

Luciano Patruno

**LA COSTITUZIONE DICE
IO A SE STESSA:
L'ISTANZA DIFENSIVA
DI AUTOPOIESI DEL DIRITTO
NEL *LISSABON-URTEIL***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GIURISDIZIONI ORDINARIE E SPECIALI EUROPEE ED ITALIANE

DECISIONI DI RILIEVO COSTITUZIONALE

TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCO — Secondo Senato — sentenza 30 giugno 2009 — Dr. G. (avv. ti D. Murswiek e W.R. Bub) c. Parlamento federale tedesco (avv. I. Pernice) e Governo federale tedesco (avv. C. Tomuschat) — Frazione DIE LINKE (avv. A. Fishan) c. Parlamento federale tedesco (avv. Franz Mayer) — Dr. G. (avv. ti D. Murswiek e W.R. Bub) c. Legge 8 ottobre 2008 sul Trattato di Lisbona — Prof. B. c. Legge 8 ottobre 2008 sul Trattato di Lisbona — *Pres.* Voßkuhle — *Rel.* Di Fabio — Nessuna opinione particolare.

Ricorsi diretti e procedimenti sul conflitto tra organi dello Stato - Riunione - Legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona - Legge di revisione costituzionale degli artt. 23, 45 e 93 GG - Legge di « estensione e rafforzamento dei diritti del Bundestag e del Bundesrat nelle questioni dell'Unione europea » - Trasferimento di competenze all'Unione europea - Pretesa violazione del principio democratico e del principio dello Stato sociale - Derivazione della legittimazione dell'Unione europea dai popoli degli Stati membri - Sussistenza di una responsabilità di integrazione (*Integrationsverantwortung*) in capo agli organi legislativi nazionali - Necessarietà di uno « spazio sufficiente » per la conformazione politica dei rapporti economici, culturali e sociali - Sussistenza della competenza del BVerfG in ordine al controllo degli atti *ultra vires* dell'UE e al rispetto del nucleo intangibile dell'identità costituzionale della Legge fondamentale - Esercizio di tale competenza in conformità al *favor* per il diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*) - Fondatezza limitatamente alla legge di « estensione e rafforzamento dei diritti del Bundestag e del Bundesrat nelle questioni dell'Unione europea » per inadeguata conformazione dei diritti di partecipazione spettanti alle due Camere.
(GG, art. 20, comma 1, art. 38, comma 1, art. 23, comma 1, art. 45, art. 59, comma 2, art. 79, comma 3; TUE-Lisbona, art. 3, comma 3, art. 4, commi 2 e 3, art. 5, commi 1 e 3, art. 11, art. 14, comma 2, art. 16, comma 4, art. 42, art. 48; TFUE, art. 9, art. 82, art. 83, art. 207, comma 1, art. 352; TCE, art. 5, art. 10).

MASSIME UFFICIALI (*):

1. *L'art. 23 della Legge fondamentale autorizza la partecipazione a un'Unione europea concepita come ente di collegamento tra Stati (Staaten-*

(*) Traduzione italiana a cura del prof. Jörg Luther.

verbund) e lo sviluppo della stessa. Il concetto di ente di collegamento denota un'unione stretta e durevole tra Stati che restano sovrani, un'unione che esercita potere pubblico su base pattizia, il cui ordinamento di base è soggetto tuttavia all'esclusiva disposizione degli Stati membri e nella quale i popoli degli Stati membri — cioè i cittadini aventi cittadinanza nazionale — restano i soggetti della legittimazione democratica (1).

2. a) Se gli Stati membri elaborano il diritto pattizio in forma tale da consentire una modifica senza procedura di ratifica ad opera esclusivamente o prevalentemente degli organi dell'Unione, salvaguardando in linea di massima il principio di attribuzione specifica limitata, spetta anche ai corpi legislativi, accanto al Governo federale, una responsabilità particolare sotto il profilo della partecipazione, a livello nazionale in Germania disciplinata dall'art. 23, comma 1 Legge fondamentale (responsabilità per l'integrazione (Integrationsverantwortung)) e suscettibile di essere fatta valere eventualmente in un procedimento davanti al giudice costituzionale (2).

b) Una legge ai sensi dell'art. 23, comma 1 per. 2 Legge fondamentale non è necessaria nella misura in cui le clausole di passerella speciali si limitano a settori già sufficientemente predeterminati dal Trattato di Lisbona. Anche in questi casi spetta tuttavia al Bundestag e — nella misura in cui sono interessati i poteri legislativi dei Länder — al Bundesrat assumere la responsabilità per l'integrazione con altre modalità idonee.

3. L'unificazione europea sulla base di un'unione pattizia tra Stati sovrani, d'altra parte, non può realizzarsi in modo tale da lasciare agli Stati membri uno spazio insufficiente per la determinazione politica delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali. Questo vale in particolare per le materie che danno forma agli ambienti della vita dei cittadini tutelati dai diritti fondamentali, soprattutto allo spazio privato della responsabilità individuale e della sicurezza personale e sociale, e per le decisioni politiche che dipendono in particolar modo da pre-comprensioni culturali, storiche e linguistiche e che alimentano i discorsi nello spazio di una sfera pubblica politica organizzata dai partiti politici e dal parlamento (3).

4. Il Bundesverfassungsgericht controlla se gli atti degli organi e delle istituzioni europee, rispettando il principio di sussidiarietà del diritto della Comunità e dell'Unione (art. 5 par. 2 TCE; art. 5 par. 1 per. 2 e par. 3 TUE-Lisbona), si mantengono nei limiti dei diritti di supremazia conferiti in via di attribuzione specifica limitata (cfr. BVerfGE 58, 1 <30 f.>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>; in merito all'atto che evade tali limiti). Inoltre il Bundesverfassungsgericht controlla se è salvaguardato il nucleo sostanziale intangibile dell'identità costituzionale della Legge fondamentale ai sensi dell'art. 23, comma 1 per. 3 in combinazione con art. 79, comma 3 Legge fondamentale (cfr. BVerfGE 113, 273 <296>). L'esercizio di questa competenza di controllo radicata nel diritto costituzionale si conforma al principio del favore per il diritto europeo (Europarechtsfreundlichkeit)

sancito dalla Legge fondamentale e, pertanto, non contraddice il principio della leale collaborazione (art. 4 par. 3 TUE-Lisbona); di fronte all'integrazione che progredisce non possono essere salvaguardate diversamente le strutture politiche e costituzionali che fondano gli Stati membri e che sono riconosciute dall'art. 4 par. 2 per. 1 TUE-Lisbona. Nello spazio giudiziario europeo, le garanzie di diritto costituzionale e di diritto dell'Unione a favore dell'identità costituzionale nazionale operano pertanto « mano nella mano » (Hand in Hand) [Cfr. rispettivamente i paragrafi 229 (1.), 236 (2.a), 320 (2.b) 249 (3.), 240 (4.)] (4).

(1-4) Per il testo integrale della sentenza si fa rinvio al sito www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it (Giurisprudenza - Corti straniere). Per facilitarne la lettura pubblichiamo la sintesi curata dalla dott.ssa Alessandra Di Martino.

1. La presente sentenza (adottata dal secondo Senato con dispositivo unanime e motivazione 7:1) conclude un giudizio derivante dalla riunione di diversi procedimenti (*Verfassungsbeschwerden* e *Organstreitverfahren*) aventi ad oggetto la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona e le relative « leggi di accompagnamento » (legge di revisione costituzionale degli artt. 23, 45 e 93 GG e « legge di estensione e rafforzamento dei diritti del Bundestag e del Bundesrat nelle questioni dell'Unione europea »), non ancora entrate in vigore alla data della pronuncia (cfr. ora, accogliendo i rilievi del BVerfG, il nuovo *Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in die Angelegenheiten der Europäischen Union*, del 22 settembre 2009).

Rispetto alle molteplici censure sollevate, l'ammissibilità delle *Verfassungsbeschwerden* è limitata alle parti in cui i ricorrenti (che esercitano la funzione parlamentare, ma che nella fattispecie invocano l'art. 38, comma 1 GG nella veste di cittadini comuni) lamentano la perdita di statualità della RFT, la lesione del principio democratico e del principio dello Stato sociale (Rn. 168 ss.). Tra gli *Organstreitverfahren* è invece dichiarato ammissibile solo quello in cui il ricorrente (la *Fraktion DIE LINKE*) fa valere, in quanto minoranza parlamentare, la lesione di poteri decisionali del Bundestag relativamente all'impiego delle forze armate (Rn. 194 ss. e 204 ss.).

Nel merito, sono infondati sia l'*Organstreitverfahren* che le *Beschwerden* relative alla legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona e alla legge di revisione costituzionale « di accompagnamento »; sono fondate invece quelle relative alla legge di « estensione e rafforzamento dei diritti del Bundestag e del Bundesrat nelle questioni dell'Unione europea », nella misura in cui quest'ultima non contiene regole adeguate sulla partecipazione di tali organi legislativi alla revisione del diritto primario e ad alcune procedure legislative ordinarie dell'UE (Rn. 207 ss., 381-388, 406 ss.).

2. Nella motivazione il BVerfG ribadisce anzitutto l'applicabilità dell'art. 38, comma 1 GG, che stabilisce i principi costituzionali in materia elettorale, al fine di far valere mediante un ricorso diretto la lesione del principio democratico-rappresentativo, il cui nucleo contenutistico consiste nell'autodeterminazione del popolo in condizioni di libertà ed eguaglianza. Esso è inscindibile dal principio maggioritario, che a sua volta presuppone una sfera pubblica in cui le forze politiche di maggioranza ed opposizione possano effettivamente concorrere (Rn. 208 ss., 250, 269-270). Il Tribunale costituzionale riconosce al contempo l'apertura costituzionale della RFT agli sviluppi del diritto internazionale del secondo dopoguerra, che si concretizza nei principi costituzionali di *Völkerrechtsfreundlichkeit* e *Europarechtsfreundlichkeit* e nella partecipazione della Germania alle organizzazioni internazionali e all'Unione europea (Rn. 219-225). Siffatta partecipazione implica che, con riferimento a tali organizzazioni, il rispetto del principio democratico non debba misurarsi in maniera « schema-

tica» e «senza riserve» con riferimento al significato da esso assunto nel diritto interno, ma che esso invece sia suscettibile di altre conformazioni, pur compatibili con l'identità costituzionale della RFT (Rn. 219, 227, 266-267).

Si afferma in seguito, richiamando a più riprese la sentenza Maastricht, che l'integrazione europea si fonda ancora sul principio delle competenze di attribuzione e che l'Unione europea costituisce una unione di Stati (*Staatenverbund*), ossia un «legame stretto e predisposto a durare di Stati che restano sovrani, che esercita potere pubblico sulla base di un rapporto contrattuale, il cui ordinamento fondamentale soggiace alla disponibilità degli Stati membri ed in cui i popoli — cioè i cittadini — [di questi ultimi] rimangono i soggetti della legittimazione democratica» (Rn. 229). Gli Stati sono dunque ancora gli *Herren der Verträge* che autorizzano l'esercizio di competenze a livello sovranazionale, mentre l'ordinamento europeo è derivato e autonomo, ma non indipendente, essendo tale attributo riservato agli Stati sovrani (Rn. 231, 343-348). L'Unione europea non dispone quindi di un autonomo soggetto di legittimazione né della *Kompetenz-Kompetenz*. Basandosi il vincolo reciproco sull'autolimitazione, i singoli trasferimenti di competenza sono revocabili e la stessa partecipazione all'UE può essere oggetto di recesso volontario da parte di ciascuno Stato membro (Rn. 232-233, 329-330).

Pur ammettendosi una crescita fisiologica delle competenze dell'Unione, secondo la dottrina degli *implied powers* e dell'effetto utile, la «fiducia nella forza costruttiva del processo di integrazione non è illimitata», venendo essa meno nel caso di mancata osservanza del principio delle competenze di attribuzione (Rn. 237 ss.). A presidio di quest'ultimo è posta in capo agli organi legislativi una «responsabilità di integrazione» (Rn. 239, 245), che può essere fatta valere dinanzi al BVerfG. In particolare, il Tribunale costituzionale federale esamina se gli atti giuridici degli organi dell'Unione osservino il principio di sussidiarietà e si mantengano entro la sfera di competenze loro attribuita (controllo sugli atti *ultra vires*) e se il nucleo intangibile dell'identità costituzionale del *Grundgesetz* ex artt. 23, comma 1 per. 3 e 79, comma 3 GG sia rispettato, prospettandosi per tali giudizi l'istituzione di un procedimento *ad hoc* (Rn. 240-241). I principi costituzionali appena richiamati sono del resto compatibili con il diritto europeo, in esso prevedendosi il principio di sussidiarietà (art. 5 TCE; art. 5, commi 1 e 3 TUE-Lisbona), quello di leale cooperazione (art. 10 TCE; art. 4, comma 3 TUE-Lisbona) e l'obbligo di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri (art. 6, comma 3 TUE; art. 4, comma 2 per. 1 TUE-Lisbona) (Rn. 234-235, 240).

Quanto ai «compiti e poteri propri di sostanziale peso politico» che devono permanere in capo agli organi legislativi nazionali affinché non si determini uno svuotamento della funzione elettorale e del principio democratico, questi devono coincidere con «uno spazio sufficiente per la conformazione politica dei rapporti economici, culturali e sociali». Ciò vale in particolare «per quegli ambiti materiali che incidono sulle condizioni di vita dei cittadini — soprattutto lo spazio privato, protetto dai diritti fondamentali, della responsabilità individuale e la sicurezza personale e sociale — e per quelle decisioni politiche che rinviano a pre-comprensioni culturali, storiche e linguistiche, sviluppandosi queste discorsivamente, nello spazio di una sfera pubblica politica organizzata attraverso i partiti e la democrazia parlamentare» (Rn. 249). Si individuano pertanto i seguenti ambiti, particolarmente sensibili per la partecipazione democratico-rappresentativa a livello nazionale: il diritto penale e processuale, l'impiego delle forze armate, le decisioni fiscali sulle entrate e sulla spesa pubblica (specie se socialmente motivate), le questioni culturali (l'uso della lingua, il diritto di famiglia, il sistema scolastico e la formazione, l'ordinamento dei media, la disciplina delle comunità religiose) (Rn. 249, 252 ss.).

Il livello di democraticità di un'organizzazione politica deve misurarsi con riferimento al «grado» di integrazione e autonomia da essa raggiunto: rispetto all'Unione europea, «finché rimane assicurato il principio delle competenze di attribuzione in una unione di Stati sovrani con accentuati tratti di cooperazione esecutiva e intergo-

vernamentale, è sufficiente la legittimazione mediata degli Stati membri attraverso i Parlamenti e i Governi nazionali, integrata e rafforzata dal Parlamento europeo, direttamente eletto» (Rn. 262, 272). Funzione integrativa rivestono anche il principio di trasparenza e gli elementi di democrazia partecipativa e diretta ex art. 11 TUE-Lisbona (Rn. 272, 295). Poiché dunque l'Unione, pur essendo un'organizzazione «iper-federalizzata», non ha ancora superato la soglia della statualità, rispetto ad essa non deve assumersi a parametro il medesimo contenuto del principio democratico che si fa valere all'interno dello Stato: ciò giustifica una composizione degli organi dell'UE non conforme al principio di eguaglianza del voto (specialmente con riguardo al contingentamento dei seggi ed alla rappresentatività secondo una formula degressivamente proporzionale nel Parlamento europeo, ed all'introduzione della doppia maggioranza qualificata per le votazioni nel Consiglio: rispettivamente artt. 14, comma 2 e 16, comma 4 TUE-Lisbona) (Rn. 276 ss., 289 ss.).

Anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la RFT resta uno Stato sovrano, con i propri tre elementi costitutivi, per quanto relativizzati (Rn. 298-350). In particolare, risiedendo la sovranità nella Legge Fondamentale, è quest'ultima a controllare il trasferimento di competenze all'UE, a prescindere dai singoli procedimenti di revisione del diritto primario previsti dai trattati istitutivi (Rn. 306 ss.). Mentre il procedimento ordinario include la ratifica degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali (art. 48, comma 4 TUE-Lisbona), essa non è contemplata né per il procedimento semplificato, relativo alla parte terza del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) (art. 48, comma 6), né per i «procedimenti ponte», impiegati per modificare la modalità di voto o il procedimento legislativo volta a volta adottato (art. 48, comma 7), prevedendosi invece rispettivamente l'approvazione e la mancata opposizione da parte degli Stati membri. Il BVerfG stabilisce pertanto che in tali casi la partecipazione degli organi legislativi debba avvenire nella forma di una legge, eventualmente costituzionale (ex art. 23, comma 1 per. 2 e 3 GG), e che sia necessario prevedere un termine finale entro il quale *Bundestag* e *Bundesrat* debbano esprimersi, non potendo valere la regola del silenzio-assenso (Rn. 312, 319-320). Lo stesso vale per la clausola di cui all'art. 352 TFUE, che attribuisce all'Unione i poteri necessari per realizzare uno degli obiettivi previsti dai trattati, in ragione della sua indeterminatezza (Rn. 328).

3. In ordine ai tre atti oggetti del giudizio, il *decisum* della sentenza in esame si può così riassumere:

a) legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona.

Relativamente al settore penale, in cui la valutazione del disvalore etico-sociale del comportamento punibile è strettamente legata allo «spazio democratico primario» della comunità politica nazionale, il BVerfG ribadisce, riprendendo la precedente decisione sul mandato d'arresto europeo, che le norme attributive della competenza ad adottare «norme minime» procedurali e sostanziali (relative a reati particolarmente gravi e transfrontalieri, oppure «annesse» a fattispecie già oggetto di armonizzazione: artt. 82, comma 2 lett. d), 83, commi 1 e 2 TFUE), devono essere interpretate restrittivamente. Il voto positivo del rappresentante tedesco ad una estensione delle fattispecie punibili (art. 83, comma 1 per. 3 TFUE) dev'essere conforme alla riserva di legge ex art. 23, comma 1 per. 2 GG, mentre l'attivazione del procedimento «di frenata di emergenza» di cui all'art. 83, comma 3 TFUE — e cioè la sospensione, in caso di incompatibilità del progetto dell'atto europeo con importanti aspetti del sistema penale nazionale, della procedura legislativa ordinaria e il deferimento al Consiglio europeo — presuppone un mandato in tal senso da parte degli organi legislativi nazionali (Rn. 253, 355-366).

Il principio del mutuo riconoscimento nella giurisdizione civile (art. 81 TFUE) non è tale da comprimere il diritto di accesso a un giudice, rimanendo la conformazione degli organi giurisdizionali nell'ambito di competenza degli Stati membri (Rn. 367-369).

Quanto alla politica commerciale comune, l'inclusione dei settori degli investimenti diretti, del commercio dei servizi e degli aspetti commerciali della proprietà intellettuale nella sfera di competenza esclusiva dell'Unione (art. 207, comma 1 TFUE), tale da far venir meno « gli accordi misti » e quindi il coinvolgimento parlamentare ex art. 59, comma 2 GG, non comporta una perdita di statualità, data la perdurante esistenza giuridica e diplomatica della RFT, che costituisce una precondizione per la sua partecipazione al dibattito su fondamentali questioni economiche e sociopolitiche internazionali (Rn. 370-380).

Con riguardo all'impiego delle forze armate, né la previsione di una politica di difesa comune (art. 42, comma 2 TUE-Lisbona) né quella di missioni comuni e di un dovere collettivo di assistenza (artt. 42, comma 1 e 43, art. 41, comma 7 TUE-Lisbona) prescindono dalla riserva di legge parlamentare in materia (Rn. 381-391).

Secondo il Tribunale costituzionale federale non sussiste nemmeno una violazione del principio dello Stato sociale, essendo state attribuite all'UE competenze proprie nel settore delle politiche sociali e disponendo gli Stati membri di un margine sufficiente per prendere decisioni in maniera autonoma e responsabile. È cresciuta inoltre la giurisprudenza della Corte di Giustizia, sia relativamente agli artt. 18 e 12 TUE in materia di cittadinanza e divieto di discriminazione rispetto al godimento delle prestazioni sociali, sia relativamente alle « esigenze imperative » suscettibili di limitare le libertà fondamentali. Il BVerfG richiama infine il « progresso economico-sociale » contenuto nel Preambolo, l'inserimento dell'« economia sociale di mercato » fra gli obiettivi dell'Unione (art. 3, comma 3 TUE-Lisbona) e la clausola trasversale di cui all'art. 9 TFUE. Anche in questo settore, il procedimento di « frenata di emergenza » (art. 48, comma 2 TFUE) può essere avviato solo in seguito ad una precisa indicazione degli organi legislativi nazionali (Rn. 392-400).

b) Legge di revisione costituzionale (artt. 23, 45 e 93)

Non risultano violati i limiti alla revisione costituzionale (artt. 79, comma 3, 1 e 20 GG). Ciò vale in particolare per l'art. 1 n. 1 della legge in questione, che introduce il ricorso per violazione del principio di sussidiarietà ed attribuisce il relativo diritto di azione ad un quarto dei membri del *Bundestag* (art. 23, comma 1a GG, nuova formulazione), configurandolo dunque come uno strumento delle minoranze parlamentari (Rn. 403-404). Ma vale parimenti per l'art. 1 n. 2, secondo cui la Commissione per gli Affari europei può essere autorizzata dal *Bundestag* ad esercitare i diritti ad esso conferiti dai trattati istitutivi (art. 45 per. 3 GG nuova formulazione) (Rn. 405).

c) Legge di « estensione e rafforzamento dei diritti del *Bundestag* e del *Bundesrat* nelle questioni dell'Unione europea ».

Tale legge, che regola l'esercizio dei diritti del *Bundestag* e del *Bundesrat* nell'ambito del controllo di sussidiarietà e il diritto di opposizione nei « procedimenti ponte » (§§ 1-3 e 4), viola gli artt. 38, comma 1 e 23, comma 1 GG poiché non conferisce ai suddetti organi diritti di partecipazione adeguati alla loro « responsabilità di integrazione » (Rn. 406-419).

In particolare, ove si ricorra ai procedimenti semplificati di revisione dei trattati, al « procedimento ponte » generale ed alla clausola di flessibilità ex art. 352 TFUE, non può prescindersi da una legge di autorizzazione ex art. 23, comma 1 per. 2 e 3 GG (Rn. 412, 414, 417). Ove invece si applichino le « clausole ponte » speciali che non prevedono un diritto di opposizione parlamentare, gli organi legislativi devono poter comunque approvare l'atto in questione entro un termine da stabilirsi (Rn. 416). Nel corso della procedura legislativa ordinaria, il sub-procedimento di « frenata di emergenza » può essere attivato solo dopo un'apposita indicazione in tal senso dei medesimi organi legislativi (Rn. 418). Diritti di partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* così configurati devono infine prevedersi nella materia penale (Rn. 419).

ALESSANDRA DI MARTINO

A commento della decisione pubblichiamo inoltre due osservazioni, una del prof. Cesare Pinelli e l'altra del dott. Luciano Patruno, nonché *infra* 5213 un articolo della prof. Adele Anzon Demming, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella « sentenza Lisbona » del Tribunale costituzionale federale tedesco*.

Forzature e silenzi del Tribunale Costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona.

1. La sentenza ha fatto rumore, e si è prestata a venire commentata sotto molteplici profili. Eppure non sembra si sia ancora attribuita sufficiente attenzione a un profilo preliminare. Non ci si è chiesti fino a che punto la motivazione si basi su interpretazioni, magari perfino ardite, della Legge Fondamentale e del Trattato di Lisbona, superato il quale cominciano indebite forzature del diritto positivo. Segue un inventario di risposte riferite agli aspetti cruciali affrontati dal Tribunale Costituzionale.

2. A sostegno del nesso di esclusiva coesistenzialità fra democrazia e Stato, il Tribunale Costituzionale adduce il collegamento del diritto di voto, quale diritto a una libera ed eguale partecipazione al potere pubblico, al principio di dignità umana, nonché, quale presupposto della « autodeterminazione del popolo secondo il principio di maggioranza », alla democrazia rappresentativa e alla sovranità statale (§§ 211-217). Una volta collegato alla dignità umana, principio definito « intangibile » dall'art. 1 LF, oltre che alla democrazia rappresentativa (§ 215-216), il diritto di voto può venire attratto nell'area sottratta alla revisione costituzionale dall'art. 79, par. 3 LF, con la conseguenza di porre addirittura la questione, pur lasciata aperta, se la preservazione del nesso fra stato e democrazia si imponga allo stesso potere costituente (§ 217).

Ora, lasciando da parte che il diritto di voto non è espressamente compreso nell'elenco dei diritti fondamentali (è il Tribunale a qualificarlo tale sulla base dell'art. 38 LF), il duplice collegamento determina una sorta di proprietà transitiva fra dignità e democrazia, di cui la regola della maggioranza è una componente indispensabile, malgrado i campi di tensione che possono verificarsi fra l'una e l'altra, e su cui di solito intervengono bilanciamenti proprio in sede di giurisprudenza costituzionale.

In uno Stato costituzionale il rapporto fra diritto di voto e dignità appare meno stretto e più problematico di quanto implicitamente presupponga il Tribunale Costituzionale, e l'osservazione vale a maggior ragione tenuto conto della specifica elaborazione del principio di dignità avutasi in Germania (1). D'altra parte il tentativo di avvalorare una irriducibile specificità nazionale al riguardo ha del paradossale, a fronte delle critiche dei costituzionalisti britannici a una giurisprudenza comunitaria che sul tema della dignità sarebbe troppo influenzata dalla elaborazione germanica, intrisa a loro dire di un approccio paternalistico (2).

3. Una seconda forzatura riguarda il testo dell'art. 23 LF, che lasciando impregiudicata la natura giuridica dell'Unione si caratterizza per un finalismo che non trova riscontro in nessun'altra Costituzione di uno Stato membro: « *Al fine di realiz-*

(1) D. SCHEFOLD, *La dignità umana*, in S.P. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, Padova 2007, specie 66, ha osservato che la dignità dell'uomo « fa esplodere » il sistema « dei diritti fondamentali come regole giuridiche da applicare nel processo politico », in quanto « ci obbliga a ricorrere al fondamento giusnaturalistico dei diritti fondamentali ». V. anche H. HOFFMANN, *La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca*, in *Riv. int. fil. dir.* 1999, 620 ss.

(2) D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value - Part I*, in *Public Law* 1999, 699 ss., e J. JONES, « *Common Constitutional Traditions* »: *Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, *ivi* 2004, 167 ss.

zare una *Europa unita*, la Repubblica Federale di Germania contribuisce allo sviluppo dell'Unione europea, la quale è vincolata al rispetto dei principi di democrazia, dello stato di diritto, sociale e federale e del principio di sussidiarietà e garantisce una tutela dei diritti fondamentali analoga, nella sostanza, a quella della presente Legge Fondamentale». Sempre al fine di realizzare una Europa unita, «lo Stato federale può trasferire poteri sovrani con legge soggetta ad approvazione del Bundesrat».

Più che dei controllimiti, i principi ai quali l'art. 23 subordina l'adesione all'Unione appaiono tasselli di un processo guidato di transizione verso un'Europa federale. Proprio per questo l'art. 23 — approvato nel 1992, quando quel processo poteva convergere virtuosamente con l'unificazione tedesca — tutta la dimensione processuale dell'integrazione europea, refrattaria in quanto tale a una definizione definitiva dell'Unione nei termini di un *aut-aut* fra unione di Stati e federazione. Ciò che conta, secondo la Legge Fondamentale, sono i principi ispiratori e la direzione di marcia verso «l'Europa unita», non la natura giuridica che l'Unione potrebbe presentare nel corso dell'integrazione, e che non a caso la nostra Corte costituzionale ha ritenuto, allo stato, imprevedibile (sent. 106 del 2002). Il rispetto dei principi dell'art. 23 non va dunque ricavato dalla contingente natura giuridica dell'Unione ma dal diritto primario e derivato dell'UE di volta in volta in rilievo.

Nella sentenza, il «fine di realizzare una Europa unita» non è mai citato, mentre compare, quale pallido surrogato, «il principio di apertura della Legge Fondamentale verso il diritto europeo» (v. ad es. § 240). Inoltre, e soprattutto, non meno che nella decisione *Maastricht* il Tribunale Costituzionale appare ossessionato dalla definizione della natura giuridica dell'Unione, che struttura l'intero apparato argomentativo in una direzione fatalmente diversa da quella che si aspetterebbe l'interprete dell'art. 23. Ciò vale in particolare per il principio democratico (§ 231). Solo in un isolato passaggio si esclude che la nuova configurazione dell'ordine europeo sia schematicamente soggetta ai requisiti di uno Stato costituzionale applicabili a livello nazionale, e che possa dunque essere agevolmente valutata alla stregua delle concrete manifestazioni del principio democratico proprie di uno Stato membro (§ 219). Queste affermazioni, sicuramente rispettose dell'art. 23, si perdono subito di vista, e il tasso di democraticità dell'assetto istituzionale dell'Unione viene costantemente commisurato con quanto il Tribunale Costituzionale ritiene che il principio democratico richieda a livello statale.

4. Quanto alla partecipazione del Parlamento nazionale alla formazione di una determinata serie di atti dell'Unione, che costituisce il punto centrale del dispositivo, l'art. 23 LF, parr. 2-5, distingue la partecipazione del *Bundestag* da quella, più intensa, del *Bundesrat*. Ad ambedue è assicurata l'opportunità di esprimere il proprio punto di vista prima di prendere parte all'adozione di atti normativi UE, del quale il Governo deve tenere conto nel corso dei negoziati. Ma solo quando sono principalmente interessate le competenze legislative, l'organizzazione o il procedimento amministrativo di *Laender* il parere di questi ultimi «deve considerarsi determinante».

Il giudizio di legittimità sulla legge di accompagnamento del Trattato di Lisbona sull'estensione delle competenze del *Bundestag* e del *Bundesrat* culmina in una serie di prescrizioni miranti a prevedere a seconda dei casi una legge o un'autorizzazione al governo in sede di formazione di atti dell'unione (procedura della passerella, freni di emergenza ecc.), prescrizioni comunque molto più esigenti di quanto richiesto dal diritto costituzionale vigente. Ancora una volta, non è questo a fungere da parametro, ma una ricostruzione della partecipazione della Germania alle decisioni dell'UE che, fondandosi sul difetto di democraticità dell'UE rispetto ai principi costituzionali della Germania, e più in generale di uno Stato, esige una compensazione istituzionale attraverso un coinvolgimento del Parlamento nazionale nella fase di formazione delle decisioni UE.

Il Tribunale Costituzionale concede che l'art. 23, par. 1, non richieda una «congruenza strutturale» od anche una corrispondenza dell'assetto istituzionale dell'Unione con l'assetto costituzionalmente richiesto dal principio democratico a livello

nazionale (§ 266), e che ciò che conta per Costituzione è che al principio democratico venga assicurata il medesimo grado di effettività in circostanze mutate (§ 267). Dimentica, però, che lo stesso art. 23, par. 1, si correla sistematicamente con i paragrafi successivi, che nel prescrivere minuziosamente le distinte modalità di partecipazione delle due Camere al procedimento di formazione degli atti dell'Unione operano già essi stessi quella compensazione istituzionale che il Tribunale Costituzionale si incarica di compiere autonomamente, e dunque non lo autorizzano a sostituirsi alla Legge Fondamentale, e alla relativa legge attuativa (par. 7).

Occorre aggiungere che, quando debba tradursi in una legge, il coinvolgimento del Parlamento nella formazione degli atti dell'Unione consente di tirare in ballo lo stesso Tribunale Costituzionale. Ecco perché lo standard di legittimità della legge di accompagnamento del Trattato di Lisbona viene palesemente innalzato rispetto all'art. 23.

5. Quanto all'interpretazione del Trattato di Lisbona, colpisce in primo luogo il silenzio sul Titolo II, concernente «Disposizioni relative ai principi democratici», che si sofferma su tutti gli aspetti del rapporto fra cittadini e istituzioni europee, con l'ambizione di sancire una sorta di *acquis* democratico che consenta di superare l'ipoteca del deficit di legittimazione che ha a lungo gravato sull'Unione. Vi si afferma fra l'altro che «il funzionamento dell'Unione si fonda» sulla democrazia rappresentativa, assicurata direttamente attraverso l'elezione del Parlamento europeo da parte dei cittadini dell'Unione, e indirettamente tramite la rappresentanza degli Stati membri «nel Consiglio europeo dai rispettivi Capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, che sono essi stessi democraticamente responsabili dinanzi ai loro Parlamenti nazionali, o dinanzi ai loro cittadini» (art. 10). Né vanno dimenticate, nello stesso Titolo, le disposizioni dedicate al contributo dei parlamenti nazionali al «buon funzionamento dell'Unione» (art. 12).

È particolarmente deprecabile che, in una monumentale motivazione, il Tribunale Costituzionale non si sia neanche degnato di prendere in considerazione l'intero Titolo che il Trattato di Lisbona dedica alla democrazia nell'Unione.

6. Fra le obiezioni che si potrebbero muovere riguardo alle asserzioni concernenti il Trattato di Lisbona, mi limito a segnalare quelle che investono il Parlamento europeo. Alla regola della codecisione PE-Consiglio sugli atti legislativi, che i commenti finora comparsi annoverano concordemente fra le innovazioni più significative del Trattato di Lisbona (3), il Tribunale Costituzionale dedica volutamente uno spazio residuale (§ 288), quasi a interrompere proprio su questo punto lo sforzo di ricostruzione dell'assetto istituzionale dell'UE di cui dà ampiamente prova nella stessa sentenza.

Per contro, grande spazio è dedicato al profilo strutturale acquisito dal PE in quanto composto di «rappresentanti dei cittadini dell'Unione» secondo la definizione dell'art. 14 del Trattato di Lisbona. Il Tribunale Costituzionale confuta espressamente tale definizione, basandosi sull'argomento della disparità di rappresentanza dei cittadini a seconda del loro Stato, che raggiunge il rapporto di 1 a 10 fra la Germania e il Lussemburgo. E ne desume che la fondamentale regola dell'eguaglianza di opportunità di successo *one man one vote* si riferisce solo a un popolo, non a un organo sovranazionale di rappresentanza di popoli uniti fra loro dai trattati, al di là dell'attuale enfasi sulla cittadinanza europea (§ 279).

L'argomento si riferisce dunque non alla ripartizione dei voti in seggi, e nemmeno alla ripartizione dei seggi per collegi nelle Camere Alte degli Stati federali, come viene espressamente chiarito, ma alla ripartizione dei seggi per collegi nelle Assemblee

(3) Per quanto riguarda l'Italia, si può vedere L. CARBONE, L. COZZOLINO, L. GIANNITI e C. PINELLI, *Le istituzioni europee*, in F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna 2008, 229 ss.

rappresentative elette a suffragio universale. E presuppone che la proiezione del principio *one man one vote* sul meccanismo di ripartizione dei seggi per collegi sia tale da assicurare una eguale opportunità di successo. Che, cioè, sia l'unico criterio adottato ai fini di tale ripartizione.

In questi termini, il presupposto non è fondato. Anzitutto, in quanto riferito alla popolazione, che può mutare anche considerevolmente fra un'elezione e l'altra, per soddisfare in assoluto un requisito del genere sarebbe necessario che fosse ovunque previsto un meccanismo di adeguamento automatico del numero di seggi per collegi al mutare della popolazione residente. Anche se ci siamo lasciati da tempo alle spalle il sistema dei *rotten boroughs* inglesi, non si può dire che il meccanismo suddetto sia diffuso ovunque.

In secondo luogo, alcune assemblee rappresentative elette a suffragio universale contemperano a loro volta il principio *one man one vote* col criterio di rappresentanza degli enti territoriali. È il caso del nostro Senato, che in forza dell'art. 57 deve essere composto in modo da assicurare un minimo di sette senatori per ogni Regione a parte Valle d'Aosta e Molise, con le note disparità di rappresentanza a favore delle Regioni meno popolate.

In terzo luogo, e in via generale, il principio *one man one vote* è ovunque variamente contemperato con criteri di contiguità geografica e di affinità di ordine storico fra aree territoriali, tali da portare comunque a disparità di rappresentanza fra collegi (4).

Se così è, la differenza fra parlamenti nazionali e Parlamento Europeo diventa sotto questo profilo di ordine quantitativo anziché qualitativo. E le differenze quantitative sono suscettibili di apprezzamento in sede giurisdizionale solo in caso di manifesta irragionevolezza. Una strada evidentemente molto più difficile da percorrere rispetto all'ipotesi, prospettata dal Tribunale Costituzionale, di una divaricazione assoluta fra i criteri adottati dai parlamenti nazionali e quello scelto per la ripartizione dei seggi per collegi nel PE.

7. La spiegazione di tante forzature del diritto positivo, come dei silenzi, non può che ricercarsi negli obiettivi della sentenza. Ho già detto che la prescrizione di una più intensa partecipazione del Parlamento nella fase di formazione di determinati atti dell'Unione, nella misura in cui si traduca nella richiesta di una forma legislativa, consente il relativo controllo da parte del Tribunale Costituzionale, rafforzando in particolare il controllo astratto e preventivo. Il quale, a sua volta, precostituisce un terreno favorevole nella vecchia ma mai sopita partita a scacchi del Tribunale con la Corte di giustizia. Corrisponde precisamente a questo secondo obiettivo l'avvertenza, in se stessa condivisibile, che il riconoscimento da parte del Trattato di Lisbona del principio del primato del diritto dell'Unione va contemperato con il contestuale riconoscimento della salvaguardia dell'identità costituzionale degli Stati membri. Il punto è che il Tribunale Costituzionale riserva chiaramente solo a se stesso il compito di contemperare l'uno con l'altro (§ 240).

Per raggiungere i suoi obiettivi il Tribunale Costituzionale ha fatto ricorso a una tale disinvoltura interpretativa da spingere autorevoli commentatori a parlare di un giudice che, abbandonato ogni *self-restraint*, ha steso un manifesto politico (5), e che non aveva « alcun motivo per offrirci questa sua ricostruzione dell'Unione e dello Stato, se non quello di ampliare l'ambito del proprio controllo al processo di integrazione europea: un ruolo improprio e, perciò, un motivo non buono » (6).

Innanzitutto, la sentenza riflette un clima di reazione alla grande incertezza

circa le possibilità e i tempi di stabilizzazione di una forma di convivenza europea. Ma riesumando l'alternativa organizzazione internazionale/Stato già formulata dalla sentenza *Maastricht*, e chiudendo gli occhi su un'integrazione che non ha mai seguito le prescrizioni che vi vennero dettate, il Tribunale Costituzionale ha solo alimentato a sua volta quell'incertezza.

CESARE PINELLI

La Costituzione dice io a se stessa: l'istanza difensiva di autopoiesi del diritto nel *Lisbon-Urteil*.

1. Potrà apparire strano, ma l'aspetto centrale di questa pronuncia non è il giudizio di costituzionalità su alcune disposizioni del Trattato di Lisbona, quanto, piuttosto, la distinzione definitiva, operata dal *Bundesverfassungsgericht*, tra « costituzione » (la Legge Fondamentale tedesca) e « non-costituzione » (il Trattato UE). Si tratta di una distinzione che occupa gran parte della sentenza e sulla quale la Corte costruisce, attraverso l'introduzione di un'asimmetria insuperabile tra due diversi tipi di testi e di sistemi giuridici (1) — la costituzione tedesca e il diritto europeo — il concetto di « identità della costituzione ».

Benché il Trattato di Lisbona nasca, esplicitamente, sotto le insegne di una dichiarazione formale di de-costituzionalizzazione del diritto primario europeo, la Corte di Karlsruhe, dunque, non sembra disposta a deporre le armi su questo punto. Ciò che per la Corte tedesca è di assoluta importanza, infatti, è dimostrare quanto i due tipi di norme (quelle costituzionali interne e quelle primarie sovranazionali) siano qualitativamente differenti, come esse appartengano ad ordinamenti giuridici retti da logiche fondative diverse e come, perciò, non possano essere considerate, in alcun modo, quali termini di paragone di un eventuale conflitto tra « costituzioni ». In questo senso, il Tribunale federale tedesco esclude, a priori, la possibilità che si possa dare — sul piano della validità costituzionale — un'interferenza *alla pari* tra le norme fondamentali di uno Stato sovrano (la Repubblica federale di Germania) e le norme di organizzazione di un potere pubblico derivato (quale quello esercitato dall'Unione europea) (2).

Una volta chiarito — dal punto di vista della Corte — che il Trattato di Lisbona è una non-costituzione, lo scrutinio frontale di costituzionalità perde il suo carattere di urgenza, la sua drammaticità (3), e l'interpretazione costituzionale si reincanala nei

(1) Di asimmetria tra ordinamenti giuridici e di inversione del primato nei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno parla, a proposito di questa pronuncia, F. VECCHIO, *Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?*, in www.forumcostituzionale.it. Si rinvia a questo saggio anche per l'utile rassegna sui primi commenti alla sentenza contenuta nella nota 1.

(2) Si vedano, in proposito, i passaggi argomentativi contenuti nei paragrafi da 219 a 240 della sentenza in commento. « La "costituzione dell'Europa", cioè il diritto dei trattati internazionali ossia le fonti primarie, restano un ordinamento di base derivato » (par. 231); « il primato di applicazione del diritto europeo resta quindi, anche in caso di entrata in vigore del Trattato di Lisbona, un istituto derivato, fondato su un trattato internazionale che solo in virtù dell'ordine di esecuzione della legge di approvazione produce effetti giuridici in Germania » (par. 339). Infine, di « potere pubblico derivato » esercitato dall'UE si parla al par. 271.

(3) Il « problema "politicamente drammatico" », come ha scritto A. PACE, *La Dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2003, 619, è proprio la « sopravvivenza delle costituzioni nazionali — quali le conosciamo nell'attuale formulazione normativa e nella loro effettività », rispetto alla forza materiale del diritto comunitario.

(4) C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli 2007, 164.

(5) C. TOMUSCHAT, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, n. 10, 2009.

(6) S. CASSESE, *Trattato di Lisbona: la Germania frena*, in *Giorn. dir. am.*, 9/2009, 1007.

classici binari del rapporto (pur sempre complesso) (4) tra ordine statale e ordine internazionale, mediato da una legge di esecuzione (approvazione) del Parlamento.

Tuttavia, il tentativo della Corte tedesca di «normalizzare» l'enforceability del diritto comunitario, di contenerne l'effettività paracostituzionale, segue un percorso meno lineare e scontato di quanto il richiamo al canonico schema dei vasi comunicanti tra ordine internazionale e ordine giuridico interno voglia lasciare intendere. Uno sguardo ai presupposti dell'equazione finale cui perviene l'imponente ragionamento della Corte lascia intravedere l'aspetto forse più problematico di questa pronuncia, sul quale questa breve nota intende focalizzare l'attenzione.

Se guardiamo, infatti, alla conclusione del giudizio di costituzionalità, osserviamo che, per i giudici di Karlsruhe, «il Trattato di Lisbona e la legge di approvazione soddisfano alle condizioni di cui in motivazione — le esigenze del diritto costituzionale indicate» (5). Non ci sono censure di legittimità (6), si dà atto della sostanziale compatibilità delle norme del Trattato di Lisbona con la Legge Fondamentale tedesca proprio perché (è questa l'equazione) differente è il potere da cui i due tipi di norme promanano, indifferente (o quasi), la misura del costituzionalmente rilevante (7).

Occorre, per un attimo, fermarsi su questa equazione, in attesa di svolgerne ulteriormente le implicazioni.

La sostanziale compatibilità tra la Legge Fondamentale tedesca e il Trattato di Lisbona non passa, nel ragionamento della Corte, attraverso la ricerca di uno o più punti di contatto tra i due sistemi istituzionali, attraverso cioè l'individuazione di isomorfismi tra sistemi giuridici più o meno simili, ma, al contrario e per paradosso, attraverso una duplice chiusura argomentativa: una chiusura strutturale e una chiusura temporale. Chiusura strutturale: per la Corte, «l'UE corrisponde a principi democra-

(4) Osservava già H. Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (1928), trad. it. di C. GERACI, *La garanzia giurisdizionale*, in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, 159: «Il posto del trattato internazionale nell'edificio dell'ordinamento giuridico non si lascia tuttavia determinare in modo perfettamente univoco. È possibile concepirlo come norma immediatamente subordinata alla costituzione e da questa determinata solo supponendo che la costituzione sia un grado supremo, cioè dal punto di vista del primato del diritto interno. Se ci si pone al di sopra di questo punto di vista e si parte dall'idea della superiorità del diritto internazionale rispetto ai vari ordinamenti statali, cioè del primato dell'ordinamento giuridico internazionale, il trattato appare un ordinamento giuridico superiore agli stati contraenti, creato in conformità ad una regola del diritto delle genti da un organo proprio della comunità internazionale formato dai rappresentanti di questi stati». D'altra parte, attribuendo al Trattato di Lisbona lo status di trattato internazionale appare difficile, secondo A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino 2008, 47, riaffermare il carattere limitato del trasferimento di sovranità effettuato dagli Stati in favore dell'Unione, poiché questa limitazione «non pare invece in alcun modo applicabile ai casi di efficacia nell'ordinamento statale di principi o regole di diritto internazionale, sulla base del noto principio in virtù del quale gli Stati non possono vantare, nei confronti di essi, limitazioni fondate sul loro diritto interno».

(5) Par. 273.

(6) Salvo quella relativa al mandato di arresto europeo.

(7) Con riferimento alle nuove competenze attribuite dal Trattato di Lisbona all'UE, la Corte segnala che esse «non violano in misura rilevante la condizione di Stato sovrano della Repubblica federale di Germania. Ai fini del giudizio sulla censura di uno svuotamento incostituzionale dei compiti del *Bundestag* tedesco non rileva quanti atti legislativi degli Stati membri sono condizionati, preformati o determinati a livello europeo. Quel che rileva ai fini del giudizio di costituzionalità non sono le relazioni quantitative, ma solo il fatto che alla Repubblica federale di Germania restino opportunità sostanziali di azione statale interna in relazione ad ambiti centrali della regolazione e della vita» (par. 351 c).

tici proprio perché», attualmente, essa non ha «una forma democratica analoga a quella di uno Stato» (8), proprio perché non pretende di essere democratica. Chiusura temporale: nella sua «interpretazione doverosa» (9) del rapporto tra norme costituzionali interne e norme comunitarie primarie, la Corte rinvia ad un momento *a-venire* — ad un futuro *vultus* del principio di attribuzione specifica limitata — l'eventuale sindacato stretto sulla loro incompatibilità (10).

La chiusura temporale è una logica conseguenza della chiusura strutturale: fino a che l'UE si mantiene nel recinto delle sue competenze, non si arroga la Competenza delle Competenze, non pretende di autorappresentarsi come l'esito istituzionale di una volontà costituente democratica, la questione specifica di una possibile incostituzionalità delle norme europee potrà essere spostata nel futuro, sarà un evento da prendere sul serio solo quando verranno a determinarsi uno sconfinamento e un rafforzamento del potere dell'UE. Come dire: qualsiasi norma europea se non interpretata come il frutto proibito di una costituzione alternativa potrà essere ricondotta, con le dovute precauzioni inerenti ad un'attività ermeneutica adeguata, alla logica della «vera» costituzione statale.

Essenziale, pertanto, nella strategia discorsiva del *Bundesverfassungsgericht*, è che regga, sul piano dogmatico, la distinzione tra «costituzione» e «non-costituzione». In concreto, poi, si capisce che la Corte si mostra disponibile — entro la formula dei limiti canonici dell'apertura autoconcessa verso un ordinamento di pace e collaborazione internazionale — a svolgere un'attività interpretativa ulteriore, indirizzata a leggere, se del caso, gli enunciati normativi del Trattato di Lisbona anche come un'evoluzione, adeguata ai tempi, dello spirito democratico della Legge

(8) Par. 278.

(9) Par. 351 (c).

(10) Nel caso specifico, il Tribunale costituzionale tedesco, pur rilevando delle difformità tra il diritto costituzionale nazionale e alcune norme del Trattato di Lisbona (ad esempio, riguardo ai diritti sociali) ritiene di non dover sanzionare il diritto comunitario con una pronuncia complessiva di illegittimità, ma soltanto di riservarsi, per il futuro, un controllo più approfondito e puntuale su una ipotetica normativa *a-venire* (come se il diritto primario dell'UE non producesse già degli effetti reali) e di rimettere alla responsabilità del Parlamento nazionale l'approvazione di una legge di accompagnamento che, per il solo fatto di provenire dall'organo di rappresentanza politica tradizionale, dovrebbe garantire una conformità presunta delle disposizioni del Trattato di Lisbona alla volontà popolare e, dunque, alla costituzione tedesca. Scrive la Corte: «Le pretese costituzionali del principio di democrazia rispetto alla struttura organizzativa e alle procedure di decisione dell'Unione europea dipendono dalla misura nella quale sono conferiti compiti di supremazia dell'Unione e dal grado di indipendenza politica goduta nell'esercizio dei poteri di supremazia conferiti. Un rafforzamento dell'integrazione può essere incostituzionale se il livello di legittimazione democratica non tiene il passo dell'ampliamento e del peso del potere sopranazionale. Fino a quando e nella misura in cui il principio di attribuzione specifica limitata resta salvaguardato in un ente di collegamento tra Stati sovrani con tratti marcati di cooperazione esecutiva e governativa, è sufficiente la legittimazione proveniente dagli Stati membri che è mediata principalmente dai parlamenti e dai governi nazionali e integrata e sostenuta dal Parlamento europeo, eletto in via diretta» (par. 262). La futuribilità del controllo di legittimità è ribadita al par. 241 ove si legge esplicitamente: «Tanto il controllo *ultra vires* quanto il controllo d'identità possono portare al risultato che norme di diritto comunitario, o in futuro norme di diritto dell'Unione, siano dichiarate inapplicabili in Germania. Per tutelare la funzionalità dell'ordinamento comunitario, un'applicazione del diritto costituzionale che sia favorevole al diritto europeo richiede che tanto l'accertamento *ultra vires* quanto l'accertamento di una violazione dell'identità costituzionale sia riservato al *Bundesverfassungsgericht*, rispettando l'idea di diritto espressa nell'art. 100 comma 1 Legge fondamentale. In quali procedimenti il *Bundesverfassungsgericht* possa essere concretamente investito di questo controllo, non deve essere deciso in questa sede».

Fondamentale tedesca. Il che — va detto — potrebbe portarla a giustificare, sul piano della legittimità costituzionale, tutto e il contrario di tutto (11).

2. Ci troviamo di fronte, perciò, a una Corte costituzionale refrattaria ad affondare il coltello della ragione giuridica nelle contraddizioni che pure dovrebbero conseguire alla distinzione — sulla quale si regge l'impianto argomentativo dell'intera pronuncia — tra « vera » e « falsa » costituzione. Come mai?

Se è vero, in generale, che « il diritto comunitario costituisce il prodotto di una competenza limitata, ma l'entità di questa delimitazione di competenza risulta da indicazioni la cui effettiva portata è incerta » (12), perché la Corte rinuncia, dopo aver ribadito con forza la struttura « indisponibile » della costituzione statale, a fornire certezza applicativa a quella struttura? Perché la Corte si accontenta di riaffermare in astratto l'indisponibilità (*Unverfügbarkeit*) della Legge Fondamentale tedesca a veder sorgere un suo omologo europeo senza stabilire, subito dopo, l'incompatibilità tra democrazia e non-democrazia e, anzi, statuendo una paradossale compatibilità tra contrari? (13).

Possiamo tentare di abbozzare una parziale risposta. Il peso della Storia (sia quella nazionale tedesca (14) sia quella sovranazionale europea (15)), l'ingombrante apparato dell'organizzazione giuridico-istituzionale comunitaria capillare e ramificata, una potestà deliberativa di carattere intergovernativo e calibrata sulle decisioni effettive della Commissione, tutto questo e molto altro (non ultimo il primato effettivo e diffuso del diritto comunitario sul diritto interno, insomma la realtà visibile dell'autodeterminatezza operativa del diritto europeo) non poteva non influire sulla sentenza di costituzionalità del Trattato di Lisbona. Il *Bundesverfassungsgericht* vive nel mondo reale e non c'erano le condizioni (di forza politica e sociale) perché la sua pronuncia si trasformasse in un anti-*Costa/Enel*. Ciò non è accaduto con la *Maastricht-Urteil* (quando il processo di integrazione europea era più povero di contenuti « costituzionali » seppure più ricco di ottimismo istituzionale) e non è accaduto neanche questa volta (quando il processo di integrazione era più ricco di contenuti « costituzionali » e più povero di ottimismo istituzionale, dopo la crisi economica mondiale e gli esiti referendari negativi sul Trattato che istituiva una costituzione per l'Europa).

Il che ci fa riflettere sulla particolare situazione di paralisi in cui si trova il processo di integrazione europea. Paralisi ben rappresentata da questa pronuncia stretta

(11) Paradigmatica, al riguardo, l'interpretazione, fornita dalla Corte, del « principio dello Stato sociale ». Volendo affermare la sostanziale compatibilità di tale principio con le disposizioni del Trattato di Lisbona, la Corte statuisce che: « Il principio dello Stato sociale sancisce l'obbligo dello Stato di prendersi cura di un ordine sociale giusto. Lo Stato deve assolvere questo compito obbligatorio sulla base di un ampio margine di discrezionalità, ragione per cui solo in pochi casi da questo principio sono stati dedotti obblighi costituzionali di azione. Lo Stato deve creare solo i presupposti minimi per un'esistenza umanamente dignitosa dei suoi cittadini. Il principio dello Stato sociale pone un compito allo Stato, ma nulla dice sui mezzi con i quali realizzare tale compito in concreto » (par. 257).

(12) A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, cit., 46.

(13) Si legga anche quanto afferma la Corte al par. 219: « La nuova forma di potere politico (*politische Herrschaft*), resa possibile in questo modo, non è soggetta in modo schematico ai canoni dello Stato costituzionale vigenti all'interno dello Stato e pertanto non deve essere commisurata alle connotazioni concrete del principio di democrazia in uno Stato membro o firmatario dei Trattati » (corsivo aggiunto).

(14) Sull'equilibrio tra « identità storica nazionale » e « natura post-nazionale della Germania federale » (alimentata dall'habermasiano « patriottismo costituzionale ») che, oggi, trova ampio consenso nella memoria ricostruita dei tedeschi dopo i disastri della seconda guerra mondiale e dell'hitlerismo, si veda il bel saggio di G.E. RUSCONI, *Berlino. La reinvenzione della Germania*, Bari-Roma 2009, spec. 27-42 e 54-71.

(15) Si veda la parte introduttiva di F. BILANCIA, *L'Europa*, Bari-Roma 2002. Nonché B. DE GIOVANNI, *La filosofia e l'Europa moderna*, Bologna 2004; P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna 2007.

nella morsa tra i contenuti ideali della costituzione statale, con tutti i suoi procedimenti di legittimazione ben riconoscibili e acquisiti alla coscienza collettiva, e i contenuti operativi del diritto europeo, con tutte le sue procedure vive di comando e indirizzo della società europea semiconosciute alle non-*élites* e tuttavia incisive nel loro dettagliato ordinamento del vivere civile quotidiano (procedure che sono state descritte come vere e proprie « costituzioni settoriali » (16)). Una struttura, quest'ultima, così avvolgente e retificata da determinare un giudizio di costituzionalità « schizofrenico », scisso tra principi e realtà.

3. L'appello all'identità della costituzione non è, pertanto, di concreta utilità. In generale, « la rappresentazione-guida dell'identità non è mai di concreta utilità per le scienze » (17). Tuttavia, l'appello all'identità svolge quella particolare funzione di *parlare prima* « che nelle scienze si giunga — e mentre si giunge — allo sviluppo di rappresentazioni e modalità di procedimento produttive » (18). Questo *parlare prima* serve alla Corte per evitare un contatto compromettente o conflittuale tra il Trattato di Lisbona e la Legge Fondamentale tedesca. Ha un valore difensivo, di preventiva chiusura, di sintesi ordinante fine a se stessa. Serve a non vagliare la « forza » costituzionale del diritto europeo e la sua concreta capacità di compromettere la normatività delle costituzioni nazionali. E quasi un grido disperato che nasce dall'ansia di arginare la bancarotta semantica dei discorsi fondativi sulla costituzione (19), alimentata sia dalle spinte eterarchiche dell'attuale regime di diritto globale (20) (di cui il

(16) R. CICCARELLI, *Ius sive potentia. Governamentalità e domanda di giustizia*, in AA.VV., *Governance, società civile e movimenti sociali. Rivendicare il comune*, Roma 2009, 310. In proposito, non può non lasciare perplessi l'argomento (ingenuo?) del Tribunale costituzionale tedesco che, pur ammettendo l'enorme quantità di regole provenienti dal diritto comunitario, ne disconosce l'incisività sulle condizioni fondamentali della vita sociale (Cfr. par. 351 c).

(17) M. HEIDEGGER, *Bremer und Freiburger Vorträge. 2. Grundsätze des Denkens* (1957), trad. it. di G. GURISATTI, *Conferenze di Brema e Friburgo*, Milano 2002, Terza Conferenza. Il principio di identità, 152.

(18) *Ibidem*, ivi.

(19) La perdita di normatività delle costituzioni del secondo Novecento può essere considerato un dato strutturale e la bibliografia sul punto è sterminata. Qui ci limitiamo a dire che il concetto prescrittivo di costituzione (il concetto « giuridico » anziché « empirico », su cui M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna 1994; Id., *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol. 4, Milano, 527 ss.), forse per sua stessa natura, vive in un equilibrio perennemente precario: « Da una parte gli avversari del moderno Costituzionalismo cercano di preservare il concetto di Costituzione più antico, neutrale, legato al modo di essere del Paese, finendo così per politicizzarlo. Dall'altra, dopo il consolidamento dello Stato costituzionale, si pone la questione dei fattori materiali che risiedono dietro la Costituzione legale e che riemergono non appena la legge costituzionale non appaga le aspettative a essa collegate. In entrambi i casi l'attenzione si volge alla Costituzione politico-sociale. Nella Repubblica di Weimar il rapporto tra Costituzione normativa Costituzione materiale è al centro del dibattito costituzionale sino a che il nazionalsocialismo chiude definitivamente la discussione tutto a discapito della Costituzione normativa. Dopo la Seconda guerra mondiale si torna al concetto giuridico di Costituzione, tuttavia si registra una perdita della sua forza di guida normativa, sì che non è esagerato temere l'indebolimento di quelle pretese che determinano il concetto stesso di Costituzione in senso moderno », D. GRIMM, *Costituzione e legge fondamentale dall'Illuminismo a oggi*, in H. MOHANNHAUPT - D. GRIMM, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart* Zucco Studien Zweite Auflage, trad. it. di M. ASCHERI e S. ROSSI, *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, Roma 2008, 111-112.

(20) Scrive G. TEUBNER, *Die unmögliche Wirklichkeit der Lex Mercatoria: Eine system-theoretische Kritik der théorie ludique du droit* (1998), trad. it. parz. di R. PRANDINI, *Breaking*

diritto comunitario è, al contempo, fonte e sbocco) sia dai ripetuti effetti di continuità prodotti dai radicali mutamenti che hanno investito la società europea del nostro tempo (21).

L'appello all'identità rende invisibile quella scollatura tra sistema politico e sistema giuridico che pare caratterizzare l'emersione di nuove costituzioni civili prodotte all'interno di regimi privati così ben accolti dalla normativa europea (22) e consente, al contempo, di semplificare la chiusura del sistema costituzionale attribuendo l'ultima parola alle Corti costituzionali, quale passaggio interno necessario alla tenuta autoreferenziale del sistema (23). Già Kelsen aveva fatto notare che il « modo della garanzia della costituzione, cioè della regolarità dei gradi dell'ordinamento giuridico ad essa immediatamente subordinati, presuppone, per essere risolta, una nozione chiara di costituzione » (24). La Corte di Karlsruhe fa del suo meglio per fornirla, ne rischiarla i contorni e ne definisce le caratteristiche portanti. E questo perché la Corte — nella sua veste di custode della Legge Fondamentale — non può non tentare di conservare una struttura gerarchico-gradualistica dell'ordinamento, logicamente pos-

Frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria, in Id., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma 2005, 22: « Se sotto la pressione esercitata dalla globalizzazione crolla la "forma" della gerarchia delle fonti — con al vertice la legislazione politica costituzionalmente legittimata — allora la nuova forma non può che presentarsi come *eterarchica*: essa utilizza la distinzione tra il centro e la periferia della produzione normativa. Decentra la giuridificazione politica, la allontana dalla sua sede privilegiata al vertice della gerarchia delle norme, e la ricolloca al livello di altre modalità sociali di produzione normativa ». Sul « politeismo » delle fonti del diritto si veda altresì la raccolta di saggi sempre di G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali*, trad. it. di B. BODMER ed E. MAZZA-TEUBNER, Napoli 1999. Per la descrizione del passaggio da un modello gerarchico o piramidale a un modello « a rete » del sistema giuridico delle fonti e del sistema di legittimazione costituzionale cfr. F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002: cercare una risposta alle trasformazioni osservabili nei sistemi giuridici contemporanei, significa, per i due Autori, « que l'on rappelle succinctement la nature "pyramidale" ou "hiérarchique" du modèle traditionnel, que l'on ne perde pas de vue les difficultés qu'un tel modèle suscitait déjà depuis plusieurs décennies et, enfin, que l'on prenne conscience du trajet parcouru depuis lors et de l'accentuation manifeste de ces difficultés aujourd'hui, à un point tel que les "bougés" de la pyramide font progressivement place à l'émergence d'un nouveau modèle plus complexe, plus "enchevêtré", celui du réseau », 43.

(21) Sui mutamenti radicali che hanno investito la « società europea » e il suo rapporto con le prassi giuridiche instaurate dal diritto comunitario sia consentito rinviare a L. PATRINO, *La « lotta per la hegemonia » en la formación del derecho comunitario europeo*, in *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, n. 31, 2008, *Identidad y crisis de Europa*, 139-163, una versione italiana ampliata di questo saggio è *La « lotta per l'egemonia » nella formazione del diritto comunitario*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2008, 817-862. Cfr., altresì, G. MAESTRO BUELGA, *La inaprehensible ciudadanía social europea*, in P. BARCELONA (a cura di), *La società europea. Identità, simboli, politiche*, Torino 2009, 202-229; M.A. GARCÍA HERRERA, *Sociedad europea y dependencia*, in P. BARCELONA (a cura di), *La società europea. Identità, simboli, politiche*, cit., 378-398.

(22) G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, cit.

(23) F. VECCHIO, *Competenza e gerarchia nella sentenza* Lisbona del Tribunale federale tedesco, cit., 15, osserva che: « sottoporre il primato a condizioni la cui verifica è affidata ad interpreti nazionali ad interpreti nazionali che mostrano un'effettiva inclinazione all'intervento, significa attribuire alle corti costituzionali il potere fattuale di chiudere l'ordinamento europeo ».

(24) H. Kelsen, *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution*, cit., 152.

sibile solo in presenza di un punto apicale, unitario e indivisibile che funga da fondamento ipotetico-circolare del sistema giuridico complessivo (25).

4. Il tentativo di salvare la normatività della Legge Fondamentale tedesca viene esperito dai giudici di Karlsruhe con un ritorno, non scevro da suggestioni, al giusnaturalismo.

Il primo passo consiste nell'ancoraggio del termine costituzione ad alcuni presupposti analitici (autoevidenti e autodescrittivi) che ne consentano un uso « universale ». Ciò vuol dire — nel linguaggio della Corte — asserire che la « costituzione dei tedeschi » è il prodotto di una « ragione universale che non può essere mutata dal diritto positivo » (26). Porre la costituzione sotto la tutela del diritto di ragione significa ribadire l'intangibilità, l'invulnerabilità e la superiorità rispetto a qualsiasi altro fenomeno giuridico, sia esso derivato da atti politici arbitrari sia esso derivato da atti giuridici espressione di mutamenti spontanei del sistema sociale. Indicare la costituzione come quintessenza del diritto razionale svolge la funzione di valorizzare quel « concentrato di teoria trascendentale che si autoriferisce a una ragione che giudica se stessa » (27). La costituzione come distillato della ragione universale consente, a certe condizioni, di avanzare dubbi anche su una sua eventuale disponibilità da parte del potere costituente del popolo. In certi momenti storici anche la volontà, di per sé vincolante, del potere costituente potrebbe cadere in errore: la « garanzia di eternità » sottrae sia al legislatore costituzionale sia addirittura allo stesso potere costituente del popolo la possibilità di modificare quei principi di democrazia, di autodeterminazione, di libera ed eguale partecipazione al potere pubblico, contenuti negli artt. 1 e 20 della Legge Fondamentale (28).

Questi stessi principi fondano l'« identità della costituzione », la quale non potrà essere diversa da se stessa, pena lo « svuotamento strisciante o anche brusco del nucleo di libertà di un ordinamento a base democratica » (29). L'identità della costituzione si rintraccia nei suoi principi di struttura (« ossia la democrazia, lo Stato di diritto e lo Stato sociale, la repubblica, lo Stato federale nonché la sostanza dei diritti fondamentali elementari indispensabili per il rispetto della dignità umana »), i quali, in quanto principi supremi dell'ordinamento, sono « sottratti a qualsiasi modifica » (30).

Come si può notare, qui, l'identità della costituzione è un concetto che — attraverso il richiamo all'istanza superregolativa del diritto di ragione — serve a mantenere stabile la funzione ordinatrice della costituzione statale. Più che una sostanza

(25) Sulla circolarità del fondamento positivo della costituzione e, più in generale, del sistema giuridico, si veda N. LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft* (1990), trad. it. di F. FIORE, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della costituzione*, 1996, Torino 83 ss.; G. TEUBNER, *Rechts als autopoietisches system* (1989), trad. it. di A. LA SPINA, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano 1996. In senso critico, J. HABERMAS, *Recht und Moral* (Tanner Lectures) (1986), trad. it. di L. CEPPI, *Morale, Diritto, Politica*, Torino 2001, 45 ss.

(26) Par. 218.

(27) N. LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, cit., 94.

(28) « Questa c.d. garanzia di eternità ha tolto anche al legislatore costituzionale, in sede di revisione costituzionale, ogni disposizione sull'identità dell'ordinamento costituzionale della libertà. La Legge fondamentale non solo presuppone, ma garantisce anche la condizione di Stato sovrano della Germania. Può restare aperta la questione se questo vincolo, in virtù dell'universalità di dignità, libertà ed eguaglianza, valga perfino per il potere costituente, cioè nel caso in cui il popolo tedesco in libera autodeterminazione, seppure in soluzione di continuità della legalità (*Legalitätskontinuität*) rispetto all'ordinamento della Legge fondamentale, si dia una nuova Costituzione » (parr. 216-217).

(29) Par. 218.

(30) Par. 217.

autosufficiente, l'identità della costituzione è una sintesi di principi e direttive che dà coerenza giuridica all'assetto politico-sociale in un dato momento storico con la pretesa che quest'ordine possa poi applicarsi ai rinvii ad altre esperienze possibili.

Sotto questo profilo l'identità costituzionale ha qui ben poco a che vedere con lo spettro schmittiano dell'identità di dominanti e dominati. Spettro che pure qualche autorevole commentatore (31) ha voluto prontamente evocare all'indomani della pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco. Il riferimento alla dottrina dello Stato di Carl Schmitt è improprio, per due motivi. Il primo è che il Tribunale costituzionale non fonda l'identità costituzionale su un' immediata datità del popolo tedesco, quale condizione dell'unità politica dello Stato (32). Tutt'altro. Il concetto di autodeterminazione democratica che è alla base dell'identità costituzionale descritta nella sentenza si è già concretizzato, in via eccezionale, nell'esercizio di un potere costituente che ha dato vita ad un compiuto Stato di diritto pluralistico e antitotalitario e, in via ordinaria, nelle periodiche procedure di esercizio del diritto di voto. Dunque primario è l'istituto della rappresentanza, considerato invece da Schmitt un residuo della forma politica dello Stato borghese (quando non addirittura « un caso di aristocrazia »), il polo antitetico da contrapporre alla completa identità del popolo omogeneo. Là dove, peraltro, la Corte tedesca smitizza e relativizza proprio quell'idea totemica di Stato che per Schmitt è l'involucro agente dell'identità immediata del popolo tedesco (33). Il secondo motivo è la distanza siderale tra i principi di struttura richiamati nella sentenza — primo fra tutti quello della « dignità umana » — e l'« omogeneità democratica » che per Schmitt è alla base dell'identità dei dominanti e dei dominati, di quelli che comandano e di quelli che ubbidiscono: « l'eguaglianza democratica è essenzialmente omogeneità, e precisamente omogeneità del popolo. Il concetto

(31) Scrive S. CASSESE, *L'Unione europea e il quinzaglio tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2009, 1007, « La motivazione della sentenza — preparata dalle riflessioni ventennali di numerosi giuristi — è un misto di neo-nazionalismo, populismo (forse, meglio, antieclitismo) e vecchia "dottrina dello Stato" di stampo germanico. Carl Schmitt va considerato tra le ascendenze di questa sentenza ». Sulla stessa linea, sostanzialmente, M.P. CHITI, *Am deutschen Volke*, in *Giorn. dir. amm.*, cit., 1008 ss.

(32) Come noto, per C. SCHMITT, *Verfassungslehre* (1928), trad. it. di A. CARACIOLO, *Dottrina della Costituzione*, Milano 1984, 271, il principio della forma politica per eccellenza è la forma-Stato in quanto particolare struttura dell'unità del popolo: « lo Stato è una condizione, e precisamente la condizione di un popolo » e quest'ultimo « può già nella sua immediata datità — in virtù di una forte e consapevole omogeneità, in seguito a stabili confini naturali o per qualsiasi altra ragione — esser capace di agire politicamente. Questo principio dell'identità del popolo sempre presente con se stesso come unità politica si basa sul fatto che non c'è nessuno Stato senza popolo e un popolo in quanto entità esistente deve essere sempre effettivamente presente. Il principio contrapposto parte dall'idea che l'unità politica del popolo in quanto tale non può mai esser presente nella reale identità e perciò deve sempre esser rappresentata fisicamente da uomini ».

(33) Scrive la Corte ai parr. 223-224: « La Legge Fondamentale si congeda da un'idea autarchica e auto glorificante della condizione di Stato sovrano e torna a una visione del potere dello Stato singolo che concepisce la sovranità come libertà ordinata e vincolata dal diritto internazionale. Essa rompe con ogni forma di machiavellismo politico e con un'idea rigida della sovranità che considerava ancora all'inizio del ventesimo secolo il diritto alla guerra — inclusa la guerra offensiva — un diritto auto evidente dello Stato sovrano » (ricordiamo ancora che per Schmitt l'omogeneità statale fonda la stessa distinzione amico-nemico); « La Legge Fondamentale prescrive (...) come obiettivi politici eminenti della Repubblica federale il mantenimento della pace e il superamento di ogni antagonismo distruttivo tra gli Stati europei. La condizione di Stato sovrano sta a significare quindi uno spazio pacificato e un suo ordine assicurato sulla base di libertà individuale e di autodeterminazione collettiva. Lo Stato non è né mito né fine in se stesso, bensì la forma di organizzazione, cresciuta storicamente e riconosciuta globalmente, di una comunità politica capace di agire ».

centrale della democrazia è il popolo e non l'umanità. Se la democrazia deve essere innanzitutto una forma politica, esiste solo una democrazia del popolo e non dell'umanità. (...) Il concetto democratico di popolo continua sempre ad esistere e contiene una contrapposizione tanto al concetto di umanità quanto pure al concetto di classe » (34).

Nell'idea della Corte, invece, lo stesso potere costituente del popolo deve abbassare la testa di fronte ai principi di struttura della Legge Fondamentale, perché esso, in definitiva, appare come un istituto giuridico dai contenuti indeterminati. Più precisamente: è l'interruzione figurativa del regresso all'infinito nella risposta alla questione della fondazione della costituzione.

L'identità della costituzione è allora il principio primo della sua « verità » (35), il principio logico della sua validità, e in definitiva, del suo esserci (della sua effettività). L'identità della costituzione esprime, nel linguaggio evocativo della Corte, niente di più che la problematica autologia del testo costituzionale. L'identità della costituzione è il risultato terminologico di una semantica giuridica circolare, in cui il concetto di costituzione « chiude il sistema giuridico disciplinandolo come un ambito in cui essa ricompare a sua volta » (36). In quanto inizio e fondamento, essa, in questo modo, « costituisce il sistema giuridico come sistema chiuso mediante il suo ingresso nel sistema » (37). Come avviene tutto ciò? Scostato il velo del giusnaturalismo, « ciò avviene attraverso regole di collisione che garantiscono il primato della costituzione; inoltre mediante disposizioni relative alla modificabilità - non modificabilità della costituzione; e ancora: mediante la predisposizione nella costituzione di un controllo di costituzionalità del diritto; e non da ultimo: invocando solennemente l'istanza costituente e la sua volontà di per sé vincolante. La costituzione dice io a se stessa » (38). Si tratta esattamente delle tappe del percorso argomentativo del Tribunale costituzionale tedesco, i cui puntelli logici sono: l'individuazione delle metaregole che permettono di distinguere tra originarietà e derivazione degli ordinamenti con conseguente primato del diritto costituzionale statale, l'individuazione dei principi immutabili della costituzione, l'attribuzione alla propria giurisdizione del controllo di costituzionalità sulle norme comunitarie e il riferimento al potere costituente del popolo.

Questa connessione ricorsiva delle operazioni del sistema costituzionale statale ne determina la chiusura operativa senza però che il Tribunale federale trovi il coraggio di far seguire alla distinzione costituzione/non-costituzione l'applicazione del codice *constitutional/unconstitutional* per descrivere la corrispondenza o il contrasto effettivi del diritto europeo con la Legge Fondamentale.

4. Siamo tornati al punto di partenza.

In realtà, la schematizzazione binaria del diritto europeo primario come diritto

(34) C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit. 307. « Nella democrazia pura c'è solo l'identità del popolo effettivamente esistente con se stesso, ossia nessuna rappresentanza. Con la parola "identità" è indicata l'effettività dell'unità politica del popolo a differenza di tutte le eguaglianze normative, schematiche o fittizie », 308.

(35) Il principio di identità è uno dei principi logici fondamentali accanto a quelli di non-contraddizione e del terzo escluso. Esso è alla base della fondazione delle verità identiche. Nella formulazione kantiana: « Due sono i principi assolutamente primi di tutte le verità, uno delle verità affermative cioè la proposizione "Ciò che è, è"; l'altro delle verità negative cioè la proposizione "ciò che non è non è". Ed entrambe queste proposizioni si chiamano comunemente principio di identità ». I. KANT, *Principiorum primorum cognitionis metaphysicae nova dilucidatio* (1755), cit. in N. ABBAGNANO, *Identità, principio di (voce)*, *Dizionario di filosofia*, III ed. aggiornata e ampliata da G. Fornero, Torino, 555.

(36) N. LUHMANN, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, cit., 94.

(37) *Ibidem*, *ivi*.

(38) *Ibidem*, *ivi* (corsivo aggiunto).

potenzialmente legittimo o illegittimo rispetto alle costituzioni statali non ha mai trovato fortuna nell'approccio delle Corti costituzionali nazionali al problema. Il principio dell'*effetto utile* — sul quale si è poggiata la forza espansiva del diritto europeo — ha disintegrato operativamente questa distinzione fino a sfilacciare il legame tra politica e diritto che le costituzioni postbelliche erano riuscite ad intessere. La corte di Karlsruhe scrive: « Se il diritto dei trattati determina le competenze dell'Unione europea in una forma in linea di principio accettabile, ma se poi tali competenze possono svilupparsi oltre la possibile interpretazione conforme al principio di *effet utile* o il possibile arrotondamento implicito delle competenze conferite, se cioè i titoli di competenza ricevono solo da appositi atti dell'Unione un contenuto chiaro e le procedure di decisione possono essere modificate autonomamente in tale sede, allora la Germania può parteciparvi solo a patto che a livello nazionale sia assicurato il rispetto del diritto costituzionale » (39). Il punto è che l'*effetto utile* si sottrae, per sua natura, alla logica dell'*oltre* e del *superamento* di certi limiti o contro-limiti. Trattandosi del « più pratico dei principi » (40), una volta accettato sul piano interpretativo dei rapporti tra costituzione e diritto comunitario, esso sfida la logica del sopra-sotto e tende ad aggirare i bastioni dell'architettura gerarchica posta a difesa dell'unica vera costituzione. Trasforma quell'architettura gerarchica in un'architettura eterarchica con il rischio di consegnare ad un fermo-immagine inerte l'idea della costituzione statale.

Non è senza significato che la Corte faccia riferimento (ammorbidendo così la categorica distinzione iniziale), almeno in un'occasione, ad una « costituzione politica » (*politische Verfaßtheit*) (41) dell'Unione o, quantomeno, parli di una « costituzione dell'Europa » (sempre intesa come diritto dei Trattati internazionali) « che fonda un'autonomia sovrastatale di portata certamente ampia nella prassi politica quotidiana » (42). La « costituzione politica » dell'Europa indica una perfezione mancata (43) da contrapporre alla perfezione completa che si rinviene nella giuridicità (*recitius*: normatività) della costituzione della Germania (44). Ma, soprattutto, « costituzione politica » indica anche una terra di nessuno, una zona grigia entro la quale espellere tutte quelle difformità istituzionali rispetto al modello della costituzione nazionale che non possono essere completamente cancellate a causa della loro forza pratica quotidiana. La « costituzione politica » dell'Unione anziché essere la premessa indispensabile del processo di costituzionalizzazione europeo (45), diventa, nel ragiona-

mento della Corte, il serbatoio incandescente di tutto quello che non si può spiegare con la logica della costituzione sovrana statale.

5. Questa sentenza, dunque, più che rappresentare un « salto culturale all'indietro » (46) ben rappresenta, forse, la stasi di un processo intellettuale sul modo di pensare la costituzione e su come gettarla nella mischia dei mutamenti sociali (47), oltre che fotografare, naturalmente, la stasi del processo di integrazione europea.

Il che, a sua volta instilla un dubbio: non sarà che ogni volta che si pretende di dire la « verità » sulla costituzione, di sacralizzarne i principi, di descriverla come un cielo stellato inamovibile, si finiscono per eludere quelle domande che non possono non riproporsi ed emergono specialmente in caso di radicali mutamenti del sistema sociale?

Al *Bundesverfassungsgericht*, però, ciò poteva interessare fino a un certo punto. Occorreva, intanto, ripristinare un ordine perduto, rendere possibile l'autodescrizione del sistema costituzionale al fine di ri-dotarlo di senso.

LUCIANO PATRUNO

(39) Par. 242.

(40) G. AMATO, *Costituzione europea* (voce), in *Dizionario di Diritto Pubblico* (diretto da S. Cassese), vol. II, Milano 2006, 1648.

(41) Par. 227.

(42) Par. 231 cc.

(43) Perfezione proprio in senso aristotelico, nel senso che per la Corte: « L'obiettivo di integrazione (...) non dice nulla sul *carattere finale* della costituzione politica dell'Europa » (par. 227) (corsivo aggiunto).

(44) È questo il motivo che spinge la Corte a non parlare di un'identità costituzionale dell'Unione. Sulla lettura, invece, dell'art. 23 del *Grundgesetz* come contenitore dei « principi supremi dell'identità costituzionale nazionale e dell'identità istituzionale dell'Unione » si rinvia al saggio di J. LUTHER, *Il Trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just Law in the Books?*, Contributo al seminario Astrid, rivisto e integrato al 31 ottobre 2009, pagina 2 del dattiloscritto.

(45) La lettura della Corte appare capovolta rispetto a quanto sostenuto, ad esempio, dalla dottrina italiana più autorevole proprio riguardo all'assenza di una comunità politica di riferimento come necessario fondamento di una futura costituzione europea: cfr. A. PACE, *La Dichiarazione di Lacken e il processo costituente europeo*, cit., spec. 618 ss.; M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna 2001, 75; M. DOGLIANI, *Può la costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia e diritto*, n. 2, 2003, 80 ss.

(46) S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, cit., 1006.

(47) Un modello che potrebbe ridare un senso operativo al concetto di costituzione è quello di « costituzione funzionale », su cui si rinvia a M. DOGLIANI, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *www.costituzionalismo.it* (17 novembre 2009).