

REMO CAPONI

Ordinario nell'Università di Firenze

Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il *Lissabon-Urteil*) (*)

SOMMARIO: 1. Il punto e la linea. - 2. Le linee provenienti dal passato. - 3. Ambivalenza della sentenza. - 4. Prospettiva italiana. - 5. *Lissabon-Urteil* e *Van Gend & Loos*: la dialettica degli opposti. - 6. Cittadini e popoli come fattori dell'integrazione europea. - 7. Il baricentro dell'integrazione europea. - 8. Democrazia giudiziale. - 9. Circuito delle corti costituzionali.

(*) In corso di pubblicazione nella Rivista italiana di diritto pubblico comunitario.

1. *Il punto e la linea.*

Lo storico del diritto invita ad inserire il punto attuale in «una linea che nasce prima e continua dopo, una linea vitale entro la quale il punto si situa, si compie, assume pienezza di significato» ⁽¹⁾. Questa indicazione metodologica si rivela particolarmente feconda per svolgere qualche osservazione su democrazia, integrazione europea, e circuito delle corti costituzionali nel prisma della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Trattato di Lisbona ⁽²⁾.

La seconda sezione del *Bundesverfassungsgericht* ⁽³⁾ ha colto l'occasione dell'esame dei ricorsi contro la legge di ratifica del Trattato di Lisbona e le leggi collegate per scrivere un trattato di diritto costituzionale. Non per niente gli studiosi di *Staatsrecht*, di cui è colma l'attuale composizione della Corte costituzionale tedesca, hanno tradizionalmente la fama di essere i migliori tra i giuristi. Hanno il privilegio di affrontare i problemi cardine della società e dello stato, senza abbandonare gli strumenti più raffinati della argomentazione tecnico-giuridica, nonché la veduta pragmatica dell'ordinamento.

Complice è in primo luogo la organizzazione universitaria tedesca, in cui non esistono giuristi imprigionati in un solo settore disciplinare (consueta è evidentemente l'accoppiata tra diritto costituzionale e diritto amministrativo). Ciò si rivela particolarmente fecondo per la giustizia costituzionale, che è tipicamente terreno di indagine comune a giuristi che frequentano diverse discipline.

L'argomentazione giuridica incardina la passione, pur senza eliminarla. La passione emerge in alcune frasi retoriche acuminate, quasi staffilate, per esempio: «il principio democratico non è suscettibile di bilanciamento; esso è intangibile» (capoverso n. 216). La passione emerge nella ripetizione ossessiva dei termini *sovrano*, *sovranità*, che ricorrono ben quarantasei volte nel corpo del *Lissabon-Urteil* contro le otto volte nel *Maastricht-Urteil*. La

⁽¹⁾ Così, P. GROSSI, *Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L'insegnamento del diritto oggi*, a cura di G. Rebuffa e G. Visintini, Milano, 1997, p. 255 ss.

⁽²⁾ La letteratura già uscita sulla sentenza è dominabile a stento. Per un commento ai commenti della sentenza, v. E. CANNIZZARO, M. E. BARTOLONI, *Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon-Urteil*, in *Dir. Unione europea*, 2010, in corso di pubblicazione.

⁽³⁾ Sottolinea l'opportunità di distinguere tra le due sezioni della Corte costituzionale tedesca, in considerazione della maggiore apertura della prima sezione verso l'integrazione europea, C. CALLIESS, *Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen...*, in *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2009, p. 505 ss.; ID., *Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte: Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG?*, in *Juristenzeitung - JZ*, 64 (2009), p. 113 ss.

concezione della sovranità come attributo immanente degli stati membri dell'Unione europea è contrapposta puntigliosamente all'idea che con l'Unione europea si sia già felicemente realizzata la «trascendenza dello stato sovrano e della sovranità statale»⁽⁴⁾.

Nei probabili auspici del *Bundesverfassungsgericht*, la portata di questa sentenza non dovrebbe esaurirsi entro la dimensione del diritto costituzionale, ma dovrebbe avere una forza di orientamento politico e sociale di ordine generale. Uno dei primi e più autorevoli commentatori del *Lissabon-Urteil*, Christian Tomuschat apre il suo contributo con parole: «generazioni di politici dovranno leggere e rileggere la recente sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul trattato di Lisbona quasi quotidianamente per molti anni a venire»⁽⁵⁾.

Christian Tomuschat sembra pronosticare per questa sentenza, mutato il molto che si deve mutare, un impatto analogo al saggio di Ralf Dahrendorf, *Società e democrazia in Germania*, pubblicato nel 1965: l'opera che ha avuto il maggiore impatto sulla mentalità politica della popolazione tedesco-occidentale, nel suo lungo cammino verso la democrazia⁽⁶⁾.

In realtà, il *Lissabon-Urteil* è una sentenza molto complessa, percorsa da più linee, una fotografia istantanea di una evoluzione in corso, un istante che reca il fardello del passato, ma anche i segni di un futuro imminente.

2. Le linee provenienti dal passato.

Quali le linee provenienti dal passato nelle quali la sentenza si colloca? Almeno le tre seguenti, che si elencano dalla più prossima alla più remota.

La prima è la linea della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* sulle questioni dell'integrazione europea. In particolare, il *Lissabon-Urteil* ripete, calcando la mano, molte argomentazioni del *Maastricht-Urteil*⁽⁷⁾.

La seconda, quella maggiormente gravida dei segni dell'avvenire, è la linea irreversibile «che spinge il costituzionalismo a svilupparsi oltre i confini

⁽⁴⁾ Così, N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione*, Bologna, p. 262.

⁽⁵⁾ Cfr. C. TOMUSCHAT, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, in *Germ. Law Jour.*, 2009, 8, p. 1259.

⁽⁶⁾ Cfr. J. HABERMAS, *Ralf Dahrendorf, il sociologo che amò le virtù della politica*, in *La Repubblica*, 19 giugno 2009.

⁽⁷⁾ Cfr. *BVerfG* 12 ottobre 1993, in *BVerfGE* 89, 155 – *Maastricht*. Per un inquadramento alla luce dei precedenti, v. L. VIOLINI, *Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon del Bundesverfassungsgericht alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*, in http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Violini_Relazione_Convegno-21_09_09.pdf

statali e nazionali»⁽⁸⁾. Essa ha dettato, oltre al primo capoverso del preambolo del *Grundgesetz*, l'art. 23 *GG* nella sua versione del 1992: per la realizzazione di un'Europa unita, si prevede l'impegno della Repubblica Federale Tedesca a cooperare per lo sviluppo della Unione europea, che è tenuta al rispetto dei principi democratico, dello stato di diritto, sociale, federale, di sussidiarietà, e che assicura una tutela dei diritti fondamentali paragonabile nella sostanza a quella del *Grundgesetz*. Questa linea ha impedito che la pausa di riflessione seguita alla bocciatura del Trattato costituzionale europeo del 2004 si tramutasse in una occasione per tornare indietro e sorregge il «sì» della Corte costituzionale tedesca al Trattato di Lisbona, nonché il battesimo del principio del *favor* verso il diritto dell'Unione europea (*Europarechtsfreundlichkeit*).

La terza linea è l'altra faccia del costituzionalismo, quella dell'appartenenza politica, che ancora oggi è data dal piano statale e nazionale⁽⁹⁾. Essa si intravede con nettezza nello stesso art. 23 *GG* in cui la tutela dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea è commisurata a quella assicurata dal *Grundgesetz*, da una costituzione statale che colloca la dignità umana e i diritti dell'uomo in una posizione sovraordinata rispetto al potere pubblico. Nell'ordinamento tedesco il rispetto e la protezione della dignità dell'uomo e dei diritti fondamentali dell'individuo qualifica e ispira l'esercizio del potere statale. E non si tratta di un'affermazione dottrinale: è il contenuto del primo articolo del *Grundgesetz* ed è esperienza vissuta nell'ordinamento tedesco. È logico che il *Bundesverfassungsgericht* guardi al potere dell'Unione europea da questa prospettiva, cioè da quella di un'identità politica che costituisca la base dell'opera di conformazione dei rapporti sociali. Il *Bundesverfassungsgericht* identifica ancora oggi questa base negli Stati membri. Ancora oggi, ma non necessariamente per tutto il futuro: la scelta definitiva in favore di una struttura federale è a disposizione del popolo tedesco, dei popoli d'Europa.

Si tratta «un'apertura all'Europa solo formale, che nasconde una chiusura sostanziale»⁽¹⁰⁾? Ovvero la Corte tedesca indica la strada di «un'integrazione diversa e più profondamente politica»⁽¹¹⁾?

⁽⁸⁾ Così, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Bari, 2009, p. 159; A. V. BOGDANDY, *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2^a ed., Berlin, 2009; per un profilo della europeizzazione e della internazionalizzazione come seconda fase del diritto pubblico tedesco sotto il *Grundgesetz*, v. R. WAHL, *Herausforderungen und Antworten. Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte*, 2006, p. 94; da ultimo, v. C. FRANZIUS, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Tübingen, 2010; C. SCHWARZE, *Zukunftsansichten für das Europäische Öffentliche Recht*, Baden-Baden, 2010.

⁽⁹⁾ Così, M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit., p. 160.

⁽¹⁰⁾ Negano che sia così le notevoli osservazioni di G. L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente Lissabon Urteil*, in

A me sembra che il tempo delle chiusure appartenga definitivamente al passato.

3. *Ambivalenza della sentenza.*

La sentenza è indubbiamente «ambivalente» ⁽¹²⁾. Nonostante il benemerito lavoro dei traduttori in lingua inglese e italiana, essa dovrebbe poter essere letta e compresa in lingua originale, da chi ha una certa consuetudine con l'ambiente, il sistema, nonché la cultura giuridica tedeschi ⁽¹³⁾.

Il *Lissabon-Urteil* pronuncia un fondamentale «sì» al Trattato di Lisbona: «la conformazione costituzionale del principio democratico è aperta allo scopo di inserire la Germania in un ordinamento di pace internazionale ed europeo [...] la costituzione tedesca è orientata all'apertura della struttura di potere statale per la collaborazione pacifica tra le nazioni e l'integrazione europea» (nn. 219-220) [...] «Il compito costituzionale di realizzare una Europa unita, scaturente dal preambolo e dall'art. 23 del *Grundgesetz* ⁽¹⁴⁾, comporta in particolare per gli organi costituzionali tedeschi che la partecipazione al processo di integrazione europea non è rimessa alla loro discrezionalità politica. Il *Grundgesetz* vuole un'integrazione europea e un ordine di pace internazionale. Pertanto vale non solo il principio del favore per il diritto internazionale, ma anche quello del favore per il diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*)» (n. 225) ⁽¹⁵⁾.

Il «sì» al Trattato di Lisbona è circondato da diversi «ma»: l'enucleazione dei settori dell'ordinamento nazionale resistenti

http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/Tosato_senenza-Corte-Tedesca.pdf

⁽¹¹⁾ Così, M. LUCIANI, Il *Bundesverfassungsgericht* e le prospettive dell'integrazione europea, in http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/Luciani_Relaz_Convegno-21_09_09.pdf

⁽¹²⁾ Così, C. CALLIESS, *Das Ringen des Zweiten Senats mit der Europäischen Union: Über das Ziel hinausgeschossen...*, cit., p. 560.

⁽¹³⁾ Sottolinea bene questo aspetto, J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca (BVerfG) sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 973 ss.

⁽¹⁴⁾ La sentenza cita a questo punto la monografia F. SCHORKOPF, *Grundgesetz und Überstaatlichkeit. Konflikt und Harmonie in den auswärtigen Beziehungen Deutschlands*, Tübingen, 2007, p. 247, dove si ricostruisce un obbligo dello stato costituzionale tedesco di cooperare allo sviluppo di ordinamenti ultrastatali, sia in Europa sia a livello mondiale.

⁽¹⁵⁾ *Contra* C. PINELLI, *Forzature e silenzi del Tribunale Costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona*, in corso di stampa in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, par. 3, ove si ritiene che nella sentenza il fine costituzionale di realizzare un'europa unita non sia ricordato nella sentenza.

all'integrazione, la conservazione del potere di dire l'ultima parola da parte del *Bundesverfassungsgericht* attraverso il controllo *ultra vires* e il controllo di identità.

Si tratta di parti discutibili e discusse della sentenza. In effetti, l'attenzione dei commentatori della sentenza è stata polarizzata dalle cautele con cui il *Bundesverfassungsgericht* ha accompagnato il giudizio di costituzionalità della legge di ratifica del Trattato di Lisbona ⁽¹⁶⁾. Queste cautele, per il modo «pesante» con cui sono state espresse, hanno sollecitato commenti più del fatto, dato abbastanza per scontato, che la Corte tedesca ha respinto tutte le obiezioni contro la legge di ratifica del trattato di Lisbona e la correlativa legge di modifica del *Grundgesetz*. Il giudizio di incostituzionalità si è appuntato solo sulla legge di ampliamento e di rafforzamento dei poteri del Parlamento nelle questioni della Unione europea.

Tuttavia, questa inevitabile polarizzazione dell'attenzione su ciò che appare più contestabile e quasi provocatorio rispetto a ciò che appare normale e quasi scontato, non deve indurre nella distorsione prospettica di considerare le dichiarazioni di intenti (ad es., controllo *ultra vires*, controllo di identità), ricollegate ad eventi futuri e incerti, più importanti della solida realtà dei fatti che si sono realizzati: il *Bundesverfassungsgericht* non ha imposto al governo tedesco di negoziare modifiche al Trattato di Lisbona, ma ha chiesto al Parlamento di assumersi una maggiore responsabilità nell'integrazione europea, la correlativa legge è stata tempestivamente modificata, la Germania non ha ritardato di un giorno il processo di entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

4. Prospettiva italiana.

Da una prospettiva italiana sorprende addirittura che la ratifica del trattato di Lisbona sia stata oggetto di controversia dinanzi alla Corte costituzionale. Non ci sono le condizioni politiche e giuridiche affinché una situazione del genere si verifichi nell'ordinamento italiano.

L'adesione dell'Italia agli ulteriori passi nel cammino della integrazione europea, così come delineati dal Trattato di Lisbona, non è stata mai messa seriamente in discussione.

⁽¹⁶⁾ Cfr. S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 1003; M. P. CHITI, *Trattato di Lisbona: la Germania frena. Am deutschen Volke*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009; G. NAPOLITANO, *Sul futuro delle scienze del diritto pubblico: variazioni su una lezione tedesca in terra americana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 1 ss., p. 10; M. POJARES MADURO, G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Dir. Unione europea*, 2009, p. 503 ss.

Più attuite che in Germania sono le polemiche sulla insufficiente partecipazione del Parlamento nazionale alla codeterminazione delle decisioni politiche comunitarie e sui ristretti margini di discrezionalità che gli atti normativi comunitari lasciano agli organi legislativi nazionali. In questo contesto, un certo peso può avere la considerazione che, già nell'impianto costituzionale italiano, notevole è il peso della *gubernative Rechtsetzung* (artt. 76, 77 Cost.)⁽¹⁷⁾.

Al contrario, l'imposizione di vincoli derivanti dalla partecipazione al processo di integrazione europea è generalmente avvertita come l'occasione per avviare a soluzione i problemi endemici della società e dello Stato italiani, come lo squilibrio tra Nord e Sud del paese e le inefficienze della pubblica amministrazione.

Tuttavia l'Italia è un paese in cui la distanza tra il dire e il fare è notevole, e così anche la distanza tra le dichiarazioni d'intenti e l'effettiva volontà e capacità di realizzarli. Ne risente anche l'attuazione del diritto comunitario, come quella del diritto in generale. Parafrasando una celebre contrapposizione, si può dire che, nella realtà italiana, una cosa è l'*EC law in the books*, altra cosa è l'*EC law in action*. Viene il sospetto che l'incondizionata adesione nei confronti dell'Unione europea tenga conto già in partenza dei limiti e dei condizionamenti che l'attuazione del diritto comunitario è comunque destinata ad incontrare nella realtà italiana.

Inoltre, l'adesione al progetto europeo, al di là delle *elites* intellettuali, è stata data per scontata e inevitabile, e non è stata mai oggetto di un dibattito maturo e consapevole nell'opinione pubblica, come attestano le notevoli lacune di informazioni basilari, che si possono riscontrare leggendo i quotidiani italiani. Non è infrequente, tanto per fare un solo esempio, la mancata percezione delle differenze di ruolo e di funzioni tra la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo: non da parte di cittadini qualsiasi, bensì da parte di (altrimenti) autorevoli giornalisti.

Diverso è infine il ruolo effettivo delle Corti costituzionali nei due ordinamenti (tedesco e italiano). Tale diversità si impone senza andarla a cercare nel chiuso di una biblioteca o nel franco e amichevole colloquio con i colleghi docenti universitari tedeschi. Si impone, sempre di più nel corso di questi ultimi anni, quasi passeggiando per le strade tedesche, leggendo i giornali, seguendo le trasmissioni radiofoniche o televisive. Nell'esperienza giuridica tedesca non si dubita che l'attività politica degli organi costituzionali possa essere assoggettata ad una valutazione giurisdizionale da parte di un giudice, la Corte costituzionale appunto, che esercita con energia e

⁽¹⁷⁾ Cfr. A. VON BOGDANDY, *Gubernative Rechtsetzung*, Tübingen, 2000.

consapevolezza il ruolo di «verificare attraverso un procedimento giudiziale se le decisioni degli organi parlamentari e degli organi esecutivi si mantengono nel quadro costituzionale»⁽¹⁸⁾. Fin dal primo decennio di attività della Corte costituzionale tedesca si è chiarito, anche in riferimento all'azione di governo in senso materiale, comprendente pure l'attività di politica estera, che ormai più nessun atto dello stato è sottratto al controllo giurisdizionale di costituzionalità⁽¹⁹⁾.

Una delle cose più belle e coinvolgenti che possono capitare nello studio dell'ordinamento tedesco è il constatare come il *Bundesverfassungsgericht*, attraverso la preponderanza del ricorso diretto di costituzionalità come canale di accesso, dialoga con i cittadini, più che con le stanze del potere politico. La Corte costituzionale tedesca è davvero un organo di cerniera tra stato e società civile e non è affatto rinserrata all'interno dell'apparato dello Stato. Essa non teme di intervenire sui problemi che attualmente affannano la società civile, proprio perché i propri interventi riposano normalmente su una notevole forza di argomentazione giuridica⁽²⁰⁾.

Si dirà che ciò dipende da fattori prevalentemente legislativi, appunto dalla previsione della *Verfassungsbeschwerde* come canale di accesso alla Corte, ma sarebbe una obiezione miope. Vero mi sembra il contrario: la propensione della mentalità di un popolo a pensare fino in fondo le situazioni della vita costituisce l'*humus* fecondo dell'idea che il pieno rispetto di un ordinamento improntato a rigidità della Costituzione e affidato al controllo di una unica Corte centrale impone quasi per necessità logica di assoggettare a tale controllo di costituzionalità i concreti atti di esercizio di tutti e tre i poteri statali (legislativo, esecutivo, giudiziario)⁽²¹⁾, per non parlare di quelli sovranazionali (nel caso limite).

5. Lissabon-Urteil e Van Gend & Loos: la dialettica degli opposti.

⁽¹⁸⁾ Così, C. STARCK, *Das Bundesverfassungsgericht in der Verfassungsordnung und im politischen Prozeß*, in *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, a cura di P. Badura e H. Dreier, I, Tübingen, 2001, p. 1 ss., p. 27.

⁽¹⁹⁾ K. STERN, *Scelte di politica estera e controllo giurisdizionale di costituzionalità*, in *Il controllo democratico sugli impegni internazionali*, a cura di G. Battaglini e L. Carlassare, Padova, 1997, p. 236.

⁽²⁰⁾ Un esempio recentissimo è *BVerfG* 9 febbraio 2010 – *Hartz IV*, che ha dichiarato in parte incostituzionale il sistema di sussidi sociali e gli assegni di disoccupazione introdotto dal governo Schröder nel 2005, in riferimento all'art. 1 («La dignità dell'uomo è intangibile») e all'art. 20 («La repubblica tedesca è uno stato federale democratico e sociale»).

⁽²¹⁾ Così, K. SCHLAICH-S. KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht*, 6^a ed., München 2004, p. 141.

Il *Bundesverfassungsgericht* conferma di concepire l'Unione europea come uno *Staatenverbund*: un'associazione o unione di stati, secondo il neologismo introdotto da Paul Kirchhof ⁽²²⁾ e accolto dal *Maastricht-Urteil*. Tale concetto indica un collegamento stretto e durevole tra Stati sovrani, che esercita potere pubblico su fondamento pattizio. In questa ricostruzione, l'ordinamento fondamentale di tale unione è soggetto tuttavia all'esclusiva disposizione degli Stati membri. All'interno della Unione i popoli degli Stati membri – cioè i cittadini degli Stati membri – rimangono i soggetti della legittimazione democratica.

Sotto questo profilo niente di nuovo sotto il sole. Si riprende un punto centrale del ragionamento svolto dalla sentenza sul trattato di Maastricht: non vi può essere un'Unione europea democratica senza la nascita di un popolo europeo ⁽²³⁾.

Netta è la contrapposizione rispetto alla pronuncia della Corte di giustizia *Van Gend & Loos v. Olanda*, in cui la novità rivoluzionaria dell'ordinamento comunitario è annunciata con una dichiarazione solenne, di taglio costituente: «La comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli stati membri hanno rinunciato, se pure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non soltanto gli stati membri, ma pure i loro cittadini. Il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il trattato impone ai singoli, agli stati membri ed alle istituzioni comunitarie» ⁽²⁴⁾.

Le due pronunce incarnano la dialettica degli opposti, per forma e contenuto. *Van Gend & Loos* è apodittica, quasi priva di argomentazioni. Non è una critica questa, anzi è un apprezzamento. *Van Gend & Loos* è una dichiarazione costituente travestita da sentenza. Certo non *we the people*, ma *we the Court*. Se la Corte di giustizia si fosse messa sulla strada delle argomentazioni giuridiche, essa avrebbe dovuto confermare la tesi

⁽²²⁾ Cfr. P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, in *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, a cura di J. Isensee e P. Kirchhof, Heidelberg, 1992, p. 855 ss., capoverso 38; in Italia v. però il pensiero lungimirante di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, p. 60 («unioni di stati»).

⁽²³⁾ Sul punto le riflessioni di J. WEILER, *The constitution of Europe. "do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge, 2007.

⁽²⁴⁾ Cfr. Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos v. Olanda*, in *Racc.*, 3.

tradizionale, puramente e semplicemente internazionalistica ⁽²⁵⁾. Ma la Corte voleva evitare il «pericolo più grave, che era quello di fissare il nuovo ordine negli schemi del diritto internazionale classico» ⁽²⁶⁾, e quindi non ha argomentato. Ha asserito, con volontà costituente: punto e basta. Qual è il fondamento che legittima la manifestazione di questa volontà costituente? Si risponderà: è il trattato istitutivo, che ha previsto la Corte di giustizia e le ha attribuito i suoi poteri. Ma come può un trattato internazionale attribuire alla Corte di giustizia da esso istituita il potere di recidere le sue radici internazionalistiche? Non è forse come il Barone di Münchhausen che cercava di uscire dalle sabbie mobili tirandosi fuori per i propri capelli? Certo che è così: come il Barone nella favola, così la Corte di giustizia è riuscita a tirare fuori le istituzioni comunitarie dalle sabbie mobili del diritto internazionale per assiderle su un nuovo territorio, tirandosi fuori per i propri capelli.

La missione impossibile cui i padri fondatori dell'edificio europeo avevano chiamato i giudici della Corte di giustizia è riuscita ⁽²⁷⁾. Quella dichiarazione costituente, con ciò che ne è seguito nell'arco di poco meno di cinquanta anni, ha conseguito così bene il proprio obiettivo, che oggi l'onere di argomentare ricade integralmente sulle spalle dei sostenitori della tesi tradizionale e non poteva che essere assolto (almeno dal suo punto di vista) dalla Corte costituzionale tedesca. *Lissabon-Urteil* è opposta a *Van Gend & Loos* nella forma, prima che nella sostanza. Laddove *Van Gend & Loos* è eterea nel suo slancio verso l'infinito oltre la siepe degli Stati nazionali, *Lissabon-Urteil* è terrestre, esamina tutto punto per punto, non molla mai la presa nell'arco delle sue cento pagine.

6. Cittadini e popoli come fattori dell'integrazione europea.

Fra i molti punti investiti da questa pronuncia (associazione di stati e sovranità, il rispetto del principio democratico nell'associazione di stati, il

⁽²⁵⁾ Ricordiamo che i governi belga, olandese e tedesco, intervenuti in causa, sostenevano questa tesi, così come l'Avvocato Generale Karl Roemer.

⁽²⁶⁾ Così A. Trabucchi che giocò un ruolo decisivo nel collegio decidente, nel discorso pronunciato il 7 ottobre 1976, in occasione del suo commiato dalla Corte di giustizia, in *La formazione del diritto europeo: giornata di studio per Alberto Trabucchi nel centenario della nascita*, 2008.

⁽²⁷⁾ Cfr. il vivido affresco di Claudio Consolo nella sua relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, «Corti europee e giudici nazionali», Verona, 25-26 Settembre 2009. Egli, fra l'altro, si è avvalso di dialoghi e impressioni per essere stato vicino ad Alberto Trabucchi, giudice della Corte di giustizia dal 1962. Si veda anche E. PERILLO, *Alberto Trabucchi, europeista: un tratto ancora poco conosciuto del grande civilista: (riflessioni personali a margine di alcuni spunti sulla portata della cosa giudicata nazionale contraria al diritto comunitario)*, in *La formazione del diritto europeo*, cit., p. 188-202.

concetto di nuovo conio di responsabilità per l'integrazione – *Integrationsverantwortung* –, i settori dell'ordinamento nazionale resistenti all'integrazione, la conservazione del potere di dire l'ultima parola da parte della Corte costituzionale attraverso il controllo *ultra vires* e il controllo di identità) ⁽²⁸⁾, vorrei accennare a quello del rispetto del principio democratico nell'Unione europea.

Non intendo affrontare il punto in generale, ma nel quadro di un parallelo tra *Van Gend & Loos* e *Lissabon-Urteil*, che ispira la parte finale di queste mie considerazioni ⁽²⁹⁾.

La Corte di giustizia non punta tanto sui popoli europei come fattore legittimante e motore propulsore dell'integrazione europea, ma punta piuttosto sui singoli cittadini come destinatari di diritti (soggettivi) di derivazione comunitaria, da far valere eventualmente anche contro lo Stato nazionale e preannuncia già la prospettiva della integrazione europea attraverso la via giudiziaria. Così il diritto dell'Unione europea ha fatto passi da gigante con le gambe dei cittadini. Le molte volte che l'ordinamento dell'Unione riscontra omogeneità di interessi tra la costruzione dell'edificio europeo e l'interesse individuale dei soggetti privati, riconosce a questi ultimi dei diritti: appunto, i diritti di derivazione comunitaria. Ed allora i cittadini possono far valere in un giudizio nazionale tali diritti anche nei confronti dello Stato. Realizzando così i loro interessi individuali, i cittadini realizzano anche l'interesse dell'Unione europea. Le istituzioni comunitarie - e la Corte di giustizia in prima linea - hanno a cuore l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di derivazione comunitaria perché essa rappresenta un cardine dell'effettività, dell'efficacia piena e completa del diritto comunitario, oltre che dell'accettazione dell'Unione fra i popoli europei.

Il *Lissabon-Urteil* non si richiama ai singoli cittadini, ma si richiama al popolo nel suo complesso come fattore della integrazione europea: «Fintantoché non sarà costituito uno stato federale europeo ed un unico popolo europeo come soggetto legittimato non sarà in grado di formulare la propria volontà maggioritaria in modo politicamente efficace e paritario, i popoli dell'Unione europea raccolti negli stati membri rimangono i detentori decisivi del potere pubblico, ivi compreso il potere dell'Unione [...]. Anzitutto deve essere garantito che gli organi di rappresentanza nazionali dei popoli siano

⁽²⁸⁾ Su questi punti, v. in particolare, M. RUFFERT, *An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon*, in *DVBl.* 2009, p. 1197 ss.

⁽²⁹⁾ L'idea di compiere questo rapido parallelo mi è venuta seguendo i lavori della tavola rotonda *The ECJ and the Making of a Constitution of Europe*, con la partecipazione di G. Amato, J. Ziller e D. Grimm, nel quadro dell'Incontro di studi *Courts and Democracy* in ricordo di Federico Mancini, organizzato dal Robert Schuman Centre for Advanced Studies presso l'Istituto universitario europeo, 15 settembre 2009.

messi in condizione di assumersi la responsabilità per l'integrazione [...]. I popoli degli stati membri sono i detentori del potere costituente».

La contrapposizione rispetto a *Van Gend & Loos* è netta. Non si rifiuta certo l'integrazione europea, ma si propende per una integrazione politica, attraverso gli istituti di democrazia rappresentativa, attraverso i parlamenti nazionali, e non tanto per una integrazione attraverso la via giudiziaria. Né potrebbe essere diversamente, considerato che il *Bundesverfassungsgericht* fa perno sulla volontà popolare, non sui singoli cittadini, come fattore di legittimazione per la costruzione dell'edificio europeo.

Prende la parola qui il «patriotismo costituzionale» (*Verfassungspatriotismus*), come sorta di «amicizia per lo Stato» (*Staatsfreundschaft*) del *Grundgesetz* ⁽³⁰⁾.

Molto chiare sono a questo proposito le parole con cui Dieter Grimm ha chiuso la sua relazione d'apertura al convegno dell'avvocatura tedesca nel maggio del 2009 a Braunschweig: «In occasione del sessantesimo anniversario, non dobbiamo temere tanto che il grande rispetto nei confronti del *Grundgesetz* sia esposto ad un serio pericolo dall'interno. Se c'è un pericolo per la straordinaria accoglienza e legittimità del *Grundgesetz*, questo viene piuttosto dall'esterno. Un numero crescente di leggi, regolamenti e sentenze che reclamano validità nella Repubblica Federale non proviene più da organi statali o giudici tedeschi, bensì proviene da istituzioni sovranazionali. Pertanto essi non sono sottoposti ai requisiti previsti dal *Grundgesetz*. Il fenomeno non riguarda solo la Germania. Lo stesso vale per molte nazioni, certo vale per tutti gli stati membri dell'Unione europea. Ma non in tutti gli stati membri dell'Unione europea la costituzione possiede la stessa forza di conformare la politica e lo stesso significato per l'integrazione e l'identità della società. In Germania ancora non si percepisce in tutta la sua dimensione la diminuzione di significato della costituzione nazionale. Se ciò accade, non può non toccare il patriotismo costituzionale. Esso diminuirà, senza che si possa sperare su un equivalente sul piano internazionale» ⁽³¹⁾.

Chi ha vissuto in Germania, specialmente provenendo da un paese come l'Italia, ha sperimentato ciò che le parole di Dieter Grimm significano. Come italiano, non potrei che gioire che il potere del nostro sistema politico, con qualche sporadica eccezione, venga sacrificato dal progredire dell'integrazione europea. Se fossi tedesco e vivessi in Germania, forse non avrei la stessa opinione.

⁽³⁰⁾ Le espressioni tra parentesi sono di D. STERNBERGER, *Verfassungspatriotismus*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 maggio 1979.

⁽³¹⁾ Cfr. D. GRIMM, *Identität und Wandel – das Grundgesetz 1949 und heute*, in *Leviathan*, 37 (2009), p. 603.

7. Il baricentro dell'integrazione europea.

Trascorro ormai da venticinque anni, regolarmente, una parte del mio tempo di ricerca e di studio in Germania, svolgendo comparazioni tra l'ordinamento italiano e l'ordinamento tedesco.

Orientata da una inconsapevole precomprensione che affondava le proprie radici nella storica influenza esercitata dalla cultura giuridica tedesca su quella italiana, la mia attenzione si era rivolta all'inizio al rassicurante censimento delle somiglianze normative tra i due ordinamenti. Un censimento che arginava quel senso di spaesamento (benefico, ma solo entro certi limiti) che si impadronisce di noi quando ci avviamo alla conoscenza di un'altra esperienza nazionale.

Seguì poi una fase più matura, in cui la contemplazione delle apparenti somiglianze agiva come una specie di spia luminosa che mi avvertiva della necessità di un ulteriore approfondimento, alla ricerca delle immancabili differenze, più o meno marcate, tra gli ordinamenti considerati.

Sono giunto infine ad una terza fase, in cui ho fatto mia *toto corde* l'affermazione di Eugen Ehrlich: «il baricentro dello sviluppo del diritto anche nel nostro tempo, come in tutti i tempi, non risiede né nella legislazione, né nella giurisprudenza, bensì nella società stessa»⁽³²⁾.

Ho cominciato pertanto la caccia alle differenze che una radicale diversità di mentalità tra popoli, di stare al mondo e di pensare alle situazioni della vita, non può non provocare sul piano della concretizzazione degli ordinamenti, nonostante la vicinanza delle tradizioni di tecnica giuridica, nonché di molte scelte legislative e giurisprudenziali.

La percezione del fenomeno non può dirsi certo nuova. Istruttivo l'esempio riportato da Rodolfo Sacco: «negli anni trenta si sono rese uniformi nell'Europa continentale le regole giuridiche relative alla cambiale e all'assegno. E negli anni Sessanta si è constatato che l'applicazione delle leggi uniformi era francese in Francia e tedesca in Germania. I sistemi diversi reagivano sul valore delle singole norme; soprattutto, due interpreti diversi (e più ancora: due interpreti di formazione diversa) non interpretano in modo uniforme se non sottostanno al controllo di un'unica corte di legittimità.

⁽³²⁾ E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, Leipzig 1913, p. 390; G. TEUBNER, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, in *Rechtshistorisches Journal*, 15 (1996), p. 255-290.

L'esperienza dimostra che il testo espresso in più lingue, calato in ordinamenti diversi, assume sensi diversi»⁽³³⁾.

Cosa aggiungere? Che un'unica corte di legittimità (quale già esiste in Europa) può forse assicurare una guida di coerenza nell'interpretazione giudiziale del diritto, ma non già una prassi uniforme nei diversi paesi. Intesa come «insieme di comportamenti giuridicamente rilevanti osservati da un gruppo sociale coerente»⁽³⁴⁾, la prassi è condizionata da una serie di fattori tra i quali, rispetto all'effetto vincolante delle norme giuridiche, prevalgono le risorse umane e materiali destinate all'applicazione di queste ultime, la mentalità dei soggetti chiamate ad applicarle, nonché le condizioni di fatto in cui essi agiscono.

Gli esempi di radicale diversità tra le realtà degli ordinamenti europei - derivanti dalla «diversa conformazione politica delle condizioni di vita in ambito economico, culturale e sociale» (*Lissabon-Urteil*) che nessuna integrazione europea potrà annullare - sono sotto gli occhi di tutti. Personalmente ho capito che cosa significa stato sociale di diritto vivendo in Germania, non in Italia⁽³⁵⁾. È sufficiente comparare alcuni aspetti fondamentali della società tedesca con quella italiana: la sanità, la giustizia, l'università e la ricerca, le diverse opportunità che si offrono ai giovani laureati bravi, alle donne, ecc.

Il bilancio si chiude sempre a favore della Germania, e non di poco.

Insomma, parafrasando Ehrlich: il baricentro dell'integrazione europea, e dei limiti che si frappongono ad essa, non risiede né nella legislazione (nazionale o europea), né nella giurisprudenza (nazionale o europea), bensì nella diversità delle mentalità e delle società nei vari paesi europei e nelle limitate possibilità di mitigarle. Accusare il *Lissabon-Urteil* di aver inferto un colpo letale all'integrazione europea significa scambiare l'effetto con la causa.

⁽³³⁾ Così, R. SACCO, *Dall'interpretazione alla traduzione*, in *Interpretazione e traduzione del diritto*. Atti del convegno svoltosi a Trento il 30 novembre 2007, a cura di E. Ioriatti, Padova, 2009.

⁽³⁴⁾ È la definizione proposta da J. GHESTIN, *Rapport de synthese*, in *Le role de la pratique dans la formation du droit*, Paris 1985, p. 3, p. 17. Si tratta relazione di sintesi al congresso internazionale sul *Ruolo della pratica nella formazione del diritto*, tenutosi nel 1983 a Losanna per iniziativa della Associazione H. Capitant.

⁽³⁵⁾ Un esempio fra tutti: mi ha lasciato sbalordito, come lasciò sbalordito negli anni cinquanta M. CAPPELLETTI, *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania*, Milano, 1957, p. 33 ss., il fatto che nel periodo successivo alla conclusione della fase di studio universitario, in cui l'aspirante professionista legale svolge il servizio preparatorio di addestramento professionale (il cosiddetto referendariato), questi assuma lo *status* di dipendente pubblico a tempo determinato, e goda di uno stipendio mensile idoneo al suo sostentamento economico. In Italia credo che nel frattempo non pochi praticanti avvocati prendano in locazione «le strisce di tavolo» presso gli studi legali.

8. *Democrazia giudiziale.*

Vi è però un interrogativo fondamentale sollecitato dal confronto tra *Van Gend & Loos* e *Lissabon-Urteil*. La pronuncia tedesca spende la parola «democrazia» in relazione all'integrazione politica che punta sui popoli e i parlamenti nazionali. La pronuncia della Corte di giustizia non parla di democrazia in relazione alla integrazione giudiziaria che passa per l'azione in giudizio di singoli cittadini.

Nello stesso senso Sabino Cassese, nel chiudere il suo volume sui giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale, riserva l'impiego del termine «democratico» alla prima situazione, non alla seconda. Egli scrive che i poteri pubblici «sono tutti, sia pure in misura diversa, regimi misti, con una componente democratica e una liberale o garantista. Ambedue le componenti svolgono la stessa funzione, che è quella di tenere sotto controllo il potere. La componente democratica svolge tale funzione mediante la scelta periodica di rappresentanti ai quali i detentori del potere debbono rispondere. La componente garantista svolge, invece, tale funzione attraverso la verifica del rispetto, da parte dei detentori del potere, dei principi del diritto. Mutano i modi di esercizio della funzione, dunque, non la funzione stessa»⁽³⁶⁾.

Ecco, io mi domando se chi ha a cuore l'integrazione europea (lo ripeto: come cittadino italiano non posso non avere a cuore al massimo grado l'integrazione europea) debba lasciare il vantaggio dell'impiego di termini così evocativi come «democrazia» a chi intende frenare questa integrazione. Mi domando cioè se l'integrazione e il perfezionamento per via giudiziaria del sistema giuridico europeo, grazie al circuito fra giudici nazionali e Corte di giustizia attivato dal cittadino a difesa dei propri diritti di derivazione comunitaria, non possa rinvenire la propria legittimazione in una componente che meriti anch'essa di essere qualificata come democratica, una componente di «democrazia giudiziale». Una qualificazione che sottolinei il rilievo che l'iniziativa giudiziaria del cittadino a difesa dei propri diritti può avere – attraverso il concorso della pronuncia della Corte di giustizia resa sul rinvio pregiudiziale – per la costruzione dell'edificio europeo.

9. *Circuito delle corti costituzionali*

Chi ha letto una versione preliminare di questo scritto mi ha fatto notare il suo andamento dilemmatico. Insomma, quale partito prendono queste

⁽³⁶⁾ Così, S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma, 2009, p. 104 s.

osservazioni: *Van Gend & Loos* con quello che ne è seguito o *Lissabon-Urteil* con quello che ne seguirà? Pur non nascondendo il fascino che avverto ogni volta che leggo una sentenza del *Bundesverfassungsgericht*, la ragione invita a scegliere per la prima alternativa. Un suggerimento mi sentirei però di dare a chi ha criticato in modo frontale l'impostazione tedesca: è opportuno che costoro seguano con la massima attenzione gli sviluppi, poiché avranno a che fare probabilmente con un bersaglio mobile già nel prossimo futuro, tutt'altro che fermo al testo della sentenza del 30 giugno del 2009.

La cultura tedesca sta già elaborando involucri concettuali in grado di offrire una nuova forma e una proiezione verso il futuro a questo dialogo tra giudici. Sul primo numero del 2010 della *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Andreas Voßkuhle, nuovo presidente del *Bundesverfassungsgericht*, ha pubblicato un saggio dedicato alla costruzione concettuale del *Verfassungsgerichtsverbund* europeo. Il termine *Verbund* è lo stesso chiamato ad indicare l'Unione europea nella terminologia della Corte costituzionale tedesca (*Staatenverbund*), ma questa volta l'oggetto del collegamento, della connessione, della combinazione, della unione (questi i possibili significati del termine *Verbund* nella lingua tedesca) non sono gli stati, bensì le corti costituzionali (le corti costituzionali nazionali, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia dell'Unione europea)⁽³⁷⁾.

«In modo simile alle lingue – scrive Voßkuhle - anche i tribunali operano come prismi diversamente sfaccettati, che riflettono, ma contemporaneamente rendono anche possibili, differenti concezioni giuridiche e della vita. [...] La Corte costituzionale tedesca, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo non giudicano in maniera isolata l'una dalle altre, bensì in modo reciprocamente coordinato. Decisioni contenutisticamente divergenti sono state adottate di rado, mentre occasionali dissonanze hanno dispiegato sempre una forza generatrice di nuovi sviluppi./Taluni osservatori possono rammaricarsi che il *Bundesverfassungsgericht* non occupi più una posizione solitaria dal punto di vista giuridico-costituzionale, perché in conseguenza della progressiva

⁽³⁷⁾ «Il concetto di *Verbund* – scrive A. VOßKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *NVwZ*, 2010, p. 1, p. 4 – contribuisce a descrivere il funzionamento di un complesso sistema plurilivello, senza che così siano previamente definite le precise tecniche di interazione. Tale concetto permette di rinunciare ad immagini spaziali, fortemente semplificanti, come 'equiordinazione, sovraordinazione e sottoordinazione'. Invece, esso dischiude una rappresentazione differenziata sulla base di punti di vista ordinatori diversi, come unità, differenza e diversità, omogeneità e pluralità, delimitazione, interazione e interconnessione. Nel concetto di *Verbund* sono egualmente riposte le idee di autonomia, di rispetto reciproco e di capacità di agire insieme».

internazionalizzazione ed europeizzazione ad esso non spetta più l'esclusiva nella verifica del diritto vigente in Germania. Proprio per il *Bundesverfassungsgericht* si dischiude una significativa possibilità di compensazione, di cooperare nel sistema plurilivello europeo alla creazione di un vincolante ordine costituzionale comune europeo con standard di tutela di diritti fondamentali per tutta Europa, e quindi di accompagnare con cognizione di causa il processo di cooperazione e di coerenza nel circuito (*Verbund*) giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo. Concepita in questi termini, la suddivisione di responsabilità giudiziale non conduce ad una diminuzione, bensì ad una triplicazione della tutela dei diritti fondamentali nel circuito della giurisdizione costituzionale di Karlsruhe, Strasburgo e Lussemburgo. Ma il circuito vivente europeo delle corti costituzionali va ben al di là dei tre attori appena nominati. In particolare non possono rimanere privi di menzione le corti costituzionali degli altri stati europei e gli scambi culturali e di esperienze che si svolgono con loro. Le corti costituzionali degli stati membri cooperano non solo nel circuito delle corti costituzionali con la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo, bensì anche le une con le altre, per esempio attraverso l'interazione personale dei loro giudici, così come attraverso la reciproca recezione della loro giurisprudenza. La giurisprudenza delle Corti costituzionali in circuito (*verbundenen*) si rivela così una disputa discorsiva circa la 'migliore soluzione', cosicché il circuito delle corti costituzionali diventa alla fine un 'circuito di apprendimento'. Questo sviluppo progressivo, reciprocamente alimentantesi, qui solo accennato, della cultura costituzionale europea autorizza le migliori speranze per l'integrazione europea attraverso il diritto e la giustizia costituzionale!».

La nota a piè della pagina iniziale del saggio precisa che questo riporta solo le opinioni personali dell'Autore, ma si tratta di una precisazione fin troppo scontata, per non lasciare tradire l'impressione che all'interno della Corte costituzionale tedesca si pensi già intensamente al dopo *Lissabon-Urteil*.

Quest'ultima pronuncia non è affatto un punto di arrivo, ma piuttosto un punto di (ri)partenza di una «trattativa» che si gioca sul circuito delle grandi corti costituzionali europee, intessuto non solo di legami istituzionali, ma anche di occasioni di confronto personale tra le diverse impostazioni giuridico-culturali, che per definizione sono alla incessante ricerca di un reciproco arricchimento e di un nuovo equilibrio.