

Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza *Lissabon* alla luce dei suoi più significativi precedenti: *Solange*, *Maastricht*, *Bananen*

di Lorenza Violini

1. Introduzione

Chi ha paura della Corte Costituzionale tedesca? Molti certamente. Si tratta di tutti coloro che, semplificando al massimo, leggono il rapporto tra questa e le istituzioni europee (ma segnatamente tra questa e la Corte di Giustizia) come una eterna lotta per la supremazia e si schierano ora a favore dell'una ora a favore dell'altra ritenendo di determinare dall'esterno e con la sola forza delle idee l'esito di tale battaglia. Sempre semplificando, la Corte europea sarebbe il futuro di un'Europa senza nazioni e senza confini, il *Bundesverfassungsgericht* portabandiera di una posizione di retroguardia che considera ancora piene di un senso compiuto e codificato parole come nazione, sovranità, democrazia, costituzione; la vittoria dell'una potrebbe portare alla fine degli Stati nazionali e del principio democratico in essi insediato, il prevalere dell'altra sarebbe ora simbolo di progresso ora invece manifestazione di un potere adespota ed irresponsabile.

Eppure, visto lo stato in cui versa il processo di integrazione, con una costituzione fallita e con un crescente antieuropeismo, porre oggi in Europa il tema della supremazia e della decisione ultima può essere assai problematico sia per il processo di integrazione stesso, che non sempre è andato a passi regolari, sia per la comprensione di quanto sta realmente accadendo, nei cui riguardi si rischiano prese di posizioni semplicistiche. E, invero, nella storia delle istituzioni europee vi è stato presente di tutto e, spesso, di tutto contemporaneamente, il che non ha impedito l'affermarsi nel tempo dell'idea europea e di una crescente, anche se non completa, unificazione dei popoli e delle loro culture.

Il presente appare dunque come un momento di grande problematicità e la sentenza *Lissabon* ne è chiara testimonianza; occorrerebbe pertanto non aggravare tale problematicità con valutazioni a caldo ed affrettate, chè questo non aiuta a quel poco di chiarezza che si potrebbe invece guadagnare da una riflessione di più ampio respiro. Per contribuire a questa chiarificazione potrebbe essere utile ripercorrere i precedenti della sentenza in esame accomunati da molti elementi, così che – anticipando le conclusioni – la logica della continuità sembrerebbe prevalere sulla logica della rottura col passato, come invece molti sembrano ritenere commentando la sentenza a prima lettura.

E, pertanto, come si pone la sentenza *Lissabon* rispetto ai suoi più significativi precedenti, la sentenza *Maastricht* anticipata e seguita dalle lunghe dispute sul caso *Solange* e sul caso *Bananen*? In prima battuta occorre dire che si tratta in tutti questi casi di sentenze che potremmo definire “di sistema”, sentenze in cui il caso, la controversia e la sua soluzione restano come nell'ombra mentre si delinea la tendenza

del *Bundesverfassungsgericht* a ribadire la sua posizione alla Corte di Lussemburgo, posizione non solo rivendicativa della supremazia ma finalizzata a conformare il sistema giuridico e costituzionale multilivello per non subirne le conseguenze sgradite¹. Come afferma Mario Chiti, il presente caso sembra un caso di diritto interno mentre, in realtà, la Corte ha colto l'occasione per riconsiderare l'intero quadro dei rapporti giuridici tra ordinamento tedesco e ordinamento europeo², posizione che è da sempre tipica del dialogo *sui generis* che si è sviluppato tra le due giurisdizioni, il quale è *sui generis* proprio perché la parte tedesca mira, anche se non sempre con successo, ad incidere realmente sugli sviluppi dell'integrazione, determinandone modalità e contenuti.

Guardando dunque ai precedenti, si può dire che tutta la questione che va sotto il nome di *Solange* è stata forse la più incidente rispetto al sistema multilivello allora agli albori; avendo incentrato la discussione sul tema dei diritti fondamentali e della necessità di offrire loro una tutela efficace, la giurisprudenza tedesca ha contribuito allo sviluppo di una giurisprudenza europea, peraltro già abbozzata negli anni precedenti. Il *file rouge* che lega *Solange* (1971) a oggi può essere considerata l'idea della reciprocità dei vincoli nel rapporto tra nazione tedesca ed Europa; e invero, da questa sentenza in poi non si è smesso di riaffermare che il vincolo sorto per la Germania – e, quindi, per tutti gli stati membri - con la stipula del Trattato di Roma non è unilaterale, ma obbliga *anche la stessa Comunità* a fare la propria parte per risolvere eventuali conflitti dettando regole “che siano compatibili con le norme imperative del diritto costituzionale della Repubblica Federale di Germania”³. Così, la tregua sancita dalla sentenza *Solange II*, in cui la Germania sembra avere nella pratica dismesso la propria giurisdizione sui diritti fondamentali, è caratterizzata dal fatto che tale rinuncia non è giuridicamente teorizzata: la Corte nazionale si trattiene una *Notkompetenz*⁴ volta a riconfermare sé stessa come titolare del controllo ultimo

¹ Dubbi sono stati sollevati da più parti sull'efficacia di questi moniti, considerati da molti superflui se non dannosi, contro l'opinione di chi invece li ritiene fondamentali per lo sviluppo del sistema europeo. La posizione scettica verso le scelte costituzionali interne è stata sostenuta in passato da M. ZULEEG, *Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration*, in *Juristen Zeitung*, 1994, p. 1 s. e da A. Von Bogdandy, *A Bird's Eye View on the Science of European Law: Structures, Debates and Development Prospects of Basic Research on the Law of the European Union in a German Perspective*, in *European Law Journal*, 2000, p. 208 s.; di contro, si vedano le note tesi di P. Kirchhof, *Das Kooperationsverhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof*, in *Perspektiven des Rechts in der E.U.*, a cura di H.P.C. Müller Graff, Heidelberg 1998, e di R. SCHOLZ, *Europäisches Gemeinschaftsrecht und innerstaatlicher Verfassungsrechtsschutz*, in *Europarecht und Grundgesetz*, a cura di K.H. Friauf, R. Scholz, Berlin 1990.

² Mario 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.eu

³ BVerfG, 29 maggio 1974, in *BVerfGE*, Bd. 37, p. 279 s. (cd. „*Solange I*“).

⁴ Di “competenza residuale di controllo” parla J. WOELKL, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa prima della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in Toniatti R., (a cura di), *Diritto, diritti, giurisdizione. La Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Cedam, 2002, pag. 55 ss. Letteralmente, si tratta di una “competenza da esercitarsi in caso di necessità” (Così I. Winkelmann, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993*, Berlin 1994, p. 31) che si pone pertanto al confine tra fatto e diritto, quel confine che rileva proprio ai fini della determinazione del potere sovrano. Non a caso, il *Notstand* di Robert von Mohl è quanto di più prossimo a quell'*Ausnahmestand*, a quello stato di emergenza, che viene „deciso“ da chi detiene la sovranità. Se dunque esiste una *Notkompetenz*, chi la detiene è anche il detentore del potere sovrano il quale, per definizione, non è tenuto a definire giuridicamente le condizioni – certo estreme ma non solo virtuali – che ne consentono l'esercizio.

del rispetto dei diritti fondamentali dei propri cittadini, senza tuttavia definire le condizioni per la sua applicazione. Non a caso, dopo questa sentenza, molti commentatori hanno invocato una *Solange III*, che chiarisse i termini in cui sarebbe stata esercitata tale competenza ultima, residuale e di sistema, auspicio che J. Ziller riformula commentando *Lissabon*⁵. Non avendo svelato la chiave dell'enigma, essa resta bene salda nelle mani del *Bundesverfassungsgericht* che, pur pronunciandosi con dovizia di ricostruzioni storiche e argomentazioni, non sancisce nulla con riferimento all'ordinamento europeo; quanto al proprio ruolo nell'ambito del sistema giudiziario multilivello, il tribunale costituzionale federale persiste nel considerarsi titolare del controllo degli atti *ultra vires* e di quelli che violeranno l'identità costituzionale tedesca, coi procedimenti attualmente codificati o con procedimenti che il legislatore potrà in futuro decidere di attivare⁶. Trattasi, certamente, di un *dictum*, il cui eventuale seguito legislativo andrà attentamente monitorato ma che per ora non incide sul concreto funzionamento della giustizia costituzionale del paese.

Chiusasi, almeno *pro tempore*, la discussione sui diritti fondamentali, la conflittualità tra i due ordinamenti si è spostata sul terreno del riparto delle competenze come causa di illegittimità degli atti europei; questo è documentato dal caso *Bananen*, chiusosi nel 2000 mantenendo la dimensione problematica già evidenziata in precedenza. Infatti, la controversia si è chiusa con l'ordinanza di inammissibilità del ricorso diretto (*Verfassungsbeschwerde*) contro il Regolamento sulla regolamentazione del mercato delle banane, a lungo contestato; essa interviene – come è ben noto – solo nel momento di cui tale Regolamento è stato modificato nel senso richiesto dallo Stato tedesco, consentendo una volta tanto all'ordinamento nazionale di avere la meglio su quello europeo⁷. Questa “resa” dell'ordinamento tedesco rispetto all'ordinamento europeo non è senza condizioni in quanto i giudici tedeschi si limitano ad affermare che in questo caso il ricorrente non ha dimostrato a sufficienza che ci è stata una persistente violazione delle regole su diritti e competenze indicative di una svolta strutturale da parte delle istituzioni europee, con ciò enunciando uno standard di prova estremamente difficile da raggiungere ma

⁵ J. ZILLER, *Solange III*. Ovvero la *Europarechtsfreundlichkeit* del *Bundesverfassungsgericht*. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona, in Riv. it. Dir. Pubbl. com. 2009.

⁶ L'invito al legislatore è contenuto nel nr. 241 della sentenza, in cui si dice espressamente che “gli atti *ultra vires* e gli atti contrari all'identità costituzionale potranno far sì che in futuro il diritto comunitario o il diritto dell'unione sia dichiarato non applicabile in Germania. Affinché ciò avvenga nel rispetto della effettività dell'ordinamento comunitario, occorre che tale dichiarazione sia fatta dalla Corte (ndr. e non dai giudici comuni); quale sia il procedimento con cui giungere alla stessa non deve essere deciso in questa sede ... è tuttavia pensabile che il legislatore crei un procedimento adatto a questo scopo che accerti l'obbligo degli organi tedeschi di non applicare il diritto comunitario”

⁷ Ricostruisce la complessa vicenda G. Itzcovich, *L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di Giustizia nella “guerra delle banane”*, in *Mat.st.cult. giur.* 2004, p.401 ss. In generale sui precedenti sia consentito rinviare a L. Violini, *I precari equilibri di un sistema giudiziario multilivello: i confini tra potere giudiziario nazionale e giudici europei in Germania*, in Nicolò Zanon (a cura di), *“Le Corti dell'integrazione europea e la Corte Costituzionale italiana”* Ed. scientifiche italiane, Napoli, 2006

relativamente indeterminato e comunque in grado di lasciare ancora l'ultima parola (se reale o virtuale non si sa) alla giurisdizione nazionale⁸.

Quanto alla sentenza *Maastricht*, essa è l'antesignano più proprio della sentenza che qui si commenta. La Corte Costituzionale lì si appropria del potere di giudicare l'Unione non solo sul pieno del rispetto dei diritti fondamentali e delle competenze ma anche sul piano dell'attuazione del principio democratico, precisando che esso è rispettato solo nella misura in cui il parlamento tedesco mantiene il suo ruolo di decisore politico ultimo, titolare di tutte le funzioni non espressamente delegate dagli Stati nazionali all'Unione. Si tratta dello stesso impianto argomentativo su cui si fonda la sentenza *Lissabon*, anch'essa incentrata sulla violazione del diritto di voto (art. 38 GG) quale elemento centrale del rispetto del principio democratico, dichiarato immutabile dall'art. 79⁹. Esautorare il Parlamento tedesco delle proprie competenze, rendendo inincidente di diritto di voto dei cittadini tedeschi, significa modificare l'immutabile, ed entrare quindi nel dominio dell'incostituzionalità. Questo *iter* argomentativo, comune ai due casi, viene nel secondo portato alle sue estreme conseguenze senza tuttavia interferire nel processo di integrazione. Le conseguenze infatti sono tutte di diritto interno senza che il processo di ratifica del Trattato di Lisbona – come del resto era successo a Maastricht – ne risulti compromesso. In prima approssimazione, dunque, si può dire che la Corte tedesca mantiene rispetto al passato le stesse argomentazioni e lo stesso atteggiamento prescrittivo nei riguardi dell'ordinamento europeo e della sua più diretta rappresentante, la Corte di Giustizia, di cui si pone come un interlocutore autorevole, in grado di determinare le condizioni concrete di adesione del Paese all'Europa. Infine, analoghe sono le conseguenze sul piano del diritto europeo, che viene considerato costituzionalmente legittimo visto che, fin qui, il processo di integrazione non pare aver intaccato la sovranità degli Stati membri.

2. Non solo continuità

⁸ Sul rapporto tra gli standards della sentenza Maastricht e lo standard qui enunciato si veda ancora da ultimo F. Schofkopf, *The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, vol. 10, nr. 8, p.8.

⁹⁹ Non è il caso in questa sede di entrare in merito al tema della democrazia europea e, in essa, del ruolo del Parlamento, che pure ha fatto importanti passi avanti nell'accreditarsi come istituzione democratica nel contesto dell'ordinamento europeo. Su questo v. S. Ninatti, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1 – 321. Basti solo ricordare che tutta la sentenza *Lissabon* si fonda sul principio della non sufficiente democraticità del Parlamento europeo e del complesso delle istituzioni europee, principio che ha anch'esso dato adito a molte critiche da parte della dottrina tedesca ed europea. Particolarmente problematica è stata percepita la giustapposizione tra parlamentarismo e democrazia, giustapposizione non gradita in Germania in quanto risalente alle note teorie schmittiane. Cfr. C. Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage ders heutigen Parlamentarismus*, 1923. V. per tutti E. Pache, *Das Ende der europäischen Integration*, EuGRZ 2009, p.285 ss.

Tutto ciò posto, si tratta ora di comprendere gli elementi di novità della sentenza. Uno di questi è la dichiarazione di incostituzionalità non della legge di ratifica ma della legge di accompagnamento alla legge di ratifica, quella che – insieme alle modifiche costituzionali – serve a conformare il diritto nazionale alle norme del Trattato. Tale legge prevedeva già procedure di controllo del Parlamento sul Governo nel caso in cui il Governo fosse chiamato a prendere decisioni in sede europea; ora, tali procedure sono considerate troppo poco garantiste dalla Corte costituzionale la quale, come già in passato aveva richiesto il procedimento di revisione costituzionale per la ratifica dei trattati europei e che ora sono sancite dalla novella dell'art. 23 GG, così oggi richiede che si estenda la procedura aggravata a tutti quei casi in cui le decisioni governative in sede europea comportano ulteriori passaggi di competenze dallo stato nazionale alle istituzioni europee¹⁰. La base normativa di questa richiesta è dettagliatamente descritta e motivata (forse l'intera, lunghissima sentenza non è che una motivazione per il *decisum*, qui sommariamente riportato) e consiste nell'affermare, come monito all'Europa, che il trasferimento di competenze, fin qui ritenuto compatibile con la statualità tedesca, è giunto al limite né sono considerate possibili altre ed ulteriori modifiche nell'assetto dei poteri pena la fine dell'equilibrio tra i due livelli di governo. Tale monito, la cui violazione da parte delle istituzioni europee non può essere sanzionata se non con la secessione, si sostanzia in un precetto di natura costituzionale nazionale che comporta l'incostituzionalità della legge di accompagnamento alla legge di ratifica del Trattato e la richiesta di nuove e più garantiste norme di accompagnamento, la cui emanazione è condizione perché si possano consegnare gli strumenti di ratifica a perfezionamento del processo di ratifica stessa. Nonostante quanto si è detto contro questa sentenza, è evidente qui che la *constitutional doctrine* che la Corte enuncia non ha nulla di definitivo; essa si definisce il momento presente come punto conclusivo della storia dell'integrazione così come si è sviluppata finora, storia anch'essa approfonditamente riletta fin dai suoi albori e dai primi tentativi di costituzionalizzazione, ma non cerca di incidervi se non *pro futuro*. Uno stop all'Europa? Non si può certo escludere che questa sia stata l'intenzione dei giudici, intenzione che solo indirettamente incide sul processo in atto incidendo per ora solo ed esclusivamente sul piano interno. Questo primo elemento di novità si declina dunque in due direzioni, una interna assai gravoso, l'altra – *soft* - che mira ad incidere sul processo di integrazione, definito come non più passibile di modifiche, almeno sul piano del riparto delle competenze. Questo è effettivamente un elemento di novità: mentre in precedenza la Corte aveva sempre lasciato aperta la possibilità, pur condizionata ad un suo ultimo controllo, di approfondire ed ampliare l'integrazione, ora il processo pare essere giunto al capolinea. In altre parole, il Trattato di Lisbona sembra aver sancito – secondo i giudici di Karlsruhe - il punto massimo dell'integrazione funzionale mentre, guardano avanti, sembra profilarsi la

¹⁰ Nota Ziller nello scritto sopra citato che anche questo intervento della Corte non è da sopravvalutare; esso ha infatti per oggetto processi decisionali in cui già si sarebbe dovuto votare all'unanimità; pertanto, che sia solo il Governo tedesco o che siano insieme Governo e Parlamento a opporsi ad una decisione in sede europea non comporta che vi sia un diritto di veto in capo al singolo stato membro che non sia già sancito dal Trattato. Cfr. J. Ziller, *loc. cit.*, p.983.

vera nuova puntata dell'integrazione, qualitativamente diversa perché non più funzionale bensì costituzionale e politica.

Un secondo aspetto di novità, da molti messo in luce ma, ancora, di scarsa rilevanza giuridica diretta, è il tipo di linguaggio presente nella sentenza¹¹. Intanto, come è stato anche precisamente rilevato, in essa si usa spessissimo il termine, ignoto alla costituzione tedesca, di sovranità, con ciò soppiantando il termine cooperazione, che era stata invece la cifra della sentenza *Maastricht*. E, invero, sempre sul piano del linguaggio, lo *Staatenverbund* coniato in quella sentenza perde, almeno figurativamente, quel connotato di commistione tra i due livelli ordinamentali che ne aveva caratterizzato la creazione per far riguadagnare a ciascuna delle due entità territoriali coinvolte i propri connotati, da un lato la UE viene ricatalogata come ente di diritto internazionale classico mentre lo Stato si caratterizzerebbe per quella totalità di poteri e di funzioni sottesa all'altro termini assai allusivo della *Kompetenz-kompetenz*; non solo, sempre secondo i giudici della sentenza *Lissabon*, gli Stati devono essere liberi nel determinare gli aspetti essenziali delle condizioni di vita politica, economica e sociale del proprio popolo, con ciò recuperando una dimensione sostanziale della sovranità che nel tempo era andata sfumando¹²; sempre gli Stati sono *Herren der Verträge*, possono recedere senza condizioni (il che è palesemente irrealistico oltre che problematico sul piano giuridico visto il mandato costituzionale a proseguire nell'integrazione) Nel linguaggio più che nella sostanza si assiste, dunque, ad una netta presa di distanza dall'Europa, un linguaggio che ignora radicalmente e forse appositamente i neologismi e i tentativi di ridefinire in termini costituzionali il processo di integrazione. Il che giustifica le critiche, anche pesanti, che molti hanno avanzato nei confronti dei giudici e che ricordano da vicino le analoghe prese di distanza che avevano accompagnato già la sentenza *Solange*, di cui si era detto di tutto: che era basata su argomentazioni fittizie, su giochi di parole, su trasformismi da circo per giustificare la sottoposizione di atti comunitari alla giurisdizione nazionale¹³.

Un esempio, tra i molti, si rinviene al nr. 346 ss. della sentenza in cui si parla della cittadinanza e, sorprendentemente, la si definisce come *un nulla culturale e normativo*. La definizione è ad un tempo pesante e sgradevole, così lontana dal vero da apparire come una sorta di grido di protesta contro degli eccessi che si sono prodotti in campo europeo a partire dagli anni Novanta, da quando i giudici di Lussemburgo, seguendo le teorie di Jacobs, avevano preso a considerare la cittadinanza europea come fonte del diritto ad una protezione che l'Europa garantisce

¹¹ Insistono su questo aspetto D. Halberstamm, C. Müllers, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland"*, in *German Law Journal* vol.10, nr. 8 – 1 agosto 2009, i quali tuttavia mettono anche in luce gli elementi di novità derivanti da una nuova sistematizzazione concettuale dell'intero processo di integrazione compiuto dai giudici di Karlsruhe.

¹² Per una critica puntuale a questo aspetto della sentenza in nome della inesistenza di una dottrina compiuta degli *Staatsaufgaben* e della sua non compatibilità con il carattere "aperto" della democrazia parlamentare si veda *idem*, p.7.

¹³ Particolarmente crudo e pungente era stato M. Zuleeg, *Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte gegenüber der Gemeinschaftsgewalt*, in *DÖV*, 1975, p. 44 s.

laddove gli stati non assicurino una protezione adeguata¹⁴. Di qui l'incidenza dell'Europa sulle legislazioni nazionali sulla cittadinanza, non certo gradite agli Stati membri oggetto delle censure. Ora, se a contraltare di scelte giurisprudenziali che tendono a garantire una tutela massima al cittadino europeo si afferma in sede nazionale che tale caratteristica si configura come un nulla, è chiaro che - sempre in sede nazionale - si stanno creando i presupposti per una neutralizzazione delle scelte europee che poco spazio lascia al dialogo; occorrerebbe invece abbassare i toni dello scontro riconoscendo che tra il tutto e il nulla vi è un ampio spazio per individuare quel punto di equilibrio che consente di realizzare il noto motto europeo che vuole le nazioni "unite nella diversità". Dove vada tracciata la linea di demarcazione tra l'unità e la pluralità non può essere definito una volta per tutta ma va ogni volta riscoperto, caso per caso, con la forza dell'argomentazione e l'attenzione al fatto che caratterizza ogni buona sentenza, da qualunque tribunale essa sia emanata. Invece, limitandosi a dire che la cittadinanza europea è un "nulla" la Corte tedesca, che pure nella sostanza avrebbe più di una ragione per alzare barricate a tutela della propria integrità, si rispone alla critica che già Ipsen faceva a *Solange I*, quando affermava che lì la Corte tedesca aveva preteso di imporre alla Comunità una omogeneità il cui metro di giudizio era la propria costituzione e non un equilibrio tra di due livelli entrambi di natura costituzionale.

3. La Corte e la democrazia: un'arma a doppio taglio

Gli elementi fin qui messi in luce consentono di comprendere come la sentenza sia stata fatta oggetto di molte critiche da parte della dottrina, critiche che sono state prima espresse sulla stampa quotidiana nazionale e poi formalizzate in articoli di dottrina che, tra l'altro, continuano ad essere prodotti¹⁵.

Particolarmente problematico è stato percepito dai critici l'intero apparato argomentativo nelle sue linee portanti, la linea della difesa della Costituzione e della sovranità del popolo tedesco e quella relativa al principio democratico. Stupisce infatti che venga invocata la sovranità costituzionale contro presunte invasioni europee quando è la costituzione stessa ad aver integrato nei suoi principi fondamentali il processo di europeizzazione dello Stato; e ciò a maggior ragione per il fatto che i Padri costituenti avevano invece percepito l'apertura all'Europa come

¹⁴ S. Ninatti, *Cittadinanza e fiducia reciproca fra Stati membri nella sentenza della Corte costituzionale tedesca sul mandato d'arresto europeo*, in Nicolo Zanon (a cura di), "Le Corti cit..."

¹⁵ Tra i più recenti si veda K.F. Gärditz, C. Hillgruber, *Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgericht*, in *Juristenzeitung* 2009, nr. 18, p. 872, molto positivo rispetto alla sentenza e favorevole a porre riserve al Trattato prima della ratifica (cosa che peraltro non si è affatto verificata); assai critici invece C.D. CLASSEN, *Legitime Stärkung des Bundesrages oder verfassungsrechtliches Prokustesbett?* In *Juristenzeitung* 2009, nr. 18, p. 881 e M. Nettesheim, *Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG*, in *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, nr. 39, p. 2867; quest'ultimo in particolare sottolinea la dimensione innovativa della sentenza rispetto ai precedenti, ritenendo questi ultimi più rispettosi delle decisioni della politica rispetto al processo di integrazione e la sentenza in esame invece il tentativo di imporre un modello di integrazione come l'unico costituzionalmente accettabile.

una forma di rigenerazione della statualità tedesca dopo i trascorsi dittatoriali, un forte elemento identitario da leggersi come opposizione ad una identità nazionale sovrana ed autoreferenziale. Non a caso in Costituzione si legge che lo Stato tedesco si pone come “un membro a pieno diritto di un’Europa unita” (Preambolo GG), non viene citato il termine “sovranità” che invece la sentenza in esame usa per ben 33 volte¹⁶ mentre la Costituzione stessa ignora l’istituto del referendum che invece la Corte sembra pronta ad imporre in caso di ulteriori spostamenti di competenze. Si assisterebbe pertanto ad un intervento contro l’Europa condotto in nome della fedeltà a valori costituzionali nazionali che invece sono per origine e per sviluppi anche recenti potentemente imperniati alla cd. *Europarechtsfreundlichkeit*. Sarebbe dunque la Corte Costituzionale ad aver introdotto una “rottura” nelle dinamiche del costituzionalismo tedesco proprio mentre pone limiti a presunte rotture costituzionali da parte del processo di integrazione europea. La critica in questo caso è dunque radicale: un’Europa integrata fino alla creazione di uno stato federale europeo non avrebbe nulla di incostituzionale; al più il problema che si può porre è se vi sia qualche forza politica che desideri giungere fino a questo (impopolare) punto di arrivo, visto che dal 1992 in poi persino programmi elettorali della CDU hanno espunto dal loro orizzonte il fine della creazione di uno stato federale europeo. Se *sprachlich und rechtlich* non vi sono in Costituzione ostacoli alla creazione di uno stato federale europeo, il tema diviene non la costituzionalità bensì l’opportunità delle scelte compiute in sede europea e nazionale circa le tappe di avvicinamento e lo scopo ultimo del processo in atto. Esse, secondo molti, dovrebbero restare scelte confinate all’ambito politico, senza interferenze costituzionali, essendo la scelta da farsi espressione piena non di sovranità ma di democrazia, quella stessa democrazia che la Corte ritiene violata proprio da ulteriori spostamenti di competenze. Ed ecco che appare in tutta la sua problematicità il circolo vizioso in cui si dibattono dottrina e giurisprudenza, non solo in Germania ma anche in altre parti del mondo: le scelte europee toccano il nucleo essenziale della Costituzione e richiedono quindi la vigile presenza della Corte costituzionale o restano aperte alle scelte della democrazia politica, per la cui validità è sufficiente il consenso della maggioranza? E, ancora, non è forse vero che la Corte, mentre dà lezioni di democrazia a tutta l’Europa¹⁷, tradisce essa stessa il principio, negando validità a scelte legittimamente compiute dal Parlamento e dal Governo federale, espressione diretta della sovranità del popolo tedesco?

Due considerazioni rispetto a questi due set di critiche, l’argomento costituzionale e l’argomento democratico.

¹⁶ C. O. Lenz, *Ausbrechender Rechtsakt*, in *F.A.Z.* 8.8.09, *Die Gegenwart*, pp. III, IV.

¹⁷ E’ vero altresì che anche rispetto agli argomenti facenti capo alle carenze democratiche dell’Unione le critiche non sono mancate; sempre Lenz, ad esempio, ricorda che nella stessa Germania, e in particolare nel *Bundesrat*, i 28 voti dei *Länder* maggiori rappresentano 48 milioni di abitanti mentre gli altri 12 *Länder* con 41 voti rappresentano 34 milioni di abitanti; e ancora che un voto di Brema rappresenta 230 mila abitanti mentre un voto del *Nordrhein Westfalen* nel rappresenta 2,6 milioni, con un rapporto dunque da 1 a 12.

Sul primo, è indubbio che la Germania abbia caricato di valore costituzionale le scelte europee, approvando i Trattati con maggioranze qualificate e modificando molti articoli del *Grundgesetz* per adattarlo al processo di integrazione in corso. Credo si possa dire che questa scelta non sia obbligata ma dipenda dalla cultura giuridica e dalla storia tedesca, che naturalmente tende a rafforzare gli elementi garantistici del proprio ordinamento, prigioniera come è delle ombre del proprio tragico passato. Altri ordinamenti – e primariamente il nostro - hanno compiuto scelte diverse, adattandosi all'integrazione con strumenti meno rigidi e quindi più facilmente modificabili ed adattabili. Coerentemente con la sua impostazione, nel caso presente, la Corte tedesca sta irrigidendo al massimo i processi di produzione normativa europea, richiedendo che il proprio Parlamento dia in molti casi al Governo un consenso adottato con maggioranze qualificate, visto che si sarebbe in presenza di vere e proprie modifiche costituzionali; insomma, la Germania non si accontenta delle ordinarie procedure parlamentari¹⁸ ma richiede prese di posizioni esplicite e adottate ad ampia maggioranza.

A fronte di questa struttura ordinamentale, che enfatizza la costituzionalizzazione delle scelte europee, vano sarebbe invocare la *Europarechtsfreundlichkeit* della Costituzione. Se di scelte costituzionali si tratta, il controllo della Corte risulta inevitabile così come è inevitabile che essa si ponga come garante della forma di stato costituzionalmente determinata integrando o correggendo le scelte fatte dal Parlamento. In altre parole, se la scelta pro o contro l'Europa è di natura costituzionale, i processi democratici sono condizionati dalla medesima e dal connesso controllo di costituzionalità. E' per questo che controbattere agli argomenti costituzionali fatti propri dalla Corte (la democrazia e la sovranità) con argomento costituzionale (le scelte dei Padri costituenti e l'*Integrationsziele* sancito dall'art. 23 GG), non dovrebbe poi consentire di invocare la piena ed insindacabile sovranità del Parlamento e il rispetto delle scelte ivi compiute in sede di ratifica.

Altro sarebbe porre in dubbio la questione di fondo, se cioè si tratti davvero di scelta costituzionale o non sia invece più corretto ed opportuno lasciare alla politica la decisione se procedere o bloccare il processo di integrazione, che molti altri Paesi europei stanno facendo optando per metodi non costituzionali per ratificare i Trattati. E' questa la posizione di chi invoca anche per la Corte il rispetto del principio democratico e un forte *selfrestraint* rispetto a territori a lei estranei, quelli della politica di partito¹⁹ e si interroga se la stessa scelta di imporre al Parlamento tempi ristretti di approvazione della legge di accompagnamento dichiarata incostituzionale non siano contrari all'autonomia stessa del Parlamento. A ciò si aggiunga che le stese critiche al deficit democratico europeo, che si incarna nella debolezza del parlamento di Strasburgo, possono essere agevolmente ribaltate visto che i popoli europei, che

¹⁸ E' il caso delle cd. "passerelle" previste dal nuovo Trattato, la cui regolamentazione prevede che i Parlamenti nazioni abbiano sei mesi di tempo per opporsi alle deliberazioni adottate in sede europea; in questo caso la Corte non si ferma al silenzio assenso ma richiede una decisione a maggioranza qualificata.

¹⁹ Dopo aver criticato l'impianto argomentativo della Corte in forza di argomenti costituzionali, lo stesso Lenz finisce per concludere che "*wieviel Integration Deutschland braucht ... bleibt eine politische Frage*"

mandano i loro governi nel Consiglio, hanno già ampiamente legittimato gli stessi a compiere in loro vece le scelte che caratterizzano la costruzione europea.

Collegando i due temi, non resta che mettere in luce come, ancora, il complesso impianto argomentativo della Corte presenti aspetti non interamente convincenti, in ciò dando ragione alle critiche della dottrina; ciò sarebbe effettivamente assai grave se, in buona sostanza, tutte queste argomentazioni non avesse poi finito per produrre una sentenza *soft*, in cui anche il tema del potenziale conflitto tra Corte e politica si scioglie come neve al sole, visto che il sistema politico, per nulla scontento delle scelte operate a Karlsruhe, si è affrettato ad aderire alle richieste e in brevissimo tempo ha adattato la normativa vigente ai moniti della sentenza.

Alla sentenza si deve allora dare un senso autenticamente costituzionale o un valore politico? L'intreccio non è facilmente districabile visto che si parla "costituzionale" e si agisce lasciando alla politica spazi di azione di rilevante entità. Personalmente propendo per leggere politicamente la sentenza, una grande dichiarazione di intenti costituzionali e una cura nel scegliere soluzioni non sgradite al mondo politico che denotano, ultimamente, una identità di intenti tra i due organi sovrani che getta una luce significativa sul complesso delle istituzioni tedesche, sulla loro coesione e sulla loro capacità di leggere i segni dei tempi. Insomma, prima di pensare che si tratti di un terremoto, si può attendere per vedere se ci sarà davvero almeno una prima scossa.

Quanto, infine, al mai sopito problema del complessivo rapporto tra Corte e scelte legislative, non è certo questa la sede per entrarvi. Che occorra un equilibrio tra le due dimensioni della democrazia costituzionale non può essere messo in dubbio, ma questo dipende non da definizioni teoriche ma da modo con cui gli attori del dramma interpretano il proprio ruolo e dalle scelte concrete che essi compiono, nella consapevolezza che il collasso del sistema non sarebbe positivo né per l'altro dei potenziali contendenti. Collasso che, del resto, in questo caso non si profila nemmeno lontanamente, poiché il processo contro il Trattato di Lisbona ha visto l'alleanza trasversale dell'estrema destra e dell'estrema sinistra e la fase successiva, quella dell'attuazione della sentenza, è stata caratterizzata dalla condiscendente ottemperanza della maggioranza al governo, da un pronto intervento del parlamento²⁰

²⁰ Le quattro nuove leggi di accompagnamento al Trattato di Lisbona, emanate ai primi di settembre, sono tutte impiegate sul rafforzamento dei vincoli al Governo da parte del Parlamento su quanto si decide in sede europea, soprattutto per i casi in cui si prospetta uno stravolgimento del regime delle competenze previsto dal Trattato e approvato dagli Stati in sede di ratifica dello stesso. Questo avviene, secondo la Corte, quando si discute di modifiche ai Trattati secondo il processo semplificato previsto dai due Trattati (TUE e Trattato sulle modalità di funzionamento della UE), di procedimento legislativo e di modalità di voto (maggioranza o unanimità) nonché quando si discute di competenze (le cd. clausole "dinamiche del Trattato di Lisbona" che consentono un approfondimento del processo di integrazione senza revisione dei Trattati (per la verità di discute se si possa fare un uso reale di queste clausole... che erano già previste dal Trattato del 1996 e non erano mai state usate - sono quelle che si chiamano "le passerelle"). Se si prospetta dunque un processo semplificato di revisione, la Germania deve darvi l'assenso con legge costituzionale che deve avere anche l'approvazione del *Bundesrat* nella misura in cui sono coinvolte delle competenze dei *Länder*. Lo stesso per le decisioni unanimi del Consiglio per l'ampliamento dei diritti dei cittadini europei, le scelte in tema di politica di difesa, le nuove competenze della Corte di Giustizia in materia di diritti d'autore, il procedimento elettorale unitario per le elezioni del PE, la creazione di nuove categorie di finanze proprie. Occorre ancora che i due rami del Parlamento tedesco definiscano la posizione che il governo tedesco deve tenere in Consiglio nel caso in cui si voglia

e dal consenso di larga parte dell'opinione pubblica, su cui le tesi euroscettiche hanno molta presa²¹. Mai le due rette parallele, costituzione e politica, sono state in Germania tanto convergenti, a dispetto delle più accanite critiche e del più rigoroso dissenso della dottrina.

votare all'unanimità per passare da procedimenti legislativi speciali e quello ordinario, che prevede maggioranza nel consiglio e nel parlamento. Infine, l'assenso del parlamento è necessario per la cd. "clausola scivolo speciale" in tema di programmazione finanziaria pluriennale e aspetti della politiche estera e di sicurezza, per autorizzare Bruxelles integrare la lista dei settori della criminalità in cui può intervenire stabilendo norme minime per la definizione dei reati o delle pene. Completa il quadro il potere del parlamento nazionale a vincolare il governo a tirare il freno di emergenza se l'Europa, agendo nel settore della libera circolazione dei lavoratori, incide sull'equilibrio del sistema nazionale di sicurezza sociale o tocca la struttura del diritto penale nazionale.

²¹ Si critica ad esempio la questione della rielezione di Barroso a capo della Commissione per i prossimi cinque anni, votazione che in un primo tempo non è stata messa all'ordine del giorno tramite l'azione congiunta di socialdemocratici, liberali e verdi, ma che poi era stata tolta dal neoeletto Parlamento europeo pur in assenza di una alternativa e senza contenuti concreti di discussione al solo scopo di riaffermare il potere del Parlamento contro le decisioni dei governi degli stati membri. "Così, si è letto sui giornali, durante la crisi economica più importante del secolo l'Europa dà il solito spettacolo: si occupa solo di se stessa, di trattati che nessun cittadino legge e di questioni personali che nessuno al di fuori di Brussels segue". A sua volta, l'avvocato difensore dei ricorrenti, Kerber, aveva parlato di "*namenloses Regime selbstreferentieller Eliten*", un regime anonimo di una elite autoreferenziale e di una Commissione che si è trasformata da difensore dell'Europa a padrona della stessa. In sostanza, pare sia molto diffusa l'idea che sia ora di ripensare al processo di integrazione europea cosicché la sentenza è apparsa "*eine juristische Aufarbeitung der Öffentlichen Debatte im größten Mitgliedstaaten*" volta a dire in sintesi che l'Europa ha fin troppe competenze e che la statualità nazionale tedesca ha preminenza sull'Europa. Secondo i sondaggi, i cittadini tedeschi vogliono sì un approfondimento dell'integrazione ma questo vuol dire che essi vogliono (come lo vogliono dai propri governi) lavoro, sicurezza, un ambiente pubblico e una vita buona... e questo l'Europa lo potrà dare se la smette di guardare a se stessa e inizia a pensare ai propri cittadini, pena la fine dell'integrazione. In buona sostanza la sentenza ha avuto una accoglienza positiva soprattutto in coloro che mirano a ridefinire i rapporti tra stati nazionali ed Europa percependo che vi è un "salto di qualità" nel rapporto tra Germania ed Europa che evidenzia un salto di qualità il quale a sua volta sconfessa l'illusione di far procedere per piccoli passi le istituzioni europee verso una transizione allo "stato federale" senza soluzione di continuità dallo stato attuale. Il pregio della sentenza è di mettere in chiaro il fatto (politico prima che costituzionale) che, se l'Europa deve diventare sempre più "integrata", occorre una decisione vera, sostanziale e aperta, cioè un referendum in cui il popolo tedesco decide di abolire la propria costituzione e di aderire ad un altro modello di stato. Tra la politica dei piccoli passi o la scelta di un nuovo assetto costituzionale, dice Karlsruhe, occorre decidere apertamente perché questo è l'unico modo per salvare la democrazia, negli stati e in Europa.

4. Il dialogo tra le corti e la reciprocità dei vincoli: una intenzione o un processo a più fasi?

Se quanto fin qui detto riguarda gli equilibri interni alla Germania, un cenno conclusivo merita la questione del rapporto tra la Corte tedesca e la Corte europea, qui ancora un volta messo in gioco, seppur indirettamente.

Va preso atto che questo dialogo, che è per molti aspetti indefinito, deve avvenire oggi in un contesto di crisi, che inevitabilmente finisce per connotarlo. Si tratta di una profonda crisi nel rapporto tra Germania ed Europa e la Corte dà voce a questa crisi che è prima di tutto una crisi di democrazia in senso sostanziale, caratterizzata da un calo importante (fino al solo 43%) nella partecipazione alle consultazioni elettorali europee, e poi anche una crisi della democrazia parlamentare classica, fondata sulla logica del *one man one vote*; la Germania non può non percepire come un vulnus alla sua sovranità il fatto che il voto di un abitante di Malta “pesi” dieci volte di più del voto tedesco. Non si può essere semplicisti nel valutare la crisi né valutarla solo per i suoi tratti attuali. Essa va letta guardando anche al passato per poi guardare avanti e pensare ad un percorso cooperativo a superare l’euroscetticismo diffuso.

Come è stato detto sopra, se si guarda al passato, i molti conflitti tra Corte tedesca e Corte europea, che si sono susseguiti, sono stati volti a ribadire che il vincolo per gli Stati a rispettare il Trattato di Roma non è unilaterale ma è un elemento che obbliga anche la stessa Comunità; non un vincolo unilaterale ma una reciprocità tendenzialmente paritetica, volta a mantenere un equilibrio che in questo momento la Germania e la sua Corte Costituzionale considerano in via di erosione e che si coordina con la “crisi” antieuropea che la Germania sta vivendo.

Occorre tornare a pensare in termini di reciprocità del vincolo, per non esacerbare ulteriormente questo momento di crisi, di cui il linguaggio della sentenza è importante sintomo. Per far questo è importante ricordare come la reciprocità sostanziale ha importanti strumenti processuali per divenire effettiva. Come risolto sul piano processuale, infatti, va detto che in Germania il ricorso diretto alla Corte Costituzionale per violazione dei diritti fondamentali da parte di una sentenza interna basata su una certa interpretazione del diritto comunitario o sul rifiuto da parte dei giudici di richiedere l’interpretazione conforme del diritto comunitario alla Corte stessa, normalmente inammissibile dopo *Solange II* e *Bananen*, può divenire in casi eccezionali, come successe appunto in quest’ultimo caso, uno strumento di reazione dell’ordinamento interno a tentativi di invasione indebita da parte dell’ordine sovranazionale. Quindi, in estrema sintesi, il ricorso diretto dei soccombenti alla Corte Costituzionale per mancato rinvio pregiudiziale costituisce uno strumento processuale di diritto nazionale volto a garantire l’osservanza di un obbligo di diritto comunitario. Da *Solange II* in poi, infatti, la Corte di Giustizia viene riconosciuta come giudice naturale per la violazione dei diritti fondamentali anche di provenienza nazionale se essa viene compiuta dagli organi comunitari, il che rappresenta l’altra

faccia della reciprocità, in quanto *un diritto costituzionale nazionale* quale è quello al giudice naturale ex art. 101 GG trova in un *tribunale comunitario*, la Corte di Giustizia, il suo primo e naturale difensore.

Vi è quindi una reciprocità con precisi riscontri processuali: da un lato la Corte di Giustizia e' giudice naturale del rispetto dei diritti fondamentali in quanto delegata ad accertare violazioni di diritti fondamentali in sostituzione della verifica da operarsi in sede nazionale, sempre salvo la *Notkompetenz* che protegge il sistema interno da collassi del sistema europeo, mentre – d'altro lato - la Corte costituzionale tedesca, tramite il ricorso diretto, ha strumenti per far rispettare l'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte dei giudici, ricorso diretto che è ad un tempo lo strumento che le consente di verificare che le due forme di tutela, quella nazionale e quella sovranazionale, restino “sostanzialmente” comparabili.

Potranno in futuro questi strumenti essere attivati per riattivare canali di dialogo tra i due livelli di governo, quello tedesco e quello europeo? Dopo la sentenza Maastricht, che aveva aperto la strada ad una valutazione da compiersi in sede nazionale delle possibili violazioni europee dell'assetto delle loro competenze, c'è stata la guerra delle Banane che, una volta vinta, ha consentito alla Corte di ritirarsi con onore dal campo di battaglia lasciando alla Corte di Giustizia il suo spazio di intervento. E dopo Lisbona? Forse la Corte di Giustizia ammorbidirà certe sue posizioni non particolarmente gradite alla Germania oppure, a fronte del linguaggio così estremo usato in sede nazionale, le irrigidirà ulteriormente, il che potrà dal modo alla Corte tedesca di farò uso dei poteri che adesso ribadisce avere in suo possesso, il controllo sugli atti *ultra vires* e la garanzia dell'identità costituzionale tedesca i quali, secondo la Corte stessa, possono essere verificati se si è in presenza di una aperta violazione dei limiti di competenza (*obvious transgression*). Pertanto, come spesso accade, meglio assumere una posizione attendista senza dar seguito invece a posizioni estreme, espresse soprattutto da parte dei favorevoli ad oltranza al processo di integrazione, che hanno invocato la sostituzione immediata dei giudici costituzionali o la sanzione normativa dell'obbligo in capo alla Corte costituzionale di operare rinvio pregiudiziale tutte le volte che essa ha a che fare con un atto emanato dall'unione europea, obbligo fin qui mai ottemperato da parte della Corte stessa. Nella logica dell'equilibrio istituzionale meglio dunque attenersi alla massima della saggezza popolare tedesca secondo cui “*nichts wird so heiß gegessen wie es gekocht wird*”.