dei Diritti fondamentali⁵.

Il giudizio si conclude con il rigetto dei ricorsi contro la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato per violazione dell'art.38 LF, e quindi con il riconoscimento della compatibilità della legge di autorizzazione (e perciò del) Trattato stesso rispetto al parametro invocato. Il Trattato dunque, come tale, esce intatto dalla pronuncia. Egualmente rigettate sono le censure contro la legge di revisione costituzionale.

E' invece colpita dalla dichiarazione di incostituzionalità la legge ordinaria che disciplina i poteri "interni" di *Bundestag* e *Bundesrat* negli affari europei. Oggetto della dichiarazione è dunque

⁴ Cfr. §§ 173 ss. .V. le critiche formulate da C.TOMUSCHAT, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, vol.10/2009, cit., 1259 per il quale , dichiarando ammissibili simili censure nonostante la mancanza di indicazione di lesioni specifiche del diritto ex art.38, il Tribunale costituzionale avrebbe colto l'occasione per svolgere un controllo "astratto" dettagliato sul Trattato al fine di indicare i limiti costituzionali all'integrazione europea, controllo astratto che non avrebbe potuto essere azionato dai ricorrenti, ma solo da altri soggetti.

⁵ Secondo i ricorrenti l'acquisito carattere vincolante della Carta avrebbe per effetto di rendere assoggettabile a bilanciamento il valore della dignità umana - intangibile per la Costituzione tedesca - con le libertà economiche e di dispensare gli organi dello Stato tedesco dall'osservanza dei diritti fondamentali garantiti dalla Legge Fondamentale non soltanto nei settori in cui debbono dare esecuzione a prescrizioni vincolanti del diritto europeo, ma anche nei settori in cui non sono vincolati dal diritto dell'Unione; infine, la Carta sopprimerebbe la posizione di garanzia del Tribunale costituzionale federale per di diritti fondamentali così come configurata dalla c.d.sentenza "Solange II". Secondo il BVG, le censure sono inammissibili non solo perché non motivate , ma anche perché l'art.52, co.1 della Carta UE può eventualmente limitare la dignità umana garantita dalla stessa Carta, ma non la dignità umana garantita dalla Legge Fondamentale. Inoltre, prosegue il Tribunale, tra il livello europeo e il livello nazionale di garanzia dei diritti fondamentali bisogna distinguere: per i diritti fondamentali nazionali l'art.52 della Carta può venire in rilievo soltanto quando la sua applicazione comporterebbe un decremento di garanzia a livello europeo al di sotto dello *standard* tedesco. Una ridotta protezione della dignità umana non segue direttamente né dalla Carta di Nizza, né dal fatto che questa Carta comporti la giurisdizione della Corte di Giustizia in relazione a tali diritti anche nei confronti degli organi europei.

esclusivamente un atto normativo nazionale, nella parte in cui (*insoweit*) manca di assicurare nella misura necessaria nei sensi di cui in motivazione (*nach Maßgabe der Gründe*) sub C, II.3 al *Bundestag* ed eventualmente al *Bundesrat* i poteri di intervento nei processi europei di decisione potenzialmente idonei a modificare le norme pattizie sulle competenze dell'Unione.

3. Lo sfondo del confronto con la "sentenza Maastricht" del 1993. - L'iter argomentativo con il quale la sentenza attuale affronta i diversi problemi ripercorre in gran parte quello della pronuncia del 12 ottobre 1993⁶, che riguarda censure proposte anch'esse con *Verfassungsbeschwerden* contro la legge di ratifica del Trattato di Maastricht e che sono in gran parte simili a quelle odierne. Dei punti di incontro o di distacco tra le due decisioni darò conto nel corso della trattazione.

Per impostare correttamente il raffronto è però necessario accennare, sia pure per tratti rapidissimi almeno alle principali novità intervenute nel frattempo, delle quali dà peraltro una fin troppo analitica illustrazione la lunghissima premessa della sentenza qui in commento.

Innanzitutto sono state approvate due versioni modificate del Trattato, una ad Amsterdam, l'altra a Nizza. Si è aperta poi una fase diretta a riformare profondamente i Trattati precedenti che si è conclusa con la redazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa (il c.d. "Trattato costituzionale"). Considerato il clamoroso fallimento di quest'ultimo Trattato, gli Stati membri si sono convertiti ad un programma meno ambizioso, abbandonando l'idea di una radicale palingenesi dell'ordinamento europeo, per provvedere ad un semplice riordino ed integrazione della normativa precedente, giungendo così alla conclusione del Trattato di Lisbona (Trattato sull'Unione Europea e Trattato sul Funzionamento dell'Unione).

Nel frattempo, occorre tenere ben presente che, oltre al consolidamento del "sistema euro" e allo sviluppo delle politiche comunitarie, si è realizzato l'allargamento ad est, e cioè l'accrescimento a 27 del numero degli Stati membri, con il conseguente ulteriore complicarsi dei problemi della efficienza dei processi di decisione. Il Trattato di Lisbona ha in gran parte conservato la normativa preesistente, introducendovi però alcune rilevanti innovazioni, tra le quali: l'assorbimento della Comunità nell'Unione Europea, dotata di personalità giuridica unitaria; il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali, la stabilizzazione delle cariche di Presidente del Consiglio europeo e di Alto rappresentante per gli affari europei e la sicurezza; la fusione e quindi la sopranazionalizzazione dei "tre pilastri", e il conseguente trasferimento in capo all'Unione delle relative competenze, anche di quelle prima esercitate nella forma della cooperazione intergovernativa (con la conseguenza dell'ampliamento dell'area in cui possono intervenire atti nell'Unione idonei ad incidere in diritti fondamentali); la classificazione e sistematizzazione delle competenze dell'Unione; l'introduzione di particolari modalità nei processi di decisione idonei a modificare la normativa pattizia sulla distribuzione delle competenze tra unione e Stati membri, quali – oltre alla revisione semplificata - le clausole-passerella, la clausola di flessibilità, il freno d'emergenza in tema di diritto di famiglia transfrontaliero (per passaggio da procedimento speciale a procedimento ordinario) e di cooperazione in materia penale; la giuridificazione della Carta europea dei diritti fondamentali proclamata a Nizza.

⁶ Cfr. BverfGE, 89, 155 ss., e, pubblicata in versione italiana (a cura di A. Anzon e J. Luther), in Giur.cost., 1994, 677 ss

Questo non è tutto. Basta però ad evidenziare la diversità del contesto nel quale si collocano la “sentenza Maastricht” e la “sentenza Lissabon” e dunque la cautela che occorre per metterle a confronto correttamente.

4. *Diritto di voto e principio democratico.* Come già nella “sentenza Maastricht”, il perno intorno al quale ruota l’intera pronuncia è costituito dal diritto di voto per i membri del *Bundestag* e soprattutto dal principio democratico.

Nonostante la prospettiva della garanzia del diritto di voto (art.38 L F) - apparentemente ristretta, ma imposta dai particolari mezzi di ricorso - il Tribunale, ripercorrendo la via già segnata dalla pronuncia precedente, estende il parametro del suo giudizio al principio democratico, che in effetti viene espressamente in rilievo in diversi passi nella Costituzione tedesca: come “padre” e allo stesso tempo contenuto del diritto di voto (art.38), come condizione – strutturale e funzionale - dell’Unione europea per la partecipazione della Germania al processo di integrazione (art.23), come attributo della repubblica federale (art.20, c.1), come componente della clausola di identità sottratta alla revisione costituzionale (art.79, co.3).

Già nel valutare l’ammissibilità dei ricorsi in riferimento al diritto di voto, infatti, il Tribunale ribadisce⁷ che la garanzia di questo diritto si estende al suo “contenuto democratico fondamentale” e cioè al potere degli elettori di concorrere in permanenza a determinare la legittimazione popolare dei poteri pubblici e di condizionare il modo in cui sono esercitati.

Anche in riferimento specifico al processo di integrazione europea, la Legge Fondamentale – con l’art.23 - mantiene ferma la necessità del rapporto di legittimazione democratica tra gli elettori e il potere pubblico, per cui il contenuto del diritto di partecipazione politica risulta dall’ampiezza e dai limiti che la stessa Legge pone al compito di integrazione (*Integrationsauftrag*) affidato alla Germania.

Con il richiamo all’art.38 si può fare valere anche il *deficit* democratico dell’Unione Europea⁸. Il diritto alla partecipazione politica del cittadino infatti non è indifferente al fatto che il potere europeo – a vantaggio del quale vengono trasferiti poteri sovrani - sia o meno anche democraticamente legittimato. Questo tipo di legittimazione è del resto pretesa dallo stesso art.23 LF che pone il requisito della democraticità dell’Unione come condizione alla partecipazione tedesca all’integrazione.

Il riferimento all’art.38 copre poi – sempre a parere del Tribunale - anche la doglianza circa la perdita della qualità di Stato della Repubblica, poiché verrebbe così leso il potere costituente del popolo che ha fissato come intangibile l’identità costituzionale tedesca⁹.

Infine con il medesimo riferimento si può far valere anche la lesione derivante dal mancato rispetto del principio dello Stato sociale, motivato dalla sottrazione al *Bundestag* (e dunque agli elettori) del potere di determinare e svolgere una propria politica sociale¹⁰.

⁷ Cfr.§§ 174 s. Così già la sentenza Maastricht,cit. sub B, 1., a), e, per il merito, spec.sub C,I,1, 2 e 3.

⁸ Cfr. §§ 176 s.

⁹ Cfr.§§ 178 s.

¹⁰ Cfr.§ 182.

Attraverso la riconduzione del diritto di voto al principio democratico, quindi, l'attenzione del Tribunale si concentra oltre – e forse più - che sulla prospettiva della protezione di una situazione soggettiva, su quella della garanzia di un principio oggettivo che pervade l'intero tessuto del sistema costituzionale.

Utilizzando dunque il parametro di giudizio invocato nel suo doppio aspetto – di garanzia di una situazione giuridica soggettiva e di principio oggettivo alla base della Costituzione tedesca, il *Bundesverfassungsgericht* può compiere, nell'affrontare le diverse censure mosse alla legge di ratifica e alla legge ordinaria di adeguamento, un'analisi a tutto tondo sull'impianto del Trattato e sui riflessi di questo nell'ordinamento tedesco.

5 .*Il diritto di voto come pretesa individuale alla partecipazione politica.* - Nel valutare nel merito l'asserita lesione, da parte delle leggi impugnate, del diritto di voto garantito dall'art.38, co.1 il Tribunale espone una propria concezione della democrazia e, in particolare della democrazia rappresentativa riconducendone la fonte primaria alla dignità umana e alla libertà individuale.¹¹ Proclamando che il diritto di voto non consiste solo nella facoltà di azionare il meccanismo delle elezioni, ma che riceve un contenuto sostanziale dal principio democratico, configura il diritto stesso come pretesa individuale alla partecipazione politica, e cioè alla partecipazione effettiva degli elettori alla determinazione delle scelte politiche, attraverso le quali il popolo non solo conferisce un fondamento di legittimazione ai poteri pubblici, ma ne condiziona in via permanente l'esercizio.

Elemento essenziale e imprescindibile della democrazia tedesca è l'atto delle elezioni dei membri del secondo criteri di eguaglianza e libertà del voto. Quale che sia dunque la forma in cui la democrazia è realizzata nei diversi sistemi, infatti, l'atto delle elezioni libere ed eguali è comune a tutte le forme di democrazia rappresentativa¹². Questo atto però in tanto può dispiegare il proprio ruolo di strumento di democrazia, in quanto esista una "opinione pubblica efficiente", nella quale la volontà del popolo si forma nel dibattito tra maggioranza e opposizione¹³ nel concorso tra molteplici partiti politici. In Germania il *Bundestag* e il Governo federale sostenuto dal *Bundestag* sono gli strumenti essenziali attraverso i quali il popolo tedesco esercita la sua sovranità.

Applicato al settore della partecipazione della Germania al processo di formazione dell'Unione Europea, il diritto degli elettori alla partecipazione politica si traduce nella necessità che la creazione dell'Unione e il trasferimento di poteri all'Unione trovino la loro base in atti di volontà riconducibili al Parlamento e dunque al popolo tedesco.

Così argomentando, il Tribunale riconduce al principio democratico la necessità che l'Unione possa essere destinataria solo delle competenze che le sono puntualmente e tassativamente

¹¹ Sottolinea questo collegamento e ritiene che proprio il rilievo centrale della persona umana costituisca il vero nodo centrale della sentenza F.SCHORKOPF, *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, n.10/2009, cit., 1222.

¹² Cfr.§§ 209-215 della sentenza. Il fondamento di questa forma di democrazia in Germania è considerato l'art.20, commi 1 e 2, riportati *supra*, nt.3.

¹³ Cfr. §§250-251.

trasferite sulla base di apposite manifestazioni di volontà del parlamento nazionale¹⁴. Di qui l'ulteriore e significativa conclusione¹⁵ che il principio-base regolatore delle funzioni dell'Unione - e cioè il principio di attribuzione - ha autonomo fondamento nel diritto costituzionale tedesco, e non solo nelle disposizioni dei trattati europei. In tal modo - si badi bene - questo canone di distribuzione delle competenze viene "nazionalizzato" e "costituzionalizzato", il che apre la via ad ulteriori sviluppi, in particolare, come si vedrà, in relazione alla configurazione di un controllo sul suo rispetto da parte del Tribunale costituzionale federale..

Sulla base di queste premesse, la sentenza valuta poi l'impianto del nuovo Trattato, concludendo che esso non lede il diritto di voto, come diritto alla partecipazione libera ed eguale perchè il popolo tedesco - attraverso il *Bundestag* ed eventualmente il *Bundesrat* - conserva il potere di governare i trasferimenti di poteri sovrani all'UE e mantiene, per le competenze rimaste al Parlamento nazionale, sufficiente spazio di azione politica.

6. *Il principio democratico come principio oggettivo componente della clausola di identità costituzionale tedesca* - Nel valutare la lamentata violazione, da parte delle due leggi, del principio democratico nel suo aspetto oggettivo il Tribunale fa riferimento all'art.79, co.3, che contiene la c.d."clausola di eternità", e cioè i principi basilari di struttura dello Stato tedesco (democrazia, Stato di diritto, e Stato sociale e federale, la Repubblica, la sostanza dei diritti fondamentali a salvaguardia della dignità umana) che il potere costituente ha voluto espressamente sottrarre a qualsivoglia revisione costituzionale.

I supremi principi, - argomenta il Tribunale - proprio perché immodificabili e limite invalicabile ad ogni futuro sviluppo dell'ordinamento, costituiscono "l'identità dell'ordine costituzionale liberale". La "clausola di eternità" è dunque ad un tempo la "clausola di identità" della Costituzione tedesca, con la quale la Legge Fondamentale "non solo presuppone, ma garantisce la sovranità dello Stato tedesco"¹⁶.

La clausola di identità resta intangibile anche nel processo di integrazione europea¹⁷. Nella sua "apertura all'Europa" (*Europafreundlichkeit*) la Costituzione tedesca autorizza la Germania a partecipare all'Europa Unita¹⁸. Simile apertura, che implica un vero "compito costituzionale"

¹⁴ V. già la "sentenza Maastricht", *sub C,I, 3, 692 ss*, che testualmente afferma: "L'art.38 L F è violato se una legge che apre l'ordinamento giuridico tedesco all'immediata efficacia ed applicazione del diritto delle Comunità europee (sovranazionali) non determina in modo sufficientemente certo i poteri trasferiti e il programma di integrazione progettato. ..Se non è chiaro in quale ambito e misura il legislatore tedesco ha approvato il trasferimento di poteri sovrani, si rende possibile l'esercizio, da parte della Comunità europee, di compiti e funzioni non nominati. Ciò equivarrebbe a presupporre una clausola generale di attribuzione di competenza e configurerebbe un'alienazione incompatibile con l'art.38 L F.

¹⁵ V. § 234

¹⁶ Cfr. §216.

¹⁷ Cfr. §§219-221.

¹⁸ Questa *Europafreundlichkeit* è espressa testualmente nel Preambolo e nell'art.23, comma 1 L F. Il Preambolo si apre proclamando "Conscio della propria responsabilità dinanzi a Dio e agli uomini, animato dalla volontà di porsi al servizio della pace nel mondo come membro, a parità di diritti, di un'Europa Unita, il popolo tedesco si è data, in forza del proprio potere costituente, questa Legge Fondamentale." Per il testo dell'art.23 v. *supra*, nt.3

(*Verfassungsauftrag*) da perseguire¹⁹, non implica però né autorizza la soggezione ad un potere esterno illimitato, né la rinuncia alla identità costituzionale e alla qualità di Stato sovrano della Germania e l'ingresso in uno Stato federale europeo²⁰.

Osserva in proposito il Tribunale che la stessa Costituzione, nel prefigurare il fine della partecipazione tedesca all'Europa unita, allude solo ad un ordinamento cooperativo impegnato alla realizzazione della pace, ma non ne indica, come meta finale, una precisa forma di organizzazione politica²¹. La Legge Fondamentale dunque è chiara nel configurare l'Unione non come un'entità superiore, ma come un il frutto di un vincolo reciproco e liberamente assunto tra eguali, e cioè tra Stati che condividono i valori di libertà, eguaglianza e dignità dell'uomo²². L'Europa alla quale allude l'art.23 LF dunque rimane uno *Staatenverbund*²³, destinatario di poteri trasferiti secondo il principio di attribuzione. Questo *Verbund* rappresenta l'unione stretta e durevole di Stati che rimangono sovrani, esercita poteri pubblici sulla base di trattati, ha un ordinamento che rimane nella disponibilità dei soli Stati membri ed è legittimato soltanto dai popoli – e cioè dai cittadini - degli Stati²⁴.

La Costituzione tedesca quindi nel riconoscere e garantire la sovranità dello Stato tedesco²⁵ – sempre ad avviso del Tribunale - non intende più, come risulta chiaro già dal preambolo, la sovranità nel senso rigido e tradizionale di potere supremo, autosufficiente e autolegittimato, che nei rapporti internazionali resta libero di ricorrere alla guerra anche di aggressione. Infatti la stessa Legge impone come fini preminenti alla Repubblica Federale la garanzia della pace e il superamento dell'antagonismo distruttivo tra gli Stati Europei, dimostrando così di intendere la sovranità dello Stato tedesco come “uno spazio pacificato e un ordinamento fondato sulla libertà individuale e sulla autodeterminazione collettiva. Lo Stato non è un mito né un fine in se stesso, ma la forma organizzativa – cresciuta nella storia e universalmente riconosciuta - di una comunità politica attiva”²⁶.

In particolare, nel processo di integrazione europea, l'intangibilità dell'identità costituzionale implica il divieto alla Germania di trasferire all'Unione poteri non individuabili e di rilasciarle autorizzazioni in bianco all'esercizio di poteri pubblici: ciò infatti, risolvendosi nell'attribuzione

¹⁹ Cfr. § 225. Per la lettura dell'art.23 come norma non solo facoltizzante ma come “norma programmatica” (*Staatszielbestimmung*), che determina un vero e proprio dovere di provvedere cfr. tra gli altri F.MAYER, *Nationale Regierungsstrukturen und europäische Integration*, in *Europäische Grundrechte Zeitung*, 2002, 114 ss

²⁰ Cfr. §§ 228, 234, 298

²¹ Cfr. Cfr. §227

²² Cfr. §§ 219- 222

²³ Per questa impostazione e per la significativa introduzione di questo nuovo termine cfr. la “sentenza Maastricht”, sub C,II, 693 ss. Sulla riproposizione del medesimo modello nella sentenza attuale Cfr.L.CASSETTI, *Il “si,ma” del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, in www.federalismi.it n.14/2009, 188 che sottolinea la valorizzazione a tale fine, da parte di quest'ultima, delle regole a più forte caratterizzazione internazionalistica del nuovo Trattato, tra cui soprattutto il diritto di recesso.

²⁴ Cfr. §228, 231; “sentenza Maastricht”, *loc.ult.cit.*

²⁵ Cfr. §§223-224, 226.

²⁶ Cfr. § 224.

all'Unione della *Kompetenz-Kompetenz*, infrangerebbe il principio democratico che impone che ogni decisione politica sia riconducibile alla volontà del popolo (espressa direttamente o in via mediata dal Parlamento nazionale) e , contemporaneamente, sacrificerebbe la sovranità dello Stato tedesco.²⁷

Tuttavia, come ogni organizzazione internazionale o sovranazionale – prosegue il Tribunale - anche l'Unione tende naturalmente a svilupparsi autonomamente e ad accrescere la propria forza politica²⁸: nel caso specifico, ciò avviene sia perché il programma di integrazione, per quanto basato sul principio di attribuzione, non può essere predeterminato analiticamente in ogni singolo punto, sia perché si è sviluppata e consolidata la tendenza alla preservazione dell'*acquis communautaire* e ad una interpretazione estensiva delle competenze dell'Unione secondo la regola nord-americana dei “poteri impliciti” e la regola internazionalistica dell'*effet utile*. Simile consolidamento e rafforzamento dell'Unione è conforme al compito di integrazione voluto dalla Costituzione tedesca²⁹, ma non può restare senza limiti.

Quando la normativa dei Trattati reca clausole attributive di competenza indeterminate o suscettibili di “sviluppo dinamico” (*dynamische Fortentwicklung*); quando gli organi europei, esorbitando dalla mera interpretazione estensiva o dall’“arrotondamento” dei Trattati, si auto-attribuiscono competenze nuove, si presenta il pericolo che il programma di integrazione fuoriesca dai confini fissati dalla Legge Fondamentale tedesca e che la Germania si trovi privata del suo potere di disporre delle proprie competenze.³⁰

Pertanto la Costituzione impone agli organi tedeschi competenti - sui quali tutti incombe la “responsabilità per l'integrazione” (*Integrationsverantwortung*) - di adoperarsi per assicurare che sia rispettato il principio di attribuzione nell'ordine delle competenze dell'Unione e che non le risulti trasferita la *Kompetenz-Kompetenz*, per salvaguardare così l'identità costituzionale tedesca.

Questo compito di fare rispettare i limiti costituzionali all'integrazione spetta innanzi tutto al legislatore tedesco che, secondo l'art.23 LF, deve intervenire sia per disporre (con la legge di ratifica) specifici trasferimenti di funzioni, sia - nei casi-limite in cui simili trasferimenti, pur non esplicitamente previsti, sono resi possibili da particolari norme dei Trattati - per apprestare (con leggi di accompagnamento) appositi ed efficaci meccanismi di partecipazione del Parlamento nazionale alla formazione della volontà europea.³¹

7. *I poteri di controllo del Bundesverfassungsgericht* - La sentenza giunge a questo punto ad uno dei passi più controversi e criticati. Dichiarava infatti che la stessa responsabilità per l'integrazione e dunque lo stesso compito di garanzia spetta anche – e continuerà a spettargli finché lo Stato

²⁷ Cfr.§236. V. già la “sentenza Maastricht”, *sub C, I, 3*, p.692

²⁸ Cfr.§237

²⁹ Cfr.§237.

³⁰ §238. Il concetto era già chiaro nella “sentenza Maastricht”, laddove affermava che gli atti “di sconfinamento” delle istituzioni europee non potevano considerarsi vincolanti nella sfera di sovranità dello Stato tedesco, essendo “costituzionalmente precluso” agli organi dello Stato tedesco di darvi applicazione (*sub C,I,3*, p. 693), e successivamente dichiarava “L’attività interpretativa non può avere per effetto l’estensione del Trattato. In caso contrario essa non avrebbe alcun effetto vincolante nei confronti della Germania (*sub C, II, 3,c*), p-708).

³¹ § 239.

tedesco conserva la sua sovranità - al Tribunale costituzionale tedesco, il quale, a garanzia dei principi di base della Legge Fondamentale, deve esercitare anche sugli atti di organi dell'Unione diversi tipi di controllo.³² Il tema non è nuovo, ma qui appare sviluppato con una ampiezza particolare di analisi rispetto al passato, che contribuisce a dargli un risalto del tutto particolare.

Si tratta innanzi tutto del controllo “*ultra vires*”³³, già prefigurato sia pure implicitamente nella sentenza Maastricht, laddove dichiarava inapplicabili in Germania gli atti europei esorbitanti dalle funzioni attribuite³⁴. Oggi il Tribunale lo riconosce espressamente e ne precisa i presupposti, limitandolo ai casi di “evidenti sconfinamenti” (*ersichtliche Grenzüberschreitungen*) nell’esercizio delle competenze da parte dell’Unione, e di inesistenza di “un rimedio giuridico a livello europeo”; in tale ipotesi il controllo del Tribunale consiste nel verificare se gli atti dell’Unione, rispettando il principio europeo di sussidiarietà, si siano mantenuti nei confini dei poteri sovrani loro trasferiti secondo il principio di attribuzione.

In secondo luogo il Tribunale costituzionale deve esercitare un “controllo di identità”³⁵ e cioè un sindacato sul rispetto da parte degli atti dell’Unione del nucleo intangibile (*unantastbare Kerngehalt*) dell’identità costituzionale tedesca. Questo tipo di controllo costituisce una novità rispetto alla “sentenza Maastricht”, che si limitava a evidenziare come limite all’espansione delle competenze europee l’identità nazionale ex art. F TUE-Maastricht, e ne riconosceva il controllo da parte della Corte di Giustizia comunitaria.

Da considerare a parte è la situazione del controllo sulla garanzia dei diritti fondamentali nell’azione europea. Anche ora, come già ritenuto nella sentenza Maastricht, il Tribunale ribadisce l’impostazione della sentenza “Solange II”³⁶, per cui esso si astiene dall’esercitare la propria competenza fino a quando questi diritti trovino a livello europeo una protezione equivalente a quella assicurata dalla Legge Fondamentale.

Tanto il controllo *ultra vires* quanto il controllo di identità – secondo il *Bundesverfassungsgericht* - hanno, in caso di esito negativo, la dichiarazione di inapplicabilità in Germania dell’atto europeo. Poiché però la non applicazione nel territorio tedesco di atti normativi europei può avere effetti negativi sulla uniforme applicazione del diritto europeo in tutto il territorio dell’Unione - e quindi sul complessivo funzionamento del suo ordinamento – la sentenza esige che, secondo una indispensabile un’interpretazione “*europafreundlich*” dell’art. 100 L F, nell’ordinamento tedesco ogni controllo resti affidato esclusivamente al Tribunale costituzionale federale. Quanto alle vie attraverso le quali questo controllo può essere sollecitato, la pronuncia auspica che sia introdotto dal legislatore un procedimento apposito in aggiunta ai mezzi già esistenti³⁷, che consenta di assicurare l’adempimento del dovere degli organi tedeschi nei singoli casi di lasciare inapplicati in Germania atti dell’Unione che esorbitano dalle competenze o ledono l’identità costituzionale.

³² §§240-243;331-343

³³ §240.

³⁴ *sub* C,I,3,p.693 e 708. *V. supra* nt. 28

³⁵ *Cfr.* § 240.

³⁶ 2 BvR 197/83 del 22 ottobre 1986 (BVerfGE, 73, 339 ss.)

³⁷ *V.* §241.

Il controllo da parte del *Bundesverfassungsgericht* – precisa poi la sentenza - è radicato nella Legge Fondamentale e non contrasta con il fine dell'apertura al diritto internazionale, né con quello dell'apertura all'Europa, poiché solo in via eccezionale, e sulla base di presupposti particolari e stretti può condurre ad una dichiarazione di inapplicabilità in Germania di atti dell'Unione³⁸. Lo stesso controllo inoltre non contrasta con il principio di leale collaborazione sancito nel diritto europeo, dal momento che lo stesso Trattato di Lisbona vincola espressamente il processo di integrazione al rispetto dei principi politici e costituzionali basilari della sovranità nazionale considerati come componenti dell'identità nazionale degli Stati membri. Pertanto si può dire che “nello spazio europeo la protezione costituzionale e la protezione europea dell'identità costituzionale procedono per mano.”³⁹

Infine, ma non per ultimo, la pronuncia sottolinea come la riserva di controllo al Tribunale costituzionale non sia in contrasto neppure con il principio del primato del diritto europeo⁴⁰, proclamato (non nel Trattato ma) nella dichiarazione n.17 allegata al Trattato, che recepisce un orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Questo principio presuppone la diretta applicabilità del diritto europeo nell'ambito degli Stati membri. Il tipo di documento europeo in cui tale primato – che peraltro anche il *Bundesverfassungsgericht* ha già riconosciuto in via di principio - è sancito non ha rilevanza, perché il fondamento e i limiti dell'efficacia del diritto dell'Unione in Germania sono fissati dall'ordine di esecuzione contenuto nella legge di ratifica, ordine di esecuzione che deve essere conforme al sistema costituzionale. Pertanto in Germania il primato del diritto dell'Unione vale anch'esso in forza di tale ordine di esecuzione e si estende solo fino al punto in cui la Repubblica Federale vi ha consentito e poteva consentirvi. Resta fermo perciò che dal primato del diritto europeo non può trarsi alcun argomento decisivo a favore di una rinuncia della Germania, mediante il Trattato di Lisbona, alla propria qualità di Stato sovrano e alla propria identità costituzionale.

8. *Il principio democratico come requisito di struttura dell'Unione* - La Legge Fondamentale autorizza (art.23) la partecipazione della Germania all'Europa Unita a condizione che questa, nella sua struttura organizzativa e nei suoi procedimenti di decisione, corrisponda al principio democratico. Così disponendo, questa Legge – secondo il Tribunale - non impone alcuna necessaria “congruenza”⁴¹ tra la struttura statale e quella dell'Unione Europea. Quest'ultima infatti non è uno Stato, ma una associazione di Stati sovrani : perciò non si può richiedere ad essa che il principio democratico sia realizzato nella medesima misura né nel medesimo modo in cui vige negli Stati⁴².

Per valutare il grado di concretizzazione del principio nell'Unione, occorre, secondo il *Bundesverfassungsgsgericht*, verificare da un lato la natura e l'ampiezza della sfera delle funzioni

³⁸ § 340.

³⁹ Cfr.§240.

⁴⁰ §§ 341-343.

⁴¹ § 266

⁴² In tal senso v. già la “sentenza Maastricht”, *sub C,I,2,cit.*, 689 ss.

attribuite; dall'altro, la struttura dell'Unione sotto l'aspetto funzionale e organizzativo dell'esercizio del suo potere⁴³.

Quanto al primo punto di vista, quello delle funzioni dell'Unione, il Tribunale mette in evidenza come la sopranazionalizzazione delle competenze comporti indubbiamente una perdita di trasparenza e un'incertezza di imputabilità delle decisioni e con essa un'affievolimento del principio democratico inteso come riferibilità al popolo delle decisioni politiche; pertanto – conclude – il trasferimento di poteri all'Unione, in ossequio a tale principio deve incontrare limiti di contenuto al fine di mantenere al popolo tedesco una sufficiente capacità di azione politica.

Ciò non implica però - prosegue la pronuncia - che determinate competenze debbano necessariamente rimanere in mano agli Stati; infatti, poiché l'Unione è anche un'entità politica, i suoi poteri possono toccare anche i settori politici tradizionalmente rimessi agli Stati, che sono quelli più strettamente legati a modelli culturali, storici e linguistici connessi all'esperienza dei singoli stati (cittadinanza, monopolio della polizia e dell'esercito, finanza pubblica, diritto penale, diritto di famiglia, scuola, disciplina della libertà di stampa, di riunione, di religione e di concezione del mondo). Queste materie "sensibili" dell'attività politica sono quelle che, all'interno degli Stati, stanno al centro del dibattito pubblico e sulle quali si forma "un'opinione pubblica efficace"⁴⁴. Pertanto il principio democratico e quello di apertura all'Europa, come il principio di sussidiarietà – anch'esso vincolo strutturale dell'Unione ex art.23 LF – esigono che, in queste materie, il trasferimento di competenze all'Unione e l'esercizio di queste siano chiaramente definiti e che in particolare siano limitati alle ipotesi in cui il coordinamento delle situazioni che superano i confini nazionali sia oggettivamente necessario⁴⁵.

Riguardo poi alla corrispondenza al principio democratico della struttura organizzativa e dei processi di decisione dell'Unione⁴⁶ - posto che fino a che l'Unione rimane non uno Stato, ma un ordinamento derivato, fondato sul principio di attribuzione e costituito in un *Verbund* di Stati sovrani, non è necessario che il principio sia realizzato in modo pieno ed analogo a quello di una democrazia costituita in uno Stato – si può considerare sufficiente la legittimazione che è ad essa conferita dai Parlamenti e dai Governi degli Stati membri, integrata e rafforzata da quella di un Parlamento europeo eletto direttamente⁴⁷.

Pertanto, non è in contrasto con questo principio il fatto che nell'Unione il Consiglio non sia una seconda camera federale, ma l'organo rappresentativo dei "signori dei trattati" e perciò non sia formato secondo i principi della rappresentanza proporzionale, ma secondo il modello dell'eguaglianza tra gli Stati; che il Parlamento europeo non sia eletto secondo il principio dell'eguaglianza del voto di cittadini costituenti un unico popolo europeo, ma dai popoli degli Stati membri secondo un criterio di contingentamento dei seggi; che la Commissione come organo

⁴³ §§ 244-247; cfr. sentenza "Maastricht", spec.sub C,I,"b2), 691 ss.

⁴⁴ § 248-249.

⁴⁵ §§251 ss. Il Tribunale svolge poi (§§252-260) una analisi molto minuziosa dei settori, discernendo per ciascuno di essi le funzioni essenziali da conservare al legislatore tedesco (es. la scelta dei comportamenti da sanzionare penalmente, l'autorizzazione all'impiego all'estero delle Forze Armate, la garanzia di prestazioni sociali sufficienti a preservare la dignità umana, le decisioni essenziali sul sistema scolastico ed educativo, etc.).

⁴⁶ §§ 261 ss.

⁴⁷ V. § 262

sopranazionale non sia responsabile dinanzi ad un Parlamento, rappresentativo di un popolo europeo⁴⁸.

Riassumendo: l'Unione deve avere un grado di democrazia corrispondente allo stadio di sviluppo dell'integrazione. Fino a che l'ordine delle competenze dell'Unione rimane un ordine governato dal potere di integrazione degli Stati ed è fondato sul principio di attribuzione, è sufficiente che le decisioni politiche siano affidate a processi di decisione cooperativi e che rimanga un equilibrio tra competenze dell'Unione e competenze degli Stati: il principio democratico non può né deve tradursi, nell'Unione, in strutture simili a quelle degli Stati, ma può spingere a introdurre nei processi di decisione forme ulteriori che assicurino trasparenza e partecipazione dei cittadini e che accrescano lo *standard* di democrazia presente nell'Unione⁴⁹.

Se invece il processo portasse all'affermarsi della tendenza alla costruzione di uno Stato federale europeo e alla rinuncia della sovranità nazionale – ciò che in Germania richiederebbe una libera decisione del popolo secondo la costituzione vigente – il livello di realizzazione del principio democratico dovrebbe essere adeguato a quello proprio di uno Stato, ma non potrebbe più essere prescritto da alcuna Costituzione nazionale.⁵⁰

9. Ragioni dell'assoluzione " del Trattato e della legge tedesca di ratifica e incostituzionalità della legge nazionale sui poteri di partecipazione del legislatore tedesco ai più delicati processi europei di decisione.- Alla luce di questi criteri di riferimento, il Tribunale, conduce una lunga e attenta disamina del Trattato di Lisbona, e conclude che esso effettivamente mantiene la necessaria corrispondenza tra stadio dell'integrazione e grado di democraticità delle sue istituzioni e processi di decisione.

Pertanto la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato stesso non lede il diritto di partecipazione politica né il principio democratico⁵¹ e non è dunque contraria alla Costituzione tedesca.

In particolare: nel trattato esistono meccanismi di protezione delle competenze degli Stati membri, consistenti sia nel riaffermato principio di attribuzione - ora rafforzato con la sistematizzazione delle competenze - sia anche dalle regole - ribadite in via generale e precisate dal Trattato - per l'esercizio dei poteri dell'Unione, quali i principi di leale cooperazione e di sussidiarietà, il rispetto dell'identità nazionale; il principio di proporzionalità⁵². Né il principio di attribuzione, e con esso la riconducibilità dei trasferimenti di competenze al popolo tedesco, può ritenersi minacciato dalle particolari disposizioni sulla revisione ordinaria e semplificata, sulle clausole passerella e sulla clausola di flessibilità, atteso che tali disposizioni non consentono agli

⁴⁸ § 271

⁴⁹ §272

⁵⁰ V.§ 263

⁵¹ §§ 276-297 sull'organizzazione; §§ 298- 336 sulla distribuzione delle competenze e sulle modalità e limiti di esercizio.

⁵² Cfr.§304

organi dell'Unione di modificare il Trattato e l'ordine delle competenze in modo autonomo rispetto agli Stati membri⁵³.

Anche con la dichiarazione n.17 allegata ai Trattati⁵⁴ il primato del diritto europeo resta un principio derivato dalla volontà degli Stati e perciò vale in Germania solo in forza e nei limiti dell'ordine di esecuzione impartito dalla legge di ratifica. La detta Dichiarazione pertanto non vale ad impedire il controllo del *Bundesverfassungsgericht* sul rispetto delle norme costituzionali circa i limiti dell'integrazione.

Il mantenimento del principio del *Verbund* e quindi della sovranità tedesca è poi confermato nel Trattato dalla previsione espressa del diritto di recesso e quindi dalla (implicita) reversibilità del processo di integrazione⁵⁵. Inoltre il trattato non priva la Repubblica federale né del proprio territorio⁵⁶ né del proprio popolo⁵⁷.

Anche dopo gli ultimi trasferimenti all'Europa di nuove competenze mediante il Trattato di Lisbona (cooperazione in materia civile e penale, commercio internazionale, difesa comune, affari sociali), il legislatore tedesco mantiene poteri di peso politico sufficiente⁵⁸.

Diverso è invece, come si ricordava all'inizio, il giudizio del Tribunale sulla legge ordinaria di accompagnamento⁵⁹. Questa legge infatti, conclude la sentenza, lede il diritto ex art.38 LF in relazione con l'art.23, comma 1, perché non attribuisce al *Bundestag* e al *Bundesrat* nella necessaria misura i poteri di partecipazione ai procedimenti europei di modifica dei Trattati e di produzione degli atti normativi, idonei a garantire che nell'applicazione delle clausole passerella, della clausola di flessibilità e dei c.d.freni di emergenza, essi esprimano il proprio avviso nel processo di decisione delle istituzioni europee. In casi del genere, in cui è possibile uno sviluppo dinamico del Trattato (*dynamische Vertragsentwicklung*), infatti, è necessario che i rappresentanti tedeschi in queste istituzioni agiscano sulla base di preve espresse e puntuali manifestazioni di volontà delle assemblee legislative nazionali⁶⁰.

⁵³ §§306-330, sulla corrispondenza delle clausole passerella e della clausola di flessibilità al principio di attribuzione grazie al previsto- o possibile - coinvolgimento dei parlamenti nazionali.

⁵⁴ § 331 ss.

⁵⁵ § 329.

⁵⁶ §§344-345.

⁵⁷ §§ 346ss.

⁵⁸ §§ 351-400

⁵⁹ §§ 406- 419.

⁶⁰ La sentenza reca una previsione molto analitica dei poteri che ritiene necessario attribuire al Parlamento tedesco (e cioè al *Bundestag* e al *Bundesrat* quando agisce come organo di legislazione), in considerazione dell'estensione della riserva di legge posta dall'art.23, comma 1 LF. Per le revisioni semplificate (art.48, comma 6, 42, comma 2, 25, comma 2, 218, comma 8, 223, comma 1 TUE-Lisbona, artt.t.262 e 311 TFUE) è necessaria una *Zustimmungsgesetz* ex art.23, co.1, fr.2 o eventualmente 3 (§§306,309, 312, 412). Per la clausola passerella generale e per clausola-passerella speciale per diritto di famiglia è necessaria una legge ex art.23,co.1,fr.2 (§§315,319);, mentre per le altre clausole passerella speciali, su aree sufficientemente determinate: è sufficiente una approvazione parlamentare anche in forma non legislativa (§§319, 320,413-416). Per la clausola di flessibilità ex art.352 TUE è necessaria una legge (§§323-328,417). Quanto ai "freni di emergenza" la sentenza distingue diverse ipotesi (§§ 4118-419): quella della revisione

La pronuncia di incostituzionalità dunque tocca soltanto la legge nazionale e questi particolari procedimenti non vengono dunque messi in discussione per il modo in cui sono previsti dal Trattato, perché, secondo la sentenza, non impediscono di per sé stessi il ricorso ai meccanismi interni di decisione imposti dalla Costituzione nazionale. Ciò riguarda in particolare le clausole passerella, che consentono il passaggio in Consiglio dalle decisioni all'unanimità a quelle a maggioranza qualificata, e che, soprattutto per l'estensione della loro utilizzazione, costituiscono una delle innovazioni più significative del Trattato di Lisbona.

Allo stesso modo, per il Tribunale le norme pattizie non toccano la riserva parlamentare in tema di interventi all'estero delle Forze armate, perché non demandano all'Unione alcun potere autonomo di disposizione di tali Forze⁶¹, né testualmente (art.42) obbliga in modo inderogabile gli Stati membri a mettere a disposizione propri contingenti militari per l'adempimento del dovere di assistenza previsto dall'art.42 per il caso di attacco armato ad uno di essi⁶², mentre ogni decisione in tema di politica di difesa comune deve essere assunta all'unanimità⁶³.

10. Il dibattito sui temi centrali della sentenza: democraticità dell'Unione e interventi del parlamento nazionale.- Il profluvio di analisi e commenti che la sentenza ha suscitato ne ha investito molteplici passaggi Qui vorrei soffermarmi solo sui temi principali⁶⁴.

Per cominciare, prenderò in esame le critiche sul concetto di democrazia applicato per valutare lo *standard* dell'Unione, e quelle sul rafforzamento degli interventi del Parlamento nazionale.

Quanto al primo punto, nessuno mette in discussione la premessa generale sulla quale si basa la concezione di profonda impronta umanistica espressa nella sentenza, che pone alla base della democrazia la libertà individuale e la dignità umana⁶⁵. Molti però ne criticano alcuni risvolti

ordinaria dei Trattati (quanto all'esclusione, ex art.48, 2, della convocazione di una convenzione consultiva sugli emendamenti ai Trattati), per cui sono sufficienti apposite direttive parlamentari; quella della cooperazione giudiziaria in materia penale (per es. definizione dei reati di particolare gravità, ravvicinamento legislazioni penali, procura europea) è invece necessaria una legge ex 23,co.1,fr.2; infine per il freno di emergenza in tema di politica di sicurezza sociale (libertà di movimento dei lavoratori) (§400) sono necessarie istruzioni parlamentari.

⁶¹ Cfr.§ 381

⁶² V.§386.

⁶³ Cfr.§389 ss..

⁶⁴ Un'analisi a tutto campo della sentenza può leggersi nel saggio di F.MAYER, *Rashomon in Karlsruhe*", WHI- Paper 07/09, in www.whi-berlin.de, redatto in una originale forma dialogica che giustappone gli argomenti a favore e quelli contrari su ogni punto di vista considerato.

⁶⁵ La tesi trova riscontro nella posizione espressa in numerosi scritti da U.DI FABIO, attualmente membro del II Senato del *Bundesverfassungsgericht*, e dunque co-autore della sentenza in commento: cfr. *Mehrebenendemokratie in Europa – Der Weg in die komplementaere Ordnung*, conferenza del 15 novembre 2001, pubblicata in AA.VV., *Die Konsolidierung der europaeischen Verfassung: von Nizza bis 2004* (a cura del Walter Hallstein-Institut fuer Europaeisches Verfassungsrecht), Forum Constitutionis Europae, vol.4, Baden Baden, 2004, 110 ss.. Cfr. per un apprezzamento della "democrazia elettorale" sostenuta dalla sentenza proprio per il suo fondamento nella dignità umana F.SCHORKOPF, *The European Union*, cit., 1221 ss., come già ricordato *supra* nella nt.12. V. pure la lucida analisi di G.RIZZONI, *Il rinvio dell'elezione di Barroso fra "grande gioco" europeo e "Lissabon Urteil"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.v

specifici - significativamente proprio quelli che non trovano riscontro nell'Unione - capovolgendo l'ordine logico del discorso (per cui non sarebbe l'Unione a non corrispondere alla nozione di democrazia, ma la democrazia a dovere essere definita sulla base della situazione dell'Unione).

La concezione utilizzata dal Tribunale è accusata di essere indebitamente ristretta alla democrazia parlamentare, perché attribuisce valore centrale alle elezioni parlamentari libere ed eguali, senza tenere in considerazione dell'atteggiarsi della democrazia negli Stati federali, nei quali, come gli U.S.A. e la stessa Germania, le seconde Camere non sarebbero frutto di elezioni eguali⁶⁶. Anche a voler trascurare la considerazione che la sentenza non tocca il principio federalista⁶⁷, simile obiezione risulta comunque poco meditata, se si pensa che è vero che negli esempi richiamati le camere territoriali non sono formate secondo criteri di eguaglianza, ma che è altrettanto vero che nei medesimi ordinamenti, accanto a queste, è presente una Camera rappresentativa del popolo formata proprio sulla base di tali criteri.

Altra critica in argomento è quella che la centralità delle elezioni libere ed eguali quale elemento imprescindibile della democrazia da un lato condurrebbe a svalutare gli strumenti presenti nel Trattato per accrescere il tasso di democraticità dell'Unione, dall'altro produrrebbe una vera e propria delegittimazione del Parlamento Europeo⁶⁸.

In contrario vorrei osservare che la constatazione di una diversa capacità rappresentativa e perciò di una diversa legittimazione democratica del Parlamento europeo non equivale affatto ad una sua delegittimazione ma soltanto a metterne in evidenza le particolarità derivanti dalla sua "qualità di organo rappresentativo dei popoli in una comunità sovranazionale, come tale caratterizzata da una volontà di unità ridotta"⁶⁹; inoltre che è effettivamente difficile contestare che né i nuovi diversi strumenti di partecipazione riconosciuti dal Trattato ai cittadini e ai Parlamenti nazionali (per i quali la titolarità della decisione viene scambiata con un mero potere di partecipazione⁷⁰) nei confronti delle decisioni finali delle istituzioni europee, né gli accresciuti poteri del Parlamento europeo possono colmare il deficit di legittimazione del potere europeo derivante dalla mancanza di un organo decisionale capace di rappresentare unitariamente la volontà del popolo, dal momento che, appunto, questo Parlamento non può dirsi, anche per il modo della sua elezione

⁶⁶ Entrambe le critiche sono svolte con particolare asprezza da C. SCHOENBERGER, *Lisbon in Karlsruhe*, cit., 1210 ss., che accusa il Tribunale di dimostrararsi "cieco al Federalismo" e di condurre un ragionamento "indifendibile in termini di diritto costituzionale" (p.1219).

⁶⁷ Come giustamente replica F.MAYER, "Endgueltiges Scheitern des Lissabon-Vertrags moeglich", intervista pubblicata in www.EurActiv.de, 13 luglio 2009.

⁶⁸ Così D.HALBERSTAM-C.MOELLERS, *op.cit.*, 1247; Critici pure C.TOMUSCHAT, *op.cit.*, 1260; C.SCHOENBERGER, *Lisbon in Karlsruhe*, 1213; M.NIEDOBITEK, *The Lisbon Case of 30 June 2009- A Comment from the European law Perspective*, in *German Law Journal*, vol.10/2009, cit., 1271. A.MANZELLA, *80 giorni dopo*, Intervento al Seminario di Astrid del 21 settembre 2009, contesta questo aspetto della sentenza, accusandola di "trascurare precise caratteristiche dell'attuale sistema parlamentare europeo". Cfr. anche M.CHITI, *Am deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e sulla sua attuazione in Europa*, in www.astrid-online.it, per il quale la sentenza, sottolineando il deficit democratico dell'Unione "salva la ratifica del Trattato di Lisbona tramite la "perfida" dimostrazione delle sue varie vacuità istituzionali" (p.159)

⁶⁹ V. il §271 della sentenza.

⁷⁰ Così F.SCHORKOPF, *The European Union as an Association of Sovereign States*, cit., 1226.

non basata sull'eguaglianza del voto, organo rappresentativo di un popolo europeo sovrano, al momento ancora inesistente⁷¹.

Non si possono poi assolutamente trascurare le torsioni del principio democratico prodotte dall'allargamento dell'Unione, che ha condotto ad un espandersi delle logiche concertative che finiscono per rendere sempre meno trasparenti le decisioni europee e quindi sempre più problematico il loro collegamento con la volontà dei popoli europei⁷².

Altri commentatori contestano poi la proclamata necessità dell'estensione e rafforzamento degli interventi del Parlamento tedesco, e ciò da due punti di vista: in primo luogo, perché la posizione dei parlamenti nazionali sarebbe già esaurientemente disciplinata dal Trattato e pertanto sottratta al legislatore nazionale⁷³; in secondo luogo perché questo passaggio parlamentare costituirebbe una "camicia di forza" per le politiche dell'Unione⁷⁴ specie nell'uso delle clausole passerella e di flessibilità⁷⁵. Da altro punto di vista, c'è poi chi⁷⁶ mostra un notevole scetticismo sull'effettiva efficacia del maggiore coinvolgimento del Parlamento, e ciò sia perché ritiene che esso difficilmente riuscirebbe a superare il tradizionale scarso interesse finora dimostrato a proposito degli affari europei, in fatto monopolizzati dalle autorità governative; sia perché teme che, nel caso contrario, si troverebbe soverchiato da un notevole aggravio di lavoro.

A queste posizioni è stato obiettato che, in primo luogo, la sentenza non tocca la disciplina pattizia dell'attività dei rappresentanti nazionali negli organi EU, ma ha ad oggetto esclusivamente la disciplina di procedure proprie dell'ordinamento interno⁷⁷; in secondo luogo è stato messo in evidenza come un forte richiamo ai Parlamenti nazionali alla loro responsabilità negli affari

⁷¹ Cfr. §§ 279 ss. della sentenza. V. il giudizio positivo di F.SCHORKOPF, *op.cit.*, 1225 ss. Nel presupposto indispensabile di una "opinione pubblica europea" per l'esistenza di un popolo europeo, la situazione attuale è efficacemente descritta da U. DI FABIO, in un'intervista alla rivista *Politische Studien* 397, 2004, 14, pubblicata con il titolo *Der Verfassungsvertrag und die laengerfristigen Perspektiven des verfassten Europa*, per cui in Europa tale opinione si troverebbe in una situazione di interconnessione (*Vernetzung*) ma non ancora di amalgama (*Verschmelzung*). Un analogo ordine di idee è quello prospettato da J.HABERMAS, *Perchè l'Europa ha bisogno di una Costituzione?* in AA. *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* (a cura di G.ZAGREBELSKY), Bari, 2005, 106 ss. Per l'inesistenza attuale di un popolo europeo cfr. poi ancora D.GRIMM, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in *Juristen Zeitung*, 1995, 582 ss. e nel più recente *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti nell'ottica della critica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in AA.VV. *Diritti e Costituzione*, cit., 15 ss.; J.H.H.WEILER, *Federalismo e costituzionalismo: il "Sonderweg" europeo*, *ivi*, 24 ss. Sul tema v. anche, problematicamente, *l'Introduzione* di G.ZAGREBELSKY, al volume appena citato.

⁷² Così G.RIZZONI, *op.cit.*, §3.

⁷³ M. NIEDOBITEK, *op.cit.*, 1268.

⁷⁴ Così T. KIRCHNER, *"Europa in der Zwangsjacke"*, in *Sueddeutsche Zeitung*, 6 luglio 2009, citando un'espressione di S.Seeger.

⁷⁵ Le preoccupazioni di G. GUARINO, *Perché la sentenza della Corte tedesca mette a rischio il Trattato di Lisbona*, in *Corriere della sera*, 19 luglio 2009 possono dirsi fugate dal tempestivo intervento del *Bundestag* e *Bundesrat*, che hanno approvato definitivamente il 25 settembre 2009 tre leggi di accompagnamento in attuazione della sentenza.

⁷⁶ Cfr. D.HALBERSTAM – C.MOELLERS, *op.cit.*, 1250, 1252 ss.

⁷⁷ V. per es. J.ZILLER, *op.cit.*, 12 ss.

europei⁷⁸, avrebbe anche effetti positivi anche al fine di rendere efficiente uno strumento che lo stesso Parlamento europeo vede come necessario per assicurare un migliore funzionamento dell'Unione⁷⁹.

Nel medesimo ordine di idee, altri fa presente che una presa di posizione di questi Parlamenti è resa necessaria dal fatto che le competenze che vanno a Bruxelles sono perdute dal Parlamento nazionale: dunque, se anche essi dovranno lavorare di più, ne "varrà la pena"; nota poi che il rafforzato passaggio parlamentare non comporta necessariamente un irrigidimento delle posizioni tedesche in vista di eventuali modifiche del quadro delle competenze europee, poiché non implica affatto un necessario e stretto previo mandato imperativo al Governo federale per l'adozione di ogni atto normativo europeo, ma consente di conservare a quest'ultimo il necessario spazio di trattativa con gli altri Stati⁸⁰.

11. segue: il controllo di costituzionalità sugli atti dell'Unione. - Gli strali della critica sono puntati poi con pari o forse maggiore accanimento sulla rivendicazione da parte del Tribunale costituzionale federale tedesco del potere di controllo sugli atti dell'Unione in riferimento ai limiti che la Costituzione tedesca pone alla partecipazione della Germania alla costruzione dell'Europa Unita, e di un conseguente potere di dichiarare tali atti non applicabili in Germania.

In questo controllo si vede non solo un attentato ad una competenza che il Trattato riserva in esclusiva alla Corte di Giustizia europea, ma anche una indebita pretesa del Tribunale alla "decisione di ultima istanza" (*Letzentscheidung*) sugli atti dell'Unione che metterebbe in pericolo l'unità del diritto europeo⁸¹.

Le polemiche riguardano sia il controllo *ultra vires*, sia il controllo di identità⁸² e sono particolarmente aspre. I toni accesi che il dibattito ha assunto in Germania trovano forse una qualche spiegazione nel clima di preoccupazione suscitata da alcune pronunzie della Corte di Giustizia, come il famoso "caso Mangold", che, a dire di alcuni critici, avrebbero superato platealmente i limiti di una sia pur ampia interpretazione delle clausole dei Trattati per attribuire all'Unione competenze nuove, prive di base nella normativa pattizia. Questa preoccupazione è

⁷⁸ Così T.DARNSTADT, *The Future of the European democracy*, in www.spiegelonline.de, 17.9.2009. In senso analogo anche R.DICKMAN, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco*, in www.federalismi.it,

⁷⁹ Cfr. L.GIANNITI, *Il ruolo dei Parlamenti degli Stati membri dell'Unione Europea, intervento al Convegno su "Il dialogo tra parlamenti: obiettivi e risultati*, organizzato presso la LUISS, Roma, giugno 2009.

⁸⁰ Cfr. D.GRIMM, intervista al *Tagesspiegel* del 7 agosto 2009.

⁸¹ Per un'ampia analisi di questo ultimo problema cfr. soprattutto F.MAYER, *Kompetenzueberschreitung und Letzentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letzentscheidung ueber Ultra vires-Akte in Mehrebenensystemen*, Berlin, 2000, 104 ss

⁸² Su tale controllo insisteva – anticipando l'orientamento poi fatto proprio dalla sentenza - U.DI FABIO, *Das Bundesverfassungsgericht und die internationale Gerichtsbarkeit*, in AA.VV., *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit* (a cura di A. Zimmermann), Berlin, 2003, 111, ritenendo un sindacato sugli atti europei a tutela dell'identità costituzionale necessariamente implicato dalla "responsabilità per l'integrazione" del Tribunale costituzionale, specie in vista di una ulteriore espansione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, allo scopo di circoscrivere la forza politica degli organi dell'Unione e di vincolarli al rispetto reciproco a difesa della libertà e dell'integrazione (117).

testimoniata soprattutto dall'articolo fortemente polemico di R. Herzog e L. Gerken dal significativo titolo "Fermate la Corte europea di Giustizia"⁸³ che, citando numerosi esempi, contesta alla Corte di avere superato in modo non più tollerabile i confini della funzione giurisdizionale. L'articolo sia per il suo contenuto, sia per l'autorevolezza dei suoi autori, ha suscitato una disputa assai vivace.

Viste in questa prospettiva, si possono allora meglio comprendere le reazioni eccessive ai *dicta* della "sentenza Lissabon", che ne hanno estremizzato la portata: così è a dire innanzi tutto dell'appello dei trenta giuristi⁸⁴, che - per evitare inevitabili conflitti tra Tribunale costituzionale tedesco e Corte di Giustizia per la decisione finale sul controllo *ultra vires*, nonché per impedire che una eventuale divieto di applicazione dell'atto europeo in esito a tale controllo innesti una procedura di infrazione contro la Germania da parte della Commissione europea - invocano il ritorno al rapporto di collaborazione tra le due Corti, auspicato nella "sentenza Maastricht", e richiedono l'introduzione nell'ordinamento tedesco, con apposita legge costituzionale, dell'obbligo per il Tribunale del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia per l'interpretazione dell'atto europeo contestato, e del conseguente obbligo di attenersi poi alla sua decisione.

Eguale eccessiva appare poi l'opinione opposta, sviluppata in una breve monografia da un gruppo di noti giuristi, che, a proposito di simile eventuale conflitto, non solo vorrebbero, in astratto, riservare al *Bundesverfassungsgericht* la decisione di ultima istanza, ma spingono lo stesso Tribunale ad esercitare in concreto il proprio controllo, dichiarando *ultra vires*, e perciò "atto di sconfinamento" dalle sue competenze, la controversa "sentenza Mangold" della Corte di Giustizia europea, accusandola di avere assunto a fondamento un principio generale del diritto comunitario inesistente e di avere in tal modo, esorbitando dai confini dell'interpretazione, ecceduto dalla competenza giurisdizionale ad essa attribuita dal trattato per esercitare una funzione legislativa ad essa non demandata⁸⁵.

⁸³"*Stoppt den Europaischen Gerichthof*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 8.9.2008. Particolarmente controverse sono anche la decisione (Grande camera, 10 febbraio, 2009) sulla direttiva 24/2006 sugli archivi magnetici di dati personali e la nota sentenza "Francovich" sulla responsabilità dello Stato per omissioni legislative: cfr. J.BERGMANN-U.KARPENSTEIN, *Identiaets- und Ultra-vires-Kontrolle durch das BVerfG – zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung*, in *Zeitschrift fuer europaische Studien* n.4/2009, i quali riferiscono (§III) anche di atteggiamenti cautamente critici e premonitori manifestati dal Presidente e da giudici del *Bundesverfassungsgericht* in vari scritti sulla stampa quotidiana o riviste giuridiche.

⁸⁴ Tra i quali figurano anche I.Pernice e F.Mayer, difensori della costituzionalità del Trattato nel giudizio dinanzi al *Bundesverfassungsgericht* e autori delle tesi sulla Costituzione e sulla sovranità "integrata dell'Europa di cui tratterò nei paragrafi successivi. L'appello si può leggere in www.whi-berlin.de. Favorevoli all'impostazione dell'appello sono J.BERGMANN-U.KARPENSTEIN, *Identiaets- und Ultra-vires-Kontrolle*, cit. i quali ritengono (§V) che l'obbligo di rinvio pregiudiziale scaturisca non solo dal diritto europeo ma anche dall'atteggiamento "europafreundlich" della Legge Fondamentale.

⁸⁵ Si tratta del divieto di discriminazione in base all'età, ritenuto all'epoca non ricavabile né dalla normativa pattizia né dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Così già R.HERZOG-L.GERKEN, op.cit., che prefigurano per primi la ipotesi accennata nel testo. Il saggio di Cfr. L.GERKEN, V. RIEBLE, G.H.ROTH, T.STEIN, R.STREINZ, "*Mangold*" als *ausbrechender Rechtsakt*, Muenchen, 2009, trae spunto dal fatto che presso il *Bundesverfassungsgericht* pende un giudizio promosso da un ricorso individuale (2 BvR 2661/06) della Honeywell Bremsbelag GmbH contro la pronuncia del 26 aprile 2006 del Tribunale federale del lavoro che, facendo applicazione della sentenza della Corte di Giustizia, avrebbe leso il suo diritto alla libera scelta della professione e del posto di lavoro. Secondo gli Autori l'applicazione della sentenza europea in Germania sarebbe illegittima perché, appunto, si tratterebbe di un "atto di sconfinamento". La motivazione di tale sconfinamento però lascia alquanto perplessi dal momento che resta altamente opinabile che una interpretazione del diritto europeo non condivisa e perfino errata possa dirsi esorbitante

Ma, ad una riflessione più pacata, il controllo rivendicato dal *Bundesverfassungsgericht* anche in ultima istanza, oltre a non costituire una assoluta novità rispetto alle sentenze “Solange II” e “Maastricht”,⁸⁶ si presenta anche meno dirompente di quanto paventino i suoi critici⁸⁷, e meno facilmente azionabile di quanto sembrano ritenere i suoi propugnatori, pur conservando, indubbiamente, numerosi aspetti problematici.

Sia il controllo *ultra vires* sia il controllo di identità, a ben vedere, non si potrebbero considerare senz’altro come una usurpazione della giurisdizione della Corte di Giustizia almeno perchè – secondo quanto dice lo stesso Tribunale tedesco - debbono essere condotti con riguardo a parametri tratti dalla Costituzione tedesca, e non, come per la Corte di Giustizia, da parametri ricavati dal diritto europeo.

Infatti, nell’*iter* argomentativo della sentenza in commento, come si è riferito, sia il principio di attribuzione, sia l’identità nazionale - menzionati nel Trattato - sono puntualmente ricondotti anche ad un proprio, separato e autonomo fondamento nella Costituzione tedesca: il primo alla garanzia del diritto di partecipazione politica spettante agli elettori tedeschi⁸⁸, il secondo alla c.d.clausola di identità⁸⁹.

Entrambi i tipi di controllo del *Bundesverfassungsgericht* sugli atti dell’Unione dunque si svolgerebbero in riferimento a parametri costituzionali interni senza mettere in discussione, almeno in astratto, il controllo della Corte di Giustizia in riferimento ai parametri propri del diritto europeo.

Si potrebbe poi anche aggiungere che l’interpretazione del Trattato non è riservata in esclusiva alla Corte di Giustizia e che l’intervento del Tribunale tedesco non ne intaccherebbe il monopolio del potere annullamento *erga omnes* (*Verwerfungsmonopol*) dell’atto europeo, dal momento che avrebbe il solo effetto, in caso di pronuncia negativa, della non applicazione dell’atto in Germania.

Nonostante la possibilità di ritenerne la compatibilità con il diritto costituzionale interno, e con la normativa dei Trattati, non sarebbe lecito però sottacere il rischio che l’esercizio concreto di

dalla funzione giurisdizionale e configurabile come vizio di incompetenza, né, tanto meno, come di ipotesi di “evidente sconfinamento”. Gli autori non negano questa difficoltà, ma, ammettendo che esiste una “zona grigia” tra interpretazione e creazione del diritto, risolvono un po’ semplicisticamente il problema, dicendo che poiché comunque una distinzione esiste, sarà il Tribunale costituzionale a definirla con maggiore precisione. Data la estrema problematicità del punto centrale della motivazione, mi sembra tutt’altro che prudente spingere il *Bundesverfassungsgericht* a cogliere comunque l’occasione per prendere posizione contro la sentenza della Corte di giustizia.

⁸⁶ Cfr.F.MAYER, “*Endgueltiges Scheitern des Lissabon-Vertrags moeglich*”, nell’intervista in www.EurActiv.de, 13 luglio 2009, il quale in proposito richiama sia le “sentenze Solange” I e II, sia la “sentenza Maastricht” e sottolinea che tra le varie pronunzie esiste solo una crescente aggressività nei toni.

⁸⁷ V. per esempio, in Italia, il timore, espresso con toni eccessivamente enfatici, da M.CHITI, *op.cit.*, 161, che per effetto della sentenza “I destini di un continente siano lasciati alle decisioni di una corte costituzionale nazionale”

⁸⁸ V. *supra* §2 di questo saggio.

⁸⁹ V. *supra* § 3 di questo saggio.

questo sindacato provochi inconvenienti, sovrapposizioni e conflitti con il controllo della Corte di Giustizia. Infatti il *Bundesverfassungsgericht* pur non avendo, di regola⁹⁰, ad oggetto del suo esame gli atti europei, ma gli atti nazionali di trasposizione o di applicazione di quelli, dovrebbe necessariamente estendere il suo giudizio agli atti dell'Unione, poiché in essi giacerebbe la causa della incostituzionalità dell'atto nazionale (come nel caso delle sentenze "Maastricht" e "Lissabon"). Inoltre, se pure il parametro di giudizio del Tribunale costituzionale è di diritto costituzionale nazionale (per esempio il principio di attribuzione, come espressione del principio democratico), il controllo *ultra vires* dovrebbe tenere necessariamente in considerazione la normativa "interposta" rappresentata dal Trattato. Pertanto le due Corti agirebbero con riguardo ad oggetti e parametri parzialmente coincidenti. A ciò si deve aggiungere che anche se il *Bundesverfassungsgericht* non può annullare gli atti europei, il semplice e limitato divieto di applicazione dell'atto in Germania potrebbe effettivamente nuocere all'uniforme applicazione del diritto europeo nel territorio dell'Unione.

Per frizioni e conflitti del genere non è possibile, allo stato attuale del diritto europeo e nazionale, rinvenire alcuna soluzione predeterminata e sicura.

Tale non mi pare infatti quella che predica l'indiscriminata prevalenza della giurisdizione e del giudicato europeo, sulla base del solo principio internazionalistico *pacta sunt servanda* e del presupposto implicito della sovranità o comunque della supremazia dell'Unione⁹¹. Tralasciando per ora il problema dell'accettabilità o meno di simile presupposto, di cui mi occuperò nel prossimo paragrafo, osservo che quand'anche si volesse ritenere detto principio "nazionalizzato" dalle clausole costituzionali di "apertura" all'Europa e al diritto internazionale, esso non potrebbe considerarsi sovraordinato rispetto ai principi raccolti nella clausola di identità proclamata intangibile e, in particolare, del principio democratico. L'osservanza dell'obbligo di fedeltà al patto non può essere pretesa al prezzo della violazione di norme costituzionali intangibili. Quindi il vincolo derivante dal principio *pacta sunt servanda* potrebbe eventualmente valere soltanto nell'ambito dei confini delle competenze attribuite, come del resto lo stesso principio del primato del diritto comunitario e la stessa giurisdizione della Corte di Giustizia.

Si può poi anche osservare che il richiamo a detto principio proverebbe troppo, perché equivarrebbe a dire che qualunque trattato internazionale – e non solo quello sull'Unione per via delle sue particolarità – dovrebbe dirsi sovraordinato e prevalente sulla Costituzione nazionale.

⁹⁰ Dato il possibile effetto diretto di atti normativi dell'Unione e delle sentenze della Corte di Giustizia, non potrebbe escludersi, ove ne ricorrano gli altri presupposti, la possibilità dell'impugnazione di tali atti, come pure di decisioni diverse dotate di eguali effetti, mediante *Verfassungsbeschwerde* per lesione di diritti fondamentali: è quanto sembra prefigurare la sentenza Maastricht quando appunto afferma che simile lesione può derivare anche da un atto di "un potere pubblico di una organizzazione sopranazionale" e che l'intervento del *Bundesverfassungsgericht* per la tutela di quei diritti in Germania non si rivolge soltanto contro gli organi dello Stato tedesco. Cfr. sul punto AA.VV., "Mangold als ausbrechender Rechtsakt", in www.cep.eu, 41 s. è stata riconosciuta dal *Bundesverfassungsgericht* anche l'impugnabilità diretta di un atto dell'Ufficio Europeo dei Brevetti - fuori quindi della sfera del diritto europeo - perché idoneo a ledere i diritti costituzionali fondamentali (quarta Kammer del II Senato, 2 BvR 2368/99): cfr. U. DI FABIO, *Das Bundesverfassungsgericht und die internationale Gerichtsbarkeit*, cit., 115 s.

⁹¹ Così F.MAYER, *Endgueltiges Schreiten*, cit., che fa leva sull'attribuzione di competenza alla Corte di Giustizia da parte (allora dell'art.220 TCE ora) dell' art. 9 F TUE-Lisbona) di assicurare "il rispetto del diritto nell'applicazione dei trattati".

Per tale ragione, oltre che per l' inopportunità – su cui tornerò più avanti - di irrigidire i rapporti tra le due giurisdizioni assegnando ad una di esse una posizione di istituzionale prevalenza non mi sembra praticabile né auspicabile la strada suggerita dall'appello dei trenta giuristi sopra ricordato.

L'incertezza di fronte a questa *impasse* può forse essere sdrammatizzata da una più attenta considerazione dei termini del problema.

Si può constatare così che il controllo *ultra vires* – che appare il più temibile dagli “euro-entusiasti” - nella “sentenza Lisbona” appare chiaramente circoscritto e limitato – trovando applicazione, come s'è visto, non soltanto in caso di sconfinamenti “evidenti” ma anche a condizione che non possano operare i rimedi previsti dall'ordinamento europeo⁹². Sembra, questa, una impostazione non dissimile da quella della “sentenza Solange II” in tema di controllo sul rispetto, da parte degli atti europei, dei diritti fondamentali, fondata sul rapporto di collaborazione strutturato nel senso che il Tribunale costituzionale nazionale si astiene dall'intervenire fino a che funzionino le garanzie assicurate dalla giurisdizione della Corte di Giustizia⁹³.

Quanto poi al controllo di identità, la diffusione nello spazio giuridico europeo dei principi contenuti nella clausola tedesca e la loro consacrazione (con esclusione del principio dello Stato federale) nella “clausola di omogeneità” ora art.1bis TUE-Lisbona (già art.6 TUE) quali valori fondamentali dell'Unione⁹⁴ - quand'anche suscettibili di assumere significato diverso dato il differente contesto ordinamentale in cui rispettivamente si collocano – consentono di ipotizzare ragionevolmente che pure eventuali violazioni della clausola sarebbero rare se non eccezionali⁹⁵.

A ridimensionare la portata del problema può valere poi anche una considerazione di diversa natura e cioè questa: da un'analisi della giurisprudenza non si ricava l'impressione che finora il Tribunale tedesco abbia mostrato un atteggiamento pregiudizialmente ostile al diritto europeo e ai *dicta* della Corte di Giustizia. Di tanto convince innanzi tutto la ricordata sospensione del (o rinuncia condizionata al) proprio controllo sugli atti comunitari per il rispetto dei diritti fondamentali a favore della stessa Corte, proclamata con la sentenza “Solange II” del 1986 e sempre confermata. Un segnale nella stessa direzione proviene poi da alcune importanti decisioni adottate dopo la prima (e già per alcuni allarmante) rivendicazione di un controllo sugli atti *ultra vires* da parte della “sentenza Maastricht”, le quali rassicurano sulla prudenza e volontà del *Bundesverfassungsgericht* di evitare contrasti con il Giudice europeo: mi riferisco in particolare

⁹² Così già riteneva F.MAYER, *Kompetenzueberschreitung*, cit., nel commentare la “sentenza Maastricht”, 114.

⁹³ In senso analogo interpreta la sentenza anche J.ZILLER, *op.cit.*, 14 ss. *Contra*, F.SCHORKOPF, *The European Union as an Association of Sovereign States*, cit., 1232, il quale ritiene che con la sentenza attuale il Tribunale avrebbe intenzionalmente abbandonato il modello della sospensione del proprio controllo sugli atti dell'Unione, proclamandone invece l'immediata e incondizionata operatività, con l'effetto di aumentare la pressione sugli organi dell'Unione perché si mantengano nei limiti delle competenze attribuite dal Trattato.

⁹⁴ Cfr. SCHORKOPF, *Homogenität in der Europäeische Union. Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art.6,Abs.1 und Art.7 EUV*, spec.28 ss.; V.ATRIPALDI-R.MICCU', *La Costituzione europea “multilivello” tra garanzie di omogeneità e identità plurali*, in AA.VV., *The European Constitution in the Making* (I.PERNICE-R.MICCU' eds.), Baden-Baden 2003, 62 ss.

⁹⁵ Così anche J.BERGMANN-U.KARPENSTEIN, *Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle*, cit.

alle pronunzie sull'organizzazione europea del mercato delle banane⁹⁶ e quella sul mandato d'arresto europeo⁹⁷.

Insomma, si può plausibilmente ritenere che il Tribunale costituzionale tedesco non abbia in programma di fare uso quotidiano del suo controllo, e che, eventualmente, lo riserverebbe a casi estremi, o addirittura di scuola. L'occasione per saggiare a breve termine l'orientamento del Tribunale potrà essere fornita dalle modalità di risoluzione di delicati casi sollevati con ricorsi individuali e al momento pendenti dinanzi ad esso⁹⁸.

E' vero che questa è una mera prognosi, per di più incerta, che non equivale ad un saldo ragionamento giuridico; tuttavia essa è un argomento che può essere correttamente contrapposto a quello allarmistico, di eguale natura e di segno contrario. Nella medesima prospettiva, d'altra parte, è dubbio che una prognosi di prudenza possa essere fatta per la giurisprudenza della Corte di Giustizia, dato il suo ben conosciuto attivismo che ha certamente arricchito l'ordinamento europeo – per esempio, ma non solo, quanto ai diritti fondamentali – ma che sul tema della individuazione delle competenze europee e in genere sui rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali non si è mostrata particolarmente sensibile alle ragioni degli Stati membri.

In questo quadro, la rivendicazione del *Bundesverfassungsgericht* si può leggere piuttosto che come espressione di propositi bellicosi, come manifestazione dell'intenzione dello stesso Tribunale di assumere un ruolo meno passivo ed estraneo rispetto al processo di integrazione⁹⁹, un implicito invito agli organi e istituzioni dell'Unione a prestare maggiore attenzione ai confini delle proprie competenze e - al pari che per la tutela dei diritti fondamentali – un tacito appello alla Corte di Giustizia ad esercitare una maggiore riflessione e ponderatezza in tema di rapporti tra diritto europeo e diritti nazionali e all'esercizio del *self-restraint* necessario a rispettare e far rispettare il quadro delle competenze ragionevolmente riconducibili al Trattato secondo i criteri di interpretazione comuni nella tradizione costituzionale degli Stati membri¹⁰⁰.

⁹⁶ BverfG, 2 BvL 1/97 del 7.6.2001, in www.bundesverfassungsgericht.de

⁹⁷ BverfG,, 2 BvR 2236/04 del 18.07.2005, in www.bundesverfassungsgericht.de,

⁹⁸ V. in particolare il caso relativo alla “sentenza Mangold”, di cui s'è detto più sopra.

⁹⁹ Così F.SCHORKOPF, *The European Union*, cit., 1232; J.ZILLER, op.cit., 22 ss. precisa giustamente che la rivendicazione dell'interpretazione del diritto europeo in capo al *Bundesverfassungsgericht* ai fini del controllo di costituzionalità degli atti europei, contenuta nel § 241 della sentenza, non intende certo escludere l'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione, ma soltanto quello degli altri giudici tedeschi.

¹⁰⁰ Secondo J.ZILLER, op.cit., 20 la sentenza rappresenterebbe un messaggio diretto non alle istituzioni europee, ma alle istituzioni tedesche. In epoca precedente alla sentenza U. DI FABIO, *Der Verfassungsvertrag und die laengerfristigen Perspektiven des verfassten Europa*, cit., 12, riferendosi al modello “Solange II del rapporto collaborativo tra *Bundesverfassungsgericht* e Corte di Giustizia, lo qualificava come un appello nel senso dell'integrazione” (*integrationsfreundlicher Appell*) e auspicava che, nel medesimo senso, anche la Corte europea non si mostrasse rigida solo contro gli Stati, ma anche contro il potere normativo comunitario, così come il *Bundesverfassungsgericht*, nell'ordinamento interno, controllava il legislatore a difesa dei diritti fondamentali e delle attribuzioni dei Laender; sottolineava come questo fosse il compito di un tribunale, mentre essere “motore dell'integrazione politica” non rientrava tra le funzioni della giurisdizione ma degli organi politici dell'Unione.

In una prospettiva siffatta, non si vede perchè la cautela e il *self-restraint* debbano essere pretesi soltanto dal Tribunale costituzionale nazionale e non anche da quello europeo. Non si vede perché non possa essere richiesto anche alla Corte di Giustizia di tenere un atteggiamento attento ad evitare conflitti con i giudici costituzionali nazionali. La soluzione del problema non può porsi solo a carico di una delle parti.

In conclusione, anche alla luce di queste considerazioni, e confidando nell'equilibrio delle Corti, l'idea di predeterminare rigidamente e una volta per tutte sul piano giuridico il modo di risoluzione di possibili conflitti tra Corte europea e Tribunale nazionale – come per esempio vorrebbe l'appello dei trenta – è non solo difficilmente praticabile, ma anche non auspicabile. Di gran lunga preferibile appare lasciare che le relazioni tra di esse, quali organi di massimo livello dei due ordinamenti, restino affidate al loro prudente apprezzamento e ad un più attento rispetto delle rispettive aree di tutela.

12. Identità costituzionale nazionale, sopravvivenza della sovranità statale e ulteriore sviluppo dell'integrazione. - *Last but not least* molto discussa è la presa di posizione della sentenza in ordine al tema – davvero centrale e per questo da sempre presente nel dibattito sul processo di integrazione europea – della natura dell'Unione e della sorte della sovranità degli Stati membri.

In verità la pronunzia, sotto tale punto di vista, non rappresenta una novità nella giurisprudenza costituzionale tedesca, perché, pur sviluppandone i passaggi, non si discosta sensibilmente dalle conclusioni della “sentenza Maastricht” né, più in generale, usa argomenti che non fossero già presenti nel vasto panorama dottrinale che ha accompagnato la creazione dell'Europa Unita. Neppure le nuove critiche però si giovano di spunti inediti.

Gran parte dei commentatori convengono sul fatto che l'Unione, come dice il Tribunale, non è uno Stato. Anzi, aggiungono alcuni critici, ciò sarebbe talmente pacifico da rendere superflua e perciò incomprensibile l'insistenza sul punto del Tribunale. In realtà, però, a me non pare che sia così: quand'anche infatti fosse ovvio questo stato di cose, il richiamo ad esso non è affatto inutile, ma è al contrario necessario al Tribunale per dimostrare che il lamentato *deficit* democratico dell'Unione – rispetto allo *standard* della Repubblica federale – è ancora costituzionalmente tollerabile, perché proporzionato alla fase di sviluppo dell'Unione, che, anche a seguito del nuovo trattato, appunto, continua a non essere uno Stato, ma uno *Staatenverbund*.

A parte questo però, molti commenti contestano al Tribunale non solo di essersi soffermato inutilmente su un dato ormai pacifico e scontato, ma, soprattutto, di avere affermato, ancora una volta, la perdurante sovranità degli Stati membri, manifestando una sorta di insofferenza radicale verso un concetto che considerano non soltanto ormai obsoleto, ma addirittura esiziale se utilizzato nei confronti del processo di integrazione.

Chi poi prende in considerazione la rivendicazione di questa sovranità unitamente all'asserita riserva delle “materie sensibili” alla esclusiva competenza degli Stati membri,¹⁰¹ e soprattutto alla pretesa del controllo del *Bundesverfassungsgericht* sulla costituzionalità degli atti dell'Unione,

¹⁰¹ Così F.SCHORKOPF, *op.cit.*, 1223 ss.; D.HALBERSTAM-C.MOELLERS, *op.cit.*, 1249 ss.; I.PERNICE, “BverG: Bis hier und nicht weiter”, intervista pubblicata in www.eurActiv.de, 30 giugno 2009; C.TOMUSCHAT, *op.cit.*, 1260.

finisce per imputare *tout court* alla sentenza il fine o comunque l'effetto di bloccare qualunque ulteriore corso del processo di integrazione¹⁰².

Ad una lettura pacata della decisione però molte di queste contestazioni si rivelano ingiustificate.

Così, per esempio, non sembrano accettabili le critiche rivolte all'uso della "clausola di eternità" come clausola di identità costituzionale tedesca idonea a limitare il processo di integrazione e a garantire la sovranità della Repubblica Federale¹⁰³, quando obiettano che la clausola dell'art.79, comma 3 L F è stata introdotta per bloccare qualsiasi tentativo di transizione para-legale alla dittatura, e non per paralizzare il processo di integrazione europea. A parte il fatto che il richiamo alla clausola non è utilizzato per paralizzare questo processo, si può al contrario sostenere che essa può benissimo trovare applicazione anche a fattispecie diverse rispetto a quella che può averne motivato l'introduzione, come suggerisce il consolidato canone di interpretazione della legge dell'estraniamento, e cioè del distacco della disposizione legislativa dalla volontà originaria del legislatore¹⁰⁴.

Inoltre, se si legge attentamente la sentenza, ci si avvede che le "materie sensibili" non sono affatto sottratte *in toto* e per principio ad un futuro trasferimento all'Unione: il Tribunale infatti, considerandole strettamente legate a modelli culturali e sociali propri di ciascun Paese e come tali temi centrali della formazione della rispettiva opinione pubblica, si limita a pretendere – come riferito più sopra¹⁰⁵ – una particolare cautela in ordine ad un loro trasferimento all'Unione, esigendo che – per non vanificare il diritto di partecipazione politica dei cittadini – rimanga nella disponibilità degli Stati un sufficiente spazio politico di decisione, e nei limiti del possibile ne siano devolute alla competenza europea solo gli aspetti transnazionali¹⁰⁶.

Quindi, non corrisponde al contenuto della sentenza l'idea che indicando queste materie il Tribunale abbia voluto per il futuro presentarle come un limite invalicabile alla partecipazione tedesca ad un futuro rafforzamento dell'Europa unita¹⁰⁷.

Quanto al nodo centrale della riaffermata sovranità della Repubblica federale poi, non mi pare che il Tribunale si sia fatto portatore di tesi ciecamente conservatrici, legate a concezioni ormai superate e legate alle esperienze più retrive degli Stati nazionali, come sbrigativamente affermano

¹⁰² Cfr. soprattutto C.SCHOENBERGER, *Lisbon in Karlsruhe*, cit., 1216 ss.. V. pure M.CHITI, *op.cit.* che vede nella sentenza "Un colpo durissimo all'Unione Europea" (p.151) e fonte di possibili "effetti letali sul processo di integrazione" (p-155), uno "strappo" intenzionale alla trama comunitaria..

¹⁰³ Così specialmente C.SCHOENBERGER, *Lisbon in Karlsruhe*, cit.1208 ss.

¹⁰⁴ In questo senso anche F.SCHORKOPF, *op.cit.*, 1223.

¹⁰⁵ Cfr. il par.8.

¹⁰⁶ Per questa osservazione v. anche G.L.TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente "Lissabon Urteil", relazione al Seminario Astrid, Roma, 21 settembre 2009*, in www.astrid-online.it..

¹⁰⁷ Come sembra invece ritenere C.SCHOENBERGER, *op.cit.*, 1209.

i critici della sentenza liquidando così per lo più con i soliti slogan sulla conclamata scomparsa della sovranità statale argomenti che meriterebbero ben diversa considerazione¹⁰⁸.

Ritengo infatti che la sovranità statale - sia esterna, sia interna - di cui parla il Tribunale sia una moderna nozione della sovranità "legale", e cioè una concezione ben diversa da quella di un potere arbitrario e chiuso in sé stesso, illimitato sia all'interno sia in campo internazionale, che si pretende indissociabile dall'esperienza dello Stato nazionale¹⁰⁹. Si tratta invece di un potere che, nella concezione del costituzionalismo liberal-democratico proprio dei Paesi membri dell'Unione¹¹⁰, esiste - forse - soltanto nell'atto costituente dell'ordinamento, e che si è evoluto e sviluppato fino ad assumere - nel versante interno - il connotato di un potere "legale", e cioè di un potere "costituito" di supremazia, democraticamente fondato e limitato dal diritto, e - sul versante esterno - come potere aperto alla cooperazione internazionale e sovranazionale per la realizzazione della pace, coagulato intorno ai valori essenziali del costituzionalismo (la c.d.clausola di identità dell'ordinamento costituzionale tedesco). Non vedo che cosa abbia di retrico e superato una simile nozione di sovranità, vista non più come il "teatro dell'imperio", ma come il teatro dei principi del costituzionalismo liberale e come requisito per realizzare quella corrispondenza permanente tra il popolo e i governanti che costituisce l'essenza ineliminabile della democrazia¹¹¹.

¹⁰⁸ V. in particolare l'ampia e approfondita analisi e le stringenti argomentazioni di U.DI FABIO, in *Mehrebenendemiekratie*, cit., 107 ss. e in *Der neue Art.23 des Grundgesetzes*, cit., 191 ss.. L'autore mette al centro della sua costruzione dell'attuale ordine europeo il binomio inscindibile tra libertà individuale e democrazia da un lato e - necessariamente collegato con questo binomio - un rinnovato concetto di sovranità statale, concludendo per l'indispensabile mantenimento degli Stati nazionali con la nuova formazione politica dell'Unione in un sistema di "democrazia multilivello": questi Stati, esercitando la propria "nuova" sovranità, restano garanti dell'ordine complementare europeo e elementi fondamentali nell'ordine internazionale in vista della costituzione non di uno Stato mondiale o di uno Stato europeo, ma di un sistema pragmatico che assicuri la libertà individuale e la pace, perché anche in un "diritto universale" la libertà e la democrazia restino determinanti.

¹⁰⁹ V. sul punto le osservazioni di M.LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv.it.dir.cost.*, 1996, 136 ss. (nonché, più di recente in *Integrazione europea, sovranità statale e sovranità popolare*, in *XXI secolo. Norme e idee*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2009, 338 ss.) il quale, nel descrivere l'origine e lo sviluppo dell'idea di sovranità, sostiene che un potere assoluto e libero da ogni vincolo, sebbene evocato per fondare un nuovo ordine politico e sociale, non sia mai esistito, nella sua pienezza, nelle diverse formazioni politiche succedutesi in Europa fin dalla dissoluzione del vincolo universalistico all'autorità dell'Impero e del papato. In senso analogo U. DI FABIO, *Mehrebenendemiekratie in Europa*, cit., spec.121 ss.; ID. *Die Grundlagen der Gemeinschaft*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 22.10. 2003, 8.

¹¹⁰ Per la trasformazione del concetto per effetto della nascita dello Stato liberale v. ancora M.LUCIANI, *L'antisovrano*, cit., 143 ss. Sulla distinzione, in riferimento a questa esperienza, tra sovranità assoluta come potere di fatto e sovranità "costituita" limitata e condizionata v. anche ampiamente S.FOIS, *Il principio di sovranità e la sua crisi*, in AA.VV., *La nascita delle Costituzioni europee nel secondo dopoguerra*, Padova, 2000, 248 ss.; A.PACE, *Potere costituente rigidità costituzionale, auto vincoli legislativi*, Padova 2002, 110 ss. Sulla problematica applicazione del concetto all'esperienza dello Stato federale rinvio al mio saggio *Sovranità, processi federalistici, autonomia regionale*, in *Giur.Cost.*, 2007, 4999 ss.

¹¹¹ In senso conforme all'opinione espressa nel testo Cfr. F.SCHORKOPF, *op.cit.*, 1224.. Per la tesi della inscindibilità tra sovranità statale e sovranità popolare U.DI FABIO, *Der neue Art.23 des Grundgesetzes.Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung?*, in *Der Staat*, 1993, 200 ss. e, per ulteriori svolgimenti circa la necessaria presenza nel processo di integrazione dello Stato nazionale accanto all'Unione come condizione di una effettiva "democrazia multilivello" nel quadro di un ordine "complementare", v. ancora U.DI FABIO, *Mehrebenendemiekratie in Europa*, cit.117 ss. - *Der Weg in die komplementaere Ordnung*, conferenza del 15 novembre 2001, pubblicata in AA.VV., *Die Konsolidierung der europaeischen Verfassung: von Nizza bis 2004* (a cura del Walter Hallstein-Institut fuer Europaeisches Verfassungsrecht), Forum Constitutionis Europae, vol.4, Baden

Comunque, pur così impostata la questione, il *Bundesverfassungsgericht* non esclude, come s'è visto, che la sovranità dello Stato tedesco possa in futuro annullarsi per la sua confluenza in un vero e proprio Stato europeo, o altra formazione politica sovrana, ma naturalmente sottolinea che ciò non potrebbe avvenire che mediante una diretta manifestazione di volontà del popolo tedesco, espressione del suo potere costituente di un nuovo e diverso ordine¹¹²

Se questa lettura della sentenza è condivisibile, l'insofferenza verso l'affermazione della sovranità degli Stati membri e l'insistenza nel negarne l'esistenza autorizzano a pensare che in realtà il fronte "ero-entusiasta" intenda affermare, sia pure per implicito, la piena capacità di autodeterminazione e dunque la sovranità dell'Unione, intesa come supremazia illimitata e libera disponibilità del proprio ordinamento e delle proprie competenze. La sovranità, che è ripudiata come attributo degli Stati, viene invece pienamente accettata quando si tratta dell'Unione. Ad una negativa e tradizionale sovranità dello Stato si contrappone una esaltante "sovranità senza Stato" oppure la scomparsa *tout court* di qualsiasi sovranità¹¹³.

Ora, non voglio escludere pregiudizialmente che simili conclusioni possano apparire attraenti sul piano della politica costituzionale ed anche esercitare un notevole fascino per gli ideali ai quali si richiamano. Tuttavia esse non hanno riscontro nel diritto positivo. Oltre ad essere incompatibili con le Costituzioni nazionali, i loro assunti non appaiono rispecchiati nella normativa del Trattato, il quale – come peraltro già le sue precedenti versioni – non solo non offre alcuno spunto alla tesi della cessazione della sovranità degli Stati a vantaggio dell'Europa a seguito di una pretesa definitività e irreversibilità del trasferimento dei poteri sovrani alla Comunità (ora, all'Unione), ma ribadisce espressamente l'identità nazionale degli Stati e la spettanza del diritto di recesso ai singoli membri dell'Unione, mentre continua a mantenere nella disponibilità di questi ultimi ("signori dei Trattati") ogni modifica della normativa pattizia e dunque, con essa, la *Kompetenz-Kompetenz*, che è l'espressione essenziale della persistenza della loro sovranità.

Baden, 2004. 107 ss. Nel medesimo senso della sovranità statale tedesca come necessario presupposto della clausola di eternità della LF Cfr. anche P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozess der Europäischen Integration*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (a cura di J. Isensee-P. Kirchhof), vol. I, 1995, 870 ss

¹¹² Secondo C.SCHOENBERGER, *op.cit.*, 1208-9 ss., invece, la sentenza rivela un atteggiamento di chiusura "ermetica" a qualsiasi sviluppo dell'Unione specie laddove sostiene – a suo avviso indebitamente – che la clausola di eternità-identità proibisca la partecipazione della Germania ad un processo che finisca per dissolverne la sovranità a favore dell'Unione. Per una lettura della sentenza in senso analogo a quello proposto nel testo cfr. G.L. TOSATO, *op.cit.*, § 5. Del resto l'idea che le autorità degli ordinamenti vigenti nei diversi Stati membri possano, esercitando le competenze di cui sono titolari sulla base delle rispettive Costituzioni, costituire un nuovo ordinamento statale sopprimendo quelli di origine, senza il ricorso ad un nuovo ed apposito atto costituente europeo, che pure è sostenuta da alcuni studiosi, è inaccettabile pure per le ragioni messe in luce da A.PACE, *Potere costituente*, cit., 114 ss.

¹¹³ Anche chi non vi allude espressamente, in realtà presuppone necessariamente l'idea che la formazione europea, pur diversa da uno Stato, sia sovrana; così si può dire per es. della posizione di chi, come C.SCHOENBERGER, *op.cit.*, 1217 ss.- afferma che la sovranità statale, messa definitivamente fuori gioco dalla fine della guerra fredda e poi dall'allargamento ad est dell'Unione, sarebbe "ampiamente scomparsa dalla scena politica europea già molto tempo prima che il Tribunale ne resuscitasse il fantasma solo allo scopo di affermarne la garanzia nella LF"; pertanto l'Unione non avrebbe come meta di trasformarsi in uno Stato, ma "restando una miscela peculiare di elementi unitari e federali che cambia dinamicamente e continuerà a farlo": sostenere l'inarrestabile ed autonoma avanzata del processo di integrazione e al contempo rifiutare qualsiasi limite proveniente dagli ordinamenti degli Stati membri che cosa può significare se non l'assunzione della sovranità da parte di questa entità europea in perpetuo movimento? Sostanzialmente non diversa da quella ora descritta sembra pure la posizione di M.CHITI, *op.cit.*, 160 nonché di A.MANZELLA, *80 giorni dopo*, cit

Ma l'orientamento dottrinale in esame non sembra attribuire rilievo particolare al diritto positivo, nonostante che si debba confrontare con una entità come l'Unione europea - che è certo frutto di un processo politico, ma è anche la creatura di un atto normativo internazionale e quindi, come tale, una entità giuridica. In particolare, di frequente molti di coloro che criticano gli assunti del *Bundesverfassungsgericht* sull'argomento non si preoccupano a sufficienza né di esaminare, né di qualificare - sul piano giuridico-istituzionale - i rapporti tra Unione e suoi membri, ma si arrestano ad un'ottica meramente politico-ideologica, senza soffermarsi a contestare puntualmente con i necessari e specifici argomenti giuridici contrari le asserzioni della sentenza, ma liquidandole come frutto di un formalismo grezzo e cieco dinanzi alla realtà del processo politico europeo. In definitiva, posizioni del genere considerano il fatto storico dell'esistenza dell'Unione come un fatto normativo sovraordinato e vincolante rispetto non solo alle Costituzioni nazionali, ma agli stessi Trattati, che troverebbe in sé stesso la forza di legittimare un proprio sviluppo ineluttabile fino alla dissoluzione definitiva degli ordinamenti nazionali.

Con questo non intendo affatto predicare l'irrelevanza del fatto nell'interpretazione del diritto, ma, senza che ciò implichi di per sé un approccio formalista nel senso di un meschino attaccamento alla mera lettera della legge - soltanto richiamare l'attenzione sulla costante necessità, per l'analisi giuridica, di non scambiare, più o meno consapevolmente, il piano dell'essere o dell'auspicabile con quello del dover essere.

Confrontata poi con i valori del costituzionalismo moderno, le tesi che esaltano acriticamente il primato illimitato dell'Unione e ne proclamano o ne auspicano la sovranità esclusiva suscitano ulteriori perplessità quando non spiegano perché mai e da quale punto di vista questa entità originale e *sui generis*, quale è appunto l'Unione, dovrebbe apparire preferibile allo Stato come forma istituzionale della comunità politica, né, in particolare, si soffermano ad indicare analiticamente le ragioni per le quali la democrazia e i diritti fondamentali vi sarebbero meglio garantiti e realizzati che non nello Stato costituzionale nazionale. Per quei valori, la struttura della comunità politica infatti non è certo indifferente, né lo sono gli strumenti istituzionali da utilizzare per realizzarne la garanzia effettiva¹¹⁴

Comunque, anche a non volere convenire con queste osservazioni, si può obiettare che nella prospettiva futura la persistente sovranità degli Stati membri non bloccherebbe ulteriori sviluppi del processo di integrazione come non ne ha ostacolato finora il percorso verso tappe di una unione sempre più stretta. Certo, impedirebbe la trasformazione dell'Unione da uno *Staatenverbund* ad un vero e proprio Stato federale ". Ma ciò implicherebbe un necessario consenso dei popoli degli Stati e un apposito atto costituente di un popolo europeo, (al momento, quest'ultimo, ancora *in fieri*), passaggi, questi, ovviamente fuori delle vigenti Costituzioni nazionali e che non potrebbero certo essere impediti da una pronuncia di un qualsiasi Tribunale nazionale. Un simile sviluppo non sembra peraltro all'ordine del giorno dell'Unione né degli Stati membri, e non sarebbe neppure auspicabile dal momento che proprio la forma inedita del *Verbund* consentirebbe la conservazione di quella che è considerata a buon diritto la ricchezza vera dell'Europa e che è proclamata dal Preambolo dei Trattati e cioè l'unione tra diversi popoli

¹¹⁴ Per il valore, centrale per la democrazia, della individuazione, nel processo di integrazione, del titolare della responsabilità finale Cfr. U. DI FABIO, *Mehrebenendemokratie in Europa*, cit, 123.,

che coesistono e collaborano pur rimanendo distinti e titolari di una propria identità politica e culturale ¹¹⁵.

D'altra parte, non convince neppure la teoria – apparentemente diversa - che non nega la sopravvivenza della sovranità statale, ma tenta di conciliarla con quella dell'Unione. E' la concezione che descrive la sovranità in Europa come una "sovranità europea integrata" in cui convivono sovranità degli Stati e sovranità dell'Unione che ne è titolare pur non essendo uno Stato; che in altri termini ipotizza l'esistenza di una sovranità "suddivisa o condivisa tra più livelli di azione politica", in modo da potere concludere che "il concetto di sovranità nazionale, essendo perfettamente compatibile con la realtà di un *Verfassungsverbund* europeo, non ostacola in ultima istanza l'idea di una Costituzione integrata dell'Europa"¹¹⁶.

Ciò che fa dubitare della validità di simile impostazione e che fa pensare che la tesi della sovranità integrata non si distingua, in ultima analisi, da quella che *tout court* proclama o presuppone la sola sovranità dell'Unione sta nel fatto che, anche per essa, a ben vedere, la regola di convivenza delle due sovranità non sarebbe altro che il primato dell'Unione.

Tralasciando di considerare sia il problema di una sovranità senza Stato sia quello della coesistenza di due sovranità nel medesimo ambito, basta considerare tale impostazione al banco di prova del paventato conflitto tra Tribunale costituzionale tedesco e Corte di Giustizia europea per il controllo *ultra vires* degli atti europei ¹¹⁷: risulta chiara qui la scelta – espressa nell'appello dei trenta giuristi di cui s'è detto più volte - della istituzionale soggezione del primo alla seconda, da imporre con legge costituzionale, del *Bundesverfassungsgericht* che intenda difendere la Costituzione tedesca. Sostenere questo però non può che significare che l'Unione è "più sovrana" dello Stato tedesco o detto in modo – a mio avviso – corretto che, l'Unione è sovrana e lo Stati membro non lo è. Se così non è, occorrerebbe spiegare in quale senso lo Stato tedesco resterebbe sovrano.

Come già nell'esperienza degli Stati federali, le tesi della doppia sovranità si rivelano un espediente per rendere più accettabile, quando non di celare pudicamente, l'inevitabile

¹¹⁵ Sul necessario mantenimento della distinzione tra i popoli europei e contro l'idea della formazione di un solo polo europeo e di uno Stato federale europeo Cfr. J.H.H.WEILER, *Federalismo e costituzionalismo*, cit. 35 ss. G.GUARINO, *Per una Costituente europea. Riflessioni sulla costruzione europea dopo la sentenza tedesca sul Trattato di Lisbona*, contributo al Seminario Astrid del 21 settembre 2009, in www.astrid-online.it, si pronuncia invece decisamente a favore della formazione sia pure nel lungo periodo – e in esito ad un consapevole processo costituente - di un vero Stato europeo con una struttura realmente democratica, dotato perciò della sovranità monetaria e finanziaria necessaria all'Europa per sopravvivere e misurarsi con gli altri continenti nell'attuale situazione politico-economica mondiale

¹¹⁶ Secondo I.PERNICE-F.MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in AA.VV.*Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, cit., 58 ss., si tratterebbe di una "sovranità composita" dell'Unione consistente in ciò, che "l'Unione europea è fondata sulla sovranità degli Stati membri ... mentre al contempo l'Unione contribuisce a una rifondazione di questa stessa sovranità senza divenire per questo essa stessa un'entità sovrana. La Comunità e i suoi Stati membri, formando una sorta di osmosi avrebbero prodotto un nuovo modello ... dotato di una sovranità che non annulla quella degli Stati membri".

¹¹⁷ V. sul punto il paragrafo precedente e la nt. 85. Come già detto, l'appello è sottoscritto, tra gli altri, anche da I.Pernice e F.Mayer, autori della teoria della "sovranità integrata".

attribuzione – dinanzi ad una antinomia concreta - della disponibilità della decisione ultima ad una sola delle entità che, in astratto dovrebbero dividerla.

D'altra parte, l'opinabilità della tesi di una sovranità europea "integrata" trova riscontro nelle aporie cui essa dà luogo nella corrispondente concezione della "Costituzione integrata" dell'Europa, e in concezioni analoghe che configurano, con varie sfumature, la coesistenza dell'ordinamento europeo con le Costituzioni degli Stati membri, come "Costituzione multilivello" o "unione di costituzioni"¹¹⁸.

Ravvisata la Costituzione dell'Unione nei Trattati europei, secondo la nota impostazione della Corte di Giustizia, la tesi in esame ne descrive la coesistenza con le Costituzioni nazionali con la figura della "Costituzione integrata dell'Europa", ordinamento composito nel quale "Il diritto costituzionale non è strutturato in forma gerarchica" ma si basa sull'idea di cooperazione¹¹⁹.

Tralascio di contestare la premessa di simile costruzione - che la normativa dei Trattati sia una Costituzione (nel senso assiologico-prescrittivo del costituzionalismo) - del resto già ampiamente dibattuta nella letteratura sulla "Costituzione europea"¹²⁰ - e mi soffermo qui solo sul modo in

¹¹⁸ Cfr. per la "Costituzione multilivello" I. PERNICE, *Der Europaeische Verfassungsverbund auf dem Weg der Konsolidierung*, in *Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts*, n.f. 48, 2000, 14 ss.; ID., *Elements and Structure of the European Constitution*, in AA.VV., *The European Constitution in The making*, cit., 21 ss. ID. *L'Unione costituzionale europea (Der europaeische Verfassungsverbund) nella prospettiva della conferenza intergovernativa del 2000*, in AA.VV., *I costituzionalisti e l'Europa* (a cura di S.P.Panunzio), Milano, 2002, 335 ss.; M.MORLOK, *Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli*, ivi, 507 ss.. Sulla "costituzione "integrata" v. I.PERNICE-F.MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, cit.43 ss.., Per l'"unione di costituzioni" cfr. A.MANZELLA, *L'identità costituzionale dell'Unione Europea*, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano, 1999, 923, nonché nel recentissimo *80 giorni dopo*, cit.. Configurando la coesistenza dei diversi livelli costituzionali e legislativi in Europa secondo un'ottica dichiaratamente distante da quella normativistica, J.H.H.WEILER, *Federalismo e costituzionalismo*, cit., 31 ss. non ipotizza né auspica l'esistenza di una "Costituzione europea in senso formale, ritenendo "una disciplina costituzionale federale non.. radicata in una Costituzionale di tipo statale" sufficiente e più adeguata al particolare "federalismo europeo": qui il principio di convivenza di più popoli distinti sarebbe quello della *tolleranza costituzionale* verso l'Unione e verso gli altri Stati membri - e cioè dell'accettazione volontaria in una prassi di diffusione crescente- da parte degli "attori costituzionali" di questi Stati, e non già dal riconoscimento a quest'ultima di "una sovranità e autorità superiore legata a norme rese valide dal popolo federale, dal *demos* costituzionale" (38); questa "architettura costituzionale europea ..non sarebbe definita dal caso estremo deputato ad individuare in modo definitivo la *Grundnorm*," ma dalle "pratiche quotidiane, anche se messe in atto in forma irriflessiva .." (39). A simile impostazione certo condivisibile sul piano pragmatico, resta da chiedere però quale sarebbe, in questa ottica, la via per la risoluzione delle antinomie tra gli ordinamenti che si producono se non funziona la "tolleranza costituzionale" (come, appunto, nell'eventualità di conflitto tra *Bundesverfassungsgericht* e Corte di Giustizia europea).

¹¹⁹ I.PERNICE-F.MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, cit., 52

¹²⁰ Sul tema della "Costituzione europea" per approfondimenti ed ulteriori considerazioni e riferimenti, che qui non è il caso di riprendere, rinvio al mio saggio "*La Costituzione europea come problema*", in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2000, ...ss.. *Adde*, tra i contributi pubblicati più di recente, i diversi scritti - apparsi nel volume, già più volte citato dal titolo *Diritti e Costituzione nell'Unione europea* - di G.ZAGREBELSKY, *Introduzione*, V ss.; D.GRIMM, *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali*, cit., J; .H.H.WEILER, *Federalismo e costituzionalismo*, cit.; I.PERNICE-F.MAYER, *La Costituzione integrata dell'Europa*, cit U.MORELLI, *La costituzione europea, il modello federalista*, 69 ss.; J.HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, 94 ss; S. DELLA VALLE, *Necessità, pensabilità e realtà della Costituzione europea*, 119 ss.

Quanto in particolare alla formulazione della tesi criticata nel testo aggiungo qui che, anche ammesso e non concesso che una Costituzione possa dare vita ad una istituzione politica diversa da uno Stato, resta contestabile, alla stregua della stessa dottrina, che esista una Costituzione europea rappresentata dal diritto primario (o anche derivato?) dell'Unione perché, non pare che possa considerarsi un atto costituente idoneo a produrla, né il "metodo della Convezione" seguito per la carta dei Diritti e per il fallito "Trattato costituzionale", nè un "contratto sociale europeo"

cui essa configura i rapporti della normativa europea con le Costituzioni nazionali, riproducendo – e non potrebbe essere diversamente – il modello delle relazioni tra le due sovranità.

Tali rapporti infatti oscillano tra l'idea della complementarietà e quella della sovra-ordinazione della Costituzione dell'Unione nei confronti delle Costituzioni nazionali, sovra-ordinazione, si badi bene, attribuita non solo al diritto europeo prodotto dai Trattati ma anche – inopinatamente - al diritto europeo *derivato*. Ciò risulta evidente nell'affermazione che l'ordinamento costituzionale sovranazionale “è complementare agli ordinamenti costituzionali interni e si integra con questi, a seguito delle sue caratteristiche essenziali di priorità e di effetto diretto, modificando implicitamente il contenuto delle disposizioni delle costituzioni nazionali. Un tale effetto si può produrre ugualmente anche attraverso atti di diritto derivato”; una ulteriore conferma sta poi pure nell'assunto dell'obbligo degli Stati membri di modificare le loro Costituzioni (e non soltanto la loro legislazione ordinaria) se in contrasto con il diritto europeo secondario.¹²¹

Quindi la “Costituzione dell'Unione” - comprensiva, ripeto, del diritto dei Trattati e del diritto europeo secondario - si integra con le Costituzioni nazionali non in base alla cooperazione ma secondo la regola di collisione che assegna il primato indiscriminato del diritto europeo sulla Costituzioni degli Stati membri. Quale può essere il fondamento ultimo di tale regola se non il postulato della sovranità esclusiva (o, se si resta nell'ordine di idee della doppia sovranità, della “sovranità preminente”) dell'Unione?

Lo stesso richiamo ai Trattati e al principio *pacta sunt servanda* infatti non potrebbe giustificare di per sé solo tale incondizionata sovra ordinazione se non, appunto, presupponendo la sovranità (ultima) dell'Unione

In definitiva, simili tentativi di ricostruzione, che proclamano più o meno vibratamente la necessità di abbandonare le categorie giuspubblicistiche tradizionali a fronte delle novità del quadro contemporaneo, non riescono, nella sostanza, a fare a meno di utilizzarne i concetti di fondo, dimostrando mi pare, che resta indubbio che tali categorie necessitano di adattamenti e sviluppi, come del resto tutte le categorie e i concetti giuridici, ma resta altrettanto certo che ad esse è impossibile sfuggire se si vuole tentare di comprendere e razionalizzare le istituzioni giuridiche della convivenza politica contemporanea del mondo occidentale, nonostante i potenti e inediti fenomeni di sovra-nazionalizzazione, internazionalizzazione e globalizzazione che continuano ad investirla.

fondato sul consenso mediato dei popoli dei singoli Stati membri, né le proclamazioni di Capi di Stato o di Ministri (come sembrano ritenere I.PERNICE-F. MAYER, *La Costituzione integrata*, cit., 46 ss.).

¹²¹ Così I.PERNICE-F.MAYER, *La Costituzione integrata*, cit., 49- 50, che descrivono questi rapporti in termini di “complementarietà” di “due elementi di un sistema costituzionale unico composito o integrato”, di una “federazione costituzionale” oppure “più semplicemente” di un “insieme di norme costituzionali a due livelli” rappresentante la “Costituzione europea”, ma poi includono nel livello costituzionale europeo anche il diritto derivato.