

## **Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon- Urteil**

di ENZO CANNIZZARO e M. EUGENIA BARTOLONI

---

**SOMMARIO:** I. Le dottrine dell'ordinamento e i limiti della scienza giuridica. — II. La sentenza della Corte costituzionale tedesca fra catastrofismo e continuismo. — III. I nodi cruciali della sentenza nei commenti dottrinali: il principio di attribuzione ed i processi di espansione delle competenze dell'Unione. — IV. (*Segue*) Il principio democratico dell'Unione nei suoi rapporti con i processi politici nazionali. — V. (*Segue*) Il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri. — VI. Considerazioni conclusive ma inconcludenti.

---

I. Con molta fatica, e attraverso un'evoluzione concettuale secolare, la scienza giuridica del nostro tempo è pervenuta a formulare una dottrina dell'ordinamento. Oggi, invero, sappiamo molto di come funziona un ordinamento, ma non arriviamo ancora a comprenderne pienamente la natura e il suo fondamento sociale, posto che ve ne sia. È verosimile quindi che, su questo punto, la scienza giuridica abbia ancora un lungo tragitto da percorrere.

Forse a ragione di ciò, vi sono ancora varie questioni che la moderna teoria dell'ordinamento non riesce a spiegare compiutamente. Fra queste, vi è certamente il problema dei rapporti fra i diversi ordinamenti giuridici esistenti. La teoria dell'ordinamento è infatti logicamente limitata dalle sue stesse premesse: che cioè ciascun ordinamento originario determina autonomamente la propria giuridicità. Ne consegue che è possibile conoscere giuridicamente solo un ordinamento. In altri termini, la scienza giuridica moderna è necessariamente monista. Un osservatore posto all'interno di un ordinamento giuridico è bensì in grado di percepire, sensorialmente, l'esistenza di altri ordinamenti, ma non può conoscerli utilizzando l'analisi giuridica. Vi è quindi una tensione fra il dato empirico dell'esistenza di più ordinamenti giuridici e il dato giuridico, che ammette l'esistenza solo di un ordinamento. Si tratta di una tensione logica, diremmo quasi cosmologica, fra l'universalità dell'esperienza giuridica e la particolarità dei singoli ordinamenti.

Se, da un lato, l'esperienza giuridica è universale e permea ogni comunità umana, la sua essenza, e cioè la giuridicità, è data solo in un ordinamento determinato.

II. Questa osservazione, ancorché banale e teoricamente assai approssimativa, può forse aiutare a spiegare la dilatazione *ad infinitum* della disputa sulla natura giuridica del processo di integrazione europea e sui rapporti fra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento istituito dai trattati dell'Unione.

Questa disputa sembra trarre ora nuova linfa dalle circa cinquantamila parole impiegate dalla Corte costituzionale tedesca per valutare la legittimità costituzionale della legge di adesione, e delle altre norme di adattamento, al Trattato di Lisbona. Questo corpo verbale, già abbastanza impressionante, ha poi generato, per induzione, una serie di commenti dottrinali il cui numero esatto sfugge probabilmente anche ad un'analisi di tipo probabilistico.

Possiamo considerare i commenti alla sentenza come una sorta di analisi di secondo livello, dato che essi non si occupano direttamente della questione della natura dell'ordinamento dell'Unione, ma fanno ciò indirettamente, attraverso una discussione delle soluzioni adattate dalla Corte costituzionale tedesca. Un commento ai commenti della decisione della Corte costituirebbe, allora, una analisi di terzo livello, e così via.

Come è ovvio, più aumentano i livelli di analisi, più ci si allontana dal problema sottoposto ad analisi e più aumenta, di conseguenza, il senso di smarrimento epistemologico del lettore. Pur consapevoli di ciò, e non senza un atteggiamento di temerarietà, noi intendiamo intraprendere proprio l'analisi di terzo livello, e sviluppare, nei paragrafi seguenti, una serie di considerazioni critiche sul modo con il quale la dottrina ha analizzato la sentenza della Corte costituzionale tedesca.

In una prospettiva metodologica, tale analisi non ci sembra infatti del tutto inutile. Rispetto al problema della natura giuridica dell'ordinamento dell'Unione, infatti, la sentenza della Corte costituzionale tedesca non ci offre il punto di vista di un osservatore neutrale. Essa invece esprime la prospettiva di un osservatore posto all'interno di un sistema giuridico — quello della Repubblica di Germania — che definisce il quadro concettuale dell'analisi della Corte, e paga lo stipendio ai suoi membri. L'analisi dei commenti dottrinali alla imponente e suggestiva costruzione giuridica, che ha ispirato la sentenza, appare quindi preziosa proprio da un punto di vista epistemologico, in quanto consente di venire in contatto con il

secondo livello di analisi, quello intellettuale, al quale non spetta giustificare delle soluzioni alla luce di un quadro giuridico dato, quanto invece di individuare i fondamenti della nuova scienza giuridica, capace di spiegare quel che appare altrimenti inspiegabile nelle categorie di quella esistente.

Con una certa dose di buona volontà, i commenti alla sentenza della Corte costituzionale tedesca possono essere ricondotti a due opzioni di fondo.

Una prima sembra ritenere che il processo dell'integrazione europea proceda sulla base di fughe in avanti e di ritirate precipitose: una sorta di teoria delle catastrofi, insomma, applicata alla scienza giuridica<sup>1</sup>. La indicheremo come prospettiva "catastrofista".

Ad essa si contrappone la tendenza a ritenere che il processo di integrazione proceda sulla base di una linea di evoluzione continua, che indicheremo come prospettiva "continuista".

Secondo la prima opzione, la decisione della Corte costituzionale tedesca, e in particolare le parti della motivazione che riaffermano la natura derivata di tale ordinamento da quelli degli Stati membri, rappresentano un fatto catastrofico, sia in senso giuridico che alla luce del buon senso comune<sup>2</sup>. Essa sarebbe una catastrofe

<sup>1</sup> La teoria delle catastrofi, se volete, ritorna alla vecchia idea eraclitea che il conflitto è il padre di tutte le cose. Qualsiasi forma deve la sua origine ad un conflitto (R. THOM, *Teoria delle catastrofi*, Parigi, Istituto di Matematica, Studio, Venerdì 16 dicembre 1988, in [www.emsf.rai.it/aforismi/eforismi/asp/d](http://www.emsf.rai.it/aforismi/eforismi/asp/d)).

<sup>2</sup> La sentenza, inoltre, non solo non rappresenterebbe uno sviluppo coerente con la precedente giurisprudenza della Corte (v., sul punto 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*, Relazione al Seminario di Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea" - Roma, 21 settembre 2009, in <http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost>, p. 1. L'A. sostiene: "Per quanto poi riguarda la continuità della sentenza in esame con i precedenti della stessa Corte, è vero che le principali nozioni ora dedotte — come l'identità costituzionale tedesca, il rilievo del principio democratico, la competenza fondamentale sui Trattati (Kompetenz-Kompetenz) — erano già state utilizzate in precedenza; ma è proprio di questo giudizio l'esame analitico dei caratteri dell'Unione europea, il giudizio negativo sulle sue falle rispetto ad alcuni requisiti costituzionali essenziali, la compiuta affermazione sul carattere "derivato" del sistema europeo" (pp. 3-4). Dello stesso tenore le considerazioni di D. THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, in *Common Market Law Rev.*, 2009, p. 1795 ss. L'A. pur potendo ascrivere alla categoria dei "continuisti", rileva infatti che mentre nella sentenza Maastricht Urteil la Corte aveva parlato di "constitutional restraints", ora parlerebbe di veri e propri "constitutional limits" per il processo d'integrazione), ma attraverso la "lettura devitalizzante" che propone si distaccherebbe nettamente anche dall'approccio delle altre Corti europee che pur hanno inteso porre dei limiti alla supremazia del diritto europeo (secondo M.P. CHITI, *ibidem*, p. 2, "(P)er il BVG la Costituzione tedesca non pone tanto particolari barriere al diritto europeo, "controlimiti" appunto; quanto, con la sua particolare identità, conforma la "costituzione europea". È la Costituzione nazionale che dunque condiziona la costituzione europea e non viceversa. Si è così del tutto distanti dalla teoria dei controlimiti". Per considerazioni di analogo tenore v., anche, L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO,

in quanto la coerente applicazione dei vincoli posti al processo di integrazione dalla Corte costituzionale tedesca impedirebbe il normale funzionamento dell'ordinamento dell'Unione<sup>3</sup>. Per coloro che accolgono l'idea dell'esistenza attuale di un ordinamento autonomo dell'Unione, la sentenza della Corte costituzionale tedesca costituisce un vero e proprio colpo di Stato<sup>4</sup>.

Concettualmente diversa appare invece la prospettiva continuista. Il "continuismo giuridico" parte infatti dalla premessa implicita che il processo di integrazione non costituisca un fatto rivoluzionario, quanto piuttosto un processo lento e graduale di affermazione, che procede in maniera magari non lineare ma, nel suo complesso costante. A propria volta, l'affermazione dell'ordinamento dell'Unione come ordinamento autonomo costituisce il risultato di un processo progressivo di affrancamento dagli ordinamenti degli Stati membri. Di conseguenza, della sentenza della Corte costituzionale andrebbe valorizzata non tanto la motivazione quanto piuttosto il dispositivo, il quale indubbiamente accerta la conformità del Trat-

---

*Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in questa Rivista, 2009, p. 511 ss.

<sup>3</sup> Per i "catastrofisti", sicuramente più numerosi, la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* è da considerare "come un passo indietro nel processo di integrazione europea (...) tanto da far sorgere l'interrogativo se tale pronuncia costituisca una sostanziale bocciatura del Trattato". La sentenza avrebbe messo in discussione il quadro complessivo dei rapporti giuridici tra l'ordinamento tedesco e l'ordinamento europeo, imponendo "stretti e apparentemente immutabili limiti al processo di integrazione europea" (L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, cit., p. 503 e 506). Essa, infatti, "ha inferto un colpo durissimo alla stessa Unione europea; con effetti che vanno ben al di là del sistema tedesco" (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*, cit., p. 1).

<sup>4</sup> V., tra gli altri, C. SCHÖNBERGER, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, in *German Law Journal*, p. 1201, in part. 1216. Secondo l'A. "(W)ith this judgment the Federal Constitutional Court seems to quit any serious debate on the future development of European integration. The decision lacks any prospective dimension. The Court withdraws into a purely defensive position and gives up any ambition to positively shape the European Union. This is sad". Ad avviso di L.S. ROSSI (*I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, p. 1016) la visione pessimistica della Corte avrebbe per conseguenza "un esplicito rifiuto di una futura evoluzione in senso costituente del processo di integrazione europea o, quantomeno, di una partecipazione ad essa della Germania". Secondo C. PINELLI, (*Perché Karlsruhe non convince sul Trattato di Lisbona*, Relazione al Seminario di Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea" - Roma, 21 settembre 2009, in <http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/>) "(U)n futuro che, nonostante l'ormai quasi completato processo di ratifica del Trattato di Lisbona, rimane fortemente ipotecato dall'incertezza circa le possibilità e i tempi di stabilizzazione di una forma di convivenza europea" (p. 4). Nell'opinione di S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009) "(L)e prospettive che ora si aprono per l'Unione non sono rosee. La motivazione esposta condiziona sia l'atteggiamento tedesco, sia la cultura europea, riaprendo diffidenze ed ostilità verso il progresso dell'integrazione" (p. 1007).

tato di Lisbona rispetto alla Legge fondamentale e consente la sua ratifica da parte dello Stato tedesco. I continuisti, insomma, sembrerebbero uniti, al di là delle varie differenze, dalla comune considerazione che l'erosione delle competenze statali ad opera del fenomeno dell'integrazione varrebbe a svuotare progressivamente di significato il problema del passaggio di sovranità da parte degli Stati membri a favore dell'Unione e, quindi, a depotenziare il significato giuridicamente rivoluzionario dell'atto di costituzione di un ordinamento dell'Unione completamente autonomo<sup>5</sup>.

Ideologicamente le due opzioni culturali sono assai diverse. L'opzione catastrofista sembra privilegiare una prospettiva di analisi interna all'ordinamento dell'Unione, concepito già come autonomo e autoreferenziale. I continuisti sembrano prevalentemente collocare la propria analisi nel quadro concettuale degli ordinamenti nazionali<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> In una prospettiva continuista sembra porsi l'analisi del Presidente della Corte di giustizia, V. SKOURIS, *Les rapports entre la Cour de justice européenne et les juridictions constitutionnelles nationales*, in questa Rivista, 2009, p. 775 ss. Dopo aver sottoposto a critica serrata le conclusioni della sentenza, in particolare in relazione alla pretesa della Corte costituzionale tedesca di esercitare un controllo giurisdizionale sul carattere *ultra vires* degli atti dell'Unione e sul rispetto del principio dell'identità nazionale, SKOURIS aggiunge, in chiave conclusiva, (*Des considérations que je viens de développer n'entendaient nullement donner l'impression que nous serions face à une situation dramatique aux conséquences imprévisibles pour l'intégration européenne. En effet, une grande partie de ce qui est, sembler-il, considéré comme indésirable ou sujet à caution est déjà réalisable sur la base des traités existants, si la volonté politique d'approfondir l'intégration est présente*). L'idea che le indubie novità della sentenza non comporterebbero alcuna rivoluzione copernicana nella concezione dei rapporti tra Stati nazionali ed ordinamento dell'Unione, né sarebbero idonee a compromettere il futuro processo d'integrazione è stata sostenuta, in particolare, da G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente "Lissabon Urteil"*. Relazione al Seminario di Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea" - Roma, 21 settembre 2009, in <http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/La-sentenz/Tosato-sentenza-Corte-Tedesca.pdf>; 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. comunitario*, 2009, p. 973 ss.; cfr. inoltre F. SCHORKOPF, *The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in *German Law Journal*, vol. 10, n. 8, pp. 1219-40; M. LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*. Relazione al Seminario di Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea" — Roma, 21 settembre 2009, in [www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/](http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost/). Piuttosto, la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* sarebbe "il punto di partenza di un modo diverso — più difficile, ma necessario — di proseguire l'integrazione" (G.M. FLICK, *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?*). Relazione nell'ambito del Seminario di studio "Sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona" (Palazzo della Consulta - 19 ottobre 2009), in [www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegni-Seminari.asp](http://www.cortecostituzionale.it/informazione/attiConvegni-Seminari.asp), p. 1.

<sup>6</sup> Si tratta di una notazione volta a cogliere una linea culturale piuttosto che una vera e propria opzione di schieramento. Non mancano, infatti, eccezioni. V., ad esempio, l'analisi di V. SKOURIS, *Les rapports entre la Cour de justice européenne et les juridictions constitutionnelles*

Per illustrare le due opzioni, prenderemo in considerazione le posizioni rispettivamente espresse dalla dottrina rispetto a tre profili affrontati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca: il principio di attribuzione ed i processi di espansione delle competenze dell'Unione (par. III); il principio democratico dell'Unione nei suoi rapporti con i processi politici nazionali (par. IV); il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri (par. V).

III. La parte forse più nota della sentenza è quella nella quale la Corte costituzionale ha affermato la natura derivata dell'ordinamento dell'Unione. Irrilevante, ad avviso della Corte, sarebbe la circostanza che l'Unione sia anche dotata di autonoma personalità; quel che rileva sarebbe invece la natura del rapporto tra quest'ultima e gli Stati membri. A partire dal paragrafo 231, la Corte ha quindi sviluppato una serie di argomenti tesi a dimostrare che, ancorché l'Unione sia dotata della capacità di agire nell'ambito delle relazioni internazionali, la sua natura giuridica è quella di un ente derivato dagli ordinamenti degli Stati membri.

Da questa premessa teorica, la Corte ha quindi tratto una serie di conseguenze relativamente al carattere limitato delle competenze assegnate al nuovo ente e ai poteri di controllo degli Stati membri sul loro esercizio. Il nucleo argomentativo di questa parte è probabilmente dato dall'affermazione che il principio di attribuzione costituisce il meccanismo attraverso il quale gli Stati membri mantengono la propria natura statale, pur trasferendo importanti competenze all'Unione. Secondo la classica concezione della teoria dello Stato federale, la sovranità e l'identità statale si riassumono, al vertice, nell'affermazione della capacità di determinare autonomamente la propria competenza. Peraltro, la sentenza ammette la possibilità di riconciliare la *Kompetenz-Kompetenz* con le dottrine interpretative che consentono un ampliamento della sfera delle competenze attribuite quali la dottrina dei poteri impliciti o quella dell'effetto utile.

Da questo approccio derivano due conseguenze: da una parte, sarebbe conforme alla Legge fondamentale conferire all'Unione competenze che, pur essendo specifiche e limitate, siano comunque suscettibili di essere ampliate; dall'altra, il diritto di emendare i Trattati rimarrebbe nella piena disponibilità degli Stati membri

---

*nationales*, cit., p. 775, ss., il quale assume evidentemente come prospettiva di analisi quella interna all'ordinamento dell'Unione, sostenendo tuttavia tesi omogenee all'opzione continuista.

(par. 306 ss.). L'attenzione della Corte si è quindi appuntata sui meccanismi semplificati di revisione, i quali consentono di modificare il trattato attraverso un voto a maggioranza qualificata piuttosto che all'unanimità (par. 315 ss.), e sulla clausola di flessibilità (par. 327 ss.), ponendo come condizione per il loro esercizio il consenso del Parlamento nazionale (paragrafi 319-320, 322 ss.)<sup>7</sup>.

Ad avviso dei catastrofisti, l'accertamento della Corte costituisce il ritorno verso una visione tipicamente internazionalistica dell'integrazione europea<sup>8</sup>. In questa prospettiva, se l'ordinamento dell'Unione altro non è che il risultato di un trattato di diritto internazionale, "i poteri e le competenze che possono esercitare le Istituzioni dell'Unione sono soltanto e strettamente quelli ad esse trasferite dagli Stati membri, e le Istituzioni non posseggono autonomia e sovranità a livello internazionale, costituendo esse delle mere strutture derivate dai Trattati, che in quanto tali ricevono la loro legittimazione dagli Stati membri nel loro ruolo di 'Signori dei Trattati' (*Herren der Verträgen*)"<sup>9</sup>.

Nel negare la peculiarità dell'ordinamento europeo, questa concezione comprometterebbe alla radice la possibilità di "concepire l'Unione europea come una comunità politica, sebbene diversa da quella dello Stato"<sup>10</sup>. Nella percezione più diffusa, la sentenza della Corte costituzionale tedesca darebbe veste giuridica ad una posizione politica di retroguardia che, colpendo "al cuore l'autonomia dell'ordine giuridico europeo"<sup>11</sup>, pregiudicherebbe seriamente ogni ulteriore tentativo di dar luogo ad un'Unione politica.

La logica della continuità sembrerebbe invece prevalere sulla logica della rottura nell'opinione di coloro che vedono nella pronun-

<sup>7</sup> Su questo profilo, v. *infra*, par. IV.

<sup>8</sup> Cfr., sul punto, 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*, cit., p. 5; L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, cit., p. 508; S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, cit., p. 1005. Sul punto, C. PINELLI (*Perché Karlsruhe non convince sul Trattato di Lisbona*, cit.) esprime una posizione inequivoca: "(S)e allora parlare dell'Unione come di un'organizzazione internazionale era già una evidente forzatura, parlarne oggi può solo rivelare l'intento di rafforzarne l'anima intergovernativa, indipendentemente da ogni qualificazione della sua natura giuridica" (p. 2).

<sup>9</sup> L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, cit., pp. 508-509.

<sup>10</sup> L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *ibidem*, p. 510. La ricostruzione della Corte, inoltre, non terrebbe conto dell'esistenza di forme di organizzazione del potere pubblico diverse da quello di matrice statale. V., per queste considerazioni, R. BIEBER, *An Association of Sovereign States*, in *European Constitutional Law Rev.*, 2009, pp. 391-406, in part. p. 397 e S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, cit., p. 1006.

<sup>11</sup> L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, cit., p. 528.

cia del 30 giugno 2009 uno sviluppo coerente con le posizioni già manifestate dalla Corte tedesca <sup>12</sup>. Nel riproporre alcuni elementi caratterizzanti la sua giurisprudenza — quali la qualifica dell'Unione come ente derivato, privo di sovranità; la sua dipendenza dagli Stati membri; il diniego di una *Kompetenz-Kompetenz* a favore dell'Unione, i cui poteri sono di stretta attribuzione — la Corte non avrebbe affatto accolto una lettura riduttiva del concetto di *Europarechtsfreundlichkeit*. Al contrario, essa avrebbe per la prima volta ammesso che la scelta di partecipare all'Europa non è rimessa alla libera discrezionalità degli organi costituzionali, bensì rappresenterebbe esso stesso un obbligo costituzionale. In questa prospettiva, i continuisti non negano che la Corte abbia posto condizioni e limiti alla partecipazione della Germania all'Unione, ma solo al fine di individuare “il punto di equilibrio tra l'apertura all'integrazione europea e il nucleo intangibile del *Grundgesetz*, il peso rispettivo di queste due istanze” <sup>13</sup>. Solo allorché, infatti, “la seconda istanza dovesse sovrastare la prima bloccandone il normale sviluppo, risulterebbe leso il principio della *Europarechtsfreundlichkeit* così come delineato dal BVG” <sup>14</sup>.

La concezione “classica” del principio di attribuzione accolta dalla Corte, con i corrispondenti limiti posti all'espansione delle competenze, non impedirebbe quindi che all'Unione possano essere attribuiti poteri e funzioni di natura politica, né che essa possa esercitare potestà normative idonee ad estendersi fino ai settori più intimamente legati alle tradizionali prerogative dello Stato. Né la sentenza avrebbe l'effetto di escludere che il processo di integrazione si possa estendere a materie sensibili per l'identità nazionale degli Stati membri, ché piuttosto la Corte si sarebbe limitata a richiedere che, in questi campi, il conferimento di competenza non determini per gli Stati membri la sottrazione di spazi significativi di azione <sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Secondo V. SKOURIS, *Les rapports entre la Cour de justice européenne et les juridictions constitutionnelles nationales*, cit., p. 783, “Bien que le contrôle des actes *ultra vires* ne soit pas annoncé pour la première fois par le Bundesverfassungsgericht, il n'est pas douteux que la préservation de la subsidiarité en tant que condition de validité de tous les actes juridiques de l'Union européenne relève de la compétence de contrôle de la Cour de justice européenne et est soumis à son monopole en matière d'annulation”. Insiste sullo stretto legame tra questa pronuncia e la precedente giurisprudenza della Corte anche D. GRIMM, *Defending Sovereign Statehood Against Transforming the Union into a State*, in *European Constitutional Law Rev.*, 2009, p. 358.

<sup>13</sup> G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente “Lissabon Urteil”*, cit., p. 5.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> V., D. GRIMM, *Defending Sovereign Statehood Against Transforming the Union Into a State*, cit.: “it is neither said that these areas are prohibited for EU legislation nor are legal



La Corte costituzionale non avrebbe quindi posto limiti di carattere materiale alle competenze dell'Unione ma, semmai, all'esercizio di tali competenze. Per i continuisti, gli interventi normativi dell'Unione in materie sensibili dovrebbero realizzarsi solo per "reali esigenze di carattere trasfrontaliero e senza pregiudizio delle prerogative dello Stato a garanzia della sua identità nazionale"<sup>16</sup>. Indicazioni del genere non solo non sarebbero irragionevoli, ma risponderebbero al principio di sussidiarietà e a quello del rispetto delle identità costituzionali degli Stati membri, due principi ben noti al diritto dell'Unione e che trovano espresso riconoscimento nel Trattato di Lisbona<sup>17</sup>.

Le posizioni catastrofiste sembrano partire dal presupposto che l'ordinamento dell'Unione costituisce un ordinamento pienamente determinato, rispetto al quale, quindi, la sentenza della Corte costituzionale tedesca costituirebbe allora un fatto eversivo. Di converso, le posizioni continuiste tendono a fondarsi sull'idea che l'ordinamento dell'Unione non avrebbe mai assunto carattere di assoluta autonomia, pur gradualmente tendendo verso tale risultato in via di fatto. Lo svuotamento progressivo del contenuto delle competenze statali ha quindi come conseguenza, in questa prospettiva, una altrettanto progressiva rarefazione del contenuto essenziale della sovranità, un suo spostamento "verso l'alto", alla ricerca del potere ultimo, nel quale ormai si rifugerebbe la statualità.

Come si vede, se le soluzioni adottate dalla Corte costituzionale tedesca sono impregnate di cultura giuridica statalista, ai medesimi parametri teorici, sia pure antitetici fra loro, si rifanno i commenti della dottrina. La ricerca del fondamento ultimo del fenomeno dell'integrazione europea costituisce, ad un tempo, la magnifica ossessione teorica e l'enigma che la scienza giuridica contemporanea non riesce a sciogliere.

IV. A concezioni diverse, e forse addirittura antitetiche, si ispirano i commenti relativi ai passaggi della sentenza nei quali la Corte ha delineato il ruolo del principio democratico nel processo di integrazione e i fattori di legittimazione dell'azione dell'Unione.

Si tratta, come è noto, di un profilo di rilievo centrale, che è però

---

consequences mentioned should the EU become intensively engaged in these areas" (p. 368). Cfr. su questo punto, *infra*, anche il par. V.

<sup>16</sup> G.L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente "Lissabon Urteil"*, cit., p. 4.

<sup>17</sup> V., sul punto, G.L. TOSATO, *ibidem*, p. 4 e V. CERULLI IRELLI, *Verso un cauto rafforzamento delle istituzioni nazionali nella nuova fase del processo di integrazione europea*, cit., p. 6.

oggetto di una evidente tensione concettuale. Da un lato, in una prospettiva costituzionalista, l'esigenza che l'Unione si fondi sul principio democratico costituisce il riflesso della tradizionale esigenza di omogeneità strutturale fra ordinamento dell'Unione e ordinamenti degli Stati membri. D'altro lato, in una prospettiva di tipo internazionalista, l'esistenza di processi decisionali dell'Unione fondati su criteri rigorosamente maggioritari, o addirittura sul criterio *one man one vote*, avrebbero indubbiamente l'effetto di ridurre o eliminare il ruolo delle comunità politiche organizzate, quali gli Stati membri nell'ambito delle dinamiche istituzionali dell'Unione.

La Corte ha quindi adottato una soluzione che non sembra risolvere questo fondamentale dilemma. Da un lato, essa ha stabilito, nei paragrafi 249 ss., che l'attribuzione di competenze idonee ad incidere su settori che toccano profili di politica economica, sociale e culturale deve essere realizzata in modo tale da lasciare agli Stati membri uno spazio sufficiente per la determinazione del proprio orientamento politico<sup>18</sup>. D'altro lato, nel valutare la conformità dell'ordinamento dell'Unione al rispetto dei principi democratici, la Corte, nei paragrafi 262 ss., ha utilizzato un criterio che fa riferimento alla portata delle competenze trasferite e al grado di indipendenza delle procedure decisionali dagli Stati membri. In particolare, nei paragrafi 266 e 278 ss., la Corte ha sviluppato l'idea di una combinazione di questi principi, che condurrebbe ad esigere non già che i principi democratici siano rispettati nell'ambito dell'Unione in forma analoga a quanto avviene in un contesto statale, quanto piuttosto che essi siano adeguati allo *status* e alla funzione dell'Unione. La Corte ne ha tratto la conclusione che, fino a quando e nella misura in cui l'Unione, nella veste di ente di collegamento fra Stati, esercita competenze specifiche e limitate, la regola democratica di base, *one man, one vote*, non necessariamente debba valere nell'ambito di un organo di rappresentanza sopranazionale — quale il Parlamento europeo — che altro non è che “una rappresentanza dei popoli collegati tra di loro attraverso i trattati” (par. 279). In un contesto così delineato, la legittimazione democratica della decisione politica spetta in primo luogo ai parlamenti e i governi nazionali e, solo in subordine, al Parlamento europeo.

---

<sup>18</sup> Sono considerati ambiti essenziali della scelta democratica la cittadinanza, il monopolio civile e militare della forza, le entrate e uscite pubbliche, la giustizia penale, le questioni culturali come l'uso della lingua, la configurazione dei rapporti di famiglia e di educazione, la disciplina delle libertà di opinione, stampa e assemblea o il trattamento delle confessioni religiose e delle visioni del mondo.

Questo è essenzialmente l'ambito concettuale nel quale la Corte ha ritenuto di dover valorizzare il ruolo dei Parlamenti nazionali. Questa concezione, che permea ampi spazi della sentenza, ha quindi ispirato la dichiarazione di parziale incostituzionalità della legge tedesca d'accompagnamento, dato che la Corte ha accertato una carenza nella tutela delle prerogative del Parlamento nazionale nei casi di "sviluppo dinamico" dei Trattati<sup>19</sup>. La Corte ha quindi richiesto che il Parlamento si pronunci in via preventiva, vincolando quindi il rappresentante dello Stato in seno al Consiglio (paragrafi 319 ss).

Questo accertamento della Corte ha occasionato interpretazioni assi divergenti fra loro. Secondo il pensiero catastrofista la Corte avrebbe presupposto che il Parlamento europeo non svolgerebbe una funzione di legittimazione della decisione politica in ragione della mancata osservanza del criterio della rappresentanza proporzionale<sup>20</sup>. Questa premessa sarebbe però erronea rispetto a due profili. Innanzitutto, in tal modo, la differenza tra parlamenti nazionali e Parlamento europeo "diventa sotto questo profilo di ordine quantitativo, anziché qualitativo, e le differenze quantitative sono suscettibili di apprezzamento in sede di giurisdizione costituzionale solo in caso di manifesta irragionevolezza"<sup>21</sup>. In secondo luogo, essa si fonderebbe su un doppio equivoco: quello di associare il concetto di democrazia con l'esistenza dello Stato nazionale, nonché di confondere la democrazia con la rappresentanza proporzionale<sup>22</sup>. Questo errore condurrebbe alla irragionevole conclusione che il processo d'integrazione, non rispettando i criteri di rappresentanza

---

<sup>19</sup> V., su questo punto, *supra*, par. 3. Per una critica all'assimilazione da parte della Corte della clausola di flessibilità all'esercizio della *Kompetenz-Kompetenz* da parte dell'Unione, v. D. THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, cit., p. 1802. Secondo l'A. questa equiparazione, che è idonea a confondere la distinzione "between the adaptation of primary law and secondary law-making, serves as a powerful reminder that the *Grundgesetz* remains the supreme law in the land also in the age of the Lisbon Treaty".

<sup>20</sup> La Corte, cioè, presuppone che la proiezione del principio "one man one vote" sul meccanismo di ripartizione dei seggi per collegi sia tale da assicurare sempre e comunque un'eguale opportunità di successo.

<sup>21</sup> C. PINELLI, *Perché Karlsruhe non convince sul Trattato di Lisbona*, cit., p. 4.

<sup>22</sup> Cfr. C. TOMUSCHAT, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, cit., p. 1260; *Karlsruhe has spoken: "Yes" to the Lisbon Treaty, but...*, in *Common Market Law Rev.*, 2009. L'Editoriale sottolinea che "with its strong emphasis on the "one man one vote" principle, the judgment appears to set out a strongly dogmatic "German" approach" (p. 1032). Critico sull'approccio formalistico della Corte anche R. BIEBER, *An Association of Sovereign States*, cit., secondo il quale l'essenza della democrazia non risiede tanto nel diritto di voto, quanto piuttosto nella possibilità per gli individui di poter esercitare i propri diritti. Sotto quest'aspetto "(M)any of those rights are guaranteed by the Treaty on European Union only and are not at the disposal of individual member states" (p. 399).

necessari a salvaguardare il principio dell'uguaglianza di voto fra i cittadini, sarebbe quindi caratterizzato da un *deficit* democratico strutturale<sup>23</sup>.

La soluzione individuata dalla Corte, data dalla partecipazione dei parlamenti nazionali alle procedure di revisione semplificata, in particolare l'intervento del Parlamento tedesco nel processo di formazione degli atti dell'Unione tramite un controllo astratto e preventivo<sup>24</sup>, avrebbe l'effetto "di rendere macchinoso e ingombrante il processo di adozione delle decisioni in seno al Consiglio"<sup>25</sup>. Quale, infatti, ogni governo nazionale fosse vincolato alla posizione espressa dai rispettivi parlamenti, l'esigenza di funzionalità, che sta alla base dell'introduzione delle procedure semplificate, sarebbe compromessa con la conseguenza che "l'UE non potrebbe più funzionare, giungendo alla sua distruzione"<sup>26</sup>. Né sarebbero chiare le conseguenze del mancato intervento del Parlamento nell'ambito dei procedimenti semplificati di revisione, o della sua mancata ratifica, in relazione alla clausola di flessibilità. In particolare, non risulterebbe chiaro se l'assenza di ratifica o di preventiva delibera da parte del Parlamento europeo comprometta irrimediabilmente "l'efficacia dei connessi atti giuridici" o se "invece l'assenso del rappresentante tedesco in seno al Consiglio rend(a) irrilevante la questione nei rapporti tra la Repubblica e l'Unione"<sup>27</sup>.

Le posizioni espresse su questo punto dalla Corte sono state peraltro interpretate in maniera più moderata dagli autori che si pongono in una prospettiva "continuista". Per i continuisti, infatti, l'esistenza di un certo *deficit* democratico sarebbe un elemento

<sup>23</sup> V. F. CHALTIEL, *Le Traité de Lisbonne, avant-dernière ligne droite? À propos de la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 30 juin 2009*, in *Rev. Marché commun Union europ.*, 2009, p. 493 ss.; L.S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, cit., 2009, p. 1017.

<sup>24</sup> C. PINELLI, *Perché Karlsruhe non convince sul Trattato di Lisbona*, cit., p. 1.

<sup>25</sup> L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, cit., p. 526; cfr., inoltre, *Karlsruhe has spoken: "Yes" to the Lisbon Treaty, but...*, cit., p. 1023 ss. M. NIEDOBITEK, *The Lisbon Case of 30 June 2009 – A Comment from the European Law Perspective*, <http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol10No08/Pdf-Vol-10-No-08-1267-1276-Lisbon%20Special-Niedobitek.pdf>.

<sup>26</sup> L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, cit., p. 526. Dello stesso tenore le considerazioni di A. GROSSER, *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's "Sonderweg". An Outsider's Perspective*, <http://www.germanlawjournal.net/pdf/Vol10No08/Pdf-Vol-10-No-08-12631266-Lisbon%20Special-Grosser.pdf>.

<sup>27</sup> V. CERULLI IRELLI, *Verso un cauto rafforzamento delle istituzioni nazionali nella nuova fase del processo di integrazione europea*. Relazione al Seminario di Astrid su "La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell'Unione europea" - Roma, 21 settembre 2009, in <http://www.astrid-online.it/Riforma-de/Documenti/Corte-cost>, p. 6.

strutturale dell'ordinamento europeo data la natura dell'Unione come ente non statale. Né essa sarebbe particolarmente problematica<sup>28</sup>. Nell'affermare che la democrazia dell'Unione non può e non deve avere una forma analoga a quella di uno Stato, la Corte non avrebbe inteso escludere perpetuamente la possibilità di una legittimazione democratica espressa all'interno del sistema decisionale dell'Unione. La sentenza, anzi, avrebbe affermato un ruolo per il Parlamento europeo come una fonte distinta di legittimazione democratica che si avvale di "forme nuove e aggiuntive di procedure trasparenti o partecipative di decisione politica"<sup>29</sup>. La posizione espressa dalla Corte potrebbe così essere interpretata, ad avviso dei continuisti, "as the 'pro-integrationist' defence of the Lisbon Treaty against the verdict of unconstitutionality, which the conclusion of State analogous government structures at European level would have entailed"<sup>30</sup>.

In questo senso, il pensiero continuista tende ad assegnare ai parlamenti nazionali un ruolo di compensazione del *deficit* democratico strutturalmente insito nel processo decisionale interno<sup>31</sup>. La partecipazione del Parlamento nazionale, lungi dal tradursi in un diritto di veto, altrimenti non previsto dai Trattati dell'Unione, avrebbe la funzione di assicurare la conformità della posizione tedesca con l'orientamento espresso dalla maggioranza del Parlamento. In quest'ottica, il coinvolgimento del Parlamento nella procedura di revisione semplificata risponderebbe esattamente alla stessa *ratio* sottesa alla norma che richiede il rispetto delle procedure costituzionali allorché l'emendamento dei Trattati istitutivi dell'UE si realizzi attraverso una revisione ordinaria<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> V. J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, cit., p. 979.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> D. THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, cit., p. 1814. Secondo l'A. "(F)rom this angle, the demotion of European Parliament serves democratic purposes — an understanding which many European lawyers and practitioners may find difficult to contemplate in the first place" (p. 1814).

<sup>31</sup> V. G.M. FLICK, *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?*, cit., p. 2 ss.

<sup>32</sup> In questo senso v. J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, cit., che così si esprime: "(C)osì come la GG richiede il rispetto delle procedure di emendamento costituzionali nonché il rispetto della cd. clausola d'eternità della GG per l'emendamento dei trattati costitutivi dell'UE, essa richiede lo stesso rispetto ogni volta che viene usata una procedura legislativa nonché una procedura di revisione semplificata dell'UE che possa avere un impatto sul contenuto della costituzione tedesca" (p. 985).

In secondo luogo, la valorizzazione della funzione del Parlamento nazionale nelle procedure di revisione semplificata, oltre a costituire una legittima difesa delle prerogative costituzionali nazionali, andrebbe vista anche come un implicito "riconoscimento della necessità di una dimensione politica forte nel processo di integrazione, sia nel momento della partecipazione nazionale alla sua realizzazione, sia nel momento del risultato europeo di quel processo"<sup>33</sup>. Ad avviso dei continuisti, l'approccio della Corte evidenzerebbe che la difesa delle prerogative parlamentari "è sempre — anzi oggi più che mai — un dovere per una corte consapevole della necessità di equilibrio fra i poteri dello Stato. Un dovere particolarmente significativo ed urgente, in tempi nei quali — non solo in Germania; ma anche, soprattutto, da noi in Italia — vanno di moda la delegittimazione e lo svuotamento del parlamento e delle sue prerogative"<sup>34</sup>.

Nonostante l'apparente sicurezza delle soluzioni adottate, la sentenza della Corte costituzionale tedesca evidenzia chiaramente quanto impervio sia il *democratic discourse* nell'ambito del sistema dell'Unione. Ormai da decenni, i contorni teorici del problema sono noti. Allo sviluppo delle forme interne di legittimazione democratica delle decisioni dell'Unione si accompagna necessariamente, e fatalmente, un corrispondente indebolimento delle forme di legittimazione esterna, ad opera cioè, degli Stati. In termini sintetici, il fattore democratico non può che essere un prodotto a somma zero. Ciascun incremento della democrazia interna dell'Unione si accompagna necessariamente al decremento della democrazia internazionale che è alle origini dell'Unione stessa.

Se quindi si accetta il presupposto di base, che le forme di legittimazione passino necessariamente attraverso i canali della rappresentanza politica, è difficile sfuggire alla paralizzante antinomia fra parlamentarismo europeo e parlamentarismo nazionale: un'antinomia che si riflette nella incerta redazione dell'art. 12 del Trattato sull'Unione<sup>35</sup>. Appare quindi comprensibile l'esito al quale è pervenuta la sentenza della Corte costituzionale, condotta alla luce dei dati normativi e sociali dell'ordinamento istituito dalla Legge fondamentale. Appare, di converso, meno comprensibile che anche l'analisi di secondo livello si incentri sull'antinomia fra parlamentarismo nazionale e parlamentarismo europeo, senza peraltro aver prelimi-

<sup>33</sup> G.M. FLICK, *A proposito della sentenza del Bundesverfassungsgericht: un bicchiere mezzo vuoto o mezzo pieno?*, cit., p. 3

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> V., sul punto, E. CANNIZZARO, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: in margine ad uno scritto inedito di Leopoldo Elia*, in questa Rivista, 2009, p. 465.

narmente chiarito quale sia la natura e il contenuto delle forme di rappresentanza appropriate a governare le decisioni politiche di un soggetto non statale.

V. La Corte, oltre a riservarsi la possibilità di sottoporre gli atti dell'Unione ad un controllo *ultra vires* in caso di gravi e reiterati sconfinamenti di competenza, ha prospettato, nei paragrafi 240 ss., la possibilità di accertare la violazione del nucleo intangibile dell'identità costituzionale dell'ordinamento tedesco. Tale accertamento andrebbe ricondotto all'esigenza di verificare il rispetto degli articoli 1 e 20 della Legge fondamentale, dichiarati intangibili dal successivo art. 79, par. 3. Allorché il diritto dell'Unione risultasse incompatibile con il nucleo intangibile dell'identità costituzionale, la Corte ha quindi prospettato il rimedio della disapplicazione nell'ambito dell'ordinamento tedesco.

Per i catastrofisti, il controllo del rispetto dell'identità nazionale si affiancherebbe quindi a quello relativo al carattere *ultra vires* del diritto dell'Unione<sup>36</sup>. Nel loro insieme, questi controlli assicurerebbero alla Corte costituzionale tedesca un ruolo di tutore del processo di integrazione: un tutore, evidentemente, esterno all'ordinamento dell'Unione che perderebbe quindi completamente la propria autonomia<sup>37</sup>.

L'identità costituzionale, peraltro, che non rappresenterebbe, ad avviso dei catastrofisti, un mero controlimito, ma un vero e proprio parametro di costituzionalità<sup>38</sup>, consentirebbe quindi agli Stati membri di individuare autonomamente i confini del proprio spazio di autonomia in alcune materie connotate da una dimensione sociale, culturale e politica. La sua applicazione, tuttavia, potrebbe condurre ad esiti poco controllabili. La nozione di identità, che si presta a definizioni differenti a seconda del contesto nazionale in cui è invocata, potrebbe infatti comportare interpretazioni non omogenee da parte degli Stati membri<sup>39</sup>. Un aspetto della sentenza che ha

<sup>36</sup> S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, cit., p. 1006; 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*, cit., p. 4.

<sup>37</sup> Esprime scetticismo su questo aspetto Bieber (R. BIEBER, *An Association of Sovereign States*, cit.) che infatti si chiede "(D)oes the German Constitutional Court seriously believe that European citizens can make full use of their rights and that the EU can fulfil its tasks if judicial or other authorities of individual member states claim the 'last word' about the interpretation of EU law?" (p. 405).

<sup>38</sup> Per questa ricostruzione v. M.P. CHITI, *ibidem*, p. 6; L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, cit., p. 524 ss.; S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, cit., p. 1006.

<sup>39</sup> V. l'Editoriale, *Karlsruhe has spoken: "Yes" to the Lisbon Treaty, but...*, cit., p. 1023 ss.,

suscitato molte perplessità riguarda l'individuazione, in via preventiva, di alcuni settori di competenza che, in quanto riconosciuti come ambiti essenziali della scelta democratica, risulterebbero, a parere dei catastrofisti, insuscettibili di trasferimento<sup>40</sup>. Ancorché la Corte non si sia espressa al riguardo, limitandosi bensì ad affermare, piuttosto laconicamente, che il trasferimento di competenze idonee ad incidere su settori politici nevralgici non deve compromettere la possibilità per lo Stato di determinare il proprio orientamento politico<sup>41</sup>, i catastrofisti ne hanno dedotto l'individuazione da parte della Corte di un *domaine réservé*. L'enucleazione di un catalogo di materie non trasferibili, oltre ad "ad evirare le competenze europee nei campi del diritto penale, della difesa e dell'uso della forza, della fiscalità, del diritto di famiglia, dei sistemi dell'istruzione, ecc."<sup>42</sup>, potrebbe porre dei seri limiti al potere decisionale del legislatore in ordine alla scelta di future ed eventuali competenze da attribuire all'Unione. Come se ciò non bastasse, eventuali decisioni della Corte di giustizia idonee ad incidere su ambiti considerati centrali nella protezione dell'autonomia democratica potrebbero essere disattese dalla Corte tedesca.

Opposta l'interpretazione offerta invece, in chiave continuista, da altri autori. Il sindacato di legittimità avverso gli atti dell'Unione attraverso il controllo sull'identità costituzionale sarebbe l'unico elemento davvero innovativo della sentenza<sup>43</sup>. Ancorché il rispetto dell'identità nazionale introduca un autonomo "country-specific standard" il cui contenuto sarebbe definito esclusivamente dagli ordinamenti degli Stati membri<sup>44</sup>, nella concezione dei continuisti, le

---

spec. p. 1031; L.M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, cit., p. 524 ss.; S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, cit., p. 1006.

<sup>40</sup> Si tratterebbe di decisioni in tema di cittadinanza, di monopolio civile e militare della forza, di fiscalità, di diritto penale. Tra queste materie vi rientrerebbero anche questioni attinenti all'uso della lingua, alla configurazione dei rapporti di famiglia e di educazione, alla disciplina delle libertà di opinione, stampa e assemblea o del trattamento delle confessioni religiose (v., *supra*, anche la nota 18).

<sup>41</sup> Per una critica all'ambiguità della Corte, v. D. THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, cit., secondo cui, in assenza di criteri specifici, la definizione di *domaine réservé* resta "essentially limited to the necessary preservation of meaningful democratic discourse at national level" (p. 1801).

<sup>42</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*, cit., p. 7.

<sup>43</sup> V. J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, cit., p. 988.

<sup>44</sup> Cfr. D. THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, cit., p. 1806.



conseguenze di un controllo del genere non dovrebbero tuttavia essere sopravvalutate<sup>45</sup>. Il sindacato sull'identità costituzionale, infatti, sarebbe limitato ad ipotesi del tutto eccezionali e di difficile configurabilità concreta<sup>46</sup>. Inoltre, anche qualora ipotesi siffatte dovessero realizzarsi, esse "non sembrano comunque in grado di mettere in pericolo l'esistenza e la realizzazione del progetto complessivo di unificazione"<sup>47</sup>. Piuttosto, poiché l'eventualità di un controllo del genere potrebbe indurre la Corte di giustizia a riconsiderare certe sue posizioni, esso, addirittura, avrebbe la funzione di promuovere il dialogo ed il "mutual understandig among the Courts"<sup>48</sup>.

Emerge, dall'analisi della sentenza e dai commenti dottrinali, la difficoltà di inquadramento della questione dell'identità nazionale, che riassume, in una formula unica e sfuggente, tutte le questioni trattate sopra. Ma qual è il quadro ordinamentale e concettuale nel quale essa può essere soddisfacentemente trattata e risolta? O non costituisce essa piuttosto una questione metagiuridica, che non può essere affrontata in diritto in quanto condiziona essa medesima l'esistenza e il contenuto dell'analisi giuridica?

---

<sup>45</sup> V. J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, cit., pp. 988 e 993 ss. Secondo l'A, il controllo da parte della Corte tedesca dell'identità costituzionale potrebbe tuttavia comportare problemi di coordinamento con il sindacato esercitato dalla Corte di giustizia. Fintantoché il BverfG si conforma all'interpretazione del diritto dell'Unione offerta dalla Corte di giustizia al fine di poter accertare se vi è una contraddizione tra esso e l'identità costituzionale della Germania non dovrebbe sorgere alcun problema. Il problema potrebbe porsi allorché si versasse in un caso di incompatibilità ex art. 4 par. 2. TUE, secondo il quale "L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro". In tale ipotesi non solo l'interpretazione del diritto dell'Unione, ma anche l'accertamento di una eventuale violazione dell'identità nazionale spetterebbe alla Corte di giustizia. Per un'interpretazione che valorizza, nell'ambito di un controllo sull'identità costituzionale, la complementarietà tra standard nazionali ed europei v. D. THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, cit., p. 1810 ss.

<sup>46</sup> Cfr. D. THYM, *ibidem*, p. 1807; V. CERULLI IRELLI, *Verso un cauto rafforzamento delle istituzioni nazionali nella nuova fase del processo di integrazione europea*, cit., p. 7.

<sup>47</sup> V. CERULLI IRELLI, *ibidem*, p. 7. Per una conclusione analoga v. anche D. GRIMM, *Defending Sovereign Statehood Against Transforming the Union Into a State*, cit., secondo cui "it is difficult to find fault with the Court's claim regarding to exercise ultra vires and identity control. This is a direct consequence of the constitutive effect of the 'order to apply the law'. Yet, even after the Lisbon judgment, the Court's aforementioned competence claim remains limited to extreme cases and is far from bringing European integration under Karlsruhe' s total control" (p. 370).

<sup>48</sup> D. THYM, *In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court*, cit., p. 1810.

VI. La rilettura della sentenza, e dei commenti alle soluzioni adottate dalla Corte, ci ha permesso di compiere un viaggio emozionante. Un viaggio, per la verità, nel corso del quale abbiamo guardato dal finestrino le categorie fondamentali dell'analisi giuridica, senza mai scendere e tastarne con mano la realtà logica <sup>49</sup>.

La sentenza della Corte costituzionale tedesca ci ha posto di fronte ad una costruzione giuridica grandiosa e coerente, ricca di suggestioni storiche se pure volta, in verità, più alle categorie del passato, fissate con pretesa di eternità dal positivismo statalista, che a quelle del futuro. Sarebbe stato possibile per la Corte fare diversamente? Avrebbe potuto la Corte considerare la storicità delle categorie di Stato e di sovranità e abbandonare definitivamente il fascino teorico sul quale riposano i concetti di Stato e di sovranità?

È forse eccessivo richiedere ad una Corte costituzionale di abbandonare la ricerca metafisica del fondamento ultimo del potere politico e dedicarsi alla costruzione di concetti giuridici nuovi, i cui contorni, per la verità, non sono ancora delineati. Non sembra però eccessivo richiedere che, su tale strada, si ponga l'analisi intellettuale. Si tratta di una strada assai impervia, e già intasata da semplicismi e luoghi comuni, che acquietano, forse, le vanità intellettuali dei proponenti ma non aiutano molto una ricerca logica lenta e faticosa. A questa linea di ricerca concettuale sia il pensiero giuridico "catastrofista" che quello continuista potranno dare il loro contributo.

#### SUMMARY

In its long-awaited decision of 30 June 2009 on the constitutionality of the treaty of Lisbon, the German Constitutional Court expounded at great length its philosophy of the European integration process. No surprisingly, the decision prompted an overwhelming stream of comments, which can be grouped in two main cultural options: those who stress the continuity of the process of European integration, and those who assume that this process proceeds discontinuously, though sudden progress and regression. Beyond their apparently radical differences, both these options reveal the persisting tendency of legal scholarship to look for the ultimate source of legitimacy in the process of European integration. In the authors' view, this debate offers a further evidence of the necessity to revise the fundamental postulates of the modern positivistic theories of law.

<sup>49</sup> "Ohi ombre vane, fuor che ne l'aspetto! tre volte dietro a lei le mani avvinsi, e tante mi tornai con esse al petto" (D. ALIGHIERI, *La divina Commedia*, Purgatorio, canto II, vv. 79-81).