



Centro di
Documentazione europea - UniCT



Università di Catania

I quaderni europei

Scienze giuridiche



QUO VADIS EUROPA?

LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCA SUL TRATTATO DI LISBONA

Massimo Asero
Ugo Draetta
Salvatore Aloisio
Fausto Vecchio
Elisabetta Lanza

Luglio 2010
n. 21

Massimo Asero

A proposito della sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: introduzione alla vicenda processuale

Ugo Draetta

Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 Giugno 2009 sul Trattato di Lisbona

Salvatore Aloisio

La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona: uno sguardo alla posizione del PE e al ruolo delle costituzioni nazionali

Massimo Asero

Alcune note sull'identità europea a proposito della sentenza del BVerfG sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania. L'Unione di Lisbona alla "Corte" della Germania: ancora una notte per la tela di Penelope europea?

Fausto Vecchio

Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?

Elisabetta Lanza

From Lissabon-Urteil to Mangold-Urteil: core of State sovereignty, boundaries of European Union's identity and ultra vires review

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper* 2010/n. 21
Luglio 2010

URL: http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei/giuridiche/21_2010.pdf

© 2010 Massimo Asero - Ugo Draetta - Salvatore Aloisio - Fausto Vecchio - Elisabetta Lanza

Centro di documentazione europea - Università di Catania - *Online Working Paper*/ISSN 1973-7696

Massimo Asero, Dottore di ricerca in Diritto pubblico, Università Tor Vergata, Roma; avvocato Foro di Catania.

Ugo Draetta, Professore ordinario di Diritto Internazionale nell'Università Cattolica di Milano.

Salvatore Aloisio, Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Professore aggregato di Diritto pubblico e Diritto dell'Unione europea nell' Università di Modena e Reggio Emilia, Facoltà di Economia "Marco Biagi".

Fausto Vecchio, Dottore di ricerca in Profili della cittadinanza europea, Università di Catania.

Elisabetta Lanza, Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara, Avvocato del Foro di Catania.

La collana *online* "I quaderni europei" raccoglie per sezioni (scienze giuridiche, scienza della politica e relazioni internazionali, economia, scienze linguistico-letterarie) contributi scientifici di iniziative sulle tematiche dell'integrazione europea dalle più diverse prospettive, avviate da studiosi dell'Ateneo catanese o da studiosi di altre Università italiane e straniere ospiti nello stesso Ateneo.

I *papers* sono reperibili unicamente in formato elettronico e possono essere scaricati in formato pdf su: <http://www.lex.unict.it/cde/quadernieuropei>

Edito dal Centro di documentazione europea dell' Università di Catania
Via Umberto, 285 B – 95100 CATANIA
tel. +39.095.8737802-3-4
fax.+39.095.8737856
www.lex.unict.it/cde

Responsabile scientifico: Nicoletta Parisi

Comitato di redazione: Sabrina Carciotto - Giovanna Morso - Valentina Petralia

La sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sul Trattato di Lisbona

Massimo Asero, Ugo Draetta, Salvatore Aloisio, Massimo Asero, Fausto Vecchio, Elisabetta Lanza

Abstract

I. Il contributo descrive la vicenda processuale relativa al giudizio di costituzionalità sul Trattato di Lisbona innanzi la Corte costituzionale tedesca, delineando i dubbi di legittimità costituzionale e prospettando la strategia argomentativa della Corte. Il Tribunale di Karlsruhe rigetta le censure di costituzionalità con un'argomentazione che descrive due movimenti coordinati: si nega che l'Unione europea abbia assunto una dimensione statale (federale) e si trae la conseguenza che non si pone un problema di legittimazione democratica dell'Unione giacché ad essa è richiesto un minor grado di democraticità proprio perché priva dell'attributo della statualità. Non si esclude l'ipotesi di processi costituenti *extra ordinem*, ma rispetto ad essi si segnala che qualsiasi pronuncia della Corte costituzionale sarebbe priva di rilievo perché superata dalla efficacia della fattualità. All'interno della ordinaria dialettica tra ordinamento tedesco ed ordinamento europeo, invece, la regola è icasticamente descritta con l'espressione di nuova creazione della *Europarechtsfreundlichkeit*, formula che sintetizza il valore della scelta costituzionale tedesca di costruire il destino comune dell'Europa che vincola poteri e organi costituiti. (Asero)

I. The contribution describes the story of the court opinion on the constitutionality of the Lisbon Treaty before the German Constitutional Court, outlining the doubts of the constitutionality and presenting the argumentative strategy of the Court. The Court of Karlsruhe rejected the complaints of constitutionality with an argument that describes two coordinated movements: it denies that the EU has taken on a (federal) state position and draws the conclusion that a problem of democratic legitimacy of the Union does not exist since it requires a lower level of democracy precisely because it lacks the attribute of statehood. This doesn't mean denying *extra ordinem* constituent processes, but with respect to them it is noted that any ruling of the Constitutional Court would be irrelevant because it would be exceeded by the effectiveness of factuality. However, within the ordinary dialectic between German law and European law, the rule is described by the expression of the newly created *Europarechtsfreundlichkeit*, formula which summarize the value of the German constitutional choice, that is to build a common European destiny that binds powers and established bodies. (Asero)

II. L'A. segnala che la Corte rende un grande servizio alla causa dell'integrazione europea: essa evita infatti ogni retorica e sottolinea con lucidità le contraddizioni del processo integrativo evidenziando in particolare il bivio (già individuato nella Dichiarazione di Laeken del dicembre 2001) di fronte al quale l'Unione si trova. Da un lato, il metodo comunitario non può più servire alla causa in costanza di una carente legittimazione democratica delle istituzioni dell'Unione e di un deficit democratico che affligge il processo decisionale; sicché non vi è spazio per un federalismo strisciante che contrasta con la permanente signoria dei Trattati. Dall'altra parte, il superamento di tali problemi farebbe perdere la indiscutibile forma di organizzazione internazionale all'Unione, somigliare l'Unione ad uno stato federale; cosicché esso non può essere compiuto attraverso il metodo intergovernativo ma richiede una manifestazione di volontà esplicita dei popoli degli Stati membri attraverso i rispettivi Parlamenti nazionali in ossequio al principio di democrazia, che costituisce uno degli assi portanti della sentenza odierna. Se tale

soluzione non verrà attuata, il timore espresso dalla Corte è che l'UE sia destinata a regredire gradualmente verso forme di cooperazione intergovernativa su basi essenzialmente economiche. (Draetta)

II. The A. points out that the Court makes a great service to the cause of European integration: it avoids rhetoric and underlines clearly the contradictions of the integration process particularly stressing the crossroads (already identified in the Laeken Declaration of December 2001) in front of which the Union is. On one hand, the Community method can no longer serve the cause in constancy of a lack of consistency in the democratic legitimacy of EU institutions and of a democratic deficit that plagues the decision making process; so there is no room for a creeping federalism which contrasts with the permanent sovereignty of the Treaties. On the other hand, the overcoming of these problems would deprive the indisputable form of international organization, would resemble the Union in a federal state; for this reason, it can not be accomplished through the intergovernmental method but requires an explicit expression of will of the peoples of Member States through their national parliaments, in accordance with the principle of democracy, which is one of the cornerstones of today's judgment. If this solution will not be implemented, the fear expressed by the Court is that the EU is intended to gradually regress to forms of intergovernmental cooperation on essentially economic basis. (Draetta)

III. Lo scritto commenta alcuni profili della sentenza del 30 giugno 2009 della Corte costituzionale federale tedesca sul Trattato di Lisbona. In particolare viene presa in esame la questione della rappresentatività del PE. Pur riconoscendo il fondamento della critica mossa dalla Corte al criterio della rappresentatività degressiva utilizzato per la composizione del PE e sostenendo la necessità di modificarlo nel caso dell'attribuzione al PE di maggiori poteri, si ritiene che alla base della critica alla legittimazione del PE stia l'idea che non possa esserci legittimazione parlamentare da parte di un popolo europeo in quanto non esiste un *demos* europeo. Viene quindi criticata la nuova giurisprudenza che afferma la preclusione da parte della Costituzione tedesca circa la realizzazione di una federazione europea. (Aloisio)

III. The paper deals with some profiles of the Judgment of 30 June 2009 of the Federal Constitutional Court on the Treaty of Lisbon. In particular, it examines the question of representativeness of the EP. While acknowledging the basis for the criticism raised by the Court towards the criterion of downward representativeness used for the composition of EP and supporting the need to modify it, in case of attribution of more powers to the EP, it is argued that at the basis of criticism to the legitimacy of the EP there is the idea that there can not be parliamentary legitimacy by the European population as there is no European *demos*. It is then criticized the new jurisprudence which states the foreclosure by the German Constitution about the creation of a European federation. (Aloisio)

IV. L'A. pone al centro dell'indagine l'Unione europea come si presenterebbe con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, con essa, il problema dell'integrazione giuridico-formale prima che politica dell'Europa. La Corte affronta la questione della *crisi della coscienza europea* di Lisbona e sembra (ri)aprire la via per una nuova formulazione della domanda identitaria fondamentale che ruota attorno alla definizione di categorie giuridiche e politiche idonee ad identificare le nuove forme di integrazione della statualità: *Staatenverbund*, *Staatenbund* e *Bundestand*. La tesi dell'A. è che essa intenda prendere realisticamente atto della forma in cui è data politicamente e giuridicamente l'unità europea oggi senza escludere dinamiche di più profonda integrazione - rispetto alle quali però invita con dire monitorio alla chiarezza e al rispetto della (attuale) sovranità degli Stati membri nonché all'utilizzo di forme "costituenti" che inverino il rispetto del principio democratico. Occorre dunque interrogarsi sul ruolo dello stesso Tribunale di Karlsruhe nella

costruzione dell'attuale sistema di rapporti tra Corti nazionali e Corte di giustizia europea nonché sul conflitto di ruoli e sfere d'azione tra poteri (particolarmente tra legislativo ed esecutivo) quale espressione delle evoluzioni identitarie dell'ordinamento tedesco e degli stessi processi di integrazione politica. In questo contesto, l'A. richiama la sussidiarietà come concetto chiave per un nuovo modo giuridico e filosofico di intendere tanto la natura (aperta) della statualità quanto l'integrazione europea, e rispondere così alle domande sulla sovranità (e sulla sua crisi) all'interno del problema identitario dell'Europa. Si conclude nel senso che la risposta della Corte trovi nella subordinazione alle condizioni alle quali è sottoposto l'operare del proprio controllo (*identity review* e *ultra vires review*) la migliore conferma di quella fondamentale attitudine amichevole della Germania verso il diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*) che l'A. ritiene il vero punto d'equilibrio della pronuncia *Lissabon* del *Bundesverfassungsgericht*. (Asero)

IV. The A. puts at the centre of the investigation the European Union as it is presented at the entry of the Lisbon Treaty and the problem of formal-legal before than political integration of Europe. The Court addresses the issue of the *European conscience crisis* of Lisbon and seems to (re) open the way for a new formulation of the fundamental identity question which revolves around the task of defining appropriate policy and legal categories to identify new forms of integration statehood: Staatenverbund, and Staatenbund Bundestand. The thesis of the A. is that it aims at taking cognizance of the form in which the European unity in our days is politically and juridically given without excepting trends of deeper integration - comparing to which it however invites with warning speaking to the clearness and respect of the (actual) sovereignty of the member states and besides to utilize "constituent" shapes which concretize the respect of the principle of democracy. It has to ask then about the role to give to the Court of Karlsruhe itself in the construction of the current system of relations between national Courts and European Court of Justice, and also to question about the roles and scopes conflict (particularly between the legislative and executive) as an expression of identitary evolutions of the German legal system and the processes of political integration themselves. In this contest, the A. reminds the subsidiarity as the key concept for a new and philosophical way to intend the (open) nature of the statehood as well as the European integration, and so responding the questions on the sovereignty (and its crisis) within the identity problem of Europe. It is concluded in the sense that the Court answer has the best confirm of that fundamental friendly attitude of Germany towards the European law (*Europarechtsfreundlichkeit*), that the A. considers the true balance point of the *Lissabon* judgment of the *Bundesverfassungsgericht*, in the subordination to the conditions (*identity review* e *ultra vires review*) which the work of its control is subjected to. (Asero)

V. Il contributo analizza il rapporto tra competenza e gerarchia nella sentenza "Lisbona". Esso intende dimostrare come la ricostruzione dogmatica operata dal *Bundesverfassungsgericht* indebolisca il principio del primato e proceda nella direzione di una nazionalizzazione dello stesso, finendo per promuovere la sostituzione di un paradigma costituzionale fondato sull'idea dell'asimmetria a quello di una «armonia tra diversi» che ha fin qui ricostruito l'unità di fatto dell'ordinamento giuridico europeo sulla base della scarsa rilevanza concreta della conflittualità teorica tra le Corti. L'A. sottolinea infatti come la Corte rompa con la giurisprudenza più recente promuovendo la valorizzazione del principio di sussidiarietà e del ruolo del *Bundestag* come condizioni per la legittima attribuzione delle competenze all'ordinamento europeo e per l'applicabilità del diritto europeo nel territorio tedesco, e affermando la competenza a sanzionare gli atti *ultra vires* delle istituzioni comunitarie e la violazione dell'identità nazionale. In definitiva, l'A. suggerisce che ci si trova in presenza di un tentativo di arginare i possibili sviluppi del processo europeo, che nel rinnovato richiamo allo *Staatenverbund* ribadisce il fondamento interno del diritto comunitario. (Vecchio)

V. The paper focuses on the relationship between competence and hierarchy in the “Lisbon” judgment. It aims to demonstrate how the dogmatic reconstruction made by the *Bundesverfassungsgericht* weakens the principle of primacy of the European law and goes towards a nationalization of it, promoting the replacement of a constitutional paradigm founded on the idea of asymmetry to that of a «harmony among different ones» that has until now reconstruct the unit of fact of the European legal system on the basis of the scant concrete relevance of the theoretic conflict between the Courts. The A. underlines in fact how the Court breaks with the recent decisions by promoting the development of the principle of subsidiarity and the role of the *Bundestag*, as conditions for the legitimate attribution of powers to the European legal system and as conditions for the applicability of European law in Germany, and by affirming the power to sanction *ultra vires* acts of the Community institutions and the violation of national identity. Ultimately, the A. suggests that we are in front of an attempt to stem the possible development of the European process, which recalling to *Staatenverbund* reiterates the internal foundation of Community law. (Vecchio)

VI. Nella c.d. *Lissabon-Urteil* la Corte federale costituzionale tedesca ha ritenuto che condizione indispensabile per la ratifica del Trattato di Lisbona fosse la modifica di una legge nazionale tedesca, al fine di consentire alle assemblee rappresentative nazionali di partecipare alle procedure legislative europee. Nella medesima pronuncia la Corte ha analizzato il ruolo dell’Unione europea come organizzazione internazionale, il principio di sovranità e le relazioni tra le istituzioni e gli organi europei con gli Stati membri. Secondo la Corte tedesca il Trattato di Lisbona non trasformerebbe l’Unione europea in uno Stato federale (***Staatsverband***), ma in una Confederazione di Stati (*Staatenverbund*). A distanza di un anno, nella decisione sul caso *Mangold*, la Corte ha avuto l’occasione di precisare i confini del controllo sul rispetto dei controlimiti, da esercitare sugli atti *ultra vires* adottati dalle istituzioni e dagli organi dell’Unione. Con tale sentenza la Corte sembra dare consistenza alla promozione del processo di integrazione europea, il cui rallentamento sembrava aleggiare tra le righe della sentenza del 2009. (Lanza)

VI. In the so-called *Lissabon-Urteil* the German Federal Constitutional Court not only urges to modify a domestic statute in order to guarantee the rights of the internal rule-making power, but also provides a reasoning on the role of the European Union as an international organization and on the principle of sovereignty. According to the German Court the Treaty of Lisbon does not transform the European Union into a Federal State (***Staatsverband***), but into a Confederation of States (*Staatenverbund*). The German Federal Constitutional Court decision on the Lisbon Treaty arouses the reflection on the core of State sovereignty and on the boundaries of the EU legal system. After one year the Court – with the *Mangold* judgment - had the chance to shape clearly the meaning of the *ultra vires* review on the acts of the European Institutions and Bodies. On this occasion the Federal Constitutional Court moves towards the European integration process, that appeared to be slowed down by the Lisbon decision, generally regarded as too restrictive on further integration. (Lanza)

Keywords

I. Trattato di Lisbona – leggi collegate alla legge di approvazione del Trattato di Lisbona – procedimenti di conflitto tra organi – ricorsi costituzionali – associazione di Stati (*Staatenverbund*) – principio del favore per il diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*)

I. Treaty of Lisbon – accompanying laws to the Act approving the Treaty of Lisbon – organstreit proceedings constitutional complaints association of sovereign national States (*Staatenverbund*) – principle of the basic Law’s openness towards European Law (*Europarechtsfreundlichkeit*)

II. Organizzazione internazionale (*Staatenverbunde*) – Parlamento europeo – principio di attribuzione – competenza sulla competenza – diritto di recesso – primato del diritto comunitario – deficit democratico – procedure di passerella generale e speciale

II. International Organization (*Staatenverbunde*) – European Parliament – principle of conferral – competence on competence right to withdraw - primacy of European community law – deficit of democracy – general and special bridging clauses

III. Trattato di Lisbona - Tribunale federale tedesco – composizione Parlamento europeo – Costituzioni nazionali

III. Treaty of Lisbon – Federal German Court – European Parliament composition – National Constitutions

IV. Trattato di Lisbona – principio democratico – sovranità statale - – diritto di recesso - associazione di Stati nazionali (*Staatenverbund*) – obbligo di rispettare l’identità nazionale – primato del diritto comunitario – controllo *ultra vires* – controllo di identità - principio del favore per il diritto europeo della Legge fondamentale (*Europarechtsfreundlichkeit*) - potere costituente – principio di sussidiarietà

IV. Treaty of Lisbon – principle of democracy – State sovereignty - right to withdraw - association of national States (*Staatenverbund*) - obligation to respect national identity – primacy of European community law – *ultra vires* review – identity review - principle of the basic Law’s openness towards European Law – constituent power - principle of subsidiarity

V. Principio del primato del diritto comunitario – principio di attribuzione – associazione di Stati nazionali sovrani – controllo *ultra vires* e controllo di identità – controlimiti – competenza sulla competenza

V. Primacy of European community law – principle of conferral - association of sovereign national States – *ultra vires* review and identity review - counterlimits - competence on competence

VI. Trattato di Lisbona - principio di sovranità – confederazione di Stati (*Staatenverbund*) - *domain réservé* – diritto di voto – deficit democratico – controlimiti – controllo *ultra vires*

VI. Treaty of Lisbon – principle of sovereignty – confederations of States (*Staatenverbund*) - *domain réservé* – right to vote – deficit of democracy – counterlimits - *ultra vires* review

VII. Bibliografia essenziale

La redazione del presente Quaderno, nonché le indicazioni bibliografiche essenziali pubblicate *infra*, p. 124-127, è stata curata dal dott. Massimo Asero

I. A PROPOSITO DELLA SENTENZA LISBONA DEL TRIBUNALE COSTITUZIONALE FEDERALE TEDESCO: INTRODUZIONE ALLA VICENDA PROCESSUALE

di Massimo Asero

Sommario: 1. Alcune considerazioni introduttive ... - 2. I ricorsi avanti il Tribunale costituzionale federale tedesco.- 3. La decisione della Corte tedesca: alcuni tratti essenziali della motivazione.

1. Alcune considerazioni introduttive ...

All'inizio dello scorso mese di dicembre, è finalmente entrato in vigore il Trattato di Lisbona. Esso ha messo un punto (almeno momentaneamente) dopo la tormentata vicenda costituente dell'Europa. I fatti sono ampiamente noti: nel breve volgere di pochi anni, il processo integrativo è stato caratterizzato dapprima dalla formalizzazione di un progetto di trattato per adottare una Costituzione europea; successivamente, con il fallimento di quel processo costituente formale nella fase della ratifica, dall'apertura di una fase di riflessione e ripensamento sui processi di approfondimento e, in stretta relazione con questo, sull'allargamento ad est seguito alla caduta del Muro.

La discussione aveva interessato la (ri)definizione dei confini, politici e giuridici prima che fisici, dell'Unione europea e ha finito per produrre una serie di effetti a cascata sulla stessa stesura del trattato siglato nella capitale portoghese. Il testo ormai entrato in vigore rivela, come già opportunamente notato in dottrina, i nuovi orizzonti compromissori imposti all'attuale fase del processo di integrazione europea dai Signori dei trattati, orizzonti dei quali esso contiene peraltro due manifestazioni macroscopiche: la cancellazione dei simboli della stessa¹ e l'emersione di una logica significativamente definita anticostituzione².

L'obiettivo di questo saggio è offrire un sintetico quadro della vicenda del procedimento di ratifica del Trattato di Lisbona ad opera della Repubblica federale di Germania, con particolare riguardo all'accuratissimo approfondimento che è stato compiuto in seno ad esso dal Tribunale costituzionale federale di Karlsruhe a seguito dei sei ricorsi che gli sono stati proposti³; e insieme con riferimento all'attenzione che il dibattito giuridico e politico europeo ha dedicato all'intera vicenda allo scopo di individuare gli orizzonti di significato teorici e pratici nei quali inscrivere la stessa nell'attuale fase del processo di integrazione europea.

In questa direzione, è certamente opportuno distinguere la natura e l'intensità dell'interesse che ha polarizzato l'attenzione della discussione giuspubblicistica europea e della stessa opinione pubblica internazionale fino all'uscita della sentenza – solo momento nel quale entrambe hanno per così dire potuto tirare il fiato - da quello successivo alla decisione della Corte tedesca, più semplicemente volto all'approfondimento ed al commento dei contenuti della sentenza medesima.

Il primo, lungo, momento di trepidante attesa era stato alimentato dalla circostanza che il Presidente federale della Repubblica tedesca si fosse determinato nel senso di non firmare il documento di ratifica se non dopo che la Corte avesse adottato una decisione conclusiva in ordine al procedimento principale. Tale determinazione aveva accolto di fatto la richiesta di alcuni tra i ricorrenti volta ad impedire che con il deposito dello strumento di ratifica del Trattato (di Lisbona) sorgesse un vincolo in capo alla Repubblica federale tedesca ai sensi del diritto

¹ Fondamentale per la sua analisi e sottolineatura del simbolo quale rappresentazione sintetica del processo di integrazione è l'opera di R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988.

² E. TRIGGIANI, *L'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, Bari, 2008, p. 12.

³ Il testo integrale della sentenza è disponibile sul sito della Corte costituzionale tedesca nelle versioni in tedesco, all'indirizzo www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html ed inglese, all'indirizzo www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html; la traduzione italiana, curata da J. LUTHER, è a sua volta consultabile nel sito della Corte costituzionale italiana all'indirizzo www.cortecostituzionale.it/informazione/file/Traduzione_sentenza.pdf.

internazionale prima della pronuncia stessa⁴; insieme essa aveva provocato una enorme pressione a livello politico all'interno del perenne dibattito tra fautori e detrattori dell'Europa ma anche (ed innanzitutto) sullo stesso Governo tedesco del Cancelliere Merkel, prossimo alla verifica elettorale. Sicché, di conseguenza, il positivo completamento del procedimento di ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania era concretamente condizionato dalla decisione della Corte costituzionale federale sul procedimento principale e insieme, data la preliminare riunione degli stessi operata dall'Organo di giustizia costituzionale tedesco, sugli altri ricorsi.

2. I ricorsi avanti il Tribunale costituzionale federale tedesco

Nella direzione che ho prospettato, mi dedicherò pertanto ad offrire anzitutto alcuni elementi che permettano anche ai lettori meno esperti di individuare quali siano i concreti dubbi di legittimità costituzionale inerenti il Trattato di Lisbona avanzati alla Corte attraverso le censure alla legge con la quale il Parlamento tedesco aveva inteso approvarlo e alle leggi collegate; ovvero, in altre parole, quali siano i termini nei quali l'Europa di Lisbona è stata messa in discussione dai ricorrenti in relazione all'ordinamento giuridico e all'identità politico-costituzionale tedesca.

Successivamente, intendo prospettare sinteticamente la strategia argomentativa attraverso la quale il Tribunale costituzionale federale tedesco giunge alla propria decisione, (ri)leggendo l'Europa di Lisbona.

Comincio dal dire che i primi due ricorsi⁵ sono stati presentati nell'ambito della procedura per i conflitti tra organi (*Organstreit*), l'uno dal parlamentare Peter Gauweiler e l'altro dal gruppo parlamentare *Die Linke* e dai parlamentari Gregor Gysi e Oskar Lafontaine, ricorrenti tutti appartenenti al *Bundestag*.

Il primo ricorso sosteneva che la legge dell'8 ottobre 2008, di approvazione del trattato di Lisbona, violasse l'articolo 20⁶, paragrafi 1 e 2, l'articolo 23⁷, paragrafo 1, e l'articolo 79⁸, paragrafo

⁴ Decisione che si ricorda nel par. 98 della sentenza *Lissabon* del Tribunale costituzionale tedesco e che di fatto accoglie la richiesta di alcuni tra i ricorrenti volta ad impedire che con il deposito dello strumento di ratifica del Trattato (di Lisbona) sorgesse un vincolo ai sensi del diritto internazionale in capo alla Repubblica federale tedesca prima della pronuncia stessa.

⁵ 2 BvE 2/08 e 2 BvE 5/08.

⁶ Allo scopo di rendere più agevole la lettura, riporto di seguito in questa e nelle note seguenti il testo completo delle disposizioni parametro della Legge fondamentale del giudizio *Lissabon*. Così dispone anzitutto l'art. 20 della Legge fondamentale tedesca:

(1) La Repubblica federale di Germania è uno Stato federale democratico e sociale.

(2) Ogni potere dello Stato emana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo attraverso elezioni e altre votazioni e per mezzo di appositi organi della legislazione, del potere esecutivo e della giurisdizione.

(3) La legislazione è vincolata all'ordinamento costituzionale, il potere esecutivo e la giurisdizione sono vincolati alla legge e al diritto.

(4) Contro chiunque tenti di sopprimere questo ordinamento, tutti i tedeschi hanno diritto alla resistenza, se non vi è altro rimedio possibile.”

⁷ L'art. 23 della *Grundgesetz* così dispone:

(1) Al fine di realizzare un'Europa unita, la Repubblica federale di Germania concorre allo sviluppo di un'Unione europea che è vincolata al rispetto dei principi democratici, sociali e federativi, allo Stato di diritto e al 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 approvata dal *Bundesrat*, conferire diritti di sovranità. Per l'istituzione dell'Unione europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le disposizioni analoghe che comportino o consentano modifiche o integrazioni del contenuto di questa Legge fondamentale si applica l'art. 79, parr. 2 e 3.

(1a) Il *Bundestag* e il *Bundesrat* hanno diritto di agire davanti la Corte di giustizia dell'Unione europea a causa di un atto legislativo dell'Unione europea che violi il principio di sussidiarietà. Il *Bundestag* è obbligato ad agire se lo richiedono un quarto dei suoi membri. Un atto per il quale sia richiesta l'approvazione del *Bundesrat* può ammettere eccezioni all'art. 42.2, primo periodo, e 52.3, primo periodo, per l'esercizio dei diritti garantiti al *Bundestag* e al *Bundesrat* nei Trattati istitutivi dell'Unione europea [comma aggiunto con la legge di modifica della Costituzione dell'8 ottobre 2008 su cui *infra* nel testo].

(2) Il *Bundestag* e i *Länder*, per mezzo del *Bundesrat*, concorrono agli affari dell'Unione europea. Il Governo federale deve informare il *Bundestag* e il *Bundesrat* in modo esauriente e tempestivo.

(3) Il Governo federale dà al *Bundestag* la possibilità di prendere posizione prima di concorrere agli atti normativi dell'Unione europea. Nelle trattative il Governo federale tiene conto della posizione del *Bundestag*. I particolari sono stabiliti dalla legge.

(4) Il *Bundesrat* partecipa alla formazione della volontà della Federazione nella misura in cui il suo concorso sia richiesto per una misura analoga sul piano interno ovvero qualora i *Länder* siano competenti sul piano interno.

(5) Qualora in una sfera di competenza esclusiva della Federazione siano coinvolti interessi dei *Länder* oppure qualora la Federazione abbia ad altro titolo il diritto di legiferare, il Governo federale tiene conto della posizione del *Bundesrat*. Se sono coinvolte in maniera preponderante competenze legislative dei *Länder*, l'organizzazione dei loro uffici o il loro procedimento

3, della Legge fondamentale, e ledesse il proponente nei diritti a lui spettanti ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 1, della Legge fondamentale⁹; in secondo luogo, inoltre, esso affermava che l'articolo 1, numeri 1 e 2, della legge per la modifica degli articoli 23, 45¹⁰ e 93 della Legge fondamentale, e l'articolo 1, par. 3, comma 2, par. 4, comma 3, numero 3 e par. 6 nonché par. 5 della legge di estensione e rafforzamento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* negli affari dell'Unione europea violassero gli articoli 20, paragrafi 1 e 2, 23, paragrafo 1, e 79, paragrafo 3, della Legge fondamentale, e ledessero il proponente nel suo diritto di voto ai sensi dell'articolo 38, paragrafo 1, della Legge fondamentale.

Questo ricorso è stato dichiarato inammissibile dalla Corte¹¹ giacché era rivolto verso il Governo Federale laddove, argomenta la Corte¹², le misure criticate possono esclusivamente essere attribuite al *Bundestag* e non al Governo federale perché quest'ultimo ha semplicemente presentato i disegni della legge di approvazione del Trattato di Lisbona e delle leggi di accompagnamento. Insieme la Corte ha affermato¹³ che esso è inammissibile sotto altri profili, e particolarmente perché il ricorrente non aveva titolo per rivendicare i diritti del *Bundestag* tedesco, in nome proprio, in via di sostituzione processuale, o come agente d'ufficio per il *Bundestag*. La sostituzione processuale deve infatti essere considerata un'eccezione rispetto al generale principio del diritto processuale secondo il quale le parti in un giudizio possono solo asserire i loro diritti; sicché una deviazione dalla regola generale dovrebbe essere autorizzata espressamente dal legislatore laddove, argomenta la Corte, nessuna eccezione è prevista ad un tale riguardo ai sensi dei paragrafi 63 e 64 della Legge sulla Corte costituzionale federale. Questi prevedono infatti solo il caso di parti di un organo che agiscono in nome e nell'interesse dell'organo intero mentre, come risulta anche dalla giurisprudenza della Corte, non è possibile considerare un singolo Membro del *Bundestag* come parte d'organo; al contrario, infatti, solo le articolazioni permanenti del *Bundestag*, previste dal regolamento generale, conclude la Corte, sono abilitate a fare valere i diritti dello stesso¹⁴.

Per quanto riguarda il secondo ricorso, il gruppo parlamentare proponente in via di legittimazione processuale sostitutiva (*Prozeßstandschaft*) sosteneva che la legge dell' 8 ottobre 2008

amministrativo, il parere del *Bundesrat* deve essere considerato in modo determinante nella formazione della volontà della Federazione compatibilmente con la responsabilità della Federazione per lo Stato nel suo complesso. Nelle questioni che possono comportare aumenti di spese o diminuzioni di entrate per la Federazione, è necessario l'assenso del Governo federale.

(6) Se sono interessate principalmente competenze legislative esclusive dei *Länder* riguardanti le materie dell'educazione scolastica, cultura o della diffusione radio-televisiva, l'esercizio dei diritti che spettano alla Repubblica federale di Germania quale Stato membro dell'Unione europea deve essere trasferita dalla Federazione ad un rappresentante dei *Länder* nominato dal *Bundesrat*. L'esercizio di tali diritti avviene con la partecipazione e l'accordo del Governo federale; il loro esercizio deve essere compatibile con la responsabilità della Federazione per lo Stato nel suo complesso.

(7) I particolari di cui ai commi quarto e sesto sono stabiliti da una legge che richiede l'approvazione del *Bundesrat*.

⁸ L'art. 79 della Legge fondamentale recita:

(1) La presente Legge fondamentale può essere modificata solo da una legge che modifichi o integri espressamente il suo testo. In caso di trattati internazionali che hanno per oggetto un accordo di pace, la preparazione di un accordo di pace, o l'abolizione di un regime di occupazione, oppure che sono diretti ad assicurare la difesa della Repubblica federale, al fine di chiarire che le disposizioni della Legge fondamentale non sono di impedimento alla conclusione e alla attuazione dei trattati, è sufficiente un'integrazione al testo della Legge fondamentale che si limiti a detta chiarificazione.

(2) Una tale legge necessita dell'approvazione dei due terzi dei membri del *Bundestag* e dei due terzi dei voti del *Bundesrat*.

(3) Non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in *Länder*, il principio della partecipazione dei *Länder* alla legislazione o i principi stabiliti negli artt. 1 e 20.

⁹ L'art. 38 *Grundgesetz* così dispone:

(1) I membri del *Bundestag* sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto. Esso sono i rappresentanti di tutto il popolo, non sono vincolati da mandati o direttive e sono soggetti solo alla loro coscienza.

(2) Ha il diritto di voto chiunque abbia compiuto il diciottesimo anno di età; è eleggibile chi ha raggiunto la maggiore età.

(3) I particolari sono stabiliti da una legge federale.

¹⁰ L'art. 45, nella nuova formulazione, così recita: «Il *Bundestag* nomina una Commissione per gli affari europei. Esso può autorizzare la Commissione ad esercitare nei confronti del Governo federale i diritti conferiti al *Bundestag* dall'art. 23. Esso può altresì autorizzarlo ad esercitare i diritti riconosciuti al *Bundestag* ai sensi delle basi pattizie dell'Unione europea».

¹¹ Si vedano al riguardo i parr. 196-200 della motivazione.

¹² Particolarmente al par. 196 della motivazione.

¹³ Al par. 200 della motivazione.

¹⁴ Così è ad esempio per il caso del gruppo parlamentare che ha presentato il secondo ricorso per conflitto tra Organi e cui infatti la Corte ha riconosciuto una tale titolarità.

sul Trattato di Lisbona avrebbe violato i diritti del *Bundestag* come corpo legislativo e sarebbe stata quindi incompatibile con la Costituzione.

Il Tribunale costituzionale federale tedesco ha ritenuto di ammettere parzialmente questo ricorso¹⁵ ma poi lo ha comunque rigettato in quanto infondato.

Gli altri quattro¹⁶ sono stati invece proposti al Tribunale di Karlsruhe nella forma di ricorsi diretti individuali (*Verfassungsbeschwerde*).

Essi avevano in comune tra loro una censura contro la legge di approvazione del Trattato di Lisbona, che era anche l'unico motivo del quarto e del quinto ricorso. Il terzo e il sesto, invece, muovevano inoltre censure di costituzionalità all'articolo 1, numeri 1 e 2, della legge di modifica degli articoli 23, 45 e 93 della Legge fondamentale; infine, il terzo ricorso contestava altresì l'articolo 1, par. 3, comma 2, par. 4, comma 3, numero 3 e par. 6 nonché par. 5 della legge di estensione e rafforzamento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* negli affari dell'Unione europea.

In definitiva, dunque, con la sentenza dello scorso 30 giugno il secondo Senato della Corte costituzionale federale tedesca ha deciso¹⁷ sulla costituzionalità della legge 8 ottobre 2008 di approvazione del Trattato di Lisbona da parte della Germania¹⁸ e delle leggi ad essa collegate, vale a dire della legge di revisione (degli articoli 23, 45 e 93) della Costituzione tedesca¹⁹ dello stesso 8 ottobre²⁰ e della legge di estensione ed approfondimento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* nell'ambito degli affari europei²¹.

¹⁵ Si veda a tale proposito il punto 202 della motivazione.

¹⁶ Nell'ordine: 2 BvR 1010/08; 2 BvR 1022/08; 2 BvR 1259/08; 2 BvR 182/09.

¹⁷ La sentenza è stata votata all'unanimità e con 7:1 voti per quanto attiene le motivazioni.

¹⁸ Legge dello scorso 8 ottobre, pubblicata nella parte II della Gazzetta Federale del 14 Ottobre ed entrata in vigore il giorno seguente, sul cui iter la sentenza si sofferma al punto 78 della motivazione precisando altresì che essa è stata approvata dal *Bundestag* il 24 aprile 2008 con 515 voti favorevoli su 574 e dal *Bundesrat* il 23 Maggio 2008 con una maggioranza dei 2/3.

¹⁹ Si tratta di modifiche necessarie essenzialmente a precisare le competenze di *Bundestag* e *Bundesrat* a seguito delle norme del Trattato di Lisbona e attinenti anzitutto il coinvolgimento dei parlamenti nazionali, con particolare riferimento al principio di sussidiarietà. La sentenza in esame se ne occupa nei parr. 80-85 della motivazione, laddove afferma anzitutto (par. 80) che la legge di revisione della Costituzione (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*) dello scorso 8 Ottobre entrerà in vigore il giorno dell'entrata in vigore per la Germania del Trattato di Lisbona.

Le modifiche della Costituzione sono poi richiamate ai successivi parr. 82-85: anzitutto si afferma (nel par. 81) che ai sensi dell'art. 1, par. 1, della legge di revisione, l'art. 23, par. 1a, nuova versione, reciterà: «Il *Bundestag* e il *Bundesrat* hanno diritto di agire davanti la Corte di giustizia dell'Unione europea a causa di un atto legislativo dell'Unione europea che violi il principio di sussidiarietà. Il *Bundestag* è obbligato ad agire se lo richiedono un quarto dei suoi membri. Un atto per il quale sia richiesta l'approvazione del *Bundesrat* può ammettere eccezioni all'art. 42.2, primo periodo, e 52.3, primo periodo, per l'esercizio dei diritti garantiti al *Bundestag* e al *Bundesrat* nei Trattati istitutivi dell'Unione europea» (nel par. 82). Successivamente (nei parr. 83-84), si richiama l'aggiunta all'art. 45 della Costituzione effettuata ai sensi dell'art. 1 par. 2 della legge di revisione: «Esso (il *Bundestag*) può anche autorizzarla (la Commissione per gli affari dell'Unione europea) ad esercitare i diritti garantiti al *Bundestag* dai Trattati istitutivi dell'Unione europea». Infine (par. 85), si richiama la modifica dell'art. 93 paragrafo 1, comma 2, della Costituzione con la sostituzione delle parole “un quarto” alle parole “un terzo”, vale a dire con l'abbassamento del numero dei membri del *Bundestag* che possono promuovere ricorso al Tribunale costituzionale federale tedesco in ordine alla compatibilità formale e sostanziale del diritto federale o dei *Länder* alla Costituzione.

²⁰ La sentenza in esame se ne occupa nei parr. 80-85 della motivazione.

²¹ Come sottolinea la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* (par. 86), tale legge non è stata ancora firmata e promulgata dal momento che il suo contenuto richiede la revisione degli artt. 23 e 45 della Legge fondamentale. Essa intende creare le precondizioni nazionali, prosegue al punto successivo la sentenza, per l'esercizio dei diritti di partecipazione che sono riconosciuti (la preferenza accordata alla traduzione dell'espressione verbale “granted” con “riconosciuti” piuttosto che “attribuiti” riflette l'idea, che pervade per intero la sentenza della Corte, della preesistenza di tali diritti in connessione alla condizione di signoria dei trattati degli stati membri) al *Bundestag* e al *Bundesrat*, che in questo contesto, precisa la Corte costituzionale federale tedesca, deve essere considerato una Camera di un Parlamento nazionale.

Tali diritti vengono successivamente specificati puntualmente: si tratta anzitutto del diritto di dare un parere motivato (eccezione di sussidiarietà) ai sensi dell'art. 6, par.1, del Protocollo n. 2 sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Lisbona (art. 1, par. 2, della legge), a proposito del quale la legge prevede in particolare che il Governo federale debba presentare al *Bundestag* e al *Bundesrat* informazioni dettagliate alla data più prossima possibile, al più tardi, comunque due settimane dopo l'inizio del periodo di otto previsto dall'art. 6 del Protocollo sulla sussidiarietà allegato al Trattato di Lisbona per quanto riguarda i progetti di atti legislativi dell'Unione – affrontando in tale modo uno dei principali problemi operativi del controllo di sussidiarietà, anche per evitare che il Governo possa tenere in ostaggio delle proprie scelte politiche, operate in sede europea a livello intergovernativo, il *Bundestag* e il *Bundesrat*.

Ancora, essi sono individuati nel diritto di agire ai sensi del successivo art. 8 dello stesso Protocollo (la c.d. azione in sussidiarietà) contro un atto dell'Unione europea che violi il principio di sussidiarietà attraverso il Governo Federale, il quale è significativamente obbligato ai sensi dell'art. 1, par. 4, della legge di estensione dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* a trasmetterla senza ritardo alla Corte di Giustizia a nome del corpo che ha adottato la decisione di esercitare una tale azione (par. 89 della

2.1. Se passiamo ad un'analisi più specifica dei ricorsi, bisogna anzitutto segnalare una generale convergenza di tutti i ricorrenti nel lamentare che la legge di approvazione del Trattato di Lisbona producesse una violazione del diritto loro riconosciuto ai sensi dell'art. 38 della Legge fondamentale.

Nello specifico, essi assumevano che l'articolo 38, paragrafo 1, della Costituzione conferisse loro il diritto soggettivo di partecipare alle elezioni del *Bundestag* nella qualità di elettori, di concorrere così stesso alla legittimazione del potere statale a livello federale e in particolare di essere nelle condizioni di influenzarne l'esercizio. La legge di approvazione del Trattato di Lisbona, che autorizzava il conferimento di poteri sovrani all'Unione europea, comprimeva allora per ciò stesso quel diritto, dal momento che essa finiva per sottrarre la legittimazione e l'esercizio del potere statale alla loro influenza. Con tale intervento si sarebbero perciò ecceduti i limiti posti al potere di integrazione ai sensi dell'articolo 23, par. 1, per. 3, in combinazione con l'articolo 79, par. 3. In particolare, esso avrebbe violato il principio democratico nel suo contenuto costituzionalmente intangibile, cui fa riferimento il terzo comma dell'articolo 79 richiamando l'articolo 20, parr. 1 e 2, della Legge fondamentale, sotto due profili: anzitutto, per lo svuotamento delle competenze sovrane del *Bundestag* tedesco e in secondo luogo per la carenza di legittimazione democratica dell'Unione europea.

Sotto il primo profilo, veniva rilevato anzitutto che l'Unione europea non sarebbe stata più una comunità economica settoriale ma al contrario avrebbe assunto compiti in tutti i settori politicamente rilevanti della vita e avrebbe per lo più potuto autonomamente colmare le lacune di competenza rimanenti²². Inoltre, si contestava significativamente che il conferimento di diritti di sovranità all'Unione europea ad opera del Trattato di Lisbona avesse prodotto il superamento della soglia oltre la quale le competenze legislative tedesche originarie perdono ogni significato e si realizza una svendita delle competenze da sempre appartenenti allo Stato²³.

Quanto al secondo profilo, il Trattato avrebbe aggravato e non ridotto il deficit democratico dell'Unione perché il Consiglio non sarebbe stato più nelle condizioni di trasmettere una legittimazione democratica derivandola dai popoli nazionali degli Stati membri. La catena di legittimazione verso i parlamenti europei sarebbe infatti stata spezzata dalla previsione del principio di maggioranza quale regola generale²⁴. Ancora, per quanto il Trattato di Lisbona realizzi una rivalutazione delle competenze del Parlamento europeo, si contestava egualmente una cessione di poteri sovrani, rilevando come il loro esercizio avrebbe potuto essere legittimato solo qualora fosse stata rispettata l'eguaglianza del voto; ciò che tuttavia non avviene ancora nell'Unione giacché tuttora gli Stati membri a bassa densità di popolazione riceverebbero in proporzione più voti di quelli assegnati agli Stati più popolati²⁵.

Inoltre, e come puntualmente riportato nella motivazione della sentenza, il principio democratico sarebbe stato inciso da una serie di disposizioni del Trattato: anzitutto l'articolo 14 par. 2 TUE-Lisbona, dal momento che esso accosta il popolo dell'Unione, come insieme dei

motivazione). A tale stesso riguardo, si ricorda che l'art. 1 par. 3 della stessa legge di estensione regola la procedura dell'azione in sussidiarietà e che, in particolare, ai sensi del par. 2 e in analogia all'art. 44 paragrafo 1, primo periodo e all'art. 93, paragrafo 1, comma 2 della Legge fondamentale, nuova versione, il *Bundestag* è obbligato ad agire in sussidiarietà quando lo richiedano un quarto dei suoi componenti.

Infine, i diritti di partecipazione sono tradotti nel diritto di opposizione ai progetti dell'Unione ai sensi dell'art. 48, par. 7, terzo capoverso, TUE e dell'art. 81, par. 3, comma 3, TFUE. Va conclusivamente richiamato (par. 95) che ai sensi dell'art. 1, par. 5, della legge di estensione dei poteri delle Camere del Parlamento tedesco è possibile per il *Bundestag* in seduta plenaria attribuire alla Commissione per gli affari dell'Unione europea, da esso nominata ai sensi dell'art. 45 della Legge fondamentale, i poteri per esercitare i diritti del *Bundestag* ai sensi dell'art. 1 della legge medesima ma, tuttavia, il potere di agire in sussidiarietà attraverso il Governo federale e il diritto di opposizione non possono essere delegati.

²² Rilevo contenuto nel terzo ricorso e riportato al par. 101.

²³ Esemplificativamente, il quarto ricorso, come richiamato al par. 103 della sentenza, ha riguardo in particolare alla politica estera e di sicurezza comune e della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, per la quale si parla di una "sovrannazionalizzazione", e della clausola di flessibilità.

²⁴ Secondo quanto si rileva nel terzo ricorso come richiamato al par. 101 della sentenza.

²⁵ In questo senso il par. 104 richiama la censura del ricorrente sub IV. In ordine alla carenza di legittimazione democratica dell'UE.

cittadini dell'Unione con parità di diritti, ai popoli degli Stati membri quali fonti di legittimazione dell'Unione europea, così costituendo un nuovo soggetto di legittimazione democratica. In secondo luogo, l'articolo 48, par. 6, TUE-Lisbona e l'articolo 311 TFUE in quanto essi avrebbero permesso revisioni dei trattati senza l'assenso del *Bundestag* tedesco. In terzo luogo, l'articolo 48 par. 7 TUE-Lisbona che avrebbe consentito il passaggio dalle decisioni all'unanimità, previste nel trattato, a decisioni di maggioranza senza rendere sufficientemente partecipe il *Bundestag* tedesco. Infine, l'art. 352 TFUE, che prevede la clausola di flessibilità e dispone nel senso di riserVARLE una applicabilità quasi universale²⁶.

2.2. Le doglianze avanzate nel terzo e sesto ricorso si estendevano inoltre alla legislazione collegata, ritenuta anch'essa responsabile di una violazione dei diritti riconosciuti dall'articolo 38 della Legge fondamentale. In particolare, i ricorrenti affermavano che l'articolo 1, n. 1, della legge di revisione, con il quale viene modificato l'articolo 23 della Costituzione, e l'articolo 1 par. 3, comma 2, della legge di estensione ed approfondimento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat*, sul principio di sussidiarietà²⁷, violassero il principio democratico di maggioranza giacché costringono il *Bundestag* a fare ricorso di sussidiarietà contro la volontà della sua maggioranza.

Allo stesso modo, essi ritenevano che anche l'art. 1 par. 4, comma 3, n. 3²⁸ e par. 6 della legge di estensione ed approfondimento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* - rispettivamente concernenti la collaborazione tra le due Camere, in considerazione della ripartizione interna delle funzioni, nell'esercizio del diritto di veto in ordine alle procedure di revisione semplificate, di cui all'articolo 48, par. 7, comma 3, TUE-Lisbona; e il diritto di veto a decisioni del Consiglio che determinino gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali e che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria ai sensi dell'articolo 81, par. 3, comma 3, TFUE - fossero incompatibili con il principio democratico nella parte che è dichiarata intangibile dall'articolo 79, comma 3, in combinazione con l'articolo 20, commi 1 e 2, della Legge fondamentale.

Infine, il terzo ed il sesto ricorso avanzavano dubbi sull'articolo 1, n. 2, della legge di revisione costituzionale, attinente la modifica dell'art. 45 della Legge fondamentale, e sull'articolo 1, par. 5, della legge di estensione dal momento che essi violerebbero il principio di rappresentanza democratica. Infatti, ai sensi del loro combinato disposto, il *Bundestag* ha la possibilità di trasferire alla Commissione per gli affari europei, istituita in attuazione dell'art. 45 della Legge fondamentale, come modificato per l'appunto dall'art. 1, n. 2, della legge di revisione citata, i diritti di partecipazione conferitigli dal trattato di Lisbona. E' bene tuttavia precisare che il legislatore aveva posto alcuni limiti ai contenuti di una eventuale delega: così l'articolo 1 par. 3, comma 2, della legge di estensione vietava al *Bundestag* di delegare l'esercizio del diritto di

²⁶ In questi termini particolarmente il terzo ricorso, secondo quanto riportato al par. 102 della sentenza.

²⁷ Come si è già segnalato, l'art. 1, par. 3, della legge di estensione regola la procedura dell'azione in sussidiarietà e in particolare, ai sensi del par. 2 e in analogia all'art. 44, par. 1, comma 1, e all'art. 93, par. 1, comma 2, della Legge fondamentale, nuova versione, costringe il *Bundestag* ad agire in sussidiarietà quando lo richiedano un quarto dei suoi componenti.

²⁸ Nei parr. 90-93 della sentenza si legge che l'art. 1, par. 4, della legge di estensione disciplina al terzo comma la collaborazione tra le due Camere del Parlamento tedesco nell'esercizio del diritto di veto di cui all'art. 48, par. 7, comma 3, TUE-Lisbona in considerazione della ripartizione interna delle funzioni, stabilendo che:

1. Qualora un'iniziativa incida essenzialmente su competenze legislative esclusive della Federazione, il veto all'iniziativa sarà reso noto se il *Bundesrat* così decide a maggioranza dei voti espressi.

2. Qualora un'iniziativa incida essenzialmente su competenze legislative esclusive dei *Länder*, il veto all'iniziativa sarà reso noto se il *Bundesrat* così decide a maggioranza dei suoi voti.

3. In tutti gli altri casi, il *Bundestag* o il *Bundesrat* possono decidere di rendere nota la loro opposizione entro quattro mesi dalla comunicazione dell'iniziativa da parte del Consiglio europeo. In tali casi, l'opposizione sarà resa nota solo se tale decisione non è respinta dall'altro organo entro due settimane dalla scadenza del termine semestrale ai sensi dell'art. 48, par. 7, comma 3, periodo 2, del Trattato sull'Unione europea. L'opposizione ad un'iniziativa non sarà altresì resa nota se un organo si oppone nello stesso termine alla decisione dell'altro perché ritiene che non ricorra rispettivamente il caso del numero 1 o del numero 2. Se il *Bundestag* ha adottato la sua decisione per rendere nota la sua opposizione con una maggioranza dei due terzi, il rigetto da parte del *Bundesrat* richiede una maggioranza pari almeno ai due terzi dei propri voti. Se il *Bundesrat* ha adottato la sua decisione di rendere noto il proprio dissenso nei confronti dell'iniziativa con una maggioranza pari ad almeno i due terzi dei propri voti, il rigetto da parte del *Bundestag* richiederà una maggioranza di due terzi dei voti espressi o almeno la maggioranza dei membri del *Bundestag*.

proporre ricorso di sussidiarietà attraverso il Governo federale; l'art. 1 par. 4, comma 3, della legge di estensione precludeva altresì di delegare il diritto di veto. Infine, il legislatore ha anche specificato alcuni requisiti della deliberazione del *Bundestag*: in tal senso, l'articolo 1, par. 6, della legge di estensione stabilisce che i dettagli delle comunicazioni dovessero essere disciplinati nell'intesa tra il *Bundestag* e il Governo federale prevista al par. 6 della legge sulla collaborazione tra il Governo federale e il *Bundestag* tedesco negli affari dell'Unione europea e nell'intesa tra Governo federale e Länder prevista al par. 9 della legge sulla collaborazione del Governo federale e i Länder negli affari dell'Unione europea.

3. La decisione della Corte tedesca: i tratti essenziali della motivazione

La sentenza Lisbona presenta una struttura assai articolata che si accompagna alla complessità argomentativa della pronuncia del Tribunale di Karlsruhe, sviluppata in 421 punti per oltre un centinaio di pagine nella versione inglese – versione che, sia detto a margine, sembra riproporre il tema dell'unità linguistica nella diversità per alcune differenze espressive che è difficile ricondurre ad univocità di significato nello sforzo di traduzione del messaggio della sentenza²⁹.

Quanto ai contenuti della pronuncia del Tribunale costituzionale federale tedesco, ho provato altrove a “sviluppare” la fotografia che essa ha per così dire “scattato” dell'identità europea³⁰. In via di estrema sintesi è invece qui opportuno limitarsi a rilevare che la Corte ha anzitutto deciso, come è ormai generalmente noto, per la costituzionalità della legge con la quale il Parlamento aveva approvato il Trattato di Lisbona firmato dall'Esecutivo.

Insieme alla decisione sulla legge che aveva approvato il Trattato di Lisbona, tuttavia, la sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco ha anche affermato che la legge di estensione ed approfondimento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* nell'ambito degli affari europei viola l'articolo 38.1 in congiunzione con l'articolo 23, par. 1, della Legge fondamentale dal momento che i diritti di partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* non sono stati elaborati

²⁹ A volere allargare l'orizzonte in cui osservare il problema, non pare fuori luogo ricordare le perplessità espresse particolarmente da Green in ordine alla debolezza della stessa ipotesi della costruzione di uno spazio pubblico europeo, che è evidentemente momento dinamico di integrazione personale, proprio per la mancanza di una lingua comune. In altre parole, la diversità linguistica è presupposto perché la percezione della stessa essenza delle cose e l'esperienza di vita abbiano nomi e con essi percorsi di identificazione a quelli sottesi diversi. La riduzione delle lingue condurrebbe pertanto ad una omologazione e dunque il suggerimento andrebbe correttamente inteso nella direzione della elaborazione di una nuova lingua comune, frutto delle valenze semantiche e concettuali, delle esperienze ed identità culturali, giuridiche, politiche e antropologiche tout court di tutti i popoli che la fondassero. In questa direzione, appare opportuno ricordare, anche a prescindere dall'ipotesi di una lingua comune per la cui diffusione potrebbe essere funzionale, il ruolo fondamentale della televisione nella creazione e formazione di identità collettive. L'esperienza italiana è emblematica in tale direzione, giacché fatta l'Italia si è probabilmente dovuto attendere sino all'avvento della televisione per fare gli italiani, unificando i dialetti e progressivamente le tradizioni e i valori collettivi. Sicché sembrerebbe opportuno realizzare anche una televisione dell'Unione la quale possa procedere nella stessa direzione, promuovendo la diffusione dei valori e delle identità che compongono nella loro diversità il patrimonio europeo. Infine, e a riprendere opportunamente l'insegnamento di R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, 1988, in ordine alla concorrenza delle tre forme di integrazione attraverso cui si realizza l'integrazione politica statale, si segnala l'opportunità di alimentare le dinamiche integrative dell'Unione in tutte e tre le direzioni. Assai rilevante è in tale direzione che la logica anticostituzione che ha animato il trattato di Lisbona abbia prodotto la cancellazione del riferimento alla bandiera con le 12 stelle d'oro in campo blu, dell'Inno alla gioia e del motto Unità nella diversità! quali simboli ufficiali e che, nella consapevolezza più matura del significato delle rappresentazioni simboliche all'interno dei processi integrativi e dei connessi percorsi di maturazione delle identità collettive, la Germania si sia fatta promotrice di una dichiarazione (n. 52) allegata al testo del trattato, con la quale 16 Stati membri, tra i quali l'Italia, hanno affermato che per essi la bandiera con le 12 stelle d'oro in campo blu, l'Inno alla gioia e il motto Unità nella diversità! «continueranno ad essere i simboli della comune appartenenza dei cittadini all'Unione europea e del loro legame con la stessa». Sicché, anzi, mi pare che la stessa realizzazione di una televisione europea costituirebbe una nuova forma cui affidare la prosecuzione del processo di integrazione e ad un tempo la sua rappresentazione simbolica; ma altre forme le si dovrebbero accostare, avvicinando progressivamente le diverse manifestazioni della cultura, dell'arte, dello sport, dell'estetica degli uomini europei. E così, mi sembra, si dovrebbero promuovere un campionato di calcio europeo, che probabilmente potrebbe essere assai utile ad una così nobile e importante causa di formazione e aggregazione del *demos* europeo, ma anche festivals canori e letterari, cui dare massimo rilievo, e ancora concorsi di bellezza per l'elezione di una miss Europa e di un mr. Europa, i quali poi dovrebbero rappresentare l'Unione ai concorsi mondiali, realizzando una rappresentazione simbolica dell'unità ...

³⁰ M. ASERO, *Alcune note sull'identità europea a proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania. L'Unione di Lisbona alla "Corte" della Germania: ancora una notte per la tela di Penelope europea?*, *infra*, pp. 49-92.

secondo quanto richiesto in conformità dei requisiti costituzionali individuati nel giudizio. Sicché, la Corte ha altresì stabilito che lo strumento di ratifica del Trattato di Lisbona della Repubblica federale tedesca non potesse essere depositato prima che la legge summenzionata fosse modificata in conformità dei requisiti costituzionali indicati in sentenza. Conseguentemente, già il successivo 8 settembre, il *Bundestag* ha discusso e approvato in seconda e terza lettura cinque disegni di leggi di accompagnamento che regolano la responsabilità per l'integrazione di *Bundestag* e *Bundesrat*³¹ soddisfacendo le condizioni poste dal Tribunale costituzionale e così dando implicitamente il formale via libera alla procedura di ratifica del Trattato.

Non è difficile prevedere che, oltre quello già copioso impiegato sin qui per commentare la sentenza a primissima o a seconda più meditata lettura, invero più spesso da prospettive prevalentemente politologiche³² piuttosto che secondo criteri di puro diritto, fiumi di inchiostro scorreranno ancora e per anni su quella che può essere definita senz'altro una pronuncia capace di condensare lo stato e i tratti attuali del diritto dell'integrazione europea³³. La sentenza muove infatti essenzialmente dalle domande fondamentali sulla sovranità, dunque sulla natura e sui

³¹ In particolare, si tratta della legge che estende e rafforza i diritti del *Bundestag* e del *Bundesrat* negli affari dell'Unione europea: di un "articolo di legge" che modifica la legislazione esistente e introduce una nuova responsabilità per l'"Atto di integrazione"; della legge che implementa le modifiche alla Legge fondamentale per la ratifica del Trattato di Lisbona; della legge che modifica la legge sulla cooperazione tra il Governo federale e il *Bundestag* tedesco negli affari europei; e infine della legge che modifica la legge sulla cooperazione tra la Federazione e i *Länder* negli affari europei.

³² Ulteriori approfondimenti sono suggeriti in questa stessa direzione anzitutto per il valore "aggiunto" che la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco assume ove la si inserisca, come è doveroso fare sul piano dell'analisi politica, nel tormentato processo costituzionale (e infine anche costituente...?) europeo che, lo si è già ricordato, ha visto dapprima il tentativo di elaborare una Costituzione e quindi, dopo la mancata approvazione del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", il lungo processo "anti-costituzione" che le si è contrapposto e ha condotto prima alla redazione e poi all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Vale a dire ancora, in altre parole, ove ne si legga il significato politico all'interno di una stringente ma assai problematica dialettica tra allargamento dei confini geopolitici dell'Unione, approfondimento delle dinamiche identitarie e loro formalizzazione in chiave giuridica. Proprio in questa dialettica, che concretamente si traduce tra l'altro nelle posizioni più eurosettiche assunte specialmente da alcuni di quanti hanno tra gli ultimi abbracciato il progetto della Casa comune dei popoli europei (e le cui sovranità, ritrovate appena dopo la caduta dei Muri, quello fisico di Berlino tra est e ovest e quello tra identità individuali e collettive forse ormai rassicuranti e consolidate ma progressivamente erose e de-strutturate dai tratti propri della postmodernità e con essa della incombente mondializzazione, appaiono perciò più gelosamente da custodire), la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* mi sembra in grado di acquistare ulteriori valenze, al di là dell'ambito giuridico-ordinamentale di riferimento, dal momento che essa è intervenuta proprio prima che lo stesso deposito delle ratifiche del Trattato di Lisbona fosse completato da alcuni dei Paesi che più problematicamente hanno mostrato di rileggere l'Europa di Lisbona e che in tale prospettiva potrebbero pure strumentalmente giovare di alcune affermazioni di tale pronuncia (paradossalmente, se si pensa al tradizionale ruolo assunto dalla Germania in seno al processo di integrazione europeo) come argomento di autorità in chiave per così dire riduzionista ... Basti qui segnalare come la lettura della sovranità da parte degli ex paesi satelliti dell'URSS, se non giunge, come pure talvolta sembra fare, ad interrogarsi equivocamente sul confronto tra le incidenze passate dell'Unione sovietica e quelle ipotizzabili per l'avvenire dell'Unione europea sulla propria originarietà ed indipendenza, certo è assai diffidente verso il tema delle rinunce alla sovranità, appena "ritrovata", che il processo di integrazione europea richiede ...

Il rilievo politico della sentenza emerge infine, segnalando la corrispondente opportunità di sottolineature e dunque di ulteriori approfondimenti sui percorsi argomentativi e le interpretazioni proposte dalla Corte tedesca nell'architettura della sentenza, ove pure si ponga attenzione alla prossimità in cui essa è giunta rispetto alle elezioni tedesche e con esse a quello che è significativamente definito il periodo dei tre anni di pace istituzionale tra Francia e Germania, per l'assenza di ulteriori scadenze elettorali nei due paesi. Questo elemento di fatto ha giustificato ulteriormente l'interesse del Cancelliere Merkel per un calendario che garantisse di procedere alla ratifica prima delle stesse e richiede all'indomani del voto una valutazione del successo elettorale della Merkel e del partito liberale, vale a dire di forze entrambe europeiste e perfino inclini ad affrontare il tema dell'apertura dell'Unione alla Turchia ...

³³ A tale riguardo, non c'è dubbio che il Tribunale di Karlsruhe è organo di giustizia costituzionale di uno dei Paesi che più di ogni altro hanno praticamente da sempre assunto il ruolo di motore dell'integrazione europea sul piano politico, economico e, vorrei dire, culturale. Le parole della sentenza Lisbona sono dunque, per così dire, un segno delle condizioni di salute del processo politico e giuridico di integrazione e misurano senza alcuna ipocrisia l'equilibrio tra condizioni materiali e formali dello stesso. In questo contesto va tenuto peraltro presente che la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco aveva sin qui descritto, con poche eccezioni (si pensi al tema del mandato di arresto europeo), un progressivo favore per il processo di integrazione europea, nel riconoscimento sempre più pieno del ruolo della Corte di giustizia europea e di un qualche, per così dire, contenimento della teoria dei controlimiti – in un primo tempo elaborata, come è ampiamente noto, secondo una logica di più rigida protezione della sovranità dell'ordinamento giuridico nazionale e della sua separazione da quello comunitario. Di decisione che «generazioni di politici e avvocati dovranno leggere e rileggere per molti anni a venire su base quasi giornaliera» parla C. TOMUSCHAT, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, in *GermanLJ*, 2009, p. 1259; in direzione analoga U. DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 Giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, *infra*, p. 23 ss., il quale osserva in particolare (p. 24) che «[l]a sentenza della Corte è di ampio respiro e appare subito, anche ad un superficiale lettore, di altissimo livello».

luoghi della sovranità, a partire dalla e insieme a una radicale valorizzazione del principio democratico³⁴, e con esso della garanzia della molteplicità che è in ogni tutela dell'individuo e delle minoranze, caratteri posti tutti in primo piano tanto dai ricorsi che dalla motivazione della sentenza³⁵. Rinvio anche per tali riguardi un esame più approfondito dei contenuti della sentenza ad altra sede. Mi basta dire qui che la Corte segnala anzitutto che la scelta di partecipare o meno all'Unione europea non è, soprattutto per gli organi costituzionali tedeschi, una scelta rimessa alla libera discrezionalità, dal momento che la Legge fondamentale tedesca vuole un'integrazione europea e un ordinamento di pace internazionale, nei termini di un vero e proprio mandato costituzionale per la realizzazione di un'Europa unita deducibile tanto dal Preambolo che dall'art. 23, par. 1, della stessa. Sicché, conclude sul punto la Corte, si deve ritenere vigente il principio del favore per il diritto europeo o *Europarechtsfreundlichkeit*, e non solo quello del favore per il diritto internazionale³⁶.

D'altra parte, se il legislatore tedesco è di conseguenza, e coerentemente, autorizzato ad un'ampia devoluzione di poteri sovrani all'Unione europea, tale autorizzazione è comunque subordinata alla condizione che siano preservate le caratteristiche dello Stato costituzionale sovrano, ciò che è garantito fino a quando alla base del processo di integrazione europeo si mantenga un programma che muova dal principio dell'attribuzione specifica limitata e pertanto salvaguardi l'identità costituzionale degli Stati membri non sottraendo loro la capacità di determinare le trasformazioni politiche e sociali delle condizioni di vita che ricadono sotto le proprie responsabilità³⁷. A proposito della salvaguardia dell'identità nazionale, il Tribunale di Karlsruhe rileva poi specificamente la previsione espressa, che era già del testo di progetto costituzionale per l'Europa (art. I-5), dell'obbligo di rispettare l'identità costituzionale e politica nazionale cui sarebbe stato chiamato ad uniformarsi lo stesso principio del primato del diritto dell'Unione (*rectius*: dell'ordinamento europeo) - quest'ultimo ora non più esplicitamente previsto nel corpo del testo del Trattato di Lisbona ma affermato in una apposita Dichiarazione che costituisce l'allegato n. 17 al Trattato³⁸. Sicché, è vero che la Corte afferma *apertis verbis* che la base ed il limite dell'efficacia del diritto dell'Unione europea nella Repubblica federale tedesca è l'ordine di esecuzione contenuto nella legge di approvazione, che può essere dato solo nell'ordinamento costituzionale vigente, e che dunque non ha alcun particolare rilievo al riguardo la circostanza che il primato del diritto dell'Unione sia previsto nei trattati o in una Dichiarazione

³⁴ A cominciare dalla chiara affermazione contenuta nel par. 216 della sentenza, secondo cui «il principio democratico non è suscettibile di bilanciamenti, anzi è intangibile. Il potere costituente dei tedeschi, intendeva porre un limite invalicabile ad ogni futuro sviluppo politico».

³⁵ In questo senso A. ANZON DEMMIG, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lisbona" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in www.associazionedicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/Anzon01.pdf, p. 15, (di prossima pubblicazione anche in *GCos*), ricorda che nei commenti alla pronuncia in riferimento al concetto di democrazia ivi adottato: «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 umana», aggiungendo poi, alla nota 65, che la tesi trova riscontro particolarmente in numerosi scritti del Giudice relatore della sentenza Lisbona. Si veda, in tale direzione, U. DI FABIO, *Mehrebenendemanokratie in Europa – Der Weg in die komplementaere Ordnung, conferenza del 15 novembre 2001*, in AA.VV., *Die Konsolidierung der europaeischen Verfassung: von Nizza bis 2004*, in *Forum Constitutionis Europae*, vol. 4, 2004, p. 110 ss.

³⁶ In questo senso, la Corte si esprime al par. 225 della motivazione.

³⁷ Questa la "via per l'Europa" tracciata dalla Corte al par. 225 della sentenza.

³⁸ La Dichiarazione relativa al primato recita: «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza».

Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare all'atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato del 22 giugno 2007, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): «Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata [Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/641: "(...) discende che, scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità"] non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

ad essi allegata³⁹; tuttavia la previsione di quell'obbligo sembra offrire un argomento testuale decisivo a favore del riconoscimento della legittimità dell'intervento (in parallelo alla Corte di giustizia) della Corte costituzionale nazionale a protezione della propria *Grundnorm*, appunto quale espressione e fondamento dell'identità e unità giuridica e politica nazionale (della quale pure la Corte è "parte"), contro eventuali atti di diritto europeo che essa ritenga lesivi della stessa. La stessa sentenza della Corte costituzionale federale tedesca si pone, pure se la validità giuridica delle disposizioni del Trattato, e dunque lo stesso art. 4, par. 2, TUE, è sottoposta alla condizione del completamento dei procedimenti di ratifica, in questo orizzonte, e ne trae ulteriore giustificazione dal momento che, pure se si sostenesse la sovranità dell'ordinamento europeo, si tratterebbe comunque di una norma restrittiva del primato di quest'ultimo e ampliativa di ogni singolo ordinamento nazionale cui sarebbe riconosciuta la possibilità di fare valere dei controlimiti⁴⁰. Infatti, dal punto di vista giuridico, il problema identitario europeo si traduce nella (preesistente) formula della Unità nella diversità dell'ordinamento europeo quale espressione dinamica delle identità politiche e giuridiche nazionali... tra integrazione formale e materiale.

3.1. Posta tale premessa, la Corte costituzionale tedesca decide di rigettare le censure di costituzionalità con un'argomentazione assai interessante che descrive due movimenti coordinati. Essa muove dal negare che l'Unione europea abbia assunto una dimensione statale (federale) attraverso una puntuale lettura degli attributi fondamentali della statualità (bilancia, spada e moneta) e della permanenza degli stessi in capo a quelli che si confermano i Signori dei trattati.

L'Unione europea di Lisbona resta una Associazione di Stati dotata di una propria personalità giuridica, una costruzione operata da Stati democratici sovrani⁴¹: l'Unione europea di Lisbona non corrisponde al livello della Federazione in uno Stato federale, non si è manifestata alcuna volontà di fondare uno Stato. La prova ultima di tale ricostruzione, che attesta la continuità del potere sovrano dello Stato, è individuata in due previsioni normative del trattato firmato nella capitale portoghese: il diritto di recesso incondizionato, riconosciuto agli Stati membri secondo le rispettive procedure costituzionali, e il diritto di decisione ultima del *Bundesverfassungsgericht*⁴².

³⁹ Secondo il rilievo che il Tribunale costituzionale federale tedesco compie al par. 343 della sentenza.

⁴⁰ Tanto che vi è nei commenti alla sentenza chi, come M. P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, in www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/CHITI/Am-Deutschen-Volke_30_07_09.pdf, op. cit., p. 3, sostiene che per «il BVG la Costituzione tedesca non pone tanto particolari barriere al diritto europeo, "controlimiti" appunto; quanto, con la sua particolare identità, conforma la "costituzione europea". E' la Costituzione nazionale che dunque condiziona la costituzione europea e non viceversa. Si è così del tutto distanti dalla teoria dei controlimiti». Insomma, secondo tale A., la Corte costituzionale tedesca accedrebbe con decisione a quella interpretazione dottrina che già a proposito del progetto di Trattato costituzionale aveva parlato di una "europeizzazione dei controlimiti": in questa direzione, A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno*, in www.forumcostituzionale.it, il quale parla appunto di europeizzazione dei controlimiti. Ma già M. CARTABIA, *"Unità nella diversità": il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali*, in www.giustamm.it, aveva segnalato come l'art. I-5 del Trattato costituzionale (l'odierno art. 4 TUE) condiziona l'applicazione del principio del primato del diritto europeo al rispetto delle identità politiche e costituzionali nazionali. Insomma, e come avrò modo più compiutamente di sottolineare altrove, l'affermazione che il primato di applicazione del diritto dell'Unione vige solo in forza e nei limiti dell'attribuzione costituzionale persistente, che la Corte compie al par. 240, trova il proprio orizzonte di senso nella premessa che «le garanzie di diritto costituzionale e di diritto dell'Unione a favore dell'identità costituzionale nazionale operano pertanto "mano nella mano"», secondo quel principio dell'*Europafreundlichkeit* che può rappresentare la vera stella polare della pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* sul Trattato di Lisbona e le leggi di accompagnamento.

⁴¹ Cfr. par. 278.

⁴² Diritto il cui riconoscimento ad opera dello stesso custode della Costituzione tedesca ha dato adito a quella lettura dell'attuale fase del processo di integrazione europea che muove dall'idea di una deriva del diritto europeo nella direzione di un nuovo paradigma costituzionale a cui fondamento si ponga l'idea dell'asimmetria, per la quale si veda da ultimo: F. VECCHIO, *Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?*, *infra*, p. 93-106. Sul punto mi si consenta rinviare a M. ASERO, *Alcune note sull'identità europea a margine della sentenza del BVG sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania... tra chiesto e pronunciato. L'Unione di Lisbona alla "Corte" della Germania: ancora una notte per la tela di Penelope europea?*, op. cit., dove contestualizzo più compiutamente l'affermazione del diritto di decisione ultima del Tribunale costituzionale federale tedesco nel quadro della previa affermazione che la scelta di partecipare o meno all'Unione europea non è, soprattutto per gli organi costituzionali tedeschi, una scelta rimessa alla libera discrezionalità dal momento che la Legge fondamentale vuole un'integrazione europea e un ordinamento di pace internazionale, nei termini di un vero e proprio mandato costituzionale per la realizzazione di un'Europa unita deducibile tanto dal Preambolo che dall'art. 23, par. 1, della stessa. Sicché, per lo stesso Giudice

Da questo, ecco il secondo dei due movimenti coordinati di cui dicevo, la Corte deriva che non c'è un problema di legittimazione democratica dell'Unione europea, il ben noto *deficit*, giacché ad essa è richiesto, proprio in quanto priva dell'attributo della statualità, un minor grado di democraticità. Questo è oggi assicurato nonostante la caratteristica strutturale delle Istituzioni europee, che non ne garantisce una piena democraticità, e il diverso peso attribuito proporzionalmente nella distribuzione dei voti ai paesi a bassa densità di popolazione. Eguale considerazione, e formula assolutoria, vale per la mancanza di un sistema di organizzazione del potere nel quale una maggioranza europea si ricolleggi a decisioni libere ed eguali degli elettori e possa esprimere una volontà che sostenga la formazione di un governo e favorisca una competizione trasparente tra maggioranza ed opposizione. Il Parlamento europeo non è infatti a tutt'oggi, e dopo Lisbona, un organo che rappresenta un popolo europeo sovrano ma garantisce più semplicemente una rappresentanza dei popoli attraverso i contingenti nazionali dei deputati assegnati a ciascuno Stato membro.

Altro discorso, sottolinea tuttavia la Corte con dire monitorio, andrebbe fatto se l'Unione europea smettesse le vesti dell'Associazione di Stati, lo *Staatenverbund* in cui già la *Maastricht Urteil* aveva identificato l'identità giuridica e politica dell'Europa, e acquistasse i caratteri dello stato federale. Soluzione che pure i ricorrenti ammettono potersi pure realizzare, richiedendo tuttavia che ciò avvenga alla luce del sole e nelle forme che la Costituzione tedesca impone nella propria signoria. A ben guardare peraltro, al di là di ogni critica strumentale al ruolo delle Corti costituzionali nazionali, il riconoscimento della signoria dell'ordinamento giuridico nazionale vale evidentemente ed anzitutto per gli organi costituiti a tutela della stessa e con essa dell'identità politico-costituzionale della quale la Legge fondamentale è atto di unitaria sintesi ed espressione della sovranità. In questo quadro, lo spazio dell'ordinamento europeo, e la cosiddetta supremazia del suo diritto, è uno spazio di autonomia derivata che discende per l'appunto, e ancora una volta, dalla decisione degli Stati sovrani... Al di là della quale possono sempre stare processi costituenti *extra ordinem*, ma rispetto ad essi ogni pronuncia della Corte costituzionale sarebbe, come segnala realisticamente lo stesso Tribunale costituzionale tedesco, priva di rilievo, scavalcata come sarebbe dalla primordiale ed indiscutibile efficacia della fattualità ...

All'interno della ordinaria dialettica tra ordinamento tedesco ed ordinamento europeo, invece, la regola è icasticamente descritta con l'espressione della *Europarechtsfreundlichkeit*, formula che la Corte sceglie a sintetizzare il valore della scelta costituzionale tedesca di costruire il destino comune dell'Europa che vincola i poteri e organi costituiti e rappresenta probabilmente una delle direttrici sinora meno indagate della sentenza *Lisbona* ...

costituzionale, ed a limitare il suo giudizio, vige il principio del favore per il diritto europeo o *Europarechtsfreundlichkeit* e non solo quello del favore per il diritto internazionale. E questo si traduce anzitutto nel leale e collaborativo dialogo con la Corte di giustizia quale Giudice al quale è affidato il rispetto delle norme del Trattato, a cominciare da quella dell'art. 4, par. 2, TUE, che prescrive all'Unione il rispetto dell'identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale.

II. BREVI NOTE SULLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE TEDESCA DEL 30 GIUGNO 2009 SUL TRATTATO DI LISBONA

di Ugo Draetta

Sommario: 1. Premessa. - 2. Le considerazioni della Corte sulla natura dell'UE e sui rapporti tra il suo ordinamento e quello tedesco. - 3. Altri temi trattati dalla sentenza: *deficit* democratico, politica commerciale comune, materia penale, diritto di famiglia, politica di difesa. - 4. Rilievi di incostituzionalità della Corte: la procedura di revisione semplificata e le "passerelle". - 5. Conclusione.

1. Premessa

La Corte costituzionale tedesca ha emesso il 30 giugno 2009 un'importante sentenza⁴³ sulla legittimità costituzionale di tre leggi interne relative all'immissione del Trattato di Lisbona nell'ordinamento tedesco: la legge dell'8 ottobre 2008 di approvazione del Trattato di Lisbona ("legge di approvazione"), la legge di emendamento degli artt. 23, 45 e 93 della Costituzione tedesca dell'8 ottobre 2008 ("legge di emendamento") e la legge di estensione e rafforzamento dei diritti del *Bundestag* e del *Bundesrat* su materie relative al funzionamento dell'UE ("legge di estensione"). Quest'ultima legge⁴⁴, al momento della sentenza della Corte, era stata approvata dai due rami del Parlamento ma non ancora firmata dal Presidente della Repubblica federale tedesca. Gli emendamenti alla Costituzione tedesca resisi necessari in vista dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed introdotti con la "legge di emendamento" e la "legge di estensione" sono illustrati nel corso nella sentenza⁴⁵. Essi sono tesi a creare le condizioni per l'esercizio da parte del *Bundestag* e del *Bundesrat* dei diritti di partecipazione ai processi decisionali dell'UE, attribuiti ai Parlamenti nazionali dal Trattato di Lisbona, con particolare riferimento alla partecipazione ad una delle procedure di revisione semplificata dei Trattati, al monitoraggio del rispetto del principio di sussidiarietà, al veto in materia di diritto di famiglia e alla valutazione e controllo delle attività di Eurojust ed Europol⁴⁶. Vengono, in particolare, ripartite tra *Bundestag* e *Bundesrat* alcune delle competenze al riguardo, ripartizione sulla quale non è il caso di soffermarci ai nostri fini, mentre sugli aspetti problematici della "legge di estensione" diremo in appresso.

Un notevole numero di ricorrenti, includenti persone fisiche, tra cui membri del Parlamento, nonché il gruppo parlamentare *Die Linke*, sostenevano che tali leggi violassero la Costituzione tedesca, con particolare riferimento ai suoi artt. 20, par. 1, 20, par. 2, 23, par. 1, e 79, par. 3. Nella sua sentenza, la Corte illustra in dettaglio tali motivi di ricorso⁴⁷, che riguardavano, in sostanza, la pretesa violazione di principi costituzionali quali quello di democrazia, di separazione dei poteri, di tutela dei diritti fondamentali, nonché l'asserita perdita di sovranità della Germania in virtù dell'instaurazione di fatto, con il Trattato di Lisbona, di una struttura federale. Le posizioni assunte nel procedimento dal *Bundestag*, dal *Bundesrat*, dal Governo federale e dal Parlamento del *Land* Baden-Wuerttemberg, tutte per l'inammissibilità o infondatezza dei motivi di ricorso, sono ugualmente passate in rassegna dalla Corte⁴⁸.

⁴³ Vedine il testo in tedesco sul sito www.bundesverfassungsgericht.de/ ed il testo inglese sul sito www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html. Le note che seguono sono tratte dal testo inglese reperibile su quest'ultimo sito. Per un primo commento, v. l'Editorial Comment: *Karlsruhe has spoken: "Yes" to the Lisbon Treaty, but ...*, in *CMLRev*, 2009, pp. 1023-1033. V. anche i numerosi commenti di vari autori nella rivista online *GermanLJ*, 2009, n. 8 (www.germanlawjournal.com/).

⁴⁴ Documento *Bundestag* n. 16/8489.

⁴⁵ Parr. 78-96 della sentenza.

⁴⁶ V., rispettivamente, Part. 12 TUE, Part. 48, par. 7, comma 3, TUE, i Protocolli n. 1 e 2 sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell'Unione europea e sul principio di sussidiarietà e proporzionalità allegati al testo di Lisbona, nonché l'art. 81, par. 3, ult. comma, TFUE, l'art. 85, par. 1, ult. comma, TFUE e l'art. 88, par. 2, ult. comma, TFUE.

⁴⁷ Parr. 99-135 della sentenza.

⁴⁸ Parr. 136-166 della sentenza.

La Corte, anzitutto, ripercorre la storia dell'integrazione europea dalle origini fino al Trattato di Lisbona, del quale offre un'analisi dettagliata, di estremo interesse per qualsiasi operatore del diritto dell'UE⁴⁹. Essa volge, quindi, una serie di argomentazioni di cui daremo brevemente conto, a conclusione delle quali, la Corte dichiara inammissibili, per una varietà di ragioni, buona parte dei motivi di ricorso⁵⁰. Tra quelli dichiarati ammissibili, la Corte ne ritiene fondati solo alcuni, tutti riguardanti la "legge di estensione", che essa non considera sufficientemente elaborata sotto il profilo dei diritti di partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* ad alcuni processi decisionali nell'ambito dell'UE. Conclude, pertanto, che lo strumento di ratifica del Trattato di Lisbona può essere depositato solo dopo che la "legge di estensione" sarà stata adeguatamente modificata⁵¹. Le altre due leggi (la "legge di approvazione" e la "legge di emendamento") sono dichiarate legittime dal punto di vista costituzionale.

La sentenza della Corte è di ampio respiro e appare subito, anche ad un superficiale lettore, di altissimo livello. Essa si ricollega ad alcune precedenti ben note sentenze della Corte stessa sui rapporti tra diritto dell'UE e diritto tedesco⁵², ma il discorso viene, con questa sentenza, ulteriormente sviluppato ed assume una dimensione di maggiore sistematicità, introducendo anche elementi di assoluta novità.

2. Le considerazioni della Corte sulla natura dell'UE e sui rapporti tra il suo ordinamento e quello tedesco

Ai fini della sua decisione, la Corte parte dalla premessa che l'UE, allo stato attuale, è ancora un'organizzazione internazionale, basata su un Trattato (*Staatenverbunde* e non *Bundestaat*). Secondo la Corte, quindi, tra organizzazione internazionale e Stato federale *tertium non datur*⁵³ e non v'è spazio per soluzioni intermedie volte a spiegare la natura dell'UE al di fuori di questa dicotomia. L'ordinamento dell'UE non è originario, ma derivato, in quanto "concesso" dagli Stati membri, e questo nonostante la proclamazione della personalità giuridica dell'UE⁵⁴. Gli Stati membri conservano la loro sovranità e, al riguardo, la Corte ripete come un *leit-motif* quanto da essa già detto molte volte in passato e, cioè, che essi restano i "padroni dei Trattati"⁵⁵.

A conforto di questa posizione sulla natura dell'UE, la Corte ricorda proprio tutti quei limiti di rappresentatività delle istituzioni dell'UE, che molti lamentano e vorrebbero vedere superati. Tali limiti sono, invece, visti dalla Corte come conferme che il processo decisionale dell'UE non si è evoluto in senso federale e, quindi, non minaccia la sovranità della Germania. La Corte ricorda, in proposito, che il Consiglio non è equiparabile ad una seconda camera legislativa, ma rappresenta gli Stati. In questo contesto, non pare alla Corte nemmeno un problema il fatto che il Parlamento Europeo non rappresenti effettivamente un popolo europeo, ma i popoli degli Stati membri, né che la Commissione, non essendo un governo, non sia responsabile nei confronti dell'elettorato in una maniera comparabile a quanto avviene negli Stati⁵⁶.

⁴⁹ Parr. 4-77 della sentenza.

⁵⁰ Le motivazioni della Corte relative all'ammissibilità di alcuni soltanto dei motivi di ricorso sono contenute nei parr. 167-206 della sentenza.

⁵¹ Par. 4 del dispositivo della sentenza.

⁵² V., ad esempio, l'ordinanza del 29 maggio 1974 n. 18, *Solange I* (2 BvL 52/71), in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, Bd. 37, p. 271 ss.; le sentenze del 22 ottobre 1986, *Solange II* (2 BvR 197/83); del 12 ottobre 1993, relativa al Trattato di Maastricht (2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92), in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1993, p. 429 ss. e in *CMLRev*, 1994, p. 57; del 7 giugno 2002, *Bananen* (2 BvL 1/97), nonché la famosa sentenza del 18 luglio 2005 sul mandato d'arresto europeo (2 BvR 2236/04, caso *Darkanzul*).

⁵³ Così anche *Editorial Comment*, op. cit., p. 1032.

⁵⁴ Par. 231 della sentenza.

⁵⁵ Quest'affermazione è ripetuta ben sei volte: parr. 150, 231, 235, 271, 298 e 334 della sentenza.

⁵⁶ Parr. 263-271 della sentenza. In particolare, v. par. 271: «On the European level, the Council is not a second chamber as it would be in a federal state but the representative body of masters of the Treaties; correspondingly, it is not constituted according to proportional representation but according to the image of the equality of states. As a representative body of the peoples that is directly elected by the citizens of the Union, the European Parliament is an additional independent source of democratic legitimisation (see BVerfGE 89, 155 <184-185>). As a representative body of the peoples in a supranational community, which as such is characterised by a limited willingness to unite, it cannot, and need not, as regards its composition, comply with the

Sono molto interessanti, al riguardo, le considerazioni che la Corte svolge, in particolare, sul Parlamento Europeo e sulla sua composizione. Secondo la Corte, nonostante l'affermazione del principio della democrazia rappresentativa, contenuta nell'art. 10, par. 1, TUE, e l'affermazione sulla rappresentanza da parte del Parlamento stesso dei cittadini dell'Unione, contenuta nell'art. 14, par. 2, TUE, il Parlamento Europeo non rappresenta un popolo sovrano, ma solo le persone facenti parti del contingente di parlamentari rispettivamente assegnati a ciascuno Stato membro⁵⁷. Il criterio della rappresentanza “degressivamente proporzionale” (art. 14, par. 2, TUE) non rispecchia il principio “un cittadino-un voto”, tipico delle democrazie interne, ma tiene ancora conto in larga misura del principio classico di diritto internazionale sulla eguaglianza degli Stati (“uno Stato-un voto”), principio che, come osserva la Corte, è, del resto, pienamente rispettato nella composizione delle altre istituzioni dell'UE: Consiglio Europeo, Consiglio, Commissione, Corte di giustizia⁵⁸. Infatti, il rapporto tra ogni membro del Parlamento Europeo ed il numero dei cittadini che lo eleggono varia significativamente tra Stato e Stato (per esempio, per il Lussemburgo è dieci volte superiore a quello della Germania e, per Malta, dodici volte superiore⁵⁹). Non rappresentando, quindi, la maggioranza dei cittadini dell'UE, il Parlamento Europeo non potrebbe mai esprimere un governo dell'UE⁶⁰. In questo contesto, nel quale, nonostante il rafforzamento dei poteri del Parlamento Europeo, il funzionamento dell'UE continua ad essere caratterizzato dall'influenza di negoziati intergovernativi, la Corte riscontra, però, già elementi di “eccessivo federalismo”⁶¹.

Insomma, secondo la Corte, il Trattato di Lisbona rimane conforme alla costituzione tedesca solo nella misura in cui rispetta l'identità costituzionale della Germania basata sulla legittimazione democratica da parte dei propri cittadini (principio di democrazia) e non implica soluzioni di tipo federale che non siano approvate dal Parlamento tedesco⁶². Perché questa situazione rimanga tale, secondo la Corte, è necessario, però, che (a) l'UE goda solo di competenze di attribuzione, (b) non abbia alcuna competenza a determinare le proprie competenze (*Kompetenz-Kompetenz*), (c) ogni trasferimento di competenze all'UE possa essere revocabile e (d) il recesso da parte di uno Stato membro sia assicurato (la Corte distingue opportunamente tra recesso da un'organizzazione internazionale, implicito nella natura stessa di un tale ente, e recesso da uno Stato federale)⁶³. È, in particolare, tale diritto di recesso, previsto in

requirements that arise on the state level from the citizens' equal political right to vote. As a supranational special body, also the Commission need not extensively fulfil the conditions of a government that is fully accountable either to Parliament or to the majority decision of the electorate because the Commission itself is not obliged to the will of the electorate in a comparable manner».

⁵⁷ Parr. 280-282 della sentenza.

⁵⁸ Par. 288 della sentenza.

⁵⁹ Par. 285 della sentenza.

⁶⁰ Par. 281 della sentenza: «Therefore the formation, from within Parliament, of an independent government vested with the competences that are usual in states would meet with fundamental objections».

⁶¹ Il par. 288 della sentenza merita di essere riportato quasi integralmente, essendo un passaggio chiave del ragionamento della Corte: «It is true that the democracy of the European Union is approximated to federalised state concepts; measured against the principle of representative democracy, however, it would to a considerable degree show excessive federalisation. With the personal composition of the European Council, of the Council, the Commission and the Court of Justice of the European Union, the principle of the equality of states remains linked to national rights of determination, rights which are, in principle, equal. Even for a European Parliament elected with due account to equality, this structure would be a considerable obstacle for asserting a representative will of the parliamentary majority with regard to persons or subject-matters. Also after the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Court of Justice, for instance, must always be staffed according to the principle “one state, one judge” and under the determining influence of the Member States regardless of their number of inhabitants. The functioning of the European Union continues to be characterised by the influence of the negotiating governments and the subject-related administrative and formative competence of the Commission even though the rights of participation of the European Parliament have been strengthened on the whole».

⁶² Parr. 226-230 della sentenza.

⁶³ Par. 233 della sentenza: «The Basic Law does not grant the German state bodies powers to transfer sovereign powers in such a way that their exercise can independently establish other competences for the European Union. It prohibits the transfer of competence to decide on its own competence (*Kompetenz-Kompetenz*) (...) Also a far-reaching process of independence of political rule for the European Union brought about by granting it steadily increased competences and by gradually overcoming existing unanimity requirements or rules of state equality that have been decisive so far can, from the perspective of German constitutional law, only take place as a result of the freedom of action of the self-determined people. According to the constitution, such steps of integration must be factually limited by the act of transfer and must, in principle, be revocable. For this

generale dall'art. 54 a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e, specificamente, dall'art. 50 TUE, a sottolineare la persistente sovranità degli Stati membri e la non irreversibilità del processo di integrazione europea⁶⁴.

Sarebbero, invece, in contrasto con la Costituzione tedesca norme dell'UE contenenti procedimenti di revisione dei Trattati "in bianco", che possano risultare nell'attribuzione di ulteriori competenze all'UE eccedenti quelle che possano eventualmente derivare dall'applicazione del principio dell'effetto utile o dalla necessità di colmare lacune. Ogni specifica revisione dei Trattati e delle competenze dell'UE deve essere, infatti, espressamente approvata dal Parlamento tedesco perché la volontà sovrana del popolo tedesco non venga aggirata. La Corte costituzionale si riserva espressamente il sindacato in merito, il quale potrebbe portare alla eventuale dichiarazione di inapplicabilità di norme dell'UE in Germania. Questo possibile sindacato non è visto dalla Corte come confliggente con i principi di leale cooperazione e del primato del diritto dell'UE⁶⁵.

Sul primato del diritto dell'UE la Corte svolge alcune interessanti considerazioni⁶⁶, in linea del resto, con proprie precedenti affermazioni. La Corte rifiuta la concezione monista sul primato fatta propria dalla Corte di giustizia. Secondo la Corte, tale primato non è assoluto, perché, se lo fosse, incontrerebbe obiezioni di costituzionalità. Esso esiste, per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, solo in virtù dell'atto di esecuzione dei Trattati⁶⁷ e viene, quindi, ricondotto ad un accordo internazionale da cui esso deriva⁶⁸, dato che l'ordinamento dell'UE non ha carattere originario. In particolare, il primato del diritto dell'UE sul diritto tedesco esiste solo nei limiti in cui lo ha interpretato la stessa Corte costituzionale tedesca in passato. Più specificamente, i valori di cui all'art. 2 TUE non hanno primato sull'identità costituzionale degli Stati membri, salvaguardata in Germania dall'art. 23 e dall'art. 79, par. 3, della Costituzione. Come sostiene anche la nostra Corte costituzionale italiana, norme interne contrarie ai Trattati non sono invalide ma inapplicabili all'interno dell'ordinamento tedesco⁶⁹. Di conseguenza, la Corte costituzionale tedesca può rivedere le decisioni della Corte di giustizia UE anche se solo "in principio" ed eccezionalmente, dichiarando, quindi, inapplicabile in Germania una norma dell'UE⁷⁰. In definitiva, sostiene la Corte, il Trattato di Lisbona non contempla alcun potere sovrano dell'UE di avere "accesso" sopranazionale agli ordinamenti giuridici degli Stati membri⁷¹.

In sostanza, è necessario, secondo la Corte, che l'UE rispetti sempre il principio di democrazia vigente in Germania⁷². In particolare, svolte nel senso di un federalismo, anche strisciante, possono solo essere approvate dal Parlamento tedesco, altrimenti vi sarebbe un *deficit* democratico inaccettabile per la Germania, la quale potrebbe (anzi dovrebbe) decidere in tal caso di stare fuori dall'UE⁷³. L'apertura al diritto dell'UE che l'ordinamento tedesco opera⁷⁴ e che

reason, withdrawal from the European union of integration (*Integrationsverband*) may, regardless of a commitment for an unlimited period under an agreement, not be prevented by other Member States or the autonomous authority of the Union. This is not a secession from a state union (*Staatsverband*), which is problematical under international law ..., but merely the withdrawal from a *Staatensverbund* which is founded on the principle of the reversible self-commitment».

⁶⁴ Parr. 329-330 della sentenza. Al diritto di recesso fa anche riferimento il par. 299 della sentenza.

⁶⁵ Parr. 233-242 della sentenza. In particolare (par. 239): «Accordingly, the Act approving an international agreement and the national accompanying laws must therefore be such that European integration continues to take place according to the principle of conferral without the possibility for the European Union of taking possession of *Kompetenz-Kompetenz* or to violate the Member States' constitutional identity which is not amenable to integration, in this case, that of the Basic Law».

⁶⁶ Parr. 331-343 della sentenza.

⁶⁷ Par. 343 della sentenza.

⁶⁸ Par. 339 della sentenza.

⁶⁹ Par. 335 della sentenza.

⁷⁰ Par. 340 della sentenza.

⁷¹ Par. 342 della sentenza.

⁷² Par. 244 della sentenza: «The shape of the European Union must comply with democratic principles as regards the nature and the extent of the transfer of sovereign powers and also as regards the organisational and procedural elaboration of the Union authority acting autonomously (Article 23.1, Article 20.1 and 20.2 in conjunction with Article 79.3 of the Basic Law). European integration may neither result in the system of democratic rule in Germany being undermined (a) nor may the supranational public authority as such fail to fulfil fundamental democratic requirements (b)».

⁷³ Par. 264 della sentenza: «If an imbalance between character and the extent of the sovereign powers exercised and the degree of democratic legitimisation arises in the course of the development of the European integration, it is for the Federal Republic of

consente il trasferimento di un sostanziale numero di competenze all'UE⁷⁵ non può mettere in discussione la salvaguardia dell'identità costituzionale della Germania e, quindi, la sua capacità di decidere autonomamente su importanti questioni aventi una dimensione sociale, culturale e politica⁷⁶. È questa, secondo la Corte, l'essenza irrinunciabile della sua sovranità.

La Corte, comunque, sostiene che il pericolo di tali svolte in senso federalista non è attuale in quanto, come dice nelle sue premesse, l'UE non è uno Stato federale. La Germania continua ad essere uno Stato sovrano soggetto di diritto internazionale nonostante le norme sulla cittadinanza europea e conserva la sua integrità territoriale nonostante l'esistenza dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia⁷⁷. La Corte costituzionale veglia a che questa situazione non si modifichi senza il consenso del popolo tedesco espresso attraverso il Parlamento⁷⁸.

Di conseguenza, la Corte dichiara conformi alla Costituzione sia il Trattato di Lisbona che le prime due leggi sopra menzionate (la "legge di approvazione" e la "legge di emendamento"), in quanto il principio di democrazia sancito dalla Costituzione tedesca è rispettato a causa della limitazione delle competenze dell'UE secondo il principio di attribuzione ed in quanto il Trattato di Lisbona non trasferisce all'UE poteri costituenti che possano portare ad una perdita di sovranità della Germania. In sostanza, l'UE non raggiunge, secondo la Corte, un livello di legittimazione democratica tale da farla somigliare ad uno Stato⁷⁹. È interessante, al riguardo, rilevare che il *deficit* democratico dell'UE, che pure la Corte impietosamente individua, come diremo appresso, è visto dalla Corte stessa nel suo aspetto positivo, cioè come garanzia della persistente sovranità della Germania. È, infatti, di tutta evidenza che il superamento del *deficit* democratico nell'ambito dell'UE porterebbe ad una legittimazione democratica della stessa che la farebbe diventare uno Stato, con conseguente perdita di sovranità degli Stati membri. Al riguardo, non v'è che da ammirare la lucidità e il realismo della visione della Corte.

3. Altri temi trattati dalla sentenza: *deficit* democratico, politica commerciale comune, materia penale, diritto di famiglia, politica di difesa

Nella sentenza in esame, la Corte trova il modo di sviluppare le sue argomentazioni con riferimento ad una varietà di temi specifici, su alcuni dei quali vale la pena fare un breve cenno.

(a) In merito al *deficit* democratico, la Corte individua correttamente la contraddizione insita nel fatto che gli Stati membri sembrano formalmente tesi verso schemi federali senza essere capaci di creare la legittimazione democratica per tali schemi, la quale può passare solo attraverso la creazione di un Parlamento federale e di un governo espresso da tale Parlamento⁸⁰. Né risulta chiaro alla Corte come gli Stati membri possano pensare di estendere i poteri della Commissione senza fornirle una base democratica di legittimazione⁸¹.

Germany due to its responsibility for integration, to work towards a change, and if the worst comes to the worst, even to refuse to further participate in the European Union».

⁷⁴ Par. 225 della sentenza.

⁷⁵ Par. 226 della sentenza.

⁷⁶ Parr. 235 e 249 della sentenza.

⁷⁷ Parr. 344-346 della sentenza.

⁷⁸ Parr. 298-306 della sentenza.

⁷⁹ Parr. 273-279. V., in particolare, par. 276: «With the present status of integration, the European Union does, even upon the entry into force of the Treaty of Lisbon, not yet attain a shape that corresponds to the level of legitimisation of a democracy constituted as a state».

⁸⁰ Par. 296: «The development of the institutional architecture by the Treaty of Lisbon not only contains rights of participation and improves the transparency of decision-making for instance as regards the legislative activity of the Council. It also contains contradictions because with the Treaty, the Member States follow the construction pattern of a federal state without being able to create the democratic basis for this under the Treaties in the form of the equal election of a representative body of representation of the people and of a parliamentary European government that is based on the legitimising power of a people of the Union alone».

⁸¹ Par. 297: «The European Commission has grown into the function of a European government, shared with the Council and the European Council, already under applicable law. It is not apparent how this process of political independence could be promoted even further without directly originating from an election by the demos in which due account is taken of equality, an election which includes the possibility of being voted out of office and thereby becomes politically effective. If the shift of the focus of political action towards the Commission were to continue as it is intended in conceptual proposals for the future of the European

Secondo la Corte, tale *deficit* democratico, che risulterebbe contrario al principio di democrazia sancito dalla Costituzione tedesca se le competenze dell'UE venissero estese, non sarebbe affatto compensato dalle disposizioni del Trattato di Lisbona sui principi democratici (artt. 9-12 TUE), attributivi di alcuni diritti ai cittadini⁸² e ai Parlamenti nazionali⁸³. Nemmeno il nuovo sistema di doppia maggioranza richiesto per le votazioni del Consiglio rispetta il principio di democrazia⁸⁴. In sostanza, la Corte conclude, il Trattato di Lisbona non compie passi in avanti per risolvere il problema del *deficit* democratico⁸⁵.

(b) Sulla politica commerciale comune, la Corte osserva che, con il Trattato di Lisbona (art. 3, par. 1, lett. e, TFUE e art. 207, par. 1, TFUE), l'UE estende la sua competenza esclusiva anche agli aspetti relativi agli investimenti diretti, agli scambi di servizi e agli aspetti commerciali della proprietà intellettuale (oggetto di GATS e TRIPS). I relativi accordi internazionali in sede OMC non potranno più essere conclusi come accordi misti, come finora aveva affermato la Corte di giustizia (parere 1/94), ma dovrebbero essere stipulati solo dall'UE. Il ruolo degli Stati membri ne risulterà, quindi, ridotto, e ridotta, almeno sul piano sostanziale, se non su quello formale, sarà la misura della loro partecipazione a titolo individuale all'OMC. L'UE, comunque, afferma la Corte, non potrà mai forzare gli Stati membri a rinunciare alla loro partecipazione all'OMC. La Corte ricorda che gli Stati membri mantengono un loro ruolo nell'ambito dell'OMC e non possono essere interamente sostituiti, al riguardo, dall'UE nelle relazioni commerciali internazionali, quasi che essa fosse un stato federale⁸⁶.

È interessante rilevare che la Corte si compiace del ruolo che il Trattato di Lisbona attribuisce al Parlamento Europeo nella procedura di conclusione degli accordi commerciali internazionali, anche se osserva che l'effettiva portata di tale ruolo non è stata ancora chiarita⁸⁷. La Corte si riferisce, evidentemente, al fatto che l'art. 207, par. 4, TFUE stabilisce che alla procedura di conclusione di detti accordi si applichi l'art. 218 TFUE, salvo quanto disposto dall'art. 207 TFUE stesso. Tale ultima disposizione non parla espressamente di poteri del Parlamento Europeo in merito alla conclusione di accordi commerciali. Quindi, potrebbe

Union, and if the President of the Commission were elected legally and factually by the European Parliament alone (see Article 17.7 TEU Lisbon), the election of the Members of Parliament would at the same time decide on a European government beyond the degree regulated today. As regards the legal situation according to the Treaty of Lisbon, this consideration confirms that without democratically originating in the Member States, the action of the European Union lacks a sufficient basis of legitimisation».

⁸² Par. 295 della sentenza: «Mere participation of the citizens in political rule which would take the place of the representative self-government of the people cannot be a substitute for the legitimising connection of elections and other votes and of a government that relies on it».

⁸³ Par. 293 della sentenza: «Also the institutional recognition of the Member States' Parliaments by the Treaty of Lisbon cannot compensate for the deficit in the direct track of legitimisation of the European public authority that is based on the election of the Members of the European Parliament».

⁸⁴ Art. 292 della sentenza: «Admittedly, this weighting, which depends on the number of inhabitants, counteracts excessive federalisation, without, however, complying with the democratic precept of electoral equality».

⁸⁵ Par. 295 della sentenza: «The Treaty of Lisbon does not lead to a new level of development of democracy». Su tutti questi ultimi punti, v., in generale, i parr. 289-295 della sentenza.

⁸⁶ Parr. 371-376 della sentenza. In particolare, v. par. 375: «It may remain open whether and to what extent the membership of the Member States of the European Union in the World Trade Organization would no longer exist on the substantive level but only on the institutional and formal level. The Treaty of Lisbon may at any rate not force the Member States to waive their member status. This especially applies to the negotiations on multilateral trade relations within the meaning of Article III.2 of the WTO Agreement whose possible future content is not determined by the law of the European Union, and for which therefore a competence of the Member States may therefore emerge in the future, depending on the course of future trade rounds. Therefore an inadmissible curtailment of the statehood presupposed and protected by the Basic Law and of the principle of the sovereignty of the people due to a loss of viability in not insignificant areas of international relations cannot occur. The World Trade Organization remains the central forum for the world-wide dialogue on trade issues and the negotiation of corresponding trade agreements. Even if the Member States will, in practice, normally be represented by the Commission, their legal and diplomatic presence is also the precondition for participating in the discourse on fundamental sociopolitical and economic policy issues and to then explain and discuss the arguments and the results on the national level. When the Federal Government informs the German *Bundestag* and the *Bundesrat* of the topics of the rounds of world trade talks and the negotiation directives adopted by the Council (Article 218.2 TFEU), thereby permitting them to review adherence to the integration programme and the monitoring of the Federal Government's activities, this is not only the normal exercise of its general task of information (see BVerfGE 57, 1 <5>; 70, 324 <355>; 105, 279 <301 et seq.>; 110, 199 <215>); it is constitutionally obliged to do so with a view to the joint responsibility for integration and the differentiation of tasks among the constitutional bodies under the separation of powers».

⁸⁷ Par. 373 della sentenza.

pensarsi che ora il Parlamento Europeo debba essere consultato in merito a tali accordi, sulla base del disposto generale dell'art. 218, n. 6, co. 2, lett. a, TFUE (“*previa consultazione del Parlamento Europeo, negli altri casi*”), il che già costituirebbe un progresso rispetto alla situazione esistente prima del testo di Lisbona. D'altra parte, potrebbe ritenersi che, invece, il Parlamento Europeo abbia addirittura il diritto a dare la sua approvazione in merito a tali accordi, sulla base del combinato disposto dell'art. 207, par. 2, TFUE, il quale dispone che il quadro di attuazione della politica commerciale comune è definito con regolamenti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria, e l'art. 218, par. 6, comma 2, lett. a v), TFUE, il quale sancisce che, per gli accordi che riguardano settori ai quali si applica, appunto, la procedura legislativa ordinaria, è richiesta la previa approvazione del Parlamento Europeo. Se quest'ultima interpretazione dovesse prevalere, come a noi sembra plausibile, il ruolo del Parlamento Europeo passerebbe da una totale mancanza di influenza relativamente agli accordi commerciali ad una situazione in cui tali accordi sarebbero soggetti alla sua approvazione.

(c) Sulla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, la Corte osserva che le norme dell'UE in materia devono essere interpretate in maniera restrittiva per proteggere il principio di democrazia. La cautela in materia è dettata dall'inesistenza di una concezione comune nell'ambito dell'UE delle fattispecie che devono essere criminalizzate e, quindi, ogni decisione in materia deve sostanzialmente rimanere nei poteri dei Parlamenti nazionali. Inoltre, la materia penale fa parte di quel nucleo di questioni costituenti il nucleo dell'identità costituzionale della Germania⁸⁸. Ogni armonizzazione delle legislazioni in materia può solo riguardare aspetti “essenziali” per l'azione dell'UE⁸⁹. Al riguardo, la Corte non manca di effettuare una implicita critica alla decisione-quadro in materia di mandato d'arresto europeo⁹⁰.

(d) Uguale necessità di interpretazione restrittiva riguarda, secondo la Corte, le norme dell'UE in materia di diritto di famiglia, data la delicatezza della materia. La Corte non esclude che, in merito, il membro tedesco del Consiglio Europeo o del Consiglio debba farsi autorizzare con legge, prima di dare il proprio consenso alle relative decisioni⁹¹.

(e) In materia di politica di difesa⁹² la Corte non identifica alcun problema di costituzionalità, dato che la Germania mantiene nel settore le sue prerogative nazionali, sulla base dell'art. 43, par. 2, TUE. Qualora, però, tale norma dovesse essere interpretata estensivamente, la Corte osserva che il membro tedesco del Consiglio non dovrà dare la sua approvazione ad un progetto di decisione che violi le prerogative costituzionali del Parlamento tedesco in materia⁹³, né ad un provvedimento implicante il passaggio a decisioni a maggioranza qualificata, invece che all'unanimità, in materia di difesa.

4. Rilievi di incostituzionalità della Corte: la procedura di revisione semplificata e le “passerelle”

Il punto centrale della sentenza è il rilievo di incostituzionalità, *rectius* di non adeguata elaborazione, della “legge di estensione”, in merito ad una delle procedure di revisione semplificata prevista dal Trattato di Lisbona (cd. passerella) per passare a decisioni a maggioranza qualificata del Consiglio o alla procedura legislativa ordinaria, nonché per quanto riguarda le necessarie misure interne di adattamento.

Ricordiamo che la seconda delle due procedure di revisione semplificata contemplate dall'art. 48, par. 7, TUE prevede, a sua volta, due casi distinti. Il primo caso riguarda la possibilità di escludere il requisito dell'unanimità a favore dell'adozione della maggioranza qualificata per

⁸⁸ Par. 355 della sentenza.

⁸⁹ Par. 362 della sentenza.

⁹⁰ Sulla materia penale, v. parr. 244-253 e parr. 352-366 della sentenza. Il riferimento al mandato d'arresto europeo è contenuto nel par. 363.

⁹¹ Par. 369 della sentenza.

⁹² Parr. 381-391 della sentenza,

⁹³ Par. 388 della sentenza.

quanto concerne le decisioni che il Consiglio può prendere sulla base del TFUE e del solo Titolo V del TUE relativo all'azione esterna dell'UE (non, però, per decisioni che abbiano implicazioni militari o che rientrino nel settore della difesa). Il secondo caso riguarda la possibilità di modificare la procedura di decisione del Consiglio da procedura legislativa speciale a procedura legislativa ordinaria per quegli atti legislativi che il Consiglio può adottare in base al TFUE.

In entrambi questi casi, la relativa modifica del TFUE o del TUE può essere adottata dal Consiglio Europeo di sua iniziativa (non è richiesta alcuna proposta) con decisione presa all'unanimità, ma è necessaria la previa approvazione del Parlamento Europeo. Inoltre, al requisito dell'approvazione o della ratifica da parte degli Stati membri è sostituito un intervento dei Parlamenti nazionali: il Consiglio Europeo deve trasmettere ai Parlamenti nazionali il testo della modifica e non può adottarla se uno solo dei Parlamenti nazionali notifici entro sei mesi la propria opposizione. Il silenzio dei Parlamenti nazionali entro il termine di sei mesi consente al Consiglio Europeo l'adozione della modifica, che entrerà in vigore senza necessità di un'ulteriore ratifica o approvazione da parte degli Stati membri. Si introduce, così, una procedura di conclusione di accordi internazionali non prevista dalle Costituzioni di molti Stati, in quanto l'intervento del Parlamento non avviene in sede di autorizzazione alla ratifica da parte del Capo dello Stato ed emanazione dell'ordine di esecuzione, ma in sede di approvazione *tout court* della modifica stessa. Tale procedura, con riferimento alla norma analoga contenuta nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, non entrato in vigore, era già stata oggetto di critica nella decisione del *Conseil constitutionnel* francese n. 2004/505 DC del 19 novembre 2004⁹⁴. Ricordiamo che, per espresso disposto dell'art. 353 TFUE, questa seconda procedura di revisione semplificata non si può applicare in materia di bilancio (art. 311, co. 3 e 4, TFUE; art. 312, par. 2, co. 1, TFUE), né relativamente alle procedure per l'utilizzo della clausola di flessibilità (art. 352 TFUE), né, infine, per la decisione di sospensione dei diritti di voto di uno Stato membro (art. 354 TFUE).

Accanto a tale “passerella orizzontale”, inoltre, vi sono casi di “passerelle settoriali”, intese ad agevolare il passaggio dall'unanimità alla maggioranza qualificata in specifiche materie (v. l'art. 31, par. 3, TUE, l'art. 312, par. 2, co. 2, TFUE, l'art. 333, par. 1, TFUE), nonché il passaggio dalla procedura legislativa speciale a quella ordinaria (v. l'art. 153, par. 2, ult. co., TFUE, l'art. 192, par. 2, ult. co., TFUE, l'art. 333, par. 2, TFUE). Non è prevista, in tali casi, la possibilità di opposizione da parte di un Parlamento nazionale. Infine, in materia di diritto di famiglia, l'opposizione di un Parlamento nazionale può bloccare l'adozione di una delibera (art. 81, par. 3, co. 3, TFUE).

La Corte rileva che l'uso di tali passerelle, o dell'art. 81, par. 3, co. 3, TFUE in tema di diritto di famiglia, equivale a tutti gli effetti ad una modifica dei Trattati da parte delle istituzioni dell'UE, e che l'effettiva portata di tale modifica, in contrasto con il principio di attribuzione, non è prevedibile in anticipo. Si tratta, quindi, di modifiche “in bianco” (“*blanket modifications*”). La possibilità di opposizione da parte di un Parlamento, anche laddove prevista, è insufficiente ai fini dei requisiti costituzionali in merito alle modifiche dei Trattati e non può essere assolutamente equiparata ad una ratifica, dato che il silenzio del Parlamento nazionale non può essere considerato equivalente alla sua approvazione. Il membro tedesco del Consiglio Europeo o del Consiglio, quindi, prima di votare in merito all'uso di una delle suddette clausole, deve munirsi dell'approvazione da parte del Parlamento tedesco attraverso una legge ai sensi dell'art. 23 della Costituzione tedesca⁹⁵. Questo va specificato nella “legge di estensione”, la quale, quindi, secondo la Corte, non è, a questo riguardo, adeguatamente elaborata dal punto di vista costituzionale⁹⁶.

⁹⁴ Vedila in *JO* del 24 novembre 2004, p. 19885.

⁹⁵ Parr. 317-321 e par. 366 della sentenza. In particolare, v. par. 319: «The national parliaments' right to make known their opposition (Article 48.7(3) TEU Lisbon) is not a sufficient equivalent to the requirement of ratification; therefore the approval by the representative of the German government always requires a law within the meaning of Article 23.1 sentence 2, and if necessary sentence 3, of the Basic Law. It is only in this way that the German legislative bodies exercise their responsibility for integration in a given case and also decide on the question of whether the level of democratic legitimisation is still high enough in the given case to accept the majority decision. The representative of the German government in the European Council may only

In particolare, la Corte conclude che: (a) le procedure di revisione semplificata che non necessitano di ratifica (sia quelle generali che quelle speciali) violano le prerogative del Parlamento tedesco⁹⁷ e necessitano per la loro adozione di una previa legge ai sensi dell'art. 23 della Costituzione⁹⁸, (b) le passerelle generali e speciali richiedono, per il loro uso, una preventiva decisione del Parlamento tramite apposita legge⁹⁹, (c) il membro tedesco del Consiglio Europeo o del Consiglio può approvare una decisione in merito solo se autorizzato dal Parlamento, sia del *Bundestag* che del *Bundesrat*¹⁰⁰, (d) la stessa conclusione vale per l'uso di passerelle settoriali che non richiedono l'intervento dei Parlamenti nazionali¹⁰¹, (e) una preventiva legge del Parlamento tedesco è ugualmente necessaria per l'esercizio delle competenze dell'UE nell'area della cooperazione giudiziale in materia penale¹⁰², (f) l'uso della clausola di flessibilità deve essere ugualmente preventivamente autorizzato da una legge¹⁰³, (g) lo stesso discorso vale per l'uso da parte del Consiglio del freno di emergenza di cui agli artt. 48, co. 2, 82, par. 3 e 83, par. 3, TFUE¹⁰⁴.

Come si vede, i condizionamenti posti all'attività del membro tedesco del Consiglio Europeo e del Consiglio sono notevoli. Appaiono perfettamente condivisibili quelli relativi alla procedura di approvazione di modifiche dei Trattati senza una ratifica da parte degli Stati membri, ma basate solo sul silenzio da parte dei Parlamenti nazionali o, addirittura, senza nemmeno prevedere un intervento di tali Parlamenti. Non appare, del resto, improbabile che questo atteggiamento venga condiviso dalle Corti costituzionali di altri Stati membri. In altri casi, come, per esempio, in relazione all'uso della clausola di flessibilità e del freno di emergenza restano alcune perplessità.

Sulla clausola di flessibilità, che finora non aveva creato problemi di costituzionalità, l'atteggiamento della Corte appare forse eccessivo, anche se basato sull'ampliamento, rispetto al testo precedente, della formulazione dell'art. 352, par. 1, TFUE, che fa ora riferimento ad azioni dell'UE necessarie “*nel quadro delle politiche definite dai Trattati?*” e non più soltanto per il “*funzionamento del mercato comune?*”.

Sull'uso del freno di emergenza, l'atteggiamento della Corte appare, invece, incoerente. Ricordiamo che tale freno è previsto in materia di sicurezza sociale e penale e consiste nella possibilità per un membro del Consiglio di ottenere la sospensione della procedura legislativa ordinaria per l'adozione di alcuni provvedimenti nella materia ed investire della questione il Consiglio Europeo. Tale freno di emergenza opera, quindi, nel senso della tutela delle prerogative nazionali ed in senso opposto a quello delle sopra menzionate passerelle. Sottoporre l'uso del freno di emergenza ad una previa autorizzazione da parte del Parlamento tedesco ha come paradossale conseguenza che, se il membro tedesco del Consiglio decide di non invocare il freno di emergenza, il Parlamento tedesco non può intervenire. Inoltre, la sentenza della Corte parla

approve a Treaty amendment brought about by the application of the general bridging clause if the German *Bundestag* and the *Bundesrat* have adopted within a period yet to be determined a law pursuant to Article 23.1 of the Basic Law which takes the purpose of Article 48.7(3) TEU Lisbon as an orientation. This also applies in case of the special bridging clause pursuant to Article 81.3(2) being used». Cfr. anche il par. 320: «It would be incompatible with the constitutional requirement of a parliamentary decision if the concrete elaboration of the requirement of a time-limit would construe the possible silence on the part of the legislative bodies as their approval».

⁹⁶ Per un sommario del contenuto della “legge di estensione”, v. parr. 407-408 della sentenza.

⁹⁷ Par. 409 della sentenza.

⁹⁸ Par. 412 della sentenza.

⁹⁹ Par. 413 della sentenza.

¹⁰⁰ Parr. 414-415 della sentenza.

¹⁰¹ Par. 416 della sentenza.

¹⁰² Par. 419 della sentenza. V. anche par. 366 della sentenza.

¹⁰³ Par. 417 della sentenza. Infatti, la Corte sostiene che l'uso della clausola di flessibilità può portare l'UE a decidere sulle sue competenze. Pertanto il suo utilizzo può essere approvato dal membro tedesco del Consiglio solo previa approvazione del Parlamento tedesco (par. 328 della sentenza).

¹⁰⁴ Par. 418 della sentenza

solo della necessità di preventive istruzioni al membro tedesco del Consiglio e non a quello del Consiglio Europeo, cui la questione, in ultima analisi, è rimessa¹⁰⁵.

5. Conclusione

La sentenza della Corte costituzionale tedesca rende un grande servizio alla causa dell'integrazione europea. Evitando ogni perniciosa retorica, la Corte addita con lucidità le contraddizioni insite nel processo di integrazione europea, implicitamente sottolineando il bivio cui si trova di fronte l'UE, che è ancora lo stesso bivio indicato dalla Dichiarazione di Laeken del 15 dicembre 2001.

Da una parte, non si può procedere oltre nel cammino dell'integrazione europea sulla base del metodo comunitario, data la carenza di legittimazione democratica delle istituzioni dell'UE e del *deficit* democratico che affligge i suoi processi decisionali. Forse, si è già passato il limite consentito dal principio di democrazia vigente in tutti gli Stati membri e la sentenza della Corte tende, appunto, a rimediare ad un clamoroso esempio di tale superamento. Non v'è spazio per un federalismo strisciante che aggiri la volontà dei popoli degli Stati membri. La retorica sui "principi democratici" dell'UE e il relativo coinvolgimento di cittadini europei e Parlamenti nazionali previsti dal Trattato di Lisbona non compensano affatto il *deficit* democratico di cui sopra. Tale *deficit*, del resto e in tutta obbiettività, è condizione necessaria per la permanenza della sovranità degli Stati membri che caratterizza l'attuale stadio dell'integrazione europea e che risulterebbe compromessa dal superamento del *deficit* stesso.

Dall'altra, il superamento del *deficit* democratico e la conseguente legittimazione democratica dell'UE, entrambi indispensabili per procedere oltre nel processo di integrazione europea, porterebbero l'UE a somigliare ad uno Stato federale, con conseguente perdita della sovranità degli Stati membri, processo che non può essere affidato al funzionamento del metodo intergovernativo, ma che richiede una esplicita manifestazione di volontà dei popoli degli Stati membri attraverso i rispettivi Parlamenti nazionali, in ossequio al principio di democrazia di cui gli Stati europei vanno orgogliosi.

La Corte ci suggerisce, quindi, che né il metodo comunitario, né il metodo intergovernativo sono adeguati a fare fronte alle reali sfide dell'integrazione europea, tra cui la realizzazione di una politica estera, di difesa ed economica veramente uniche. Tali sfide possono essere affrontate solo con il metodo federale, che passa inevitabilmente per la volontà dei popoli degli Stati membri, al di fuori del sistema dell'UE come concepito finora. Il rischio è che l'UE, se non affronterà tali sfide, possa regredire gradualmente verso forme di cooperazione intergovernativa su basi essenzialmente economiche.

¹⁰⁵ Cfr., al riguardo, le interessanti osservazioni di D. HALBERSTAM – C. MOELLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland"*, in *GermanLJ*, op. cit., pp. 1243-1244.

III. LA SENTENZA DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* SUL TRATTATO DI LISBONA: UNO SGUARDO ALLA POSIZIONE DEL PE E AL RUOLO DELLE COSTITUZIONI NAZIONALI*

di Salvatore Aloisio

Sommario: 1. Introduzione. - 2. I profili principali della sentenza. - 3. La rappresentatività democratica del Parlamento Europeo: un problema all'orizzonte. - 4. Peculiarità del processo di unificazione europea e possibili soluzioni al problema. - 5. La rappresentatività del PE: questione di seggi o di un'idea di popolo? - 6. Dopo Lisbona: la federazione europea e le costituzioni nazionali. - 7. Considerazione finale.

1. Introduzione

La sentenza del 30 giugno 2009¹⁰⁶ con la quale la Corte costituzionale federale tedesca (*Bundesverfassungsgericht*) ha giudicato i ricorsi avverso la ratifica da parte della Germania del Trattato di Lisbona è, come è stato sottolineato da più parti¹⁰⁷, una pronuncia particolarmente ampia e complessa. Tutto sommato, pare addirittura sproporzionata, quanto a dovizia argomentativa, rispetto alle circoscritte conclusioni del dispositivo. Si tratta, infatti, di ben 421 paragrafi, connotati da numerosi *obiter dicta* volti, prevalentemente, a fare il punto sullo stadio d'avanzamento dell'integrazione europea e sui suoi possibili sviluppi.

La complessità e la lunghezza delle motivazioni, a fronte di un dispositivo limitato, fanno sì che la sentenza sia, se non contraddittoria o ambigua, senz'altro ambivalente. Questa caratteristica ha, probabilmente, reso possibile l'ampia maggioranza raggiunta sulle motivazioni (7-1) e, allo stesso tempo, consente che la decisione si presti a letture diverse della sua effettiva portata e delle sue prospettive. Letture diverse che si sono già manifestate anche tra i commentatori che pure hanno in comune una considerazione favorevole del processo di unificazione europea, addirittura in una prospettiva di tipo federale¹⁰⁸.

Non intendo effettuare un esame puntuale della sentenza, ma desidero limitarmi ad alcuni punti che, a mio avviso, risultano particolarmente rilevanti per le future prospettive del processo di unificazione europea. Per far ciò ritengo utile, anzitutto, per comodità del lettore, riassumere sinteticamente i tratti essenziali della sentenza, per fornirne almeno un'idea generale¹⁰⁹.

La Corte costituzionale tedesca era chiamata (da ricorsi diretti di individui, di parlamentari, di gruppi parlamentari) a giudicare gli atti di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona: la legge di approvazione del trattato, quella di modifica di alcuni articoli della Costituzione tedesca e quella di estensione dei poteri delle due camere¹¹⁰.

La sentenza respinge tutti i ricorsi ad eccezione di alcuni tra quelli rivolti alla legge di estensione. Il parlamento tedesco deve avere maggior voce in capitolo nelle procedure di revisione semplificata dei trattati, nelle c.d. clausole passerella e nell'uso della clausola di flessibilità (poteri impliciti), in particolare il rappresentante della Germania nel Consiglio in questi

* Questo scritto è la prima rielaborazione dell'intervento svolto nell'ambito della XII Summer school dell'Associazione Universitaria di Studi europei, organizzata a Catania, 1-3 ottobre 2009, in collaborazione con l'Università degli Studi di Catania e *Europe direct* Catania.

¹⁰⁶ Il testo della sentenza si può leggere, in lingua originale e nella traduzione italiana a cura di J. LUTHER, consultabile nel sito della Corte costituzionale italiana all'indirizzo www.cortecostituzionale.it/informazione/file/Traduzione_sentenza.pdf, nonché in una versione semi-ufficiale in lingua inglese dalla quale sono tratte le citazioni di seguito riportate, sul sito del Tribunale federale tedesco www.bundesverfassungsgericht.de.

¹⁰⁷ V. A. MANZELLA, *80 giorni dopo*, in www.astrid-online.it, p. 1, e A. PADOA-SCHIOPPA, *La Germania e l'Europa*, in *L'Unità europea*, luglio-agosto 2009, p. 1.

¹⁰⁸ A. PADOA-SCHIOPPA, op. cit., p. 1 ss. e l'editoriale *La Corte costituzionale tedesca e il futuro dell'unificazione europea*, in *Il Federalista*, 2009, n. 2, p. 81 ss.

¹⁰⁹ Per un approccio introduttivo alla sentenza in parola, molto utile risulta la lettura di F. LIBERATI, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, in federalismi.it, 2009, n. 14.

¹¹⁰ Per maggiori dettagli, v. L. CASSETTI, *Il "Sì, ma" del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, in federalismi.it, 2009, n. 14, p. 3.

casi dovrà essere autorizzato a votare dal proprio parlamento¹¹¹. Un intervento, tutto sommato, di portata circoscritta¹¹², che opera all'interno dell'ordinamento tedesco incidendo sul ruolo da attribuire al Parlamento, in un contesto nel quale le competenze attribuite da ciascuno Stato al rispettivo parlamento sono già da tempo diverse tra i vari stati membri dell'Unione europea¹¹³.

I motivi dei ricorsi erano numerosi, sostanzialmente incentrati sull'affermata violazione di principi costituzionali fondamentali come democrazia, separazione dei poteri, tutela dei diritti inviolabili, stato sociale, fino alla perdita di sovranità dello stato tedesco. Il Tribunale li respinge (tutti, tranne l'eccezione già segnalata) mettendo in evidenza i limiti (spesso a suo avviso invalicabili) dell'Unione europea e mostrando che, proprio perciò, le prerogative nazionali sono tutelate¹¹⁴.

2. I profili principali della sentenza

Un punto centrale dei ricorsi¹¹⁵ e, conseguentemente, delle motivazioni volte al rigetto degli stessi, è rappresentato dall'asserita violazione del principio democratico (par. 208 ss.) da parte del Trattato di Lisbona. Principio ritenuto fondamentale ed inviolabile (par. 216) dalla Costituzione tedesca, come peraltro dalla nostra e da tutte quelle dei paesi a regime democratico, sul rispetto del quale da parte del processo di integrazione europea il Tribunale federale si era già pronunciato, ravvisandone la necessità, nel 1993, in occasione della sentenza sul Trattato di Maastricht¹¹⁶.

La sentenza, quindi, insiste molto sul diritto di voto eguale come cardine del principio democratico (par. 268 ss.). Precisa, inoltre, quali siano i requisiti che una democrazia deve avere. In particolare sottolineando (par. 270) l'esigenza, in un regime democratico, che il popolo possa determinare l'esecutivo ed il legislativo in elezioni libere ed eguali¹¹⁷ e che sia mantenuto un rapporto stretto tra poteri conferiti all'Unione europea e livello di legittimazione democratica della stessa (par. 262¹¹⁸).

Al fine di verificare, tra l'altro, se tale principio sia violato dal conferimento di poteri all'Unione europea conseguente all'adozione del Trattato di Lisbona, la Corte effettua un'analisi della natura giuridica, dell'organizzazione e della legittimazione dell'Unione alla luce della nuove norme. Forse anche per giungere alla conclusione della salvaguardia del principio democratico garantito dalla legittimazione riconducibile ai parlamenti degli stati membri, il Tribunale federale dà una lettura molto restrittiva, anche se sostanzialmente corretta, del sistema comunitario.

¹¹¹ V. par. 315 ss. in particolare 319 e 366, nonché par. 407 ss.

¹¹² Nell'ambito di un commento nel complesso volto a ridimensionare la portata della sentenza, sottolinea come il dispositivo non incida sul diritto dell'Unione G. L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente «Lissabon Urteil»*, in www.astrid-online.it, p. 2.

¹¹³ In relazione al ruolo attribuito finora al Parlamento tedesco, v. A. ZEI, *Il ruolo del Parlamento tedesco nell'elaborazione e nell'attuazione del diritto europeo*, in *Nomos*, 2006, n. 1-2, p. 133 ss. Nel medesimo numero della rivista v. numerosi interventi riferiti a vari parlamenti nazionali. Per una panoramica delle competenze in ambito europeo attribuite da ciascuno stato membro alle rispettive assemblee parlamentari v. www.cosac.eu.

¹¹⁴ M. P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, in www.astrid-online.it, p. 9, afferma efficacemente che «si salva la ratifica del Trattato di Lisbona tramite la “perfida” dimostrazione delle sue varie vacuità istituzionali, che non attentano al ruolo degli Stati membri come “Signori dei Trattati”».

¹¹⁵ Probabilmente il punto centrale. Questa lettura è confermata anche da F. LIBERATI, *La sentenza*, op. cit., p. 4, dove afferma che il percorso interpretativo della sentenza «conduce alla verifica del rapporto esistente tra gli standards di democraticità previsti dal Grundgesetz e quelli sinora raggiunti dalle Istituzioni europee».

¹¹⁶ In proposito v. più estesamente F. LIBERATI, *La sentenza*, op. cit., p. 5 e 6-7, dove si rileva la continuità di questa impostazione rispetto al giudizio del 1993. Per una versione in italiano della sentenza v. A. ANZON e J. LUTHER (a cura di), *Il Trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, trad. it. della sentenza e note esplicative, in *GCost*, 1994, p. 677 ss., in particolare v. par. C.I.2., p. 689. La recente sentenza addirittura ipotizza, non senza fondamento, che si tratti di un principio talmente generale ed universale da poter vincolare anche il potere costituente esercitato da un popolo che si dà una nuova costituzione (par. 217).

¹¹⁷ «In a democracy, the people must be able to determine government and legislation in free and equal elections».

¹¹⁸ «An increase of integration can be unconstitutional if the level of democratic legitimisation is not commensurate to the extent and the weight of supranational power of rules».

Per quanto riguarda la natura giuridica la sentenza (parr. 229 e 233) ribadisce, in continuità con la giurisprudenza precedente¹¹⁹, la natura di associazione di stati nazionali sovrani dell'Unione europea (*Staatenverbund*¹²⁰). Tale qualificazione, proseguono i giudici tedeschi, è confermata dal Trattato di Lisbona, in particolare dalla esplicita previsione del diritto di recesso, anche unilaterale, di ciascuno stato dall'Unione (parr. 299, 329 ss., 233), peraltro ritenuto possibile anche prima¹²¹, pur se è possibile rilevare un mutamento del tono della sentenza rispetto al precedente relativo al Trattato di Maastricht¹²².

Tutti gli elementi che fanno dell'Unione europea un soggetto con caratteristiche diverse dalle altre organizzazioni internazionali non sono quindi, almeno a mio avviso, ritenuti sufficienti dai giudici tedeschi a qualificarla in modo diverso: rispetto alle altre organizzazioni è più vicina alla soglia della statualità, è la confederazione più federale che esista, ma non è una federazione. Una posizione intermedia non viene presa in considerazione o, quanto meno, non è considerata rilevante.

A dimostrazione della natura di associazione dell'Unione europea, la sentenza afferma inoltre, in vari paragrafi e sempre in coerenza con precedente giurisprudenza¹²³, che gli Stati membri sono «i signori dei trattati», in quanto la loro modifica è nelle mani degli stati, che la fonte di legittimazione comunitaria sono i popoli degli stati membri e le loro costituzioni e ribadisce come l'ordinamento comunitario sia derivato¹²⁴. Ribadisce, inoltre, il divieto di trasferire a livello europeo la c.d. *Kompetenz Kompetenz*, cioè il potere di decidere sull'estensione propria competenza, (par. 233) ed il rispetto del principio di attribuzione, inteso come stretto rispetto dell'ambito di competenza attribuito (par. 226).

L'estensione delle competenze dell'Unione europea, in quanto associazione di stati sovrani, viene circoscritta mediante la nozione di «identità costituzionale» della Germania, considerata come esigenza di uno Stato sovrano di decidere autonomamente su di uno spazio sufficiente relativo a una serie di materie che derivano da una precedente intesa, fondata su cultura, storia e lingua, tra le quali la cittadinanza, l'uso della forza, gli strumenti fiscali e di spesa, i diritti fondamentali, il diritto penale, le questioni culturali, relative alla lingua, alla famiglia, all'istruzione, alla libertà di opinione e di associazione, alle questioni relative alla fede religiosa o all'ideologia ecc. (parr. 235 e, in particolare, 249).

La compatibilità del Trattato di Lisbona con il principio democratico proclamato dalla Legge fondamentale è, al termine dell'analisi della *governance* dell'Unione europea svolta dai giudici costituzionali, confermata (parr. 274 ss.) per il prevalere delle fonti di legittimazioni nazionali (per la Germania soprattutto il *Bundestag*). Il PE viene visto come mera forma complementare di legittimazione per la presenza di un contingente nazionale (tedesco nel caso specifico) direttamente eletto. Questa sottovalutazione del ruolo attuale del PE ma soprattutto di quello che potrebbe, in prospettiva, giocare al fine del rispetto del principio democratico denota un mutamento di posizioni rispetto alla sentenza sul Trattato di Maastricht nella quale il PE era considerato una necessità per fornire all'Unione europea un ulteriore sostegno democratico e se

¹¹⁹ Lo sottolinea, anche a proposito di altri aspetti che vedremo, G. L. TOSATO, *L'integrazione*, op. cit., p. 4.

¹²⁰ Sul significato del termine, utilizzato anche nel giudizio sul Trattato di Maastricht, v. A. ANZON e J. LUTHER (a cura di), *Il Trattato di Maastricht*, op. cit., p. 693, in particolare nota 8.

¹²¹ Lo sottolinea la stessa sentenza al par. 330, dove richiama l'art. 54, lett. a), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969. In merito alla questione del recesso prima di Lisbona v., con ulteriori rinvii, B. BEUTLER, R. BIEBER, J. PIPKORN, J. STREIL, J.H.H. WEILER, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 2001, p. 83. La disciplina esplicita delle modalità del recesso, a proposito della quale v. G. BUSIA, *Revisione del Trattato, ammissione di nuovi stati e recesso dall'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, p. 380 ss., costituisce, dunque, un rafforzamento della coesione, escludendo con la previsione di una procedura ed una tempistica *ad hoc* la legittimità, per il trattato, di recessi unilaterali *ad nutum*.

¹²² A proposito delle valutazioni sull'irreversibilità dell'Unione v. S. LEIBFRIED, K. VAN ELDEREN, "And they shall Beat their Swords into Plowshares" – *The Dutch Genesis of a European Icon and the German Fate of the Treaty of Lisbon*, in *GermanLJ*, 2009, p. 1304.

¹²³ V. ancora G.L. TOSATO, *L'integrazione*, op. cit., p. 4.

¹²⁴ V., tra i vari, il par. 231 «(...) They [the Member States] therefore permanently remain the masters of the Treaties. In a functional sense, the source of Community authority, and of the European constitution that constitutes it, are the peoples of Europe with their democratic institutions in their states. The "Constitution of Europe", the law of international agreements or primary law, remains a derived fundamental order (...).

ne auspicava un rafforzamento nel senso di una maggiore legittimazione e di una sua maggiore influenza sull'attività politica e legislativa della Comunità¹²⁵.

Il sistema comunitario in sé viene considerato democraticamente deficitario, se non per la legittimazione che gli deriva dagli organi nazionali. Non ha le forme proprie di una democrazia statale e non corrisponde al livello federale di una federazione (parr. 276-277). Questo fa sì che sia compatibile con la Legge fondamentale, che riserva al parlamento tedesco la rappresentanza democratica. Il deficit democratico è, comunque, riconosciuto dal Tribunale federale che lo individua nella non assimilabilità del Consiglio ad una camera degli stati, né della Commissione ad un governo, mancandole la responsabilità verso la maggioranza di un corpo elettorale unitario (parr. 271, 280¹²⁶, 297)¹²⁷.

Per quanto riguarda il PE la sentenza critica l'assenza di parità nel voto degli elettori. Si tratta di un atteggiamento nuovo rispetto al PE, che tenteremo di approfondire di seguito.

Nell'insieme, la sentenza valuta lo sviluppo della struttura istituzionale realizzata dal Trattato di Lisbona in parte contraddittorio, perché gli stati membri hanno perseguito la costruzione di un modello di stato federale non riuscendo però a creare la relativa base democratica, sotto forma di elezione eguale di un corpo rappresentativo del popolo e di un governo parlamentare europeo legittimato dal solo popolo dell'Unione (par. 296¹²⁸).

3. La rappresentatività democratica del Parlamento Europeo: un problema all'orizzonte

Un'attenzione particolare merita l'argomento utilizzato dai giudici di Karlsruhe a proposito del PE. Nella sentenza si nega (par. 280 ss.) che, nonostante le modifiche apportate dal Trattato di Lisbona al Trattato sull'Unione europea¹²⁹, il PE possa rappresentare un popolo sovrano europeo (par. 280), ma lo si continua a considerare un'assemblea rappresentativa dei popoli degli stati membri (par. 284).

Questo a causa della previsione di una rappresentanza dei cittadini garantita «in modo degressivamente proporzionale, con una soglia minima di sei membri per Stato membro» e massima di novantasei seggi¹³⁰. Tale sistema deve poi essere reso concretamente applicativo da una decisione unanime del Consiglio europeo, adottata su iniziativa del PE e con l'approvazione di quest'ultimo¹³¹. Il PE ha già presentato una proposta di decisione, fatta propria dalla Conferenza intergovernativa, in base alla quale, nel rispetto della proporzionalità degressiva, il

¹²⁵ Cfr. par. C.I.2.b1) b2), in A. ANZON e J. LUTHER (a cura di), *Il Trattato di Maastricht*, op. cit., pp. 690-691.

¹²⁶ «Measured against requirements in a constitutional state, the European Union lacks, even after the entry into force of the Treaty of Lisbon, a political decision-making body which has come into being by equal election of all citizens of the Union and which is able to uniformly represent the will of the people, What is also lacking in this connection is a system of organisation of political rule in which a will of the European majority carries the formation of the government in such a way that the will goes back to free and equal electoral decisions and a genuine competition between government and opposition which is transparent for the citizens, can come about. Even after the new formulation Article 14.2 TEU Lisbon, and contrary to the claim that Article 10.1 TEU Lisbon seems to make according to its wording, the European Parliament is not a body of representation of a sovereign European people. This is reflected in the fact that it, as the representation of the peoples in their respectively assigned national contingents of Members, is not laid out as a body of representation of the citizens of the Union as an undistinguished unity according to the principle of electoral equality» (corsivo nostro).

¹²⁷ A proposito dell'indirizzo politico e del ruolo della Commissione v. R. BALDUZZI, *Commissione europea e sistema dei partiti: responsabilità collegiale e presidenzialismo*, in RIDPC, 2005, p. 1077.

¹²⁸ «(...) It also contains contradictions because with the Treaty, the Member States follow the construction pattern of a federal state without being able to create the democratic basis for this under the Treaties in the form of the equal election of a representative body of representation of the people and of a parliamentary European government that is based on the legitimising power of a people of the Union alone».

¹²⁹ V. TUE versione consolidata, in GUUE, del 9 maggio 2008, C 115, p. 13, art. 10, par. 1, «Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa» e par. 2, comma 1, «I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo»; nonché art. 14, par. 2, comma 1, «Il Parlamento europeo è composto di rappresentanti dei cittadini dell'Unione».

¹³⁰ Cfr. l'art. 14, par. 2, comma 1, TUE come modificato dal Trattato di Lisbona.

¹³¹ Così prosegue l'art. 14, par. 2, comma 2, TUE come modificato dal Trattato di Lisbona. Sul punto v. le considerazioni di L. CARBONE, L. COZZOLINO, L. GIANNITI, C. PINELLI, *Le istituzioni europee*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni*, op. cit., p. 225 ss.

numero di abitanti¹³² rappresentati da ciascun mandato parlamentare cresce in relazione all'aumentare della popolazione di ciascuno stato, con la conseguenza che il numero di abitanti rappresentati da parlamentari eletti nei vari stati sarebbe molto diverso, giungendo, tra gli eletti nel paese più piccolo e quelli nel paese più grande, ad un rapporto di 1 a 12¹³³.

Con questo sistema - rileva sostanzialmente il Tribunale federale tedesco - non è rispettata la parità tra gli elettori, intesa come uguaglianza del voto, necessaria all'interno di un medesimo popolo (per usare un termine meno impegnativo meglio, forse, parlare di corpo elettorale). Perciò i membri del PE sono rappresentanti delle rispettive quote nazionali, previamente concordate tra i rappresentanti degli stati membri, prima direttamente al momento della redazione del trattato¹³⁴, adesso in seno al Consiglio europeo e al PE sulla base dei criteri e con le procedure prima esposte in sintesi.

Tutto ciò - premette la sentenza - non viola, tuttavia, il principio democratico perché il Trattato di Lisbona non ha optato per una Costituzione federale, con al centro il PE come rappresentante di un nuovo popolo federale¹³⁵. L'Unione europea, infatti, resta un'opera di stati democratici sovrani e quindi non è necessario che il sistema istituzionale europeo abbia una forma democratica analoga a quella di uno stato, dove, viceversa, si deve garantire l'eguaglianza del voto. Requisito che può subire attenuazioni nell'ambito di una rappresentanza sovranazionale, come la sentenza qualifica quella del PE (v. parr. 278 e 279).

Quello relativo alla distribuzione tra gli stati membri dell'Unione europea dei seggi del PE non è certo un argomento rilevante come appare dalla sentenza, che lo enfatizza eccessivamente, poiché molte altre sono le ragioni di *deficit* democratico dell'Unione europea riconducibili al PE. È tuttavia un argomento da non sottovalutare, perché non privo di qualche fondamento¹³⁶.

Non si può infatti dimenticare che il principio dell'eguaglianza del voto, sintetizzata dalla formula «*one man, one vote; one vote one value*»¹³⁷ è ormai tradizionalmente considerato un elemento costitutivo della democrazia¹³⁸. Il principio va inteso nel senso della garanzia dell'eguaglianza del voto nella fase che precede la distribuzione dei seggi tra le forze politiche e che riguarda la loro ripartizione tra varie aree geografiche dell'entità da rappresentare, di solito corrispondenti a stati-membri, regioni o province, al fine di garantire la proporzionalità dei seggi assegnati a ciascuna area rispetto ad un parametro prestabilito (di solito la popolazione o i cittadini o gli iscritti alle liste elettorali). Non deve, viceversa, essere confuso con la formula elettorale utilizzata per trasformare i voti validamente espressi in seggi, anzi «la parità dei quozienti di rappresentanza, per il suo diretto collegamento con l'eguaglianza del voto (e salvo la concorrenza di altri valori meritevoli di tutela), costituisce un elemento essenziale per ogni sistema elettorale»¹³⁹.

Il principio dell'eguaglianza del voto così inteso concerne «la democraticità stessa di un regime». Ad esso si può derogare ma solo «quando ciò può essere giustificato da criteri di “ragionevolezza” e di “bilanciamento dei valori” (quali, ad es., la tutela delle minoranze e delle autonomie locali)». Se la deroga, quindi, non è ragionevole certamente la Costituzione che la

¹³² In questa proposta, tra l'altro, si tiene conto della popolazione e non più della cittadinanza, scelta non priva di mutamenti nella rappresentanza dei diversi Stati, che non è possibile affrontare in questa sede.

¹³³ I termini della questione sono descritti dettagliatamente nel par. 285 della sentenza, a cui si rinvia.

¹³⁴ V., da ultimo, l'art. 190 del TCE nel testo precedente il Trattato di Lisbona.

¹³⁵ Par. 277 «(...) *The Treaty of Lisbon has also decided against the concept of a European federal Constitution in which a European Parliament as the body of representation of a new federal people that would be constituted by this Constitution would be the focus (...)*».

¹³⁶ Lo rileva anche S. BONFIGLIO, *Prime note sulla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Trattato di Lisbona*, in www.astrid-online.it, p. 3.

¹³⁷ Per una rapida panoramica della dottrina e della giurisprudenza sul punto, F. LANCHESTER, *Voce Voto: diritto di (dir. pubbl.)*, in *ED*, Vol. XLVI, Milano, 1993, p. 1129, in particolare nota 102.

¹³⁸ Sulla logica dell'uguaglianza politica e sull'uguaglianza di voto nella fase decisionale nella quale «*ogni cittadino deve essere garantita uguale possibilità di esprimere una scelta che sarà considerata di peso uguale a quello della scelta espressa da qualunque altro cittadino*» come condizione essenziale per la democrazia, v. R. A. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, trad. it., Roma, 1997, rispettivamente p. 49 ss. e 156 ss. (corsivo dell'A.); nonché ID., *La democrazia procedurale*, in *RLSP*, 1979, p. 7 ss. e N. BOBBIO, *Voce Democrazia*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Milano, 1990, p. 294-295.

¹³⁹ In proposito v. A. RUSSO, *Collegi elettorali ed eguaglianza del voto*, Milano, 1998, p. 15 ss. e 69. Sulla rilevanza del rispetto dell'eguaglianza nella delimitazione e nel dimensionamento dei collegi elettorali v. altresì M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia*, Roma, 1991, p. 40 ss.

prevede «non può essere considerata democratica, perché non si fonda su quella eguaglianza politica dei cittadini che costituisce una sorta di “pietra angolare” della democrazia»¹⁴⁰.

Negli stati federali (o ad autonomie costituzionalmente garantite) il principio dell'eguaglianza del voto deve essere contemperato con la tutela delle realtà statuali che compongono la federazione, alle quali deve essere garantita la rappresentanza¹⁴¹. È questo il modello più simile a quello del PE e che, quindi, può essere utilizzato come riferimento, pur nella consapevolezza che l'Unione europea non è uno stato federale. Un elemento oggettivo accomuna le due situazioni: le circoscrizioni, per il fatto di corrispondere a stati-membri, non sono modificabili e, quindi, la distribuzione dei seggi non può essere agevolata mediante il disegno delle circoscrizioni. Ciò comporta, innanzi tutto, l'esigenza di prevedere, in deroga al principio, un numero minimo di seggi, a tutela delle entità territoriali più piccole¹⁴².

La soluzione adottata dagli stati federali di norma (le eccezioni non smentiscono la regola) è quella del c.d. bicameralismo strutturale, che riserva la rappresentanza democratica alla camera bassa (sia pure con qualche attenuazione, come per es. un numero minimo di seggi a stati che altrimenti non ne avrebbero), mentre alla camera alta spetta la rappresentanza degli stati a livello paritetico o comunque con una ponderazione tendente a sovrarappresentare i membri meno popolosi¹⁴³. Il modello che meglio rappresenta questa soluzione è, indubbiamente, quello degli Stati Uniti d'America. Laddove, da una parte viene prevista una rappresentanza perfettamente paritetica nel Senato, composto, come è noto, da due senatori per ogni stato¹⁴⁴, parità che gode della massima rigidità costituzionale possibile essendo previsto che essa possa essere modificata solo col consenso dello stato coinvolto¹⁴⁵ (la Costituzione USA quindi conferisce, sostanzialmente, un potere di veto a ciascuno stato rispetto alle modifiche del punto); d'altra parte, la Camera dei rappresentanti è composta in proporzione alla consistenza demografica di ciascuno stato, salvo il limite minimo di un rappresentante per stato, mentre la suddivisione dei seggi (*apportionment*) è soggetta ad una revisione periodica (decennale)¹⁴⁶. È da rilevare, inoltre, come gli USA abbiano perseguito, attraverso vari metodi, la ricerca della proporzionalità perfetta nell'*apportionment* fra gli stati membri nella Camera dei rappresentanti¹⁴⁷.

Uno squilibrio nella rappresentanza democratica può dunque essere tollerato nella camera bassa solo per tutelare valori paragonabili a quello dell'eguaglianza del voto che viene compresso e solo se la misura di tale compressione risulta ragionevole.

4. Peculiarità del processo di unificazione europea e possibili soluzioni al problema

Non si può negare che la situazione del processo di unificazione europea abbia delle caratteristiche peculiari, prima fra tutte la partecipazione al processo di popoli con forti identità nazionali¹⁴⁸, anche se va rilevato come nelle fasi iniziali delle esperienze federali classiche «la rappresentanza generale non abbia avuto quei caratteri che le sono stati successivamente

¹⁴⁰ Cfr. A. RUSSO, *Collegi elettorali*, op. cit., p. 11.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 141.

¹⁴² *Ibidem*, p. 83.

¹⁴³ In relazione alla problematica in esame v. A. RUSSO, *Collegi elettorali*, op. cit., p. 141-142. Sul bicameralismo strutturale come metodo utilizzato negli stati federali per tutelare gli interessi degli Stati membri, in specie dei più piccoli, v., per tutti, K. C. WHEARE, *Del Governo federale*, trad. it., Bologna, 1997, p. 163 ss. Per una panoramica complessiva ed esaustiva, oltre che recente, delle seconde camere non solo di tipo federale, v. la monumentale ricerca del Centro studi sul federalismo, J. LUTHER, P. PASSAGLIA, R. TARCHI (eds.), *A world of second chambers*, Milano, 2006, *passim*.

¹⁴⁴ Art. I, sez. 3, comma 1, Cost. USA.

¹⁴⁵ Cfr. art. V Cost. USA.

¹⁴⁶ Art. I, sez. 2. Sull'evoluzione della disciplina v. A. RUSSO, *Collegi elettorali*, op. cit., p. 144 ss.

¹⁴⁷ Cfr. A. RUSSO, *Collegi elettorali*, op. cit., p. 150 ss.

¹⁴⁸ Lo fa notare G. MONTANI, *The Bundesverfassungsgericht sentence and the future of the European Union* (10/09/2009), in www.europeworld.org, p. 4.

riconosciuti»¹⁴⁹. Questa peculiarità comporta l'esigenza di adattare le categorie tradizionali al processo di unificazione europea, senza però rinnegarle.

La particolarità dovuta al carattere *sui generis* ed in evoluzione dell'Unione europea è - a mio avviso - che tanto il Consiglio quanto il PE contengono, nella loro composizione e nelle relative procedure decisionali, elementi propri sia del principio internazionalistico di parità tra gli stati che del principio democratico.

Il Consiglio, da sempre, attenua il principio della rappresentanza paritetica tra stati (uno stato un voto) con il voto ponderato. Quando entreranno in vigore le disposizioni del TUE modificato dal Trattato di Lisbona¹⁵⁰ che introducono la c.d. "doppia maggioranza" si avrà una considerazione proporzionale del peso demografico di ciascuno stato addirittura maggiore di quella utilizzata nell'assegnazione dei seggi del PE, giacché al fine del raggiungimento della seconda maggioranza ogni paese sarà rappresentato sulla base della propria effettiva consistenza. In seno al Consiglio sarà realizzato, dunque, un temperamento della rappresentanza per stato e di quella per consistenza demografica, anche se priva di legittimazione democratica diretta. Sotto questo profilo, il Consiglio diventa sempre più simile alla seconda camera di uno stato federale. I motivi per cui non può essere considerato tale, piuttosto che quelli adottati dal Tribunale federale tedesco¹⁵¹, riguardano l'assenza di separazione dei poteri¹⁵² cagionata, tra l'altro, dalla previsione secondo cui il Consiglio oltre che funzioni co-legislative ha il controllo di gran parte delle funzioni normative ed esecutive delegate alla Commissione¹⁵³ oltre che dell'indirizzo politico comunitario.

Il PE, come abbiamo visto, è caratterizzato da una distribuzione dei seggi tra gli stati non sostanzialmente proporzionale ma con una proporzionalità detta degressiva che comporta una sovrarappresentazione degli stati tanto più accentuata quanto più piccola è la popolazione del paese, a danno ovviamente degli stati più grandi. Un po' come se i seggi fossero ponderati tra gli stati in modo da produrre questo risultato. In parte questo può essere un residuo dell'origine che il PE trae dall'Assemblea parlamentare di secondo grado, nell'ambito della quale ciascuno stato-membro inviava una delegazione composta da un numero predeterminato di parlamentari nazionali¹⁵⁴. Sta di fatto che il principio democratico dell'eguaglianza di voto risulta difficilmente derogabile se non in una misura contenuta, che in questo caso pare superata, al fine di garantire una rappresentanza agli stati più piccoli. Anche le peculiarità del processo di unificazione europea non sembrano potere superare questa osservazione, se non, come fanno i giudici tedeschi, in ragione dei limitati poteri del PE.

L'attuale composizione del PE rappresenta dunque un'anomalia rispetto a quanto accade per le camere basse rappresentative del corpo elettorale nel suo insieme. Nuove riflessioni su come superare il problema si renderebbero necessarie qualora il PE si vedesse attribuiti ulteriori poteri legislativi ma, soprattutto, se dovesse essere investito del compito (proprio, di norma, della camera basse) di concedere la fiducia ad un governo europeo.

¹⁴⁹ Così S. MANGIAMELLI, *Il ruolo del Parlamento europeo e il principio della democrazia rappresentativa*, in *Teoria del diritto e dello stato*, 2008, p. 492.

¹⁵⁰ V. Part. 16, par. 4, il quale prevede che a partire dal 2014 «per maggioranza qualificata si intende almeno il 55 % dei membri del Consiglio, con un minimo di quindici, rappresentanti Stati membri che totalizzino almeno il 65 % della popolazione dell'Unione».

¹⁵¹ Non condivisibile in generale, ed addirittura incomprensibile nella sua ultima parte, risulta l'affermazione in senso contrario della sentenza tedesca, dove a metà del par. 271 si legge che «*On the European level, the Council is not a second chamber as it would be in a federal state but the representative body of masters of the Treaties; correspondingly, it is not constituted according to proportional representation but according to the image of the equality of states*».

¹⁵² Interessanti in proposito le considerazioni, riferite al testo destinato a divenire Trattato-costituzionale poi ulteriormente indebolito col Trattato di Lisbona, di E. ROSSI, *Dai lavori della Convenzione europea significative convergenze su un nuovo assetto delle fonti comunitarie (ma Montesquieu è ancora in viaggio ...)*, in www.forumcostituzionale.it, 9 gennaio 2003.

¹⁵³ Sul punto v. L. CHIEFFI, *Integrazione tra autorità governanti con speciale riguardo al ruolo della Commissione, dei Governi e delle amministrazioni nazionali e regionali*, in AA. VV., *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Atti del XX Convegno annuale dell'A.I.C., Catania, 14-15 ottobre 2005, Padova, 2007, p. 229 ss., in particolare 237, il quale peraltro nota come le riforme dei trattati (si riferisce al Trattato-Costituzione ma le osservazioni si possono trasferire automaticamente al Trattato di Lisbona) non mutino in maniera sostanziale i termini della questione, pp- 235-236.

¹⁵⁴ Una rapida ricostruzione dell'evoluzione del PE in S. MANGIAMELLI, *Il ruolo*, op. cit., p. 497 ss., in particolare, con riferimento alla competenza elettorale, p. 498.

Già alle condizioni attuali sarebbe possibile ridurre in misura potenzialmente significativa la disparità esistente tra gli elettori di diversi stati utilizzando, come già auspicava la sentenza “Maastricht” del Tribunale federale tedesco¹⁵⁵, lo strumento della procedura elettorale uniforme¹⁵⁶, qualora si adottasse la decisione di riservare una percentuale significativa di seggi ad un collegio unico europeo¹⁵⁷ rispetto al quale tutti gli elettori europei sarebbero posti in condizioni di parità. Un meccanismo del genere avrebbe inoltre effetti positivi nel senso della nascita di un dibattito e quindi di un’opinione pubblica, nonché di un sistema di partiti effettivamente sovranazionali.

5. La rappresentatività del PE: questione di seggi o di un’idea di popolo?

In relazione alla rappresentatività del PE pare di gran lunga più preclusiva della menzionata questione sulla ripartizione dei seggi una posizione che, pur non riportata esplicitamente, aleggia nella sentenza a proposito della sua legittimazione. È, in realtà, il vero presupposto teorico delle critiche alla rappresentatività del PE, anche se lo si coglie solo tra le righe della pronuncia¹⁵⁸. Si tratta dell’idea che non possa esserci legittimazione parlamentare da parte di un popolo europeo in quanto non esiste un *demos* europeo¹⁵⁹, sostanzialmente perché non può esistere un popolo al di fuori del quadro nazionale¹⁶⁰. La sentenza non dice esplicitamente questo, si limita a rilevare (par. 251) come non esista (nonostante stia crescendo una sfera pubblica comune) un’opinione pubblica europea e che la percezione pubblica delle questioni e delle leadership politiche resta connessa a modelli legati allo stato-nazione: lingua, storia e cultura¹⁶¹. Il tutto in un contesto in cui, afferma la Corte, non c’è un soggetto di legittimazione autonoma per l’autorità dell’Unione europea (par. 232)¹⁶². Tuttavia, le conclusioni a cui giunge sembrano affondare le proprie radici nella menzionata corrente di pensiero.

Se consideriamo, poi, che l’unico profilo di accoglimento della sentenza riguarda l’esigenza di rafforzare i poteri di controllo parlamentare sulle revisioni semplificate dei trattati ed anche sui c.d. poteri impliciti, un altro tassello depona nel senso indicato. D’altronde se non è possibile democratizzare l’Europa attraverso il Parlamento eletto a quel livello, perché privo di rappresentatività non esistendo un popolo di riferimento, l’unica alternativa è quella di coinvolgere sempre più i parlamenti nazionali, in quest’ottica unici detentori di un’effettiva legittimità democratica, conferita dai popoli nazionali, gli unici esistenti. Si tratta di una tendenza molto diffusa in dottrina ed ormai risalente ai primi anni ’90, fondata sulla (discutibile) premessa teorica dell’impossibilità per il PE di dare una sufficiente legittimazione democratica all’integrazione europea, anche «perché il semplice incremento di dimensioni dell’azione politica – da nazionale ad europeo – comporta una perdita di democrazia», tesi che, almeno in parte, è

¹⁵⁵ Cfr. A. ANZON e J. LUTHER (a cura di), *Il Trattato di Maastricht*, op. cit., p. 692, C.I.2. b1).

¹⁵⁶ Art. 190, par. 4, TCE, ora art. 223, par. 1, TFUE.

¹⁵⁷ In merito alle vicende della procedura elettorale uniforme v. D. PASQUINUCCI, L. VERZICHELLI, *Elezioni europee e classe politica sovranazionale, 1979-2004*, Bologna, 2004, p. 43 ss., in particolare, sulla proposta di circoscrizione unica avanzata nel 1998 da una risoluzione del PE, p. 71.

¹⁵⁸ Non manca di notarlo R. DIKMANN, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco*, in www.federalismi.it, 2009, n. 14, p. 3 e soprattutto p. 8, dove nel sottolineare il passo (tratto dal citato par. 280) in cui il Tribunale sostiene che il PE non è un corpo rappresentativo di un popolo europeo sovrano, aggiunge «che non esiste». La valutazione è ribadita in R. DIKMANN, *Costituzione e democrazia in Europa. Verso (e dopo) il referendum irlandese*, in www.federalismi.it, 2009, n. 18, pp. 1 e 3.

¹⁵⁹ Sul punto v. A. V. BOGDANDY, *I principi costituzionali dell’Unione europea*, in *DPCE*, 2005, p. 574 ss., in particolare p. 594.

¹⁶⁰ È una questione ampiamente dibattuta e che non ha senso affrontare in questa sede. Ricordiamo soltanto, come particolarmente emblematico delle posizioni contrapposte, il celebre scambio di opinioni tra due giuristi tedeschi, cfr. D. GRIMM, *Una Costituzione per l’Europa?* e J. HABERMAS, *Una Costituzione per l’Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996. Preme solo rilevare come pare che in quest’occasione essa abbia fatto breccia anche nelle valutazioni dei giudici costituzionali tedeschi al contrario di quanto era accaduto, come abbiamo visto, nella sentenza “Maastricht”.

¹⁶¹ «(...) it cannot be overlooked, however, that the public perception of factual issues and of political leaders remains connected to a considerable extent to patterns of identification which are related to the nation-state, language, history and culture».

¹⁶² «(...) there can be no independent subject of legitimisation for the authority of the European Union which constitutes itself, so to speak, on a higher level, without being derived from an alien will, and thus out of its own rights».

suffragata dalla sentenza del Tribunale federale tedesco sul Trattato di Maastricht e da quella odierna¹⁶³.

6. Dopo Lisbona: la federazione europea e le costituzioni nazionali

Nella sentenza in discussione si può cogliere, inoltre, un mutamento della giurisprudenza del tribunale tedesco o, quanto meno, l'esplicitazione di un nuovo elemento, che rende più complesso l'avanzamento del processo di unificazione in senso federale.

Il *Bundesverfassungsgericht* (par. 225 e 227) ribadisce l'orientamento europeista della Legge fondamentale che dispone, nel preambolo e all'art. 23 (ma anche con l'art. 24), il perseguimento dell'obiettivo dell'Europa unita. Gli organi costituzionali tedeschi non hanno dunque discrezionalità politica nel decidere se partecipare o meno al processo di integrazione europea.

Poiché la Legge fondamentale, però, non dice nulla sul carattere definitivo che potrebbe o dovrebbe avere l'unità europea, dalla stessa indicata come obiettivo costituzionale, finora non pareva escluso un'eventuale sviluppo in senso federale¹⁶⁴. La giurisprudenza precedente, infatti, ed in particolare la sentenza relativa al Trattato di Maastricht, pone come precisa ipotesi sugli sviluppi dell'unificazione europea il rispetto del principio democratico, almeno nella misura in cui non esclude che l'Unione possa «diventare uno Stato federale» anticipando le condizioni alle quali, nel rispetto della Legge fondamentale, dovrebbe essere «subordinata la eventuale futura creazione di uno Stato federale europeo ed in particolare la condizione del rispetto, pieno e totale, del principio democratico»¹⁶⁵.

È su questo punto che la sentenza sul Trattato di Lisbona mostra un netto cambiamento¹⁶⁶. Pur ribadendo l'esigenza di un equilibrio tra la natura e la portata dei poteri sovrani dell'Unione europea e il grado di legittimazione democratica (par. 264), la recente pronuncia indica ulteriori limiti costituzionali al cui rispetto deve ritenersi subordinata la possibilità per la Germania di costituire uno stato federale europeo.

Essa afferma, infatti:

a) che la Legge fondamentale non consente agli organi che agiscono per la Germania di abbandonare il diritto all'auto-determinazione del popolo tedesco sotto forma della sovranità della Germania nell'ambito del diritto internazionale per unirsi in uno stato federale¹⁶⁷. A causa del trasferimento irrevocabile di sovranità ad un nuovo soggetto questo passaggio è riservato,

¹⁶³ In questo senso, per tutti e con numerosi rinvii, M. CARTABIA, *I parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione europea. Che cosa resta in caso di mancata ratifica?*, in AA. VV., *L'integrazione*, op. cit., pp. 104-110, in particolare p. 107. Una lettura della recente sentenza del *Bundesverfassungsgericht* che ne esalta, condividendoli ampiamente, i profili di delegittimazione del PE a favore del ruolo dei singoli parlamenti nazionali nel circuito decisionale europeo in R. DIKMANN, *Integrazione europea*, op. cit., p. 8 e 13-14. In senso critico rispetto a questa tendenza volta al coinvolgimento dei parlamenti nazionali a scapito del ruolo del PE e dell'impostazione teorica che le sta dietro S. MANGIAMELLI, *Il ruolo del Parlamento europeo*, op. cit., p. 505 ss.

¹⁶⁴ A dimostrazione dell'interpretazione particolarmente restrittiva dell'apertura europea della Legge fondamentale da parte di questa sentenza, L. GIANNITI, *Il ruolo dei Parlamenti degli Stati membri dell'Unione europea*, in www.astrid-online.it, mette in evidenza (p. 9) come fino all'introduzione dell'art. 23, avvenuta col Trattato di Maastricht, «la clausola che aveva permesso il processo di integrazione» era quella dell'art. 24 «in tutto simile nel dispositivo a quello del nostro art. 11», ora interpretata solo con riferimento alla partecipazione tedesca a NATO ed ONU, sottolineando in particolare come in virtù del solo art. 24 (e senza contestazioni, possiamo aggiungere) sia avvenuta la ratifica tedesca del Trattato sulla Comunità europea di difesa che, come l'Autore ricorda a p. 1, tramite l'art. 38 avrebbe consentito una decisa svolta in senso federale del processo di integrazione europea. Sul progetto di comunità politica v. l'analisi giuridica di M. MAZZIOTTI, *Il progetto di statuto della Comunità europea*, in *ArchGiur*, 1953, p. 3 ss.; per un'accurata ricostruzione storico politica di quelle vicende v. D. PREDÀ, *Sulla soglia dell'unione*, Milano, 1993.

¹⁶⁵ Lo rileva G. U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *GCost*, 1994, p. 3119. In questo senso anche G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, in *PD*, 2000, p. 93.

¹⁶⁶ Lo nota L. S. ROSSI, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca. Integrazione europea al capolinea?*, in www.affariinternazionali.it, 22 luglio 2009, p. 2 dove rileva che all'epoca della sentenza Maastricht la Corte sembrava lasciare aperta la possibilità di un'evoluzione verso uno Stato federale europeo.

¹⁶⁷ In sostanza, quindi, forme più strette di unificazione non sarebbero ammissibili secondo la lettura che dà della Costituzione tedesca la sentenza, nemmeno con procedure di revisione costituzionale: in questo senso M. BOTHE, *Integrazione europea e patriottismo parlamentare*, in www.affariinternazionali.it, 19 agosto 2009, p. 1.

concludono i giudici di Karlsruhe, esclusivamente alla volontà del popolo tedesco direttamente espressa (par. 228¹⁶⁸, ma anche 263¹⁶⁹);

b) che la Costituzione tedesca prevede un'altra via per l'integrazione europea, basata sulla partecipazione ad una associazione di stati nazionali sovrani, soggetta alle disposizioni degli stati membri e fondata sulla legittimazione democratica dei popoli degli stessi (par. 229¹⁷⁰).

Queste frasi lasciano intendere che il Tribunale federale tedesco ritiene che la Legge fondamentale permetta l'integrazione europea tramite un'associazione di stati nazionali sovrani (*Staatenverbund*), pur spinta al limite della statualità, come accade per l'Unione europea, ma non consenta, nemmeno con procedure di rango costituzionale, la realizzazione di una federazione europea¹⁷¹, obiettivo che sarebbe quindi assolutamente inammissibile per la Legge fondamentale¹⁷². Mentre, non risulta chiarissimo il riferimento all'esigenza di ricorrere, per unirsi in uno stato federale, alla volontà direttamente espressa dal popolo tedesco, che in prima battuta può indurre a pensare ad un riferimento a una procedura referendaria¹⁷³, considerato anche che l'idea di effettuare plebisciti sull'Europa è ormai un ritornello ricorrente.

Certo, l'esigenza di una fase costituente per la redazione della costituzione di una federazione europea e di un coinvolgimento democratico dei popoli degli stati che vanno ad accettare l'adesione alla federazione o, comunque, ulteriori sviluppi del processo di unificazione in questa direzione, è perfettamente comprensibile. Ma quest'obiettivo è raggiungibile anche in un quadro di rispetto delle Costituzioni vigenti, se si ritiene che l'obiettivo federale europeo non sia in contrasto con le stesse ma, anzi, rappresenti la modalità per conciliare il principio democratico e l'unificazione europea¹⁷⁴.

In questo contesto, in relazione alle singole carte fondamentali, potrebbe essere, al limite, necessario prevedere procedure di rango costituzionale, eccezionali e dunque ideate *ad hoc*, che pur non essendo incostituzionali per violazione dei principi fondamentali, possano all'occorrenza realizzare le rotture costituzionali¹⁷⁵ necessarie all'avanzamento del processo di unificazione, rimanendo comunque nel solco della costituzione vigente, addirittura realizzandone una delle

¹⁶⁸ «(...) *The Basic Law does not grant the bodies acting on behalf of Germany powers to abandon the right to self-determination of the German people in the form of Germany's sovereignty under international law by joining a federal state. Due to the irrevocable transfer of sovereignty to a new subject of legitimisation that goes with it, this step is reserved to the directly declared will of the German people alone.*»

¹⁶⁹ «*If however, the threshold to the federal state and to the waiver of national sovereignty were transgressed, which would in Germany require a free decision of the people beyond the present applicability of the Basic Law, democratic requirements would have to be complied with on a level which would have to completely fulfil the requirements placed on the democratic legitimisation of a union of rule organised by a state. This level of legitimization could no longer be prescribed by national constitutional orders.*»

¹⁷⁰ «*The current constitution shows a different way: it aims for Germany's integration pari passu into state systems of mutual security ... and for Germany's participation in the European unification. Article 23.1 of the Basic Law underlines, like Article 24.1 of the Basic Law, that the Federal Republic of Germany takes part in the development of a European Union which is designed as an association of sovereign national states (Staatenverbund) to which sovereign powers are transferred. The concept of Verbund covers a close long-term association of states which remain sovereign, an association which exercises public authority on the basis of a treaty, whose fundamental order, however, is subject to the disposal of the Member States alone and in which the peoples of their Member States, i.e. the citizens of the states, remain the subjects of democratic legitimisation.*»

¹⁷¹ Questa opinione è confermata dal par. 376 «(...) *To the extent that the development of the European Union in analogy to a state would be continued on the basis of the Treaty of Lisbon, which is open to development in this context, this would be in contradiction to constitutional foundations. Such a step, however, has not been made by the Treaty of Lisbon*» (corsivo nostro).

¹⁷² Pur non essendo questa la sede per discutere la corretta interpretazione della Costituzione tedesca sul punto, non si può non condividere almeno l'amara constatazione di S. LEIBFRIED e K. VAN ELDEREN, «*And they*», cit. p. 1303, che scrivono «*Ironically, the Court used the constitution's immutability clause (Art. 79 (3) of the Basic Law) to justify the ruling. In so doing, it created an implicit analogy between the Nazi takeover and European integration, because the immutability clause was originally designed to protect the constitution from the sort of perversion and distortion that occurred during Hitler's reign.*»

¹⁷³ In questo senso, G. L. TOSATO, *L'integrazione europea*, op. cit., p. 9, il quale interpreta il paragrafo in esame come un divieto al passaggio ad uno stato federale con legge costituzionale, possibile solo mediante una pronuncia referendaria dei cittadini tedeschi.

¹⁷⁴ Per quanto riguarda la Costituzione italiana, per molti versi simile a quella tedesca, V. ONIDA, *Voce Costituzione italiana*, in *DigPub*, Torino, 1989, p. 334, la considera compatibile con un'evoluzione federale dell'unificazione europea. Più ampiamente argomenta la tesi dell'esistenza di una direttiva costituzionale in senso federalista europeo G. GEMMA, *Giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria (1964 - 1976) e superamento della sovranità nazionale*, in RTDP, 1977, p. 1175 ss., in particolare p. 1185. In proposito ci sia, infine, consentito rinviare anche a S. ALOISIO, *Costituzione italiana e unificazione costituzionale europea*, in M. MASCIA, A. PAPISCA (a cura di), *Il processo costituente in Europa - dalla moneta unica alla cittadinanza europea*, Bari, 2000, p. 159 ss.

¹⁷⁵ Con questo termine ci riferiamo a deroghe singolari alla Costituzioni caratterizzate prevalentemente dalla loro eccezionalità rispetto alla regola su cui incidono ma non contrarie ai fini della Costituzione, anzi dirette a salvaguardarli: in questo senso v. C. MORTATI, *Voce Costituzione (Dottrine generali)*, in *ED*, Vol. XI, Milano, 1962, pp. 191 - 192.

finalità fondamentali. Con riferimento all'ordinamento italiano ed a titolo puramente esemplificativo, troviamo due casi considerati di rottura costituzionale. Rotture del genere sono state ritenute quelle previste dalle L. cost. n. 1 del 1993 e n. 1 del 1997 - istitutive delle commissioni bicamerali per le riforme costituzionali dette, rispettivamente, "De Mita-Iotti" e "D'Alema" - che disponevano un procedimento di revisione costituzionale diverso da quello "normale", anche se altrettanto rinforzato¹⁷⁶. La stessa valutazione di rottura costituzionale¹⁷⁷ è stata data di un caso che ancor più si avvicina a quello qui ipotizzato: ci riferiamo alla L. cost. n. 2 del 1989, con cui fu indetto un referendum d'indirizzo sull'attribuzione di un mandato costituente al PE¹⁷⁸. Dunque, anche con l'eventuale previsione di consultazioni popolari o dell'elezione di un'assemblea *ad hoc*, ma sempre nel quadro della legittimità costituzionale.

Viceversa, se davvero secondo i giudici di Karlsruhe la realizzazione della federazione europea è del tutto costituzionalmente illegittima (vale a dire non praticabile con procedure di revisione costituzionale) allora il richiamo al popolo tedesco non può essere altro che l'idea che debba essere esercitato il potere costituente (ipotesi peraltro prevista dall'art. 146 Legge fondamentale) e che nulla possa essere deciso nell'ambito del potere costituito, neanche con procedure eccezionali¹⁷⁹.

In effetti, se si ritiene che un avanzamento federale non sia costituzionalmente legittimo non si può che prevedere un atto in grado di interrompere la continuità dell'ordinamento costituzionale, fondandone un altro ad esso alternativo se non contrapposto, come se si volesse ripristinare, per fare un esempio, la monarchia o, addirittura, un regime autoritario.

Il problema della costituzionalità, o meno, di un'evoluzione in senso compiutamente federale del processo di unificazione europea non deve essere sottovalutato.

È vero che un processo costituente europeo, in quanto tale, troverebbe -in caso di successo- legittimazione da sé¹⁸⁰. Ma non è secondario considerarlo, alla luce degli ordinamenti costituzionali nazionali, un atto costituzionalmente illegittimo (come sembra fare il *Bundesverfassungsgericht*) o piuttosto ritenere che esistano margini di ammissibilità di un tale processo in un'ottica di legittimità costituzionale interna e, quindi, di una sostanziale continuità tra gli ordinamenti costituzionali nazionali ed europeo. Infatti, se è indiscutibile che un processo costituente, ove avesse la forza *politica* di imporsi, trarrebbe la sua legittimazione dal consenso ottenuto, è altrettanto evidente che la possibilità di arrivare senza soluzione di continuità *giuridica* alla Federazione europea agevolerebbe notevolmente la concreta realizzabilità di quest'obiettivo¹⁸¹.

Un conto è, infatti, dovere operare un sovvertimento dell'ordinamento costituzionale vigente, un altro dare attuazione concreta ad un principio, un valore, una direttiva che risulta già ricavabile dalla carta fondamentale, anche se non immediatamente operativa. In quest'ultimo caso

¹⁷⁶ In questo senso v., di recente, M. CAVINO, *Appunti per una riflessione intorno a convenzioni e consuetudini costituzionali*, in *TDS*, 2008, p. 128 ss.

¹⁷⁷ In questo senso B. CARAVITA, *Il referendum sui poteri del Parlamento europeo: riflessioni critiche*, in *PD*, 1989, p. 319 ss., in particolare p. 322; nonché T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, X ed. interamente riveduta da G. SILVESTRI, Milano, 2000, p. 332.

¹⁷⁸ Sulla legge costituzionale in questione si veda P. F. LOTITO, *Commento alla l. cost. 3 aprile 1989 n. 2*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Disposizioni transitorie e finali I-XVIII - Leggi cost. e di revisione costituzionale 1948-1993*, Bologna - Roma, 1995, p. 574 ss.

¹⁷⁹ L. S. ROSSI, *La sentenza*, op. cit., p. 2, considera la possibilità che si voglia fare riferimento ad un'ipotesi "rivoluzionaria" e del tutto al di fuori della Costituzione vigente, che forse verrebbe del tutto superata da una tale procedura.

¹⁸⁰ Nel senso di una legittimazione retrospettiva delle vicende - sembra di capire inizialmente illegittime e successivamente sanate - che potrebbero determinare l'affermazione di un potere costituente europeo, A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale. I. L'ordinazione in sistema*, Torino, 1993, p. 288.

¹⁸¹ L'esigenza di studiare il procedimento idoneo, secondo i principi del diritto internazionale e del diritto costituzionale generale, per arrivare praticamente, *senza soluzione di continuità giuridica*, alla costituzione legale della Federazione europea è sottolineata da P. CALAMANDREI, *La convocazione dell'assemblea costituente europea*, (1948) ora in *Scritti e discorsi politici*, I, Firenze, 1966, p. 440 (corsivo dell'Autore).

si realizza un progetto costituzionale. Nell'altro si opera contro. E allora, che maggioranze dovrebbero essere necessarie? Fino a che punto potrebbe spingersi la resistenza dei contrari?¹⁸².

7. Considerazione finale

Le conclusioni a cui perviene la Corte tedesca sono fondate, in ultima analisi – e non potrebbe essere diversamente – sulla concezione di sovranità (e di stato e di popolo) che i giudici fanno propria. È probabilmente questo un punto su cui sarà necessario riflettere, anche al di fuori dei confini tedeschi, per consentire al processo di unificazione europea di oltrepassare quella soglia dell'unione politica alla quale, in 50 anni di piccoli passi, è ormai giunto. Senza drammatizzare però, a mio avviso, il salto federale, ponendolo in alternativa netta con le tradizioni statuali (in alcuni casi antichissime) dei paesi europei, ma al contrario considerandolo in perfetta continuità con questo passato.

¹⁸² L. S. ROSSI, *La sentenza*, op. cit., p. 2, sottolinea che in siffatto contesto «sarebbe probabilmente legittimo il “diritto di ribellione”» (è evidente il riferimento all'art.20, comma, 4 della Legge fondamentale, evocato anche dalla sentenza in esame) verso modifiche extracostituzionali in senso federale.

**IV. ALCUNE NOTE SULL'IDENTITÀ EUROPEA
A PROPOSITO DELLA SENTENZA DEL BVG
SULLA RATIFICA DEL TRATTATO DI LISBONA
DA PARTE DELLA GERMANIA.**

***L'UNIONE DI LISBONA ALLA "CORTE" DELLA GERMANIA:
ANCORA UNA NOTTE PER LA TELA DI PENELOPE EUROPEA?***

di Massimo Asero

Sommario: Sezione I. 1. In luogo di una introduzione ... - 2. Il giudizio della Corte tedesca: interpretazione dell'identità giuridica e politica europea e ruolo di garanzia del Tribunale costituzionale federale tra moderno e postmoderno. Sezione II. 1. Che cos'è l'Europa? L'immagine dell'Unione di Lisbona nella trama dei ricorrenti. - 2. Che cos'è l'Europa. Il sì "Europarechtsfreundlichkeit" della Germania al processo di integrazione, tra interpretazione dell'Unione di Lisbona e monito della Corte di Karlsruhe. - 3. In luogo di una conclusione...

Sezione I

1. In luogo di una introduzione ...

“Che cosa è l'Europa? Un accanimento di vicini che si combattono tra loro. [...] Gli accordi conducono solo a brevi tregue, la pace non è più che una nostalgia, i popoli sono esausti e la guerra continua [...] Che cos'è l'Europa? Una forma contraddittoria, ad un tempo rigida e incerta. Un groviglio di barriere e, davanti a ciascuna di esse, persone il cui mestiere è di chiedere i passaporti e di far pagare dazi: tutti ostacoli alle comunicazioni fraterne [...] Le barriere vengono portate avanti, indietro, sopresse, ristabilite ... Donde questa contraddizione interna: l'Europa è un composto di forme che essa dichiara intangibili, ma che continua senza posa a modificare. [...] Che cos'è l'Europa? Un pensiero sempre insoddisfatto. Senza pietà per se medesima, essa non cessa mai di cercare la felicità e, cosa ancor più indispensabile e preziosa, la verità. Appena trovi una condizione che sembra soddisfi a tale duplice esigenza, essa si accorge, sa di tenere pur sempre, e in maniera incerta, soltanto il provvisorio, il relativo; e riprende la ricerca che costituisce la sua gloria e il suo tormento. [...] in Europa si disfa durante la notte la tela che il giorno ha tessuta; si provano altri fili, si ordiscono altre trame, e ogni mattino risuona lo strepito degli opifici che fabbricano, trepidando, qualcosa di nuovo.”

Sono queste alcune delle conclusioni più significative di un celebrato studio di Paul Hazard¹⁸³ che analizza la coscienza europea segnalando in particolare quella crisi che produsse, tra la fine del XVII e gli inizi del XVIII secolo, il passaggio da una civiltà fondata sull'idea del dovere ad una fondata sull'idea di diritto: i diritti della coscienza individuale, i diritti della ragione, i diritti dell'uomo e del cittadino. Le conclusioni della puntuale indagine di Hazard segnalano in particolare la natura problematica e, per così dire, senza fine del processo identitario dell'Europa e insieme la complessità della sua storia e del suo percorso di autocomprensione.

In questo stesso senso, la elaborazione del progetto di costituzione per l'Europa e - dopo la mancata approvazione del “Trattato che adotta una Costituzione” - la firma a Lisbona del “trattato di modifica” per l'Unione europea (dicembre 2007), con le vicende che si sono accompagnate al completamento dei procedimenti di ratifica nazionali¹⁸⁴ e la conseguente entrata in vigore del Trattato il primo dicembre scorso, rappresentano una vera e propria cartina di tornasole per esaminare gli sviluppi più recenti del processo di integrazione europea. Esse manifestano allo stesso tempo le attuali forme dell'incessante ricerca della felicità e, ancor più indispensabile e preziosa, della verità, nella risposta alla domanda che interroga il processo di definizione delle identità individuali e collettive e dei processi integrativi che accompagnano le dinamiche culturali, politiche e giuridiche della civiltà del nostro Continente, e che si può

¹⁸³ P. HAZARD, *La crisi della coscienza europea*, Torino, 1946, pp. 481-487.

¹⁸⁴ Come ampiamente noto, in particolare, dopo la sentenza del Tribunale di Karlsruhe si sono prontamente sciolti gli ultimi nodi delle ratifiche di Polonia (con il deposito presso il Governo italiano il 12 ottobre 2009), Irlanda (con deposito avvenuto il 23 ottobre) e Repubblica ceca (con deposito il 13 novembre); sembra peraltro qui opportuno segnalare che tutti i rispettivi procedimenti di ratifica erano stati significativamente completati (quello della Repubblica ceca solo di alcuni giorni) poco prima del decennale della caduta del Muro di Berlino. E non vi è dubbio che proprio quest'ultimo evento mantiene una grande carica evocativa e simbolica in relazione ai processi di autocomprensione individuale e di formazione del senso di appartenenza che è all'origine delle dinamiche integrative collettive nazionali ma anche infra e sovra nazionali.

esprimere sinteticamente parafrasando il titolo dell'opera dello scrittore francese: a che punto è la crisi della coscienza europea?

A ben guardare, poi, se per un verso è ormai certo lontano il fantasma della guerra, tali vicende rivelano complessivamente ancora la medesima anima che già le acute conclusioni di Hazard segnalavano: una forma contraddittoria, ad un tempo rigida e incerta e insieme un pensiero sempre insoddisfatto. Non mi sembra, infatti, esservi modo migliore per definire il succedersi in pochi anni di un processo costituente formale ispirato al progetto di costruire una *Grundnorm* europea (che formalizzasse in un testo costituzionale ciò che già era a livello e tra le maglie dei trattati nella costituzione sostanziale europea e affrontasse una volta per tutte i problemi del cosiddetto “deficit democratico” e della governance europea) e di un trattato, quello firmato a Lisbona ed entrato in vigore ormai da alcuni mesi, nel quale insieme alla cancellazione dei simboli dell'integrazione europea emerge una logica significativamente definita anticostituzione.

Se riprendiamo, inoltre, anche lo spunto sulle barriere che vengono portate avanti e indietro, soppresse e ristabilite, non mi pare altresì dubbio che gli orizzonti di allargamento giustamente perseguiti dall'Unione abbiano riproposto in termini profondamente problematici la domanda identitaria fondamentale, che gli è sottesa e riguarda insieme il senso dell'appartenenza alla comunità dell'Unione delle rispettive comunità nazionali¹⁸⁵: *che cos'è l'Europa?* E ancora, quali sono i confini dell'Unione europea quale più recente espressione del processo di integrazione del “Vecchio continente”?

Domande che interrogano immediatamente il diritto e gli ordinamenti giuridici, singolarmente e in relazione alla natura e forma dei loro rapporti con l'ordinamento europeo, ma non possono non essere ad un tempo considerate, e per così dire indirettamente, politiche, storiche, geografiche, antropologiche e culturali *tout court*.

1.1. Proprio allo scopo di esaminare le risposte alle questioni che interrogano l'identità europea del ventunesimo secolo che sono state proposte in seno ad esso, questo saggio si propone di approfondire la complessa vicenda del procedimento di ratifica del Trattato di Lisbona ad opera della Repubblica federale di Germania, e particolarmente dei sei ricorsi presentati al Tribunale costituzionale federale di Karlsruhe e del conseguente, accuratissimo, approfondimento compiuto dal Tribunale costituzionale federale tedesco. Mi è sembrato opportuno in particolare porre al centro di questa indagine sull'identità europea dapprima l'Unione di Lisbona quale è stata *presentata... alla “Corte” della Germania* (cioè al giudizio del Tribunale costituzionale federale tedesco) dai ricorrenti e poi quale è stata disegnata dalla Corte nel proprio giudizio¹⁸⁶. Ritengo infatti che la scelta di una prospettiva d'analisi (dia)logica, che per così dire accosti in controluce l'orizzonte interpretativo del pronunciato a quello del chiesto, sia utile a fotografare tutte le sfumature e i colori dell'attuale stadio del processo di autocoscienza e autocomprensione dell'identità, della coscienza europea, particolarmente all'interno e nella sensibilità dell'universo

¹⁸⁵ Non appare del tutto fuori di luogo l'idea che la stessa sentenza del *Bundesverfassungsgericht* vada letta ed interpretata politicamente come una rivendicazione di uno spirito europeista più autentico e profondo da parte di alcuni tra i padri fondatori. In questo senso, l'alternativa tra una semplice associazione di stati e la formazione di uno stato federale e il conseguente richiamo all'esercizio di poteri costituenti, che rappresenta forse il confine più netto tra chiesto e pronunciato nella sentenza della Corte Costituzionale Federale tedesca, squarcia il “velo d'ignoranza” delle ipocrisie nazionali di vari stati evidentemente contrari alle soluzioni federali e sembra volere reagire alla diluizione dello spirito dei padri fondatori determinatosi proprio a seguito dell'allargamento.

¹⁸⁶ Non è priva di rilievo la circostanza che il Tribunale di Karlsruhe ha inteso procedere nei modi di una pronuncia interpretativa di rigetto. In tale senso, esso ha svolto il proprio percorso argomentativo attraverso due movimenti: il primo volto a (re)interpretare sia il significato del Trattato di Lisbona (e con essi dello stadio attuale del processo integrativo europeo) che quello delle disposizioni costituzionali della Legge fondamentale sulla cui base effettuare il proprio giudizio rispetto a quanto fatto dai ricorrenti. Il secondo volto a qualificare la costituzionalità degli atti legislativi posti al suo vaglio, e dello stesso Trattato di Lisbona, proprio a partire dal diverso significato che il Tribunale di Karlsruhe gli attribuisce in conseguenza di quella (re)interpretazione. Sin d'ora devo rilevare peraltro che, nel realizzare il secondo movimento, la pronuncia per un verso assume il carattere di una cosiddetta sentenza monito; per l'altro, sembra spingersi oltre, quasi a profittare dell'occasione, e giunge sino a prospettare degli scenari alternativi per il futuro, su alcuni dei quali sarà pure opportuno segnalare alcune perplessità, sul piano strettamente giuridico, in relazione alla coerenza con il proprio ruolo di organo costituito e garante dell'ordinamento tedesco.

tedesco. Nel giudicare sulla legittimità costituzionale della legge di approvazione del Trattato di Lisbona e delle leggi collegate, in particolare, la sentenza della Corte costituzionale tedesca muove fondamentalmente dalle domande sulla sovranità, sulla natura e sui luoghi della sovranità, a partire dalla (e insieme a una) radicale valorizzazione del principio democratico, e con esso della garanzia della molteplicità che è in ogni tutela dell'individuo e delle minoranze. In questo senso, questo studio sulla *sentenza Lisbona* si snoda lungo una linea tematica che, (ri)calcando i confini tra diritto e politica, disegna i tratti dell'identità ed unità dell'ordinamento giuridico tedesco e ad un tempo specifica il significato che la Corte ritiene debba essere attribuito al processo di integrazione europea formalizzato nel testo del Trattato (e con esso all'Unione di Lisbona) quale necessario presupposto per un completamento del procedimento di ratifica tedesco costituzionalmente legittimo¹⁸⁷.

Da quest'ultimo punto di vista, la sentenza Lisbona del Tribunale costituzionale federale tedesco non solo non si sottrae ma anzi, come già aveva fatto la precedente *Maastricht Urteil*, affronta con rigore teutonico privo di compromissorie ipocrisie il problema dell'integrazione giuridico-formale, prima ancora che (e insieme a quella) politica, dell'Europa. Sicché, in definitiva, di fronte a tale rigoroso sforzo teoretico e pratico della Corte tedesca, uno degli obbiettivi di questo studio è verificare se il travagliato iter di ratifica del Trattato di Lisbona in alcuni paesi euroscettici, ma soprattutto nel più funzionale motore del processo integrativo europeo, denunci, tra il *chiesto* e il *pronunciato* della sentenza, non solo un rallentamento ma anche una nuova notte per la tela di Penelope europea... E ancora, in particolare, se la sentenza della Corte di Karlsruhe segnali o meno, sempre tra *chiesto* e *pronunciato*, l'avvio di una nuova fase nella quale alla predominanza della tessitura di un ordito che unisce le maglie dell'appartenenza e dell'integrazione si sostituisca il predominio di rivendicazioni sovrane nazionali fatalmente destinate a produrre (magari in forma di asimmetrie) una rinnovata alternanza di dinamiche integrative e dis-integrative che appartiene in fondo al DNA dei processi identitari europei, come segnalano con la consueta profondità le parole di Ortega Y Gasset:

*“ciascuna delle nostre nazioni, in quanto società particolare, possiede fin da principio due dimensioni. Nell'una di queste dimensioni ciascuna vive in seno alla grande società europea costituita dal grande sistema di usi europei, a cui, molto impropriamente, diamo il nome di “civiltà europea”. Nell'altra dimensione, ciascuna si comporta secondo il repertorio dei suoi usi particolari, cioè differenziali. Ora, se abbracciamo con un solo colpo d'occhio tutto il passato occidentale, noi rileviamo che esiste un certo ritmo nella predominanza di una delle due dimensioni sull'altra».*¹⁸⁸

2. Il giudizio della Corte tedesca: interpretazione dell'identità giuridica e politica europea e ruolo di garanzia del Tribunale costituzionale federale tra moderno e postmoderno.

Secondo una diffusa ricostruzione del fenomeno comunitario, la crisi della coscienza europea si è manifestata nel corso degli ultimi decenni nelle forme di una incertezza definitoria ribattezzata in dottrina come “teologia negativa”¹⁸⁹ e capace di dire solo cosa il diritto (*rectius*: l'ordinamento) europeo non sia¹⁹⁰. Questa “nuova teologia europea” può per ciò stesso essere inscritta

¹⁸⁷ Rispetto a questa prospettiva, l'interrogativo che ispira e chiosa questo studio sull'identità europea a margine della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* si colloca in un orizzonte temporale che lo specifica ulteriormente: la sentenza sul Trattato di Lisbona (e sulle leggi ad esso collegate) giunge casualmente a venti anni dalla caduta del Muro, dal nuovo Ottantanove, dalla grande rivoluzione dell'Occidente, quella che non conosce distinguo tra Parigi e Filadelfia e che determina lo sgretolamento del Muro tra est ed ovest, dei muri sovrani tra identità individuali e collettive. Venti anni dopo che, significativamente, la riunificazione della Germania è stata realizzata al più, mi si passi l'espressione, con un *processo “ricostituente”* segnato dall'estensione della Costituzione tedesca della Repubblica federale alla ex Germania dell'Est e non con un vero e proprio processo costituente ...

¹⁸⁸ J. ORTEGA Y GASSET, *Il Medio Evo e l' «idea» di Nazione*, in *La civiltà veneziana del Trecento*, Firenze, 1956, p. 12.

¹⁸⁹ G. GUZZETTA, *Da eccezione a paradigma? Le forme d'azione dell'Unione europea tra sfida della complessità ed esigenze sistematiche*, in ID. (a cura di), *Le forme dell'azione comunitaria nella prospettiva della Costituzione europea*, Padova, 2005, pp. 8-9.

¹⁹⁰ Basti richiamare in tal senso la storica sentenza Van Gend en Loos della Corte di giustizia (1963), che considera quello comunitario come un ordinamento «di nuovo genere nel campo del diritto internazionale», e ancor più chiaramente la nota giurisprudenza della Corte costituzionale italiana la quale afferma che esso non è uno Stato, né una confederazione, né uno stato federale, né una organizzazione internazionale.

in un orizzonte *post moderno*, nel senso che essa non esige di definire se stessa se non in relazione a qualcosa, la modernità, rispetto alla quale (alle cui categorie fondamentali) tende a succedere ed essere altro¹⁹¹. A tale riguardo, va sin d'ora detto che uno degli assi portanti attraverso cui la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco affronta la questione della crisi della coscienza europea “di Lisbona”, e sembra (ri)aprire la via per una nuova, problematica, formulazione della domanda identitaria fondamentale¹⁹², ruota proprio attorno alla difficile elaborazione e definizione di categorie giuridiche e politiche che hanno tentato significativamente di identificare le nuove forme di integrazione della statualità nell'era postmoderna della mondializzazione, come esemplarmente è avvenuto con il *tipo* dello *Staatenverbund*¹⁹³ – negli specifici tratti che ne giustificano la creazione proprio in funzione della distinzione dalle altre note categorie concettuali dello *Staatenbund* e del *Bundestand*¹⁹⁴. Tra il chiesto e il pronunciato, anche nel procedimento costituzionale dinanzi alla Corte tedesca sono manifestate tanto le posizioni di quanti ritengono già costituito dopo Lisbona, formalmente o almeno sostanzialmente, un soggetto europeo (statual-federale) che quelle di quanti altri affermano invece che tale eventualità, pure possibile, non corrisponde, *rebus sic stantibus*, alle decisioni di Lisbona. Privilegiando quest'ultima direzione, la pronuncia della Corte costituzionale tedesca rappresenta comunque, potenzialmente, un punto di svolta della riflessione sullo stato attuale della crisi della coscienza europea. Per quanto in contrario siano stati avanzati molti dubbi tra i primi commenti in dottrina, a me pare infatti che essa intenda (soprattutto) prendere realisticamente atto della forma in cui è data oggi politicamente e giuridicamente *l'unità europea nella (perdurante) diversità*. Allo stesso tempo, tuttavia, essa non esclude affatto il perseguimento di dinamiche di più profonda integrazione ma invita (solo) con ferma chiarezza a portarle eventualmente a compimento rispettando l'attuale sovranità degli Stati membri e, se del caso, utilizzando eventualmente perfino le forme “costituenti” richieste agli estremi confini dei rispettivi ordinamenti costituzionali nazionali. Tra normalizzazione della fattualità e normatività del fatto...

2.1. A volere delineare sinteticamente i tratti che hanno caratterizzato la dinamica identitaria europea nei decenni che muovono dalla costituzione delle Comunità europee, si può osservare che il processo di integrazione europea nasce quale (mera) dinamica politico-economica ma

¹⁹¹ In tal senso, J. F. LYOTARD, *Le postmoderne expliqué aux enfants*, Paris, 1986, p. 29 scrive icasticamente che il postmoderno «fait assurément partie du moderne. Tout ce qui reçut, serai-ce d'hier (modo modo, écrivait Petrone), doit être soupçonné (...). Le postmodernisme à sa fin, mais à l'état naissant, et cet état est constant» e conclude che «l'ordinamento comunitario costituisce un ordinamento politico federale allo stato nascente, e questo stato è costante», così parafrasando la definizione dell'illustre autore francese a proposito del rapporto tra post-moderno e modernità – riprendo la citazione da G. GUZZETTA, *Da eccezione a paradigma? Le forme d'azione dell'Unione europea tra sfida della complessità ed esigenze sistematiche*, op. cit.

¹⁹² Va però subito precisato, allo stesso tempo, che il nucleo centrale del ragionamento della Corte muove dalla consapevolezza del carattere formalmente derivato dell'Unione dagli Stati che la compongono, secondo rapporti che si collocano al livello del diritto internazionale, e pertanto conferma la tesi della natura convenzionale del fondamento dei rapporti tra l'Unione e i suoi Stati membri, che ne restano i signori, come erano già stati definiti nella pronuncia Maastricht.

¹⁹³ Il termine segnala una continuità con la sentenza *Maastricht*, ove già se ne era evidenziata la distinzione dalle categorie concettuali della Confederazione tra Stati e dello Stato federale e sottolineata la natura di neologismo – apparso probabilmente per la prima volta in un contributo del giudice relatore della stessa sentenza Maastricht, P. KIRCHOF, in *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, vol. VII, 1992, p. 880, laddove si afferma che esso indica “un'organizzazione dell'Europa a metà tra Confederazione di Stati (*Staatenbund*) e destatalizzazione (*Entstaatlichung*) degli stati membri” in uno stato europeo. Allo stesso tempo esso testimonia l'introduzione di significativi elementi di novità nella tradizione giuspubblicistica continentale a dirimere il preesistente dibattito della dottrina tedesca sulla natura giuridica dell'Unione (essenzialmente divisa tra chi ne affermava la statualità, chi ne sosteneva la natura di unione di stati e chi vi rinveniva un'unione sui generis) proprio allo scopo di trovare una soluzione teorica che assecondasse le innovative forme del processo integrativo degli stati nazionali sovrani europei nell'Unione-Associazione di stati.

¹⁹⁴ Non è questa la sede per una compiuta analisi di tipo teorico generale del diritto. Basti osservare che tali operazioni creative segnano e insieme esprimono la fase a noi più prossima della transizione epocale che l'esperienza giuridica sta attraversando da alcuni decenni nel modo di concepire tanto gli ordinamenti giuridici, e quello statale che ne è il prototipo per eccellenza negli ultimi secoli in particolare, che la stessa categoria concettuale della normatività. In definitiva, dunque, tale transizione conduce ad un nuovo problematico modo di intendere la stessa capacità dell'ordinamento giuridico di porre ordine in una fase della storia umana in cui tanto la razionalità del fenomeno normativo che la capacità di dare effettività alle prescrizioni di un ordinamento giuridico statale e alla stessa *Grundnorm*, che traduce giuridicamente il presupposto della sovranità, sono messe in dubbio dalla crisi della razionalità e dai fenomeni di mondializzazione, in primo luogo economico-finanziari e tecnologici.

progressivamente acquisisce una dimensione giuridica che dal piano meramente convenzionale dei Trattati istitutivi passa ad interessare progressivamente il livello delle fonti e si estende secondo un processo di osmosi sostenuto anzitutto dalle Corti nazionali ed internazionali tornando a monte e riflettendosi sul piano degli ordinamenti¹⁹⁵. Il processo di integrazione si compie attraverso quel dialogo che progressivamente porta all'accoglimento del principio del mutuo riconoscimento nella forma di un accordo tra gentiluomini e incide tanto profondamente da consentire di rileggere *l'unità nella diversità* (principio anzitutto politico dell'integrazione europea) come libertà dai modelli, ispirata, come ogni libertà, ad un principio di responsabilità i cui tratti essenziali sono il principio di leale collaborazione e quello del rispetto delle identità giuridiche nazionali¹⁹⁶. E proprio quello della libertà dai modelli¹⁹⁷ diviene infine il carattere essenziale dell'integrazione giuridica a livello nomodinamico, invero nella definizione della identità giuridica dell'Unione quale organizzazione internazionale originale nel panorama delle organizzazioni intergovernative, se pure monstrum simile...

In questa cornice, dunque, l'accertamento e definizione ultima delle identità nazionali e di quella europea, insieme alla contestuale "apposizione di confini" che delimitano le une dall'altra, sono state dunque (in via ultimativa) rimesse all'operare delle giurisdizioni costituzionali nazionali e della Corte di giustizia. D'altra parte, l'operare della Corte costituzionale tedesca, allora come oggi, deve svolgersi secondo confini formali e materiali assegnati dal potere costituente¹⁹⁸. Proprio per questo, uno dei profili di maggiore interesse della *sentenza Lisbona* è rappresentato dal fatto che essa si muove sovente sul più sottile e problematico dei confini tra diritto e politica, tra continuità e discontinuità giuridica e/o politica nella dimensione nomodinamica dell'ordinamento (e del rapporto tra ordinamenti...), ed insomma tra poteri costituiti e potere costituente, particolarmente in quella declinazione che di quest'ultimo è data nella Costituzione tedesca, specialmente nell'articolo 146¹⁹⁹. In tale contesto, la pronuncia della Corte tedesca finisce inevitabilmente per suggerire di conseguenza anche la domanda sul significato che deve essere attribuito allo stesso Tribunale di Karlsruhe nella costruzione dell'attuale sistema di rapporti tra Corti nazionali e Corte di giustizia europea e insieme per sollecitare a monte l'avvio di una riflessione sulla problematica definizione dello stesso ruolo che più in generale deve essere assegnato alla funzione giurisdizionale costituzionale nell'Unione europea allargata dopo il fallimento del progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e l'adozione del Trattato di Lisbona. Tra modelli che promuovono la dimensione dell'integrazione e della comune appartenenza e modelli in cui le rivendicazioni sovrane delle diverse identità politiche e costituzionali nazionali si traducono nella forma di asimmetrie disegnate dalle rispettive giurisdizioni costituzionali ...

2.2. Rispetto al ruolo di chiusura dell'ordinamento giuridico nazionale affidato al Tribunale di Karlsruhe, la *sentenza Lisbona* mi sembra inoltre costituire l'occasione per discutere anche il conflitto di ruoli e sfere d'azione tra poteri, e particolarmente tra legislativo ed esecutivo, quale espressione delle evoluzioni identitarie dell'ordinamento tedesco, e con esso degli stessi processi di integrazione politica a livello infra e sovra nazionale. Basti per ora segnalare che i ricorrenti

¹⁹⁵ Tanto da indurre la dottrina europea a battezzare l'Europa delle Comunità (ri)definendo l'identità del Vecchio Continente con l'espressione "Europa delle Corti"...

¹⁹⁶ Si veda a tali riguardi la particolareggiata analisi di N. PARISI, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'Unione europea alla luce dei rapporti fra Stati membri e fra questi e l'Organizzazione*, in U. DRAETTA, A. SANTINI (a cura di), *L'Unione europea in cerca di identità. Problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione"*, Milano, 2008, pp. 1-55.

¹⁹⁷ Secondo la felice espressione di A. TIZZANO, *Appunti sul Trattato di Maastricht: struttura e natura dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, p. 210 ss., particolarmente p. 228.

¹⁹⁸ Potere che ha costituito il Giudice della costituzionalità proprio quale organo a garanzia dell'identità giuridica e politica in cui si è espressa la sovranità politica del popolo tedesco.

¹⁹⁹ L'art. 146 della Legge fondamentale tedesca così recita: «La presente Legge fondamentale, che è applicabile all'intero popolo tedesco in seguito al conseguimento dell'unità e della libertà della Germania, cesserà di avere vigore nel giorno in cui entrerà in vigore una costituzione adottata dal popolo tedesco in piena libertà di decisione». Sin d'ora è opportuno evidenziare come esso debba essere considerato l'estremo tentativo di addomesticare il potere costituente facendone il punto di intersezione tra principio democratico e tutela dei diritti di ogni generazione futura rispetto a quella effettivamente costituente.

contestano il fatto che il livello della distribuzione delle funzioni e dei poteri e la sua anomala configurazione nel disegno dell'ordinamento europeo mettono il Governo federale nelle condizioni potenziali di aggirare il Parlamento nazionale attraverso il Consiglio (nel quale può fare passare decisioni che troverebbero ostacolo nel dibattito parlamentare interno) attraverso un gioco definito, con una efficace immagine metaforica, di sponda...²⁰⁰

La scelta di bloccare la procedura di ratifica del Trattato di Lisbona ed intervenire nel processo di decisione lamentando la violazione dei diritti di partecipazione del Parlamento con ricorso alla Corte costituzionale si inserisce, almeno formalmente, in questa cornice. Non è un caso, d'altra parte, che anche il dibattito giuspubblicistico tedesco avesse da tempo posto al centro della propria discussione, tra gli altri, il problema della cosiddetta “deparlamentarizzazione” (*Entparlamentarisierung*)²⁰¹. Solo che nella discussione interna essa vi aveva costituito (piuttosto che un problema) per lo più una soluzione per affrontare la questione del governo di una comunità profondamente condizionato dai tratti della globalizzazione e della velocità, ed in tale prospettiva aveva suggerito di mettere in atto uno spostamento negli ordinari equilibri tra poteri all'interno dell'ordinamento germanico. In questo contesto di ridefinizione “indotta” del rapporto materiale tra poteri e funzioni, ben si comprende che una delle principali questioni evidenziate a vario riguardo dai commenti elaborati in dottrina attenga proprio il ruolo della funzione giudiziaria nel quadro europeo e, all'interno di essa, particolarmente la questione del sottile filo rosso lungo il quale corre la distinzione tra interpretazione e creazione del diritto. Non è questa la sede per affrontare questioni teoriche tanto complesse: basti rilevare pertanto che proprio nella *decisione* del Giudice della costituzionalità sui trattati europei da ratificare si gioca il ruolo “meramente” giuridico e costituito e/o anche il ruolo politico e addirittura di revisione, di rottura, o financo costituente, della giurisdizione costituzionale all'interno della dialettica tra forma e sostanza della Costituzione ...

2.3. Con riferimento all'accordo tra gentiluomini che ha interessato la Corte di giustizia, da un lato, e le giurisdizioni nazionali (principalmente) costituzionali, dall'altro, non è altresì un caso la circostanza che il dibattito culturale tedesco sul processo di integrazione europea si sia caratterizzato per un crescendo di posizioni variamente critiche, se non dichiaratamente euroscettiche. Tra di esse, è certo opportuno ricordare l'autorevole invito a fermare la Corte di

²⁰⁰ In tale guisa, la fase di integrazione che trova espressione nella decisione sul testo di un Trattato e nella successiva fase di ratifica può essere considerata come punto di snodo che presuppone e implica una decisione, una lettura (ovvero una... rilettura) non solo degli equilibri tra ordinamenti ma anche di quelli (trasversali agli stessi) tra funzioni e poteri. E, nelle maglie di quella lettura, coloro cui è affidato il ruolo di lettori più o meno indirettamente decidono (su)gli orizzonti e le forme del diritto e della politica degli Stati membri e dell'Unione europea, nella perdurante difficoltà di revisioni costituzionali organiche capaci di sciogliere il nodo gordiano delle forme di governo postmoderne. Per definire le dinamiche e con esse i soggetti che finiscono per essere investiti di un tale ruolo, basti in questa sede limitarsi a ricordare che un trattato internazionale è frutto della libera negoziazione ad opera degli esecutivi nazionali; al contrario, invece, la decisione di ciascun Parlamento di fronte al testo del Trattato, predisposto dagli esecutivi è “vincolata”. Essa è infatti limitata all'an del consenso mentre le rimane preclusa ogni possibile delimitazione del quantum dello stesso, nel senso, insomma, che è necessario scegliere una adesione in blocco al trattato ovvero un rifiuto altrettanto in toto dello stesso. All'interno di un regime parlamentare come quello tedesco, il vincolo dell'approvazione parlamentare secondo la logica del “tutto o niente” si traduce così, di fatto, in un'ampia discrezionalità del governo federale nella consapevolezza che ad essa non corrisponde la facoltà di un controllo parlamentare capillare (nelle condizioni di escludere od approvare solo determinate parti del testo) e di una conseguente piena libertà nella decisione.

²⁰¹ Termine coniato per individuare un processo in corso nei regimi parlamentari, tanto a livello della ordinaria dialettica tra governo e parlamento quanto nell'ambito del cosiddetto costituzionalismo multi-livello, nei rapporti tra Federazione e Stati membri, tra Federazione e Unione europea. Le dinamiche che esso individua sono per l'appunto in qualche modo funzionali ad una riduzione della complessità che si realizza attraverso il passaggio da una rappresentazione politica che trova una manifestazione analitica nella dialettica parlamentare maggioranza-opposizione ad una progressiva valorizzazione del Governo come sede di decisioni sull'unità politica dell'ordinamento affidata alla maggioranza di turno. La conseguenza di tali dinamiche è quella di ridurre il ruolo dei parlamenti e corrispondentemente ampliare quello degli esecutivi. Non di rado, peraltro, esse finiscono per svilupparsi al confine tra costituzione formale e costituzione sostanziale e concretizzarsi attraverso un silenzioso svuotamento degli equilibri tra i corpi costituzionali definiti dal potere costituente e formalizzati nel testo costituzionale. Certo è che gli esecutivi sono sempre più coloro che assumono il ruolo di anello di congiunzione tra i diversi livelli e le cui decisioni, prese ad un livello superiore, non solo si sottraggono al controllo parlamentare ma, con ciò stesso, sono nelle condizioni di definire scelte che condizionano poi l'esercizio dei poteri del parlamento anche a livello nazionale.

giustizia firmato significativamente da Roman Herzog²⁰², che, nel suo muovere particolarmente da una critica radicale della “sentenza Mangold” della Corte di giustizia da parte di chi è stato Presidente del Tribunale costituzionale federale tedesco (e poi della Repubblica Federale di Germania e della Convenzione che ha elaborato la Carta di Nizza) pure è sintomatico di un clima che non può essere rimasto del tutto estraneo alle stanze dei giudici di Karlsruhe²⁰³. In questo senso, anzi, c'è chi ha sostenuto che il Tribunale costituzionale tedesco ha qui formulato un implicito invito a rivedere i termini del leale dialogo ed accordo tra gentiluomini nell'Unione allargata a ventisette e una rivendicazione della propria centralità di interprete e custode della Legge fondamentale, e con essa non solo della forma di governo ma anche della stessa forma dello Stato, anche allo scopo di rispondere all'appello di fermare la Corte di giustizia lanciato all'interno del dibattito giuspubblicistico tedesco. Procedendo in questa direzione, però, il Supremo organo della costituzionalità ha sostenuto che la conformità alla Legge fondamentale richiedesse che ogni revisione dell'ordinamento europeo ed ogni procedura passerella fosse d'ora innanzi autorizzata con un precedente *atto legislativo*, posizione per la quale esso è sembrato spingersi oltre i confini che pure intendeva garantire nel difendere il principio democratico ed il ruolo del *Bundestag* e del *Bundesrat* nell'ordinamento tedesco, come hanno evidenziato i primi commenti alla sentenza in oggetto. Tra questi, un'autorevole dottrina ha rilevato in particolare che presupposto necessario di un giudizio della Corte è proprio la presenza di un atto legislativo e che l'attenzione a non svilire il principio democratico, in nome della quale il giudizio è costruito principalmente (e per questo stesso il ruolo e la responsabilità delle Camere) sembrerebbe essere stata paradossalmente travolta dalla volontà di assicurare per il futuro la necessità di un controllo giurisdizionale dei giudici di Karlsruhe che, proprio grazie all'esistenza di un atto legislativo, può prendere corso e sostituirsi al potere di controllo parlamentare²⁰⁴. E' vero tuttavia, potrebbe ribattersi, che la Corte risponde in tale modo ad una precisa critica dei ricorrenti per la quale, al contrario, l'esplicitazione del primato del diritto dell'Unione avrebbe comportato la disattivazione del controllo del *Bundesverfassungsgericht*, evidenziando in tale forma il disarmo del Supremo organo custode dell'identità costituzionale e dell'unità politica nazionale tedesca - e con ciò stesso una ferita *materiale* delle stesse. Ma essa avrebbe comunque potuto ragionare anche diversamente, sottolineando la previsione nel testo del trattato di Lisbona di un obbligo giuridico di rispettare le identità giuridiche e politiche costituzionali nazionali, che evidentemente specifica e limita il senso di quel primato; e comunque, evitando di pretendere anche di esserne il giudice e lasciando il compito di fare rispettare le norme del Trattato al suo giudice precostituito ai sensi dell'art. 263 TUE, avrebbe potuto limitarsi ad evidenziare la possibilità di azionare sul piano interno un ricorso individuale o un conflitto tra organi. Non può escludersi, d'altra parte, e come pure da più parti ipotizzato ed invero talvolta auspicato²⁰⁵, che in un più o meno prossimo futuro si possa registrare un intervento della stessa Corte di giustizia, quale interprete del diritto positivo dei Trattati, proprio in risposta alle sollecitazioni della pronuncia del Tribunale di Karlsruhe e che questo possa riproporre una già vista e più critica collaborazione, anche venata di nuove conflittualità, nell'Europa della sussidiarietà e delle Corti. Ma già sin d'ora è certo che la sentenza della Corte tedesca ripropone con forza la questione del ruolo dei custodi della Costituzione

²⁰² R. HERZOG, L. GERKEN, *Stoppt den Europäischen Gerichtshof*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 8.9.2008, p. 8. Si tratta di un articolo la cui lettura si rende assai opportuna associare a quella della sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e sulle leggi collegate perché rende efficacemente il clima ed il livello di problematicità dei rapporti tra le Corti, sino a qui protagoniste di un accordo tra gentiluomini posto a garanzia del processo di integrazione europea, che il recente processo di allargamento e le corrispondenti dinamiche di allentamento dell'integrazione sembrano avere scosso sino alle radici; sicché proprio di questo nuovo stato di cose la sentenza tedesca sembra essere un compiuto frutto.

²⁰³ Cfr. M. P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, in www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/CHITI/Am-Deutschen-Volke_30_07_09.pdf; A. MANZELLA, op. cit., p. 1 parla di “vocazione politica” della sentenza; Tomuschat afferma la pronuncia del Tribunale di Karlsruhe è “manifesto politico” dei giudici.

²⁰⁴ A. MANZELLA, op. cit., particolarmente pp. 1-2.

²⁰⁵ Nel primo senso, M. P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, op. cit., p. 10; L. S. ROSSI, *Integrazione europea al capolinea?*, in www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1206, p. 3.

all'ombra del dibattito sulla crisi della capacità ordinante delle Costituzioni *tout court* (nazionali ed europea)²⁰⁶ e insieme segnala come, nell'attuale fase di crisi della normatività degli ordinamenti giuridici, la giurisprudenza costituzionale tenda a diventare fattore di unità ed effettività del sistema, ma per l'appunto anche di qualche ricalibramento nella definizione dei poteri e delle funzioni lungo il sottile confine con l'attività materialmente normativa²⁰⁷. Proprio in tale complessità emerge in tutta la sua rilevanza il ruolo di chiusura del sistema assegnato alle Corti, alle singole Corti nazionali e alla Corte di giustizia europea, le quali sono chiamate, nella evoluzione nomodinamica dei rispettivi ordinamenti, a mettere ogni volta in atto la proposta politica e giuridica dell'Europa e ad aprire la porta ad una piena convivenza tra sentimento di appartenenza ed integrazione che da sempre ha rappresentato il patrimonio costitutivo delle nazioni europee.

In tale direzione, già a metà degli anni Novanta, il dibattito giusfilosofico tedesco in genere, specialmente giuspubblicistico, e una certa dottrina in particolare, avevano segnalato assai significativamente che l'ingresso attraverso il trattato di Maastricht dell'idea e dell'istituto della sussidiarietà avrebbero costituito “una delle chiavi per un nuovo modo giuridico e filosofico di intendere l'Unione Europea che debba superare l'idea di sovranità”²⁰⁸. In particolare, poi, la stessa acuta dottrina aveva sottolineato che la sussidiarietà è *subsidium* per dissolvere le sovranità in un pluralismo legale di fronte ad una idea dell'Unione quale sistema di “*interlocking normative spheres with none privileged*”, rispetto al quale risulta fondamentale il ruolo dei giudici, che costruiscono una sorta di “*autopietic linking*” tra la sfera nazionale e quella comunitaria²⁰⁹. Tra chiari e scuri quello di Lisbona è un nuovo capitolo di questa storia, della storia dell'Europa nelle parole dei Giudici delle sue diverse identità politiche e costituzionali e del suo divenire Unità nella diversità nella (almeno a Karlsruhe) dichiarata *Europafreundlichkeit* dei primi ...

Sezione II

1. Che cos'è l'Europa. L'immagine dell'Unione di Lisbona nella trama dei ricorrenti.

L'analisi dei tratti principali dell'*identità* dell'ordinamento giuridico europeo di Lisbona, quali delineati nei motivi di ricorso, segnala anzitutto il legame di interdipendenza e complementarietà dinamica tra i profili definitori dell'identità europea e delle identità nazionali all'interno delle dinamiche integrative politiche e costituzionali. Essa permette insieme di cogliere i riflessi in ordine alla ricostruzione del rapporto tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale così come a livello della conseguente (ri)definizione dei caratteri dell'ordinamento interno. Per quanto

²⁰⁶ Il problema e l'attualità del tema del custode della Costituzione, posto al centro della vivace discussione tra Kelsen e Schmitt, e significativamente a capo del confronto dialettico tra le due rispettive concezioni dell'ordinamento giuridico e più in là del diritto *tout court*, nella problematica definizione del suo rapporto con il politico (e degli stessi rispettivi statuti epistemologici), assume in questa direzione, nel costituzionalismo contemporaneo connotato da venature multilivello, nuove dimensioni problematiche all'interno della dialettica tra le Corti costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea e di queste, singolarmente e collettivamente considerate, con la Corte di giustizia europea.

²⁰⁷ Nello stesso senso, G. GUZZETTA, *Da eccezione a paradigma? Le forme d'azione dell'Unione europea tra sfida della complessità ed esigenze sistematiche*, op. cit., p. 8, osserva che «si assiste – soprattutto al livello costituzionale – ad una sempre più marcata attenuazione della distinzione tra momento della creazione dello *ius positum* e momento della sua interpretazione. L'esplosione della giurisprudenza costituzionale, l'evoluzione dei metodi dell'interpretazione, ripropongono continuamente l'eterno problema della linea di confine tra la decisione autoritativa e la sua applicazione, con la conseguente questione dell'allocatione della responsabilità politica. La giurisprudenza costituzionale diviene, così, ad un tempo, uno dei fattori fondamentali di mantenimento dell'unità e dell'effettività del sistema, ma anche uno degli indicatori più evidenti delle sue difficoltà».

²⁰⁸ Tema sul quale rimane fondamentale la considerazione critica di Foucault, il quale osserva che «la teoria politica è rimasta ossessionata dal personaggio del sovrano», per poi dedurre conclusivamente che ciò di cui «abbiamo bisogno è una filosofia politica che non sia costruita intorno al problema della sovranità» e dunque, drasticamente, che bisogna «tagliare la testa al re: non lo si è ancora fatto nella teoria politica», M. FOUCAULT, *Microfisica del potere. Interventi politici*, a cura di A. FONTANA, P. PASQUINO, Torino 1977, p. 15.

²⁰⁹ Queste sono le linee guida dell'intervento di Zenon Bankowski al seminario internazionale tenuto all'Università di Tubinga nel 1995 e caratterizzato da una struttura interdisciplinare, volta a favorire un discorso “multiculturale” sulla sussidiarietà, la cui sintesi si trova in J. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un «principio speranza» per il diritto costituzionale comune europeo?*, in *Il Foro italiano*, 1996, pp. 184-192.

attiene l'identità europea, i ricorrenti chiedono anzitutto di considerare che l'Unione europea non è più una comunità economica settoriale²¹⁰ e che anzi l'attuale stadio del processo di integrazione europea indica chiaramente che essa ha ormai assunto materialmente compiti in tutti i settori politicamente rilevanti della vita²¹¹ ed è divenuta un soggetto di diritto internazionale con i poteri di uno Stato, perciò dotata dell'attributo originario del potere sovrano²¹². Riprendendo il linguaggio della *Maastricht Urteil*, essi sostengono in questa direzione che l'Europa di Lisbona non può essere considerata un'associazione di stati (*Staatenverbund*, secondo il ricordato neologismo usato dalla Corte che taluno²¹³ preferisce ora tradurre anche con l'espressione ente di collegamento fra stati), vale a dire un'organizzazione a metà tra Confederazione di Stati (*Staatenbund*) e *destatalizzazione* (*Entstaatlichung*) degli stati membri; e aggiungono che essa ha piuttosto assunto la forma di una "grande federazione dotata di soggettività giuridica propria", capace di agire come uno Stato, con organi legislativi propri, autorità proprie e una propria cittadinanza dell'Unione. Ma, si badi, non si tratta di un'ostilità preconcepita verso forme più intense di integrazione "invasive" della sovranità nazionale. Alcuni tra i ricorrenti, infatti, ricordano che il trattato di Lisbona rivaluta le competenze del Parlamento europeo²¹⁴ e precisano che perciò l'esercizio di poteri sovrani da parte dell'Unione potrebbe pure ammettersi²¹⁵, ma a condizione che a questa sia data una legittimazione democratica. Tale legittimazione è tuttavia oggi carente come manifesta chiaramente la cosiddetta proporzionalità regressiva, che viola l'eguaglianza del voto assegnando agli stati membri a bassa densità di popolazione un numero di seggi sproporzionatamente maggiore rispetto agli stati più popolati.

Più in generale, poi, l'esercizio di poteri sovrani da parte dell'Unione non è sufficientemente legittimato nemmeno dalle istituzioni europee, le quali violano anch'esse il principio di democrazia che caratterizza l'identità politica e costituzionale tedesca²¹⁶. I ricorrenti affermano in questa stessa direzione che le aspettative di sviluppo di uno Stato di diritto depositate nella sentenza Maastricht sarebbero rimaste deluse dal momento che l'aumento dei poteri sovrani conferiti all'Unione non è stato accompagnato da una pari crescita dell'ordinamento europeo in termini di garanzia per una piena ed effettiva separazione dei poteri nelle istituzioni europee:²¹⁷. In

²¹⁰ Ma sulla natura di comunità giuridica dell'Unione e sugli orizzonti evolutivi della stessa nella inarrestabile dinamicità dei processi identitari e delle dinamiche integrative europee, si veda già la *Maastricht Urteil*, la quale considerava chiaramente: «Il Trattato apre invece la via ad una graduale più stretta integrazione della comunità giuridica (*Rechtsgemeinschaft*) europea, integrazione che dipende in ogni ulteriore fase da presupposti attualmente prevedibili da parte del Parlamento, oppure da un ulteriore assenso del Governo federale, sottoposto all'influenza parlamentare.», in A. ANZON, J. LUTHER, *Il Trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 680.

²¹¹ Come si osserva nel terzo ricorso, in tal senso richiamato al par. 101 della sentenza Lisbona.

²¹² Questa affermazione viene specificata ulteriormente secondo il modello della scienza giuspubblicistica ottocentesca: la tela dell'Europa prende una nuova forma, la trama ne congiunge i fili disegnando una nuova soggettività; ma nel fare ciò pare richiamare in tutto e per tutto i tratti dello stato e dunque uniformarsi a livello strutturale all'ordito che unisce tutti gli elementi che di quello sono costitutivi: territorio, popolo e governo.

²¹³ J. LUTHER (a cura di), *Traduzione della sentenza del Bundesverfassungsgericht, secondo senato, del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in www.associazione.deicostituzionalisti.it/giurisprudenza/cortistraniere/1/tedesco/karlsruheLisbona.pdf, p. 51.

²¹⁴ Questa la posizione espressa dal IV ricorrente e riportata al par. 104 della motivazione.

²¹⁵ Peraltro, i ricorrenti sub V eccepiscono solo la carenza di legittimazione democratica, rilevando come essa debba tenere il passo dell'ampliamento delle competenze dell'Unione, a prescindere dalla qualificazione dell'Unione europea come Stato.

²¹⁶ Ai sensi dell'art. 79, paragrafo 3, in combinazione con l'art. 20, paragrafi 1 e 2, della Legge fondamentale. Per i ricorrenti, infatti, il principio democratico comporta che le decisioni essenziali siano adottate in Parlamento ma il *feedback* tra i corpi dello stato e il popolo, fondamentale in uno stato democratico, non si esaurisce nell'atto dell'elezione, che interviene solo a determinati intervalli di tempo; al contrario, il processo di formazione della volontà dello stato deve essere ritenuto un processo *nel quale si compie e rinnova la dinamica integrativa* e cui contribuiscono i diversi punti di vista, ideologie e interessi del popolo. Così, ancora, non vi è dubbio che il Consiglio non può assolvere in modo adeguato una tale funzione quale rappresentante degli interessi nazionali: in primo luogo, infatti, esso non è un corpo rappresentativo (il che significa in concreto che l'opinione del popolo è ampiamente filtrata e ridotta); in secondo luogo, l'opposizione nazionale, che deve essere parte di quel processo di integrazione, non vi è rappresentata. Ma nemmeno il Parlamento è in grado di legittimare l'esercizio di poteri sovrani da parte dell'Unione: oltre che per la già considerata ragione dell'inapplicabilità alle sue elezioni del principio di eguaglianza del voto, perché esso non è fonte di legittimazione della Commissione e inoltre perché il tentativo di attenuare il deficit democratico con la valorizzazione della procedura di codecisione (significativamente rinominata procedura legislativa ordinaria) è meno efficace di quanto si possa credere poiché essa diviene la norma solo a prima vista (dal momento che poi una serie di previsioni speciali stabiliscono in realtà deroghe in settori individuali).

²¹⁷ In questo senso, si veda il paragrafo 108 della sentenza.

particolare, non si è realizzata una migliore organizzazione giuridica interna dell'Unione europea: infatti solo la Corte di giustizia risulta titolare di una specifica funzione (giudiziaria) mentre in tutti gli altri organi dell'Unione si registra invece una *con-fusione* di poteri e conseguentemente, per così dire, una miscela di funzioni esecutive e legislative²¹⁸.

1.1. Al tempo stesso, la nuova forma dell'Europa di Lisbona si contraddistingue per il primato illimitato del diritto dell'Unione²¹⁹. E' questo un punto centrale quanto al problema del luogo della sovranità, ove pure si voglia intendere quest'ultima nei suoi attributi di originarietà e indipendenza che pure le sono spesso ampiamente contestati, specialmente all'interno del dibattito postmoderno sulle forme e i soggetti dell'Ordine²²⁰. Nel disegno dei ricorrenti, il primato del diritto dell'Unione travolge infatti anche la Legge fondamentale tedesca producendo la disattivazione del controllo della Corte costituzionale di Karlsruhe²²¹ e mettendo ad un tempo la parola fine alla possibilità di definire, sul piano materiale, la categoria concettuale dei *controlimiti* – intesi quale nucleo di contenuti politici essenziali attorno ai quali l'integrazione nazionale ha costruito la propria identità giuridica costituzionale irrinunciabile e il presupposto della propria continuità politica.

La prospettazione dei ricorrenti è accompagnata dalla segnalazione di alcuni indici che evidenzerebbero la consistenza del principio del primato illimitato del diritto europeo sancito a Lisbona e attesterebbero lo stesso mutamento della sede della sovranità: così essi sostengono la disponibilità della *competenza sulla competenza* (sulla base del disposto degli artt. 48, paragrafi 6 e 7, TUE; 311 e 352 TFUE), che ne è chiaro segno distintivo; e rimarcano le nuove competenze nelle materie della sicurezza interna e dell'azione penale, che rappresentano il cuore della condizione di stato²²².

1.2. A questo punto, dunque, l'identità giuridica dell'ordinamento tedesco (la sua sovranità) è violata e non si possono evocare utilmente il principio di attribuzione delle competenze, considerato ormai incapace di porre limiti effettivi, ed il principio di sussidiarietà per ricostituire l'equilibrio tra unità dell'Unione e diversità delle identità nazionali, nella loro singolarità che dinamicamente la forma e le co-esiste²²³.

²¹⁸ Con la differenza che il Parlamento europeo (al contrario della Commissione) non dispone in definitiva di un potere di iniziativa ma solo di poteri di codecisione nell'ambito di un procedimento legislativo già avviato.

²¹⁹ Dopo essere stato ipotizzato per il progetto di costituzione per l'Europa, questo è infatti per la prima volta espressamente previsto nella Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona e si traduce nella prevalenza dei trattati, e del diritto adottato dall'Unione sulla base di questi, sul diritto degli Stati membri, alle condizioni stabilite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

²²⁰ Soprattutto, è un punto che (nello spostare il baricentro verso l'Unione) incide profondamente sul sistema delle fonti degli ordinamenti nazionali, sui confini tra Unità e diversità, sul processo integrativo europeo e sulle dinamiche identitarie, e attesta in definitiva diversi orientamenti sui sottesi presupposti teorici e le meta-narrazioni del diritto e della politica.

²²¹ Il che, come si è già detto, suona come una esplicita sollecitazione, se non addirittura provocazione, per la Corte, che infatti riafferma il proprio ruolo e la centralità dello stesso. Basti in questa sede considerare che si muove qui evidentemente da una costruzione formale a gradi dell'ordinamento giuridico che vede nella Norma fondamentale l'espressione, per quanto pure problematica, di una sovranità monolitica chiusa ad una certa idea di sussidiarietà, e nell'Unità degli ordinamenti in quello europeo (pre)vede il superamento definitivo della molteplicità degli ordinamenti nazionali e delle corrispondenti identità politiche e costituzionali e usi, per citare ancora assai utilmente Ortega Y Gasset.

²²² E' evidente la conseguenza che da una tale prospettiva discende: il conferimento di tali poteri sovrani per opera del Trattato di Lisbona comporta in corrispondenza una consistente diminuzione della sovranità nazionale; diminuzione che infatti viene segnalata nei motivi di ricorso, ove si contesta (come riportato al par. 103 della sentenza) il superamento illegittimo della «soglia della perdita di ogni significato delle competenze legislative tedesche originarie» attraverso una vera e propria svendita di competenze da sempre appartenenti allo Stato.

²²³ Quanto al principio di attribuzione, si potrebbe sottolineare la continuità con i caratteri di signoria dei Trattati, e dunque con la titolarità della decisione ultima e sovrana sulla competenza, avvalendosi dell'istituto della delega. L'uso di tale strumento tecnico permetterebbe infatti di configurare giuridicamente la decisione di *attribuire* ad un soggetto altro (*rectius*: di altro ordinamento giuridico, quello europeo) perfino la competenza sulla competenza in un rapporto che, eventualmente attraverso le forme di una auto-limitazione, superi modelli predefiniti e consenta di conseguenza anche l'esercizio di poteri autenticamente sovrani (ma al tempo stesso sussidiari) all'Unione. Nello spirito dell'istituto della delega, infatti, la stessa attribuzione di una competenza sulla competenza è in sé sempre esposta ad eventuali limiti che la stessa ponga (e nella specie anzitutto l'obbligo di rispettare la diversità nella quale solo è data l'unità, che è diversità di identità giuridiche nazionali). Nell'ipotesi estrema di esercizio da parte dell'Unione (soggetto delegato) di poteri che eccedano il contenuto della delega, poi, quell'attribuzione è condizionata dalla possibilità residuale del ritiro dei poteri che si traduce nel potere di recesso dall'Unione, da sempre teorizzato ed oggi formalmente (ed

C'è tuttavia una proposta di soluzione. Tra i motivi di ricorso viene infatti prospettata l'idea che il (solo) rimedio consisterebbe nella configurazione concreta di competenze tassative e circoscritte oppure nell'elaborazione di cataloghi di competenze negative nonché nell'istituzione di un organo di controllo indipendente, come sarebbe una Corte²²⁴ per i conflitti di competenza²²⁵. Sembra qui che, peraltro secondo canoni improntati al realismo giuridico e alla certezza del diritto, si rinnovino in definitiva le perplessità sulla valenza dell'istituto della sussidiarietà quale categoria giuridica²²⁶. Per quanto qui interessa, però, il nervo destinato a rimanere scoperto è proprio quello della garanzia di un giudizio sulla decisione fondamentale in ordine alla competenza sulla competenza, cioè a dire quella sulla distribuzione delle competenze. E' questo il punto debole del principio di sussidiarietà nella formulazione giuridica attraverso cui è stato introdotto nella costruzione europea a Maastricht, che costituirà a partire da Amsterdam una delle preoccupazioni più sentite all'interno del dibattito sulla sussidiarietà. Occorre pertanto procedere nella direzione della giustiziabilità del principio per affidare ad un Giudice il compito di dare certezza al principio giuridico così introdotto al più alto livello della civiltà giuridica europea. E infatti, a ben guardare, anche nella soluzione accennata nei ricorsi il problema si sposta solo di un ulteriore livello: messe in discussione la reale esistenza di una leale collaborazione e di un mutuo riconoscimento tra gli ordinamenti, si tratterebbe di definire quale sia il giudice indipendente (la cui istituzione pure si propone) che garantisca, assieme alle competenze, la rispettiva identità degli ordinamenti giuridici nazionali ed europeo, nella loro unità nella diversità. Ipotesi che evidentemente richiederebbe anzitutto, ma sul punto non sono richiamate in sentenza altre specificazioni ad opera dei ricorrenti, di risolvere anche il problema di chi e come debba istituire quel giudice ...

1.3. Il secondo profilo che si è evidenziato all'inizio di questo paragrafo riguarda l'immediata incidenza del Trattato di Lisbona e della legge di approvazione dello stesso sulla identità politica e giuridica sovrana dell'ordinamento tedesco. L'ordito dei ricorrenti combina a tale riguardo i fili della trama principale dell'identità europea con quelli che sullo sfondo esprimono le singole identità politiche e costituzionali nazionali e ne costituiscono la base e si traduce nella denuncia di

espressamente) previsto nel testo del Trattato di Lisbona. Peraltro, se si considerano i motivi di ricorso in ordine al (mancato) rispetto del principio democratico e del diritto di voto ai sensi dell'art. 38 della Legge fondamentale tedesca, anche in riferimento allo stesso esercizio di potere costituente, la soluzione teorica della delega andrebbe evidentemente messa in discussione quanto alla sua attuazione concreta tanto in ordine alle modalità quanto ai soggetti che l'ordinamento tedesco considererebbe detentori di un tale potere di delega nei confronti dell'ordinamento europeo. E infatti, le posizioni politicamente euroscettiche dei ricorrenti considerano giuridicamente possibile fondare (perfino) la trasformazione dell'Unione europea in uno Stato federale ma sottolineano allo stesso tempo che tale trasformazione eccederebbe i compiti e i poteri degli organi costituzionali della Repubblica federale tedesca e potrebbe essere realizzata solo attraverso una legge costituzionale che il popolo tedesco dovrebbe darsi secondo la procedura prevista dalla Legge fondamentale, particolarmente nell'art. 146 – che per l'appunto compie quale norma di chiusura del sistema il supremo sforzo di mediare discontinuità politica e continuità giuridica, sforzo su cui tuttavia si incentrano pure alcune perplessità rispetto al ruolo che la Corte costituzionale tedesca sarebbe chiamata a giocare in quanto organo costituito di garanzia.

²²⁴ A ben guardare, peraltro, l'idea della sussidiarietà si rinviene originariamente nel libro dell'Esodo (18, 19-23) proprio in riferimento all'idea della opportunità di una distribuzione della giurisdizione.

²²⁵ Idea che pare rilevare soprattutto a proposito della sussidiarietà e di quella lettura della stessa, quale *subsidiium* e chiave per dissolvere le sovranità in un pluralismo legale, che pure aveva rappresentato uno dei centomila volti della sussidiarietà di Maastricht e che si lega ad una visione dell'Unione quale sistema di “*interlocking normative spheres with none privileged*”. Prospettiva quest'ultima che ho già ricordato nel testo essere stata teorizzata da Zenon Bankowski al seminario internazionale dell'Università di Tubinga del 1995 e che avrebbe suggerito una valorizzazione del ruolo dei giudici quali sorta di “*autopietic linking*” tra la sfera nazionale e quella comunitaria secondo logiche che definirebbero, all'interno di un diverso paradigma del diritto e della politica, autentiche dinamiche integrative individuali e collettive attraverso la prescrizione giuridica della leale cooperazione e della reciproca assistenza – pure nella problematicità della concreta definizione dei limiti di entrambe. Per una sintesi del dibattito, si veda: J. LUTHER, *Il principio di sussidiarietà: un «principio speranza» per il diritto costituzionale comune europeo?*, op. cit. .

²²⁶ Anzitutto per la elevata problematicità strutturale della sua giustiziabilità che reclama una particolare attenzione in termini di certezza del diritto attraverso la previsione di regole tassative. Sicché, in fondo, campeggia qui tutta la elevatissima e composita discussione del secolo scorso, particolarmente espressa e sintetizzata dalla costruzione di Adolf Merkl, che tenta di garantire unità e coerenza dell'ordinamento giuridico introducendo una realistica mediazione tra la dimensione normativa del dover essere kelseniano e quella fattuale dell'essere attraverso la dimensione della nomodinamica, o in altre parole di neutralizzare sino alla norma fondamentale la decisione attraverso la assegnazione di sfere di competenza ad opera di norme giuridiche per ciò gerarchicamente ordinate.

una infrazione di queste ultime. Per quanto riguarda in particolare l'ordinamento tedesco, la violazione sarebbe posta anzitutto nella forma di una infrazione diretta del principio democratico garantito costituzionalmente a norma dell'articolo 38 della Legge fondamentale. Questo riconosce infatti il diritto di voto (quale strumento per partecipare alla legittimazione dell'autorità dello stato a livello federale e influenzare il suo esercizio) ad ogni elettore tedesco²²⁷ ma il nuovo trasferimento di poteri sovrani alla Unione europea di Lisbona invade quel diritto e con esso la stessa identità costituzionale e politica nazionale, dal momento che la legittimazione e l'esercizio dell'autorità dello stato sono sottratte alla sua influenza²²⁸. Il principio democratico sarebbe inoltre violato anche dalla già accennata carenza di legittimazione democratica dell'Unione, carenza senza la quale sarebbe pure ipotizzabile la stessa trasformazione della Unione in uno stato federale²²⁹.

Inoltre l'esercizio di poteri sovrani da parte dell'Unione non sarebbe sufficientemente legittimato (a livello di integrazione giuridica tra gli ordinamenti) nemmeno attraverso i parlamenti nazionali giacché i poteri attribuiti dal Trattato di Lisbona non sono sufficientemente determinati e la stessa opposizione in sussidiarietà assegna ai parlamenti nazionali la possibilità di mettere in discussione un progetto legislativo ma non gli consente di affossarlo.

Infine, i ricorrenti segnalano che non si prevede alcuna distinzione tra il parere di un Parlamento come quello della Germania e quello di Stati membri più piccoli ai fini del computo dei pareri motivati previsti dall'art. 7 del Protocollo per il riesame del progetto legislativo; mentre per altro verso sarebbero possibili estensioni dei trattati senza richiedere una partecipazione dei parlamenti nazionali. E ancora contestano che il *Bundestag* è obbligato a proporre un'azione in sussidiarietà su richiesta di una minoranza di appena un quarto dei suoi membri in violazione del principio democratico di maggioranza²³⁰. Pur considerate tutte queste censure, la drastica affermazione di un aumento del *deficit* democratico, con cui alcuni tra i ricorrenti motivano il ricorso, appare comunque critica tanto più radicale da apparire per più versi paradossale in riferimento all'identità politica e costituzionale tedesca.

Ho già detto sopra, infine, della confusione di poteri nelle istituzioni europee che impedisce di legittimare l'esercizio dei poteri sovrani dell'Unione e produce una violazione del principio di separazione dei poteri anche nell'ordinamento tedesco. Qui, essa provoca un ulteriore spostamento degli equilibri tra i poteri, che si traduce in via mediata (con quel gioco di sponda tra Governo federale e Consiglio di cui si è già detto e che mette nelle condizioni il primo di aggirare il Parlamento tedesco nel quale non disponga della necessaria maggioranza) in una nuova manifestazione di quel processo di "*de-parlamentarizzazione*" che lo stesso dibattito giuspubblicistico tedesco ha considerato una evoluzione in corso nei regimi parlamentari postmoderni, tanto a livello della ordinaria dialettica tra governo e parlamento quanto nell'ambito del cosiddetto costituzionalismo multi-livello, nei rapporti tra Federazione e Stati membri, tra Federazione e Unione europea²³¹.

²²⁷ L'art. 38, 1, della Legge fondamentale tedesca in particolare così dispone: «I deputati del Bundestag sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, uguale e segreto. Essi sono i rappresentanti di tutto il popolo, non sono vincolati da mandati né da direttive e sono soggetti soltanto alla loro coscienza».

²²⁸ In particolare, quell'invasione travalica in tale forma i confini delimitati dall'art. 23, paragrafo 1, terzo periodo, in congiunzione con l'art. 79, paragrafo 3, della Legge fondamentale, cui il primo rinvia e che, nel richiamare l'art. 20 della Costituzione quale limite costituzionale al processo di integrazione, sancisce appunto l'inviolabilità del *principio di democrazia*. Come già segnalato, tale principio risulterebbe concretamente leso dallo svuotamento delle competenze del *Bundestag* che deriva dalla nuova identità dell'Unione.

²²⁹ Sempre, però, salvaguardando l'identità politica e costituzionale tedesca e a questo scopo ribadendosi che la decisione di procedere in tale direzione dovrebbe comunque essere presa (cioè potrebbe essere presa esclusivamente) dal popolo tedesco nelle forme, che sembrano (tentano di) garantire la continuità giuridica pure a fronte di una eventuale discontinuità politica, previste dall'art. 146 della Legge fondamentale. I motivi di ricorso illustrati in sentenza affermano invece che allargamento e approfondimento della legittimazione democratica non sono stati al passo con l'ampliamento delle competenze: in questo senso, si veda particolarmente il pensiero del ricorrente sub IV, richiamato nel par. 105 della motivazione.

²³⁰ Secondo il disposto dell'art. 1, par. 1, della legge di revisione della Legge fondamentale e art. 1, par. 3, comma 2, della legge di estensione.

²³¹ Tali dinamiche hanno trovato già a livello nazionale una collocazione sul più sottile dei confini tra costituzione formale e costituzione sostanziale e provocato un più o meno silenzioso svuotamento degli equilibri tra i corpi costituzionali definiti dal

1.4. In definitiva, il disegno dei ricorrenti sembra produrre un corto circuito tra processi di autocomprensione, dinamiche integrative e revisioni formali e materiali delle identità nazionali ed europea. Il paradosso che vi si rinviene è che la nuova carta di identità dell'Unione di Lisbona (e con essa il progetto politico cui pure governo e parlamento tedeschi hanno deciso di dare corso avviando a completamento il procedimento giuridico di formazione del nuovo diritto dei trattati) comporterebbe una violazione radicale dell'identità politica e costituzionale tedesca²³² ma ciò avverrebbe, e appunto paradossalmente, un'ultima volta proprio attraverso l'atto (il Trattato) che poi si preoccupa di prescrivere la salvaguardia delle stesse sancendo l'obbligo giuridico di rispettare tutte le identità politiche e costituzionali nazionali²³³. Restano tuttavia dei dubbi in ordine a due aspetti che costituiscono altrettante cartine di tornasole per verificare l'identità dell'Europa di Lisbona: il diritto di recesso (art. 50 TUE) e il rispetto delle identità politiche e costituzionali nazionali (art. 4 TUE).

Per quanto attiene il primo, si tratta di inquadrare la possibilità di recedere, che prescinde dalla durata indeterminata del vincolo pattizio e non può essere impedita né da altro degli stati membri né dall'Unione (espressamente prevista a favore degli stati membri dall'art. 50 TUE), nella cornice della nuova identità, di una grande federazione dotata di soggettività giuridica propria capace di agire come uno stato affermata in ricorso. E' evidente, infatti, che ci si troverebbe di fronte ad una problematicità pari a quella dei sette ponti di Königsberg, a meno di ipotizzare il ricorso proprio a quelle categorie nuove e postmoderne le quali affrontano assai criticamente la crisi dell'Ordine (e con esso della capacità di individuare una volta per tutte soggetti e luoghi della decisione sovrana) e percorrono perfino le vie altre della *destatalizzazione*, di cui si discuteva con qualche convinzione negli anni Novanta dello scorso secolo. Insomma, proprio l'ipotesi sulla nuova distribuzione della sovranità fra ordinamento europeo e ordinamento nazionale, che si sostiene nei motivi di ricorso, obbliga a segnalare che la previsione del potere di recesso degli stati diviene assai problematica se interpretata, come pure dovrebbe allora essere, quale forma di secessione da un ente di tipo statale e con struttura federale²³⁴.

potere costituente e formalizzati nel testo costituzionale. La conseguenza è in definitiva quella di ridurre il ruolo dei parlamenti e in corrispondenza ampliare quello degli esecutivi; non solo: le scelte che questi ultimi assumono quali anelli di congiunzione tra i diversi livelli di governo mutano per ciò stesso anche la forma dei processi di integrazione e con essi la localizzazione delle sedi (se non più della sede) della decisione e dei rapporti di sovranità tra gli ordinamenti europeo e nazionale. Proprio in questo senso si comprende il perché i ricorrenti affermino criticamente che il governo federale sarebbe stato messo nelle condizioni di dominare sul *Bundestag* tedesco nella funzione della produzione del diritto attraverso l'ordinamento europeo, dal momento che in qualità di membro del Consiglio è in grado (nella struttura multi-livello della stessa produzione giuridica) di produrre diritto ad un livello superiore rispetto a quello prodotto dal *Bundestag* tedesco. Tale argomentazione viene ulteriormente sviluppata, con l'uso dell'efficace linguaggio che nel biliardo e nel calcio balilla individua la particolare tecnica di gioco cosiddetta di sponda, con l'affermazione che di fatto il Governo federale è nelle condizioni di aggirare il Parlamento e imporre a livello europeo le fonti per le quali non raggiungerebbe alcuna maggioranza nel *Bundestag* (in argomento, si veda il par. 121 della motivazione). E questo gioco può essere contrastato, anche a livello materialmente costituzionale, solo utilizzando la stessa tecnica, e cioè con una nuova sponda, che è poi quanto la stessa Corte costituzionale tedesca finisce indirettamente e oggettivamente per fare con la sua pronuncia, per così dire indirizzata a nuora perché suocera intenda... Mi sembra tuttavia doveroso non dimenticare che gli ideatori del gioco sono in definitiva quei medesimi stati (membri dell'Unione) che poi contestano il deficit democratico dell'Unione dinanzi ai sovrani popoli europei per assumere ai loro occhi il ruolo di paladini della sovranità che a quelli risale.

²³² Violazione che riguarderebbe peraltro tanto il piano formale che quello materiale, dei contenuti: si pensi alla compressione della difesa dello stato quale attività co-essenziale alla sua stessa esistenza, secondo la rappresentazione classica della spada, della moneta e della bilancia, o a quella dello stato sociale, che pure i ricorrenti denunciano porsi in atto.

²³³ Non solo, ma, nel sacrificare il principio di democrazia, quale presupposto formale ultimo delle decisioni e della legittimazione del potere statale nella dinamica del suo esercizio (che segna la continuità giuridica e politica dell'ordinamento tedesco e dell'integrazione personale e territoriale che in esso si compie e rinnova nelle generazioni che si succedono) la violazione dell'identità politica e costituzionale tedesca giungerebbe ad incidere anche la sua espressione più alta, che è segno della continuità di quel processo a livello costituzionale, cioè la sua manifestazione a livello costituente. Nell'art. 146 della Legge fondamentale, quella continuità è espressa nello sforzo di un formale irretimento di quel potere (altrimenti *extra ordinem*) in quanto limitato sia nella individuazione del soggetto che ne è detentore sia nel suo oggetto, che deve essere una costituzione (vale a dire un atto che la cultura e tradizione giuspubblicistica riconosce secondo certe forme e contenuti consolidati). A seguire la tesi prospettata in ricorso, poiché il nuovo Trattato non è stato accompagnato da alcun uso delle procedure ex art. 146, il rapporto tra ordinamento giuridico nazionale (e forme e contenuti dell'integrazione nazionale che ne tratteggiano e costituiscono l'identità) e ordinamento europeo sembrerebbe descrivere un processo para-costituente di fatto che avrebbe invertito il rapporto genetico e logico tra ordinamenti originari e ordinamento derivato.

²³⁴ Cfr. il par. 233 della decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco.

Per altro verso, e infine, la previsione dell'obbligo di rispetto delle identità politiche e costituzionali nazionali sembra avere senso all'interno della dinamica identitaria europea di una Unità nella diversità laddove si affronti il problema della sovranità senza temerne la crisi ma, d'altra parte, senza neppure finire con il praticare una sterile difesa ad oltranza della stessa. Le nuove concezioni della sovranità prendono atto, in tale direzione, che essa si manifesta nei fenomeni aggregativi, dei quali l'Unione europea è il modello più avanzato (e ormai anche largamente apprezzato e studiato a fini emulativi) nel mondo. L'Unione è, fa, come ogni Unità nella diversità, la forza, che sola potrebbe ancora rendere *effettivamente* sovrani gli stati che la compongono. O, come pure dice assai autorevolmente Pernice, l'Unione europea è un mezzo per agire dove gli stati membri non riescono ad arrivare da soli nell'era della mondializzazione. E il suo diritto, frutto di un continuo processo di osmosi tra ordinamenti giuridici nazionali e ordinamento europeo, è il segno della continuità tra sfera pratica e razionalità nella quale l'Europa mostra di investire ricercando nella diversità dei patrimoni giuridici e politici delle identità nazionali il *proprium* della identità europea.

2. Che cos'è l'Europa. Il sì “*Europarechtsfreundlichkeit*” della Germania al processo di integrazione, tra interpretazione dell'Unione di Lisbona e monito della Corte di Karlsruhe.

A che punto è la crisi della coscienza europea nell'Unione di Lisbona: proviamo adesso a rispondere proponendo un itinerario all'interno del percorso argomentativo del Tribunale di Karlsruhe. Sin d'ora, posso dire che tale itinerario percorre in lungo e in largo i confini più alti e sottili di una trattazione di diritto costituzionale e di diritto europeo: non vi è dubbio, infatti, che la domanda sull'identità europea si traduca in primo luogo, nel linguaggio che è della scienza giuridica e politica, nella ricerca sulla costituzione, quale rivelatrice, in senso generale, appunto dei tratti essenziali di un ente politico e d'altra parte quale formalizzazione giuridica dell'atto politico costituente e delle revisioni formali e materiali che traducono l'incessante processo integrativo²³⁵. Non vi è ulteriormente ragione di dubitare che la questione della costituzione, significativamente assunta a tema fondamentale del dibattito europeo alla fine del secondo millennio, come proiezione del consolidamento degli effetti della caduta dei muri e insieme dell'approfondita riflessione sul tema della crisi della sovranità nazionale a seguito della nota proposta avanzata proprio dal Ministro tedesco degli esteri Fischer²³⁶, continui a rappresentare la domanda che si

²³⁵ In questo senso, si veda già il parere della Corte di giustizia del 14 dicembre 1991, n. 1/91, in *Raccolta*, p. I-6079, punto 21, il quale evidenzia come la Comunità sia fondata su un atto «concluso in forma di accordo internazionale», che tuttavia ne «costituisce la carta costituzionale» e, analogamente, la sentenza della stessa Corte di giustizia del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Partie Ecologiste “Les Verts” c. Parlamento europeo*, in *Raccolta*, p. 1339 ss., punto 23 – riprendo la citazione da N. PARISI, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'Unione europea alla luce dei rapporti fra Stati membri e fra questi e l'Organizzazione*, op. cit., p. 2 (nota 5).

²³⁶ La provenienza di una tale proposta dall'universo culturale e politico tedesco non è certo casuale (basti pensare che per lungo termine al vertice dell'ordinamento giuridico tedesco era posta una Legge fondamentale piuttosto che... una vera e propria Costituzione). Nel celebre discorso tenuto il 12 maggio 2000 all'Università Humboldt di Berlino, sul tema “Dalla confederazione alla federazione. Riflessioni sulla finalità dell'integrazione europea”, l'allora Ministro degli Affari esteri tedesco pose la domanda: “*Quo vadis Europa?*”. Nel rispondere, egli segnalò come due fossero i compiti con i quali l'Europa doveva confrontarsi: l'allargamento (particolarmente ad est), che Fischer auspicava avvenire il più presto possibile; e insieme l'approfondimento, vale a dire il tema della capacità di azione dell'Europa, nella interrelazione problematica col primo. Sicché Fischer passava ad esprimere la consapevolezza che l'allargamento avrebbe reso indispensabile un'approfondita riforma delle istituzioni europee e, nel domandarsi come immaginare un Consiglio europeo con 30 Capi di Stato o di Governo, 30 presidenze, o ancora quanto sarebbero durate le sedute del Consiglio e come giungere ad una composizione degli interessi di 30 membri, affermava esserci una risposta semplicissima a tutto e cioè il passaggio dalla Confederazione alla completa parlamentarizzazione in una Federazione europea, secondo quanto già richiesto da Schuman. Tale evoluzione avrebbe portato ad avere un Parlamento europeo ed un Governo europeo capaci di esercitare effettivamente il potere legislativo ed esecutivo all'interno della Federazione. Infine, Fischer sottolineava che una tale Federazione avrebbe dovuto essere fondata su un trattato costituzionale e che solo procedendo con coraggio l'Europa potrà svolgere il ruolo che le spetta nella competizione economica e politica globale giacché con le paure e le ricette del XIX e XX secolo non possono venir risolti i problemi del XXI secolo. In questo senso, si commetterebbe un irreparabile errore di progettazione a portare avanti il completamento dell'integrazione politica contro le istituzioni e le tradizioni nazionali presenti e non coinvolgendole perché, considerate le condizioni storico-culturali dell'Europa, un tale tentativo fallirebbe. La realizzazione dell'integrazione europea è pensabile con successo solo se avviene sulla base di una ripartizione della sovranità fra

staglia sullo sfondo del dibattito sulla natura sostanziale dell'Unione: esiste una costituzione europea e quale identità dell'Unione essa rivela²³⁷?

In questo senso, il fallimento del Trattato costituzionale, e la stessa logica anti-costituzione che pure sembra avere pervaso il testo del trattato di Lisbona, non hanno attenuato la portata e l'insistenza della domanda sull'identità europea, sulla natura originaria o derivata dell'ordinamento europeo, sulla localizzazione della sovranità tra ordinamenti degli stati membri ed ordinamento dell'Unione. E ancora sui conseguenti rapporti tra ordinamenti all'interno degli orizzonti alternativi disegnati dalle teorie dualista e monista e tra il diritto dell'Unione e quello degli stati membri, che trovano una problematica codificazione nella formula del primato del diritto europeo²³⁸ - nel suo rapporto con la teoria dei controlimiti, significativamente formulata, in risposta a quella del primato, in una certa continuità dalla Corte costituzionale tedesca²³⁹ e da quella italiana²⁴⁰ quasi come una (contra)apposizione di confini, una *actio finium regundorum* ...

Il risultato è che, come autorevolmente rilevato in giurisprudenza, questa delimitazione porterebbe a distinguere tra primazia del diritto dell'Unione e supremazia delle Costituzioni nazionali²⁴¹, in quel "dialogo" tra Corti²⁴² la cui difficoltà e potenziale conflittualità è da ritenere

l'Europa e lo Stato nazionale, secondo i canoni del principio di sussidiarietà, e dunque con un Parlamento europeo che abbia una doppia funzione: rappresentare un'Europa degli Stati nazionali e un'Europa dei cittadini. Il che sarà possibile se esso sarà composto di due Camere: una composta di deputati eletti che siano ad un tempo membri dei Parlamenti nazionali e l'altra che sia o un Senato composto da senatori degli Stati membri direttamente eletti o una Camera degli Stati come il *Bundesrat*. Comunque, la ripartizione della sovranità tra Federazione e Stati nazionali presuppone un trattato costituzionale che stabilisca cosa dovrà venire regolato a livello europeo e cosa, anche in futuro, dovrà essere regolato a livello nazionale senza dunque eliminare lo stato nazionale. Sul discorso, si veda J. FISCHER, *Dalla Confederazione alla Federazione. Riflessioni sulla finalità dell'integrazione europea*, in *Europa/Europe*, 2000, vol. 9, pp. 147-158.

²³⁷ Quanto al composito dibattito costituzionale generato dalla proposta del Ministro Fischer, si veda in particolare: B. LAFFAN, *Der schwierige Weg zur Europäischen Verfassung: Von der Humboldt-Rede Außenministers Fischer bis zum Abschluss der Regierungskonferenz*, in M. JOPP, S. MATL (Hrsg.), *Der Vertrag über eine Verfassung für Europa, Analysen zur Konstitutionalisierung der EU*, Baden-Baden, 2005, pp. 473-492.

²³⁸ Il principio della preminenza significativamente incluso nel Trattato costituzionale è ora espresso nella dichiarazione 17 allegata al trattato, nella quale si sottolinea: «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza». Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare all'atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato del 22 giugno 2007, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): «Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata [Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/641: "(...) discende che, scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità"] non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

²³⁹ Si vedano particolarmente le sentenze 29 maggio 1974, "*Solange I*", e 22 ottobre 1986, "*Solange II*", nonché, ovviamente, la sentenza *Maastricht*, nella quale particolarmente si legge che il Tribunale costituzionale federale assicura, nell'esercizio delle sue competenze, che una protezione effettiva dei diritti fondamentali per gli abitanti della Germania «sia garantita generalmente anche nei confronti del potere sovrano delle Comunità e che tale protezione sia sostanzialmente eguale (*im wesentlichen gleich*) a quella prescritta come inderogabile dalla Legge fondamentale, e che quindi sia tutelato almeno il contenuto essenziale dei diritti medesimi. Il Tribunale costituzionale federale garantisce questo contenuto essenziale anche nei confronti del potere sovrano della Comunità». Ma poi si veda anche la pronuncia 7 giugno 2000 sull'organizzazione europea del mercato delle banane.

²⁴⁰ A cominciare dalla sentenza della Corte costituzionale del 10 giugno 1984, n. 170, *Granital*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, p. 1098 ss. Sulla dottrina dei controlimiti, *ex multis* e per una originale prospettiva di tipo positivo e non negativo, si veda D. RINOLDI, *L'ordine pubblico europeo*, Napoli 2005, capitolo conclusivo; A. CELOTTO, Le "modalità di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi", in *RIDPC*, 1999, p. 1473 ss. .

²⁴¹ Secondo quanto propone il Tribunale costituzionale spagnolo nella dichiarazione n. 1/2004 del 13 dicembre 2004, relativa alla costituzionalità del Trattato che adotta una costituzione per l'Europa.

²⁴² Nella sentenza *Maastricht*, dopo avere affermato che sarebbe stato garantito il contenuto essenziale dei diritti fondamentali in conformità alla Legge fondamentale anche nei confronti del potere sovrano della Comunità, la Corte precisa d'altra parte che il «Tribunale esercita tuttavia la sua giurisdizione sull'applicabilità in Germania del diritto comunitario derivato nel quadro di un «rapporto di cooperazione» con la Corte di giustizia europea: in virtù di tale rapporto questa Corte garantisce la tutela dei diritti fondamentali in ogni caso concreto per l'intero territorio delle Comunità europee, mentre il Tribunale costituzionale federale può limitarsi ad assicurare una generale garanzia degli *standards* inderogabili dei diritti fondamentali (cfr. BverfGE 73, 339 (387))», in A. ANZON, J. LUTHER, *Il Trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, op. cit., p. 683.

strutturale e per ciò stesso in gran parte inevitabile nell'attuale configurazione del processo di integrazione giuridica degli ordinamenti nazionali nell'ordinamento europeo²⁴³.

Si comprende allora in tale prospettiva di contrapposizione “strutturale” per quale via una dottrina tedesca sia a tale riguardo potuta giungere, come pure già segnalato, a lanciare un appello a “fermare la Corte di giustizia europea”; appello nel quale, particolarmente con riguardo alla cosiddetta “sentenza Mangold”, essa segnalava come la Corte giustificasse la propria decisione con un ragionamento piuttosto avventuroso fondato sulla individuazione di un “principio generale di diritto comunitario”, che tuttavia era rinvenibile solo in due degli (allora 25) Stati membri, vale a dire negli ordinamenti della Finlandia e del Portogallo²⁴⁴.

Ora, la domanda identitaria posta alla Corte della Germania in relazione all'Europa di Lisbona ha anzitutto tra i suoi punti essenziali, come si è già avuto modo di segnalare, la questione del rapporto tra evoluzione nomodinamica dell'identità (giuridica) europea (quale sviluppo del processo di integrazione tra dimensione formale e sostanziale) e ri-conoscimento dello stato di diritto e del principio democratico, non solo come principi formalizzati nel Trattato

²⁴³ In questo senso, infatti, per quanto sia l'ordinamento europeo che gli ordinamenti nazionali, e le rispettive Corti, siano chiamati a garantire la diversità da cui trae origine il processo di integrazione, il *modus operandi* della Corte di giustizia risulta *essenzialmente* diverso rispetto a quello delle Corti nazionali. E' ragionevole concordare, in questo quadro, che la prima è logicamente chiamata ad operare un'astrazione creativa pronta al sacrificio dell'unità quasi monolitica di ogni singola identità nazionale, nella valorizzazione (che è strumentale alla creazione di un principio generale del proprio ordinamento) di un minimo multiplo che non sempre appartiene e caratterizza ciascuno degli ordinamenti nazionali, ma talvolta solo quelli (anche pochissimi) cui ad essa sembra opportuno volgere lo sguardo proprio in funzione della possibilità di rinvenire (*rectius*: attribuire) un fondamento “comune” al principio che intende affermare e codificare nell'ordinamento europeo. E insomma, richiamando a fini esemplificativi la teoria matematica degli insiemi, in tale modo la Corte valorizza, giovandosi di una applicazione la più estensiva possibile del mutuo riconoscimento che deve essere di ogni ordinamento per gli altri, la ricerca di un valore ulteriore della propria identità europea rispetto a quello della (mera) Unità degli insiemi intesa e rappresentata (anche graficamente) come il (solo) insieme di intersezione degli stessi singoli insiemi nazionali - e dunque degli ordinamenti politici e dei principi e valori giuridico-costituzionali che li compongono. Le Corti costituzionali nazionali, invece, operano di volta in volta con il prevalente obbiettivo di tradurre l'identità irrinunciabile dell'ordinamento giuridico del quale sono garanti in dei (contro)limiti, senza avere alcun riguardo agli altri ordinamenti, che pure riconoscono nella comune appartenenza alla Unione europea, e ai loro diversi principi – ciò che pure è in fondo logico, muovendo appunto ciascuna Corte costituzionale nazionale, e al contrario, da una istanza di difesa del particolare, dall'esigenza di pretendere che gli elementi essenziali del proprio insieme non siano sconosciuti o altrimenti interpretati e comunque sacrificati in funzione della individuazione (per via giurisprudenziale) del nucleo identitario politico e giuridico-costituzionale materiale dell'Europa; e quindi tendenzialmente pretendendo ad un tempo che per parte sua la Corte di giustizia si limiti a formare l'insieme dei suoi principi generali con una operazione essenzialmente di “ratifica” e astrazione notarile del solo massimo comune denominatore in relazione all'insieme degli ordinamenti nazionali. E dunque compia in definitiva un'operazione che in termini pressoché (se non del tutto) esclusivi individui l'insieme di intersezione fra gli insiemi degli ordinamenti nazionali e faccia della propria giurisprudenza semplicemente lo strumento per riportarlo (l'insieme di intersezione di principi e valori comuni agli ordinamenti nazionali) nell'ordinamento europeo informandovelo senza residui. Non si può dunque che concordare con quanto osserva a tale riguardo N. PARISI, *Considerazioni sulla natura giuridica dell'Unione europea alla luce dei rapporti fra Stati membri e fra questi e l'Organizzazione*, op. cit., p. 27: «La questione è assai delicata, essendo questo l'unico importante punto di dissidio fra Corte di giustizia e Corti costituzionali nazionali. Appare, infatti, evidente che per la prima il limite che incontra l'effettività del diritto dell'Unione e della Comunità entro gli ordinamenti interni è un limite tutto interno all'ordinamento europeo, voluto sì dalla norma convenzionale che garantisce l'intangibilità dell'identità di ciascuno Stato membro, ma ricavabile tramite la lettura che di essi dà la Corte di giustizia stessa (corsivo nostro). La prassi insegna che la Corte si fa carico di proteggere i principi propri dell'ordinamento costituzionale di ciascuno Stato membro; ma, nell'ispirarsi ai principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri per trarre da essi l'esistenza di un principio generale del proprio ordinamento, essa lavora con grande libertà soprattutto in relazione all'individuazione degli ordinamenti nazionali che rilevano nel caso di specie, nonché alla scelta di quali elementi dei principi comuni agli Stati membri valorizzare: la Corte, infatti, rielabora tali principi alla luce delle esigenze dell'ordinamento dell'Unione. Viceversa le Corti nazionali “leggono” i controlimiti come riempiti da valori tutti interni al proprio ordinamento, senza far giocare, insieme ai propri principi fondamentali, anche quelli degli ordinamenti di altri Stati membri. Le due prospettive, come si comprende, sono radicalmente insanabili.»

²⁴⁴ R. HERZOG, L. GERKEN, *Stoppt den Europäischen Gerichtshof, in Frankfurter Allgemeine Zeitung* dell' 8.9.2008, cit., i quali segnalano che a parere del Supremo organo di giustizia europeo nelle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” e in diversi “trattati internazionali” esiste un divieto di discriminazione legato all'età. Sicché la Corte avrebbe motivato la propria decisione sostenendo il conflitto dell'ordinamento tedesco con questo “principio generale del diritto comunitario” e non con la direttiva anti-discriminazione (fra l'altro non ancora attuata) – cioè con una norma dell'ordinamento comunitario. Ora, il principale oggetto di contestazione della dottrina che si richiama è proprio il ragionamento deduttivo che la Corte implicitamente compie per individuare gli ordinamenti nazionali rilevanti nel caso di specie ed estrarre un “principio generale di diritto comunitario”, dal momento che un tale principio... «è inesistente. Infatti solo in due dei 25 Stati membri – Finlandia e Portogallo – esiste un divieto costituzionale di discriminazione a causa dell'età». E ne deduce – rilevando che manca altresì alcun trattato di diritto internazionale che faccia riferimento ad un tale divieto, al contrario di quanto afferma la Corte – che «con questa costruzione tirata dal cilindro, la Corte europea di Giustizia, non ha agito come espressione di potere giudiziario ma piuttosto come potere legislativo, ossia come un autentico legislatore».

ma (come e) nella determinata forma in cui essi sono capisaldi dell'ordinamento tedesco. Tanto che i ricorrenti chiedono di verificare se gli orizzonti evolutivi identitari prospettati dalla *Maastricht Urteil* in relazione ai caratteri essenziali del principio democratico²⁴⁵ e della forma dell'unione politica della UE siano ancora presenti nell'Europa di Lisbona²⁴⁶ o se invece la forma politica dell'Unione (e tra le maglie del nuovo trattato anche quella giuridica) sia ormai quella dello stato (federale), quel *Bundesstaat* che nella discussione pubblica era usualmente adoperato in contrapposizione allo *Staatenbund* quale formula identitaria alternativa per identificare l'orizzonte entro cui inscrivere lo sviluppo dinamico della Comunità nell'Unione (politica) europea. Non c'è dubbio che una tale preoccupazione ha trovato ascolto nella Corte, già sollecitata dal dibattito nazionale sui temi dell'integrazione giuridica e politica europea in relazione a quelli della trasformazione della forma di Stato e dell'unità politica e giuridica tedesca in cui essa si manifesta²⁴⁷. Basti ricordare a tale riguardo come in un articolo ricostruttivo della dottrina tedesca dell'ultimo biennio dello scorso secolo in tema di forma di Stato²⁴⁸ si richiamasse esemplarmente una «breve ma assai penetrante monografia» dello stesso giudice relatore della sentenza Lisbona, Udo Di Fabio²⁴⁹. Per quanto si tratti di una dottrina risalente, infatti, resta il fatto che essa aveva già allora assai significativamente sottolineato come l'apertura dell'ordinamento costituzionale da “semplice” principio della forma di Stato degli ordinamenti contemporanei (accanto ad altri) ne fosse diventato la pietra angolare, l'elemento caratterizzante e predominante, essendo in grado di immettere nel sistema interno fattori potenzialmente in grado di prevalere sugli altri. Se ne può logicamente dedurre, come pure fecero già a suo tempo gli autori dell'articolo in questione, che l'analisi del Di Fabio si fosse per così dire arrestata prudentemente prima di compiere il conseguente e necessario ultimo passo: revocare in dubbio la concezione dualistica del rapporto tra ordinamento interno e inter-(sovra-) nazionale e giungere a delineare una concezione monista del rapporto tra gli ordinamenti interessati quale sbocco, almeno tendenziale se non pure inevitabile, del carattere aperto della statualità postmoderna. Successivamente, invece, probabilmente anche a seguito della necessità di (ri)calibrare la propria posizione in relazione alle sopraggiunte responsabilità di Giudice del supremo organo costituzionale tedesco (dal dicembre 1999), lo stesso Autore ha altrimenti considerato che la “responsabilità per l'integrazione”, la quale grava (almeno anche) sul Tribunale costituzionale, implica la necessità di un sindacato degli

²⁴⁵ Proprio nella sentenza *Maastricht* si legge infatti che la «attribuzione di un eccessivo peso di compiti e funzioni alla responsabilità dell'associazione europea di Stati indebolirebbe fortemente la democrazia a livello statale, con la conseguenza che i Parlamenti degli Stati membri non sarebbero più capaci di conferire una legittimazione sufficiente al potere sovrano esercitato dall'Unione. Se i popoli degli Stati, come succede attualmente, conferiscono la legittimazione democratica per il tramite dei Parlamenti nazionali, l'ampliamento dei compiti e delle funzioni delle Comunità europee incontra i limiti derivanti dal principio democratico. Ogni popolo è fonte e al contempo centro di riferimento della potestà dello Stato. Agli Stati occorrono sfere di compiti propri sufficientemente significativi in ordine ai quali ciascun popolo possa svilupparsi e articolarsi in un processo di formazione della volontà politica da esso stesso legittimato e guidato per dare espressione giuridica a tutto ciò che, con relativa omogeneità, lo unisce idealmente, socialmente e politicamente. ... Da tutto ciò consegue che il *Bundestag* tedesco deve rimanere titolare di compiti e funzioni di peso politico sostanziale.», in A. ANZON, J. LUTHER, *Il Trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, op. cit., pp. 691-692. D'altra parte, va pure rilevato che nella stessa sentenza il Tribunale costituzionale federale tedesco chiarisce poco prima (p. 689) che ove «la Repubblica Federale di Germania diventa membro di una comunità di Stati capace di svolgere una propria azione sovrana e se a tale comunità viene concesso l'esercizio di poteri sovrani [...] la legittimazione democratica non può prodursi nelle medesime forme adottate nell'ambito di un ordinamento statale disciplinato in modo organico e completo da una Costituzione [...] l'organo rappresentativo eletto dal popolo, e cioè il *Bundestag* tedesco, e con esso il cittadino elettore, perde necessariamente parte della sua potestà di influenza sui processi di formazione della volontà e della decisione politica.»

²⁴⁶ A tale proposito (par. 45) nella motivazione della sentenza si legge che: «i ricorrenti [...] invitano il *Bundesverfassungsgericht* a esaminare, alla luce dei diritti di supremazia già conferiti e ancora da conferire, se si siano avverate le aspettative di sviluppo di uno Stato di diritto e di una democrazia nell'Unione europea depositate nella sentenza sul Trattato di Maastricht».

²⁴⁷ Dibattito che si interessa ed alimenta particolarmente anche della interrelazione tra le linee di trasformazione della forma di stato medesima, e con essa delle strutture costituzionali degli Stati membri, e la nuova natura aperta della statualità che viene perciò ad essere condizionata tra l'altro, oltre che dalla generale temperie della mondializzazione (con l'incidenza di nuove *potestates indirectae* sulla originarietà ed indipendenza della sovranità statale), dalla erosione prodotta dagli influssi dell'ordinamento internazionale e sovranazionale e dal principio costituzionale del loro primato.

²⁴⁸ F. PALERMO, J. WOLK, *La dottrina tedesca in tema di forma di Stato nell'ultimo biennio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, (2), 2002, pp. 544-556, particolarmente p. 553.

²⁴⁹ U. DI FABIO, *Das recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie*, Tübingen, 1998.

atti europei a tutela dell'identità costituzionale a carico della Corte medesima²⁵⁰, specialmente in considerazione dell'ulteriore espansione della giurisprudenza della Corte di giustizia²⁵¹ – particolarmente rilevata polemicamente in Germania, si può aggiungere, proprio dopo la sentenza Mangold, secondo quanto si ricordava. Sicché, come si diceva, non c'è dubbio che la Corte abbia dimostrato di ascoltare e comprendere l'invito dei ricorrenti: basti per ora in tal senso ricordare quanto affermato dallo stesso giudice relatore nell'udienza pubblica del 10-11 febbraio dello scorso anno, allorché, nel segnalare la considerevole estensione delle competenze dell'Europa di Lisbona, sentenziava: «Ci dobbiamo chiedere sobriamente: quali competenze restano al *Bundestag* alla fine? ... Forse dovremmo interrogarci se non sia più onesto proclamare un'Europa federale»²⁵².

2.1. Il percorso argomentativo della Corte muove proprio dagli interrogativi sin qui sinteticamente richiamati e mostra in più frangenti di tenere ben presenti i termini della discussione giuspubblicistica (e filosofica) tedesca sull'Europa, quali hanno caratterizzato lo stesso sia prima che dopo la (ri)unificazione nazionale. Nell'evitare di denominare la Norma fondamentale come Costituzione, il dibattito tedesco aveva già in origine mostrato in questo senso di avere consapevolezza dell'orizzonte in cui è iscritta la Legge fondamentale del 1949, con la sua sovranità limitata che riconosce l'iscrizione nel proprio codice genetico di una carica progettuale verso un nuovo (autentico) atto costituente²⁵³. Successivamente, dopo la riunificazione, esso si è sviluppato arricchendosi e caratterizzandosi per la specifica accezione che nella Costituzione tedesca hanno finito per assumere le disposizioni costituzionali sul processo di integrazione nazionale ed europea e sul potere costituente, come si dirà in sede di conclusioni. E' in particolare un dibattito che ha posto più o meno direttamente al centro anche il tema della sussidiarietà, con un approccio in certo modo critico rispetto a quella valenza che era emersa in dottrina dopo la sua introduzione nei trattati a Maastricht e la sottolineatura della necessità di lasciare agli Stati membri uno spazio sufficiente per le determinazioni politiche delle condizioni di vita economiche, culturali e sociali. Sicché la Corte dimostra anche in questa direzione di saper e voler dare ascolto alla preoccupazione di quanti in ricorso sostenevano l'opportunità di una elencazione di materie che sola avrebbe consentito una sussidiarietà rispettosa del nucleo irrinunciabile delle identità nazionali, fondamentale alla conservazione della diversità (quale dato fondativo dell'Unità europea)²⁵⁴, e giustiziabile – a parziale onta degli sforzi del Protocollo sulla sussidiarietà ...²⁵⁵

²⁵⁰ In ordine al controllo *ultra vires*, infatti, la posizione del Tribunale costituzionale federale tedesco era già stata espressa nella sentenza Maastricht, laddove esso aveva affermato che qualora «le istituzioni o gli organi europei applicassero o sviluppassero la normativa pattizia in modo non più conforme al Trattato oggetto della legge tedesca di autorizzazione, i relativi atti non sarebbero vincolanti nella sfera di sovranità tedesca. Agli organi dello Stato tedesco sarebbe costituzionalmente precluso di dare attuazione a tali atti in Germania» deducendone conclusivamente un obbligo a proprio carico nel senso che la Corte costituzionale tedesca «controlla perciò se gli atti delle istituzioni e degli organi europei rispettino o superino i limiti dei poteri sovrani a questi devoluti», in A. ANZON, J. LUTHER, *Il Trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, op. cit., p. 693.

²⁵¹ Lo ricorda A. ANZON, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lisbona" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Giur. Cost.*, 2009, pagg. 5213-5250, la quale pure richiama l'orientamento espresso da U. DI FABIO, *Das Bundesverfassungsgericht und die internationale Gerichtsbarkeit*, in A. Zimmermann (a cura di), *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit*, Berlin, 2003, p. 111, riportato sopra nel testo e che anticipa in qualche modo le posizioni espresse nella sentenza che discutiamo.

²⁵² In questo senso, significativamente I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon under review: the German Constitutional Court and the future of Europe*, in www.princeton.edu/europe/events_archive/repository/05-01-2009/Pernice.pdf, p. 1, premette all'inizio della seconda sezione, dal significativo titolo "Public misunderstandings: notes on a google-blog", le affermazioni interrogative del giudice relatore del Tribunale costituzionale Di Fabio per poi segnalare un percorso argomentativo per punti che tra l'altro segnala le differenze tra principio di attribuzione e XIV emendamento della Costituzione statunitense e le discriminanti che permettono di rispondere alla domanda: "Federal State or supranational Union?" (vale a dire, anzitutto, principio di adesione volontaria e diritto di recesso e assenza di una superiorità gerarchica del diritto dell'Unione).

²⁵³ Atto che, nel Preambolo e soprattutto nell'articolo di chiusura della Legge fondamentale, è espressamente volto al conseguimento della unità di popolo, territorio e governo.

²⁵⁴ Identità che è, lo si ribadisce nei modi e termini che la stessa Corte usa ai parr. 249 e 251 della sentenza, una identità storica, linguistica, culturale, che, al di là della visibile crescita di una sfera pubblica europea comune, condiziona nella forma di una vera e propria pre-comprensione la stessa percezione pubblica del merito delle tematiche. E per la quale si tratta di lasciare per l'appunto

Quanto mi sembra adesso opportuno evidenziare è che la decisione della Corte tedesca procede, per così dire, mutuando gli schemi classificatori e il linguaggio che sono propri del nostro panorama giurisprudenziale e dottrinario costituzionale, nei modi di una sentenza interpretativa di rigetto, al punto da costruire la decisione attraverso lo schema classico della formula “ai sensi di cui in motivazione”²⁵⁶. Per questa ragione, mi è parso possibile proporre una ricostruzione logica del percorso argomentativo del Tribunale di Karlsruhe che si traduce nella individuazione di due movimenti coordinati. Con il primo esso (re)interpreta e ridisegna l'Unione di Lisbona e la sua identità politica e giuridica ai sensi del trattato entrato in vigore lo scorso dicembre, vale a dire individua e definisce una diversa identità dell'Europa attraverso l'atto (la sentenza) che tra politica e diritto fotografa lo stadio attuale e i caratteri del dover essere assegnati alla stessa (quali argini che orientano il divenire giuridico del processo di integrazione) rispetto a quella delineata nella lettura dei ricorrenti²⁵⁷. Con il secondo movimento, poi, dichiara, sulla base di quella diversa interpretazione, la conseguente legittimità costituzionale della forma in cui il processo integrativo si sta compiendo rispetto ai parametri costituzionali adottati nel giudizio. Insieme, però, esso si spinge anche a interpretare poteri costituiti e potere costituente della Costituzione tedesca e censurare la legge di estensione ed approfondimento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* e ogni eventuale deviazione realizzata a sistema invariato; e per contro delinea ad un tempo gli scenari politologici alternativi sino a spingersi ai confini estremi della propria funzione costituita di organo di garanzia - e ai margini ultimi della continuità e validità della costituzione data. Scenari politologici percorrendo i quali orientare l'integrazione europea oltre Lisbona e uscire dalla impasse che essa sta vivendo per tessere nuove trame, come nelle ancora una volta opportune parole di Hazard, dando la parola ai popoli europei nella direzione di una (forse allora) compiuta acquisizione di identità diverse. E insieme verso la realizzazione di nuovi equilibri fra Unità e molteplicità che valorizzino maggiormente la prima senza mai però avvilire la seconda, come per il caso (che la Corte tiene sempre presente nella sentenza in discussione) della costituzione di uno (autentico) stato federale²⁵⁸. In altre parole, la Corte conferma che l'identità tedesca si fonda *essenzialmente* sull'invocato principio democratico. Quest'ultimo trova espressione tanto nel diritto di voto che nell'esercizio estremo dell'atto costituente e deve essere tutelato dal Tribunale costituzionale federale, quale organo costituito proprio a garanzia e tutela dell'identità costituzionale tedesca formalizzata nella Legge fondamentale (o, dopo la ri-unificazione, nella “Costituzione promessa” dal vecchio articolo 146

uno spazio sufficiente alle determinazioni degli Stati membri in relazione a quelle materie che danno forma agli ambienti della vita dei cittadini tutelati dai diritti fondamentali, e per le decisioni politiche che da quelle pre-comprensioni dipendono. A tale riguardo la Corte segnala che ambiti essenziali della scelta democratica sono la cittadinanza, il monopolio della forza civile e militare, le entrate e uscite pubbliche con riferimento allo stesso indebitamento (dunque alle scelte di politica economica nel rapporto tra ordinamento nazionale ed europeo alla luce dei poteri conferiti alla BCE), l'uso della lingua, la configurazione dei rapporti di famiglia e di educazione, la disciplina della libertà di opinione, stampa e assemblea, il trattamento delle confessioni religiose e l'inclusione del trascendente nella vita pubblica (assai significativo in relazione alle recenti polemiche sull'uso del crocifisso in Italia), le visioni del mondo. Poi, poco oltre (parr. 253 e 260) vi aggiunge la giustizia penale, per la quale considera che le convergenze e le divergenze tra le nazioni europee sono documentate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti fondamentali relativa alle garanzie nel processo penale e ne deduce che i presupposti materiali della punibilità e le stesse idee sull'equità e adeguatezza del processo penale sono deducibili normativamente da valori e premesse etiche condivisi su scala europea solo in parte. Infine, il *BVG* aggiunge tra gli ambiti per i quali rimane indispensabile che la comunità politica nazionale resti il soggetto della legittimazione democratica la scelta della forma di scuola e di istruzione.

²⁵⁵ Cfr. i parr. da 249 a 252 e 260.

²⁵⁶ Al par. 273 della sentenza si legge infatti che «Il Trattato di Lisbona e la legge di approvazione soddisfano – alle condizioni di cui in motivazione – le esigenze di diritto costituzionale indicate».

²⁵⁷ Il giudizio costituzionale si inserisce in questo senso all'interno del procedimento che conferirà insieme al carattere della piena giuridicità la stessa validità al trattato di Lisbona, e così facendo anticipa l'operatività della prerogativa riconosciuta alla Corte di giustizia di interpretare il diritto dei trattati dell'Unione.

²⁵⁸ Traendone peraltro una serie di conseguenze che si proiettano sugli organi costituiti ed anzitutto sul legislatore. L'attività di quest'ultimo è in particolare richiesta e indirizzata nei modi e nella forma di una *pronuncia monitoria*: egli è infatti chiamato, nell'odierna assenza di un percorso siffatto e degli istituti e presupposti necessari a realizzarlo, a (ri)formare le leggi di estensione ed approfondimento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* nell'ambito degli affari europei in coerenza con l'attuale identità riconosciuta all'Unione di Lisbona.

del Grundgesetz)²⁵⁹, nell'una e nell'altra delle espressioni in cui prende forma, dal momento che il principio democratico non è suscettibile di bilanciamenti, ed anzi è inviolabile. Su questa base, il potere costituente dei tedeschi ha inteso porre un limite invalicabile a ogni futuro sviluppo politico anche in ordine ai principi formalizzati negli artt. 1 e 20 della Legge fondamentale, secondo quanto dispone l'art. 79, paragrafo 3 della medesima Legge fondamentale, tutti tutelati dal Supremo Giudice della costituzionalità, il quale difende quella cd. garanzia di eternità e insieme ad essa pure la condizione di stato sovrano della Germania di fronte allo stesso legislatore della revisione costituzionale²⁶⁰.

In tale direzione, e secondo l'itinerario che intendo prospettare, la premessa al primo movimento conferma e sottolinea, rispetto a quanto già segnalato in varie forme nei ricorsi, che la tendenza della costituzione tedesca a promuovere il processo di integrazione europea non è priva di limiti. Si deve infatti trattare in generale di una integrazione paritaria, di un vincolo volontario, reciproco, non essendo giustificato un assoggettamento a quelli che vengono icasticamente definiti *poteri alieni*. In questo senso, nel primo verso, il punto di partenza è che la Legge fondamentale non intende tutelare la libertà individuale (quale autodeterminazione dell'individuo) allo scopo di promuovere una auto-glorificazione priva di legami ed un'autotutela di interessi spietata e che lo stesso vale quanto al diritto di autodeterminazione sovrana della comunità politica²⁶¹. Invece, proprio questa lettura del rapporto tra individuo e comunità (al plurale), che non esalta alcuno dei due estremi ma ne valorizza invece la complementarità in una prospettiva di autentica sussidiarietà posta a fondamento della stessa Costituzione, conduce, precisa subito la Corte (affrontando così il problema della crisi di ordine che è delle società postmoderne e insieme degli stati nazionali), a *legare* lo stato costituzionale tedesco con altri stati i quali condividono il *fondamento* nei valori di libertà ed eguaglianza e la cui identità giuridica dei rispettivi ordinamenti è basata sulla centralità della dignità dell'uomo²⁶². E' questo un punto fondamentale, anche in relazione a quanto si dirà in sede di conclusioni, giacché segna profondamente la crisi della coscienza europea (e per più versi non solo europea), dello *ius publicum europaeum* con tutte le sue categorie concettuali, e dell'identità nazionale (intesa anche essa al plurale, nella molteplicità degli Stati membri dell'Unione), ed evidenzia che solo così si può acquisire la necessaria capacità di agire. Vale a dire, per usare le parole del Tribunale di Karlsruhe, la *ampiezza di opportunità di azione per formare le condizioni di una società libera e capace di assumere decisioni responsabili ed efficaci* in relazione alle forme ad esse imposte dalla complessità della mondializzazione postmoderna, rispetto alla quale è pure sussidiaria la forma aperta assunta dalla statualità²⁶³.

²⁵⁹ Si veda in tale direzione il par. 208 della motivazione, laddove il Tribunale tedesco afferma che «Il parametro di controllo della legge di approvazione del Trattato di Lisbona è determinato dal diritto di voto quale diritto equiparato ad un diritto fondamentale (art. 38, paragrafo 1, in combinazione con art. 93, paragrafo 4, lett. a, Legge fondamentale). Il diritto di voto fonda una pretesa di autodeterminazione democratica, di libera ed eguale partecipazione statale esercitata in Germania nonché una pretesa di rispetto del precetto di democrazia che include il rispetto del potere costituente del popolo ...».

²⁶⁰ Condizione ultima che il *Bundesverfassungsgericht* ricorda essere presupposta e garantita dalla Legge fondamentale, evidentemente proprio attraverso l'organo di garanzia appositamente costituito, come affermato al par. 216.

²⁶¹ Si veda il par. 220.

²⁶² C'è qui chiaramente la consapevolezza degli stati nazionali costituzionali democratici contemporanei di essere capaci di esercitare una influenza costruttiva su una società sempre più mobile e organizzata in reti, le cui maglie non conoscono i confini della sovranità territoriale, *solo* attraverso una *co-operazione* che riesca a coniugare e salvaguardare ad un tempo l'interesse proprio e quello comune, senza il quale ultimo, dunque, il primo non può essere raggiunto - e dunque è opportuna una sua valorizzazione già su un piano (meramente) funzionale ed anche puramente utilitaristico. In questo senso si veda il par. 221. Già nella *Maastricht Urteil*, peraltro, il Tribunale costituzionale federale aveva osservato in direzione analoga che ogni «adesione a una comunità di Stati implica che ciascuno Stato membro sia vincolato alle sue decisioni. Questo Stato - e con esso i suoi cittadini - acquista tuttavia anche nuovi poteri di influenza con la partecipazione alla formazione della volontà della comunità diretta al perseguimento dei fini comuni - e quindi anche propri; tale volontà è vincolante per tutti gli Stati membri e presuppone quindi anche da parte loro il riconoscimento del proprio vincolo.», in A. ANZON, J. LUTHER, *Il Trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, op. cit., p. 689.

²⁶³ Su tali temi mi sia consentito rinviare a M. ASERO, «*Desiderai essere un cittadino*». *Globalizzazione dei diritti e cittadinanza europea. Brevi riflessioni sul tema a margine del Trattato di Lisbona*, in *L'Unione per il Mediterraneo. Un percorso possibile per i problemi dell'area euromediterranea*, op. cit., pp. 31-35, ove in particolare rilevo che la mondializzazione interviene in questo senso ad offrire un nuovo incontro epocale con l'altro che si realizza con la caduta dei Muri. Questa pone nuovamente all'Europa un problema di identità: sembrerebbe che, dal punto di vista geopolitico, si possa costruire un ordine ma la globalizzazione ha già intaccato l'ordine, sta già attaccando le radici della sovranità. E lo sta facendo attraverso l'erosione di quelle che sono le sue categorie di riferimento nella

Tale ordine di considerazioni sembra attagliarsi in particolare al più generale dei problemi che riguardano il tema dell'identità europea, e particolarmente quello dell'identità giuridica dell'ordinamento dell'Unione, nella sua relazione sia nomostatica che nomodinamica con le diverse unità nazionali che lo compongono: può esistere, al di là di ogni presupposta purezza del diritto e della norma fondamentale che ne fonda e sorregge l'ipotesi *à la Merkel e à la Kelsen* e di ogni sottostante ipocrisia *à la Krasner*²⁶⁴, un ordinamento giuridico autenticamente sovrano e insieme ad esso un soggetto portatore dell'istanza decisionale unitaria capace di dominare la valenza disgregatrice dell'ordine politico propria delle nuove *potestates indirectae*, nella loro forma reticolare postmoderna a geometria variabile che svuota ogni sovranità dei suoi tradizionali caratteri?²⁶⁵ D'altra parte, pure se la Corte sottolinea il congedo della Legge fondamentale da un'idea autarchica e autoglorificante della condizione di Stato sovrano e sostiene una concezione del potere dello stato che guarda la propria sovranità come "libertà ordinata e vincolata dal diritto

teoria dello stato moderna; siamo abituati, infatti, a ritenere che elementi costitutivi dello stato dal punto di vista giuridico siano il popolo, il territorio ed appunto il governo. L'attacco più radicale è al territorio, ma poi tale attacco incide in definitiva anche sul rapporto che definisce, proprio attraverso l'istituto della cittadinanza, le identità individuali e collettive nazionali. E' un processo che porta ad avvertire un senso di prossimità planetaria e si realizza anzitutto per "grazia" delle nuove evoluzioni della tecnica, che conferiscono alla *technè* un ruolo sempre più importante nella condizione umana e modificativo della stessa natura dell'agire umano *tout court*, particolarmente nella forma delle tecnologie informatiche. Queste accrescono anzitutto la mobilità di tutte le unità economiche e così determinano una progressiva interdipendenza economica, che si avverte tanto a livello regionale che globale e si accentua proprio in relazione alla velocità con cui possono essere realizzate le operazioni; rispetto alle quali, peraltro, ci sarebbe da chiedersi quali determinazioni legislative sovrane, e di conseguenza anche quale partecipazione dei cittadini alla formazione della volontà dello stato come momento di espressione delle identità democratiche collettive e delle dinamiche integrative di una certa singolare comunità politica nazionale, per quanto ridotte schmittianamente a provvedimenti motorizzati, possano essere al pari di veloci colpi di click con i mouse dei propri computer collegati virtualmente ai mercati di tutto il pianeta. Non basta. La mondializzazione non è solo globalizzazione dei mercati; essa riguarda anche la comunicazione, la cultura, l'ideologia liberale, la politica e determina interdipendenze in ognuno di questi settori, all'insegna del nuovo politeismo, interdipendenze le quali riscrivono la geografia del potere statale e ne fanno l'espressione di una serie di accordi, limitazioni più o meno concordate, partecipazioni a diversi organismi internazionali ma anche nazionali e regionali che descrivono la costellazione postnazionale e la sovranità postmoderna. Da questo punto di vista non vi è dubbio, infatti, che la crisi della sovranità, che è anzitutto crisi della fiscalità, per l'impossibilità di localizzare i grandi capitali sovranazionali con la loro rete delocalizzata, che fa sistema in frode ad ogni etica contributiva capitalista, mina profondamente lo Stato sociale europeo; altrettanto certo è che nessuno Stato, per quanto possa essere egemone a livello geopolitico, può progettare ex se prima, e realizzare poi, sino in fondo una politica economica che influenzi a piacimento le dinamiche sistemiche e a rete della globalizzazione; non vi è dubbio, inoltre, e ciò incide profondamente sull'orizzonte di senso dell'istituto della cittadinanza quale sottile filo rosso che definisce il confine tra l'affermazione della appartenenza e la esclusione dell'estraneità, che la stessa contrapposizione amico-nemico perde pregnanza nella globale interdipendenza delle sovranità depotenziate postmoderne; è vero altresì che le stesse identità nazionali sono progressivamente de-strutturate dalla diffusione di valori e culture transnazionali, che in certo qual senso seguono, quasi assecondandole, le "velocità aggregative e disaggregative" dei *pixel*; vero è ancora, e procede nella medesima direzione costituendo un altro evidente segno della riconfigurazione della sovranità in divenire all'interno del nuovo laboratorio europeo, che proprio per il caso dei paesi coinvolti nel processo di integrazione europea, la stessa funzione del battere moneta, prerogativa essenziale della sovranità, è stata sottratta alle banche nazionali ed affidata alla banca centrale europea. Vero è insomma, che anche la sovranità assume forme reticolari, e a geometrie variabili secondo le rapide dinamiche della mondializzazione. E, infine, che essa si rimodula, acquista nuove identità, proprio nelle cooperazioni tra stati e nelle aperture a soggettività, le più disparate, in forma di unioni, organismi internazionali e quant'altro, oltre che nell'altra apertura, verso l'interno, al pluralismo istituzionale, che incontra le sensibilità e gli interessi nella loro dimensione locale segnalando le nuove prospettive entro cui si iscrive, al di là del retaggio simbolico della sovranità, la declinazione postmoderna dell'appartenenza alle comunità politiche particolari e poi, come all'interno di una figura unitaria composta da una serie di diversi cerchi concentrici, a quelle sussidiarie e viepiù generali. Fino a quella più grande che insieme manifesta ed è esponenziale della essenziale unità del genere umano, nella diversità individuale di identità singolari e collettive. O in altre parole vero è che il (non) sovrano non decide da solo, perché non è nelle condizioni di farlo, che l'unità politica non si conclude entro lo stato e che la sovranità è, esiste, solo in quanto sia inclusiva.

²⁶⁴ Si veda S. KRASNER, *Sovereignty: organised hypocrisy*, Princeton, NJ, 1999, il quale prevede quattro accezioni della sovranità statale, che individuano altrettante dimensioni del potere sovrano unitario dello stato: sovranità internazionale legale, caratterizzata dal mutuo riconoscimento di indipendenza degli stati; sovranità di Westfalia, contraddistinta dall'esclusione dell'influenza di attori esterni negli affari interni di uno stato; sovranità domestica, consistente nella organizzazione dell'autorità politica all'interno del territorio; sovranità interdipendente, quale capacità di regolare tutti i flussi transfrontalieri. Emerge chiaramente un dato fondamentale: il modello di sovranità esclusiva, quale si sostanzia nella compresenza di queste varianti della sovranità, è di assai problematica individuazione nella storia. La sovranità secondo Westfalia e la sovranità internazionale legale in particolare hanno subito violazioni tanto crude (invasioni) che più sottili (per esempio proprio l'imposizione del rispetto di certi *standards*, come avviene per il regime dei diritti umani, per il riconoscimento della propria statualità nella comunità internazionale); ragione per cui di sovranità deve parlarsi, come denuncia lo stesso sottotitolo del lavoro di Krasner, come di una ipocrisia organizzata.

²⁶⁵ Al punto che J. HABERMAS, in *La costellazione postnazionale*, Milano, 2002, pag. 40, segnala come «A comandare ora non è più chi ha la "sovranità sul territorio" bensì chi dispone della "velocità superiore"».

internazionale²⁶⁶, essa ad un tempo promuove il processo di integrazione escludendo di autorizzare che degli *alien powers* prevarichino la sua identità giuridica e politica sovrana²⁶⁷. In questo senso, il Tribunale di Karlsruhe precisa che la pur ampia devoluzione di poteri sovrani autorizzata dalla Legge fondamentale è tuttavia condizionata, *sub ordinata*, alla conservazione delle caratteristiche dello Stato costituzionale sovrano. Il processo di integrazione può proseguire solo nella direzione (*pre*)ordinata dal principio di *attribuzione specifica*, che è *limitata* (secondo la significativa qualificazione del linguaggio giuridico tedesco che ne segnala i limiti per così dire strutturali), e salvaguardando l'identità costituzionale degli Stati membri, la cui sovranità non è dunque in discussione²⁶⁸. In questa direzione, e ancora più esplicitamente, il Tribunale prosegue segnalando che l'integrazione (delle identità) pre-suppone una volontà di gestione comune e l'accettazione di una formazione autonoma della volontà nella comunità e tuttavia tale processo non pretende una subordinazione sottratta ai limiti e al controllo del diritto costituzionale né una rinuncia alla propria identità costituzionale e politica. E' questo lo *inter stitium* in cui la dinamica integrativa dell'Unione trova il proprio senso e insieme l'assunto teorico che attraversa l'intera pronuncia. Tanto è vero che la Legge fondamentale non autorizza gli organi costituiti attivi della Germania alla rinuncia del diritto di autodeterminazione del popolo tedesco (nella forma della sovranità internazionale della Germania) allo scopo di fare ingresso in uno stato federale – passo che, evidentemente, e come pure la Corte evidenzia ripetutamente e chiarisce, implica il trasferimento della sovranità²⁶⁹.

Il primo movimento vero e proprio della decisione del *Bundesverfassungsgericht* prende le mosse proprio da qui. La costituzione tedesca vigente non indica la via della rinuncia alla propria sovranità internazionale per condurre il processo di integrazione europea sino al porto della statualità in forma federale. Al contrario, continua la Corte, essa indica un'altra via: la partecipazione allo sviluppo di una Unione europea concepita come associazione di stati (*Staatenverbund*) cui sono conferiti diritti di supremazia. Vero è che la Corte altrove dice anche, significativamente, che lo Stato non è né un mito né un fine in se stesso, ma solo la forma di organizzazione, cresciuta storicamente e riconosciuta globalmente, di una comunità politica *capace di agire*²⁷⁰ (con il limite che una «necessaria ampiezza di opportunità d'azione» si consegue nella condizione di crisi postmoderna solo attraverso le Unioni con altri Stati) e che l'obiettivo di integrazione non dice nulla (non può dire conseguentemente?) sul carattere finale della costituzione politica dell'Europa²⁷¹. E ancora che, nel volere la partecipazione all'Europa, che dunque secondo la Legge fondamentale è un dover essere, si dia (ancora nel senso che si deve

²⁶⁶ Così ai par. 220 e 223.

²⁶⁷ Come prospettato dai ricorrenti e caratteristico del pensiero eurosceptico, secondo la prospettiva di Leviatani postmoderni che temono di essere detronizzati appartenente alla genealogia del potere sovrano risalente al mito di Crono.

²⁶⁸ Cfr. il par. 227 della motivazione.

²⁶⁹ Cfr. il par. 228 della motivazione. Al successivo par. 236, peraltro, la posizione della Corte sembra più sfumata. Così c'è stato chi in dottrina ha avanzato il ragionevole dubbio che l'affermazione ivi compiuta, secondo la quale il «programma di integrazione dell'Unione europea deve essere sufficientemente determinato. *Se il popolo non è chiamato a decidere direttamente* (corsivo mio), è democraticamente legittima solo quella scelta di cui può rispondere il parlamento», non possa essere intesa nel senso che la Corte ritenga di avanzare qui alternativamente l'idea della sufficienza di una consultazione popolare referendaria, e se pure senza l'insistenza con la quale in più punti avanza la tesi del necessario esercizio del potere costituente popolare. Se però si osserva il tenore dei successivi par. 263, laddove si precisa che se «si superasse invece la soglia verso lo Stato federale e verso la rinuncia alla sovranità nazionale, scelta che in Germania presupporrebbe una libera decisione del popolo eccedente la forza attuale della vigente Legge fondamentale», e 340, laddove dice che la «Legge fondamentale mira all'inserimento della Germania in una comunità giuridica tra stati pacifici e liberi. Tuttavia non rinuncia alla sovranità, che è racchiusa nell'ultima parola della Costituzione tedesca, come il diritto di un popolo di decider in modo costitutivo sulle questioni fondamentali della propria identità» (ma in quale modo?), il dubbio a mio parere scompare. Le formule più sfumate appaiono allora per quel che sono: un dire e non dire, la consapevolezza che la normatività dei fatti in fondo finisce per travalicare ogni sforzo di normalizzazione del fattuale. E dunque una forma di prudenza istituzionale nei confronti delle scelte politiche della Germania in materia di processo di integrazione europea, anche e soprattutto nella prospettiva costituzionale di aperta statualità che si è già accennata nel testo e si andrà approfondendo con la comparsa delle altre coordinate della Costituzione tedesca e del Trattato che orientano (*rectius*: devono orientare) il processo di integrazione europeo per la Germania, all'interno della particolare lettura che l'esperienza costituzionale tedesca *post* bellica ha sottolineato del rapporto tra poteri costituente e costituiti.

²⁷⁰ Cfr. il par. 224 della sentenza.

²⁷¹ Cfr. il par. 227 della sentenza.

dare) una per ciò non rinunciabile attitudine amichevole della Germania verso il diritto dell'Europa (*Europarechtsfreundlichkeit*, secondo il nuovo neologismo qui introdotto dalla Corte di Karlsruhe)²⁷², nel suo essere costitutivo della (e *coessenziale* alla) identità giuridica europea. Ma l'Europa alla “Corte” della Germania, il genoma identitario che qualifica l'Unione di Lisbona, quale politicamente definita (e la cui identificazione giuridica è subordinata al solo completamento dei procedimenti di ratifica degli stati membri) non ha varcato, per la Corte tedesca, la soglia della *statualità*, e soprattutto non ha assunto la forma del *Bundesstaat*, lo stato federale²⁷³. Essa è invece, nella interpretazione che del Trattato di Lisbona fornisce il Tribunale di Karlsruhe, ancora (e “più semplicemente”) uno *Staatenverbund*. E' questa la formula giuridica con cui il processo di autocomprensione delle identità collettive europee traduce lo stadio attuale del processo integrativo, l'Unità nella diversità secondo Lisbona a parere della Corte tedesca. Insieme, è questa la chiave interpretativa principale della pronuncia in esame cui si accompagnano i presupposti teorico-concettuali che logicamente costituiscono la trama di riferimento di quell'ordito e rispondono a tutti gli interrogativi con cui la pronuncia della Corte si deve confrontare. Tra questi, nelle conseguenze che la Corte trae²⁷⁴, la scelta di individuare la identità giuridica dell'Unione di Lisbona come *Staatenverbund* e non come *Bundesstaat* sembra insieme la via per non rimanere del tutto sordi all'autorevole invito, che ho richiamato, di fermare la Corte di giustizia nella sua applicazione della primazia del diritto europeo che rischia di farne un (surrogato) soggetto legislatore costituente rispetto a ciascuna e a tutte le Costituzioni degli Stati membri²⁷⁵ - cui finirebbe per sottrarre ogni supremazia. E ciò sembra fare rivendicando, come diremo oltre, una posizione istituzionale di pari dignità, pure nella diversità di ruolo, rispetto alla stessa suprema istanza di giudizio europeo, quale (co)protagonista di quel (pure strutturalmente problematico) dialogo che il sistema e la complessa identità europea (l'Unità nella diversità degli ordinamenti) delle rispettive istanze sovrane e dei sommi garanti dell'unità e coerenza giuridico-costituzionale (e politica), richiedono.

2.2. Dalla considerazione che l'Europa non è uno stato, e tanto meno uno stato federale che comprime la sovranità internazionale tedesca, in cui si riassume il senso del primo movimento (interpretazione del Trattato di Lisbona difforme da quella proposta dai ricorrenti), la Corte coglie l'occasione per derivare ed esporre i tratti della propria teoria generale del diritto europeo. Per tale via, essa rivela direttamente o indirettamente i presupposti concettuali che a quella si accompagnano, segnando così i confini dell'attuale sistema, il suo dover essere (rispetto al quale la lettura dell'identità europea attraverso la formula dello *Staatenverbund* si traduce in un essere, nella mera osservazione di un fatto), e con esso i punti e le croci, per così proseguire nella metafora che ho inteso adottare, della tela di Penelope europea nei giorni di Lisbona. Insieme, tuttavia, essa prefigura un orizzonte alternativo, un sistema ed una corrispondente identità politica e giuridica europea altra, che apre scenari anche per quanti intendano per questa via sostenere la tesi di una vocazione dell'Europa a “diventare ciò che è”, secondo le proprie radici identitarie culturali, antropologiche e geopolitiche. Identità altra che per certi versi la Corte prefigura giungendo ad

²⁷² Si vedano a tale riguardo i parr. 222 e 225 della sentenza.

²⁷³ Cfr. il par. 277 della motivazione, ove la Corte segnala la chiara convergenza in questa direzione tra quanto richiesto dalla Legge fondamentale tedesca e quanto previsto dal Trattato di Lisbona: «Non solo dal punto di vista della Legge fondamentale, la partecipazione della Germania all'Unione europea non implica il trasferimento del modello di Stato federale a livello europeo, piuttosto l'estensione del modello federale del diritto costituzionale in una dimensione cooperativa sovrastatale. Anche il Trattato di Lisbona ha optato contro il modello di una costituzione federale europea [...] Non si è manifestata una volontà di fondare uno Stato. [...] L'Unione europea non corrisponde al livello della Federazione in uno Stato federale».

²⁷⁴ Pure tenendo a mio parere presente l'istanza europeista e intendendo semmai indirizzarla verso percorsi *meno ambigui* e formalmente sganciati dalla operazione di continuo *stretching* dello spirito costitutivo delle Comunità.

²⁷⁵ Di consolidamento della influenza della Corte di giustizia, la cui giurisprudenza appare troppo “eurocentrica” e produce un ampliamento della propria competenza con corrispondente limitazione di quella dei Tribunali degli Stati membri, e della conseguente necessità di istituire una Corte diversa ed indipendente dalla Corte di giustizia europea che decida sulla ripartizione delle competenze, anche in vista del livello di integrazione realizzato nella UE, parlavano infatti, nel citato invito a fermare la Corte europea di giustizia, R. HERZOG, L. GERKEN, *Stoppt den Europäischen Gerichtshof*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 8.9.2008, cit., p. 8.

ammettere anche l'ipotesi della costituzione di uno stato (federale) europeo, rispetto al quale chiede tuttavia (quale condizione indispensabile al suo venire in essere) un esercizio democratico di potere costituente a segnare una sostanziale discontinuità politica - pure nell'assai problematico tentativo di darvi una qualche continuità dal punto di vista giuridico formale attraverso l'estensione massima delle maglie della previsione dell'art. 146 della Legge fondamentale²⁷⁶. Torniamo ora, invece, al tema dei confini (di)segnati dalla Corte per l'attuale sistema. Anzitutto, a risolvere geneticamente la domanda sulla localizzazione giuridica della sovranità, l'identità giuridica europea è una identità derivata - e in tale senso a mio parere le si può riconoscere valenza sussidiaria nell'accezione più propria del termine, come pure dirò oltre. Essa è in quanto Comunità, ed ora Unione, autorizzata all'esercizio di competenze sovranazionali dagli Stati membri, che ne sono origine e pertanto signori²⁷⁷. In questo senso, non può seriamente dubitarsi che la "costituzione" dell'Europa (che la Corte identifica formalmente con il diritto dei trattati internazionali, ossia le fonti primarie) costituisca e rimanga allo stato attuale un ordinamento derivato. Sicché, arguisce la Corte, tale costituzione fonda una (mera) *autonomia* sovranazionale, che dunque è limitata logicamente, per quanto ampia possa essere nella prassi politica quotidiana²⁷⁸. Resta esclusa solo la diversa ed estrema ipotesi del verificarsi di trame costituenti *extra ordinem* che, nel sovrapporsi alle stesse, sfuggono per definizione ad ogni previsione normativa e posizione di limiti ad opera dell'Ordine che delega e viene ad essere sostituito ma la difficoltà di concreta attuazione delle quali è pari, nel caso di specie, a quella della necessaria convergenza di volontà soggettive nazionali costituenti, comunque complesse ed articolate, che qui dovrebbe verificarsi perché quelle trame fossero poste in atto. E infatti, per quanto li riguarda, l'ipotesi di un trasferimento della competenza sulla competenza esula dalle possibilità degli organi costituiti tedeschi dal momento che questi non possono disporre²⁷⁹, come ribadisce il Tribunale di Karlsruhe²⁸⁰²⁸¹.

2.3. In questo quadro, la Corte afferma che, se il popolo tedesco non è chiamato a decidere direttamente, non è democraticamente legittima una scelta della quale non possa rispondere il parlamento. Così, un'eventuale previsione del diritto pattizio che operi una delega in bianco e consenta una modifica ad opera *esclusiva o prevalente* degli organi dell'Unione senza procedura di ratifica²⁸² deve prevedere, anche ove si salvaguardi in linea di massima il principio di attribuzione

²⁷⁶ Sul punto tornerò nelle osservazioni conclusive di questo studio per tentare di segnalare l'orizzonte entro il quale tali affermazioni devono essere collocate, dal momento che esse mi sembrano logicamente e sostanzialmente appartenere all'esperienza tedesca post bellica e al connesso dibattito tedesco su orizzonte e prospettive del potere costituente, entro scenari costituzionali positivi collocati al di là perfino della contrapposizione tra diritto e politica, della quale per l'appunto è in fondo espressione la stessa distinzione tra potere costituente e poteri costituiti.

²⁷⁷ Con espressione coniata nella *Maastricht Urteil* e ripresa più volte nel corso della sentenza, esemplarmente al par. 298, laddove si afferma che il principio dell'attribuzione specifica limitata continua ad essere vincolante e gli Stati restano i signori dei trattati nonostante un'ulteriore estensione delle competenze, concludendo poi che la Repubblica Federale di Germania resta uno Stato sovrano e quindi un soggetto di diritto internazionale anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

²⁷⁸ Cfr. il par. 231, ove pure la Corte prosegue specificando che: «Per autonomia può essere inteso qui – come abitualmente nel diritto delle autonomie territoriali – solo un potere di imperio a sé stante ma derivato cioè concesso da altri soggetti giuridici. Viceversa la sovranità internazionale e del diritto statale pretende come base costituzionale propria l'indipendenza da ogni volontà estranea».

²⁷⁹ In assenza di un esercizio di potere costituente del popolo tedesco, infatti, una delega in bianco (per quanto inerente la procedura di revisione e configurabile come rottura costituzionale) non può essere formalmente concessa da organi costituzionali tedeschi, che sono e dispongono solo di poteri costituiti, dunque essi stessi limitati giuridicamente.

²⁸⁰ Richiamando, tra l'altro, al par. 233, la giurisprudenza della Corte in argomento: BverfGE, 89, 155 <187 s., 192, 199>; e anche BverfGE 58, 1 <37>; 104, 151 <210>.

²⁸¹ Cosa che evidentemente esclude apriori la stessa ipotesi della delega di poteri costituenti formali quale espressa teoricamente nell'ultima formulazione di Alf Ross della nota costruzione logica (la quale traduce giuridicamente il tema della sovranità) che risolve il vizio dell'autoriferimento in relazione alla norma presupposta. Quella ipotesi peraltro è notoriamente costruita a livello di singolo ordinamento e per leggerne sul piano diacronico la nomodinamica a livello apicale ma sembra possa essere adattata anche per il caso di più deleghe convergenti verso un unico delegato, secondo la nota formula dell'obbedienza all'autorità A, ed eventualmente a quella cui questi dovessero a loro volta delegarla, comandata dai genitori ai figli sino al loro (in fondo eventuale...a fronte di un autentico esercizio di potere costituente!) ritorno.

²⁸² Ma qui occorrerebbe pure definire l'ambito concettuale della prevalenza, al di sotto del quale non si darebbero procedure di ratifica problematiche agli occhi del *Bundesverfassungsgericht* ...

specifica limitata, una responsabilità particolare a carico dei corpi legislativi a fianco di quella che grava sul Governo federale e tale responsabilità deve potersi fare valere dinanzi al giudice costituzionale²⁸³. Qui emerge il tema del valore politico della pronuncia della Corte, che ad alcuni commentatori è parsa strumentale all'obbiettivo di una valorizzazione del ruolo del Tribunale costituzionale di fronte alla Corte di giustizia e agli organi costituzionali nazionali. A me pare, però, che sul piano giuridico la pronuncia della Corte appaia anche sul punto poco eccezionale e che la stessa Corte, nel suo procedere, non manchi di una qualche prudenza. Così è per la ferma intenzione di affermare che unità e molteplicità delle identità nazionali devono coesistere senza sopraffazione dell'una sull'altra, particolarmente con riguardo a quelle altre unità, politica e dell'ordinamento giuridico tedeschi, di cui è ontologicamente garante (e che è porzione pro quota della molteplicità delle diversità nazionali che vanno a comporre l'identità una e molteplice dell'Unione europea), giacché l'identità della costituzione degli stati membri (cioè nella specie l'identità della Legge fondamentale) resiste all'integrazione²⁸⁴. Così è ancora, quando il Tribunale costituzionale sottolinea pure che il meccanismo di integrazione europeo non gode di una fiducia illimitata e che ciò si traduce, nel rapporto tra fonti e rispettivi ordinamenti, nella possibilità di generare tensioni significative con il principio costitutivo dell'attribuzione specifica limitata e con la responsabilità per l'integrazione nel diritto costituzionale del singolo stato, nel caso di *interpretazione* o *modifica* estensiva da parte delle istituzioni europee. In tale guisa, infatti, il Tribunale costituzionale tedesco intende segnalare che al superamento del programma di integrazione prestabilito (rispetto al quale si finirebbe per agire al di fuori della propria autorità) si rischia di giungere a disporre perfino della competenza sulla competenza. In questo senso, precisa il BVG, un superamento del principio costitutivo di attribuzione specifica limitata potrebbe avvenire nel caso che organi dell'Unione europea potessero *decidere* su come *interpretare* il diritto dei trattati senza limiti e senza un controllo esterno, il quale ultimo, peraltro, la Corte sottolinea dover essere comunque *molto ristretto* e concepito *esclusivamente* come *eccezionale*, assegnando per ciò stesso a se medesima e ai propri controlli degli ulteriori limiti – dato la cui importanza è stata pure sinora per lo più trascurata nei commenti alla pronuncia della Corte tedesca.

Altrimenti procedendo, lo si ribadisce ed è questa la sola via che dal punto di vista giuridico permette di pensare ad una nuova identità, statale e federale, dell'Unione, sarebbe necessario l'esercizio della libertà d'azione del popolo che si autodetermina²⁸⁵, e dunque in fondo (se inteso nella forma tradizionale) un elemento di discontinuità a livello dell'ordinamento nazionale. Prova ultima della coerenza di una tale lettura è, secondo quanto dispone adesso espressamente proprio il nuovo Trattato di Lisbona, il fatto che sia previsto il già menzionato diritto di recesso dall'Unione, prescindendo dalla stessa durata indeterminata del vincolo pattizio, e senza attribuire rilievo in contrario ad una eventuale opposizione, di altri stati membri o dell'Unione. Insomma, come pure sottolinea la Corte, non si tratterebbe di una secessione da un ente di tipo statale (problematica dal punto di vista del diritto internazionale) ma solo del recesso da uno *Staatenverbund*, cioè da una associazione di Stati fondata sul principio di reversibilità dell'autolimitazione di Stati nei quali è ancora localizzata la sovranità. Il diritto di recesso, che è espressione di un potere incontestabile e sinora giuridicamente implicito nella sovranità degli Stati membri, è insomma incompatibile con una alternativa identificazione dell'Europa di Lisbona quale Stato (federale)²⁸⁶. A tali riguardi, mi pare da evidenziare che la stessa previsione esplicita dell'art. 4, paragrafo 2, TUE, di un obbligo posto a carico dell'Unione di rispettare l'uguaglianza degli Stati membri e la loro identità nazionale politica e costituzionale, trova lo zenit e l'omega della interpretazione testuale e sistematica da un lato nella previsione dell'art. 1, paragrafo 1, dello stesso TUE, che esprime la natura derivata dell'Unione europea in quanto istituita dalle Alte Parti Contraenti (e cui gli Stati membri attribuiscono competenze funzionali agli obbiettivi comuni da

²⁸³ Così il par. 236.

²⁸⁴ In tale senso, si veda il par. 239 della sentenza.

²⁸⁵ Cfr. il par. 233 della sentenza.

²⁸⁶ E dunque sostiene il paradigma interpretativo della Corte di Karlsruhe che salva la legittimazione dell'Unione nonostante (e anzi e paradossalmente grazie al) la conferma in ordine al deficit democratico.

conseguire); dall'altro, nella disposizione dell'art. 50 TUE, che appunto riconosce (“può” nel senso della possibilità di fatto e non della *attribuzione* di una facoltà altrimenti preclusa) la decisione incondizionata di recedere dall'Unione - la cui conformità è infatti misurata (solo) sulle rispettive norme costituzionali²⁸⁷.

2.4. Se questo è il contesto, la domanda è: chi è il giudice della identità politica e costituzionale nazionale? Vale a dire, quale istanza di giudizio è in grado di garantire la molteplicità che è dell'Unione e insieme l'unità propria di ciascuna delle singole componenti identitarie statuali, ognuna chiamata al processo di integrazione nell'unità dell'ordinamento europeo?

Qui sembra tornare evidentemente in gioco il senso del primato del diritto europeo, appunto quale primazia concessa all'ordinamento giuridico europeo nei limiti che si diceva essere di un ordinamento derivato, quelli di un'*autonomia*. Le Corti costituzionali nazionali manterrebbero pertanto la possibilità di bloccare l'applicazione della norma europea che disponesse a scapito della stessa identità della norma interna fondamentale²⁸⁸. A tale proposito, mi sembra opportuno allora segnalare un passaggio della sentenza in cui la Corte afferma la propria natura di giudice a tutela dell'ordinamento costituzionale tedesco (quindi dell'unità giuridica e della sottostante forma dell'unità politica della Repubblica federale tedesca) e che sembra però rivolta prudentemente, e il dato non sembra essere stato adeguatamente evidenziato sinora nei primi commenti, nella forma ipotetica della (almeno da un punto di vista letterale) subordinazione a due condizioni²⁸⁹. L'*identity review* e l'*ultra vires review*, rispettivamente preordinati alla garanzia dell'intangibile nucleo di contenuto dell'identità costituzionale e al caso di sforamenti nell'esercizio delle competenze dell'Unione europea servono a *rendere giustiziabile* la responsabilità per l'integrazione e non (almeno formalmente) più sottili logiche politiche di rivendicazioni di ruolo e di poteri²⁹⁰ dell'organo tedesco di controllo della costituzionalità e possono avere corso solo se si riscontrano *evidenti* sconfinamenti (salvo naturalmente definire poi in concreto quando si raggiunga la soglia di una tale evidenza) e se non sia conseguibile una tutela giurisdizionale a livello dell'Unione, evidentemente, si deve presumere, anzitutto ai sensi dell'articolo 263 TUE. Sicché, il *Bundesverfassungsgericht* controllerebbe (questo il senso letterale che non sembra possibile non attribuire alla formulazione ipotetica) se gli atti degli organi e delle istituzioni europee si mantengono nei limiti dei diritti di supremazia conferiti tramite attribuzione specifica limitata, rispettando il principio di sussidiarietà del diritto della Comunità e dell'Unione, solo ove avesse la certezza di trovarsi nella impossibilità di ricevere quella tutela²⁹¹. Esso verificherebbe altresì se sia

²⁸⁷ Come pure la Corte sottolinea altrove e come testualmente prevede l'art. 50, II, TUE, lo Stato membro che decide di recedere si limita a notificare tale intenzione al Consiglio europeo; dopo di che, l'Unione negozia e conclude con lo Stato un accordo volto a definire le modalità del recesso, tenendo conto delle future relazioni con l'Unione.

²⁸⁸ Come già segnalato, procedono in questa direzione, M. CARTABIA, op. cit., ove si segnala come già l'art. I-5 del Trattato costituzionale (l'odierno art. 4 TUE) prevedesse l'operare di un simile condizionamento a carico del principio del primato del diritto europeo, e A. RUGGERI, op. cit., il quale parla significativamente di europeizzazione dei controllimiti.

²⁸⁹ Si veda il par. 240 della motivazione, rispetto alla cui interpretazione mi consta fare eccezione solo A. ANZON, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella “sentenza Lissabon” del Tribunale costituzionale federale tedesco*, op. cit., pp. 20-22, la quale particolarmente osserva come «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”, si presenta anche meno dirompente di quanto paventino i suoi critici, e meno facilmente azionabile di quanto sembrano ritenere i suoi propugnatori [...] Si può constatare così che il controllo *ultra vires* – che appare il più temibile dagli “euro-entusiasti” - nella “sentenza Lissabon” 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 europeo». Sicché, prosegue l'A., sembra di essere in presenza di «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 Giustizia».

²⁹⁰ Secondo tesi che evidentemente riscrivono interamente il senso e gli orizzonti del processo di integrazione politica e giuridica dell'Europa e per le quali si veda anzitutto: F. VECCHIO, *Competenza e gerarchia nella sentenza Lisbona del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico?*, op. cit., ed ivi la ampia bibliografia citata.

²⁹¹ Tanto per il requisito della evidenza, che deve qualificare gli sforamenti nell'esercizio delle competenze da parte degli organi dell'Unione, che per l'ulteriore presupposto della impossibilità di ricevere la tutela giurisdizionale dell'Unione, è verosimile attendersi che la prossima giurisprudenza costituzionale della Corte tedesca operi delle ulteriori precisazioni interpretative, magari già a partire dall'attesissima sentenza *Honeywell*. E così, ad esempio, ci si chiede se la Corte costituzionale tedesca sia obbligata ad

salvaguardato il nucleo sostanziale intangibile dell'identità costituzionale, competenza che la Corte si affretta ad affermare radicata essa stessa nel diritto costituzionale ma il cui esercizio è obbligato nella direzione (si conforma, dice testualmente) del principio del favore per il diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*) - e per ciò stesso non si pone in contrasto con il principio della leale collaborazione (art. 4, paragrafo 3, TUE-Lisbona)²⁹², quale inteso in un ordinamento federale come quello tedesco, all'interno del quale è già ben consolidato il principio costituzionale della *Bundestreue*²⁹³ o, per l'appunto, di lealtà federale e leale collaborazione (positivizzato nell'ordinamento europeo nella disposizione dell'art. 4, paragrafo 3, TUE).

E' insomma, prescindendo dalla successiva sottolineatura che entrambi i controlli (*identity review* e *ultra vires review*) facciano capo in Germania (*rectius*: nell'ordinamento tedesco) esclusivamente alla Corte costituzionale, a garanzia di un'applicazione del diritto costituzionale che sia favorevole al diritto europeo e serva a tutelare la funzionalità dell'ordinamento comunitario, una Corte che dice e non dice, che lancia dei segnali alla stessa Corte di giustizia ma non mi sembra intendere andare oltre la forma e la sostanza della lettera dei Trattati²⁹⁴. Insomma, sembra ancora una volta, al di là dell'imprevedibile dinamica politica degli sviluppi futuri del

effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ovvero possa intervenire prescindendo dall'aver proceduto ad effettuare lo stesso.

²⁹² In questo senso, la stessa Corte considera assai significativamente al par. 340 della motivazione, e in relazione al discorso sull'inserimento della Germania in quella comunità giuridica di Stati liberi e pacifici che è l'Unione, che esistono connessioni tra ordini politici che non si articolano in forme rigidamente gerarchiche, almeno, sottolinea prudentemente il Tribunale di Karlsruhe, se si intenda farne un uso costruttivo. Sicché il fatto che essa voglia mantenere l'ultima parola della costituzione tedesca, che è diritto di un popolo di decidere in modo costitutivo sulle questioni fondamentali della propria identità, e dunque la stessa possibilità che il legislatore non osservi norme di trattati internazionali – peraltro assumendosi le rispettive conseguenze nelle relazioni internazionali – non contrasta con l'obiettivo del favore per il diritto internazionale se solo così si pone rimedio ad una violazione dei principi fondamentali della Costituzione. Solo che, come nel caso *Kadi* (che viene richiamato a testimonianza del fatto che la stessa Corte di giustizia europea vi ha argomentato analogamente), *si deve trattare di casi eccezionali e condizioni particolari e strette*. Una eventuale pronuncia del Tribunale di Karlsruhe di inapplicabilità in Germania di norme di diritto dell'Unione a queste condizioni non presenta allora alcuna contraddizione con l'obiettivo del favore per il diritto europeo, vale a dire con la partecipazione della Germania alla realizzazione dell'Europa unita, secondo le prescrizioni del Preambolo e dell'art. 23, par., per. 1, della Legge fondamentale.

²⁹³ La prima formulazione di tale principio risale a R. SMEND, *Unterschiedenes Verfassungsrecht in monarchischen Bundesstaat*, originariamente apparso in *Festgabe Otto Mayer*, ora in R. SMEND, *Staatrechtliche Abhandlungen*, Berlino 1968, p. 39 ss., saggio dedicato al diritto costituzionale non scritto nello stato federale monarchico. In analogia direzione, J. LUTHER, *Il trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe*, op. cit., p. 4, il quale osserva dapprima che «a qualcuno diffidente potrebbe suonare nell'orecchio come “amici come prima” e a qualcun altro cinico come “freundlich, aber unverbindlich”, “amichevole, ma senza vincolo”», ma poi prosegue osservando altresì che «per evitare le diffidenze e i cinismi, meglio intendere l'amicizia come un dovere non meramente etico, ma, in senso giuridico, come dovere di essere favorevoli allo sviluppo all'integrazione nei limiti, solo eccezionali, che pone a tutti il nostro dovere di garantire l'identità costituzionale, di essere civilmente e costituzionalmente insieme europei e tedeschi, italiani, francesi ecc...»; e infine conclude: «Non so se questa sia l'intenzione del giudice costituzionale, ma non vi è dubbio che il concetto di *Europarechtsfreundlichkeit* può essere più costruttivo della conservazione terminologica di quello di Staatenverbund messo in prima vista nella vetrina delle massime», invitando altresì a non dimenticare «la lezione di Smend secondo cui esiste anche una *Bundesfreundlichkeit* nel diritto costituzionale tedesco, qualcosa di sostanziale e non falsamente formale, di costituzionalmente più elaborato rispetto all'antica lealtà federale». Lo stesso A., osserva che «Il nuovo termine *Europarechtsfreundlichkeit* è un neologismo che sembra derivato dalla terminologia giusinternazionalista della “Völkerrechtsfreundlichkeit” (cfr. A. BLECKMANN, *Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit in der deutschen Rechtsordnung, Die öffentliche Verwaltung* 1996, p. 137 ss.) nella quale riecheggia l'elemento della “gentilezza”. Potrebbe avere radici anche nel principio giuspubblicistico della “Bundesfreundlichkeit”, rielaborazione smendiana del concetto della “Bundestreue” (cfr. H. BAUER, *Die Bundestreue, Tübingen* 1992, p. 139) a cui si ricollega il principio della “leale collaborazione”. Viene tradotto nella traduzione semiufficiale inglese come “openess”, cioè “apertura”, verso il diritto comunitario. “Apertura” tuttavia è ritraducibile con “Offenheit” e termine utilizzato nella produzione scientifica del giudice relatore Di Fabio. Essendo la versione più letterale “amichevolezza/amicabilità” riferibile invece a persone e ritraducibile piuttosto come “Freundschaftlichkeit”, si preferisce il termine più generico di “favore” inteso come preferenza applicativa», in *Traduzione della sentenza del Bundesverfassungsgericht, secondo senato, del 30 giugno 2009, sul Trattato di Lisbona*, in www.associazionedicostituzionalisti.it/giurisprudenza/cortistraniere1/tedesca/KarlsruheLisbona.pdf

²⁹⁴ In direzione analoga, A. ANZON, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella “sentenza Lisbona” del Tribunale costituzionale federale tedesco*, op. cit., p. 23, la quale rileva che: «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 integrazione, 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 membri».

processo di integrazione europea, e a richiamare un proverbiale detto in cui si manifesta la saggezza popolare, che can che abbaia non intenda poi anche mordere...²⁹⁵ E si pensi, conclusivamente sul punto, che la interrelazione tra *ultra vires review* e *identity review* ulteriormente sottolinea la necessità di un continuo dialogo tra Corti, quale evidenziato dal fatto che un atto che leda l'identità costituzionale della Legge fondamentale tedesca, e con essa lo stesso art. 4, paragrafo 2, TUE, non può non essere insieme un evidente sconfinamento nell'esercizio delle competenze europee (per così dire, come il minore nel maggiore), che in quanto tale può trovare tutela giurisdizionale a livello dell'Unione. Vale a dire proprio presso la Corte di giustizia, la tutela giurisdizionale della quale esclude, secondo quanto affermato dallo stesso Tribunale costituzionale tedesco, la possibilità-necessità di un analogo giudizio del *Bundesverfassungsgericht*²⁹⁶.

2.5. A suffragio della lettura che ho ora proposto, peraltro, sembra rilevare anche l'insistente richiamo della Corte alle previsioni dell'art. 146 GG. La posizione di leale collaborazione del Tribunale costituzionale federale, la sua *Europarechtsfreundlichkeit*, è infatti inequivocabilmente attestata proprio dal suo promuovere un uso del potere costituente (pure nella particolare e problematica declinazione che di esso fa propria l'ordinamento costituzionale tedesco) atto a risolvere l'impasse del processo di integrazione europea e indirizzare la Repubblica federale tedesca verso i nuovi orditi di uno stato federale europeo e di un regime parlamentare con competenze democratiche positive per il Parlamento europeo che contenga una piena autonomia costituzionale e la stessa competenza sulla competenza. Da un lato, riprendendo la posizione della dottrina tedesca dominante, ciò costituisce il campo di applicazione più significativo e rilevante dell'art. 146 Grundgesetz²⁹⁷; dall'altro, è significativo di uno spirito di sacrificio dello stesso organo di giustizia costituzionale tedesco, nella consapevolezza che in tale modo si percorre la via del complessivo trasferimento dei diritti di sovranità (dei quali solo si conferma la indisponibilità da parte del legislatore di revisione costituzionale tedesco) e della rinuncia alla possibilità di denuncia dei trattati, oltre che del venire meno dello stesso valore delle pronunce (e del ruolo) del *Bundesverfassungsgericht*. E sempre altra cosa essendo le dinamiche pratiche che i fatti hanno già sino a qui proposto, nel tempestoso clima che (dopo le speranze progettuali di Nizza) l'Europa ha dovuto affrontare alla ricerca della propria identità giuridica e politica e più compiuta

²⁹⁵ Osserva A. ANZON, op. ult. cit., pp. 22-23, che un ridimensionamento della portata del problema può trarsi dalla considerazione della giurisprudenza del Tribunale che evidenzia un atteggiamento di prudenza dello stesso rispetto al diritto europeo e ai *dicta* della Corte, come attestano «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 sulla volontà del *Bundesverfassungsgericht* di evitare contrasti con il Giudice europeo: mi riferisco in particolare alle pronunzie sull'organizzazione europea del mercato delle banane e sul mandato d'arresto europeo. 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 esso». Da una prospettiva diversa muove il c.d. Appello dei trenta giuristi (tra i quali spiccano autori come I. Pernice e F. Mayer, difensori della costituzionalità del trattato davanti alla Corte), in www.whi-berlin.de, nel quale si chiede di introdurre con legge costituzionale l'obbligo di rinviare pregiudizialmente alla Corte di Giustizia l'atto europeo contestato e attenersi alla interpretazione che questa ne dia nell'ordinamento tedesco. E' evidente infatti trattarsi di una posizione che ritiene di indicare in tale modo una via d'uscita a quell'impasse in cui si troverebbe il dibattito tedesco sul tema della opportunità di contrastare la recente progressione della giurisprudenza europea della Corte di Giustizia, il cui punto critico più alto è nel già citato invito contenuto nell'articolo di R. Herzog e L. Gerken, nella direzione di una *renovatio* del dialogo tra le due Corti, secondo gli auspici già formulati a Maastricht e poi nella giurisprudenza della Solange I e II e della pronuncia sull'organizzazione del mercato delle banane.

²⁹⁶ Confermando, l'intrecciarsi continuo di ambiti funzionali e competenze reciproche in nome di una Unità che non riduce (né potrebbe farlo nella attuale permanente signoria dei trattati degli Stati membri) ma al contrario valorizza la diversità della molteplicità di identità politiche e costituzionali nazionali quali espresse per ciascuna nella unitarietà degli ordinamenti giuridici rispettivi. Senza, mi sembra, per ciò porre dunque, almeno sul piano teorico, univoche premesse per una deriva del diritto europeo nella direzione di un nuovo paradigma costituzionale a cui fondamento si ponga l'idea dell'asimmetria – quale può trovare supporto in una certa lettura dei centomila volti della sussidiarietà che sia strumentale all'affermazione del livello di governo statale tanto in ordine ai rapporti con l'Unione che con gli enti esponenziali delle comunità politiche infra statuali (e dunque in chiave funzionale, una volta in senso ascendente e l'altra in senso discendente).

²⁹⁷ Secondo la ricostruzione che della stessa è fatta da M. SACHS, *Grundgesetz: Kommentar*, Monaco, 2003.

autocomprensione; e che potranno pure ulteriormente delineare, nel continuo disfarsi durante la notte della tela europea che il giorno ha tessuto, particolarmente sul piano del rispetto della sussidiarietà come principio anch'esso giustiziabile - anzitutto dalla stessa Corte costituzionale tedesca, come pure ha notoriamente evidenziato un'opinione nel giudizio dello stesso Tribunale costituzionale federale tedesco sul mandato d'arresto europeo e rilevano da qualche tempo alcune dottrine internazionali²⁹⁸.

2.6. Il secondo movimento comincia laddove, con l'affermazione che con il nuovo Trattato l'Unione europea non diviene uno Stato (né tanto meno la sua Unità politica nella diversità è data nella forma dello Stato federale) e la definizione dell'identità dell'Europa di Lisbona come *Staatenverbund*, termina il primo. Il rigetto della questione di costituzionalità della legge di approvazione del Trattato quale posta alla Corte in relazione al principio democratico, infatti, è deciso dalla stessa muovendo dalla conclusione del primo movimento, nel senso che le pretese costituzionali del principio democratico rispetto alla struttura organizzativa e alle procedure di decisione dell'Unione europea dipendono dalla misura nella quale sono conferiti compiti di supremazia all'Unione e dal grado dell'indipendenza politica goduta nell'esercizio dei diritti di supremazia conferiti. Anche questa è, così, un'occasione per confermare che un rafforzamento dell'integrazione può anche essere incostituzionale laddove il livello di legittimazione democratica non sia mantenuto in corrispondenza dell'ampliamento e del peso del potere sovranazionale²⁹⁹. Qui, la Corte riprende le conclusioni del primo movimento sulla definizione dell'attuale identità giuridica e politica dell'Unione di Lisbona e ne fa ancora la chiave della propria decisione di rigettare la questione di costituzionalità; ma ad un tempo invia un avvertimento su quali siano i presupposti di tale lettura e conseguentemente le proprie intenzioni di organo a garanzia della

²⁹⁸ Tema sul quale si richiama il precedente della sentenza Maastricht nella quale il Tribunale costituzionale federale tedesco affermava: «Con questo principio di sussidiarietà – il cui rispetto deve essere controllato dalla Corte di giustizia europea – dovrebbero essere salvaguardate l'identità nazionale e le attribuzioni degli Stati membri [...]» e richiamava subito oltre il vincolo della stessa Corte di giustizia al principio di sussidiarietà. In riferimento a giorni a noi più vicini, si veda F. Vecchio, op. cit., *infra*, pp. 105-106 nella direzione di una verifica affidata al Tribunale costituzionale tedesco in ordine al rispetto del principio di sussidiarietà nei rapporti tra ordinamento tedesco ed ordinamento europeo, che finirebbe per smentire il noto paradigma del fondamento dell'unità dell'ordinamento europeo in una "armonia tra diversi". In particolare, l'A. citato ricorda l'opinione concorrente espressa dal giudice Broß nella decisione *BverfGE*, 113, 273 sul mandato d'arresto europeo, secondo la quale la legge d'attuazione avrebbe dovuto essere dichiarata nulla per violazione del principio di sussidiarietà, e ne trae argomento per prospettare un allargamento degli spazi per future pronunce nazionali e insieme, attraverso la conferma dell'inversione del primato, lo spostamento del conflitto dal piano meramente teorico al piano della decisione concreta, appunto nella direzione della formazione del nuovo paradigma costituzionale basato sull'idea dell'asimmetria (sulla quale fornisce pure indicazioni bibliografiche alle quali si rinvia). Però, anche su tali argomenti la pronuncia della Corte non è priva di affermazioni degne del proverbiale *self restraint* delle giurisdizioni costituzionali. Mi sembra il caso delle affermazioni contenute al punto 248 della motivazione, secondo cui la «salvaguardia della sovranità nel senso aperto all'integrazione e favorevole al diritto internazionale imposto dalla Legge fondamentale [...] come tale non intende riservare allo Stato una somma determinabile *a priori* o determinati tipi di diritti di supremazia. [...] include [...] anche un'unione politica. Unione politica significa esercizio comune del potere pubblico, incluso quello legislativo, perfino dentro gli ambiti che tradizionalmente formano il nucleo delle competenze statali». Ora, non vi è dubbio che il tema della sussidiarietà, come pure si è visto prospettare all'indomani del Trattato di Maastricht (l'idea di un *subsidiium* che dissolve le sovranità in un pluralismo legale di fonti di fronte ad un'idea dell'Unione quale sistema di "*interlocking normative spheres with none privileged*", rispetto al quale si afferma il fondamentale ruolo dei giudici, chiamati a costruire una sorta di "*autopoietic linking*" tra la sfera nazionale e quella comunitaria) non può, per così dire metaforicamente, rappresentare una bacchetta magica alzando la quale si riduce senza residui la complessità dei paradigmi della politica e del diritto in era postmoderna. Questi sono e restano espressione del rapporto problematico tra individuo e comunità plurali, la cui necessità si radica nelle condizioni umane dell'esistenza, la coesistenza e la insufficienza a se stessi, e nella conseguente ulteriore necessità di individuare delle istanze decisionali ultime in grado di dirimere la conflittualità sulla competenza alla competenza nelle scelte sul bene comune. E' altrettanto evidente che una frammentazione delle decisioni giudiziali sulla sussidiarietà ad opera delle rispettive istanze di legittimità costituzionale nazionali costituirebbe l'affrancarsi del polo della molteplicità ad ogni vincolo di Unità nell'ordinamento europeo, pure nel mantenimento della diversità che il Trattato di Lisbona positivizza espressamente, ad onta di ogni autentico processo integrativo delle une nell'altra e di ogni sottostante dinamica di autocomprensione identitaria europea. Per cui, rimane auspicabile che il dialogo tra le Corti, nel riconoscere i comuni valori fondanti quale patrimonio che costituisce una comunità di diritto, valorizzi la ricerca dell'Unità che quella permette ed affidi la tutela delle istanze nazionali e locali in relazione alla sussidiarietà prevalentemente nei modi previsti nel Trattato – e sempre fermi restando i rimedi ultimativi della tutela dell'identità politica e costituzionale nazionale e del recesso dall'Unione, che peraltro sono ad un tempo le migliori cartine di tornasole della innegabile attuale localizzazione della sovranità e insieme della competenza sulla competenza.

²⁹⁹ Si veda il par. 262 della sentenza.

vigente Legge fondamentale. Così, essa da un lato afferma che, fino a quando e nella misura in cui il principio di attribuzione specifica limitata (la cui effettività è la vera cartina di tornasole della continuità del potere sovrano degli Stati membri) resta protetto in una associazione di Stati sovrani con tratti marcati di cooperazione esecutiva e governativa, la legittimazione democratica proveniente dagli Stati membri è considerata sufficiente³⁰⁰ e l'Unione europea è libera di cercare proprie vie democratiche complementari attraverso forme nuove e aggiuntive di procedure trasparenti o partecipative di decisione politica³⁰¹. Dall'altro, considera il caso (*extra sistematico*) del mutamento dell'identità giuridico-politica tedesca che intervenga ai sensi del suo articolo di chiusura, vale a dire con una libera decisione del popolo tedesco eccedente la forza della Legge fondamentale vigente, secondo quanto ripetutamente la Corte afferma in sentenza essere la sola via per varcare la soglia della statualità federale in modo conforme al principio di democrazia. E per tale caso, che torna a suggerire qualche dubbio di contraddittorietà teorico-logica e pratica tra funzione di garanzia dell'organo di giustizia costituzionale e soglia tra costituente e costituito (quale segnata nell'art. 146 della Legge fondamentale tedesca³⁰²), le pretese di conformità al medesimo dovrebbero essere rispettate a un livello fino in fondo corrispondente alle pretese di legittimazione democratica di un ente di imperio organizzato nella forma di uno stato. Livello che a quel punto, però, continua il Tribunale costituzionale, non potrebbe tuttavia più essere (evidentemente...) prescritto da ordinamenti costituzionali nazionali³⁰³. Qui l'argomentazione della Corte mi sembra tuttavia destare qualche perplessità giacché per un verso essa riconosce i limiti propri e dell'ordinamento la cui identità ed unità giuridica e politica è chiamata a garantire di fronte all'evento costituente, ammettendo che non potrebbero più essere gli ordinamenti costituzionali nazionali a decidere il livello di legittimazione democratica necessario per l'Unione; per l'altro verso, identifica la rinuncia alla sovranità nazionale con un percorso verso una compiuta identità statale (federale) dell'Unione e ne deriva, *prescrittivamente*, la necessità di un livello di legittimità democratica pari a quello statale, cadendo in una qualche contraddizione logica. *Nihil alterum datur...*

Ad ogni modo, da quest'ultimo assunto consegue, continua ad argomentare la Corte, che se il processo integrativo finisse per condurre ad una sproporzione tra il tipo e la portata dei poteri sovrani esercitati dall'Unione e la misura della legittimazione democratica si riscontrerebbe (al

³⁰⁰ *Ibidem*, la Corte conferma a tale proposito una propria giurisprudenza pregressa: BverfGE 89, 155 <184>. Ma si veda anche il successivo par. 272, laddove la Corte ribadisce che: «fino a quando l'ordinamento delle competenze europee consiste, in conformità al principio di attribuzione specifica limitata, in procedure di decisione a struttura cooperativa che salvaguardano la responsabilità degli Stati per l'integrazione e fino a quando è conservato un equilibrio bilanciato tra competenze dell'Unione e competenze statali, la democrazia dell'Unione non può e non deve avere una forma analoga a quella di uno Stato», e conclude poi indicando la possibilità di nuove vie democratiche tracciate dall'Unione, secondo quanto indicato nel testo. Ma si veda anche quanto la Corte afferma già al par. 227 della motivazione, laddove essa anticipa che la partecipazione ad un ordinamento di cooperazione sovranazionale non comporta automaticamente l'obbligo di realizzare l'autodeterminazione democratica a livello sovranazionale nelle medesime forme prescritte dalla Legge fondamentale a livello nazionale per la Federazione e anche per i *Länder*; al contrario, essa permette deroghe rispetto ai principi di organizzazione della democrazia applicati a livello nazionale. In questo senso, la composizione del Parlamento europeo non deve rendere giustizia all'eguaglianza in modo da rinunciare a ogni differenziazione nel peso del voto dei cittadini in funzione del numero della popolazione degli Stati membri (par. 278) dal momento che la regola democratica di base della pari opportunità di successo (*“one man one vote”*) deve essere ritenuta valida solo all'interno di un popolo (par. 279).

³⁰¹ In questo stesso senso, infatti, la Corte sostiene al par. 266 che l'art. 23, paragrafo 1, primo periodo, della *Grundgesetz* «non pretende alcuna “congruenza strutturale” dall'Unione per il rispetto dei principi democratici ... o addirittura la corrispondenza tra l'ordinamento istituzionale dell'Unione europea e l'ordinamento che il principio democratico della Legge fondamentale prescrive per il livello nazionale» - intendendo, evidentemente, con quest'ultima espressione identificare il livello della statualità.

³⁰² Quale potrebbe mai essere in particolare il compito di garanzia in ordine all'atto costituente del popolo, pure esso previsto normativamente e legittimato, anche su un piano meramente formale e in riferimento al solo carattere libero della decisione popolare? Quale ostacolo potrebbe frapporre, in altri termini e concretamente, la Corte alla forza del fatto e a contenuti pure contrari all'ordine precedente che questo ponesse a fondamento del nuovo ordine? A mio parere è proprio la sussidiaria identità europea, i suoi valori fondanti comuni, a rappresentare sul piano dell'effettività, che solo in fine ne garantisce la validità, il freno più efficace a quelle forme di *regressum ad inferum* che la consapevolezza della banalità del male (per riprendere un assai significativo titolo di una delle opere più note di Hannah Arendt in ordine alle “ragioni” della fine di ogni diritto nell'esperienza di quel punto di non ritorno che è stato il totalitarismo nazista) esorta a ritenere pure ormai assai remote ma sempre possibili per la libertà dell'uomo.

³⁰³ In questo senso il par. 263 della motivazione.

contrario di quanto ritenuto in fatto e in diritto per l'Unione di Lisbona) un *deficit strutturale di democrazia* sulla base dei parametri costituzionali imposti dall'art. 23 in combinazione con l'art. 79, paragrafo 3, della Legge fondamentale; e dunque cadrebbe il *placet* che essa rivolge all'Unione di Lisbona in chiave identitaria e sul piano politico e giuridico-costituzionale nella sentenza odierna³⁰⁴. E ne deduce altresì, infine (per l'eventualità che invece non sia intervenuta alcuna libera decisione costituente, essa stessa valido esercizio del principio democratico ai sensi dell'art. 146 della Legge fondamentale), che la Repubblica federale di Germania sarebbe chiamata in nome della propria responsabilità per l'integrazione (che pare anche qui da intendersi *comunque* anche quale proiezione della *Europarechtsfreundlichkeit*) ad adoperarsi per un cambiamento, e nel caso estremo *addirittura* a rifiutare l'ulteriore partecipazione all'Unione europea. E dunque, questo è il *contenuto monitorio* della sentenza, verrebbe così meno il *placet* della Corte in relazione alla sua istituzionale funzione di garanzia del nucleo identitario primario (quello nazionale) quale fondamento essenziale per la costruzione progressiva di quella (altra) identità, sussidiaria, che le dinamiche integrative europee approfondiscono sempre più, tra un ordito ed il successivo, e tra i giorni e le notti del processo di autocomprensione dell'Europa ...

2.7. La stessa Unione europea riconosce d'altronde l'idea democratica nel suo nucleo come tradizione costituzionale comune europea³⁰⁵ ed ora fonda a sua volta la propria identità giuridica di Lisbona positivizzando quella stessa idea nella disposizione dell'art. 2 TUE, tanto nella forma espressa dell'obbligo del rispetto dei valori della democrazia e dell'uguaglianza (il quale ultimo ne costituisce una specificazione) che in quella del riconoscimento della dignità umana, di cui è portato. Disposizioni fondanti per l'Unione europea che, dunque, è tale solo nella forma che quelle definiscono. Sicché, a volere fare riferimento alla remota ipotesi di una revisione di tale nucleo identitario costitutivo per qualsiasi delle vie percorribili ai sensi del nuovo Trattato, deve considerarsi (a fronte di una chiara lettera) che le une e l'altra *aut simul stabunt aut simul cadent*.

Così è, per legare ai fondamenti costitutivi dell'identità giuridico-costituzionale europea (che la lettera dell'articolo 2 TUE riconosce insieme come patrimonio comune degli Stati membri e che dirimono quelle preoccupazioni) le preoccupazioni espresse dalla Corte di Karlsruhe in ordine alla garanzia della identità politica e giuridica tedesca, non solo per la democrazia ma anche per la dignità umana, la libertà, l'uguaglianza, lo Stato di diritto e il rispetto dei diritti umani, compresi quelli delle persone appartenenti a minoranze. E così è inoltre per la comune caratterizzazione delle rispettive società affermata anch'essa nell'articolo 2 TUE, che disegna ancora una volta il *continuum* tra individui e comunità proprio di una struttura sussidiaria in ordine a pluralismo, non discriminazione, tolleranza, giustizia, solidarietà e parità tra uomini e donne, che in quei valori trova espressione. Sicché, quanto si è detto prima in ordine alla coesistenza dell'opera dei garanti costituzionali delle identità nazionali con il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia, e nella specie di quest'ultimo con quello *ultra vires* e di identità del Tribunale di Karlsruhe, deve qui ritenersi interamente richiamato quanto alla estensione materiale degli stessi,

³⁰⁴ A meno che - si deve di nuovo ricordare - non sia intervenuta una manifestazione costituente tale che il livello di legittimazione non potrebbe essere più prescritto da ordinamenti costituzionali nazionali e cadrebbe il valore delle pronunce dello stesso *Bundesverfassungsgericht*: così il par. 264 della motivazione, nel quale il Tribunale costituzionale ipotizza particolarmente il caso che la estensione di fatto delle competenze, vale a dire il potere di scelta politica e il grado di indipendenza della formazione della volontà degli organi dell'Unione, arrivasse ad un livello equivalente a quello della Federazione in uno Stato federale, ad esempio perché l'esercizio delle competenze legislative essenziali ai fini dell'autodeterminazione democratica avvenisse a livello dell'Unione.

³⁰⁵ La stessa Corte costituzionale tedesca ricorda a tale riguardo, al par. 271 della sentenza, anzitutto l'art. 3, par. 1, del Protocollo addizionale alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali del 20 marzo 1952 <1° prot. Add. CEDU>, che garantisce il diritto di partecipare alle elezioni per i corpi legislativi di uno Stato membro della Convenzione, dunque di votare e di candidarsi per le cariche, lasciando un margine discrezionale agli Stati nella scelta della legislazione nazionale e sottolinea come l'Unione prescriva requisiti strutturali corrispondenti per i propri Stati membri e stabilisce la loro sussistenza effettiva e continuativa come presupposto della partecipazione. Va pure detto che la successiva giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza del 2 marzo 1987, n. 9267/81, Mathieu-Mohin e Clerfayt/Belgio, par. 54; sentenza del 7 febbraio 2008, n. 39424/02, Kovach/Ucraina, par. 49), pure richiamata dal *Bundesverfassungsgericht* al successivo par. 283, muove dalla premessa che le elezioni devono assicurare «la libera espressione dell'opinione del popolo», ne trae la conclusione che il principio della parità dei cittadini sia un elemento essenziale, e se per un verso include espressamente in questa parità il valore nominale del voto, per l'altro ammette delle eccezioni per la parità nel valore effettivo di successo e per la *par condicio* dei candidati.

in particolare per quanto riguarda il rispetto dei principi sociali (da sempre all'ordine del dibattito sulla costituzione formale e materiale dell'Europa e naturalmente presenti anche nella sensibilità tedesca³⁰⁶) e le decisioni di particolare rilievo culturale³⁰⁷.

La lettura che la Corte fornisce nel primo movimento, e la connessa conservazione del carattere sovrano agli Stati membri, è poi definitivamente acclarata (ancora con evidente riferimento alla dottrina dello stato di matrice ottocentesca e alle sue categorie concettuali fondanti della statualità) dall'osservazione della permanenza della base territoriale³⁰⁸ e personale³⁰⁹ di validità dei rispettivi ordinamenti, entrambe costituenti altresì l'ambito proprio dell'ordinamento europeo ma in una prospettiva di chiara sussidiarietà accessoria, giacché il territorio statale rimane assegnato esclusivamente al soggetto giuridico della Repubblica federale di Germania³¹⁰ e la continuità del popolo dello Stato tedesco è fuori dubbio³¹¹. Né la statualità, secondo l'interpretazione che la Corte definisce doverosa³¹², è messa in discussione dall'ampliamento delle competenze dell'Unione e della possibilità di azione della stessa, che pure attestano un'identità rafforzata del soggetto europeo. Così è per le nuove competenze nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale, civile e del commercio estero, della difesa comune e negli affari sociali, competenze tutte il cui esercizio da parte degli organi dell'Unione è subordinato (in ossequio al principio di attribuzione specifica limitata che segna i confini tra soggetti istituzionali e rispettive comunità e soggettività politiche sussidiarie) alla conservazione agli Stati membri, sia nel volume che nella sostanza, di «compiti di un peso sufficiente, che siano di diritto e di fatto presupposti di una democrazia vitale»³¹³. Questo vale in generale in relazione all'opportunità di una comunità di decidere sui valori, sulla offensività di forme di condotta e perfino sull'applicazione di pene detentive secondo le proprie idee; soprattutto se tali idee si

³⁰⁶ E sul quale la Corte, all'interno del secondo movimento, e dunque a partire dalla diversa lettura che essa ha dato dell'identità europea di Lisbona, sottolinea (ai par. 257-259): «Il principio dello stato sociale sancisce l'obbligo dello Stato di assicurare un ordine sociale giusto [...] Lo Stato deve creare solo i presupposti minimi per un'esistenza umanamente dignitosa dei propri cittadini [...] Le premesse costituzionali per un'integrazione sociale o "unione sociale" sono evidentemente limitate [...] la partecipazione della Germania al processo di integrazione dipende certo dall'obbligo dell'Unione europea di rispettare i principi sociali. La Legge fondamentale cerca in questo modo non solo in modo difensivo di garantire i compiti sociali dell'ente statale tedesco contro rivendicazioni a livello sovranazionale, ma intende vincolare il potere pubblico europeo nell'ambito dei rispettivi compiti – attribuiti alla responsabilità sociale [...] Pertanto le decisioni essenziali della politica sociale devono essere prese dagli organi legislativi tedeschi sotto la propria responsabilità. In particolare, la sicurezza dell'esistenza del singolo, un compito dello Stato fondato non solo sul principio dello Stato sociale ma anche sull'art. 1, I, della Legge fondamentale, deve rimanere compito primario degli Stati membri, il che non esclude un coordinamento fino ad un graduale ravvicinamento».

³⁰⁷ Anche esse essenziali per mantenere agli Stati membri la capacità di autodeterminazione di uno Stato costituzionale, come sottolinea la Corte al par. 252, esemplificando con le materie del diritto di famiglia, del sistema scolastico, dell'educazione e rapporti con le comunità religiose.

³⁰⁸ Come afferma il Tribunale di Karlsruhe al par. 298.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ Ai par. 344-345, si legge che la legge di approvazione del Trattato di Lisbona: «non rinuncia alla statualità del territorio della Repubblica federale di Germania. L'elemento limitativo del territorio statale, manifestato in modo particolare dai confini territoriali che devono impedire l'esercizio di un potere di imperio estero sul territorio statale, ha indubbiamente perso rilevanza. I trattati che hanno integrato ed emendato le fonti primarie originarie hanno creato soprattutto il mercato interno (art. 14, par. 2, TCE) e abolito i controlli ai confini all'interno del cd. Spazio di Schengen. Anche il Trattato di Lisbona prosegue nella relativizzazione dell'elemento limitativo, introducendo un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne (art. 77, par. 1, lett. c, e par. 2 lett. d, TFUE). L'Unione europea esercita tuttavia i diritti di supremazia in Germania sulla base delle competenze conferite nella legge di approvazione del Trattato di Lisbona e quindi non senza un'autorizzazione esplicita della Repubblica federale di Germania. Il potere statale sul territorio (cfr. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3a ed. 1921, p. 394) continua invariato anche alle condizioni mutate della mobilità transfrontaliera. [...] L'Unione europea, in seguito al Trattato di Lisbona non è dotata di un potere completo sul territorio tale da sostituire quello della Repubblica federale di Germania. In base al Trattato di Lisbona non pretende nemmeno un simile potere, come dimostra la locuzione "campo di applicazione territoriale" dei trattati (art. 52 TUE-Lisbona; art. 355 TFUE). Tale campo territoriale di applicazione è accessorio ai territori statali degli Stati membri, la cui somma determina il campo di applicazione del diritto dell'Unione (art. 52, TUE-Lisbona; art. 355 TFUE). Non esiste alcun territorio immediato dell'Unione esente da tale accessorialità».

³¹¹ In ordine alla indubitabile continuità del popolo tedesco, si veda il par. 346, nel quale il Tribunale costituzionale federale tedesco sottolinea in particolare che la «Repubblica federale di Germania continua a disporre di un popolo statale anche dopo la ratifica del Trattato di Lisbona. Il concetto di cittadino dell'Unione, ora maggiormente delineato nel diritto dell'Unione, si fonda esclusivamente sul diritto dei trattati. La cittadinanza dell'Unione è esclusivamente derivata dalla volontà degli Stati membri e non costituisce alcun popolo dell'Unione chiamato a determinarsi come un soggetto giuridico autocostituente».

³¹² Così nel par. 351.

³¹³ *Ibidem*.

legano a esperienze storiche, tradizioni di fede e altri fattori essenziali per il senso dell'identità delle persone e delle loro comunità: cioè a dire, in altre parole, se questo serve a mantenere la diversità poliedrica dell'identità umana, che è di tutti gli uomini ma della quale ciascuna comunità statale particolare è portatrice di segni particolari che ne caratterizzano l'identità e la superiore unità politica e giuridica ognora diversa ... Ma vale anche in ordine alle modifiche inerenti la politica commerciale comune, che con Lisbona include i settori degli investimenti esteri diretti, del commercio con i servizi, degli aspetti commerciali della proprietà intellettuale e della conseguente competenza esclusiva in ordine agli accordi nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio (WTO), come l'Accordo generale sugli scambi dei servizi (GATS) e l'accordo sui diritti di proprietà intellettuale relativi al commercio (TRIPS)³¹⁴, competenza esclusiva che può comportare anche profonde trasformazioni degli ordinamenti interni degli Stati membri attraverso il potere di disporre in via esclusiva sui trattati di commercio internazionale³¹⁵. Più in generale, tuttavia, quanto alla soggettività degli Stati membri negli affari esteri, non c'è in atto una tendenza prevedibile (e resa irreversibile dal Trattato di Lisbona) che spingerebbe di fatto necessariamente verso la formazione di uno stato federale a partire da un intervento dell'Unione in forma sempre più analoga a quella di uno Stato; al contrario, lo sviluppo finora compiuto procede verso una *membership* cooperativa e mista, esercitata per vie parallele, la quale potrebbe delineare addirittura un modello per le altre organizzazioni internazionali, e per altri collegamenti tra stati³¹⁶. Questo punto appare tra i più delicati della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte tedesca giacché la premessa che l'Europa di Lisbona non assuma forma statale è essa stessa qui contestualmente posta in qualche dubbio dal riconoscimento che la lettera del Trattato possa pure consentire, tra contenuto delle disposizioni interessate, interpretazione polisenso e attuazione, la prosecuzione di uno sviluppo verso forme analoghe a quelle di uno Stato, cui sotto questo specifico profilo l'identità dell'Europa è aperta e che ancora una volta è ritenuto eventualmente contrastare con le basi del diritto costituzionale. Salvo concludere nuovamente sul punto che tale passo non viene compiuto dal Trattato di Lisbona. Qui, dunque, la correlazione tra contenuto di rigetto della sentenza e portata monitoria della stessa è più stringente giacché la Corte sembra in fondo essere costretta a concedere la stessa plausibilità di quella concessa alla propria anche ad una diversa interpretazione del Trattato di Lisbona che condurrebbe a sviluppi inaccettabili dal punto di vista della Legge fondamentale tedesca. Anche in ordine alla spada, l'identità dell'Europa di Lisbona non pone in discussione la sovranità della Repubblica federale tedesca: il Trattato non obbliga gli Stati membri a mettere le forze armate nazionali a disposizione delle missioni dell'Unione europea mentre continua a valere la riserva di decisione costitutiva parlamentare per l'impiego delle forze armate all'estero. Per quanto, poi, la stessa Corte sia disposta a riconoscere la possibilità che tale impiego sia inammissibile, se privo dell'assenso parlamentare, solo in via di principio, essendo, invece, consentito al Governo federale di decidere l'impiego provvisorio delle forze armate al fine di evitare che la riserva parlamentare comprometta la capacità di difesa e di alleanza difensiva della

³¹⁴ Sicché, peraltro, in questo modo e come pure segnala il Tribunale di Karlsruhe al par. 372: «viene meno la base della giurisprudenza attuale della Corte di giustizia delle Comunità europee secondo cui, a causa della competenza finora mista, la convenzione istitutiva dell'Organizzazione mondiale del commercio (convenzione OMC) del 15 aprile 1994 (G.U. 1994 n. L 336/3), in quanto cd. "accordo misto", doveva essere negoziato e ratificato tanto dalla Comunità europea quanto dagli Stati membri (cfr. CGCE, parere n. 1/94 del 15 novembre 1994, Racc. 1994, pagg. I-5267 par. 98 e 105; sullo statuto di un trattato internazionale qualificabile come accordo misto cfr. anche CGCE, parere n. 1/78 del 4 ottobre 1979, Racc. 1979, p. 2871 par. 2; CGCE, parere 2/91 del 19 marzo 1993, pagg. I-1601, par. 13 e 39)».

³¹⁵ Quanto agli accordi in ambito WTO, tuttavia, la Corte tedesca specifica (par. 375) che non è comunque in discussione il mantenimento dello status di membro della Organizzazione mondiale per il commercio, la cui rinuncia il Trattato di Lisbona non può imporre, per quanto pure lo stesso possa ridursi ad una partecipazione di natura istituzionale e formale e perdere il carattere sostanziale e materiale. Comunque sia, infatti, tale partecipazione è funzionale al rispetto della responsabilità per l'integrazione da parte del Governo tedesco che in tal senso informa *Bundestag* e *Bundesrat* sui temi dei negoziati sul commercio mondiale e sulle direttive di negoziato definite in Consiglio (art. 218, par. 2 TFUE), consentendo loro la verifica del rispetto del programma di integrazione da parte dell'Unione e il controllo dell'attività governativa – affermazione questa che però sembra confermare nuovamente la disponibilità della Corte a dire e non dire sugli sviluppi futuri e sugli stessi tratti che definiscono l'identità sostanziale economico-politica e insieme giuridica dell'Europa di Lisbona.

³¹⁶ In questo senso il par. 376.

Repubblica federale tedesca (sempre evidentemente nella consapevolezza che una tale soluzione consente maggiori e più idonea capacità di azione), in casi di pericolo imminente³¹⁷.

3. In luogo di una conclusione ...

Per quanto sino a qui detto, l'identità dell'Unione di Lisbona sembra ancora una volta evidenziare, tra chiesto e pronunciato, la natura profondamente problematica del processo di autocomprensione e di appartenenza alla comunità dell'Unione delle rispettive comunità nazionali. Allo stesso tempo, il giudizio della Corte costituzionale tedesca sembra in qualche modo potere rappresentare per l'intero dibattito europeo la consapevole predisposizione di nuove trame che ci si propone di sostituire alle tele che l'Europa ha sino a qui tessuto a rappresentare la propria identità politica, geografica, culturale e antropologica nel succedersi di giorni e notti. In queste osservazioni conclusive, desidero perciò limitarmi a proporre alcune riflessioni allo scopo di prospettare ulteriori scenari per approfondimenti più compiuti.

L'Europa di Lisbona, quale posta al Tribunale di Karlsruhe nello interstizio tra chiesto e pronunciato, la sua identità, tende a disfarsi durante le notti le tele del (già) costituito e a provare altri fili e trame costituenti nell'arco delle giornate che a quelle succedono. Tra il diritto, nel quale si traducono le prime, e la politica, in cui prendono corpo i secondi, decisivo è dunque, per l'identità europea e per la autocomprensione dell'identità tedesca che con quella è in rapporto di sussidiarietà, il senso che si assegna nell'atto costituzionale (che nel più sottile dei loro confini formalizza l'unità dell'ordinamento tedesco) al rapporto tra costituente e costituito.

Si è già detto, e si torna a sottolineare in queste riflessioni conclusive, che la Corte sembra semplicemente adempiere al proprio ruolo costituito a garanzia della Legge fondamentale tedesca e che anzi essa pare riprendere il suggerimento della dottrina dominante nel senso di un uso dell'art. 146 che sembra collocarsi lungo la più sottile delle linee di confine tra diritto e politica, tra costituito e costituente³¹⁸. E infatti delle due l'una: o si ritiene che con il suo giudizio essa intenda

³¹⁷ Si vedano in questa direzione i parr. 383 e 384. La Corte continua poi sottolineando che la lettera e la genesi «degli art. 42 ss. TUE-Lisbona evidenziano la volontà degli Stati membri di conservare la decisione sovrana, insita nell'ultima parola della Costituzione, sull'impiego delle proprie forze armate. A questa interpretazione del Trattato di Lisbona non si oppone neppure l'art. 42 par. 7 comma 1 per. 1 TUE- Lisbona, che introduce per la prima volta un dovere di aiuto e assistenza collettiva degli Stati membri [...] in conformità all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite» e che (parr. 385 e 386) può «restare aperta la questione se la dottrina ha ragione a mettere in dubbio il carattere giuridicamente vincolante di questo dovere di aiuto e assistenza» ma è comunque certo ed evidente che esso non eccede quello dell'art. 5 del Trattato istitutivo della NATO - il quale non implica necessariamente l'impiego di mezzi militari ma consente agli Stati membri della NATO un margine di apprezzamento nel merito dell'assistenza da prestare. Inoltre ai sensi dell'art. 42, paragrafo 7, comma 1, per. 2, TUE-Lisbona, l'obbligo di assistenza collettiva «non pregiudica il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri» e dunque, in definitiva (come la Corte sottolinea al par. 386), gli Stati membri hanno la possibilità di fare valere riserve di principio e di merito in ordine al dovere di assistenza. La riserva parlamentare può svolgere la propria efficacia nel campo di applicazione di tali clausole.

³¹⁸ Basti ricordare il tenore letterale dell'articolo di chiusura della *Grundgesetz*: «Questa Legge fondamentale, che in seguito al compimento dell'unità e della libertà della Germania vale per l'intero popolo tedesco, cesserà di avere efficacia nel giorno in cui entra in vigore una costituzione approvata dal popolo tedesco in libera decisione». Ora, tralasciando l'ipotesi (che pure contrasterebbe con la naturale tendenza alla stabilità dell'atto costituzionale) di una costituzione suicida, la quale sancisca l'ovvia cessazione del proprio vigore per il caso di una attività costituente che produca una nuova costituzione, si dovrebbe dedurre che l'art. 146 *Grundgesetz* intenda riferirsi a tutte le ipotesi (sino all'estremo limite) per così dire di confine tra attività costituente e costituita, e salvo divenire problematico il controllo dell'organo di garanzia costituzionale a salvaguardia delle stesse norme contenute in questo articolo di chiusura. E così, la costituzione vigente cesserà solo a fronte di una libera decisione assunta dal popolo tedesco e del conseguente ingresso in vigore di un'altra costituzione, che qui è da intendere come atto dotato di certi caratteri che lo identificano, vale a dire quei principi e diritti costituzionali che pure appartengono al nucleo fondante dell'Unione e che permettono di rileggere la natura giacobina del potere costituente traducendolo in un potere di approvazione e consolidamento dell'ordinamento vigente e del suo carattere di statualità aperta. Quanto al carattere di libertà della decisione e del soggetto (popolo) legittimato ad assumerla, tuttavia, se si pensa al caso limite di un potere costituente che rivendichi la propria libertà nel fine, la garanzia che la Corte costituzionale federale dovrebbe fornire assume carattere problematico. Per questa ragione, e come pure già accennato, la dottrina tedesca dominante ha ritenuto di prevedere che il campo di applicazione più importante dell'art. 146 GG fosse proprio quello del processo di integrazione europea. In particolare, una autorevole dottrina segnala a tale riguardo come nel contesto di questo processo appaiano inevitabili modificazioni fondamentali dell'ordine costituzionale previsto dalla Legge fondamentale. Non solo l'adesione della Germania ad uno stato federale europeo, che poi è uno dei temi conduttori sullo sfondo della *sentenza Lisbona*, ma insieme la creazione di un regime parlamentare con competenze democratiche positive per il Parlamento europeo che contenga l'autonomia costituzionale e la competenza della competenza a vantaggio della UE, l'allargamento dei diritti elettorali dei cittadini dell'Unione, la rinuncia alla possibilità di denuncia dei trattati o

approntare una strategia di mera difesa della sovranità giuridica dell'ordinamento tedesco (e dell'unità politica che quello esprime) e insieme proporre il proprio riposizionamento nei confronti della Corte di giustizia europea *tout court*, secondo la logica che affianca una supremazia delle costituzioni nazionali alla primazia del diritto dell'Unione. Ma allora non si spiegherebbe quel continuo riferimento all'articolo 146, nel significato applicativo che ne costituisce il campo di maggiore importanza, vale a dire proprio il processo di integrazione europea, giacché il reiterato invito ad utilizzare una manifestazione di potere costituente del popolo per fondare (e ad un tempo legittimare) una nuova identità statale e federale dell'Europa, pur formalmente consentito dalla lettera dell'articolo di “chiusura” del sistema tedesco, rappresenterebbe una rottura dell'unità politica giuridicamente formalizzata nell'ordine costituzionale vigente. E se ne dovrebbe trarre anche la conclusione che la Corte addirittura attenti per quella via all'unità politica e dell'ordinamento giuridico-costituzionale – rilievo che sarebbe tanto più giustificato in quanto si consideri che le stesse pronunce del *Bundesverfassungsgericht*, che di quello rappresentano una garanzia, sarebbero pacificamente destinate a perdere valore nella realizzazione di quella evenienza.

Oppure, è la seconda delle due alternative che si diceva presentarsi, si deve ritenere (proprio muovendo da tale disponibilità al “suicidio” che la Corte dimostra) che essa intenda semplicemente difendere il principio democratico all'interno dell'ordinamento tedesco in ogni sua declinazione ed anche con riferimento al potere costituente previsto nell'articolo di chiusura della Legge fondamentale tedesca - potere che già in quanto caratterizzato dall'essere democratico e popolare e finalizzato alla sostituzione di quella vigente con una nuova costituzione, nell'accezione che a tale concetto si deve riconoscere nella tradizione giuspubblicistica europea contemporanea, è con ciò stesso già in qualche modo irretito. Tale difesa avverrebbe dunque nella consapevolezza della sintonia tra il proprio ruolo di garante dell'identità e unità dell'ordinamento tedesco e quello spirito di leale collaborazione verso l'Unione che si nutre del comune riconoscimento del valore fondativo (della rispettiva comunità e della stessa dignità umana) da riconoscere al principio democratico all'interno del processo integrativo europeo e dell'apertura all'integrazione europea fissata nel Preambolo e nell'articolo 23 della Costituzione. E per questo suggerisce più volte di dare la parola al popolo tedesco, insieme implicitamente ritenendo opportuno che altrettanto avvenga per i popoli degli altri stati membri dell'Unione, quale condizione necessaria per definire il passaggio ad una nuova identità politica statale e federale dell'Europa. La verità è però che il potere costituente nella sua teorica contrapposizione concettuale a quello costituito ha assunto nell'esperienza storica tedesca, particolarmente *post* bellica, un significato del tutto particolare: nel *Grundgesetz*, esso è da un lato la forza originaria che produce la Costituzione provvisoria, nelle parole del Preambolo; dall'altro, nell'art. 146, è l'entità cui affidare il compito di dare una Costituzione al popolo tedesco riunito. Dopo la riunificazione, avvenuta significativamente utilizzando la via alternativa dell'art. 23 della Legge fondamentale e così pacificamente rispettando i requisiti dell'art. 79 e i limiti inviolabili posti alla revisione³¹⁹, la domanda sul senso del potere costituente si rinnova problematicamente con riferimento alla nuova disposizione dell'art. 146. Il potere costituente vi assumerebbe generalmente un ruolo immanente al sistema costituito, di approvazione e consolidamento dello stesso. Proprio il caso del passaggio allo stato federale europeo sembrerebbe tuttavia porre in crisi la continuità e identità politica tedesca e richiedere pertanto un atto costituente nella complessa, triplice, natura

il complessivo trasferimento dei diritti di sovranità richiedono una legittimazione attraverso il potere costituente del popolo, in M. SACHS, *Grundgesetz: Kommentar*, op. cit.

³¹⁹ Che è la via della decisione costituita. Come rileva, M. BONINI, *Il potere costituente del popolo tedesco*, Milano, 2001, p. 167, le due disposizioni (quella dell'art. 23 e del 146) «formulate con l'intenzione di rendere possibile il *Verfassungsziel* della riunificazione, reagiscono alla necessità dettata dalla natura transitoria della Legge fondamentale individuando soluzioni opposte sotto un duplice profilo:

- per quanto concerne il *soggetto* legittimato alla realizzazione dell'obiettivo (il popolo tedesco detentore del potere costituente, o i *Länder* orientali e il *Bund* detentori del potere costituito);
- in relazione alle modalità da rispettare (il processo costituente nel primo caso, l'accessione sistematica dei *Länder* orientali alla Repubblica federale nel secondo)».

di potere di revisione costituzionale, potere di approvazione e consolidamento immanente all'ordinamento giuridico costituito e potere innovatore espresso nel segno della continuità³²⁰. Ad ogni modo, la preoccupazione che sembra sottesa a tale procedere della Corte tedesca, come suggerito dalle dottrine più accorte sul tema, è che una più stretta unione, che giunga sino a modificare la localizzazione della sovranità e la competenza sulla competenza (evidentemente attribuendola all'Unione insieme ad una piena autonomia costituzionale) comporta anche dei pericoli. Come è generalmente riconosciuto, infatti, questi sono racchiusi negli stessi fenomeni di concentrazione del potere. Basti in tale direzione pensare da un lato a tutti quei caratteri che sono propri del costituzionalismo americano, e che hanno permesso una profonda frammentazione dei poteri³²¹; dall'altro alla condizione europea di una Unione che spesso appare più *responsible* nei confronti delle *lobbies* che non del popolo europeo – e certo, come pure si è accennato, tali soggetti economici rappresentano nella loro qualità di gruppi di pressione le nuove *potestates indirectae* in grado di costituire le vere istanze decisionali ultime, e perciò sovrane, del sistema. Proprio la *ratio* di tale preoccupazione e insieme la proposta di orizzonti di partecipazione costituente del popolo tedesco a legittimare democraticamente nuove forme dell'integrazione tra diversità nazionali che diano vita ad una superiore Unità politica e giuridica europea, testimoniano però anche l'autentica (contestuale) prospettiva di *Europarechtsfreundlichkeit* che traccia il nuovo equilibrio tra primazia del diritto dell'Unione e supremazia delle Costituzioni nazionali e (tra *identity review* e *ultra vires review*) attesta, nel più alto punto di equilibrio della pronuncia Lisbona della Corte tedesca, la disponibilità a riconoscere alla fine di quel processo un'eventuale supremazia alla Corte di giustizia europea ...

Semmai, si è pure detto, qualche perplessità resta in ordine al modo di concepire la sovranità da parte della Corte. Le interpretazioni della posizione della Corte sono state in dottrina assai diverse: così c'è stato chi ha sostenuto che la sovranità statale di cui parla il Tribunale, sia esterna sia interna, rappresenti una moderna nozione della sovranità “legale”, e cioè un potere che ha assunto nel versante interno il carattere di un potere “costituito” di supremazia, democraticamente fondato e limitato dal diritto, e in quello esterno l'apertura alla cooperazione internazionale e sovranazionale³²². E chi³²³, per altro verso ha sottolineato come il Tribunale di Karlsruhe definisca la sovranità come “libertà ordinata e vincolata dal diritto internazionale”, richiamando una citazione di Ferdinand von Martitz tratta dal commento del 1888 alla ratifica da parte del *Reichstag* del Trattato dell'Aja che vietava il commercio di acquavite nel Mare del Nord³²⁴, e in tal senso si giovi di una definizione alquanto datata per delimitare i confini della sovranità nel XXI secolo. In effetti, se pure è vero che la Corte richiama il Preambolo della Legge fondamentale e segnala il carattere aperto della sovranità che ne discende, sottolineando subito dopo che lo stato non è un mito né un fine in se stesso ma la forma di organizzazione cresciuta storicamente e riconosciuta globalmente di una comunità politica capace di agire; e, se pure essa sottolinea che la Legge fondamentale si congeda da un'idea rigida di sovranità e da un'idea autoglorificante della condizione di Stato, tuttavia poi sembra essenzialmente fondare la propria analisi sul concetto tradizionale di sovranità, quale attributo dello stato che riguarda i suoi elementi costitutivi: popolo, territorio e governo. Tanto che essa giunge ad escludere la violazione della legge di approvazione del Trattato di Lisbona per la mancanza di tale specifico carattere di

³²⁰ Secondo le conclusioni cui giunge M. BONINI, *Il potere costituente del popolo tedesco*, op. cit., pp. 258-59.

³²¹ Nel senso di avere un Presidente certo fortissimo ma solo negli ambiti della politica estera e della difesa, mentre invece è poi soggetto a controlli assai penetranti da parte degli altri poteri (Corte Suprema e Congresso) nella politica interna, anche in riferimento alle grandi questioni.

³²² In questo senso, A. ANZON, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella “sentenza Lisbona” del Tribunale costituzionale federale tedesco*, op. cit., pp. 26-27, la quale prosegue segnalando che comunque «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 ordine».

³²³ R. GUALTIERI, *La Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: una sentenza dalle basi culturali fragili*, op. cit., p. 127.

³²⁴ F. VON MARTITZ, *Internationale Rechtsbilfe in Strafsachen. Beiträge zur Theorie der positiven Völkerrechts des Gegenwart*, vol. I, Leipzig, 1888, p. 416.

statualità nell'Unione, e a verificarne l'insussistenza proprio in base ai criteri che ne definiscono il concetto in relazione a quella nozione. E, parallelamente, effettua una eguale verifica in ordine alla continuità della stessa nella Repubblica federale tedesca.

Rispetto a tali verifiche, conclusivamente, mi sembra sufficiente avanzare quella stessa perplessità, (in ordine alla influenza costruttiva su una società sempre più mobile in reti che oltrepassano le frontiere e tessono maglie sempre più globali) che la Corte medesima, aderendo in tal senso al disposto della Legge fondamentale di apertura della sovranità all'integrazione europea e ai vincoli del diritto internazionale, avanza in ordine alla possibilità di mantenere la necessaria ampiezza di opportunità di azione. Intendere la sovranità ai giorni nostri è certo altamente problematico, come attesta sul piano filosofico-politico tutto il dibattito su diritto e politica nella post-modernità, sulla crisi della normatività (che nel dibattito giuspubblicistico è anzitutto crisi della capacità normativa delle costituzioni). Il discorso della Corte su questo piano appare a larghi tratti un discorso prettamente formale, per certi versi di ispirazione kelseniana, anche in ordine al riconoscimento di un'apertura all'Europa della Legge fondamentale, discorso che non tiene conto di una dimensione sostanziale almeno altrettanto importante – ai confini tra le quali dimensioni si snoda la radicale problematicità teorica e pratica della capacità normativa della stessa *Grundnorm*. E la dimensione sostanziale torna ad evidenziare, e per più versi svelare, quanto si diceva in ordine alla ipocrisia che la teoria della sovranità contiene in sé. Questo è probabilmente ancora più vero ed evidente, ai nostri giorni, proprio per i fenomeni di mondializzazione dell'economia e della finanza che le moderne tecnologie hanno favorito e che si sono allargate alla politica e al diritto, creando reti sovranazionali fittissime al di là delle quali la localizzazione del sovrano è ancora più “virtuale” ed a geometrie per così dire variabili. Sicché, se questo è vero, parlare di sovranità in termini prettamente formali può concretamente finire per essere fuorviante e tradursi, addirittura, dal punto di vista sostanziale non in una difesa della costituzione ma addirittura in un suo attentato³²⁵. Rispetto a tali fenomeni, c'è allora da chiedersi se davvero la difesa della sovranità non stia piuttosto nella costruzione di una nuova soggettività dell'Unione che sia in grado di *inter-agire* con le dinamiche globali che ci troviamo a fronteggiare e recuperare la necessaria ampiezza di opportunità d'azione, secondo le parole che pure la Corte tedesca utilizza. E perplessità di segno analogo si avanzano in ordine alla rivendicazione che attiene la spada, la moneta e la bilancia quali attributi co-essenziali che definiscono la effettività della sovranità rispetto alle sfere di validità territoriale e personale dell'ordinamento giuridico. Che dire a tale proposito, a ragionare altrimenti, in ordine all'esistenza di una moneta europea e di una istituzione, la Banca centrale europea, che governa la politica economica creando un evidente *deficit* ai sovrani nazionali? E che dire in ordine alla difesa tedesca, alla cui tutela (quale forma di manifestazione sovrana) pure la Corte dedica dei passaggi, e che d'altra parte è tuttora condizionata dagli esiti del secondo conflitto mondiale? E fino a che punto è possibile ritenere la giustizia una prerogativa sovrana che non confligge con le esigenze, pure richiamate in giudizio, della dimensione transfrontaliera tanto dei traffici commerciali (i quali animano la globalizzazione e l'intera sfera della pratica umana) che dei crimini? Discorso che, in linea con quello della difesa della sovranità, regge probabilmente su un piano formale ma da un punto di vista sostanziale rischia di ferire, più di quanto difenda, la sovranità del popolo tedesco. E, si badi, è un discorso che a questo punto non è solo politico ma anche giuridico dal momento che, nelle maglie dell'interpretazione, la definizione e la difesa della sovranità si devono oggi confrontare con quelle che sono le dinamiche che intaccano la sovranità e che portano ad interrogarsi, in tutto il pensiero postmoderno, sul luogo della sovranità e sulla esistenza del sovrano; quindi questa diventa una questione sostanziale nella interpretazione della Legge fondamentale tedesca.

³²⁵ Questo dimostrano a loro modo e in ordine alla difesa della moneta, che della sovranità è segno, e con essa della stessa sovranità politica economica nazionale, ma anche della finanza globale, tanto la crisi economica internazionale (che speculazioni finanziarie ben localizzate hanno prodotto su scala globale ancora grazie alla dimensione planetaria e a colpi di click della economia finanziaria) che, in maniera paradigmatica, il caso della Banca di Scozia, isolata dalle scelte politiche britanniche e perciò esposta alla bufera della finanza internazionale specialmente in ragione del suo essere sovrana ... ai “marginari” del sistema europeo.

L'Unione europea è insomma, come gli uomini che la abitano, ancora in cerca della propria compiuta identità e il Trattato di Lisbona segna solo un'altra tappa della sua perenne ricerca. Certo, viene da aggiungere conclusivamente, ciò che rimane dubbio è il senso della sovranità in relazione al collegato orizzonte di significato della sussidiarietà. Come ho cercato di giustificare altrove, l'orizzonte concettuale della sussidiarietà si radica nell'Uomo³²⁶, e non è un caso a tale proposito che tale istituto appartenga tanto alla tradizione del pensiero filosofico-politico occidentale, ed anzi alla sua direttrice fondamentale (che in Aristotele è naturalismo etico che fonda la comunità politica e diviene *recta ratio* del rapporto tra individuo e comunità) che al pensiero giudaico e cristiano – segnando la principale linea di continuità e insieme la più profonda radice della comune identità europea. Sicché, in tale prospettiva si coglie assai più agevolmente la stessa natura derivata dell'ordinamento europeo, che in ciò stesso manifesta per l'appunto il proprio costituire un *subsidium* alle comunità statali e infra statuali minori.

E' il problema delle identità, tra comunità statuali e infra statuali, soggettività esponenziali delle medesime (comunità per così dire di secondo grado) e individui, che, in una concezione autenticamente sussidiaria, se giunge pure a collocare la sovranità, quale potere di governo, ai diversi livelli in cui trovano espressione le comunità territoriali, pure concepisce la stessa come autentico strumento di servizio che si lega ontologicamente alla insufficienza a se stessi degli individui fondativa di ogni comunità politica (come già rilevava Aristotele nel più profondo trattato sulla politica della cultura occidentale di ogni tempo). Tra giorni e notti nei quali ogni cittadino sperimenta i limiti di una definizione della propria umanità che continui a passare piuttosto che per la loro naturale continuità e fusione per la sottolineatura delle *civitas civitatum* a scapito delle *civitas civium*³²⁷ ...

³²⁶ M. ASERO, Una, nessuna, centomila...? Sussidiarietà: la parola che ha salvato Maastricht e l'Europa di Lisbona, in G. GRASSO LEANZA (a cura di), L'Europa dopo Lisbona, Catania, 2009, pp. 167-223.

³²⁷ Riprendendo, se non altro, certo la nota terminologia di Grabitz e con questi alcuni dei tratti essenziali della nota teoria dell'integrazione di R. Smend ...

V. COMPETENZA E GERARCHIA NELLA SENTENZA LISBONA DEL TRIBUNALE FEDERALE TEDESCO: VERSO UN DIRITTO COSTITUZIONALE ASIMMETRICO?

di Fausto Vecchio

Sommario. 1 Premessa - 2 Il fondamento interno del processo di integrazione europea nella giurisprudenza costituzionale tedesca - 3 L'idea di staatenverbund nella sentenza Maastricht - 4 Staatenverbund e ruolo del Parlamento nazionale nella sentenza BVerfG, 2 BvE 2/08 - 5 Conclusioni. Nuova «armonia tra i diversi» o diritto costituzionale asimmetrico?

1 Premessa

Con la decisione *BVerfG, 2 BvE 2/08* del 30/06/2009³²⁸, il Tribunale federale tedesco si è pronunciato sui sei ricorsi³²⁹ che lamentavano l'illegittimità costituzionale dei tre atti approvati l'8 ottobre 2008 dal Parlamento tedesco in occasione della ratifica del Trattato di Lisbona³³⁰: la legge ordinaria³³¹ contenente l'atto di ratifica propriamente detto; la legge costituzionale³³² contenente alcune modifiche (artt. 23³³³, 45³³⁴ e 93³³⁵) della Legge fondamentale propedeutiche alla ratifica; la

³²⁸ Il testo della sentenza è disponibile in versione inglese e in versione tedesca su www.federalismi.it. Per un primo commento alla pronuncia vedi C. BASTASIN, *Europa è in Baviera la tua ultima fermata*, in *Sole 24 Ore* del 21/07/2009; S. BONFIGLIO, *Prime note sulla sentenza del tribunale costituzionale federale tedesco sul trattato di Lisbona*, su www.astrid.it; M. BOTHE, *Integrazione europea e patriottismo parlamentare*, su www.astrid-online.it; L. CASSETTI, *Il "Si, ma" del Tribunale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, su www.federalismi.it; M. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, su www.astrid-online.it; R. DICKMANN, *Costituzione e democrazia in Europa. Verso (e dopo) il referendum irlandese*, su www.federalismi.it; ID., *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco*, su www.federalismi.it; A. DUFF, *Lisbon's high-wire act moves to Germany*, in *Financial Times* del 26/8/2009 L. GIANNITI, *Il ruolo dei parlamenti degli stati membri dell'Unione europea*, su www.astrid-online.it; A. GROSSER, *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's "Sonderweg". An Outsider's Perspective in GermanLJ*, 2009, pp. 1263-1266; G. GUARINO, *Perché la sentenza della Corte tedesca mette a rischio il Trattato di Lisbona in Corriere della Sera* del 19/07/2009; G. GUARINO, *Relazione al seminario organizzato da Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea"*, su www.astrid-online.it; D. HALBERSTAM C. MÖLLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"* in *GermanLJ*, 2009, pp. 1241-1257; P. KIVVER, *German Participation in EU Decision Making after the Lisbon Case: A Comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures in GermanLJ*, 2009, pp. 1287-1296; S. LEIBFRIED K. VAN ELDEREN, *"And they shall Beat their Swords into Plowshares". The Dutch Genesis of a European Icon and the German Fate of the Treaty of Lisbon*, in *GermanLJ*, 2009, pp. 1297-1308; F. LIBERATI, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, su www.federalismi.it; A. MANZELLA, *80 giorni dopo*, su www.astrid-online.it; C. MERLINI, *La camicia di forza della Corte Costituzionale tedesca*, su www.affariinternazionali.it; M. NIEDOBITEK, *The Lisbon Case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective*, in *GermanLJ*, 2009, pp. 1267-1276; A. PADOA SCHIOPPA, *La Germania e l'Europa a proposito della sentenza della Corte di Karlsruhe*, in *LUE*, 2009, pp. 423-424; R. PERISSICH, *Germania: svolta gollista sul Trattato di Lisbona?*, su www.astrid-online.it; G. RIZZONI, *Il rinvio della elezione di Barroso fra "grande gioco" europeo e Lissabon Urteil*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it; L. S. ROSSI, *Integrazione europea al capolinea?*, su www.affariinternazionali.it; C. SCHÖNBERGER, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, in *GermanLJ*, 2009, pp. 1201-1218; F. SCHORKOPF, *The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *GermanLJ*, 2009, pp. 1219-1240; C. TOMUSCHAT, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, in *GermanLJ*, 2009, pp. 1259-1262; G. L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente "Lissabon Urteil"*, su www.astrid-online.it e C. WOHLFAHRT, *The Lisbon Case: A Critical Summary*, in *GermanLJ*, 2009, pp. 1277-1286. Vedi anche L. PATRUNO, *Aspettando Karlsruhe sul Trattato di Lisbona*, su www.costituzionalismo.it (scritto in attesa della pubblicazione della decisione).

³²⁹ Avverso la ratifica tedesca al Trattato di Lisbona erano stati presentati quattro ricorsi diretti individuali (*verfassungsbeschwerde*) e due ricorsi per conflitto tra organi (*organstreit*) presentati dal Partito *die Linke* (tramite i suoi deputati Gregor Gysi e Oskar Lafontaine) e dal deputato Peter Gauweiler.

³³⁰ Vedi anche la pronuncia del *Conseil Constitutionnel* sulla compatibilità tra la legge 2008/125 (contenente la ratifica al Trattato di Lisbona) e la Costituzione francese. Per un commento della decisione si rinvia a P. ALLEGRI, *Il Consiglio costituzionale francese, il Trattato di Lisbona e le modifiche alla Costituzione francese*, su www.europeanrights.com.

³³¹ *Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13 Dezember 2007*, dell'8 ottobre 2008.

³³² *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 23, 45 und 93)*, del 8 ottobre 2008. Da sottolineare che questa legge regolarmente promulgata entrerà in vigore soltanto con l'effettiva entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

³³³ La nuova versione dell'art. 23 prevede un nuovo comma 1.a secondo cui: «Il Bundestag e il Bundesrat hanno diritto di agire davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea contro un atto legislativo dell'Unione europea che violi il principio di sussidiarietà. Il Bundestag è obbligato ad agire se lo richiedano un quarto dei suoi membri. Un atto per il quale sia richiesta l'approvazione del Bundesrat può ammettere eccezioni all'art. 42.2, primo periodo, e 52.3, primo periodo, per l'esercizio dei diritti garantiti al Bundestag e al Bundesrat nei Trattati istitutivi dell'Unione europea». Traduzione riportata da R. DICKMANN, op. cit., 1 nota 3.

legge che, alla luce di alcune previsioni contenute nel nuovo Trattato, definisce le modalità di partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* al processo decisionale dell'Unione europea³³⁶.

Malgrado i giudici di Karlsruhe abbiano verificato la sostanziale conformità costituzionale delle previsioni contenute nella legge di ratifica (e, per conseguenza, anche delle norme contenute nel nuovo Trattato europeo), la pronuncia ha riscontrato un difetto di costituzionalità nella legge con cui venivano riconosciuti nuovi poteri al Parlamento tedesco³³⁷. In attesa di un nuovo intervento legislativo che ridefinisca questi poteri in maniera conforme al dettato costituzionale, la sentenza ha determinato il rinvio della firma del Presidente della Repubblica e ha momentaneamente sospeso la procedura tedesca di ratifica³³⁸.

È facile supporre che, in considerazione del momento di difficoltà vissuto dal procedimento di ratifica del nuovo Trattato³³⁹ e soprattutto in considerazione dell'autorevolezza dei giudici di Karlsruhe, l'*iter* argomentativo della pronuncia possa incidere in maniera profonda e duratura sugli sviluppi futuri del processo di integrazione europea. In particolare, la sentenza sembra interessante perché, senza smentire la dogmatica tradizionale della giustizia costituzionale tedesca, la adegua al nuovo panorama normativo proposto dal trattato di Lisbona e conferma in maniera autorevole le idee dell'«inversione del primato³⁴⁰» e della «europeizzazione dei controlimiti³⁴¹».

In virtù di queste considerazioni, il presente contributo, dopo un rapido riesame dei precedenti giurisprudenziali a cui sembra ispirarsi il provvedimento, proverà ad analizzare il rapporto tra competenza (e sussidiarietà) e gerarchia che pare sotteso al ragionamento giuridico contenuto nella decisione. L'intento è quello di dimostrare che, in piena consonanza con le nuove previsioni contenute nel Trattato di Lisbona, la ricostruzione dogmatica operata dal *Bundesverfassungsgericht* indebolisce il principio del primato e può quindi mettere in discussione l'«armonia tra i diversi³⁴²» in favore di un nuovo paradigma costituzionale basato sull'idea dell'asimmetria.

³³⁴ Secondo la nuova versione dell'art. 45 il *Bundestag* può autorizzare la Commissione per gli affari dell'Unione europea ad esercitare i diritti garantiti dal sistema europeo al Parlamento tedesco.

³³⁵ Con le modifiche al comma 1 n.2 dell'art. 93. si prevede che un quarto (anziché un terzo) dei componenti del *Bundestag* può presentare ricorso al *Bundesverfassungsgericht* per richiedere il controllo della compatibilità tra il diritto federale o il diritto dei *Länder* e la Costituzione tedesca.

³³⁶ *Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*. La legge, pur regolarmente approvata, non è ancora stata promulgata in attesa dell'entrata in vigore delle modifiche agli artt. 23 e 45 della Costituzione tedesca.

³³⁷ Al punto 273 i giudici costituzionali scrivono «*The Treaty of Lisbon and the Act Approving the Treaty of Lisbon comply - taking into account the provisos that are specified in the grounds - with the constitutional requirements that have been explained (1.). The Act Amending the Basic Law (Articles 23, 45 and 93) is also constitutionally unobjectionable (2.). The Act Extending and Strengthening the Rights of the Bundestag and the Bundesrat in European Union Matters does not comply with the requirements under Article 38.1 in conjunction with Article 23.1 of the Basic Law and must be reformulated in a constitutional manner before the ratification of the Treaty (3.)*».

³³⁸ La sentenza esplicitamente dispone che «*(b)efore the entry into force of the constitutionally required legal elaboration of the rights of participation, the Federal Republic of Germany's instrument of ratification of the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 (Federal Law Gazette 2008 II page 1039) may not be deposited*».

³³⁹ In questo momento il processo di ratifica del Trattato di Lisbona è sospeso in attesa di una nuova consultazione referendaria in Irlanda. Su questa questione vedi le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 18 e 19 Giugno 2009.

³⁴⁰ Secondo M. CARTABIA, «*Unita nella diversità*»: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, su www.gustamm.it, l'art. I-5 del Trattato costituzionale (oggi art. 4 del Trattato di Lisbona), nel momento in cui riprende una formula contenuta nella sentenza *BVerfGE* 37, 271 per vincolare l'Unione al rispetto della «identità costituzionale degli Stati membri», condiziona l'applicazione del principio del primato e legittima (anche dal punto di vista dell'ordinamento europeo) quella lettura del primato che attribuisce alle Corti costituzionali nazionali la possibilità di bloccare l'applicazione della norma europea a scapito della norma interna fondamentale.

³⁴¹ In stretta correlazione con l'idea di primato invertito A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno*, su www.forumcostituzionale.it ha parlato di europeizzazione dei controlimiti. Secondo questo ragionamento sia l'art. I-5 (nel momento in cui parla di «identità costituzionale degli Stati membri») sia l'art. I-6 (nel momento in cui parla di) contengono un riconoscimento dell'idea di controlimite elaborata dalle Corti costituzionali nazionali per arginare l'applicazione del primato dl diritto europeo.

³⁴² Vedi V. ONIDA, «*Armonia tra diversi*» e *problemi aperti in QuadCost.*, 2002, pp. 549-557. Cfr. A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *GCost.*, 2003, pp. 2419-2442; e A. PACE, *La sentenza Granital ventitre anni dopo* su www.associazionedeicostituzionalisti.it.

2 Il fondamento interno del processo di integrazione europea nella giurisprudenza costituzionale tedesca

Dagli anni della svolta costituyente operata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia³⁴³, il Tribunale federale tedesco si è più volte pronunciato su questioni legate al processo di integrazione europea.

Già nel 1967, i giudici costituzionali dichiarano inammissibile il ricorso diretto presentato da un gruppo di imprese tedesche contro una serie di regolamenti comunitari³⁴⁴. Secondo il ragionamento della Corte, la CEE, pur dotata di caratteristiche proprie, è assimilabile ad un'organizzazione internazionale a favore della quale la Germania, ai sensi dell'art 24.1 della propria Costituzione, ha ceduto diritti di sovranità. Pertanto, nonostante sia destinato ad incidere sullo stesso territorio in cui trova applicazione il diritto tedesco, occorre concludere che il diritto comunitario rappresenta una «fonte giuridica autonoma» dotata di un proprio sistema di protezione giurisdizionale. Inoltre, sulla base di questa ricostruzione dogmatica, il *Bundesverfassungsgericht* esclude, almeno per il caso in questione³⁴⁵, la sua competenza a giudicare sulla legittimità costituzionale delle norme europee.

Già sette anni più tardi, nel 1974³⁴⁶, la Corte di Karlsruhe ha una nuova opportunità per pronunciarsi in merito alla conformità costituzionale del diritto europeo³⁴⁷. Ancora una volta, di fronte ad una questione di incostituzionalità sollevata dal Tribunale amministrativo di Francoforte che lamenta la violazione del principio di proporzionalità conseguente ad un'interpretazione vincolata prodotta dalla Corte di giustizia in risposta ad una questione pregiudiziale, il Tribunale costituzionale tedesco ha affermato la rigida separazione tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. In questo caso, però, pur ricorrendo all'impianto dogmatico della giurisprudenza precedente, i giudici si spingono sino ad individuare un nucleo di principi costituzionali incompressibili (in primo luogo, ma non esclusivamente, i diritti fondamentali) che fungono da limite alla cessione di quote di sovranità consentite ai sensi dell'art. 24. Pertanto, almeno finché nell'ordinamento comunitario non siano presenti le condizioni minime di democrazia, il Tribunale, senza pretendere di pronunciarsi sopra la validità della norma comunitaria, si dichiara competente a disconoscere l'efficacia ad una norma comunitaria che, travalicando i confini disegnati dall'art. 24, entri in contrasto con un principio fondamentale dell'ordinamento tedesco.

Questa linea interpretativa trova una sostanziale conferma in un'importantissima pronuncia del 1986³⁴⁸, con cui il *Bundesverfassungsgericht* si pronuncia sopra un altro presunto contrasto tra diritti fondamentali e diritto comunitario. Infatti, dopo aver riproposto l'impianto dogmatico tradizionale secondo cui l'art. 24.1 consente un'apertura verso organizzazioni sovranazionali, il Tribunale afferma che l'ordinamento europeo e l'ordinamento tedesco, seppur concettualmente

³⁴³ Per un commento sulla giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea e della giurisprudenza dei Tribunali costituzionali nazionali negli anni 60 e negli anni 70 in questa sede sarà sufficiente rinviare a G. ITZOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, e alla ricchissima bibliografia *ivi* riportata.

³⁴⁴ *BVerfGE*, 22, 293. *Cfr.* *BVerfGE*, 22, 134 dove pur non trattando direttamente di primazia ed effetto diretto il giudice tedesco affermava la possibilità che un regolamento comunitario potesse produrre effetti giuridici pur in assenza di una norma interna di recepimento. Per un commento alle due sentenze vedi C. VIDAL, *Alemania* in J. TAJADURA, J. DE MIGUEL, *Justicia constitucional y Union europea*, Madrid, 2008, pp. 45-47.

³⁴⁵ Come mostra anche lo sviluppo della giurisprudenza successiva, la prudenza usata dal *Bundesverfassungsgericht* in questo caso non deve essere sopravvalutata. La decisione affermava infatti la distinzione tra gli ordinamenti, ma non prendeva in considerazione la possibilità di contrasti tra il diritto interno e il diritto comunitario e tantomeno non escludeva la possibilità di intervento del giudice costituzionale per risolvere questi contrasti. Su questo punto vedi C. VIDAL, *op. cit.*, pp. 46-47 e il riferimento a H. IPSEN, *ivi* riportato alla nota 21.

³⁴⁶ Interessante è anche la sentenza *BVerfGE* 31, 145 pronunciata nel 1971, con cui il giudice costituzionale tedesco riprende l'idea della separazione degli ordinamenti e non riconosce alla Corte di Giustizia la qualifica di giudice ordinario predeterminato per legge ai sensi dell'art. 101.1 del *Grundgesetz*.

³⁴⁷ *BVerfGE* 37, 271. Per un commento vedi G. ITZOVICH, *op. cit.*; A. ALEN, *Le relazioni tra la Corte di giustizia delle comunità europee e le Corti costituzionali degli Stati membri*, in E. CASTORINA, *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2007, e C. VIDAL, *op. cit.*, pp. 48-55.

³⁴⁸ *BVerfGE* 73, 339. Per un commento vedi G. ITZOVICH, *op. cit.*, A. ALEN, *op. cit.*, e C. VIDAL, *op. cit.*, pp. 58-65.

distinti stanno aperti e in un rapporto di mutua collaborazione. Inoltre, al fine di ridurre i margini di un possibile conflitto normativo, i giudici puntualizzano che, essendo ormai presente nell'ordinamento europeo il sistema di garanzie richiesto dalla giurisprudenza costituzionale tedesca per riconoscere l'efficacia del diritto comunitario, un controllo sul diritto comunitario sarebbe ipotizzabile soltanto nella (inverosimile) circostanza di un'involuzione del livello generale di tutela dei diritti fondamentali.

Sulla base di questa rapida analisi della prima fase della giurisprudenza costituzionale tedesca, sembra possibile concludere che, la Corte di Karlsruhe, in linea con la Consulta italiana³⁴⁹, ha individuato il fondamento ultimo dell'ordinamento europeo nel sistema statale e quindi, sulla base di questa ricostruzione dualista, ha affidato al livello nazionale sia il compito di individuare le condizioni di efficacia del diritto sovranazionale, sia il compito di prevenire e sanzionare le eventuali violazioni. Per questa via, seppur implicitamente, i giudici tedeschi hanno gettato le basi per la costruzione di un sistema costituzionale³⁵⁰ caratterizzato da una pluralità di livelli che, in ultima istanza, regolano i loro rapporti e i loro conflitti sulla base della ripartizione delle competenze *sui generis*³⁵¹ tacitamente disegnata dall'art. 24.1 del *Grundgesetz*.

Peraltro, nonostante il tentativo dottrinario di sdrammatizzare il conflitto tra questa concezione e l'interpretazione monista della Corte di giustizia³⁵² rilevando l'assenza di divergenze applicative, questa lettura dogmatica sembra tutt'altro che neutrale e, nel nuovo contesto politico istituzionale che si viene delineando dopo il Trattato di Lisbona, più che mai gravida di potenziali applicazioni pratiche.

3 L'idea di *staatenverbund* nella sentenza Maastricht

Sebbene l'impostazione dualista scelta dal Tribunale federale possa essere riscontrata già nella giurisprudenza costituzionale degli anni sessanta, settanta e ottanta, è soltanto con la storica sentenza *Maastricht*³⁵³ del 1993 che il *Bundesverfassungsgericht* esplicita in maniera compiuta la sua

³⁴⁹ Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale italiana in questa sede sarà sufficiente rinviare alla sentenza 14/1964 *Acciaierie San Michele*, alla sentenza 183/1973 *Frontini e Pazzani* (e al commento di R. MONACO, *La costituzionalità dei regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1974, pp. 314-324) e alla sentenza 170/1984 *Granital* (e al commento di A. TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1984, pp. 2063-2074). Con questa giurisprudenza la Corte Costituzionale italiana separa l'ordinamento europeo dall'ordinamento nazionale, individua nell'art. 11 della Costituzione la norma che consente all'Italia la partecipazione alle Comunità europee e sulla base della distinzione teorica tra validità ed efficacia consente la primazia del diritto comunitario, salvo l'ipotesi teorica di conflitto con un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale.

³⁵⁰ Negli ultimi anni la natura costituzionale dell'Unione europea ha suscitato un dibattito enorme. In questa sede ci si limiterà a rinviare alla sentenza 294/83 (*Les Verts*) e alla opinione 1/91 della Corte di Giustizia. Per la dottrina vedi invece P. HABERLE, *Per una dottrina della Costituzione europea in Quadcost.*, 1999, pp. 3-30; I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: european Constitution-making revisited?* in *CMLRev.*, 1999, pp. 703-750; ID., *Multilevel constitutionalism in the European Union* in *ELR*, 2002, pp. 511-529; B. DE WITTE, *La Dichiarazione di Nizza: è tempo di un Trattato costituzionale dell'Unione europea?* in *Europa Europe*, 2001, pp. 195-204; G. FERRARA, *Verso la costituzione europea?*, in *DP*, 2002, pp. 161-184; A. CANTARO, *Europa sovrana*, Bari, 2003; J. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003; M. POIARES MADURO, *The double constitutional life of the charter of fundamental rights*, in N. FERNANDEZ SOLA, *Union europea y derechos fundamentales en perspectiva constitucional*, Madrid, 2004; ID., *The importance of being called a constitution: constitutional authority and the authority of constitutionalism*, in *Icon*, 2005, pp. 340-348; G. AMATO, *Intervento al Congresso dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti del 14-15 Ottobre del 2005*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it; F. BALAGUER CALLEJON, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it; ID., *El Tratado de Lisboa en el divan una reflexion sobre estatalidad, constitucionalidad y Union europea*, in *REDC*, 2008, pp. 57-92; S. MANGIAMELI, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008.

³⁵¹ In quanto contrariamente a quanto avviene generalmente in caso di violazione di competenze non produce invalidità ma inefficacia. Per una sistemazione esemplare dei criteri di regolazione degli ordinamenti e delle conseguenze giuridiche dei contrasti normativi vedi V. CRISAFULLI, *Jerarquía y competencia en el sistema constitucional de las fuentes*, in *RDCE*, 2004, Pp. 323-353 e F. MODUGNO, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³⁵² Per quanto riguarda la giurisprudenza europea in questa sede sarà sufficiente rinviare alla sentenza C-6/64 *Costa/ENEL* (e al commento di E. STEIN, *Toward supremacy of treaty – constitution by judicial fiat in the European Economic Community* in *RDI*, 1965, pp. 3-28) e alla sentenza C-106/77 *Simmenthal* (e ai commenti di L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal e il primato del diritto comunitario: due corti a confronto*, in *GCost.*, 1978, pp. 669-676 e R. MONACO, *Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno* in *RDE*, 1978, pp. 287-298).

³⁵³ Sulla sentenza *BVerfG.*, 89, 115 vedi, tra i tanti, A. ANZON, J. LUTHER, *Il trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale* in *GCost.*, 1994, p. 667; G.U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea* in *GCost.*, 1994, p. 3115; B. ALAEZ CORRAL, *Comentario a la sentencia del tribunal constitucional federal alemán de 12 de octubre de 1993*, in *REDC*, 1995, pp. 243-278; D. GRIMM, *Una Costituzione per l'Europa?*, in G.

concezione sulla natura giuridica dell'Unione. Ai fini del nostro discorso la sentenza è inoltre interessante perché, anticipando la decisione sul Trattato di Lisbona, individua esplicitamente il rispetto del principio di sussidiarietà e del ruolo del *Bundestag* come condizioni per la legittima attribuzione delle competenze all'ordinamento europeo e (quindi) come condizioni per l'applicabilità del diritto europeo nel territorio tedesco.

È innanzitutto necessario segnalare come con un clamoroso passo indietro rispetto alla pronuncia del 1986, i giudici sulla base delle previsioni contenute nella Costituzione tedesca riaffermano la loro competenza a sanzionare gli atti *ultra vires* prodotti dalle istituzioni comunitarie³⁵⁴.

Peraltro, malgrado questo clamoroso *revirement* e malgrado l'importanza delle competenze attribuite alle istituzioni europee con il Trattato di Maastricht, secondo i giudici la legge di ratifica del Trattato di Maastricht³⁵⁵ e la contestuale legge di modifica costituzionale³⁵⁶ non travalicherebbero i limiti imposti dal *Grundgesetz*.

Innanzitutto, il quadro intergovernativo in cui si inseriscono le materie previste dal Titolo V e VI del Trattato sull'Unione europea legittima l'attribuzione di competenze perché la possibilità di esercitare il diritto di veto si traduce in una garanzia effettiva della sovranità nazionale.

In secondo luogo a giudizio del Tribunale, le attribuzioni di competenza in favore dell'Unione europea lasciano un peso politico sostanziale al *Bundestag* e quindi non ledono il principio democratico previsto dall'art. 38 *Grundgesetz*. Inoltre, queste attribuzioni, rispettando il principio democratico, il principio di sussidiarietà e non ledendo le garanzie che derivano dallo stato di diritto, dallo stato sociale e dall'organizzazione federale, osservano le condizioni imposte dalla nuova formulazione dell'art. 23 *Grundgesetz* (introdotta in occasione della ratifica) per consentire l'efficacia del diritto europeo in Germania.

Infine, nemmeno in prospettiva le norme emanate in occasione della ratifica tedesca del Trattato di Maastricht potrebbero entrare in contrasto con il nucleo duro della Costituzione. Infatti, lungi dal legittimare un'inedita statualità europea o un'incontrollata affermazione del primato del diritto comunitario sul diritto costituzionale nazionale³⁵⁷, queste norme si limiterebbero a consentire la partecipazione della Germania ad una semplice associazione di Stati sovrani (*staatenverbund*) rispettosa dell'identità nazionale perché basata sull'attribuzione di competenze ben individuate e caratterizzata dall'assenza della *kompetenz-kompetenz* e dalla unilaterale reversibilità³⁵⁸.

È inconfutabile che il *Bundesverfassungsgericht* utilizzi il concetto di *staatenverbund* e i principi dell'art. 23 (ed in particolare la sussidiarietà³⁵⁹) per precisare le condizioni di efficacia del diritto comunitario sul territorio tedesco, per specificare i limiti allo sviluppo del processo di integrazione europea e soprattutto per riappropriarsi della competenza a valutare l'applicabilità del diritto comunitario.

Malgrado queste puntualizzazioni rappresentino degli elementi di novità sembra però difficile negare che nella decisione siano riscontrabili tutti gli elementi dell'impianto dogmatico adottato dalla giurisprudenza precedente: individuazione del fondamento del diritto comunitario

ZAGREBELSKY P.P. PORTINARO J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, 1996, pp. 340-368 e J. HABERMAS, *Una Costituzione per l'Europa? Osservazioni su Dieter Grimm*, in G. ZAGREBELSKY P.P. PORTINARO J. LUTHER, op. cit., e C. VIDAL, op. cit., pp. 65-70.

³⁵⁴ Vedi S. LEIBFRIED, K. VAN ELDEREN, op. cit., p. 1303.

³⁵⁵ *Gesetz zum Vertrag vom 7/2/1992* del 28 dicembre 1992.

³⁵⁶ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes* del 21 dicembre 1992.

³⁵⁷ Secondo il *Bundesverfassungsgericht* pesa sul processo di integrazione l'assenza di un popolo che possa legittimare dal punto di vista democratico la creazione di uno Stato europeo.

³⁵⁸ Il *Bundesverfassungsgericht*, pur riconoscendo che il Trattato ha un tempo indeterminato, si spinge sino ad affermare che gli Stati membri sono «i signori dei Trattati» e afferma quindi la possibilità di un recesso unilaterale che almeno esplicitamente non è previsto dal Trattato.

³⁵⁹ Secondo il *Bundesverfassungsgericht* il principio di sussidiarietà impone alle istituzioni europee che intendono adottare un provvedimento normativo l'onere di dimostrare che il fine che si intende perseguire non può essere raggiunto efficacemente da un'azione individuale da parte degli Stati membri e può, invece, essere perseguito in maniera migliore con un intervento sovranazionale. Il mancato rispetto di questa previsione determinerà l'inefficacia della norma.

nell'ordinamento costituzionale nazionale, esistenza di limiti costituzionali invalicabili da parte del processo di integrazione, separazione tra gli ordinamenti e distinzione tra invalidità e inefficacia. Pertanto, sembra possibile concludere che questa inversione di rotta, per quanto decisa e foriera di ulteriori sviluppi³⁶⁰, pare dettata più dal desiderio di adeguare la costruzione dogmatica alla nuova fase del processo di integrazione che da un'abiura della precedente dottrina. Infatti, il Tribunale, pur abbandonando la presunzione di conformità costituzionale che aveva ispirato la pronuncia del 1986 e pur manifestando un aperto sentimento di sfiducia nei confronti del processo di integrazione, pare mantenere sostanzialmente inalterate le linee fondanti del suo ragionamento sulla natura dell'Unione e, come mostra anche il frequente riferimento alle sentenze del passato³⁶¹, si sforza anzi di dedurre le nuove conclusioni dalle argomentazioni della giurisprudenza precedente.

Insomma, malgrado con la sentenza *Maastricht* l'ambiguo dualismo elaborato dalla giurisprudenza costituzionale per consentire la partecipazione tedesca alle Comunità europee finisca con il trasformarsi in un limite (per lo meno) virtuale³⁶² all'integrazione, dal punto di vista dogmatico la pronuncia rappresenta semplicemente un passo ulteriore nel percorso elaborato dalla Corte tedesca per la definizione dei rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento sovranazionale.

4 *Staatenverbund* e ruolo del Parlamento nazionale nella sentenza *BVerfG, 2BvE 2/08*

La ratifica del Trattato di Lisbona offre al *Bundesverfassungsgericht* un'ulteriore occasione di conferma dell'impostazione dualista che ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale tedesca. Infatti, dopo avere affermato la propria competenza ad intervenire sul processo di ratifica³⁶³ e dopo un lungo *excursus* storico volto a ricostruire le origini del sistema europeo³⁶⁴, la Corte

³⁶⁰ Per la giurisprudenza costituzionale successiva vedi innanzitutto *BVerfGE*, 113, 273 (per il cui commento si rinvia a F. PALERMO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul mandato di arresto europeo* in *QuadCost.*, 2005, pp. 897-904; J. WOELK, *Parlare a nuora perché suocera intenda: il BVerfG dichiara incostituzionale la legge di attuazione del mandato d'arresto europeo*, in *DPCE*, 2006, pp. 160-168; G. RANALDI, *Il caso Darkanzali: "a margine" della sentenza del tribunale costituzionale tedesco in tema di mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, su www.federalismi.it; O. POLLICINO, *Incontri e scontri tra ordinamenti e interazioni tra giudici nella nuova stagione del costituzionalismo europeo: la saga del mandato d'arresto europeo come modello di analisi* in *EJLS*, 2008, pp. 220-268; e C. VIDAL, op. cit., pp. 75-85, dove il Tribunale federale tedesco, constatato che lo strumento della decisione quadro lascia al legislatore un margine di valutazione abbastanza ampio da permettergli il rispetto dei parametri imposti dall'art. 16 *Grundgesetz*, pur non intervenendo formalmente sull'atto comunitario (decisione del Consiglio GAI 2002-584 del 13/6/2002) dichiara l'incostituzionalità della legge di recepimento interno. Per una decisione di segno opposto vedi invece *BVerfGE.*, 102, 147 (per il cui commento si rinvia a I. PERNICE, *Les bananes et les droits fondamentaux: la cour constitutionnelle allemande fait le point* in *CDE*, 2001, pp. 427-440; L. Malferrari, *Decisione della Corte costituzionale tedesca nel caso delle banane: piena fiducia alla Corte di giustizia nel campo della protezione dei diritti fondamentali* in *DPCE* 2000, pp. 1473-1478 e C. VIDAL, op. cit., p. 70-74, dove riavvicinandosi alla pronuncia *BVerfGE* 73, 339 il giudice costituzionale tedesco sostiene che per l'affermazione del primato non è necessario che il diritto comunitario garantisca una protezione dei diritti individuali identica a quella tutelata con il *Grundgesetz*. Nella stessa decisione viene previsto che l'onere di dimostrare l'inefficacia del livello di protezione garantito dal diritto comunitario, grava su chi presenta il ricorso.

³⁶¹ *BVerfGE.*, 58, 1, *BVerfGE.*, 68, 1; *BVerfGE.*, 73, 339, *BVerfGE.*, 75, 339 e *BVerfGE.*, 77, 120.

³⁶² Vedi ad esempio la decisione *BVerfGE.*, 113, 273 citata alla nota precedente.

³⁶³ Prima di analizzare il merito del problema la sentenza riafferma la competenza a conoscere del *Bundesverfassungsgericht* sulla base della consolidata giurisprudenza costituzionale tedesca e sulla base delle stesse previsioni contenute nel Trattato di Lisbona. Riprendendo la decisione 505/2004 del *Conseil Constitutionnel* francese e la pronuncia 1/2004 del *Tribunal Constitucional* spagnolo i giudici costituzionali tedeschi riaffermano infatti l'idea dell'uropeizzazione dei controlimiti e dell'inversione del principio del primato (vedi anche il riferimento contenuto al par. 57) sostenendo che «*The exercise of this competence of review, which is rooted in constitutional law, follows the principle of the Basic Law's openness towards European Law (Europarechtsfreundlichkeit), and it therefore also does not contradict the principle of loyal cooperation (Article 4.3 TEU Lisbon); with progressing integration, the fundamental political and constitutional structures of sovereign Member States, which are recognised by Article 4.2 sentence 1 TEU Lisbon, cannot be safeguarded in any other way. In this respect, the guarantee of national constitutional identity under constitutional and the one under Union law go hand in hand in the European legal area.*» Per un commento della sentenza francese si rinvia a A. ALEN, op. cit., pp. 200-203; O. DUTHELLET DE LAMOTHE, *Il conseil constitutionnel ed il processo di integrazione comunitaria*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it; G. ITZOVICH, op. cit., pp. 168-172. e A. SCHILLACI, *Il Conseil constitutionnel si pronuncia sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it. Per un commento della sentenza spagnola vedi A. ALEN, op. cit., p. 204; A. DEL VALLE GALVEZ, *Constitution espagnole et Traité constitutionnel européen – La déclaration du Tribunal constitutionnel du 13 décembre 2004*, in *CDE*, 2005, pp. 705-724; F. DURANTE, *Il Tribunal Constitucional e la nuova Costituzione europea*, su www.forumcostituzionale.it e A. SCHILLACI, *Il Tribunale costituzionale spagnolo e la Costituzione europea*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³⁶⁴ I giudici analizzano la storia del processo di integrazione europea dal par. 2 al par. 31 della decisione.

analizza innanzitutto le disposizioni del nuovo Trattato³⁶⁵ e le relative disposizioni di adeguamento dell'ordinamento tedesco³⁶⁶.

Espletato questo passo, la Corte passa ad esaminare le argomentazioni giuridiche prodotte dalle parti in causa³⁶⁷ e prende atto che i ricorsi condividono l'idea secondo cui l'ulteriore avanzamento del processo di integrazione europea³⁶⁸ travalica i limiti previsti dall'ordinamento tedesco per la legittima cessione delle competenze³⁶⁹, istituisce una inedita statualità europea³⁷⁰, lede il principio di democraticità³⁷¹ e si traduce in una violazione del diritto individuale garantito dall'art. 38 *Grundgesetz*³⁷². Tale diritto in quanto espressivo dell'identità costituzionale³⁷³ tedesca è incompressibile³⁷⁴ e non può essere compromesso neanche dalle esigenze legate alla cooperazione europea.

Finita questa fase di ricostruzione preliminare, i giudici entrano nel merito delle questioni e, secondo l'iter argomentativo inaugurato con il caso *Maastricht*, affermano la compatibilità costituzionale tra le previsioni contenute nel Trattato di Lisbona e la Costituzione tedesca, a condizione di sottoporre le norme più problematiche contenute nel nuovo testo ad una interpretazione fortemente restrittiva. Intatti secondo il ragionamento proposto, il trasferimento di competenze alle istituzioni europee, per quanto legittimo ai sensi dell'art. 23 della Costituzione è, almeno potenzialmente, capace di determinare una lesione dell'incompressibile diritto alla partecipazione democratica costituzionalmente garantita dall'art. 38³⁷⁵. Infatti per i giudici, vista la rilevanza dei poteri già ceduti all'Unione, c'è il rischio che un'ulteriore attribuzione di competenze ad un soggetto politico affetto da uno strutturale deficit di democraticità³⁷⁶, garantendo la partecipazione ad istituzioni statali prive di poteri sostanziali, possa 'svuotare' il diritto di voto³⁷⁷.

³⁶⁵ I passaggi contenuti dal trentaduesimo al settantasettesimo par. sono dedicati ad una minuziosa indagine relativa alle principali innovazioni introdotte dal nuovo Trattato europeo.

³⁶⁶ I passaggi contenuti dal settantottesimo al novantaseiesimo par. sono dedicati ad una analisi degli strumenti di ratifica ed in particolare dell'atto che estende i diritti di partecipazione del *Bundestag* e del *Bundesrat* nel processo europeo.

³⁶⁷ Dal par. 90 al 135, la Corte prende in considerazione i ricorsi prodotti dai ricorrenti, mentre dal par. 136 al 165 vengono prese in considerazione le opinioni scritte prodotte dal Governo federale tedesco, dal *Bundestag*, dal *Bundesrat* e dal *Landtag* del Baden-Württemberg.

³⁶⁸ Per maggiore precisione vedi il par. 99 dove si puntualizza che tutti e cinque i ricorsi lamentano la violazione dell'art. 38 da parte dell'atto di ratifica, mentre il terzo e il quarto ricorso denunciano anche la legge di emendamento della Costituzione e la legge che estende i poteri del *Bundesrat* e del *Bundestag*.

³⁶⁹ Vedi il par. 108 dove tra l'altro è possibile ritrovare un riferimento alla sentenza *Maastricht*.

³⁷⁰ Vedi il par. 114.

³⁷¹ Vedi i parr. 106 e 107.

³⁷² Vedi il par. 100.

³⁷³ Nel par. 208 il *Bundesverfassungsgericht* sostiene che «*The standard of review of the Act Approving the Treaty of Lisbon is determined by the right to vote as a right that is equivalent to a fundamental right (Article 38.1 sentence 1 in conjunction with Article 93.1 no. 4a of the Basic Law <Grundgesetz - GG>). The right to vote establishes a right to democratic self-determination, to free and equal participation in the state authority exercised in Germany and to compliance with the principle of democracy including the respect of the constituent power of the people. In the present combination of procedural circumstances, the review of a violation of the right to vote also comprises encroachments on the principles which are codified in Article 79.3 of the Basic Law as the identity of the institutions.*

³⁷⁴ Vedi il riferimento alla sentenza relativa al Trattato di Maastricht contenuto nel par. 128.

³⁷⁵ Nel par. 175 si legge:«*The act of voting would lose its meaning if the elected state body did not have a sufficient degree of responsibilities and competences in which the legitimised power to act can be realised. In other words: Parliament has not only an abstract "safeguarding responsibility" for the official action of international or supranational associations but bears specific responsibility for the action of its state. The Basic Law has declared this legitimising connection between the person entitled to vote and state authority inviolable by Article 23.1 sentence 3 in conjunction with Article 79.3 and Article 20.1 and 20.2 of the Basic Law. Article 38.1 sentence 1 of the Basic Law excludes the possibility, in the area of application of Article 23 of the Basic Law, of depleting the content of the legitimisation of state authority, and the influence on the exercise of that authority provided by the election, by transferring the responsibilities and competences of the Bundestag to the European level to such an extent that the principle of democracy is violated (see BVerfGE 89, 155 <172>).*

³⁷⁶ Nei parr. 284 297 è possibile rinvenire una critica generalizzata alla democraticità delle istituzioni europee basata sulla considerazione che le istituzioni comunitarie sono legate al principio della nazionalità. Pertanto, il Parlamento europeo è un rappresentante dei popoli europei, la Commissione non è un vero governo e il Consiglio non è un vero Senato federale. Per un punto di vista critico su questa ricostruzione si rinvia a D. HALBERSTAM C. MÖLLERS, op. cit., pp. 1247 1249 dove si mette in evidenza che paradossalmente neanche il sistema costituzionale tedesco risponde in maniera integrale ai requisiti richiesti dal *Bundesverfassungsgericht*.

³⁷⁷ Nel par. 177 si legge:«*Those entitled to vote can challenge constitutionally relevant shortcomings concerning the democratic legitimisation of the European Union under the same right as shortcomings of democracy on the national level, which is affected by European integration as regards the extent of its competences. The interrelation between Article 38.1 sentence 1 and Article 20.1 and 20.2 of the Basic Law, which originally was only significant on the national level, is gradually extended by the progressing European integration. As a consequence of the transfer of sovereign powers pursuant to*

Malgrado questa lettura forte del principio democratico³⁷⁸ e malgrado il *Bundesverfassungsgericht*, riprendendo l'iter argomentativo utilizzato in un'ordinanza del 2004³⁷⁹, specifici che le attribuzioni in materia di diritto penale, di difesa e sicurezza, di fiscalità, di politiche sociali, di diritto di famiglia, di libertà di religione e di istruzione possano incidere in ambiti che devono restare di competenza delle istituzioni nazionali³⁸⁰, il Tribunale non si spinge sino a dichiarare l'incostituzionalità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona³⁸¹ e della connessa legge di emendamento della Costituzione tedesca³⁸². I giudici piuttosto preferiscono intervenire riaffermando in maniera forte l'impostazione internazionalistica del processo di integrazione europea e limitando sul piano interpretativo³⁸³ la possibilità che l'Unione possa espandere le sue competenze nelle materie di tradizionale competenza degli Stati nazionali³⁸⁴.

In questo tentativo di arginare i possibili sviluppi del processo europeo, il Tribunale, ripescando e rinvigorendo l'idea di *staatenverbund* alla base sentenza *Maastricht*, ribadisce il fondamento interno del diritto comunitario e riafferma che l'Unione è soltanto una semplice associazione tra enti sovrani, basata sull'attribuzione delle competenze, priva della *kompetenz-kompetenz* e caratterizzata da natura reversibile³⁸⁵. Inoltre sempre in linea con la sentenza

Article 23.1 sentence 2 of the Basic Law, decisions which directly affect the citizen are shifted to the European level. Against the backdrop of the principle of democracy, which is made a possible subject-matter of a challenge by Article 38.1 sentence 1 of the Basic Law as an individually assertable right under public law, it can, however, not be insignificant, where sovereign powers are transferred to the European Union, whether the public authority exercised on the European level is democratically legitimised. Because the Federal Republic of Germany may, pursuant to Article 23.1 sentence 1 of the Basic Law, only participate in a European Union which is committed to democratic principles, a legitimising connection must exist in particular between those entitled to vote and European public authority, a connection to which the citizen has a claim according to the original constitutional concept, which continues to apply, set out in Article 38.1 sentence 1 of the Basic Law in conjunction with Article 20.1 and 20.2 of the Basic Law».

³⁷⁸ Secondo R. PERISSICH, *Germania: svolta gollista sul Trattato di Lisbona?*, op. cit., «ciò che colpisce nella sentenza è una forma di fondamentalismo che sembra quasi prefigurare l'affermazione di una "specificità tedesca" nella pratica della democrazia. Può sembrare paradossale, ma non è detto che la Camera dei Comuni – per non parlare della Costituzione francese – passerebbero il test rigoroso di legittimità democratica applicato dai giudici tedeschi alle istituzioni europee».

³⁷⁹ Con la decisione 2 BvR 1481/04 il *Bundesverfassungsgericht* interviene per disciplinare i rapporti tra ordinamento costituzionale nazionale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo con un iter argomentativo che (fatte salve le differenze tra CEDU e organizzazione comunitaria) potrebbe trovare applicazione anche per regolare le relazioni tra l'ordinamento tedesco e il sistema europeo. Come segnala F. PALERMO, *Il Bundesverfassungsgericht e la teoria selettiva dei controlimiti* in *QuadCost.*, 2005, pp. 181-188, la decisione è interessante perché pur riprendendo la consolidata dogmatica in materia di rapporti tra ordinamenti (dualismo, controlimiti, apertura condizionata), per la prima volta il Tribunale federale tedesco offre un'elencazione (aperta) delle materie che potrebbero portare il giudice costituzionale a non tenere conto nell'interpretazione della norma convenzionale. In particolare secondo la pronuncia in determinati ambiti, tra cui «soprattutto il diritto di famiglia, il diritto degli stranieri e il diritto della personalità», la ponderazione tra i diversi interessi in gioco operata dal Tribunale europeo dei diritti dell'uomo può (anche a causa delle specificità del procedimento previsto a Strasburgo) risultare inconciliabile con le previsioni del *Grundgesetz*. In queste ipotesi, fatta salva la responsabilità internazionale dello Stato tedesco, la norma interna trova piena ed incondizionata applicazione. Su questo punto vedi anche M. NIEDOBITEK, *The Lisbon Case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective*, op. cit., p. 1271.

³⁸⁰ Al par. 252 i giudici specificano che «*What has always been deemed especially sensitive for the ability of a constitutional state to democratically shape itself are decisions on substantive and formal criminal law (1), on the disposition of the police monopoly on the use of force towards the interior and of the military monopoly on the use of force towards the exterior (2), the fundamental fiscal decisions on public revenue and public expenditure, with the latter being particularly motivated, inter alia, by social-policy considerations (3), decisions on the shaping of circumstances of life in a social state (4) and decisions which are of particular importance culturally, for instance as regards family law, the school and education system and dealing with religious communities (5)*». I par. 253-260 contengono specificazioni ulteriori. Per un punto di vista critico su questa ricostruzione si rinvia a D. HALBERSTAM C. MÖLLERS, op. cit., pp. 1249-1252, dove si evidenzia che il riferimento alla teoria delle funzioni necessarie dello Stato sembra operato in maniera funzionale all'affermazione di un risultato preordinato.

³⁸¹ Nel par. 274 i giudici statuiscano che «*The Act Approving the Treaty of Lisbon is compatible with the requirements of the Basic Law, in particular with the principle of democracy. The right to vote under Article 38.1 of the Basic Law is not violated. In the free and equal election of the Members of the German Bundestag and in corresponding acts of voting in the Länder, the German people still decides on essential political issues in the Federation and in the Länder. The election of the German contingent of Members of the European Parliament opens up to the right to vote of the citizens of the Federal Republic of Germany a complementary possibility of participation in the system of European institutions, a possibility that provides a sufficient level of legitimisation in the system of conferred powers*». I paragrafi successivi sono dedicati all'adeguamento interpretativo alla Costituzione tedesca delle disposizioni contenute nell'atto di ratifica e nel par. 420 i giudici sostengono che «*... the Act Approving the Treaty of Lisbon is compatible with the Basic Law only taking into account the provisions that are specified in this decision ...*».

³⁸² Nel par. 401 invece i giudici statuiscano che «*The Act Amending the Basic Law (Articles 23, 45 and 93) (Amending Act), which is a constitution-amending Act, meets neither with formal nor with substantive objections and is hence constitutional*».

³⁸³ Un intervento simile è stato realizzato dalla decisione 505/2004 del *Conseil Constitutionnel* francese in materia di principio di laicità.

³⁸⁴ Secondo M. CHITI, op. cit., il *Bundesverfassungsgericht* si impegna «ad evirare le competenze europee».

³⁸⁵ Il par. 1 della sentenza afferma che «*With its Article 23, the Basic Law grants powers to participate and develop a European Union which is designed as an association of sovereign national states (Staatenverbund). The concept of Verbund covers a close long-term association of states which*

Maastricht, i giudici individuano nel rispetto del nucleo duro della sovranità nazionale, nel rispetto dell'identità costituzionale tedesca, nel rispetto delle condizioni di autonomia dello Stato³⁸⁶ e nel rispetto delle regole sulla competenza (ed in primo luogo del principio di sussidiarietà), le condizioni imposte dal *Grundgesetz* per il trasferimento di poteri sovrani.

Questa imponente opera di 'nazionalizzazione'³⁸⁷ del sistema europeo evidentemente non poteva fare a meno di riguardare anche il principio del primato del diritto europeo³⁸⁸. La primazia, infatti, troverebbe il suo fondamento ultimo nella legge di esecuzione dei Trattati e sarebbe pertanto soggetta ad una verifica di applicabilità da parte del Tribunale federale tedesco che, in via eccezionale, potrebbe portare la Germania a disattendere gli obblighi comunitari³⁸⁹.

Peraltro, il tentativo di limitare i possibili sviluppi futuri del sistema europeo non si ferma al piano interpretativo. Infatti, seguendo l'*iter* argomentativo utilizzato nella decisione sul mandato di arresto europeo³⁹⁰, i giudici di Karlsruhe dichiarano l'incostituzionalità di un provvedimento interno legato alla norma sovranazionale al fine di impedire l'efficacia di questa ultima sul territorio tedesco. Così, il provvedimento che estende i poteri del Parlamento tedesco viene dichiarato incostituzionale³⁹¹ nella misura in cui si richiama all'Atto sulla Cooperazione tra *Bund* e *Länder* per le questioni relative all'Unione europea³⁹², e nella misura in cui prevede un intervento

remain sovereign, an association which exercises public authority on the basis of a treaty, whose fundamental order, however, is subject to the disposal of the Member States alone and in which the peoples of their Member States, i.e. the citizens of the states, remain the subjects of democratic legitimisations. Nel par. 233 invece si sostiene che il *Grundgesetz*: «prohibits the transfer of competence to decide on its own competence».

³⁸⁶ Il par. 226 afferma che «It is true that the Basic Law grants the legislature powers to engage in a far-reaching transfer of sovereign powers to the European Union. However, the powers are granted under the condition that the sovereign statehood of a constitutional state is maintained on the basis of an integration programme according to the principle of conferral and respecting the Member States' constitutional identity, and that at the same time the Member States do not lose their ability to politically and socially shape the living conditions on their own responsibility».

³⁸⁷ Così M. CHITI, op. cit., dove si sostiene che «la sentenza "nazionalizza" il principio».

³⁸⁸ Nel par. 339 i giudici sostengono che «The primacy of application of European law remains, even with the entry into force of the Treaty of Lisbon, an institution conferred under an international agreement, i.e. a derived institution which will have legal effect in Germany only with the order to apply the law given by the Act Approving the Treaty of Lisbon. This connection of derivation is not altered by the fact that the institution of the primacy of application is not explicitly provided for in the Treaties but has been obtained in the early phase of European integration in the case-law of the Court of Justice by means of interpretation. It is a consequence of the continuing sovereignty of the Member States that at any rate if the mandatory order to apply the law is evidently lacking, the inapplicability of such a legal instrument to Germany is established by the Federal Constitutional Court. This establishment must also be made if within or outside the sovereign powers conferred, these powers are exercised with effect on Germany in such a way that a violation of the constitutional identity, which is inalienable pursuant to Article 79.3 of the Basic Law and which is also respected by European law under the Treaties, namely Article 4.2 sentence 1 TEU Lisbon, is the consequence». Inoltre nel par. 341 si sostiene che «the Federal Constitutional Court's reserve competence is not affected by Declaration no. 17 on Primacy annexed to the Final Act of the Treaty of Lisbon. The Declaration points out that in accordance with well settled case law of the Court of Justice of the European Union, and under the conditions laid down in this case law, the Treaties and the secondary law adopted by the Union on the basis of the Treaties have primacy over the law of Member States». Secondo l'interpretazione di M. CHITI, op. cit. «(è) evidente che la primazia del diritto comunitario diviene, in tal modo, un mero simulacro; dato che il principio viene letto in una prospettiva di diritto nazionale ed internazionale, del tutto diversa da quella assunta dalla Corte di giustizia dai primi anni sessanta dello scorso secolo. Viene altresì meno la lettura "monista" dell'integrazione europea, in cui, secondo i giudici comunitari, l'ordinamento comunitario si integra con gli ordinamenti degli Stati membri; in modi che sono garantiti dai giudici europei e nazionali, secondo le rispettive competenze».

³⁸⁹ Nel par. 340 il Tribunale sostiene: «The Basic Law aims to integrate Germany into the legal community of peaceful and free states, but does not waive the sovereignty contained in the last instance in the German constitution. There is therefore no contradiction to the aim of openness to international law if the legislature, exceptionally, does not comply with the law of international agreements - accepting, however, corresponding consequences in international relations - provided this is the only way in which a violation of fundamental principles of the constitution can be averted... ...Factually at any rate, it is no contradiction to the objective of openness towards European law, i.e. to the participation of the Federal Republic of Germany in the realisation of a united Europe (Preamble, Article 23.1 sentence 1 of the Basic Law), if exceptionally, and under special and narrow conditions, the Federal Constitutional Court declares European Union law inapplicable in Germany».

³⁹⁰ Vedi la sentenza *BVerfGE*, 113, 273 riportata alla nota 30 di questo lavoro.

³⁹¹ Nel par. 406 i giudici statuiscano che «The Act Extending and Strengthening the Rights of the Bundestag and the Bundesrat in European Union Matters (Extending Act) infringes Article 38.1 in conjunction with Article 23.1 of the Basic Law insofar as rights of participation of the German Bundestag and the Bundesrat have not been elaborated to the extent required».

³⁹² Nel par. 410 i giudici statuiscano che «The Extending Act has the function of reflecting the constitutionally required rights of participation of the legislative bodies in the process of European integration on the level of ordinary law and to lend them concrete shape. The Agreement between the Federal Government and the Länder Pursuant to § 9 of the Act on the Cooperation of the Federation and the Länder in European Union Matters (*Vereinbarung zwischen Bundesregierung und den Ländern nach § 9 des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union*) of 28 September 2006 (*Federal Law Gazette I p. 2177*) is not sufficient for this due to its ambiguous legal nature (see Hoppe, *Drum prüfe, wer sich niemals bindet - Die Vereinbarung zwischen Bundesregierung und Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union*, *DVBl* 2007, p. 1540 <1540-1541>)) and due to its content (see inter alia the resolution of the German Bundestag of 24 April 2008 accompanying the Treaty of Lisbon <Bundestag document 16/8917, p. 6, Minutes of Bundestag plenary proceedings - *BTPlenarprot* 16/157, p. 16482 B>). The Bundestag and the Bundesrat must therefore have the opportunity of newly deciding on procedures and forms of their participation taking into account the provisos that are specified in this decision».

tacito, «in bianco»³⁹³ e (almeno nelle materie di competenza concorrente) congiunto³⁹⁴ del *Bundesrat* e del *Bundestag* per dare attuazione alle previsioni dell'art. 48.6³⁹⁵ (procedura di revisione semplificata della parte III) e dell'art. 48.7³⁹⁶ (clausola passerella) del Trattato di Lisbona.

5. Conclusioni. Nuova «armonia tra i diversi» o diritto costituzionale asimmetrico?

Pur adeguando le linee guida elaborate dal *Bundesverfassungsgericht* alla nuova fase del processo di integrazione europea, la sentenza rappresenta un'evidente rottura con la tradizionale giurisprudenza costituzionale tedesca³⁹⁷. Al di là della riproposizione di quel tono di sfiducia³⁹⁸ che sembrava essere stato definitivamente superato dalla sentenza *BVerfGE*, 102, 147³⁹⁹, i giudici di Karlsruhe si spingono oltre la decisione sul mandato di arresto europeo e, sfruttando un'opportunità che sembra aperta dall'art. 4 del Trattato di Lisbona⁴⁰⁰, dichiarano per la prima volta l'incostituzionalità di un provvedimento di recezione del diritto europeo originario.

³⁹³ L'espressione è utilizzata da A. PADOA SCHIOPPA, *La Germania e l'Europa a proposito della sentenza della Corte di Karlsruhe*, op. cit., p. 2.

³⁹⁴ Al par. 415 i giudici prevedono: «Article 1 § 4.3 no. 3 of the Extending Act contradicts the function of the right to make known one's opposition to effectively protect the Member States against further, unpredictable treaty amendments to the extent that it provides for these clauses that the decision-making competence on the exercise of the right to make known one's opposition in cases of concurrent legislation shall only be incumbent on the Bundestag where the Bundesrat does not object. A differentiated elaboration of the exercise of the right to make known one's opposition as can be found in Article 1 § 4.3 no. 3 of the Extending Act, does not do justice to the general responsibility of integration of the German Bundestag. It is therefore constitutionally required that the Bundestag be accorded the decision-making competence on the exercise of the right to make known one's opposition in these cases independently of a decision of the Bundesrat».

³⁹⁵ Al par. 412 i giudici specificano che «While the ordinary treaty amendment procedure (Article 48.2 to 48.5 TEU Lisbon) is subject to the classical requirement of ratification for international agreements, also amendments of primary law in the simplified procedure (Article 48.6 TEU Lisbon) constitutionally requires an Approving Act pursuant to Article 23.1 sentence 2 and if necessary pursuant to sentence 3 of the Basic Law. The same requirement applies to the amendment provisions which correspond to Article 48.6 TEU Lisbon (Article 42.2(1) TEU Lisbon; Article 25.2, Article 218.8(2) sentence 2, Article 223.1(2), Article 262 and Article 311.3 TFEU)».

³⁹⁶ Il *Bundesverfassungsgericht* nel par. 414 esplicita l'idea per cui «(to) the extent that the general bridging procedure pursuant to Article 48.7(3) TEU Lisbon and the special bridging clause pursuant to Article 81.3(3) TFEU grant the national parliaments a right to make known their opposition, this is not a sufficient equivalent to the requirement of ratification. It is therefore necessary that the representative of the German government in the European Council or in the Council may only approve the draft Resolution if empowered to do so by the German Bundestag and the Bundesrat within a period yet to be determined, which takes the purpose of Article 48.7(3) TEU Lisbon as an orientation, by law within the meaning of Article 23.1 sentence 2 of the Basic Law».

³⁹⁷ Vedi M. CHITI, op. cit., dove si sottolinea che tra i primi commentatori non sono mancate letture «continuiste» della sentenza, considerata sviluppo coerente di vari precedenti della stessa Corte tedesca; in particolare, della nota sentenza sul Trattato di Maastricht (del 13.10.1993). Sono state anche colte assonanze con le posizioni di altre corti costituzionali, ad esempio con quella italiana per i «controlimiti» al diritto europeo. Ed anche nella conclusione secondo cui al BVerfG compete il controllo sul contenuto essenziale ed inviolabile dell'identità costituzionale, come prevista dalla GG. La sentenza rappresenta, in verità, un salto di qualità rispetto alle conclusioni raggiunte in precedenza dal BVerfG. La rilevanza dei dati costituzionali nazionali assume un'inedita centralità; non soggetta all'erosione del sistema europeo; e mai come nel passato l'UE viene definita come un'organizzazione «aliena» (par. 220), il cui ordinamento derivato è soggetto al potere di disposizione degli Stati membri. Le argomentazioni sulla primazia del sistema costituzionale nazionale e le garanzie dell'«identità costituzionale» tedesca, si distaccano nettamente dai limiti particolari che le varie corti costituzionali – come quella italiana – hanno voluto porre rispetto alla supremazia del diritto europeo, nel complesso ormai accettato. Per il BVerfG la Costituzione tedesca non pone tanto particolari barriere al diritto europeo, «controlimiti» appunto; quanto, con la sua particolare identità, conforma la «costituzione europea». E' la Costituzione nazionale che dunque condiziona la costituzione europea e non viceversa. Si è così del tutto distanti dalla teoria dei controlimiti». Vedi anche L. CASSETTI, op. cit., dove si sostiene che «la sentenza che oggi commentiamo poggia dunque sulle possenti spalle dell'altrettanto storica *Maastricht-Urteil* del 12 ottobre 1993» e C. SCHÖNBERGER, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, op. cit., p. 1207, dove invece si sostiene che sebbene «the Lisbon Case is epigonous». It is therefore necessary that the representative of the German government in the European Council or in the Council may only approve the draft Resolution if empowered to do so by the German Bundestag and the Bundesrat within a period yet to be determined, which takes the purpose of Article 48.7(3) TEU Lisbon as an orientation, by law within the meaning of Article 23.1 sentence 2 of the Basic Law».

³⁹⁸ In effetti la pronuncia contiene dei passaggi dai toni a dir poco inquietanti. Basti pensare che in più di un passaggio, la Corte, per descrivere la natura giuridica dell'organizzazione europea, ha utilizzato l'aggettivo internazionale volutamente omettendo l'uso dell'aggettivo sovranazionale. O basti pensare ancora al passaggio (par. 220) in cui si valuta se i poteri dell'Unione (al pari di quelli delle Nazioni Unite) siano «alien powers».

³⁹⁹ Vedi nota 358.

⁴⁰⁰ L'idea di europeizzazione dei controlimiti e l'idea di primato invertito sono sviluppate in M. CARTABIA, «Unita nella diversità»: il rapporto tra la costituzione europea e le costituzioni nazionali, op. cit.; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno*, op. cit.; A. CELOTTO, *Primato del diritto europeo nel progetto di Costituzione*, su www.giustamm.it; ID., *Primato del diritto comunitario e funzione legislativa*, in E. CASTORINA, *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, Torino, 2007, pp. 321-333; ID., *Una nuova ottica dei "controlimiti" nel Trattato costituzionale europeo*, su www.forumcostituzionale.it e ID., *La primauté nel Trattato di Lisbona*, su www.giustamm.it; T. GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato*, su www.astrid-online.it; F. BALAGUER CALLEJON, *Le Corti costituzionali e il*

Inoltre, la pronuncia sembra orientata a preservare un ruolo al *Bundesrat* e al *Bundestag* nel processo di integrazione solo in maniera strumentale⁴⁰¹. Infatti in considerazione della teoria della separazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, l'esistenza di un atto legislativo statale è condizione necessaria per garantire la possibilità di nuovi interventi da parte del Tribunale costituzionale tedesco. Pertanto, dietro i profili di incostituzionalità rilevati (che sono sostanzialmente accomunati dalla richiesta di un preventivo vaglio parlamentare) sembra possibile leggere una rivendicazione di competenze da parte del *Bundesverfassungsgericht* che tradisce il desiderio di riservare ai giudici di Karlsruhe l'ultima parola in materia di processo di integrazione europea⁴⁰² e fa temere una nuova stagione di ostilità tra il Tribunale costituzionale tedesco e la Corte di giustizia⁴⁰³. Insomma, come mostra la dichiarazione di incostituzionalità, la vecchia dogmatica costituzionale del *Bundesverfassungsgericht* pare oggi animata da un nuovo e più bellicoso spirito.

Sotto questa luce, il disegno di un sistema che condiziona il primato al rispetto delle competenze e che attribuisce all'interprete nazionale l'*identity review* e l'*ultra vires review*⁴⁰⁴ pare destinato a produrre ancora occasioni di contrasto. In particolare, il clamoroso *revirement*⁴⁰⁵ con cui la Corte di Karlsruhe ha affermato, sul piano dei rapporti tra *Bund* e *Länder* la giustiziabilità della sussidiarietà, apre al *Bundesverfassungsgericht* la possibilità di pronunciarsi sul rispetto del principio, anche sul piano dei rapporti tra ordinamento tedesco e ordinamento europeo⁴⁰⁶.

Risulta a questo punto smentito il celebre paradigma dell'«armonia tra i diversi»: nel momento in cui il *Bundesverfassungsgericht* inizia ad intervenire in maniera effettiva mette in discussione l'originale concezione che ha fin qui ricostruito l'unità di fatto dell'ordinamento giuridico europeo sulla base della scarsa rilevanza concreta della conflittualità teorica tra le Corti.

Piuttosto, di fronte ad una pronuncia che allarga gli spazi per futuri interventi nazionali e che attraverso la conferma dell'«inversione del primato» sposta il conflitto dal piano meramente teorico al piano della decisione concreta, sembra da confermare quella lettura dottrinale che ha

processo di integrazione europea, su www.associazionedeicostituzionalisti.it. Contro questo tipo di interpretazione vedi G. STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario in Studi sull'integrazione europea*, 2009, pp. 23-41.

⁴⁰¹ S. LEIBFRIED K., VAN ELDEREN, "And they shall Beat their Swords into Plowshares", op. cit., p. 1304 parla della «Court's predilection to set itself up as the keyholder to German participation in European federalism».

⁴⁰² Così A. MANZELLA, *80 giorni dopo*, op. cit., secondo cui «In almeno dieci punti la generica approvazione parlamentare, presupposta dal Trattato di Lisbona e dalla stessa Costituzione tedesca, è ricondotta a vera e propria legge di ratifica. Ma richiedere che le procedure di sindacato parlamentare siano ricondotte con tale frequenza alla forma della legge, ha l'effetto finale di sostituire un potere di controllo parlamentare con un potere di controllo giurisdizionale dei giudici di Karlsruhe» e M. NIEDOBITEK, op. cit., p. 1269 secondo cui «the judgment is characterized [...] by the attempt to consolidate the competence of final review on the Federal Constitutional Court itself».

⁴⁰³ Secondo C. SCHÖNBERGER, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, op. cit., p. 1216 «Maybe the Court will actually find the courage to rule against European secondary legislation in certain cases». Invece secondo D. HALBERSTAM, C. MÖLLERS, op. cit., p. 1251 «One cannot but suspect that the Court designed its theory around the only result it could possibly achieve. Without becoming responsible for the fall of the Lisbon Treaty on the one hand, but with the firm intention to show its readiness to intervene, on the other, the treatment of the passerelle was a perfect target».

⁴⁰⁴ Sul punto vedi il par. 241 della decisione dove i giudici affermano che: «(the) ultra vires review as well as the identity review can result in Community law or Union law being declared inapplicable in Germany. To preserve the viability of the legal order of the Community, an application of constitutional law that is open to European law requires, taking into account the legal concept expressed in Article 100.1 of the Basic Law, that the ultra vires review as well as the establishment of a violation of constitutional identity is incumbent on the Federal Constitutional Court alone. It need not be decided here in which specific types of proceedings the Federal Constitutional Court's jurisdiction may be invoked for such review. Availing oneself to types of proceedings that already exist, i.e. the abstract review of statutes (Article 93.1 no. 2 of the Basic Law) and the concrete review of statutes (Article 100.1 of the Basic Law), Organstreit proceedings (Article 93.1 no. 1 of the Basic Law), disputes between the Federation and the Länder (Article 93.1 no. 3 of the Basic Law) and the constitutional complaint (Article 93.1 no. 4a of the Basic Law) is a consideration. What is also conceivable, however, is the creation by the legislature of an additional type of proceedings before the Federal Constitutional Court that is especially tailored to ultra vires review and identity review to safeguard the obligation of German bodies not to apply in Germany, in individual cases, legal instruments of the European Union that transgress competences or that violate constitutional identity».

⁴⁰⁵ Prima con la sentenza *BVerfG*, 2 BvF 1/01 e dopo con la sentenza *BVerfG*, 1 BvR 1778/01 i giudici costituzionali tedeschi hanno affermato la giustiziabilità delle previsioni contenute nel secondo comma dell'art. 72 del *Grundgesetz* allineando la giurisprudenza di Karlsruhe allo spirito della riforma costituzionale del 1994. Per un commento alle due pronunce e al nuovo orientamento giurisprudenziale tedesco, si rinvia a E. BUOSO, *L'art. 72, II comma, GG davanti al Bundesverfassungsgericht in Le Regioni*, 2003, pp. 959-974; ID., *Il primo annullamento di una disposizione legislativa federale ex art. 72, II c., Grundgesetz*, in *Le Regioni*, 2004, pp. 1225-1234 e ID., *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti in Le Regioni*, 2004, pp. 61-90.

⁴⁰⁶ Una prima, seppur parziale, conferma di questo orientamento potrebbe essere dedotta dalla opinione concorrente espressa dal giudice Broß in occasione della decisione *BVerfGE*, 113, 273 sul mandato d'arresto. In quella circostanza il giudice infatti ritenne che la legge d'attuazione dovesse essere dichiarata nulla per violazione del principio di sussidiarietà.

parlato di un nuovo paradigma costituzionale basato sull'idea dell'asimmetria⁴⁰⁷. In effetti, sottoporre il primato a condizioni la cui verifica è affidata ad interpreti nazionali che mostrano un'effettiva inclinazione all'intervento, significa attribuire alle Corti costituzionali il potere fattuale di chiudere l'ordinamento europeo. Un sistema di questo tipo in cui i giudici costituzionali esercitano la possibilità, fin qui solo teorica, di sospendere l'efficacia dei provvedimenti europei è caratterizzato da un ruolo debole del primato e da un significativo potenziale di asimmetria⁴⁰⁸. Per di più se dovesse trovare effettivo riscontro l'idea della sussidiarietà come controlimita che gli organi nazionali di giustizia costituzionali possono opporre all'ordinamento europeo, in ragione dell'ambiguità e dell'elasticità del principio, tale potenziale asimmetrico risulterebbe estremamente potenziato⁴⁰⁹.

In conclusione, pare dunque possibile affermare che la sentenza potrebbe rappresentare un punto di passaggio cruciale: da un'epoca segnata dal sogno di creare un sistema costituzionale caratterizzato da un alto grado di omogeneità, ad un'epoca in cui l'evoluzione asimmetrica diventa il prezzo da pagare per gli avanzamenti del processo di integrazione.

⁴⁰⁷ Sul tema dell'asimmetria vedi innanzitutto A. CANTARO, *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, in corso di pubblicazione e G. AMATO, *Conclusioni del Congresso dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti 2005*, su www.associazionedeicostituzionalisti.it. Vedi anche A. LOPEZ PINA e R. MICCÙ, *La cooperazione rafforzata come forma europea di governo. Verso un diritto costituzionale asimmetrico?*, in *DC*, 2003, pp. 403-417; G. TIBERI, "Uniti nella diversità": l'integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate nell'Unione europea, in F. BASSANINI e G. TIBERI, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, pp. 287-308; A. CANTARO e F. LOSURDO, *L'integrazione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in corso di pubblicazione; M. KOWALSKY, *Comment on Daniel Thym – United in diversity or diversified in the Union?*, in P. DANN e M. RYNKOWSKI, *The unity of european Constitution*, Berlino, 2006, pp. 377-381; F. LEOTTA, *Asimmetria e processo di integrazione europea: soluzione transitoria o problema definitivo?*, in E. CASTORINA, *Profili attuali e prospettive di diritto costituzionale europeo*, op. cit., pp. 142-149; D. THYM, "United in Diversity" – *The integration of enhanced cooperation into the european constitutional order*, in P. DANN e M. RYNKOWSKI, op. cit., pp. 357-375 e G. ROLLA, *Lo sviluppo del regionalismo asimmetrico e il principio di autonomia nei nuovi sistemi costituzionali: un approccio di diritto comparato in QuadReg*, 2007, pp. 387-399.

⁴⁰⁸ Sul legame tra primato e omogenea applicazione del diritto comunitario sia consentito il rinvio a F. VECCHIO, *Primato condizionato e asimmetria* in A. CANTARO, *Il costituzionalismo asimmetrico*, op. cit. .

⁴⁰⁹ Sul legame tra sussidiarietà e asimmetria vedi F. PALERMO, *Il nuovo riparto delle competenze legislative nell'ordinamento federale tedesco*, in *DPCE*, 2007, pp. 98-112.

**VI. FROM *LISSABON URTEIL* TO *MANGOLD URTEIL*:
CORE OF STATE SOVEREIGNTY, BOUNDARIES
OF EUROPEAN UNION'S IDENTITY AND *ULTRA VIRES* REVIEW***

by Elisabetta Lanza

Summary: 1. The “Lissabon” decision of the German Federal Constitutional Court.- 2. The main subject-matters of the judgment.- 2.1. The level of democratic legitimization of the EU.- 2.2. State sovereignty and EU's identity.- 2.3. “*Domain réservé*”.- 3. EU Parliament and US Senate: equality and proportionality.- 4. From the *Maastricht-Urteil* to the *Lissabon-Urteil*.-5. The European Union's identity.- 5.1. The European Union polity under the BVerfG point of view.- 5.2. Another perspective: European Union polity *in fieri*.- 6. One year after: the *Mangold-Urteil* and the *ultra vires* review criteria.

1. The “Lissabon” decision of the German Federal Constitutional Court

On 30 June 2009 the German Federal Constitutional Court Second Senate (*Bundesverfassungsgericht*, hereinafter *BVerfG*), voted almost unanimously⁴¹⁰ in favour of a decision that, due to the procedure and the issue, could be termed *Lissabon-Urteil*⁴¹¹, considering its significant reminiscent of the landmark decision on the Treaty of Maastricht, the so-called *Maastricht-Urteil* (*BVerfGE* 89, 155, judgment of 12 October, 1993). The *BVerfG* receives four direct constitutional remedies (*Verfassungsbeschwerden*) and two complaints deriving from conflict among bodies (*Organstreitverfahren*), dealing with the parliament ratifying confirmation (two-thirds majority) of the Treaty of Lisbon and all its connected acts. Considering the plurality of petitions, the German Court responds to the several constitutional complaints joined in the same adjudication.

The subject-matter of the *Organstreit* proceedings and constitutional complaints is the ratification of the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed in Lisbon on 13 December 2007. The proceedings challenged also the German Act Approving the Treaty of Lisbon and, to some extent, the accompanying laws to the Act Approving the Treaty of Lisbon: the “Act Amending the Basic Law” (Articles 23, 45 and 93), which has already been promulgated, but not yet entered into force, and the “Act Extending and Strengthening the Rights of the *Bundestag* (national Parliament) and the *Bundesrat* (Federal Council of the German States) in European Union Matters” and its connected acts, which, at the time of the decision, had been adopted, but not yet signed and promulgated.

In the 421 paragraphs of the decision the *BVerfG* not only states that the Lisbon Treaty is compatible with the country's basic law, but at the same time, the Court also calls for promulgation of a law guaranteeing the rights of the national parliament.

In fact, the “Act Extending and Strengthening the Rights of the *Bundestag* and the *Bundesrat* in European Union Matters” infringes Art. 38 para 1 in conjunction with Art. 23 para 1 of the Basic Law (*Grundgesetz*, hereinafter GG), insofar as the *Bundestag* and the *Bundesrat* have not been accorded sufficient rights of participation in European law-making procedures and treaty

* I had the chance to discuss the main issues of this paper in occasion of the 6th edition of the Summer School in European Public Law on “Transnational judicial dialogue in Europe. The horizontal and vertical interactions between national high courts and the rising influence of European Courts” (University of Konstanz, September 2009). On this purpose, I would be pleased to thank Professor Stelio Mangiameli, Professor Herman-Joseph Blanke and all the participants to the Summer school. I am heartily grateful to Professor Agatino Cariola, and to Alexander Aizenstadt, Pietro Faraguna, Francesca Leotta, Noreen Mc Namara and Donato Messineo for their thoughtful comments on earlier drafts of the present article.

⁴¹⁰ Only one of the eight judges dissented.

⁴¹¹ Lisbon case, *BVerfGE*, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 and 2 BvR 182/09, 30 June 2009, available at: www.BVerfG.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html.

amendment procedures⁴¹². Therefore, this statute had to be constitutionally reformulated before the ratification of the Treaty (para no. 273 of the Lisbon judgment). Furthermore the *BVerfG* declares the “Act Amending the Basic Law”, which modified the Articles 23, 45 and 93 GG, constitutionally unobjectionable. The constitutional judicial review of Articles 23, 45 and 93 of the Basic Law is implied, considering the objectives of these constitutional provisions: the strengthening of the German Parliament control of the subsidiarity principle (Articles 23 and 45 GG) on the one hand, and on the other hand, giving the *Bundestag*’s minorities opportunity to ask the *BVerfG* for the control of the compatibility of the Federal and *Länder* Law towards the Basic Law (Art. 93 GG)⁴¹³.

In the decision under analysis, the Court rules that *Bundestag* and *Bundesrat* have not been accorded sufficient rights of participation in matters bringing about the transfer of greater powers to the European Union Institutions. Hence, the judgment refers mainly to certain provisions of the Treaty of Lisbon introducing a new simplified procedure for amending the European Treaties (Art. 48.6 TEU Lisbon) and the “bridging clauses” (Articles 31.3 and 48.7 TEU Lisbon; Articles 81 para 3 (2) (3), 153 para 2(4), 192 para 2(2), 312 para 2(2), 333 para 2 TFEU) pursuant to which the Member State governments will be able to give up their veto in the Council and move to qualified majority voting on certain matters without particular treaty amendments requiring ratification by the Member States (see paras 243, 309, 328, 406, 419). The Court states that a “blank” authorization by the Member State is not enough and that it is essential that the *Bundestag* and the *Bundesrat* have to vote every time the EU Council decides to activate a bridging-clause procedure⁴¹⁴.

On this issue, the *BVerfG* asserts that the German government in the European Council may only approve a Treaty amendment brought about by the applying of the general bridging-clause and the special bridging-clause pursuant to Article 81 para 3(2), if the German *Bundestag* and the *Bundesrat* have adopted, within a period yet to be determined, a law pursuant to Article 23 para 1 of the Basic Law which takes the purpose of Article 48 para 7(3) TEU Lisbon as an orientation (para. 307). Consequently, the ratification of the Treaty of Lisbon could not have been completed in Germany until the domestic legislation has been brought into line with these requirements⁴¹⁵. Therefore, the *BVerfG* ruled that the Federal Republic of Germany’s instrument of ratification of the Treaty of Lisbon may not be deposited as long as the constitutionally required legal elaboration of the parliamentary rights of participation has not entered into force⁴¹⁶. Accordingly, on 25 September 2009 the Treaty of Lisbon was ratified by Germany, after the *Bundestag* and *Bundesrat* enforcement of the suggested modifications⁴¹⁷.

⁴¹² *BVerfGE* Press Release, available at www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg09-055.html.

⁴¹³ See L. CASSETTI, *Il “sì, ma” del tribunale costituzionale Federale tedesco sulla ratifica del trattato di Lisbona tra passato e futuro dell’integrazione europea*, available at [14 www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) (2009).

⁴¹⁴ In Italy Article 4 of *legge* no. 11/2005 (the so-called *legge Buttiglione*) introduced a retention of Parliament reading (*riserva di esame parlamentare*). Pursuant to this provision, whenever the Italian government sustains that a European statute deals with important political, economic, social issues, it can put the retention of Parliament reading before the EU Council. According to E. CASTORINA, *Le “dimensioni” della rappresentanza politica (crisi della sovranità nazionale e nuovi percorsi istituzionali)*, in *TDS*, 2005, p. 300, the retention aims to confer centrality to the national Parliament, as a consequence of the development of the vertical dimension of the political representation in the European legal system, in order to cast the national sovereignty outside the State borders. Therefore, the retention procedure could be a solution aiming to fill in the “blank” authorization, even if its enforcement is dependant on the government decision.

⁴¹⁵ C. SCHÖNBERGER, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigones At Sea*, in *GermanLJ*, 2009, p. 1202, available at www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1155.

⁴¹⁶ M. SUSZYCKA-JASCH, H. CHRISTIAN JASCH, *The participation of the German Länder in formulating German EU-policy*, *GermanLJ*, 2009, p. 1216, available at www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1169.

⁴¹⁷ In order to achieve these purposes, on September 2009 the *Bundestag* and *Bundesrat* approved four statutes: *Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union* (about the enforcement and enhancement of the *Bundestag* and *Bundesrat* rights on European issues); *Gesetz zur Umsetzung der Grundgesetzänderungen für die Ratifizierung des Vertrags von Lissabon* (about the ratification of the Lisbon Treaty); *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union* (about the collaboration between the Federal Government and the Parliament on the European issues); *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union* (about the collaboration between Federation and Länder on the European issues), available at www.bundesrat.de/.

The common element to the several complaints is the alleged violation of Art. 38 para 1 of the Basic Law, stating, as grounds of every democracy, that the members of the Federal Parliament are elected in general, direct, free, equal, and secret elections. Pursuant to this provision, the German citizens can participate to the legislative process through their representatives in the *Bundestag* and *Bundesrat*. Moreover, the Court explained that “the constitutional requirements, imposed on the organizational structure and on the decision-making procedures of the European Union by the principle of democracy, depend on the range to which sovereign responsibilities are transferred to the Union and to the extent which political independence in the exercise of the sovereign powers is transferred” (para 262).

Indeed, the *BVerfG* does not state that the accession to the Treaty of Lisbon is inconsistent with the Basic Law, even if it provides some limits to the Parliament and indicates the consequent constitutional gaps of the “Act Extending and Strengthening the Rights of the *Bundestag* and the *Bundesrat* in European Union Matters”.

2. The main subject-matters of the judgment

The reasoning of the German Constitutional Court chiefly traced out three subject-matters: the control of the accomplishment of the constitutional requirements by the level of democratic legitimization of the European Union; the German Federation sovereignty and the European Union’s identity, and the level of competences retained by the *Bundestag* (the so-called “*domain réservé*”).

As a matter of fact, the judgment on the Treaty of Lisbon expresses not only the urge to modify a domestic statute in order to guarantee the rights of the internal rule-making power, but also, after the explanation of the European Union and Communities legislation historic development until the TEU Lisbon and its institutional and procedural reforms, it also provides reasoning on the role of the EU as an international organization, the principle of sovereignty and the relations between European Institutions and Bodies and the EU Member States.

2.1. The level of democratic legitimization of the EU

In the first place, pursuant to the Federal Constitutional Court, the democratic legitimization through the European Parliament (EP) is limited, due to the allocation of seats of every Member State based on the regressively proportional composition that Article 14, para 2(1), sentence 3, TEU Lisbon, prescribes (see para 284). According to Article 14 para 2 in the European Parliament the “representation of citizens shall be degressively proportional, with a minimum threshold of six members per Member State. No Member State shall be allocated more than ninety-six seats.”

Therefore, it is not the “European people” represented, but the peoples of Europe organized in their States (para 286). Thus, even after the new formulation of Article 14 paragraph 2 TEU Lisbon, and contrary to the claim that Article 10.1, TEU Lisbon, seems to provide (“the functioning of the Union shall be founded on representative democracy”), the Court holds that the European Parliament is not a representative body of a sovereign European people.

In fact, pursuant to para 280 of the *BVerfG* Lisbon decision “the representation of the peoples in their respectively assigned national contingents of Members is not laid out as a body of representation of the citizens of the Union as an undistinguished unity according to the principle of electoral equality”. The result of the regressive proportionality is that the weight of the vote of a citizen from a Member State with a low number of inhabitants may be about twelve times the weight of the vote of a citizen from a Member State with a high number of inhabitants (para 284).

Considering the allocation of the EP seats and the high level of entrusted competences, the Union does not comply with the principle of electoral equality (para 292). Therefore, to the *BVerfG* the democratic principle is identified with the weight of the fundamental right to vote of the citizen: through the right to vote the Court portrays the democratic – representative principle⁴¹⁸.

2.2. State sovereignty and EU's identity

In the second place, dealing with the Germany's sovereignty and the European Union's identity, Complainants re. III argued that only a Constitutional Act, pursuant to Art. 146 GG and emanating from the German people, could transform the European Union into a Federal State (see para 113). Moreover, the Lisbon decision clearly declares to refuse the creation of a European Federal State because the Basic Law does not proclaim that the representatives of the German people could have such a power to join a Federal State: only the German people will be able to decide it (see para 228). On the one hand, Article 23 para 1 of the Basic Law underlines that the Federal Republic of Germany takes part in the development of a European Union which is designed as an association of sovereign national States (*Staatenverbund*), and, on the other hand, Article 79 para 3 GG foresees that are inadmissible amendments of the Constitution affecting the division of the Federation into States, the participation on principle of the States in legislation, or the basic principles laid down in Articles 1 to 20.

At para. no. 229 the *BVerfG* defines the *Staatenverbund* as “a close long-term association of States which remain sovereign, an association which exercises public authority on the basis of a treaty, whose fundamental order, however, is subject to the disposal of the Member States alone and in which the peoples, *i.e.* the citizens of the States, remain the subjects of democratic legitimization”. The Court underlines that the Treaty of Lisbon neither transfers the constituent power nor abandons State sovereignty of the Federal Republic of Germany. Moreover, considering the standards of free and equal elections and the requirement of a viable majority rule, the European Union does not correspond to the federal level in a federal State. Consequently, the *Bundestag* is still the focal point of an interweaved democratic system (para 277).

Germany did not lose the State sovereignty because every Member State may withdraw from the EU and despite the will of the other Member States: this is not a secession from a Union of States (*Staatsverband*), problematical under international law, but just a withdrawal from an association of States (*Staatenverbund*), founded on the principle of the reversible self-commitment (paras 233, 299, 329, 330).

Indeed, pursuant to the opinion of the Court, the Treaty does not transform the European Union into a thorough Federal State (*Staatsverband*), but into a confederation of States (*Staatenverbund*).

2.3. “Domain réservé”

Lastly, according to the arguments of the *BVerfG*, as highlighted at para 275 of the decision, the Treaty of Lisbon neither transfers constituent power, which is not amenable to disposition by the constitutional bodies, nor abandons State sovereignty of the Federal Republic of Germany. Hence, the German *Bundestag* still retains sufficiently weighty responsibilities and competences on its own: therefore, the level of legitimization of the European Union still complies with constitutional requirements to the extent that the principle of conferral is safeguarded to a degree beyond the measure provided for the Treaties.

⁴¹⁸ P. FARAGUNA, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure?*, in *QuadCost*, 2010, p. 94.

In fact, the *Bundestag*, representing the people of Germany, and the Federal Government borne by it, has to retain a formative influence on political developments in Germany (para 246). There are some sensitive areas that are necessarily reserved to the Member States competences. At para 249, the Federal Constitutional Court runs through those areas that have to be retained by the Member State in order to achieve “the political formation of the economic, cultural and social circumstances of life”.

The Court, at para 250, identifies the most sensitive areas for the development of the public opinion:

- (1) decisions on substantive and formal criminal law;
- (2) decisions on the disposition of the police monopoly on the use of force towards the interior and of the military monopoly on the use of force towards the exterior;
- (3) the fundamental fiscal decisions on public revenue and public expenditure;
- (4) decisions on the shaping of circumstances of life in a social State;
- (5) decisions which are of particular importance culturally, for instance as regards family law, the school and education system, and dealing with religious communities⁴¹⁹.

The *BVerfG* explicitly lists which issues have to be handled within the boundaries of the Member State’s domestic jurisdiction because they have to pertain to the essential core of any democratic State. These topics have to be ruled only by the Member States because they “are fundamental policy decisions which bear a strong connection to the cultural roots and values of every State. [Family relations, issues of language, integration of the transcendental values into public life, organization of school and education] particularly affect grown convictions and concepts of values which are rooted in specific historical traditions and experiences. Here, democratic self-determination requires that the respective political community that is connected by such traditions and convictions remain the subject of democratic legitimization” (para 260). In the Maastricht case, the Court stated quite generally that functions and powers of substantial importance have to remain for the German *Bundestag*. Now the Lisbon case defines specific areas that have “always been deemed especially sensitive for the ability of a constitutional State to democratically shape itself”.

As foreseen by international law in order to rule the relationship between international organizations and national States, *mutatis mutandis*, these democratic sensitive areas could be defined as the “domain réservé” (domestic jurisdiction) of the Member States⁴²⁰. Nevertheless, the proper subject entitled to shape the contents of the domestic jurisdiction, rather than a national constitutional court, is the the group of framers of EU Treaties. However, as a matter of fact and not yet of law, it could be easily asserted that the subject-matters indicated by the German Constitutional Court in para 249 have to be considered within the domestic jurisdiction.

3. EU Parliament and US Senate: equality and proportionality

⁴¹⁹ M. NIEDOBITEK, *The Lisbon Case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective*, in *GermanLJ*, 2009, p. 1271, available at www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1160.

⁴²⁰ Pursuant to international law, the concept of domestic jurisdiction signifies an area of internal State authority that is beyond the reach of international law. Exactly, international law is what is left over after the State determines the boundaries of its domestic jurisdiction. The most common provision of domestic jurisdiction is contained in Article 2.7 of the United Nations Charter establishes that the norms of international law would constitute the boundaries of domestic jurisdiction: in A. D’AMATO, *Domestic Jurisdiction*, in *EncPIL*, 1992, p. 1090.

As already stressed *supra* (section B.I.) Article 14 para 2, TEU Lisbon, states that the principle of degressive proportionality stands between the principle under international law of the equality of the States and the State principle of electoral equality.

Comparing the EU Parliament model with the United States legal system, the State seats allocation system of one of the legislative Chambers, the Senate, is based on the static “two senators for each State” basis. Thus, according to the Amendment XVII of the US Constitution⁴²¹, the one hundred members of the US Senate are apportioned among the States equally, without any consideration to population or territorial extension in order to guarantee the minorities representation. In the Federalist Paper no. 62 James Madison, examining the equality of representation in the Senate affirms that “if it is right that among a people thoroughly incorporated into one nation every district ought to have a proportional share in the government and that among independent and sovereign States, bound together by a simple league, the parties, however, unequal in size, ought to have an equal share in the common councils, it does not appear to be without some reason that in a compound republic, partaking both of the national and the Federal character, the government ought to be founded on a mixture of the principles of proportional and equal representation”⁴²². Madison continues by stating that “the equal vote allowed to each State is at once a constitutional recognition of the portion of sovereignty. So far the equality ought to be no less acceptable to the large than to the small States; since they are not less solicitous to guard, by every possible expedient, against an improper consolidation of the States into one simple republic”⁴²³. Therefore, the mixture of proportional and equal representation does not jeopardize the majoritarian democratic legal system, considering the “compound polity” of the European Union in which the national and Federal character can be guaranteed by the regressive proportional EP seats allocation system.

On the contrary, the *BVerfG*, at para 286, affirms that in a Federal State, such as the USA, this marked imbalance is tolerated because it is applied only for the Second Chamber existing beside the Parliament. The Court points out that the election of the German members of EP opens up to the right to vote of the citizens of the Federal Republic of Germany a *complementary* possibility of participation in the system of European Institutions (paras 274 and 286). The concept of a “complementary” democratic legitimization is already found in the Maastricht case⁴²⁴. Under this point of view, the Lisbon case affirms the Maastricht case⁴²⁵.

Nonetheless, this “moderate” equality mixed with a proportional criterion is the result of the recognition of the due portion of sovereignty of each Member State. Indeed, the EP seats allocation does not affect the democratic level of legitimization of the European Union, because

⁴²¹ Although from 1787 until 1913, the U.S. Constitution specified that State legislatures would elect U.S. senators. Article 1, Section 3, read: «The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, chosen by the Legislature thereof, for six Years [...]». The XVII Amendment, introduced in 1913, giving the electoral power to the people, instead, states: «The Senate of the United States shall be composed of two Senators from each State, elected by the people thereof, for six years [...]».

⁴²² J. MADISON, *Federalist Paper no. 62 (“The Senate”)*, in A. HAMILTON, J. MADISON, J. JAY, *The Federalist Papers*, New York, 2003, p. 375. However, according to the editors, it is unsure that the FP no. 62 has been written properly by James Madison.

⁴²³ *Id.*, p. 376.

⁴²⁴ Exactly in *BVerfG Judgement of the Maastricht Treaty of October 12, 1993*, in *ILM*, 1994, p. 418, the Court stated: «If the Federal Republic of Germany becomes a member of a community of States which is entitled to take sovereign action in its own right, and if that community of States is entrusted with the exercise of independent sovereign power (both of which the GG expressly permits for the realisation of a unified Europe, Art. 23, para. 1, GG), then democratic legitimization cannot be effected in the same way as it can be within a State regime which is governed uniformly and conclusively by a State constitution. If sovereign rights are granted to supranational organisations, then the representative body elected by the people, *i.e.* the German Federal Parliament, and with it the enfranchised citizen, necessarily lose some of their influence upon the processes of decision-making and the formation of political will. Accession to an inter-governmental community has the consequence that any individual member of that community is bound by decisions made by it. Of course, a State, and with it its citizens, which is a member of such a community also gains opportunities to exert influence as a consequence of its participation in the process of forming political will within the community for the purpose of pursuing common (and with those, individual) goals. The fact that the outcome of these goals is binding upon all Member States necessarily assumes that each Member State acknowledges the fact that it is bound».

⁴²⁵ C. WOHLFAHRT, *The Lisbon case: a critical summary*, in *GermanLJ*, 2009, p. 1279, available at www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1161.

the electoral method balances the respect of the national sovereignty through the proportional element with the Federal flair through the regressive adaptment. At the most, it could be objected that, through the TEU Lisbon, the European Parliament Members are no more designated as representatives of “the people of the Member States” (Article 189, TEC), but as representatives of “the citizens of the Union” (Article 14 para 2, TEU Lisbon)⁴²⁶.

4. From the *Maastricht-Urteil* to the *Lissabon-Urteil*

In the frame of the development of the European Union matter case-law, the decision of the German Federal Constitutional Court traces another landmark judgment, as the decision of the same Court, the so-called *Maastricht Urteil*, pursuant to which the Court stated the compatibility of the Treaty of Maastricht with the fundamental rights of the *Grundgesetz*. According to the 1993 *BVerfG* decision the European Union, a union among the peoples of Europe, is an alliance of democratic States which seeks to develop dynamically. The decision asserted that the performance and the exercise of sovereign powers involve, in the first instance, the peoples of the individual States which must, through their national parliaments, provide democratic legitimation for such action⁴²⁷. Accordingly, the democratic legitimation derives from the interconnection between the action of European governmental entities and the parliaments of the Member States.

In the Lisbon judgment the Court confirms this model of *Staatenverbund* created by the *BVerfG* in 1993: the Member States belong to a union able to exert its own authority through a treaty amenable to the Member States provisions. Pursuant to this pattern the citizens are still the subjects owning the democratic legitimation and the States are the “Masters of the Treaties” (*Herren der Verträge*), as it could be confirmed by the principle of withdrawal, stated by Article 50 of the Treaty on European Union. In the opinion of the German Constitutional Court the accession to the Treaty is not irreversible (para 233) and the constitutional identity of the Federal Republic of Germany is insured by Article 23 GG, that safeguards the constitutional system.

In the 1993 Maastricht judgment the *BVerfG* not only ruled on the admissibility of the various challenges brought against the Treaty of Maastricht and defined its own role, as Constitutional Court, in order to protect the fundamental rights within the European legal system⁴²⁸, but the Court also raised two linked but distinct issues: on the one hand, the expansion of the European Union competences through treaty amendment and interpretation; on the other hand, the potential existence of “absolute” limits to European integration⁴²⁹. In 1993 the Court considered the hypothetical future development of the European Union, underlining that at the time, in any case, there was no intention to establish the “United States of Europe” comparable in structure to the United States of America⁴³⁰. Nevertheless, in 1993 the Federal Constitutional

⁴²⁶ G. GUARINO, *Ratificare Lisbona?*, Firenze, 2008, p. 114.

⁴²⁷ *BVerfG - Judgment of the Maastricht Treaty of October 12, 1993, cit.*, p. 419.

⁴²⁸ Thus, in the *Lissabon-Urteil* the *BVerfG* developed two bases for own constitutional review: the *ultra vires review* and the *identity review*. In the first place, the *ultra vires review*, whether legal instruments of the European Institutions and Bodies, adhering to the principle of subsidiarity, do not keep within the boundaries of the sovereign powers accorded to them by way of conferred powers. This is a remarkable change from the approach in *Solange I*, *BVerfGE* 37, 271, *CMLRev*, 1974, p. 540, and *Solange II* judgments, *BVerfGE* 73, 339, in *CMLRev*, 1987, p. 225, when the Court affirmed the well-known formula that the *BVerfG* would no longer examine the compatibility of European secondary law with German fundamental rights exists on the European level, comparable to the secured ones by the German Basic Law. Instead, in the Lisbon case the Court states that any European legal act can be scrutinized for its conformity with the German Basic Law regarding “obvious” transgressions of the boundaries of the competences and identity, *id est* the so-called “domain réservé”. See F. SHORKOPF, *The European Union as an association of sovereign States: Karlsruhe’s ruling on the Treaty of Lisbon*, in *GermanLJ*, 2009, p. 1232, available at www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1156. In the second place, the other type of review fixed by the Court is the *identity review*, whether the inviolable core content of the constitutional identity of the GG pursuant to Article 23, paragraph 1, sentence 3, in conjunction with Article 79, para 3, GG is not respected.

⁴²⁹ S. J. BOOM, *The European Union after the Maastricht decision: is Germany the Virginia of Europe?*, available at www.jeanmonnetprogram.org (1995).

⁴³⁰ *BVerfG - Judgment of the Maastricht Treaty of October 12, 1993, cit.*, p. 424.

Court affirmed that, in view of the degree to which the nations of Europe are growing together, the transmission of democratic legitimation within the institutional structure of the European Union by the European Parliament elected by the citizens of the Member States must also be taken into consideration⁴³¹.

The only claim considered by the *BVerfG* in 1993 was the complainant's assertion that the Treaty of Maastricht violated its constitutional rights guaranteed by Art. 38.1 GG. The applicants in the decision of June 2009 declared that the Treaty violated the democratic participation through free and equal voting, the foundation of the democracy, pursuant to Art. 38 GG. Thus, Art. 38.1 represents a linking element between the *Maastricht-Urteil* and the recent decision on the Treaty of Lisbon. As stated above, the "Act Extending and Strengthening the Rights of the *Bundestag* and the *Bundesrat* in European Union Matters" infringes Art. 38 para 1 in conjunction with Article 23 para 1 of the Basic Law, insofar as rights of participation of the German *Bundestag* and the *Bundesrat* have not been elaborated to the constitutionally required extent, according to the new Treaty on the European Union. If the Member States elaborate the European law laid down in the Treaties on the basis of the principle of conferral in such a way that an amendment of the Treaty law can be brought about solely or decisively by the Institutions of the European Union - albeit under the requirement of unanimity in the Council - a special responsibility is incumbent on the national constitutional bodies in the context of participation. In Germany, this responsibility for integration must, on the national level, comply with the Article 23, para 1, GG constitutional requirements⁴³².

Article 38, para 1, GG establishes the right to vote: it's the right to democratic self-determination and to free and equal participation to the State authority, pursuant to the democratic principle and human dignity. The democratic principle could not be amended, such as the fundamental rights (Articles 1 to 20 GG). As stated in *Maastricht-Urteil*, these provisions establish the so-called "eternity-guarantees" able to shape the constitutional identity of the German legal system⁴³³ and are not amendable due to Article 79 para 3 GG (*Identitätskontrolle*). In the Maastricht case, the German Court set itself the role of "gatekeeper" with respect to jurisdictions, deciding case by case what is *ultra vires* for European Union actions. With the Lisbon case, it asserts the absolute immutability of certain parts of the *Grundgesetz* with respect to European law⁴³⁴. Nevertheless, the principle of democracy allows the Federal Republic of Germany to be open to the international and European legal order, considering that the limits of State sovereignty, both in favour of international law and the European law, are founded on peacekeeping and refusal of every rivalry among the European Member States.

Accordingly, at para 210, the Court stresses that «the principle of the representative rule of the people can be violated if in the structure of bodies established by the Basic Law, the rights of the *Bundestag* are essentially curtailed and thus a loss of substance of the democratic freedom of action of the constitutional body occurs which has directly come into being according to the principles of free and equal election». In the *Maastricht-Urteil* the Court highlighted that «the democratic foundations upon which the Union is based are extended concurrent with integration, and that a living democracy is maintained in the Member States while integration proceeds. If too many functions and powers were placed in the hands of the European inter-governmental community, democracy on the level of the individual States would be weakened to such an extent

⁴³¹ BVerfG, *Judgment of the Maastricht Treaty of October 12, 1993, cit.*, p. 395.

⁴³² BVerfGE Lisbon decision Press Release, *cit.*

⁴³³ See paras from 208 to 210 and F. LIBERATI, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, available at 14 www.federalismi.it (2009).

⁴³⁴ S. LEIBFRIED, K. VAN ELDEREN, "And they shall Beat their Swords into Plowshares" – The Dutch Genesis of a European Icon and the German Fate of the Treaty of Lisbon, in *GermanLJ*, 2009, p. 1303, available at www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1163.

that the parliaments of the Member States would no longer be able to convey adequately that legitimization of the sovereign power exercised by the Union»⁴³⁵.

On this issue, Germany gives up a portion of own sovereignty rights to EU on the grounds of an integration programme, respecting the principle of conferral and the constitutional identity of every Member State and insuring that the German State could exert its sovereign political and social powers. The Member States are still the “Masters of the Treaties”, as solemnly declared in the *Maastricht-Urteil*. The Court underlines that the Member States permanently remain the Master of the Treaties because the EU empowerment to exercise supranational competences comes, however, from the Member States. Furthermore, under a functional point of view, the source of European Union authority are the peoples of Europe and their own democratic constitutions (para 231). Thus, the Federal Constitutional Court clarifies that the Basic Law bans the transfer of competence to decide on its own competence, the so-called *Kompetenz-kompetenz* (para 233). Nevertheless, the Lisbon case contains, but in contrast to the Maastricht case, the explicit refusal to create a European Federal State⁴³⁶, being understood that only a Constitutional Act, pursuant to Article 146 GG and emanating from the German people, could transform the European Union into a Federal State.

As Weiler stated, in 1993 the German Federal Constitutional Court presented itself as a guarantor of the universal values of democracy rather than as a guarantor of German particularism⁴³⁷. Today, after the restrictive stance of the June 2009 decision, the *BVerfG* casts some doubts about the lack of democracy of the European Union and expresses the urge to solemnly map out the boundary of the Member States sovereignty, indicating, *inter alia*, the subject matters of their “domain-réservé”. Indeed, the *BVerfG* shows the intention to outline the boundaries of the German State sovereignty.

5. The European Union’s identity

5.1. The European Union polity under the *BVerfG* point of view

Supranationalism is a phenomenon in search of a “mediating principle or principles” that will adequately account for the legitimate needs of international coordination and for the cultural persistence of the “sovereign” nation-state as “the primary political unit”⁴³⁸. The present constitutional review deeply assesses the identity of European Union and the supranationalism issues.

Analysing the TEU Lisbon, the *BVerfG* verified the consistency of the European competences, its principles and procedures to the German democracy model. Infact, on the one hand, in some policy fields the EU has a shape corresponding to a federal State; on the other hand, the internal decision-making and appointment procedures remain committed to the method of an international organization, ruled by international law.

The decision-making procedures of the EU, albeit working as a federal entity, are inspired by international organization model, based on the equality of the States. To the *BVerfG*, the European Parliament does not adopt statutes able to represent an homogeneous political majority of a European people, because the European *demos* does not exist. The peoples of the European Union Member States remain the decisive holders of public authority and, accordingly, of the constituent power. Thus, without a European *demos*, the European Union lacks of

⁴³⁵ BVerfG, *Judgment of the Maastricht Treaty of October 12, 1993*, cit., p. 421.

⁴³⁶ C. WOHLFAHRT, *The Lisbon case: a critical summary*, op. cit., p. 1280.

⁴³⁷ J. H. WEILER, *The State “über alles” Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, 1995, in www.jeanmonnetprogram.org.

⁴³⁸ P. L. LINDSETH, *Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism: the example of the European Community*, in *ColLR*, 1999, p. 738.

democratic legitimization: the power and the authority of the Union have to be justified by the national peoples, according to the principles of representative democracy⁴³⁹.

Under the perspective of EU international organization profile, the *BVerfG* sets out the EU as a legal community (*Herrschaftsverband*) ruled by international law and founded and still supported by the will of the Member States. The consequences are, firstly, the improvement of competences and powers of the EU and, secondly, the due respect to the principle of conferral in order to guarantee the State sovereignty in all those subject-matters where the domestic public opinion is more sensitive⁴⁴⁰.

Thus the judgment emphasized that Germany participation in European integration will be viewed through the lens of the constitution's provisions for international law⁴⁴¹.

The *BVerfG* explains its own interpretation of the European Institutions' roles. The European Parliament, although its powers have been strengthened by the Treaty of Lisbon, is not where the political representation of the European people is expressed. Infact, the further increase of the European Parliament competences cannot completely fill the gap between the extent of the decision-making power of the Union's institutions and the citizens' democratic power of action in the Member States. The EP is a supranational body of representation of the peoples of the Member States. Considering that, pursuant to the Lisbon decision at paragraphs 284 and 285, the election of the EP does not duly consider the equality (see *supra*, sections B and C) and it is not allowed to adopt authoritative decisions on political issues, the unique place where the citizens equally participate is the national Parliament, where the substantial democracy is protected, as stated by para no. 260 of the judgment.

Moreover, the European Council is not a Second Legislative Chamber nor the Commission is an executive power next to the national ones. They are still nonmajoritarian bodies of a supranational organization.

According to the *BVerfG*, the EU's structural "democratic deficit" could not be resolved through the *Staatenverbund* and further integration could not be achieved weakening the Member States political power and the principle of conferral. Furthermore, with the present *status* of integration, the European Union does not yet attain a shape corresponding to the level of legitimization of a democracy constituted as a State. It is not a Federal State, but remains an association of sovereign States in which the principle of conferral is applied.

5.2. Another perspective: European Union polity in fieri

Thus, the *BVerfG* adopts a static position on the identity of the European Union, surmising that it is more likely that European integration will tend, in its form, towards an interstate association of sovereign States, a secondary political area⁴⁴². Nevertheless the German Federal Constitutional Court underestimates some crucial elements that give to the European Union a shape more similar to the *Staatsverband* rather than the *Staatenverbund*, such as: the recognition of the efficacy of the European Union Charter of Fundamental Rights ex Article 6, the statements

⁴³⁹ In this direction R. DICKMANN, *Costituzione e democrazia in Europa. Verso (e dopo) il referendum irlandese*, available at 18 www.federalismi.it (2009). To Dickmann, the European Union could not become a (Federal) State because a people legitimizing its evolution as democratic and constitutional State does not exist, even if the institutional instruments could be apt to reach this purpose. Indeed, in the European Union could not be faced the constitutional issue as settled by the Member States, because the European Union is not a State and in Europe there is not a unitary people feeling the urge of a Constitution. Afterwards, there is no constituent power asking for a constitutional issue.

⁴⁴⁰ R. DICKMANN, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale Costituzionale Federale tedesco*, available at 14 www.federalismi.it (2009).

⁴⁴¹ F. SHORKOPF, *The European Union as an association of sovereign States: Karlsruhe's ruling on the Treaty of Lisbon*, *op. cit.*, p. 1220.

⁴⁴² *Id.*, pp. 1219-1221.

of the principle of democracy ex Article 2 and Title II TEU, the procedure of Article 7 TEU⁴⁴³ and, over all, the procedure ruled by Article 48 TEU, bearing in mind that the next institutional reforms, as soon as the Treaty will be ratified, will be activated by the Government of each Member State, the Commission or by the European Parliament, and they will be approved only unanimously⁴⁴⁴.

Besides, the involvement of the Regions in the shaping of the European Union⁴⁴⁵ not only enables to relieve the “democratic deficit” of the European Union⁴⁴⁶, but it is also the recognition of a peculiarity of the European interstate legal system, considering the more and more impelling local interests engaged in the European policies.

At any rate, the European polity could not be framed in the very same legal system of the national States, considering as well the weak liability structure of the European political parties system⁴⁴⁷. Article 12 para 2 of the Charter of Nice and Article 10 para 4 TEU Lisbon assert that the political parties at European level contribute to form European political awareness and to express the will of citizens of the Union. Nevertheless, the lack of any European collective sense of identity and a common language partly hinders two important requirements of a democracy: the public opinion and political debate. On this purpose, it could be useful a reform of the European electoral system in order to achieve the direct election of the President of the Commission at the same time of the European Parliament election: in this way, the political awareness could fastly grow up and the election campaign for the EP could not be focused just on national issues but on proper European issues. Every European political party could shape own identity and it will be no more a “copy and paste” of the sum of the several national parties ideologies.

Actually, the Treaty of Lisbon starts and crosses this path, foreseeing that “taking into account the elections to the European Parliament and after having held the appropriate consultations, the European Council, acting by a qualified majority, shall propose to the European Parliament a candidate for President of the Commission. This candidate shall be elected by the European Parliament by a majority of its component members. If he does not obtain the required majority, the European Council, acting by a qualified majority, shall within one month propose a new candidate who shall be elected by the European Parliament following the same procedure” (Articles 14 para 1 and 17 para 7 TEU, Lisbon). Article 17 para 7 TEU, indeed, links EP elections and individuation of the Presidency of the Commission candidate. This is a first step, but it is not the arrival for the underpinning of the European political parties role.

Further, in order to defeat the EP “democratic deficit”, Article 224 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) affirms that the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, by means of regulations,

⁴⁴³ Pursuant to Art. 7 TEU on a reasoned proposal by one third of the Member States, by the European Parliament or by the European Commission, the Council, acting by a majority of four fifths of its members after obtaining the consent of the European Parliament, may determine that there is a clear risk of a serious breach by a Member State of the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities, referred to Art. 2 TEU. According to the opinion of S. MANGIAMELLI, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2000, pp. 25-71, Article 7 procedure, although is an example of a widespread praxis of the international organization, represents a certain sign of Federalization of the European Union legal system. Infact, the suspension is not an instrument targeted to the exclusion of the defaulter Member State, such as the procedures ruled by international law, but it is the corroboration of a provision aimed at the effective application of the principle of democracy and of the rule of law in the European Union.

⁴⁴⁴ A. PADOA-SCHIOPPA, *La Germania e l'Europa*, in *L'Unità europea*, Luglio-Agosto 2009, p. 1. The scholar affirms also that the procedures ex Art. 48 TEU Lisbon give a further democratic element to the European Union, considering that the Parliament and the Convention represent the people and accordingly expression of democracy.

⁴⁴⁵ For the role of the Member States Regions in the European integration process see S. MANGIAMELLI, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, op. cit., p. 79.

⁴⁴⁶ N. PARISI, *L'apporto delle regioni italiane al procedimento di elaborazione di politiche ed atti comunitari*, in *Regioni, Costituzione e rapporti internazionali. Relazioni con la Comunità Europea e cooperazione transfrontaliera*, Milano, 1995, p. 167.

⁴⁴⁷ A. CARIOLA, *Responsabilità politica*, in S. Cassese (Ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5169.

shall lay down the regulations governing political parties at European level and especially the rules regarding their fundings. This provision was already foreseen in the 2001 Treaty of Nice and, as a result, the EU adopted a new regulation dealing with the European parties statutes and fundings⁴⁴⁸. Thus, the EP modified own internal rules and a new regulation changed the European political parties activities and financing system⁴⁴⁹. The regulation on the financing system of the EU political parties, for the first time, attempted to give a formal definition and a substantial characterization of the European political parties, in order to emancipate the political parties from the *status* of “federation” of national parties, reaching the goal to represent the voters as Europeans, not only as citizens of their own Member States⁴⁵⁰. Notwithstanding, under this point of view, the consolidation of the European democracy is not already accomplished, considering that the adoption of a common uniform electoral process still appears like a long-term objective⁴⁵¹, such as the direct election of the President of the Commission.

Nevertheless, a possible approach to defeat the “democratic deficit” could be not only the improvement of the competences of the European Parliament⁴⁵², as the Treaty of Lisbon is aiming to reach, but also the launch of an electoral process by the European voters in order to force their national leaders to transfer sufficient powers and resources to a democratic and Federal union⁴⁵³: in such a way democracy and integration among the European multiple *demoi* could be compatible. But it is unmistakable that a launch of suchlike electoral process should be connected to the strengthening of European political parties: it is like a spiral aiming to connect the European people(s) to European Institutions.

Considering the actual framework, it could be more consistent to the Lisbon Treaty framework to affirm that the European Union is an organization of States *in fieri*, not already a Federation of States, no more a Confederation of States. It is most likely a different legal system.

In the Treaty of Lisbon the European framers, even if they apportion differently the roles of the EU Bodies and national Governments in the legislative procedure, they still choose the principle of the institutional equilibrium linked to the EU Institutions rigidity, rather than the principle of the separation of powers. Considering the different roles performed by the EU Institutions in the legislative process, it seems to be that the EU legal system is more and more similar to the ancient legal system of “mixed polity”, such as the Roman Republican age polity⁴⁵⁴, an alternative to the majoritarian democracy⁴⁵⁵. Within the mixed polity there is a collaboration, not a separation, among bodies and powers: as a matter of fact, the European legislative process is the result of the interaction among Council, Commission and Parliament. Consequently, the main criterion of organization is the representation of some interests in a condition of balance of powers and not of separation: there is not any univocal relation between political functions and European bodies.

By way of conclusion, the *BVerfG* decision on the Lisbon Treaty arouses the reflection on the core of State sovereignty and on the boundaries of the European Union legal system. The German Federal Constitutional Court focuses on the force of the right to vote of every citizen,

⁴⁴⁸ Regulation EC no. 2004/2003 of 4 November 2003, in *OJ L 297*, dealing with the rules governing political parties at European level and the rules regarding their fundings.

⁴⁴⁹ Regulation EC no. 1524/2007 of 18 December 2007 (amending regulation EC no. 2004/2003), in *OJ L 343*, dealing with the rules governing political parties at European level and the rules regarding their funding.

⁴⁵⁰ About the close relationship between the political parties financing system and democracy see B. ACKERMAN, I. AYRES, *Voting with dollars: A new paradigm for campaign finance*, New Haven, 2002.

⁴⁵¹ A. CIANCIO, *I partiti politici europei e il processo di democratizzazione dell'Unione*, available at www.lex.unict.it/cde/quaderneuropei, Serie giuridica, no. 11/2009.

⁴⁵² A. CARIOLA, *Responsabilità politica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, op. cit.

⁴⁵³ G. MAJONE, *The common sense of European integration*, *JEPP*, 2006, vol. 13, p. 607.

⁴⁵⁴ In the opinion of Polibio (in *HISTORIAE*, vol. VI, 11, 18) the Roman Republic Constitution portrayed a balance of powers system among the public authorities so perfect to force them to a perfect collaboration also in dangerous conditions.

⁴⁵⁵ G. MAJONE, *Deficit democratico, istituzioni non-maggioritarie ed il paradosso dell'integrazione europea*, in *STIMER*, 2003, p. 24. See also R. DAHL, *Democracy and its critics* New Haven, 1989.

the basis of democracy: democracy is founded on representation, representation derives from citizens votes. The core of State sovereignty is filled by, according to the opinion of the *BVerfG*, the list of the “domain réservé” subject-matters (see *supra* sec. B.III), that shapes the self-determination of every constitutional and democratic State. Pursuant to these statements, as described in the previous sections, the German Federal Constitutional Court defines the European Union as a secondary political area, the result of the association of sovereign States: no more, no less. As already stressed above, suchlike setting does not respond to the framework shaped by the Treaty of Lisbon and to the capability of European Union: a still *in fieri* polity and not a “still” polity.

6. One year after: the *Mangold-Urteil* and the *ultra vires* review criteria

In the 2010 summer the *BVerfG* had the chance to recall some of the *Lissabon-Urteil* statements, proving how much is still *in fieri* the relations between the European Court of Justice (ECJ) and the Supreme national Courts.

As underlined above, in the Lisbon judgment the German Federal Constitutional Court developed the bases for own constitutional review on European issues: fundamental rights respect review (as depicted by the *Solange* decisions), identity review and *ultra vires* review. The latter can be exercised by the *BVerfG* as soon as acts of the European Institutions and Bodies violate national sovereignty, infringing the principle of conferred powers. The occasion for testing the *ultra vires* review came soon, but the *BVerfG* decided to shape own control according to more restrictive criteria.

Through the decision 2 BvR 2661/06 of 6 July 2010 (published on 26 August 2010), the *BVerfG* answered to a direct constitutional complaint (*Verfassungsbeschwerde*) in the frame of the *Mangold* case that, after a long jurisdictional path, the European judges ruled⁴⁵⁶. In fact, on 22 November 2005 the European Court of Justice rendered its *Mangold* decision on Council Directive 2000/78/EC (27 November 2000), establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. The most striking part of this judgment was that «Community law and, more particularly, Article 6(1) of [...] Directive 2000/78/EC [...] must be interpreted as precluding a provision of domestic law such as that at issue in the main proceedings [...]. It is the responsibility of the national court to guarantee the full effectiveness of the general principle of non-discrimination in respect of age, setting aside any provision of national law which may conflict with Community law, even where the period prescribed for transposition of that directive has not yet expired». Consequently the ECJ established that the German legislation on Part-Time working and Fixed-Term Contracts of 21 December 2000 (*Teilzeit - und Befristungsgesetz*, Sec. 14.3.4) contravenes EU law, authorizing the conclusion of fixed-term employment contracts once an employee has reached the age of 52, even if there is no objective reason for rescinding such contracts. The ECJ founded the decision on the general principle of non-discrimination on grounds of age and on Council Directive 2000/78/EC. Additionally, although the deadline for transposing the directive had not yet passed, the German court should not have applied any national legal provision that breached the general principle of not age discrimination to guarantee the full effectiveness of the principle⁴⁵⁷.

At once the ECJ decision was fiercely criticized, not only because it produced legal uncertainty, due to the fact that vesting in the directive horizontal effects before the end of its transitional period meant to introduce an innovative reference to a general principle of EU law, but also because it extended the European general ban of age discrimination without a deep

⁴⁵⁶ 2 BvR 2661/06. English translation available at www.bundesverfassungsgericht.de/en/decisions/rs20100706_2bvr266106en.html

⁴⁵⁷ For an overview on ECJ *Mangold v. Helm*. (C-144/04) see: M. DE MOL, *Küçükdeveci: Mangold Revisited – Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law: Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*, in ECLR, 2010, p. 293.

reasoning and accurate distinguishing⁴⁵⁸.

The complainant sought to redress against a decision of the German Federal Labour Court (*Bundesarbeitsgericht*) 7 AZR 500/04, 26 April 2006, applying the ruling developed by the ECJ in *Mangold*. The employer complainant challenged this ruling in the light of the Lisbon judgment, arguing – *inter alia* - that the ECJ *Mangold* decision exceeded EU competence and, therefore, it should not be applied in Germany as it was an *ultra vires* act⁴⁵⁹. He argued that the EU court overstepped its powers by stating on short-term contracts as protection against age discrimination: it was not part of EU primary law but it has been handed down in a directive, and therefore Member States have some leeway in implementing it.

Hence, the question was: did the ECJ judgment mean to violate the principle of conferred powers set down in Articles 5.1 TEU and 2 TFEU?

Having been asked to rule on a constitutional appeal, the Federal Constitutional Court found that the ECJ had not created unlawful case-law and had not clearly acted outside its powers when it handed down the ECJ *Mangold* judgment.

Furthermore, the Federal Constitutional Court asserted its own right and duty to monitor the acts of the European Institutions and Bodies in case they operate outside their powers, as stated in the Lisbon decision. Nevertheless, the judges believed that it would be appropriate to coordinate the examination of grievances founded on *ultra vires* behaviour with the tasks assigned to the ECJ, *id est* the interpretation of the Treaties and the ensurance of their application.

The *BVerfG* recognized also that the primacy of EU law would be compromised if every Member State demanded the power to rule – through their Supreme Courts - on the soundness of the judicial acts of the EU.

Consequently, in an attempt to not jeopardize the uniform application of EU law, *ultra vires* review must be carried out with respect and consideration on both sides.

The innovation in this judgment is the emphasis placed on the point that *ultra vires* control shall be exercised with restraint and in a way that respects the specific nature of European Union law (*Europarechtsfreundliche Anwendung*)⁴⁶⁰. Moreover, in order to set the *ultra vires* review, the act has not to be covered by the principle of conferral and it has to have an impact on the general division of competences between EU and Member States. While in the Lisbon judgment the matter that the *ultra vires* review may only be exercised in a way open towards European law (paras 225, 240, 241, 340), in the *Mangold* judgment the *BVerfG* specifies that its review «must comply with the rulings of the Court of Justice in principle as a binding interpretation of Union law» (para 60) and it can be considered by the Constitutional Court only if «it is manifest that acts of the European Bodies and Institutions have taken place outside the transferred competences. A breach of the principle of conferral is only manifest if the European Bodies and Institutions have transgressed the boundaries of their competences in a manner specifically violating the principle of conferral (Article 23 para 1 GG), the breach of competences is in other words sufficiently qualified (see on the wording “sufficiently qualified” as an element in Union liability law for instance ECJ Case C-472/00 P *Fresh Marine* <judgment of 10 July 2003> [2003] ECR I-7541 paras 26-27). This means that the act of the authority of the European Union must be manifestly in violation of competences and that the impugned act is highly significant in the structure of competences between the Member States and the Union with regard to the principle of conferral and to the binding nature of the statute under the rule of law».

⁴⁵⁸ As focused by Advocate General Sharpston in 22 May 2008, Case C-427/06, para 31. R. HERZOG, L. GERKEN “Stop the European Court of Justice”, published in German on 8 September 2008 in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. Also available in English at www.cep.eu/fileadmin/user_upload/Pressemappe/CEP_in_den_Medien/Herzog-EuGH-Webseite_eng.pdf and at *Euobserver*, 10 September 2008 at euobserver.com/9/26714?rk=1.

⁴⁵⁹ The complainant regarded application of *Mangold* as a violation of his fundamental rights of freedom of profession (Article 12 GG) and general freedom of action (Article 2 para 1 GG). In addition, he claimed that the non-referral to the ECJ by the Federal Labour Court violated the prohibition of removing somebody from the jurisdiction of his lawful judge, enshrined in Article 101, para 1, GG.

⁴⁶⁰ M. BEYER-KATZENBERGER, *Judicial activism and judicial restraint at the Bundesverfassungsgericht: Was the Mangold judgement of the European Court of Justice an ultra vires act?*, in *Era Forum*, vol. 11, no. 4/2011, p. 519.

From now on, an *ultra vires* review should only be operated in cases where the European Institutions and Bodies acted outside their powers seriously enough. More specifically, a review would be performed if the EU authorities had flashily proceeded outside their powers and the contested act caused a significant structural change in the balance of powers between the EU and the Member States to the detriment of the States.

Moreover, an *ultra vires* review should only be performed in a spirit of openness towards EU law. If the ECJ has not had the chance to rule on matters covered by EU law, the *BVerfG* cannot state that EU law is not applicable. This is why a preliminary question should be referred to the ECJ before it is determined that an *ultra vires* action has taken place, as this gives the ECJ the opportunity to interpret the Treaty and rule on the validity and interpretation of the act in question.

In addition, *ultra vires* review should be performed with restraint and should respect the analysis methods that are inherent to European law and connected to the essence of the Treaties.

Accordingly, the *BVerfG*, on the one hand, acknowledged that the Lisbon judgment stated that the Court could review the *ultra vires* act of the European institutions, and on the other hand, in the *Mangold* decision it emphasized that it may only do so in a manner that respects the specific nature of European law.

Hence, the *Mangold* case – with reference to Lisbon judgment - introduces the restrictive criterion of the “sufficiently qualified” violation, as confirmed by the dissenting opinion of the only judge that voted against, Justice Landau⁴⁶¹. He declared, at paragraph 102, that «The Senate majority goes beyond the requirement of a manifest – that is unambiguous and evident – transgression of competences and departs from the consensus on which the Lisbon judgment was based by requiring a “sufficiently qualified” violation of competences which is not only manifest, but which also leads to a structurally significant shift in the structure of competences between Member States and a supranational organisation. Hence, the Senate majority goes beyond the goal of a structure of *ultra vires* review which is open towards European law. It ignores the major prerequisite of binding democratic legitimation on exercising sovereign power that is emphasised in the Lisbon judgment which is breached on any transgression of competences; if the exercise of sovereign power is permitted without sufficient democratic legitimation, this contradicts the core statement of the Senate’s judgment of 30 June 2009».

In fact, the *BVerfG* found that the ECJ had not committed a sufficiently serious breach of the principle of conferred powers by declaring the existence of a general principle of non-discrimination on grounds of age. After all, the ECJ neither created a new power nor extended an existing one. Furthermore, in line with its case law, the European Court of Justice was able to make Council Directive 2000/78/EC effective before the deadline for its transposition had elapsed.

The Court left the question open whether or not the *Mangold* decision of the ECJ was *ultra vires* or not. Even assuming such a breach of EU law, the Court argued that it was not of such a qualified degree that the decision of the ECJ could be set aside. This would only be possible if the action by the ECJ was evidently *ultra vires* and had the consequences of structurally reshaping the competences within the Union to the disadvantage of the Member States. Indeed, considering the complaint about the violation of Article 101.1 GG, the Court considered that there were no sufficient reasons for the Federal Labour Court to engage the ECJ through a preliminary reference again in the proceedings.

Nevertheless, whilst the Federal Constitutional Court has rebuffed the challenge in this case, it is clear that it retains its right to review the boundary between EU and national competence, and that undoubtedly further questions will be referred to try to identify precisely the boundaries of the review.

In fact, the German Federal Constitutional Court has once again balanced EU claims with national constitutional provisions while raising some uncertainties.

⁴⁶¹ R. CAPONI, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, in RIDPC, 2010, p. 1112.

For instance, it is unintelligible whether or not the same method could be applied to the identity review and to the fundamental rights review⁴⁶². Moreover, what remains unclear is also the relation between the obligation to refer a question on respect with the principle of conferral to the ECJ for preliminary ruling and the introduction of a new threshold, *id est* that only “sufficiently serious breaches” of the principle of conferral could be controlled by the *BVerfG*⁴⁶³.

Notwithstanding, another step towards the integration and the evolutionary European process has been traced.

In fact, with the *Mangold* decision the *BVerfG* not only improved the criteria for the review against the transgressions of the boundaries of competences, as shaped in the Lisbon judgment, but it adopted a new integration-friendly approach in the application of the *ultra vires* control.

VII. BIBLIOGRAFIA

ANZON, A., *Intervento al Seminario di studio della Corte costituzionale italiana del 19 ottobre 2009 sul tema “Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”*, in www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp;

ANZON, A., *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella “sentenza Lisbona” del Tribunale costituzionale federale tedesco (di prossima pubblicazione nella rivista Giurisprudenza costituzionale)*, in www.associazionedicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/Anzon01.pdf

BONFIGLIO, S., *Prime note sulla sentenza del tribunale costituzionale federale tedesco sul trattato di Lisbona*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 141-144, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

BOTHE, M., *The judgement of the German Federal constitutional Court regarding the constitutionality of the Lisbon Treaty*, in www.iai.it/pdf/DocIAI/IAI0920.pdf;

CASINI, C., *I problemi emergenti dalla decisione tedesca non devono scoraggiare ma spingere ad approfondimenti*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 99-106, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

CASSESE, S., *Intervento al Seminario di studio della Corte costituzionale italiana del 19 ottobre 2009 sul tema “ Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”*, in www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp;

CASSETTI, L., *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;

CERULLI IRELLI, V., *Verso un cauto rafforzamento delle istituzioni nazionali nella nuova fase del processo di integrazione europea*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 99-106, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

CHITI, M. P., *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed*

⁴⁶² P. FARAGUNA, *Il Mangold-Urteil del BverfG. Controllo ultra vires sì, ma da maneggiare europarechtsfreundlich*, in *QuadCost*, 2010, p. 866.

⁴⁶³ M. BEYER-KATZENBERGER, *Judicial activism and judicial restraint at the Bundesverfassungsgericht: Was the Mangold judgement of the European Court of Justice an ultra vires act?*, op. cit., p. 522.

interventi al seminario di Astrid), Roma 21 settembre 2009, pp. 5-12, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

DI MARTINO, A., *BverfG*, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, *sent. del 30 giugno 2009 (Trattato di Lisbona). Osservazioni a prima lettura*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it/giurisprudenza/cortistraniere2/tedesca/dimartino.html;

DICKMANN, R., *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *federalismi.it*, n. 14/2009;

FALLETTI, E., *Le riserve del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona*, in *Il Quotidiano IPSOA*, 1° luglio 2009;

FARAGUNA, P., *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, in *QuadCost.*, 2010, pp. 75-94;

FARAGUNA, P., *Il Mangold-Urteil: controllo ultra-vires ma da maneggiare "europarechtsfreundlich"*, in *QuadCost.*, 2010, pp. 863 ss.

FERRARA, G., *In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 93-98, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

FLICK, G. M., *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 137-140, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

GROSSER, A., *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's "Sonderweg" - An Outsider's Perspective*, in *GermanLJ*, vol. 10, n. 8 – agosto 2009, pp. 1263-1266;

GUALTIERI, R., *La Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: una sentenza dalle basi culturali fragili*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 125-128, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

GUARINO, G., *Per una costituente europea. Riflessioni sulla costruzione europea dopo la sentenza tedesca sul Trattato di Lisbona*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 25-48, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

HALBERSTRAM D., –MÖLLERS, C., *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland"*, in *GermanLJ*, vol. 10, n. 8 – agosto 2009, pp. 1241-1257;

KIIVER, P., *German Participation in EU Decision-Making after the Lisbon Case: A Comparative view on Domestic Parliamentary Clearance Procedures*, in *GermanLJ*, vol. 10, n. 8 – agosto 2009, pp. 1287-1296;

LEIBFRIED, S., - VAN ELDEREN, K., *"And they shall Beat their Swords into Plowshares". The Dutch Genesis of a European Icon and the German Fate of the Treaty of Lisbon*, in *GermanLJ*, vol. 10, n. 8 - agosto 2009, pp. 1297-1308;

LIBERATI, F., *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, in www.federalismi.it, n. 14/2009;

LUCIANI, M., *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 21-24, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

LUTHER, J., *Il trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: just law in the books?*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 107-114, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

MANZELLA, A., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona: 80 giorni dopo*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 49-56, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

MERLINI, C., *La camicia di forza della Corte costituzionale tedesca*, in www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1204;

MOAVERO MILANESI, E., *L'impatto concreto della sentenza del BVG su scala europea: brevissimi spunti*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 121-124, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

MUNCHAU, W., *Berlin has dealt a blow to European Unity*, in www.ft.com/cms/s/48bbec78-6f10-11de-9109-00144feabdc0.html;

NIEDOBITEK, M., *The Lisbon Case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective*, in *GermanLJ*, vol. 10, n. 8 – agosto 2009, pp. 1267-1276;

PADOA SCHIOPPA, A., *La Germania e l'Europa a proposito della sentenza della Corte di Karlsruhe*, in *LUE*, 2009, pp. 423-424;

PASSAGLIA, P., *Intervento al Seminario di studio della Corte costituzionale italiana del 19 ottobre 2009 sul tema “ Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona”*, in www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegniSeminari.asp;

PERISSICH, R., *Germania: svolta gollista sul Trattato di Lisbona?*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 129-138, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

PINELLI, C., *Perché Karlsruhe non convince sul Trattato di Lisbona*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 181-84, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

POCAR, F., *La Corte costituzionale tedesca ingabbia un trattato che sconta previsioni incerte e difficili attese*, in *GD*, 2009, n. 35, pp. 9-11;

ROSSI, L. S., *Integrazione europea al capolinea?*, in www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1206;

SALVI, C., *Democrazia e stato sociale: dalla Germania buone notizie per l'Europa*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 85-92, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

SCHÖNBERGER, C., *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, in *GermanLJ*, vol. 10, n. 8 – agosto 2009, pp. 1201-1218;

SCHORKOPF, F., *The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *GermanLJ*, vol. 10, n. 8 – agosto 2009, pp. 1219-1240;

TOMUSCHAT, C., *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, in *GermanLJ*, vol. 10, n. 8 – agosto 2009, pp. 1259-1262;

TOSATO, G. L., *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente “Lissabon Urteil”*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 13-20, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

VEROLA, N., *Volk, patriottismo parlamentare e sovranità. Osservazioni sulla “Lissabon-Entscheidung” della Corte costituzionale tedesca*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 71-80, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

VIOLINI, L., *Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon del Bundesverfassungsgericht alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*, in *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea (relazioni ed interventi al seminario di Astrid)*, Roma 21 settembre 2009, pp. 57-70, in www.astrid-online/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Relazioni_Seminario-BVG_21_09_09.pdf;

WOHLFAHRT, C., *The Lisbon Case: A Critical Summary*, in *GermanLJ*, vol. 10, n. 8 – agosto 2009, pp. 1277-1286.