

Barbara GUASTAFERRO

## Il Trattato di Lisbona tra il "custode" della sovranità popolare e il "custode" della Costituzione:

la triplice "riserva" apposta al Trattato dal Bundesverfassungsgericht\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona: la *Europarechtsfreundlichkeit* ed i suoi limiti. – 2.1 L'Unione europea ordinamento "derivato" e gli Stati membri "Signori dei Trattati". – 2.2 La triplice "riserva" apposta al Trattato di Lisbona: a) La riserva di sovranità; b) La riserva di identità costituzionale; c) La riserva di configurazione nazionale dello spazio pubblico. – 3. L'incostituzionalità della legge che estende i poteri del Parlamento tedesco negli affari europei e le sue conseguenze. – 3.1 L'appesantimento delle clausole che consentono uno sviluppo "dinamico" del Trattato. - 3.2 La *Integrationsverantwortung* a carico del Parlamento nazionale: un argine alla "perversione della democrazia"? – 4. Conclusioni: il Trattato di Lisbona tra il "custode" della sovranità popolare e il "custode" della Costituzione.

### 1. Introduzione

Il 30 giugno 2009, il BundesVerfassungsGericht (BVG), chiamato a pronunciarsi sulla compatibilità della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona con la Legge fondamentale tedesca (LF), ha emesso una sentenza<sup>1</sup> che è stata sottoposta ad una certa "inflazione da commento", dettata fundamentalmente da due ragioni. La prima è che la pronuncia si è innestata in una congiuntura abbastanza delicata per il processo di integrazione europea. Essa, infatti, ha preceduto di pochi mesi il secondo referendum irlandese (svoltosi il 2 ottobre 2009), il cui esito sappiamo esser stato molto atteso non solo perché l'Irlanda aveva in prima battuta bocciato per via referendaria il Trattato, ma perché altri Stati, tra cui la Polonia e la Repubblica ceca, avevano vincolato la ratifica del Trattato stesso al suddetto esito. La seconda è che il BVG perviene alla sua conclusione, che dichiara la sostanziale compatibilità della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona con la Legge fondamentale tedesca, attraverso 147 pagine in cui si susseguono riflessioni sulla storia dell'integrazione europea, sulle teorie della democrazia e della sovranità ad essa sottese, sulla natura dell'ordinamento giuridico comunitario e

---

\* Il presente contributo verrà pubblicato nel numero 1/2010 della *Rassegna di diritto pubblico europeo*.

<sup>1</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, sent. del 30 giugno 2009 (Trattato di Lisbona). Il testo della sentenza è disponibile sul sito di ASTRID, [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it)

sulla relazione sempre dialettica che con esso intrattengono gli Stati, definiti ancora gli unici "signori dei Trattati"<sup>2</sup>.

In altri termini, il "sì" al Trattato di Lisbona da parte dei giudici di Karlsruhe non arriva senza "ma". Come è stato osservato, "there is probably no other judgement in the history of the Karlsruhe Court in which the argument is so much at odds with the result"<sup>3</sup>. Alla luce di queste considerazioni, ritengo che una lettura accorta della sentenza debba poter soffermarsi tanto sugli *effetti*, sia politici che giuridici della pronuncia, quanto sui *contenuti* della stessa. Sul versante degli *effetti*, appare condivisibile la posizione dell'ex Avvocato generale Giuseppe Tesauero, il quale ha invitato ad accantonare letture eccessivamente critiche di una sentenza che, giudicando la compatibilità del Trattato di Lisbona con la Carta costituzionale tedesca, non avrebbe posto alcun freno al processo di ratifica<sup>4</sup>. Processo che infatti non si è arrestato, ma ha visto al contrario lo sciogliersi delle riserve della Polonia e della Repubblica ceca dopo il "sì" al Trattato espresso dal popolo irlandese nella recente consultazione referendaria<sup>5</sup>. Sul versante dei *contenuti*, invece, non è possibile biasimare quanti hanno sostenuto che la motivazione della sentenza "ruota intorno a due fondamentali concetti: natura dell'Unione europea e natura dello Stato democratico....declassa(ndo) la prima e glorifica(ndo) il secondo"<sup>6</sup>. I primissimi commenti, infatti, delineano un'Unione europea attanagliata dal "guinzaglio tedesco"<sup>7</sup>. Unione che, secondo i giudici di *Karlsruhe*, avrebbe raggiunto con il Trattato di Lisbona il "punto massimo dell'integrazione che è compatibile con la Costituzione tedesca"<sup>8</sup>.

E' possibile, a mio avviso, enucleare due ipotesi al processo di integrazione europea che emergono dalla lettura della sentenza in commento: una riguarda la "natura" dell'ordinamento giuridico comunitario, considerato un ordinamento giuridico rigorosamente a carattere "derivato", una mera "associazione di Stati sovrani" (*Staatenverbund*); l'altra riguarda invece la "dinamica" del processo stesso, che viene per certi versi rallentata attraverso la messa in stato d'accusa di tutte quelle disposizioni del Trattato di Lisbona che consentono all'Unione di svilupparsi autonomamente. In altri termini, un'ipoteca grava sulla "sui genericità" dell'ordinamento comunitario, l'altra sulla "genialità" del processo comunitario.

<sup>2</sup> Definisce così gli Stati il paragrafo 231 della sentenza, in continuità con il lessico utilizzato nella celebre sentenza pronunciata dalla stessa Corte in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht.

<sup>3</sup> C. SCHONBERGER, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, in *Special Section of the German Law Journal*, vol. 10, n. 8, 2009, p.1201

<sup>4</sup> G. TESAURO, *Prefazione* a A. LUCARELLI E A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea*, Napoli, ESI, 2009; Id., *I valori del vivere insieme in Europa tra il sì irlandese ed il nodo di Karlsruhe*, in "Il Corriere della Sera", 6 ottobre 2009.

<sup>5</sup> Il percorso della Repubblica ceca è stato in realtà più tortuoso, data la ritrosia a ratificare il Trattato manifestata dal Presidente Klaus anche dopo il referendum irlandese. La riserva della Repubblica ceca è stata finalmente sciolta durante il recentissimo Consiglio europeo di Bruxelles (29-30 ottobre 2009), avendo questo Stato ottenuto un "opt-out" dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>6</sup> S. CASSESE, *L'Unione europea ed il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2009.

<sup>7</sup> S. CASSESE, *ibidem*.

<sup>8</sup> M.P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVerfassungsGericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, pubblicato in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2009.

Alla luce di queste considerazioni, il dispositivo della sentenza, che rigetta la presunta incompatibilità del Trattato di Lisbona con la Costituzione tedesca, sarà analizzato non senza mettere in luce le "ipoteche" al processo di integrazione che emergono dalle motivazioni della sentenza stessa. In buona sostanza, il BVG dichiara conformi al dettato costituzionale la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona (*Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon*) e la legge di revisione costituzionale degli articoli 23, 45 e 93 della Legge Fondamentale (*Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes <Artikel 23, 45 und 93>*). La legge che estende i poteri dei due rami del Parlamento tedesco negli affari europei (*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*), deve essere invece modificata prima che si possa procedere alla ratifica del trattato, in quanto viola le norme costituzionali sancite dall'articolo 38.1<sup>9</sup> e 23.1<sup>10</sup> della Costituzione (par. 207).

Il presente saggio analizza separatamente le due parti di tale dispositivo, al fine di enucleare per ciascuna di esse le esternalità sulla "natura" dell'ordinamento giuridico comunitario e sulla "dinamica" del processo di integrazione europeo. A tal fine, la prima parte del saggio intende mettere in luce che il ragionamento sotteso alla pronuncia di compatibilità con la LF dell'atto che approva il trattato di Lisbona (analizzato nel paragrafo 2) è puntellato da alcune riflessioni che riducono la portata innovativa del trattato di Lisbona enfatizzando il carattere derivato dell'ordinamento giuridico comunitario (paragrafo 2.1) e sembrano apporre una triplice "riserva"<sup>11</sup> all'applicazione del Trattato di Lisbona (il paragrafo 2.2 analizzerà la "riserva di sovranità", la "riserva di identità costituzionale" e la "riserva di configurazione nazionale dello spazio pubblico"). La seconda parte del saggio intende, invece, dimostrare che il ragionamento sotteso alla pronuncia di incompatibilità con la LF dell'atto che estende i poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* sancita dalla Corte (paragrafo 3) comporta da un lato l'appesantimento di alcune clausole del Trattato di Lisbona concepite per agevolare uno sviluppo autonomo e dinamico del potere pubblico comunitario (paragrafo 3.1), e dall'altro il trasferimento a

<sup>9</sup> Ai sensi dell'articolo 38 della LF, "i deputati del "Bundestag" sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, eguale e segreto. Essi sono i rappresentanti di tutto il popolo, non sono vincolati da mandato né da direttive e sono soggetti soltanto alla loro coscienza".

<sup>10</sup> Ai sensi dell'articolo 23 della LF, "per la realizzazione di un'Europa unita, la Repubblica federale tedesca collabora allo sviluppo dell'Unione europea che è fedele ai principi federativi, sociali, dello Stato di diritto e democratico, nonché al principio di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della presente Legge fondamentale. La Federazione può a questo scopo, mediante legge approvata dal "Bundesrat", trasferire diritti di sovranità. Per l'istituzione dell'Unione europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'art. 79, secondo e terzo comma" (questo articolo, oltre a prevedere la necessità dell'approvazione con due terzi dei voti in ambedue i rami del Parlamento, contempla anche dei limiti espliciti alla revisione costituzionale, ossia un vero e proprio nucleo indefettibile della Costituzione).

<sup>11</sup> M. Cartabia, nell'analizzare le giurisprudenza di alcune Corti costituzionali europee in materia di "controlimiti", ha sostenuto che queste accettano "con riserva" il principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto degli Stati membri, mentre la Corte di giustizia delle Comunità europee si fa invece sostenitrice di un "primato assoluto", in M. CARTABIA, "Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, in "Il diritto dell'Unione europea", n. 3/2005.

carico dei Parlamenti nazionali, e a discapito dei governi, della cosiddetta "responsabilità di integrazione" (paragrafo 3.2).

## 2. La legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona: la "Europarechtsfreundlichkeit" ed i suoi limiti

La legittimità costituzionale della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona, valutata prendendo in considerazione l'articolo 38 della LF come parametro di costituzionalità, è fondata su un ragionamento che non considera leso dal Trattato di Lisbona il principio di autodeterminazione democratica del popolo tedesco (contenuto appunto nell'articolo 38 LF) alla luce del fatto che l'apertura dello Stato alla cooperazione pacifica tra le nazioni e all'integrazione sovranazionale in nessun modo potrebbe esser considerata *tantamount to submission to alien powers* (par. 220), ossia equivalente alla sottomissione degli Stati sovrani a poteri "esterni". La Corte pone molta enfasi sul fatto che è la stessa Legge fondamentale ad autorizzare la partecipazione dello Stato tedesco al processo di integrazione europea, attraverso l'articolo 23, che imporrebbe una sorta di "mandato di realizzazione" dell'Unione europea (par. 225). L'articolo, infatti, nel sancire che "per la realizzazione di un'Europa unita, la Repubblica federale tedesca collabora allo sviluppo dell'Unione europea", costituisce una vera e propria "clausola di integrazione"<sup>12</sup> che dà copertura costituzionale al fenomeno comunitario sancendo un principio di "apertura" al diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*) che, lungi dall'esser sottoposto alla discrezionalità del potere politico, assume rilevanza costituzionale (par. 225).

L'elemento a mio avviso interessante è che questa apertura al diritto comunitario sostenuta dalla Corte, sembrerebbe essere sottesa dalla consapevolezza di una mutazione morfologica del concetto di sovranità<sup>13</sup>, sovranità appunto non più "esclusiva", né riconducibile ad un unico punto di imputazione soggettiva, ma "condivisibile"<sup>14</sup>, e pertanto suscettibile di "obiettivarsi"<sup>15</sup> in un orizzonte più ampio di

<sup>12</sup> Per un'analisi in chiave comparata delle "clausole di integrazione" presenti negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea, e per un tentativo di sistematizzazione delle stesse sia in chiave "contenutistica" che "temporale", si rimanda alla ricerca di F. PALERMO, *La forma di Stato dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2005, in particolare al capitolo 3, p. 157 ss.

<sup>13</sup> Sulla trasformazione che il concetto di sovranità subisce all'interno delle Costituzioni del secondo dopoguerra, si rimanda all'interessante ricostruzione storica di M. FIORAVANTI (*Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009), secondo il quale le suddette Costituzioni hanno "avviato un processo di profonda trasformazione dell'eredità lasciata da quel medesimo Stato nazionale sovrano" (p. 156), trasformazione che consiste da un lato nella rappresentabilità dei diritti fondamentali come "*prius* necessario da cui tutto il resto deriva, compresi i poteri e la loro organizzazione" (p. 155), dall'altro nel rigettare, appunto, "quella tradizione del principio di sovranità che voleva che esercitare un potere sovrano significasse essenzialmente porre il diritto in modo esclusivo, tale da respingere ogni altra fonte potenzialmente concorrente" e, di conseguenza, nell'aprirsi a fonti e principi "che si collocano essenzialmente sul piano sovranazionale" (p. 156).

<sup>14</sup> La letteratura sul tema è molto vasta. Si rinvia, per tutti, a N. WALKER (eds.), *Sovereignty in transition*, Hart Publishing, 2006.

quello statale. Nelle parole della Corte, che cerca di "smitizzare" il concetto Stato (par. 224<sup>16</sup>) è la stessa Costituzione a rigettare una concezione "rigida" della sovranità nel momento in cui questa si conforma a dettami, principi, procedure e regole del diritto internazionale. Secondo il paragrafo 223, "the Basic Law abandons a high-handed concept of sovereign statehood that is sufficient unto itself and returns to a view of the state authority of the individual state which regards sovereignty as "freedom that is organised by international law and committed to it"...It breaks with all forms of political Machiavellianism and with a rigid concept of sovereignty which until the beginning of the 20th century regarded the right to wage a war - even a war of aggression - as a right that is due to a sovereign state as a matter of course".

Una lettura più attenta, invece, dimostra che, partendo da una premessa che sembrerebbe voler stemperare una concezione "schmittiana"<sup>17</sup> della sovranità, la Corte finisce in realtà per esaltarla, concludendo che l'integrazione dello Stato tedesco sia nel sistema comunitario che in quello internazionale, lungi dal rappresentare una "sottomissione", deve essere interpretata come un "voluntary, mutual commitment...which secures peace and strengthens the possibility of shaping policy by joint coordinated action (par. 220)". Qualunque cessione di sovranità, dunque, resta un atto volontario dello Stato, attore costitutivo e originario del fenomeno comunitario, semplicemente perché qualunque delega di sovranità non potrebbe che scaturire dal soggetto che ne è titolare. In realtà, a mio avviso, più che Carl Schmitt, la posizione della Corte pare rievocare la concezione tipicamente Hegeliana del diritto internazionale quale mero "diritto statale esterno".

In questo senso, è possibile concludere che la legittimità costituzionale del Trattato di Lisbona viene asserita di pari passo con una esaltazione della sovranità statale ed una conseguente degenerazione dell'ordinamento giuridico comunitario a semplice ordinamento "derivato", a mera "associazione di stati sovrani". E' per questo che la conclusione cui perviene la Corte, senza alcun dubbio positiva per il processo di integrazione, non avviene senza ritorsioni negative sul modo di concepire il processo stesso e sulla portata innovativa del Trattato di Lisbona. Nel ragionamento della Corte, è come se al principio di apertura dello Stato tedesco al diritto europeo presente nella Costituzione venissero frapposti due limiti, analizzati separatamente di seguito. Il primo riguarda l'impossibilità per l'Unione, mero ordinamento "derivato", di trasformarsi in uno Stato federale (paragrafo 2.1), il secondo riguarda l'impossibilità per l'Unione di svilupparsi in violazione del principio delle competenze attribuite (riserva di sovranità),

<sup>15</sup> B. DE GIOVANNI, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Napoli, Guida, 2002. Cruciale nell'analisi dell'autore il rapporto tra "crisi" e "persistenza" dello Stato nel momento in cui si innesta nell' "insieme sovrano" costituito dall'ordinamento giuridico "integrato".

<sup>16</sup> Si legge nel paragrafo 224: "The state is neither a myth nor an end in itself but the historically grown and globally recognised form of organisation of a viable political community".

<sup>17</sup> Molto critico sul punto S. CASSESE, in *op.cit.*, p. 8, secondo il quale "La motivazione della sentenza...è un misto di neo-nazionalismo, populismo (forse, meglio, anti-elitismo) e vecchia "dottrina dello Stato" di stampo germanico. Carl Schmitt va considerato tra le ascendenze di questa sentenza".

dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tedesco (riserva di identità costituzionale) e del principio di "auto-rappresentazione normativa" della comunità politica (riserva di configurazione nazionale dello spazio pubblico) (paragrafo 2.2).

### 2.1 L'Unione europea ordinamento "derivato" e gli Stati membri "Signori dei Trattati"

Il fallimento del Trattato costituzionale, arenatosi in seguito alle consultazioni referendarie in Francia ed in Olanda nel 2005, viene interpretato dalla Corte come un "(provisional) end to the movement aiming to establish a European Federal State"<sup>18</sup>, ed autorizza a considerare Trattato di Lisbona un semplice trattato internazionale firmato da Stati che regnano "Herren der Verträge" (par. 231), marcando così una continuità con il sentiero funzionale e pragmatico che ha caratterizzato il processo di integrazione comunitaria sin dagli albori (par. 2-33)<sup>19</sup>. Nel paragrafo 228, la Corte asserisce che "the Basic Law does not grant the bodies acting on behalf of Germany powers to abandon the right to self-determination of the German people in the form of Germany's sovereignty under international law by joining a federal state. Due to the irrevocable transfer of sovereignty to a new subject of legitimisation that goes with it, this step is reserved to the directly declared will of the German people alone".

Il primo limite posto alla esaltazione del principio di apertura dello Stato tedesco al diritto europeo consiste dunque nell'accantonare, a meno che non si tratti di una scelta "sovrana" del popolo tedesco, uno sviluppo in senso "federale" dell'architettura politico-istituzionale dell'Unione europea, che viene concepita come una mera associazione di Stati sovrani, una *Staatenverbund*. Nelle parole della Corte, "the concept of Verbund covers a close long-term association of states which remain sovereign, an association which exercises public authority on the basis of a treaty, whose fundamental order, however, is subject to the disposal of the Member States alone and in which the peoples of their Member States, i.e. the citizens of the states, remain the subjects of democratic legitimization" (par. 229). La Corte delinea in modo compiuto la sua idea di ordinamento giuridico "derivato" nel paragrafo 231: "The empowerment to exercise supranational competences comes, however, from the Member States of such an institution. They therefore permanently remain the masters of the Treaties...the "Constitution of Europe", the law of international agreements or primary law, remains a derived fundamental order".

La Corte continua sostenendo che nessuna delle innovazioni previste dal Trattato, né l'istituzione della personalità giuridica dell'Unione (par. 231)<sup>20</sup>, né l'incremento delle

<sup>18</sup> F. SCHORKOPF, *The European Union as an Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *Special Section of the German Law Journal*, vol. 10, n. 8, 2009, p. 1237. Sostiene l'autore: "The Court wanted to eliminate any doubt about whether this project was actually terminated".

<sup>19</sup> F. SCHORKOPF, *op. cit.*, p. 1237.

<sup>20</sup> Si legge sempre nel paragrafo 231, "it is not decisive here whether an international organisation has legal personality, i.e. whether it for its part can bindingly act as a subject in legal relations under international law. What is decisive is how the fundamental legal relation between the international

competenze comunitarie in settori "sensibili" (par. 351)<sup>21</sup>, servirebbe a qualificare l'Unione europea come Stato federale o come ente sovrano, in quanto l'ordinamento comunitario continua a "derivare" strutturalmente dai Trattati istitutivi<sup>22</sup>, alla cui base vi è la volontà degli Stati membri, la cui sovranità non è messa in discussione (par. 299). Lo svuotamento della portata innovativa del Trattato di Lisbona, dunque risulta funzionale, nel ragionamento della Corte, alla configurazione meramente "internazionalistica" dell'Unione. Ad accentuare la natura secondaria e "derivata" dell'Unione concorre il fatto che la Corte tende a comparare, e quasi equiparare, organizzazioni sopra-nazionali e organizzazioni internazionali, "Europarechtsfreundlichkeit" e "Völkerrechtsfreundlichkeit"<sup>23</sup>, "così sminuendo la portata innovativa delle prime (219-220, 225 e 237)".<sup>24</sup> Un affronto, dunque, a quanti si sono dilettrati nell'esplorazione definitoria di un ordinamento, quale quello comunitario, che sia per la sua natura "composita"<sup>25</sup> che per il suo essere "terzo" tanto rispetto ad uno Stato federale quanto ad un'organizzazione internazionale<sup>26</sup>, ha sollecitato diverse, e fantasiose, catalogazioni tassonomiche.<sup>27</sup>

Il primo limite frapposto al principio di apertura verso il diritto europeo, limite che allo stesso tempo rappresenta un'ipoteca sulla "peculiarità", sulla "sui genericità" del fenomeno comunitario, riguarda dunque la natura dell'ordinamento giuridico comunitario, destinato a rimanere un potere pubblico derivato senza alcuna vocazione

---

organisation and the Member States and Contracting States which have created the organisation and have vested it with legal personality is elaborated".

<sup>21</sup> Ai sensi del paragrafo 351: "The newly established competences are...no "elements that establish a state", which also in an overall perspective do not infringe the sovereign statehood of the Federal Republic of Germany in a constitutionally relevant manner."

<sup>22</sup> Come osserva S. CASSESE, *op. cit.*, "l'Unione europea è continuamente indicata come potere pubblico derivato, addizionale, complementare ("abgeleitete Grundordnung") (231, 271, 274, 348-349), mentre gli Stati sono ordinamenti originari e padroni dei trattati (l'espressione "Herren der Verträge" è ripetutamente adoperata nella motivazione: ad esempio, 231, 235, 298, 334)", p. 4.

<sup>23</sup> Così osserva F. SCHORKOPF, *op. cit.*, che a p. 1238 afferma: "The Federal Constitutional Court compared the principle of openness towards European law (*Europarechtsfreundlichkeit*) with the already recognised principle of openness towards international law (*Völkerrechtsfreundlichkeit*). With this step, the Court stressed the reciprocity of member states and of the European Union as an association (*Verbund*)".

<sup>24</sup> S. CASSESE, *op. cit.*, p.4

<sup>25</sup> G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma/Bari, Laterza, 2003. In merito alla natura composita dell'ordinamento comunitario, mi sia concesso rinviare alle riflessioni già svolte in B. GUASTAFERRO, *L'Unione europea e la sineddoche democratica. Riflessioni sull'Unione europea quale democrazia composita*, in *Il Filangieri*, Quaderno 2006.

<sup>26</sup> Come scrive G. Amato, "quello che ha preso corpo è un processo di crescente ibridazione dei caratteri iniziali, di ibridazione perciò fra il maschio Trattato e la femmina Costituzione, che tuttavia non è giunto alla trasformazione dell'uno nell'altra, ma ha portato alla formazione di un ermafrodita", in G. AMATO, *Intervento al Convegno annuale dell'associazione dei costituzionalisti: "L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali"*, Catania, 14-15 ottobre 2005.

<sup>27</sup> Si segnala in particolare la posizione particolarmente nota in dottrina di I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, che parla di una *Verfassungsverbund* a livello europeo.

“para-federale”. Analizzerò di seguito l’altro limite posto alla *Europarechtsfreundlichkeit*, anch’esso non privo di conseguenze sul modo di interpretare il processo comunitario. Più che riguardare la finalità ultima, questo limite si riferisce alle modalità di realizzazione del processo stesso, attanagliato da una “riserva di sovranità” (riguardante il rispetto del principio delle competenze attribuite), da una “riserva di identità costituzionale” (riguardante il rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tedesco) e da una “riserva di configurazione nazionale dello spazio pubblico” (relativa ad una declinazione della sfera pubblica ancorata fondamentalmente ai Parlamenti nazionali).

## 2.2 La triplice “riserva” apposta al Trattato di Lisbona

Uno dei passaggi più importanti della sentenza è costituito, a mio avviso, dal paragrafo 226. In esso, la Corte afferma: “It is true that the Basic Law grants the legislature powers to engage in a far-reaching transfer of sovereign powers to the European Union. However, the powers are granted under the condition that the sovereign statehood of a constitutional state is maintained on the basis of an integration program according to the principle of conferral and respecting the Member States’ constitutional identity, and that at the same time the Member States do not lose their ability to politically and socially shape the living conditions on their own responsibility”. Nella mia lettura della sentenza, questo passaggio è cruciale in quanto è come se il principio di apertura al diritto europeo contenuto nella LF, che consente deleghe di sovranità e dunque costituisce il fondamento della partecipazione dello Stato tedesco al processo di integrazione, venisse in qualche modo “temperato”. Si ha la sensazione che vengano apposte ben tre “riserve”, analizzate di seguito, all’approvazione del Trattato di Lisbona.

### A) La riserva di sovranità

Il paragrafo 226 prima richiamato dispone che è vero che è la stessa Costituzione a consentire il trasferimento di diritti sovrani all’Unione europea, ma questo trasferimento deve avvenire a condizione che non venga lesa la sovranità dello Stato tedesco. Esito possibile soltanto se il potere pubblico comunitario agisca nel completo rispetto del principio di attribuzione delle competenze (testualmente, “on the basis of an integration programme according to the principle of conferral”). La “riserva di sovranità” espressa dallo Stato tedesco riguarda la necessità che l’Unione europea non esorbi dalle sfere di competenza ad essa attribuite dai trattati in virtù del principio di attribuzione delle competenze sancito dall’articolo 5 TCE<sup>28</sup>. Essa, dunque, si fonda sul divieto, gravante sul potere pubblico comunitario, di dotarsi di una *Kompetenz/Kompetenz*, ossia della

<sup>28</sup> Secondo l’articolo 5 (1) TCE, “La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato”. Lo stesso principio è anche espresso nell’articolo 7 (1) TCE, 2(2) TUE e 5 TUE

competenza ad estendere autonomamente le proprie competenze.<sup>29</sup> Il tema non è nuovo nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca. Come chiarisce il paragrafo 233 della sentenza, “the Basic Law does not grant the German state bodies powers to transfer sovereign powers in such a way that their exercise can independently establish other competences for the European Union. It prohibits the transfer of competence to decide on its own competence (*Kompetenz-Kompetenz*) (see BVerfGE 89, 155 <187-188, 192, 199>; see also BVerfGE 58, 1 <37>; 104, 151 <210>)”. In altri termini, sebbene l’Unione europea possa dotarsi di una certa “autonomia regolamentare” potenziando le proprie competenze attraverso l’uso della “dottrina dei poteri impliciti” che attraverso il principio dell’ “effetto utile” (par. 237), un’espansione eccessiva delle competenze comunitarie doterebbe l’Unione del potere di “disporre liberamente delle proprie norme fondamentali”, e dunque della “competenza sulla competenza”, violando così anche il principio secondo il quale la responsabilità del processo di integrazione grava esclusivamente sugli Stati membri (par. 238).<sup>30</sup>

Come affrancarsi dal rischio di una Unione che possa “disporre” autonomamente delle proprie regole in violazione del principio di attribuzione delle competenze? La Corte stabilisce che qualunque tipo di “autonomizzazione” del ruolo politico dell’Unione europea, trainato sia da un incremento delle competenze che dal graduale abbandono del voto all’unanimità, deve poter scaturire, dal punto di vista del diritto costituzionale tedesco, solo da una libera azione di “autodeterminazione” del popolo tedesco. Per questo, la progressiva integrazione deve poter essere vincolata materialmente dall’atto del trasferimento di sovranità, di cui solo gli Stati sono titolari, e deve poter essere potenzialmente revocabile. Il recesso dall’Unione non sarebbe pertanto una secessione da uno stato unitario (*Staatsverband*) ma un ritiro da un’unione di Stati sovrani (*Staatenverbund*) basata sul principio del “reversibile self-commitment” (par. 233). Ma aldilà di questi due rimedi, l’uno riguardante la reversibilità del processo di integrazione attraverso il recesso, l’altro riguardante un maggiore controllo del Parlamento tedesco (custode della sovranità popolare) su tutte le procedure che consentono uno sviluppo dinamico del Trattato (di cui si parlerà in seguito), la Corte escogita un altro sistema per verificare che il trasferimento di diritti sovrani all’Unione europea, pur consentito dalla LF, avvenga nel pieno rispetto sia della sovranità del popolo tedesco che del nucleo indefettibile di valori che connotano l’identità costituzionale tedesca.

Con questa sentenza, infatti, la Corte costituzionale tedesca, che ai sensi della Legge fondamentale può essere considerata il “custode della Costituzione”, si arroga la facoltà

<sup>29</sup> Per un’analisi del concetto di *Kompetenz/Kompetenz* così come delineato dalla stessa Corte costituzionale tedesca in occasione della ratifica del trattato di Maastricht, si rimanda a E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2/2000.

<sup>30</sup> Letteralmente, il timore espresso dalla Corte è che le istituzioni comunitarie “(could) “move on a path at the end of which there is the power of disposition of their foundation laid down in the Treaties, i.e. the competence of freely disposing of their competences. There is the risk of a transgression of the mandatory principle of conferral and of the conceptual responsibility for integration which is due to the Member States” (par. 238).

di vigilare sull'operato dell'Unione europea, attraverso un duplice controllo (par. 240<sup>31</sup>), mirato a garantire che la normativa comunitaria non leda né il principio delle competenze di attribuzione ("*ultra vires* review") né l'identità costituzionale dello Stato tedesco ("*identity* review"). Questo duplice controllo, non solo potrebbe legittimare la creazione di nuovi procedimenti preposti a sindacare la "costituzionalità" della normativa comunitaria (par. 241<sup>32</sup>), ma sortisce un effetto ben determinato, ed estremamente pericoloso per il principio di uniforme applicazione del diritto comunitario, che consiste nella non applicazione in Germania della normativa comunitaria confliggente con i suddetti principi. L'articolo 241 non lascia dubbi al riguardo: "The *ultra vires* review as well as the identity review can result in Community law or Union law being declared inapplicable in Germany".

Se attraverso l' "*ultra vires* review" la Corte costituzionale tedesca sembra voler apporre una "riserva di sovranità" al Trattato di Lisbona, autorizzando i "Signori dei trattati" a custodire gelosamente le proprie competenze, il cosiddetto "*identity* review", che analizzerò di seguito, sembra voler apporre al Trattato di Lisbona una riserva di "identità costituzionale", grazie alla quale i principi fondanti dell'ordinamento costituzionale verrebbero resi "indisponibili" al potere pubblico comunitario.

#### B) *La riserva di identità costituzionale*

La delega di sovranità all'Unione europea che la Legge Fondamentale consente attraverso l'articolo 23, che dà "copertura costituzionale" al fenomeno comunitario, può essere, secondo il menzionato paragrafo 226, persino "far-reaching", ma deve avvenire nel pieno rispetto dell'identità costituzionale tedesca. Anche in questo caso, è la Corte che, attraverso il cosiddetto "*identity* review", si rende competente ad attuare una sorta di

---

<sup>31</sup> Come stabilito nel paragrafo 240, "the Federal Constitutional Court has already opened up the way of the *ultra vires* review for this, which applies where Community and Union institutions transgress the boundaries of their competences. If legal protection cannot be obtained at the Union level, the Federal Constitutional Court reviews whether legal instruments of the European institutions and bodies, adhering to the principle of subsidiarity under Community and Union law (Article 5.2 ECT; Article 5.1 sentence 2 and 5.3 TEU Lisbon), keep within the boundaries of the sovereign powers accorded to them by way of conferred power (see BVerfGE 58, 1 <30-31>; 75, 223 <235, 242>; 89, 155 <188>: see the latter concerning legal instruments transgressing the limits). Furthermore, the Federal Constitutional Court reviews whether the inviolable core content of the constitutional identity of the Basic Law pursuant to Article 23.1 sentence 3 in conjunction with Article 79.3 of the Basic Law is respected (see BVerfGE 113, 273 <296>)".

<sup>32</sup> Secondo il paragrafo 241, "It need not be decided here in which specific types of proceedings the Federal Constitutional Court's jurisdiction may be invoked for such review.... What is also conceivable, however, is the creation by the legislature of an *additional type of proceedings* before the Federal Constitutional Court that is especially tailored to *ultra vires* review and identity review to safeguard the obligation of German bodies not to apply in Germany, in individual cases, legal instruments of the European Union that transgress competences or that violate constitutional identity" (corsivo aggiunto).

“scrutinio di costituzionalità” della normativa comunitaria eventualmente lesiva dei principi fondamentali della Carta costituzionale tedesca.<sup>33</sup>

Ai sensi del paragrafo 240, “the identity review makes it possible to examine whether due to the action of European institutions, the principles under Article 1 and Article 20 of the Basic Law, which are declared inviolable in Article 79.3, are violated”. Il “parametro di costituzionalità” alla luce del quale valutare l’operato delle Istituzioni comunitarie, è costituito, dunque, dal rispetto dei principi inviolabili presenti nell’articolo 1 LF, relativo alla protezione della dignità umana e nell’articolo 20 LF, relativo principalmente ai fondamenti dell’ordinamento statale (federale, democratico e sociale). Articoli entrambi dichiarati inviolabili dall’articolo 79 LF, il quale non fa che porre dei limiti espliciti alla revisione costituzionale sancendo che “Non è consentita alcuna modifica della presente Legge fondamentale che riguardi l’articolazione della Federazione in Länder, il principio della partecipazione dei Länder alla legislazione o i principi enunciati agli articoli 1 e 20”.

L’articolo 79 LF, infatti, è anche denominato “clausola dell’eternità” (*Ewigkeitsklausel*), in quanto sancisce l’assoluta inammissibilità di qualunque forma di revisione della Costituzione che leda la dignità umana o il principio democratico, e ovviamente rappresenta una misura volta a prevenire la degenerazione del sistema democratico in un sistema dittatoriale, ed in quanto tale ascrivibile alla volontà di non riprodurre una pagina drammatica della storia tedesca. Uno dei problemi dell’ “identity review” così come costruito dalla Corte, è quello di sottoporre anche il processo di integrazione alla “clausola di eternità”<sup>34</sup>. Questo utilizzo della *Ewigkeitsklausel* è stato giudicato “funzionalmente distorto”<sup>35</sup>, in quanto una clausola concepita per scongiurare derive dittatoriali dell’ordinamento costituzionale, viene utilizzata come “parametro di costituzionalità” dell’azione comunitaria. Traslare su scala comunitaria i limiti espliciti alla revisione costituzionale, creerebbe un accostamento, anche solo concettuale e presunto, tra ordinamento comunitario e regimi dittatoriali, fundamentalmente

<sup>33</sup> Evidenziano i punti di continuità con la precedente giurisprudenza della Corte, inaugurata con la sentenza *Solange I* del 1974 (BVerfGE 37, 271), sia J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2009, che L. VIOLINI, *Tra il vecchio e il nuovo. La sentenza Lissabon alla luce dei suoi più significativi precedenti: Solange, Maastricht, Bananen*, in [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu), la quale evidenzia tuttavia anche i punti di discontinuità.

<sup>34</sup> C. SCHONBERGER osserva che “the Lisbon case, then, is above all a lengthy explication of the constitutional limits to the European integration the Court purports to derive from the “eternity clause”, in *op.cit.*, p. 1203.

<sup>35</sup> S. CASSESE, *op. cit.*, p. 3. L’autore continua: “L’art. 79.3 prevede l’inammissibilità di modificazioni costituzionali che riguardino la divisione della federazione in “Länder”, la loro partecipazione al processo legislativo, i principi di democrazia, dignità, rispetto dell’ordine costituzionale, i diritti fondamentali. Si tratta di una norma adottata per evitare ogni ritorno alla dittatura, in funzione anti-nazista. Essa viene, invece, utilizzata per preservare la sovranità dello Stato tedesco e impedire – come vedremo – futuri ulteriori sviluppi dell’Unione europea, quell’istituzione che era stata posta in essere anch’essa proprio per impedire il ritorno a dittature e a guerre europee. Gli storici valuteranno questo grave errore di prospettiva”.

inopportuno.<sup>36</sup> Sia alla luce del fatto che il "potere pubblico" cui questi "limiti" vengono frapposti è costituito da un ordinamento, quello comunitario, che, per quanto soffra di un "deficit democratico", ha fatto della "pace" la sua teleologia costitutiva. Sia alla luce del fatto che in questo modo la Corte costituzionale rinuncia ad un'interpretazione "restrittiva" della "clausola dell'eternità" quando è normativa comunitaria, e non quella nazionale, ad essere sottoposta a scrutinio<sup>37</sup>.

Una delle conseguenze dell'applicabilità, anche al sistema comunitario, della *Ewigkeitsklausel*, è quella di porre l' "indisponibilità" del principio democratico (par. 216<sup>38</sup>) come argine non solo alla revisione costituzionale nazionale ma anche alla revisione dei trattati comunitari. Come recita l'articolo 177, dunque, "those entitled to vote can challenge constitutionally relevant shortcomings concerning the democratic legitimisation of the European Union under the same right as shortcomings of democracy on the national level, which is affected by European integration as regards the extent of its competences. The interrelation between Article 38.1 sentence 1 and Article 20.1 and 20.2 of the Basic Law, which originally was only significant on the national level, is gradually extended by the progressing European integration". Dunque, proprio perché è avvenuto un trasferimento di diritti sovrani a favore dell'Unione europea, lo stesso requisito di democraticità richiesto al potere pubblico nazionale deve poter essere ravvisabile nel potere pubblico comunitario. Del resto, è la stessa "clausola di integrazione" costituita dall'articolo 23.1 LF che, nel vincolare lo Stato tedesco alla partecipazione all'Unione europea, subordina la stessa partecipazione al carattere "democratico" dell'ente sovranazionale.<sup>39</sup> Tuttavia, siccome è la stessa Corte ad ammettere che l'articolo 23 non richiede assolutamente una "structural congruence", una

---

<sup>36</sup> C. SCHONBERGER, *op. cit.*, p. 1208: "the Court does not provide any argument for putting both situations on the same level. Questions of the distribution of legislative powers, of electoral equality or parliamentary government in the European Union are serious ones, to be sure, but they do not bear any comparison to the erection of a dictatorship or the violation of human dignity. The Court's new and superfluous claim that the right to vote should be considered an expression of human dignity (par. 211, 217) shows that the judges themselves at least feel the necessity to demonstrate that the problems of democratic legitimacy in the European Union are somehow as urgent and fundamental as the violation of elementary human rights. But the "eternity clause" provides a specific protection to the principle of democratic rule and it would be a needless duplication to claim that problems of electoral equality always also affect human dignity".

<sup>37</sup> C. SCHONBERGER, *op. cit.*, p. 1208. L'autore nota infatti che all'interno di un ordinamento statale è molto difficile che la Corte costituzionale reputi incostituzionale una legge di revisione costituzionale approvata con procedure aggravate. Il fatto che la Corte non abbia mai ritenuto "incostituzionale" un emendamento alla LF significa che essa ha dato in'interpretazione "restrittiva" della "clausola dell'eternità", attivabile in casi "eccezionali" di violazioni gravi del principio democratico e della dignità umana.

<sup>38</sup> Ai sensi del paragrafo 216: "The principle of democracy is not amenable to weighing with other legal interests; it is inviolable (see BVerfGE 89, 155 <182>)....The so called eternity guarantee takes the disposal of the identity of the free constitutional order even out of the hands of the constitution-amending legislature"

<sup>39</sup> Recita sempre il paragrafo 177, "the Federal Republic of Germany may, pursuant to Article 23.1 sentence 1 of the Basic Law, only participate in a European Union which is committed to democratic principles".

piena convergenza tra declinazione nazionale e declinazione sovranazionale del principio democratico, ma soltanto una "elaborazione democratica che sia commisurata allo status ed alle funzioni dell'Unione europea" (par. 266) non si comprende perché in diversi passaggi la Corte accusi l'Unione, pure concepita come mera "associazione di stati sovrani", di esser affetta da un deficit democratico potenzialmente lesivo di quel nucleo indefettibile di principi che connotano l'identità costituzionale tedesca.<sup>40</sup>

### C) *La riserva di configurazione nazionale dello spazio pubblico*

L'ultima riserva al Trattato di Lisbona che si evince a mio avviso dal paragrafo 226 riguarda la configurazione nazionale dello spazio pubblico. Il trasferimento di diritti sovrani all'Unione europea è consentito a condizione che gli Stati membri "do not lose their ability to politically and socially shape the living conditions on their own responsibility". Lo Stato diventa l'unica arena nella quale realizzare la dialettica maggioranza / opposizione, la formazione di un'opinione pubblica e la fruizione dei diritti di cittadinanza. La realizzazione dell'Unione non può esplicarsi un modo che non consenta agli Stati membri di "retain sufficient space for the political formation of the economic, cultural and social circumstances of life" (par. 249). Lo Stato deve "preservare spazio sufficiente" in particolar modo in quei settori nei quali la decisione politica non può affrancarsi da un processo di "auto-rappresentazione normativa" configurabile comunque all'interno di una comunità coesa. In questi settori, che riguardano il monopolio civile e militare dell'uso della forza, le politiche fiscali e di bilancio, la cooperazione in materia penale, la decisione politica "particularly depend on *previous understanding* as regards culture, history and language and which unfold in *discourses* in the space of a political public that is organised by party politics and Parliament" (par. 249, corsivo aggiunto). Se diversi commentatori hanno letto i paragrafi che la sentenza

---

<sup>40</sup> La posizione della Corte sul principio democratico meriterebbe una trattazione ben più esaustiva che non è consentito attuare in questa sede. Mi sia concesso rilevare che i passaggi della sentenza dedicati alla teoria della democrazia, più in generale, ed alla declinazione che il principio democratico deve assumere nell'ordinamento giuridico comunitario, sono tra i meno felici. E' possibile infatti rilevare stridente contraddizione tra alcuni paragrafi in cui l'Unione, proprio per il suo essere una semplice associazione di Stati sovrani, viene dispensata dal realizzare il principio democratico attraverso le stesse modalità riscontrabili negli Stati nazionali (par. 226, 227 e par. 271) ed altri nei quali, invece, l'insufficienza del "gradiente" democratico dell'Unione viene rilevata proprio utilizzando come termine di paragone il principio democratico così come consolidato all'interno degli Stati nazionali (par. 244, par. 289, par. 295). Nel paragrafo 289, ad esempio, la Corte stabilisce: "The deficit of European public authority that exists when measured against requirements on democracy in states cannot be compensated by other provisions of the Treaty of Lisbon and to that extent, it cannot be justified". Analoghe discrasie rilevano tra paragrafi nei quali la Corte asserisce che "the European Union is free to look for its own ways of democratic supplementation by means of additional, novel forms of transparent or participative political decision-making procedures" (par. 272) e paragrafi in cui le forme per così dire "alternative" di democrazia partecipativa non possono in alcun modo surrogare o compensare il deficit comunitario di democrazia rappresentativa, essendo quest'ultima l'unica in grado di garantire l'autodeterminazione democratica del popolo sovrano attraverso il voto libero, eguale e segreto (par. 295). Per una riflessione sul tema si segnala il lavoro di A. ANZON DEMMING, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) e *Giurisprudenza costituzionale*, 2009

dedica a questi settori come un tentativo di interpretare in maniera “restrittiva” le nuove competenze di cui l’Unione sarà dotata grazie al Trattato di Lisbona<sup>41</sup>, c’è qualcosa nel ragionamento della Corte che non è a mio avviso ascrivibile esclusivamente al conflitto di attribuzione tra competenze comunitarie e competenze degli Stati membri. In questi passaggi l’intento della Corte non è custodire gelosamente la sovranità dello Stato tedesco in determinati settori, ma sottolineare che, in questi stessi settori, il dispiegarsi di un’autentica sfera pubblica discorsiva non può prescindere da un comune trascorso storico- culturale –e valoriale (ciò a mio avviso è dimostrabile dall’intensità con la quale la Corte utilizza termini quali “previous under standing”, “cultural roots and values”, “language” - par. 249 e 251).

Per questo, credo che il BVG delinea una “riserva di declinazione nazionale dello spazio pubblico” che non può essere sussunta dalla “riserva di sovranità”. La Corte sembra denunciare quella che Paul Magonette ha definito la “compartimentazione” dello spazio pubblico, ossia la configurazione ancora frammentata ed ancorata agli Stati nazionali della sfera pubblica comunitaria, nell’asserire che nel processo di integrazione “the public perception of factual issues and of political leaders remains connected to a considerable extent to patterns of identification which are related to the nation-state, language, history and culture” (par. 251). Pertanto, la cautela con cui invita a trasferire competenze alla Comunità in settori “delicati”, deriva dalla consapevolezza che anche l’Unione europea potrebbe esser priva di ciò che, per dirla con Habermas, “manca alla comunità inclusoria dei cittadini cosmopolitici” ossia quell’ “auto comprensione etico-politica, propria dei cittadini di qualunque comunità democratica”.<sup>42</sup> Esigenze di *democrazia* sembrano dunque frapporsi a, ed intersecarsi con, esigenze di *sovranità*. E non a caso, in questi paragrafi l’attenzione non è sullo Stato sovrano in sé, ma sui Parlamenti nazionali, che in quanto espressione di un *demos*, comunità coesa dal punto di vista storico-valoriale, diventa il “luogo logico” del processo di autodeterminazione collettiva e “the focal point of an interweaved democratic system” (par. 277).

### 3. *L’incostituzionalità della legge che estende i poteri del Parlamento tedesco negli affari europei e le sue conseguenze*

Come ho già rilevato nell’introduzione, il dispositivo del BVG dichiara conformi al dettato costituzionale sia la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona, sia la legge che emenda la Costituzione apportando modifiche agli articoli 23, 45 e 93 della LF. La legge che estende i poteri dei due rami del Parlamento tedesco negli affari europei (*Gesetz über die Ausweitung und Stärkung der Rechte des Bundestages und des Bundesrates in Angelegenheiten der Europäischen Union*), solleva eccezioni di costituzionalità in quanto viola l’articolo 38.1 e 23.1 della Costituzione (par. 207). La finalizzazione del processo di

<sup>41</sup> Così, ad esempio, L.S. ROSSI, *Il processo di integrazione al capolinea? La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona*, pubblicato sul sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)

<sup>42</sup> J. HABERMAS, *La costellazione post-nazionale*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 95.

ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania è stata infatti subordinata alla modifica della suddetta legge in conformità alle indicazioni della Corte<sup>43</sup>.

La Corte ha fornito al *Bundestag* ed al *Bundesrat* l'opportunità di pronunciarsi nuovamente sulle modalità di partecipazione al processo di integrazione (par. 410), in quanto, precedentemente alla modifica, l'atto riguardante i poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* per quanto a attiene alle materie europee, non dotava il Parlamento tedesco di sufficienti "diritti di partecipazione" nel trasferimento di competenze sempre più ampie alle Istituzioni europee.<sup>44</sup> Violando in tal modo sia l'articolo 38, il quale, nello stabilire che "i deputati del "Bundestag" sono eletti a suffragio universale, diretto, libero, eguale e segreto", suggella un legame imprescindibile tra il popolo, titolare del *puvoir constituant*, e l'assemblea rappresentativa che ne è unica espressione, che l'articolo 23. Questo articolo, nel dare "copertura costituzionale" al fenomeno comunitario, ossia nel dichiarare esplicitamente che la "realizzazione dell'Europa unita" costituisce un finalità dell'ordinamento, stabilisce che la Federazione può trasferire diritti di sovranità esclusivamente mediante legge approvata dal *Bundesrat* e che sia per l'istituzione dell'Unione europea che per ciascuna modifiche delle norme dei trattati capace di incidere sulla Costituzione tedesca, modificandone o integrandone il contenuto, si applica il criterio della maggioranza aggravata contemplato dall'art. 79 Cost.<sup>45</sup>

Secondo la Corte, il ruolo del Parlamento verrebbe invece particolarmente offuscato in alcune procedure contemplate dal trattato di Lisbona che consentirebbero una sostanziale modifica del trattato stesso senza ricorrere alla procedura di revisione ordinaria, la quale, come abbiamo visto, garantisce invece un congruo coinvolgimento dell'assemblea rappresentativa del popolo tedesco. Ed è a questo che la nuova legge sul ruolo del Parlamento negli affari europei dovrà mettere fine. Come stabilisce la Corte nel paragrafo 411, "in this new legislative decision, *Bundestag* and *Bundesrat* must take into account that they must exercise they responsibility for integration in numerous cases of **dynamic development** of the Treaties". La Corte, dunque, invita il Parlamento, massima espressione di sovranità popolare, ad appropriarsi della cosiddetta "responsabilità di integrazione" (*Integrationsverantwortung*), della quale è titolare ai sensi dell'articolo 23 LF, anche nei casi in cui si assiste ad una sostanziale modifica dei Trattati istitutivi attraverso procedura di revisione non ordinaria. Sono questi i casi che consentirebbero, nelle parole della Corte, "uno sviluppo dinamico dei Trattati" (par. 411).

<sup>43</sup> La legge è stata infatti modificata nel settembre 2009, autorizzando in tal modo la ratifica tedesca del Trattato di Lisbona.

<sup>44</sup> Nello specifico, L'atto che estende i poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* per quanto a attiene alle materie europee regola l'esercizio dei poteri garantiti al Parlamento in merito al controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà e del diritto, esplicitamente previsto dal Trattato di Lisbona, di rigettare una revisione del trattato attraverso la procedura speciale prevista dalle cosiddette "clausole passerella" (art. 48.7 (3) TUE e art. 81.3(3) TFUE). (par. 407)

<sup>45</sup> Questo articolo, notoriamente, oltre a prevedere, per le modifiche costituzionali, la necessità dell'approvazione con due terzi dei voti in ambedue i rami del Parlamento, contempla anche dei limiti espliciti alla revisione costituzionale, ossia un vero e proprio nucleo indefettibile della Costituzione.

Così come la prima parte del dispositivo della sentenza, che sancisce la costituzionalità dell'atto che approva il trattato di Lisbona, è stata analizzata alla luce delle esternalità che essa comporta sul processo di integrazione, anche la seconda parte del dispositivo, che sancisce l'incostituzionalità della legge sui poteri del Parlamento negli affari europei, non è priva di conseguenze per il processo stesso. Dal ragionamento della Corte, scaturiscono almeno due potenziali conseguenze per il processo di integrazione che analizzerò di seguito. La prima riguarda un *lourdissement* di tutte quelle clausole (quali le clausole "passerella" o la "clausola di flessibilità") che consentono uno sviluppo per così dire "dinamico" del Trattato (paragrafo 3.1) e la seconda un riposizionamento del ruolo del Parlamento tedesco nei confronti dell'esecutivo per quanto riguarda la partecipazione al processo comunitario (paragrafo 3.2).

### 3.1 L'appesantimento delle clausole che consentono uno "sviluppo dinamico" del Trattato

Molti commentatori hanno accusato la sentenza del BVG di mettere un freno al processo di integrazione europea, accantonando potenziali risvolti "federali" del processo stesso. L'Unione europea, dunque, sarebbe "arrivata al capolinea".<sup>46</sup> A mio avviso, la sentenza non è criticabile nel suo tentativo di affrancare l'Unione europea da una vocazione "para-federale", vocazione a mio avviso già sopita a livello politico nel momento in cui nel passaggio dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona, gli Stati membri hanno scelto di rinunciare non solo al termine "costituzione", ma in qualche modo a tutta l'iconografia della statualità. Quello che vale la pena sottolineare, invece, è che nel momento in cui la Corte motiva l'incostituzionalità della legge che estende i poteri del Parlamento negli affari europei, lo fa mettendo sotto accusa proprio tutte quelle clausole del Trattato di Lisbona che consentirebbero uno sviluppo autonomo, o "dinamico", per usare le parole della Corte, del Trattato. Se c'è dunque un esito negativo che scaturisce dal ragionamento della Corte quello non è l'impossibilità di una finalizzazione in senso federale dell'Unione ma un *lourdissement* di quelle clausole che a lungo hanno consentito una certa dinamicità del processo comunitario, la cui "genialità" consta appunto nel sapersi modificare per incrementi gradualmente e successivi, attraverso un "processo costituente permanente".<sup>47</sup>

La Corte, infatti, espunge una per una tutte le clausole per così dire "dinamiche" del Trattato, chiedendo che anche nell'attivazione delle suddette clausole vi sia un coinvolgimento del Parlamento tedesco equiparabile a quello previsto nella procedura di revisione ordinaria del Trattato. Le clausole prese in esame dalla Corte sono:

- a) La clausola di revisione semplificata prevista dall'art. 48.6 TUE, che a differenza della procedura di revisione ordinaria (artt. 48.2 a 48.5 TUE), non è soggetta ai classici requisiti richiesti per la ratifica dei trattati internazionali. Essa infatti

<sup>46</sup> L'espressione è stata usata sia da L.S. ROSSI, *op. cit.*, che da G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente "Lissabon Urteil"*, in [www.iai.it](http://www.iai.it), il quale però ha invece una lettura meno pessimistica della sentenza del BVG per quanto attiene al futuro del processo di integrazione europea.

<sup>47</sup> L'espressione è attribuibile a B. DE GIOVANNI, *op. cit.*

consente che i progetti intesi a modificare i trattati possano essere trasmessi direttamente al Consiglio europeo laddove la procedura ordinaria, invece, prevede che i progetti vengano sottoposti prima al Consiglio, il quale li trasmette a sua volta al Consiglio europeo e li notifica ai parlamenti nazionali (48.2). La procedura semplificata prevede la possibilità che modifiche ai Trattati istitutivi possano scaturire semplicemente da una decisione unanime del Consiglio europeo, senza esser precedute da una Convenzione, prima, (che vede la partecipazione anche di esponenti del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali degli Stati membri) e di una Conferenza intergovernativa, poi.<sup>48</sup> La Corte chiede che anche nei casi di revisione semplificata vi sia una apposita autorizzazione legislativa così come prevista dall'articolo 23.1 frase 2 (e se necessario frase 3, attraverso cioè una maggioranza aggravata) (par. 412)

- b) La clausola di revisione semplificata prevista dall'articolo 48.7 TUE, chiamata anche "clausola passerella" generale, e le "clausole passerella" speciali<sup>49</sup>, che consentono al Consiglio europeo di decidere che, in settori in cui il trattato prevede una decisione all'unanimità in sede di Consiglio, si possa procedere attraverso una decisione a maggioranza qualificata, e che in settori in cui il trattato prevede che una decisione sia adottata attraverso una procedura legislativa speciale, si possa decidere attraverso una procedura legislativa ordinaria. Anche qui la Corte dispone che, sebbene l'attivazione delle "passerelle" richieda il voto unanime in seno al Consiglio europeo, e quindi non possa avvenire senza il *placet* del governo tedesco, la possibilità di veto di cui gode l'esecutivo non necessariamente implica la partecipazione alla decisione del Parlamento tedesco, unico organo titolare della sovranità popolare. Anche per l'attivazione delle "passerelle", quindi, è necessaria una legge di autorizzazione del Parlamento ai sensi dell'articolo 23.1 della legge fondamentale. Come afferma la Corte, "silence on the part of the Bundestag and the Bundesrat is therefore not sufficient for exercising this responsibility" (par. 413). Né il *silenzio* dei Parlamenti nazionali nei confronti dell'operato del proprio esecutivo è da considerarsi equivalente ad un *assenso*, né la facoltà data a ciascun Parlamento di porre il proprio veto all'applicazione di una clausola passerella<sup>50</sup> è considerata una congrua tutela per l'espletamento della "responsabilità di integrazione" gravante sugli organi legislativi ai sensi dell'articolo 23 LF (par. 414).
- c) Un'altra disposizione che consente uno sviluppo "dinamico" del trattato su cui si pronuncia la Corte, è la cosiddetta "clausola di flessibilità", prevista dall'articolo 352 TFUE (che rappresenta l'equivalente funzionale dell'attuale articolo 308

<sup>48</sup> La procedura di revisione semplificata è attuabile tuttavia soltanto per le disposizioni contenute nella parte terza del TFUE, relativa a politiche e azioni interne dell'Unione.

<sup>49</sup> 31.3 TUE, 153.2 TFUE (diritti sociali), 192.2 TFUE (politiche ambientali), 312.2 TFUE (quadro finanziario pluriennale), 333.1 e 333.2 TFUE (cooperazione rafforzata).

<sup>50</sup> Facoltà a dire il vero prevista soltanto per la "clausola passerella" generale contemplata dall'articolo 48.7 TUE e per la "clausola passerella" speciale contemplata nell'articolo 81.3 TFUE e relativa al diritto di famiglia.

TCE). Secondo quest'articolo, "se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate". Anche l'attivazione della clausola di flessibilità deve essere accompagnata da una legge di autorizzazione parlamentare ai sensi dell'articolo 23.1. La Corte mette in discussione il fatto che, mentre attualmente il ricorso alla "clausola di flessibilità" è possibile soltanto se l'azione è funzionale alla realizzazione degli obiettivi del mercato interno, con il Trattato di Lisbona tale ricorso sarebbe possibile in tutti i settori coperti dal Trattato comunitario. "In the Court's view, this new generality leaves the scope of the flexibility clause ill defined and, thus, tantamount to an invitation to substantive, fundamental treaty changes".<sup>51</sup>

La mia conclusione è che esigenze di *democrazia* vengano salvaguardate a discapito di esigenze di *governabilità*.<sup>52</sup> Nonostante le richieste della Corte comporteranno un ruolo più attivo del Parlamento nazionale nella gestione della partecipazione al fenomeno comunitario<sup>53</sup>, la richiesta di una previa autorizzazione parlamentare in tutti i casi esaminati potrebbe appesantire l'autonomia "regolamentare" dell'Unione e la capacità di disporre delle proprie regole fondamentali in modo autonomo. Dunque, se nel primo paragrafo abbiamo visto come la sentenza incide sul modo di concepire l'Unione europea e per certi versi, considerando l'Unione una mera "associazione di stati sovrani", crea un'ipoteca che grava sulla "specialità" del processo comunitario, è possibile asserire che quello che la Corte richiede in merito alle clausole che consentono uno sviluppo dinamico del Trattato crea un'ipoteca che grava sulla "flessibilità" del processo stesso, sulla sua "dinamicità" e sulla sua capacità di modificarsi per incrementi.

### 3.2 *La Integrationsverantwortung a carico del Parlamento nazionale: un argine alla "perversione della democrazia"?*

La richiesta della Corte è che anche per le procedure di revisione semplificata, per le clausole "passerella" e per la "clausola di flessibilità", vi sia un tipo di coinvolgimento del Parlamento equiparabile a quello previsto nelle procedure di revisione ordinaria. E' per questo che a mio avviso la seconda delle conseguenze che scaturiscono dal ragionamento

<sup>51</sup> D. HALBERSTAM AND C. MULLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"*, *Special Section of the German Law Journal*, vol. 10, n. 8, 2009, p. 1245, (par. 327)

<sup>52</sup> Per un approfondimento sul rapporto tra democrazia e governabilità nel *decision-making* comunitario, proprio alla luce delle clausole "dinamiche" sovra-analizzate, già previste dal defunto Trattato costituzionale, mi sia concesso rinviare a B. GUASTAFERRO, *La nuova Costituzione europea: quale equilibrio tra democrazia e governabilità?*, in F. DI SARCINA, L. GRAZI, L. SCICHLONE (a cura di), *Europa in progress. Idee, istituzioni e politiche nel processo di integrazione europea*, Milano, Franco Angeli, 2006.

<sup>53</sup> E' interessante tuttavia riportare le osservazioni di A. MANZELLA, *80 giorni dopo*, in [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu) secondo il quale, "richiedere che le procedure di sindacato parlamentare siano ricondotte con tale frequenza alla forma della legge, ha l'effetto finale di sostituire un potere di controllo parlamentare con un potere di controllo giurisdizionale dei giudici di Karlsruhe", p. 2.

della Corte riguarda una sorta di "riequilibrio" tra Parlamento nazionale e Governo nella gestione degli affari comunitari. Al paragrafo 243, la Corte infatti stabilisce che "to respect the responsibility for integration and to protect the constitutional structure, this constitutional requirement of the specific enactment of a statute is to be interpreted in such a way that it covers any amendment of the texts that form the basis of European primary law". Dunque, qualunque siano le modalità formali attraverso le quali si esplica una modifica sostanziale dei Trattati, quella che viene definita *Integrationsverantwortung*, ossia la responsabilità politica del processo di integrazione, non può che gravare sugli organi titolari della sovranità popolare. Il consenso del Parlamento tedesco, dunque, non può essere *presunto* ma va costantemente *assunto* attraverso una legge sovrana che esplicitamente autorizzi il proprio Governo ad agire su scala sovranazionale.

Per questa ragione, diversi commentatori hanno letto la sentenza alla luce degli equilibri istituzionali tra Parlamento e Governo, equilibri dunque interni all'ordinamento costituzionale tedesco<sup>54</sup>. Secondo Tosato, "il dispositivo non incide dunque sul diritto dell'Unione. Le novità del Trattato di Lisbona non sono censurate. La Corte non si oppone all'ampliamento delle competenze, all'introduzione di procedure di revisione semplificate, all'espansione delle votazioni a maggioranza nel Consiglio, agli sviluppi istituzionali previsti nel Trattato. Le sue critiche si indirizzano al processo decisionale interno, ai rapporti in Germania fra Parlamento e Governo nella conduzione degli affari europei".<sup>55</sup> Emblematica in tal senso l'asserzione della Corte, secondo cui: "to the extent that the Member States elaborate the law laid down in the Treaties in such a way that an amendment of the law laid down in the Treaties can be brought about without a ratification procedure solely or to a decisive extent by the institutions of the Union, albeit under the requirement of unanimity, a special responsibility is incumbent on the legislative bodies, apart from the Federal Government, as regards participation; in Germany participation must, on the national level, comply with the requirements under Article 23.1 of the Basic Law" (par. 409, corsivo aggiunto).

Secondo la Corte, la logica compromissorio-consensuale tra gli esecutivi non basta più al formarsi di una chiara volontà di partecipazione degli Stati nazionali al processo comunitario. "Albeit under the requirement of unanimity", e quindi "nonostante" vi sia la garanzia che attraverso il voto unanime la volontà di ogni singolo esecutivo possa essere resa esplicita e manifesta, la *Integrationsverantwortung*, la "responsabilità di integrazione" deve gravare esclusivamente sul Parlamento, organo titolare della sovranità popolare. Ed il progetto di integrazione deve essere "sufficientemente preciso" (par. 236) da evitare che i Parlamenti nazionali forniscano all'Unione europea "a blanket empowerment for the exercise of public authority" (par. 236). Il problema delle "clausole passerella" e delle altre disposizioni in questione, dunque, sarebbe quello di lasciare all'Unione europea, nel momento della ratifica del Trattato di Lisbona, la possibilità di emendare in modo sostanziale il Trattato senza l'autorizzazione esplicita

<sup>54</sup> G.L. TOSATO, *op. cit.*

<sup>55</sup> G.L. TOSATO, *op. cit.*, p.2.

delle assemblee legislative. Autorizzazione che resta l'unica "suitable national safeguards" per un "esercizio effettivo" (par. 239) della "responsabilità di integrazione".

Non è escluso che la posizione della Corte possa avere "effetti collaterali" positivi sugli equilibri, tutti interni all'ordinamento costituzionale tedesco, tra Parlamento e Governo. Equilibri all'interno dei quali l'Unione è solita "mettere il dito"<sup>56</sup>. In quest'ottica, dunque, la previa autorizzazione legislativa richiesta dalla Corte potrebbe smussare la "perversione della democrazia"<sup>57</sup> che l'Unione genera all'interno degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, favorendo uno sbilanciamento, a favore degli esecutivi e a discapito delle assemblee legislative, nel delicato momento della produzione normativa e consentendo agli esecutivi nazionali che si confrontano nel *decision making* comunitario di prendere decisioni poco trasparenti, sfuggendo così al controllo degli elettorati nazionali. Dotare i Parlamenti nazionali non solo di un "diritto di resistenza" ma della logica costruttiva e "costituente" che è loro propria, in quanto titolari della sovranità popolare, potrebbe porre un argine all'esautoramento dei parlamenti nazionali che ha indotto alcuni autori a parlare di "deparlamentarizzazione dell'Europa occidentale".<sup>58</sup> Questa "infusione" di democrazia nel processo ha indotto alcuni commentatori a sostenere che il messaggio che può "verosimilmente trarsi" dalla sentenza non è quello di porre un freno all'integrazione comunitaria *tout court*, ma ad "un certo modo di realizzarla", non essendo più sufficiente "l'Europa *au visage masqué*", degli esecutivi, del metodo diplomatico, della concertazione, dei tecnici e delle élites"<sup>59</sup>

Se la sentenza rinvigorisce il ruolo del Parlamento nazionale, smussando per certi versi le "diffidenze" costituzionali e lo squilibrio tra esecutivo e legislativo nella partecipazione al fenomeno comunitario, un'analisi della posizione della Corte che si esaurisca all'interno di logiche di diritto interno non coglie a fondo le ritorsioni sulla *governabilità* del processo comunitario che scaturiscono dalla posizione stessa, che, come osservato in precedenza, rende meno agevole l'attivazione proprio di quelle procedure che consentono uno "sviluppo dinamico" del Trattato.

#### 4. Conclusioni: Il Trattato di Lisbona tra il "custode" della sovranità popolare e il "custode" della Costituzione

<sup>56</sup> La metafora è attribuibile a A. PIERUCCI E G. VILELLA, *Il futuro dell'Europa*, Bologna, Pendragon, 2008, p. 26.

<sup>57</sup> La nozione di "perversion of democracy" è enucleata in J. WEILER, U. HALTERN, F. MAYER, *European Democracy and Its Critique*, in J. HAYWARD (eds.), *The Crisis of Representation in Europe*, Frank Cass, 1995.

<sup>58</sup> G. RESS, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, Napoli, Guida, 1999, p. 64. Sul rafforzamento del ruolo dei Parlamenti nazionali, previsto dalle recenti revisioni dei Trattati, e da ultimo dal Trattato di Lisbona, si veda L. GIANNITI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in A. LUCARELLI E A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Dal Trattato costituzionale cit.*

<sup>59</sup> G.L. TOSATO, *op. cit.*, p. 10. Considerazioni "in difesa" della sentenza della Corte sono ravvisabili anche in M. LUCIANI, *Il BVG e le prospettive dell'integrazione europea*, pubblicato sul sito [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu)

Molte sono le conclusioni che possono trarsi dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona. Il BVG è stato considerato "an institution that is too weak to shape European integration but strong enough to be an encumbrance"<sup>60</sup>. Infatti, la sentenza, per quanto non abbia costituito un ostacolo al processo di ratifica, non è priva di ripercussioni sul modo di concepire sia la "natura" che la "dinamica" del processo di integrazione europeo.

In primo luogo, come già segnalato nell'introduzione, la sentenza pone almeno due ipoteche al processo di integrazione. Una intacca la "specialità" dell'ordinamento giuridico comunitario, che da *object politique non identifié*, per usare la celebre espressione di Jacques Delors, diventa, nel racconto della Corte, un ordinamento suscettibile di esser "tipizzato" in quanto riconducibile ad una mera "associazione di Stati sovrani". L'altra intacca la "flessibilità" del processo di integrazione, ossia la capacità dell'Unione di riuscire a "modificarsi per incrementi", in maniera graduale, anche grazie all'ausilio di alcune disposizioni, quali l'articolo 308 TCE, che hanno permesso di accrescere le competenze comunitarie, pur in assenza di esplicite basi giuridiche contenute nel Trattato.

In secondo luogo, con questa pronuncia, la Corte costituzionale tedesca, in qualità di "guardiano" della Costituzione, si riserva di controllare che il "potere pubblico comunitario" non agisca in violazione del principio delle competenze attribuite e non leda i principi costitutivi dell'identità costituzionale tedesca. Il BVG, dunque, pur nel dare via libera alla ratifica del Trattato di Lisbona rigettando l'eccezione di costituzionalità, pone in realtà dei limiti, delle "riserve" al processo di integrazione. Riserve che riguardano da un lato l'intangibilità del nucleo indisponibile che caratterizza l'identità costituzionale tedesca, dall'altro l'integrità della sovranità statale.

In terzo luogo, la Corte, nell'enucleare quella che ho definito la "riserva di configurazione nazionale dello spazio pubblico", delinea il Parlamento nazionale quale unico "luogo logico" possibile, dove esplicitare l'autodeterminazione collettiva della comunità politica. E, nel richiedere una previa autorizzazione legislativa ex art. 23 LF per tutte quelle clausole che consentono uno "sviluppo dinamico" del Trattato, fa del Parlamento nazionale l'unico titolare della "responsabilità di integrazione", e l'unico punto di imputazione soggettiva dal quale può promanare una qualche forma di legittimazione democratica del percorso comunitario.

A mio avviso, dunque, l'enfasi che la Corte pone sul principio delle competenze attribuite, che sembra diventare la chiave di volta dell'intero sistema comunitario, non è finalizzata a tutelare soltanto esigenze di *sovranità*, facendo dell'Unione europea il mero prodotto "derivato" di un costante processo di "auto-limitazione" degli Stati membri, ma anche, e soprattutto, esigenze di *democrazia*, lasciando che questa si espliciti all'interno di una comunità politica, se non marcata dal "contrassegno ascrittivo dell'origine"<sup>61</sup>, quanto meno sufficientemente coesa da assecondare il consolidarsi di una sfera pubblica

<sup>60</sup> C. SCHONBERGER, *op. cit.*, p. 1216.

<sup>61</sup> L'espressione è attribuibile a J. HABERMAS, *Cittadinanza e identità nazionale*, in *MicroMega*, 1998, pp. 123-126.

discorsiva. Già la sentenza della Corte costituzionale tedesca pronunciata in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht, del resto, è stata considerata "l'espressione più nota...di quella scuola di pensiero secondo la quale ogni tentativo di rafforzare la dimensione democratica dell'Unione europea, o è illusorio, o mina con ogni probabilità le radici della democrazia nel punto in cui sono più profonde e più salde, lo Stato nazionale".<sup>62</sup>

In conclusione, sancendo la necessità di una previa autorizzazione legislativa dell'attività comunitaria, da un lato, e la facoltà di una sorta di "controllo di costituzionalità" sulla normativa comunitaria, dall'altro, la Corte, attraverso questa pronuncia, pone in qualche modo lo Stato, atto originario e costitutivo del processo di integrazione europea, a monte e a valle del processo stesso. Se il diritto alla prima parola spetta al Parlamento nazionale, che deve sempre autorizzare il proprio esecutivo ad agire nell'arena sovranazionale, il diritto all'ultima spetta alla Corte costituzionale, che si riserva di "non applicare" all'interno del territorio nazionale la normativa comunitaria che sia in contrasto o con il principio di attribuzione delle competenze o con il nucleo indefettibile dell'identità costituzionale tedesca (par. 241), con non poche conseguenze per il principio di uniforme applicazione del diritto comunitario.<sup>63</sup>

In qualunque modo lo si voglia interpretare, l'esito di questa pronuncia è non solo quello di approvare "con riserva" il Trattato di Lisbona, ma anche quello di lasciare che siano da un lato il "custode" della sovranità popolare, ossia il Parlamento nazionale, dall'altro il "custode" della Costituzione, ossia la Corte costituzionale, ad assecondarne od imbrigliarne lo sviluppo.

---

<sup>62</sup> F. MANCINI, *Europe: The Case for Statehood*, in *European Law Journal*, Vol. 4, n.1, 1998, p. 33.

<sup>63</sup> Secondo J. Ziller, tuttavia, non è "né esplicitamente, né implicitamente detto" nella sentenza, che, "quando il BVerfG dice che solo esso può esercitare il sindacato, esso esclude un sindacato da parte della Corte di giustizia", in J. ZILLER, *Solange III*, cit., p. 993. Più critici sul punto invece M. MADURO E G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 3/2009, secondo i quali questa pronuncia della Corte sostituirebbe al "pluralismo costituzionale difensivo" un "pluralismo costituzionale aggressivo" in merito al dialogo tra Corte di Lussemburgo e Corti costituzionali nazionali.