



TERRITORIO E TERRITORI NELL'UE
13 NOVEMBRE 2020

*Staaten- o Verfassungs-Verbund? Appunti
su alcune “immagini” del BVerfG e
sulle relative implicazioni territoriali*

di **Alessandra Di Martino**
Professore associato di Diritto pubblico comparato
Sapienza - Università di Roma

Staaten- o Verfassungs-Verbund? Appunti su alcune “immagini” del BVerfG e sulle relative implicazioni territoriali*

di **Alessandra Di Martino**

Professore associato di Diritto pubblico comparato
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: L'articolo analizza la genealogia e il significato della formula *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*, impiegata dal Tribunale costituzionale tedesco nella giurisprudenza recente e, da ultimo, nella sentenza sul PSPP, indagandone le implicazioni spaziali. In particolare, la interpreta come una sintesi di *Staatenverbund*, *Verfassungsverbund* e *Verfassungsgerichtsverbund*, mostrando la tensione tra territorialità democratica e mercato, universalismo e particolarismo dei diritti.

Abstract [En]: The article analyses the genealogy and meaning of the phrase *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*, used by the German Constitutional Tribunal in recent case-law and, lately, in the PSPP judgment. It also examines its spatial implications. In particular, the essay reads the expression as a synthesis of *Staatenverbund*, *Verfassungsverbund* and *Verfassungsgerichtsverbund*, showing the inner tension between democratic territoriality and market, universality and particularity of rights.

Sommario: 1. Premessa. 2. Intorno a *Maastricht*: lo *Staatenverbund* tra “pluriverso” degli stati e mercato. Il *Verfassungsverbund*, come “unione di costituzioni parziali” e “costituzionalismo multilivello”. 3. *Lissabon*: territorio dello stato come spazio politico primario ed esclusione di uno stato federale europeo. 4. Il *Verfassungsgerichtsverbund* e la giurisprudenza più recente: compromesso lessicale e continuità giurisprudenziale. 5. Conclusione.

1. Premessa

Nell'ultima importante sentenza sull'Europa, relativa al programma PSPP della Banca centrale e nella quale ha per la prima volta dichiarato *ultra vires* alcuni atti dell'Unione¹, il *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)

*Articolo sottoposto a referaggio. Questo contributo costituisce il testo, rivisto, della relazione svolta al seminario “Territorio e territori nell'Unione europea”, tenutosi il 18 giugno 2020 e organizzato dall'Università di Torino nell'ambito del PRIN 2017, *Where is Europe Going?*

¹ Segnatamente la sentenza della Corte di Giustizia sul programma PSPP della Banca centrale e, condizionatamente, il programma stesso: cfr. BVerfG, 2 BvR 859/15, del 5 maggio 2020 (*PSPP II*). Tra i moltissimi commenti mi limito a richiamare F.C. MAYER, *Der ultra-vires-Akt*, in *JZ*, 2020, pp. 725 ss.; A. HARATSCH, *Der entfesselte Prometheus oder Karlsruhes Spiel mit dem Feuer – Ein europäisches Drama*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2109, pp. 843 ss., entrambi molto critici; F. SCHORKOPF, *Wer wandelt die Verfassung?*, in *JZ*, 2020, pp. 734 ss., favorevole alla decisione. Nella dottrina italiana v. almeno, da prospettive e con valutazioni differenti, B. CARAVITA - M. CONDINANZI - A. MORRONE - A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in questa *Rivista*, 14/2020; D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronunzia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, *ivi*; A. SOMMA, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia liberale*, in *DPCE online*, 2/2020, pp. 2869 ss.; O. CHESSA, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, *ivi*, pp. 2741 ss.; G. SCACCIA, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito pubblico della BCE*, *ivi*, pp. 2857 ss.; M. ESPOSITO, *L'Unione europea: dal miraggio della federazione a fini perequativi al consolidamento*

ha fatto ricorso alla formula dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*². Si tratta di un'espressione di non immediata intelligibilità, suscettibile finanche di complicare il quadro concettuale di riferimento³, come del resto dimostrano le difficoltà incontrate nella sua traduzione. Nella versione inglese della decisione, rilasciata dallo stesso BVerfG, si parla di una Unione “*based on the multilevel cooperation of sovereign states, constitutions, administrations and courts*”, formula ripresa nella traduzione italiana del comunicato stampa⁴. Simili scarti semantici si erano riscontrati già nelle sentenze precedenti: ad esempio il concetto di *Staatenverbund*, di cui la sentenza *Lissabon* ha dato una definizione più articolata, è stato reso, nella traduzione ufficiale inglese, con “*association of sovereign states*” e in italiano con “ente di collegamento tra stati” o con “unione di stati”⁵. Oggi la locuzione “associazione di stati” mi sembra preferibile.

Per lo studioso o la studiosa comparatista, i problemi di traduzione sono del resto una spia dei caratteri specifici delle culture costituzionali in cui determinate espressioni hanno origine. Può accadere che alcuni concetti appaiano intraducibili, poiché la trasposizione in un'altra lingua ne farebbe perdere il significato più profondo. Una percezione di intraducibilità può tuttavia stimolare l'interesse per una determinata nozione e spingere a tradurla. In ogni caso è importante, una volta avviata la pratica della traduzione – e quindi della mediazione linguistica e culturale –, cercare di mantenere fede al senso assunto dal concetto in questione nel contesto originario, evitando al contempo di ingenerare confusione e fraintendimenti nell'uditorio al quale la traduzione è destinata⁶.

Per comprendere il significato della formula *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund* occorre considerare il ruolo che la *Staatstheorie* ha giocato nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco sull'Europa a partire dalla sentenza *Maastricht*. Qui le Comunità europee e la

dell'egemonia dei “più uguali”, ivi, pp. 2753 ss.; A. GUAZZAROTTI, “Neutralità va cercando, ch'è sì cara”! Il Tribunale costituzionale tedesco contro la politicità dei programmi di quantitative easing della BCE, ivi, pp. 2811 ss.; P. FARAGUNA, Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?), in *Forum Quad. Cost. Rass.*, 2/2020; F. SAIITTO, “Tanto peggio per i fatti”. Sipario sulla Presidenza Voßkuhle: il caso Quantitative Easing di fronte al Bundesverfassungsgericht, in *dirittocomparati.it* (7 maggio 2020). Per una lettura alla luce di alcune caratteristiche della cultura costituzionale e della tradizione economica tedesca si v., se si vuole, A. DI MARTINO, Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica, in corso di pubblicazione su *Costituzionalismo.it*.

² BVerfG, 2 BvR 859/15, del 5 maggio 2020 (*PSPP II*), Rn. 111.

³ Sono condivisibili i rilievi di B. CARAVITA - M. CONDINANZI - A. MORRONE - A.M. POGGI, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata*, cit., iii ss. (par. 2).

⁴ La traduzione inglese ufficiale è reperibile sul sito *bundesverfassungsgericht.de* (il passaggio è ancora al pt. 111). La traduzione italiana delle massime della sentenza è disponibile su questa *Rivista*, a cura di A. Caravita; in essa (p. 4) ci si riferisce alla «natura dell'Unione europea, che si basa sulla cooperazione multilivello tra stati, costituzioni, amministrazioni e corti» (gli stati non sono qualificati come “sovrani”).

⁵ Cfr. rispettivamente la traduzione delle massime della decisione, curata da J. Luther, e la ricostruzione della sentenza, da parte di chi scrive, entrambe in *Giur. cost.*, 2009, pp. 5147 ss.

⁶ Sul rapporto tra comparazione e traduzione v., tra gli altri, R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, 7. ed., Milano, 2019, pp. 25 ss.; A. VESPAZIANI, *Comparazione e traduzione: dalla letteratura al diritto*, in *Riv. do curso de direito da USFM*, 2016, pp. 1161 ss. (reperibile in *ufsm.br/revistadireito*); S. GLANERT (ed.), *Comparative Law – Engaging Translation*, Oxon New York, 2014; B. POZZO - M. TIMOTEO (a cura di), *Europa e linguaggi giuridici*, Milano, 2008, pp. XXV ss.

futura Unione europea sono state definite uno *Staatenverbund*⁷. Nella pronuncia *Lissabon* il concetto è stato ulteriormente sviluppato⁸, mentre nella decisione sull'identità costituzionale/mandato d'arresto II compare la lunga espressione dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*⁹. Quest'ultima è stata ripresa nella sentenza sulle *Outright monetary transactions*¹⁰ e, da ultimo, in quella recentissima sul programma PSPP.

Che i giudici del *Bundesverfassungsgericht* abbiano fatto ricorso a una “teoria dello stato”, elevandola a chiave argomentativa di alcune decisioni è stato sostenuto da diversi studiosi¹¹ e riconosciuto anche dal Presidente uscente del Tribunale Andreas Voßkuhle. Questi, pur negando che il *Bundesverfassungsgericht* si riconosca come istituzione in una *Staatstheorie* piuttosto che in un'altra, e pur collegando le motivazioni delle pronunce a concrete questioni da risolvere, con determinati vincoli processuali e specifiche norme da interpretare, ha ammesso che il filone giurisprudenziale sull'integrazione europea si presta a essere letto attraverso determinate “immagini” (*Bilder* o *Leitbilder*) dello stato, rilevanti sul piano ermeneutico¹². E invero tali immagini, che a volte diventano vere e proprie metafore¹³, sono il portato di percezioni della “realtà costituzionale” condivise da un pubblico più vasto e formulate con linguaggio normativo, e spesso presentano una contiguità con principi etico-filosofici. Ciò spiega come mai esse riescano a rendere visibili le precomprensioni dei giudici e al contempo ne indirizzino l'interpretazione¹⁴. Di qui l'interesse a comprendere le origini e il significato delle “immagini” impiegate dal BVerfG per inquadrare il processo di integrazione europea, e dunque i rapporti tra l'Unione e gli stati membri.

In questo contributo cercherò di mettere a fuoco i passaggi che hanno portato il Tribunale costituzionale a concentrarsi sull'immagine dello *Staatenverbund*, per poi estenderla allo *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*, provando altresì a illustrare le relative implicazioni spaziali: se e come tali immagini evocano l'idea di federazione, implicano il territorio dello stato, suggeriscano un rapporto (e quale) con gli spazi funzionali dell'Unione, anzitutto quello del mercato, e con la dimensione universalistica dei diritti fondamentali.

⁷ BVerfGE 89, 155, pp. 183 ss. (*Maastricht* – 1993) e massime nn. 2 e 8.

⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009 (*Lissabon*), Rn. 229 e massima n. 1.

⁹ BVerfG, 2 BvR 2735/14, del 15 dicembre 2015 (*Identitätskontrolle/Eur. Haftbefehl II*), Rn. 44.

¹⁰ BVerfG, 2 BvR/13, del 21 giugno 2016 (*OMT II*), Rn. 140.

¹¹ Cfr. gli autori richiamati nei paragrafi 2 e 3.

¹² A. VOßKUHLE, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht*, in ID. - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen*, Berlin, 2013, pp. 376 ss.

¹³ Tale ad esempio quella del *Verfassungsverbund* (letteralmente, “associazione di costituzioni”, meno vicina al testo “unione di costituzioni parziali”), tradotta più frequentemente in “*multilevel constitutionalism*” e “costituzionalismo multilivello”, cfr. par. 2. In altra sede (cfr. *supra*, nt. 1) ho guardato alla metafora della “comunità di stabilità”, connessa all'immagine dello *Staatenverbund*.

¹⁴ Cfr. U. VOLKMAN, *Leitbildorientierte Verfassungsanwendung*, in *AöR*, 2009, pp. 168 ss.; P. HÄBERLE, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. Aufl., Berlin, 2008. Valorizza i *Bilder* nell'ambito del metodo comparativo P. RIDOLA, *Unità e particolarismo nell'esperienza giuridica europea* (2016), in ID., *Esperienza, costituzioni, storia*, Napoli, 2019, p. 20.

Nell'affrontare tale percorso muoverò dalla consapevolezza di una rinnovata attenzione per la statualità presso una parte della dottrina giuspubblicistica tedesca¹⁵. Un'attenzione siffatta si rinviene a ben vedere fin dall'elaborazione della Legge fondamentale, quando lo stato è stato percepito come un presidio di stabilità e argine rassicurante rispetto alle derive provenienti dalla società tipiche dell'età weimariana. Essa si è tuttavia ravvivata a partire dagli anni ottanta, trovando visibilità scientifica nella pubblicazione dell'*Handbuch des deutschen Staatsrechts*, e in maniera ancora crescente nell'ultimo decennio, a causa dell'intrecciarsi di una serie di fenomeni che hanno sollecitato a vedere nello stato l'orizzonte ideale e lo strumento organizzativo per rispondere a sfide epocali: la crisi dello stato sociale, la riunificazione, l'individualizzazione dei comportamenti sociali, i flussi migratori, la polarizzazione dello spettro politico, la messa in questione della compattezza del sistema dei valori del *Grundgesetz*, l'esposizione a processi di integrazione sovranazionale e di globalizzazione percepiti come difficilmente controllabili¹⁶.

2. Maastricht: lo *Staatenverbund* tra “pluriverso” degli stati e mercato. Il *Verfassungsverbund* come “unione di costituzioni parziali” e “costituzionalismo multilivello”

L'immagine dello *Staatenverbund* è utilizzata per la prima volta dal Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza *Maastricht*. Qui il ricorso a una determinata concezione della statualità ha giocato un ruolo determinante nell'argomentazione dei giudici¹⁷: nel valutare conforme al *Grundgesetz* la legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato sull'Unione europea, comprensiva dell'istituzione dell'Unione monetaria, i giudici si sono basati sull'idea che l'integrazione sovranazionale non avesse dato vita a un *Bundesstaat* (stato federale) europeo, ma a uno *Staatenverbund* (associazione di stati)¹⁸, a sua volta distinto

¹⁵ Sulle divisioni tra la scuola schmittiana e la scuola smendiana intorno ai temi dello stato e della costituzione v. per tutti F. GÜNTHER, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Deziision und Integration (1949-1970)*, München, 2004.

¹⁶ Sull'importanza giocata dal tema della statualità v. P. RIDOLA, *Le suggestioni e l'influenza della Costituzione di Weimar sul Grundgesetz del 1949*, relazione al Convegno tenutosi il 13 e 14 giugno 2019 all'Università Bocconi di Milano, dal titolo *2019: La Germania tra integrazione europea e sovranismo. Le sfide del costituzionalismo tedesco a 100 anni dalla Costituzione di Weimar e a 70 dalla Legge fondamentale*, in corso di stampa. Nella dottrina tedesca cfr. A. VOBKUHLE - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates*, cit.; U. SCHLIESKY (hrsg.), *Gespräche über den Staat*, München, 2017; E. JESSE (hrsg.), *Reinassance des Staates*, Baden-Baden, 2011; J. ISENSEE, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, in O. DEPENHEUER - C. GRABENWARTER (hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, pp. 199 ss., pp. 199 ss.; C. MÖLLERS, *Der vermisste Leviathan*, Frankfurt a.M., 2008, pp. 59 ss.; R. LHOTTA, *Der Staat als Wille und Vorstellung: die etatistische Reinassance nach Maastricht und ihre Bedeutung für das Verhältnis von Staat und Bundesstaat*, in *Der Staat*, 1997, pp. 189 ss. Per una lettura critica dell'*Handbuch des deutschen Staatsrechts* nell'ambito del panorama costituzionalistico tedesco v. H. SCHULZE-FIELITZ, *Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre nach 50 Jahren Grundgesetz* (1999), in ID., *Staatsrechtslehre als Mikrokosmos*, Tübingen, 2013, pp. 255 ss.

¹⁷ Sul tema, in generale e con riferimento ai limiti dell'integrazione europea, v. ampiamente C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, 2. Aufl., Tübingen, 2011. Sull'uso, in questa giurisprudenza del BVerfG, dell'argomento statualistico in funzione di stabilizzazione e orientamento cfr., fra gli altri, O. LEPSIUS, *Funktion und Wandel von Staatsverständnissen*, in A. VOBKUHLE - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates*, cit., pp. 44 ss.

¹⁸ BVerfGE 89, 155, pp. 181 ss.

teoricamente dallo *Staatenbund* (confederazione di stati) e collocabile in un punto intermedio tra le due tradizionali figure dogmatiche elaborate dalla dottrina dello *Staatsrecht*.

Nello *Staatenverbund* i soggetti costitutivi sono gli stati membri e i rispettivi popoli: sono loro, attraverso i parlamenti nazionali, e segnatamente tramite l'approvazione della legge contenente l'ordine di esecuzione al trattato e i meccanismi interni della responsabilità politica, a trasmettere all'ente associativo la legittimazione democratica necessaria. I giudici hanno quindi accolto, tra i diversi modelli attraverso i quali leggere il processo di integrazione, quello prevalentemente incentrato sugli stati o intergovernativo, accantonando sia quello funzionalista sia quello federalista¹⁹. Le implicazioni di tale ricostruzione sono note: una svalutazione delle istituzioni sovranazionali e soprattutto del Parlamento europeo quale fonte di legittimazione. A quest'ultimo spetta infatti un ruolo secondario, conforme all'assenza di un popolo europeo ivi rappresentato. Inoltre, poiché sono i popoli degli stati i principali attori del circuito democratico, presso il *Bundestag* devono rimanere compiti di carattere sostanziale, e ciò pone limiti a competenze e poteri che si possono trasferire alla sede europea, pena la realizzazione di fatto di una *Entstaatlichung*²⁰.

Il contenuto della decisione è stato in buona parte influenzato dalle posizioni teoriche del suo relatore, Paul Kirchhof, e da quelle di un altro influente membro del secondo Senato del BVerfG, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Si tratta tuttavia di personalità con itinerari intellettuali diversi. Il primo è un giuspubblicista tributarista, sensibile agli interessi della proprietà e vicino a posizioni ordoliberali, chiamato ad occuparsi, nella divisione dei compiti interni al Tribunale, dei rapporti tra la Repubblica tedesca e le Comunità europee, dopo aver sostituito il giudice internazionalista Helmut Steinberger. Per quanto concerne la teoria dello stato, Kirchhof fa propria la tradizione organicistica della giuspubblicistica tedesca, condivide l'impostazione di fondo dell'*Handbuch des deutschen Staatsrechts*, del quale è co-curatore, accoglie infine alcuni elementi della riflessione di Carl Schmitt²¹. Böckenförde è un costituzionalista con profondi studi storici e filosofici, cattolico e socialdemocratico, appartenente a

¹⁹ Per tutti P. RIDOLA, *Il principio democratico fra stati nazionali e Unione europea*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, pp. 313 ss.; A. VON KOMOROWSKI, *Demokratieprinzip und Europäische Union*, Berlin, 2010, Teil V.

²⁰ BVerfGE 89, 155, pp. 184 ss.

²¹ Cfr. T. OPPERMAN, *Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre*, in P. BADURA - H. DREIER (hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, 2001, pp. 454 ss.; R.C. VAN OUYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht und Europa*, Baden-Baden, 2020, 8. Aufl., pp. 62 ss., anche per un confronto con Böckenförde. Tra i testi di Kirchhof sui temi che qui interessano è fondamentale P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, in ID. - J. ISENSEE (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII, Heidelberg, 1992, § 183 (855 ss.), in buona parte ripubblicato come ID., *Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland*, in J. ISENSEE (hrsg.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, Berlin, 1993, pp. 63 ss. Tra i primi lavori per l'*Handbuch* v. ID., *Die Identität der Verfassung in ihrem unabänderlichen Inhalten*, in ID. - J. ISENSEE (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, Heidelberg, Müller, 1987, § 19 (pp. 775 ss.). Per una rappresentazione recente del suo pensiero v. ID., *Das Maß der Gerechtigkeit. Bringt unser Land wieder in Gleichgewicht!*, ebook, München, 2009. T. OPPERMAN, *Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre*, cit., p. 455, fa riferimento all'appartenenza di Kirchhof a cerchie familiari e culturali del cattolicesimo sociale; a me sembra parimenti innegabile l'influenza delle correnti ordoliberali: rimando, se si vuole, ad A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires*, cit., par. 4 ss.

quella che, nella Germania del dopoguerra, è stata definita la scuola schmittiana, ma anche estimatore del pensiero di Hermann Heller²². Anche Böckenförde partecipa, fin dall'inizio, alla redazione di importanti contributi per l'*Handbuch des deutschen Staatsrechts*²³.

Riconoscere l'apporto di queste due figure – in un collegio che opera verso la ricerca di soluzioni condivise pur dopo l'introduzione delle opinioni separate²⁴ – può essere utile per cogliere meglio la portata di alcune critiche sollevate da una parte della dottrina verso il *Maastricht-Urteil*. Tali critiche si sono appuntate in primo luogo nei confronti del carattere di esclusività con cui si è guardato ai popoli nazionali come veicoli della legittimazione democratica, soprattutto perché si è insistito sul criterio dell'omogeneità. Si tratta, a ben vedere, di una discussione non solo di interesse comune allo spazio pubblico europeo, ma anche peculiare al contesto tedesco, dove il concetto di omogeneità del popolo risveglia il ricordo degli eccessi del nazionalismo e delle persecuzioni naziste²⁵.

In un passaggio molto discusso della sentenza, in cui viene citato il saggio di Hermann Heller “Democrazia politica e omogeneità sociale”, il Tribunale afferma:

Gli stati necessitano di ambiti materiali propri sufficientemente significativi, intorno ai quali ciascun popolo può trovare uno sviluppo e un'articolazione, attraverso un processo di formazione della volontà politica, da esso stesso legittimato e indirizzato, al fine di dare espressione giuridica a ciò che di spirituale, sociale e politico – in maniera relativamente omogenea – lo unisce²⁶.

Diversi commentatori hanno letto negativamente questo periodo, sostenendo che la citazione helleriana servisse in realtà a coprire una più profonda convinzione schmittiana del collegio²⁷. Essendo, cioè, Schmitt un autore ancora molto controverso e non potendo in quanto tale essere espressamente menzionato, i giudici ne avrebbero sposato alcuni postulati teorici, nascondendoli tuttavia dietro il più

²² Su Böckenförde la bibliografia è già piuttosto ampia. Mi limito a richiamare R. MEHRING - M. OTTO (hrsg.), *Voraussetzungen und Garantien des Staates. Ernst-Wolfgang Böckenfördes Staatsverständnis*, Baden-Baden, 2014, e l'intervista rilasciata a D. GOSEWINKEL, “Beim Staat geht es nicht allein um Macht, sondern um die staatliche Ordnung als Freiheitsordnung”. *Biographisches Interview mit Ernst-Wolfgang Böckenförde*, in E.W. BÖCKENFÖRDE, *Wissenschaft Politik Verfassungsgericht*, Berlin, 2011, pp. 307 ss. e *supra*, nt. 15.

²³ Cfr. in particolare E.W. BÖCKENFÖRDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in P. KIRCHHOF - J. ISENSEE (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. I, cit., § 22, (pp. 887 ss.). Sullo stato come presupposto della costituzione v. in particolare J. ISENSEE, *Staat und Verfassung*, ivi, § 13 (pp. 591 ss.) e più recentemente ID., *Die Staatlichkeit der Verfassung*, cit.

²⁴ Cfr. U. KRANENPOHL, *Hinter dem Schleier. Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden, 2010.

²⁵ Nel lessico costituzionale italiano tale concetto è già meno sospetto: mi limito a ricordare che esso è stato utilizzato da Costantino Mortati – anch'egli influenzato dai costituzionalisti weimariani – come chiave di lettura per l'analisi comparativa delle forme di governo: cfr. C. MORTATI, *Lezioni sulle forme di governo*, Padova, 1973.

²⁶ BVerfGE 89, 155, p. 186.

²⁷ Cfr. tra gli altri I. PERNICE, *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, in *AöR*, 1995, pp. 103 ss.; R. LHOTTA, *Der Staat als Wille und Vorstellung*, cit., p. 206; più recentemente R.C. VAN OUYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht und Europa*, cit., pp. 45 ss.; H. SAUER, *Von Weimar nach Lissabon? Zur Aktualität der Methoden- und Richtungsstreits der Weimarer Staatsrechtslehre bei der Bewältigung von Europäisierung und Internationalisierung des öffentlichen Rechts*, in U.J. SCHRÖDER, A. VON UNGERN-STERNBERG (hrsg.), *Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre*, Tübingen, 2011, pp. 243-244.

spendibile nome di Heller. Gli assunti schmittiani riguarderebbero l'omogeneità del popolo quale presupposto necessario della democrazia, un'omogeneità intesa come uniformità e riconducibile ancor prima alla nazione, con implicazioni prevalentemente identitarie, anti-pluralistiche ed escludenti. Tale concezione trova espressione nelle riflessioni schmittiane sul parlamentarismo, sulla democrazia e sulla teoria del *Bund*, la quale pure si muove al di là dell'antinomia, propria dello *Staatsrecht* guglielmino, tra *Bundesstaat* e *Staatenbund*²⁸. Qui l'omogeneità è bensì il requisito che evita la posizione del conflitto esistenziale tra il *Bund* e i suoi membri, in una situazione in cui la sovranità è collocata in uno stato di sospensione, ma l'omogeneità democratica produce nel popolo una spinta più livellante rispetto all'omogeneità federale, tanto da tramutare il *Bund* in uno stato sostanzialmente unitario²⁹.

Quello che si rimprovera ai giudici è, in sostanza, la sovrapposizione tra il concetto di omogeneità, quello di popolo e quello di nazione, concepito quest'ultimo alla stregua di criteri prevalentemente biologici o comunque in senso lato culturali, una sovrapposizione che avrebbe impedito di valorizzare le peculiarità del progetto europeo. Tali peculiarità consistono proprio nella coesistenza, nella cooperazione e nell'integrazione di nazioni e popoli con tradizioni culturali e politiche differenti.

E, tuttavia, pur essendovi alcune assonanze tra la ricostruzione del Tribunale e la teoria schmittiana, non può a mio avviso negarsi una più autentica influenza helleriana, tramite la mediazione di Böckenförde. Nel saggio citato più in alto, Heller parla della «omogeneità sociale» come di un requisito indispensabile a impedire la disgregazione di comunità già percorse da conflitti tra classi sociali e portatrici di interessi contrapposti. Si tratta, in altre parole, di un *Wir-Bewußtsein* («coscienza del 'noi'»), condiviso dai membri di un medesimo corpo politico anche se appartenenti a gruppi tra loro antagonisti, una consapevolezza tale da costituire la base affinché scontri politici e sociali anche aspri possano svolgersi con un certo *fair play*, garantendo alle minoranze di oggi la possibilità di diventare un domani la maggioranza³⁰. Nella visione di Heller l'omogeneità sociale, anche «relativa» e accompagnata dall'«omogeneità civile» e da quella «politica», è volta soprattutto ad assicurare un riequilibrio delle condizioni economiche tra le classi. I destinatari del suo appello sono quindi soprattutto i membri della borghesia, invitati a espandere il proprio *Wir-Bewußtsein* fino ad accogliere le legittime aspirazioni del proletariato, pena l'incapacità del sistema democratico-rappresentativo a mediare il conflitto e la

²⁸ Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 9. Aufl., Berlin, 2003 [prima ed. 1928], pp. 204 ss., 231 ss., 370 ss.

²⁹ È il «*Bundesstaat* senza struttura federale»: ivi, pp. 388 ss. Per una corretta valorizzazione dell'idea di una sovranità in stato di sospensione, propria del *Bund* schmittiano, e di una soluzione delle tensioni sul piano politico e non giurisdizionale, ai fini di un inquadramento del conflitto tra pretesa unilaterale di originarietà da parte degli stati membri e rivendicazione di autonomia da parte dell'Unione v. R. WAHL, *Die Schwebelage im Verhältnis von europäischer Union und Mitgliedstaaten. Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgericht*, in *Der Staat*, 2009, pp. 587 ss.

³⁰ H. HELLER, *Democrazia politica e omogeneità sociale*, ed. orig. *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in ID., *Stato di diritto o dittatura? E altri scritti (1928-1933)*, tr. it. a cura di U. Pomarici, Napoli, 1998, pp. 13 ss.

probabile deriva verso la dittatura³¹. Per il costituzionalista weimariano, del resto, lo stato come «unità di decisione e di azione» è il frutto dell'organizzazione della molteplicità, e in particolare delle forze pluralistiche della società, e non un dato preesistente da queste minacciato, come invece avveniva nella ricostruzione di Schmitt, con il quale peraltro Heller condivide la dimensione nazionale come cornice principale dello spazio politico³².

Böckenförde riprende molti spunti dalla riflessione helleriana, a cominciare dalla «relativa omogeneità sociale» quale presupposto della democrazia, laddove l'aggettivo “relativa” intende stemperare alcuni assolutismi legati alla concezione schmittiana. L'autore insiste bensì su caratteri pre-giuridici come la lingua, la cultura, la nazione politica, senza tuttavia dimenticare l'attenzione affinché non si producano eccessivi divari sul fronte economico-sociale, pena la tenuta democratica della società³³. Negli scritti successivi alla sentenza *Maastricht*, questo elemento è sottolineato nuovamente dall'autore, alla luce della prevalenza di un'integrazione di tipo negativo a livello europeo³⁴. Conformemente a una rilettura di Schmitt in senso liberale, Böckenförde valorizza il nesso tra libertà individuale e autonomia collettiva e l'idea che la democrazia si realizzi nella sua forma rappresentativa. Per converso, la legittimazione democratica riguarda la riconduzione al popolo dell'origine, della titolarità e dell'esercizio del potere statale, non toccando invece i profili della democratizzazione della società³⁵.

Nella trattazione di Kirchhof gli accenti sono in parte diversi: da un lato perché gli spunti schmittiani sono accompagnati da molti riferimenti all'entità pre-esistente dello stato, a sua volta formata, in una prospettiva organicistica, dall'insieme di nazione, lingua, religione, cultura e anche economia. Su quest'ultimo punto la posizione di Kirchhof appare distante da quella di Böckenförde: egli sottolinea l'importanza del mercato comune, il cui soggetto, da lui stesso indentificato con l'*homo oeconomicus*, agisce secondo una specifica razionalità, volta a massimizzare i guadagni, mentre le istituzioni dello stato sociale ricoprono un ruolo tendenzialmente sussidiario³⁶. Nella sua ricostruzione il mercato senza confini interni si sposa perfettamente con un diritto comune e con il «pluriverso» degli stati (un'altra

³¹ Ivi, pp. 21 ss. V. anche ID., *Staatslehre*, 6. rev. Aufl., Tübingen, 1983, [prima ed. 1934], pp. 206, 261 (sulla «relativa omogeneità»), 276. Sulla concezione helleriana della omogeneità sociale v. M. HENKEL, *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates. Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der Soziologie*, Tübingen, 2011, pp. 304 ss.

³² Ivi, p. 317. Sullo stato come *organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit* v. H. HELLER, *Staatslehre*, cit., pp. 259 ss. Sulla differenza di impostazione tra i due autori cfr. per tutti, nell'ambito del variegato contesto weimariano, P. RIDOLA, *Stato e costituzione in Germania*, Torino, 2016, pp. 66 ss. 77 ss.

³³ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, cit., pp. 926 ss., spec. 929 ss.

³⁴ ID., *Die Zukunft politischer Autonomie. Demokratie und Staatlichkeit im Zeichen von Globalisierung, Europäisierung und Individualisierung* (1997), in ID., *Staat Nation Europa*, Suhrkamp, 1999, pp. 103 ss.

³⁵ ID., *Demokratie als Verfassungsprinzip*, cit., pp. 888 ss. Per una valorizzazione di questa impostazione v. D. LÜDDECKE, *Gegenstrebige Fügungen der Demokratie. Überlegungen zum historisch-institutionellen und ordo-sozialliberalen Demokratieverständnis Ernst-Wolfgang Böckenfördes* in R. MEHRING - M. OTTO (hrsg.), *Voraussetzungen und Garantien des Staates*, cit., pp. 119 ss.

³⁶ P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., pp. 865 ss.

espressione usata da Schmitt³⁷), trovando una felice composizione proprio nell'immagine dello *Staatenverbund*³⁸. Quest'ultimo a sua volta è presidiato da una serie di limiti normativi al processo di integrazione, consistenti nel divieto di perdere elementi che fattualmente connotano la statualità³⁹. Come gli ordoliberali, Kirchhof appare in un primo momento diffidente rispetto all'istituzione dell'Unione monetaria, in ragione delle diversità storiche e soprattutto dei divari produttivi tra gli stati membri, tanto che nel contributo per l'*Handbuch* la politica monetaria risulta ancora rientrare nella sfera delle competenze statali⁴⁰. Ma finisce anche lui con l'accettarla, facendo leva sui criteri di convergenza e sugli effetti disciplinanti che il mercato di capitali – il quale introduce la dimensione di uno spazio globale – esercita sulle economie nazionali⁴¹.

Da una diversa prospettiva, l'argomentazione del Tribunale nella sentenza *Maastricht* è stata criticata nell'ottica di una teoria del federalismo, poiché avrebbe contrapposto in maniera troppo semplificata, riproducendo le antinomie della dogmatica statualistica del tardo XIX secolo, lo *Staatenverbund* al *Bundesstaat*, ignorando la varietà delle tipologie con cui concretamente gli assetti federali si configurano. Avrebbe poi fatto propria un'idea di *Bundesstaat* che, applicata alla Repubblica federale tedesca, sarebbe stata suscettibile di ridimensionare fortemente il ruolo dei *Länder*⁴². Da un punto di vista più generale, è stato inoltre osservato che non può darsi piena corrispondenza tra le categorie astratte e le prassi degli assetti federativi, essendo le prime fisse e le seconde sperimentali e dinamiche (così è stato anche per il *Reich* guglielmino). Inoltre, l'elaborazione del concetto di *Staatenverbund* per distinguerlo da quello di *Staatenbund*, percepito come vecchio e superato ma con il quale il primo condivide molti tratti, avrebbe lo svantaggio proprio delle costruzioni *sui generis*, e cioè di sottrarsi a un articolato confronto comparativo⁴³.

Se il Tribunale costituzionale ha canonizzato lo *Staatenverbund* a modello interpretativo del processo di integrazione, immettendolo nel parametro di costituzionalità, una parte della dottrina ha quindi provato a ragionare con formule differenti, tra cui quelle delle «costituzioni parziali» (*Teilverfassungen*), del «federalismo sovranazionale» (*supranationaler Föderalismus*) e dell'«associazione di costituzioni», o anche «unione di costituzioni parziali» (*Verfassungsverbund*)⁴⁴. Quest'ultima espressione, che ha riscosso

³⁷ Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, cit., p. 363.

³⁸ P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., pp. 873, 875, 879 ss.

³⁹ Per alcune incongruenze di questa argomentazione v. C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, cit., pp. 376 ss.

⁴⁰ P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., p. 861.

⁴¹ BVerfGE 89, 155, pp. 199 ss. Per ulteriori considerazioni rimando, se si vuole, ad A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires*, par. 4 e 5.

⁴² R. LHOTTA, *Der Staat als Wille und Vorstellung*, cit., pp. 189 ss.

⁴³ S. OETER, *Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme*, in *ZaöRV*, 2015, pp. 733 ss.

⁴⁴ V. rispettivamente A. VON BOGDANDY, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, Baden-Baden, 1999; P. HÄBERLE - M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl., Baden-Baden, 2016, pp. 314 ss.; I. PERNICE, *Bestandsicherung der Verfassung. Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, in R. BIEBER

notevole successo presso molti studiosi tedeschi, fa riferimento a un intreccio materiale, istituzionale e funzionale, tra le costituzioni nazionali e il diritto primario dell'Unione. Ad elaborarla è stato Ingolf Pernice, appartenente alla scuola häberliana, a sua volta collocabile nell'alveo di quella smendiana, dalle quali ha ripreso alcune idee di fondo: che sia la costituzione, e non lo stato, il punto di partenza per le riflessioni dei costituzionalisti («es gibt nur so viel Staat, wie die *Verfassung* konstituiert» è un concetto ripetuto frequentemente da Häberle); che l'integrazione sia un processo dinamico e dal fine aperto sotteso alle organizzazioni federali; che la democrazia non sia esclusivamente legata al popolo dello stato ma dipenda dall'esercizio dei diritti di partecipazione dei singoli cittadini⁴⁵.

È con riguardo al concetto di *Verfassungsverbund* che i problemi di traduzione sono stati più evidenti: dovendo rendere questa espressione in lingua inglese, i suoi autori hanno scelto di tradurla con «costituzionalismo multilivello» (*multilevel constitutionalism*)⁴⁶, adoperando una locuzione, più lontana dalla lettera originale, che genera la metafora di “livelli” di governo sovrapposti. Al di là delle buone intenzioni di chi la ha formulata, è stato osservato come tale metafora possa ingenerare degli equivoci, delineando l'immagine di una struttura a più piani, con un livello più alto (quello europeo) superiore rispetto a quelli nazionali, finanche costituzionali⁴⁷. Se queste preoccupazioni possono trovare un appiglio in alcuni scritti dello stesso Pernice, dove effettivamente sembra che il diritto europeo sia destinato comunque a prevalere, mi sembra che il dibattito degli ultimi anni si sia dimostrato consapevole di rischi siffatti e abbia anzi col tempo accentuato il carattere pluralistico del *Verfassungsverbund*⁴⁸.

Nell'inquadramento della sentenza *Maastricht* occorre, a ogni modo, rilevare un dato storico, e cioè che il *Bundesverfassungsgericht* ha fatto ricorso al *topos* argomentativo della statualità in un momento in cui la Germania aveva appena riconquistato la propria unità. Lasciando da parte le modalità in cui la riunificazione è avvenuta (senza attivazione dell'art. 146 GG) e le ripercussioni sofferte dai cittadini dei *Länder* orientali (non sempre adeguatamente tematizzate dai giuristi), è chiaro come al termine di questo processo sia stato di nuovo possibile per il Tribunale riferirsi, non senza un certo orgoglio, allo stato tedesco nella sua interezza e all'autodeterminazione del suo popolo, utilizzando risorse

ET AL. (dir.), *L'espace constitutionnel européen*, Zürich, 1995, pp. 261 ss.; ID., *Europäisches und Nationales Verfassungsrecht*, in VVDStRL 60, Berlin, 2001, pp. 148 ss., nonché la recente e molto ampia raccolta di scritti ID., *Der europäische Verfassungsverbund*, Baden-Baden, 2020, in cui sono contenuti anche i lavori menzionati nel presente contributo.

⁴⁵ La formula tra virgolette è di Adolf Arnd. Riletta alla luce del pensiero di Smend, è citata spesso da Häberle e, riprendendo questi, da Pernice. Cfr. ad es. P. HÄBERLE, *Die europäische Verfassungsstaatlichkeit*, in *KritVJ*, 1995, p. 300. Con riguardo anche agli altri punti richiamati nel testo, v. I. PERNICE, *Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration*, cit., pp. 113 ss., e i lavori di questo autore richiamati alla nt. precedente. In una prospettiva che muove dalla statualità, J. ISENSEE, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, cit., pp. 224, 235, 239 ss., è stato critico sia verso la formula di Arnd sia verso il concetto di *Verfassungsverbund*, ritenuti entrambi sintomo di «olismo costituzionale».

⁴⁶ Cfr. I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *E.L. Rev.*, 2002, pp. 511 ss.

⁴⁷ Cfr. gli stessi P. HÄBERLE - M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, cit., pp. 310 ss.

⁴⁸ Cfr. *infra*, par. 4.

argomentative rimaste nascoste – comprensibilmente – nei primi decenni del secondo dopoguerra, quando la Germania era divisa e il paese bisognoso di ribadire le limitazioni alla propria sovranità per potersi aprire all’ordinamento internazionale ed esservi di nuovo ammesso come un membro credibile, impegnato nell’attuare i valori⁴⁹.

Di questa particolare situazione storica, e della costellazione geopolitica che l’accompagna, è consapevole lo stesso Kirchhof, il quale nel contributo per l’*Handbuch* sottolinea la specifica posizione in cui si trova la Germania all’inizio degli anni novanta del XX secolo: da una parte membro delle Comunità europee, dall’altra paese chiave della *Mitteleuropa*. Kirchhof formula il problema nei termini di un’alternativa tra l’approfondimento dell’integrazione sovranazionale – un’evoluzione che invero non escludeva allora l’opzione federale tra i dodici stati membri – e un assetto che avrebbe consentito l’ingresso dei paesi dell’Europa centro-orientale, verso i quali la Germania avvertiva una specifica responsabilità, evitando così l’ampliamento del divario politico, economico e sociale tra questi paesi e gli stati (già) membri⁵⁰. Alla luce di tali premesse, il modello dello *Staatenverbund* traduce con una formula di teoria dello stato la seconda alternativa politica, e il rigetto del *Bundesstaat* sembra meno un arroccamento difensivo dietro rigide posizioni astratte quanto la pragmatica difesa dello *status quo* rispetto ad affrettate fughe in avanti, la cui realizzazione era peraltro percepita all’epoca come meno improbabile di quanto non appaia adesso. La stessa pronuncia *Maastricht* aveva lasciato prudentemente aperto l’interrogativo in ordine a eventuali sbocchi federalisti, affermando che l’oggetto del giudizio non ricomprendeva anche la questione «se la Legge fondamentale permett[esse] o viet[asse] una partecipazione della Germania a uno stato [federale] europeo»⁵¹.

3. Lissabon: spazio politico primario ed esclusione di uno stato federale europeo

La domanda circa una possibile evoluzione dell’Unione in *Bundesstaat* riceve invece una risposta negativa nella sentenza sul Trattato di Lisbona del 2009. Qui il Tribunale riafferma la costruzione dello *Staatenverbund*, con un significato non più solo descrittivo ma anche prescrittivo⁵². Ai sensi della costituzione tedesca e della sua “clausola di eternità” (art. 79, comma 3 GG), infatti, il passaggio verso uno stato federale europeo richiederebbe l’esercizio di un nuovo potere costituente, che si collocherebbe al di fuori della costituzione vigente. Una deliberazione in tal senso del popolo tedesco,

⁴⁹ Tra gli altri e da diverse angolature v. A. VOBKUHLE, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 375; O. LEPSIUS, *Funktion und Wandel von Staatsverständnissen*, cit., p. 39; P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., pp. 861 ss.; P. HUBER, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre danach*, in *AöR*, 2016, p. 126.

⁵⁰ P. KIRCHHOF, *Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration*, cit., pp. 856-858.

⁵¹ BVerfGE 89, 155, (p. 188).

⁵² D. THYM, *Europäische Integration im Schatten souveräner Staatlichkeit. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgericht*, in *Der Staat*, 2009, p. 561.

peraltro, non sarebbe da sola sufficiente a legittimare la transizione⁵³, essendo necessario il concorso degli altri popoli europei. È evidente che, in questa decisione, un certo tipo di *Staatstheorie* arriva a comporre buona parte del parametro di costituzionalità, prima e più delle norme costituzionali pertinenti e della loro articolazione dogmatica, a cominciare dall'art. 23 GG nella sua interezza⁵⁴. Ne consegue un «vicolo cieco» per quanto riguarda lo sviluppo della democrazia a livello sovranazionale: gli assetti dell'Unione sono compatibili con la Legge fondamentale fintanto che essi rispecchiano l'immagine dello *Staatenverbund*, essendo qui il principio democratico osservato tramite la catena di legittimazione che riconduce ai parlamenti nazionali, mentre un rafforzamento delle istituzioni democratico-rappresentative nell'UE, che andasse nella direzione di uno stato federale europeo, sarebbe inammissibile alla luce del *Grundgesetz*⁵⁵.

Altri passaggi della sentenza hanno fatto di nuovo discutere per l'uso di una *Staatstheorie* che denota una scarsa sensibilità del Tribunale per la varietà dei modelli di democrazia e di federalismo: in particolare, si è fatto riferimento ai passaggi della decisione che enfatizzano la mancata osservanza del principio di uguaglianza del voto nella composizione del Parlamento europeo, in ragione del criterio della rappresentanza degressivamente proporzionale e quindi di una notevole sovrarappresentazione dei paesi più piccoli, insieme a quelli che fanno coincidere il funzionamento del principio democratico con il principio maggioritario, accompagnato da un'alternanza dei partiti al governo. Si tratta di elementi che notoriamente mancano sul piano sovranazionale⁵⁶. Un'impostazione siffatta è stata successivamente ribadita dal *Bundesverfassungsgericht* nelle decisioni sull'incostituzionalità della soglia di sbarramento nelle leggi elettorali per il Parlamento europeo, motivata anche dalla diversità strutturale tra le dinamiche di governo nazionali e quelle europee, laddove le prime sono caratterizzate da una contrapposizione più netta tra i partiti e sono proiettate verso la formazione di governi stabili, mentre un'analoga esigenza di funzionalità sarebbe assente nelle seconde, prevalendo la conclusione di accordi trasversali tra forze politiche anche molto diverse⁵⁷.

⁵³ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn., 226, 263-4.

⁵⁴ Insiste particolarmente sul punto M. JESTAEDT, *Warum in die Ferne schweifen, wenn der Masstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen and das Lisbon-Urteil des BVerfG*, in *Der Staat*, 2009, pp. 497 ss. Tra gli altri cfr. anche C. SCHÖNBERGER, *Die europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, 2009, pp. 551 ss.

⁵⁵ D. THYM, *Europäische Integration*, cit., pp. 576 ss.; M. JESTAEDT, *Warum in die Ferne schweifen*, cit., p. 515; C. SCHÖNBERGER, *Die europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot*, cit., pp. 556-557.

⁵⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 208 ss., 269 ss., 276 ss.

⁵⁷ BVerfG, 2 BvC 4/10, del 9 novembre 2011, e 2 BvE 2/13, del 26 febbraio 2014, su cui v., da diverse prospettive, M. MORLOK, *Chancengleichheit ernst genommen – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgericht zur Fünf-Prozent Klausel bei Europawahl*, in *JZ*, 2012, pp. 76 ss.; C. SCHÖNBERGER, *Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent Klausel bei der Wahl zum Europäische Parlament*, ivi, pp. 80 ss.; V.M. HAUG, *Muss wirklich jeder ins Europäische Parlament? Kritische Anmerkungen zur Sperrklausel-Rechtsprechung aus Karlsruhe*, in *ZParl*, 2014, pp. 467 ss.; G. DELLEDONNE, *Costituzione e legge elettorale. Un percorso comparatistico nello stato costituzionale europeo*, Napoli, 2019, pp. 245 ss.

Con riguardo a tali schemi utilizzati dai giudici, è stato notato come essi abbiano fortemente svalutato alcuni elementi propri delle esperienze federali, a cominciare dal ruolo delle seconde camere, rappresentative degli stati: alcune di esse, tra cui quella statunitense e quella svizzera, sono composte sulla base del principio di parità degli stati, che dunque trova espressione nelle federazioni non meno che nelle organizzazioni internazionali. Ancora, il principio federale può incidere nella formazione della prima camera, rappresentativa del popolo, imponendo un numero minimo di seggi per alcuni stati. Infine, i giudici hanno preso a modello del principio democratico uno schema maggioritario di tipo Westminster, con un bipartitismo piuttosto rigido, che forse trova una compiuta realizzazione soltanto in Inghilterra (e anche qui non senza eccezioni), mentre in numerosi paesi, a cominciare dalla Germania, esso è contaminato dalla presenza di elementi propri delle democrazie consensuali: leggi elettorali proporzionali, quadro partitico eterogeneo, governi di coalizione⁵⁸.

Se questi rilievi sono indubbiamente pertinenti, occorre nondimeno contestualizzare la decisione alla luce delle vicende e del dibattito teorico di quegli anni: era trascorso più di quindicennio dalla sentenza *Maastricht*, la riunificazione era stata assorbita dall'intero paese, seppure con qualche trauma, l'Unione monetaria era stata avviata, così come il processo di allargamento dell'Unione europea a Est. Quest'ultimo, com'è noto, avrebbe dovuto compiersi insieme al riconoscimento di un vero e proprio *status* costituzionale dell'Unione, al quale erano preordinati, all'inizio degli anni duemila, la Convenzione europea e il Trattato costituzionale. Questo passo, tuttavia, non si è compiuto e il Trattato di Lisbona, nell'incorporare molti dei contenuti del Trattato costituzionale, ha espunto quelli che, sul piano simbolico, più immediatamente sollevavano paralleli con le costituzioni nazionali. Parallelamente, su un raggio internazionale largo, caduto il muro di Berlino e formatosi un consenso intorno a principi in parte liberal-democratici e in parte neo-liberali, e intensificatesi la circolazione e gli scambi transfrontalieri, si sono consolidate le cd. istituzioni della globalizzazione⁵⁹, con evidenti ricadute sul piano interno. Tutto ciò spiega come mai, a partire dalla seconda metà degli anni novanta, la dottrina – anche e soprattutto quella tedesca – ha dedicato molte energie allo studio delle opportunità e dei limiti relativi a un'estensione del costituzionalismo oltre lo stato, e quindi a una diffusione, al di là dei confini dell'Unione, dei temi del costituzionalismo multilivello⁶⁰.

⁵⁸ C. SCHÖNBERGER, *Die europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot*, cit., pp. 542 ss.; C.D. CLASSEN, *Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokustebett?*, in *JZ*, 2009, pp. 882 ss. Occorre peraltro notare che il BVerfG si riferisce anche all'Unione come «*Verbund* federale» (Rn. 368) e alla «*politische Verfassungsheit*» (Rn. 227) dell'Europa: cfr., stemperando in alcuni punti il giudizio in buona parte negativo sulla decisione, P. HÄBERLE, *Das retrospektive Lissabon-Urteil als versteinemde Maastricht-II-Entscheidung*, in *JöR*, 2010, pp. 317 ss.).

⁵⁹ Cfr. per tutti M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000.

⁶⁰ Cfr., tra i molti e con diversi accenti, O. HÖFFE, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, Beck, München, 1999; A. PETERS, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin, 2001; EAD., *Le constitutionnalisme global: crise ou consolidation?*, in *Jus Politicum*, 2018, pp. 59 ss.; A. VON BOGDANDY, *Constitutionalism in International Law: Comment on a Proposal from Germany*, in *Harv. Int'l L. J.*, 2006, pp. 223 ss.; H. SAUER, *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, Berlin, 2008; C.

All'interno di questi studi si trova anche un lavoro di Udo di Fabio, poi giudice del *Bundesverfassungsgericht* e relatore della sentenza Lisbona, che appare particolarmente significativo ai fini del discorso che si sta conducendo. Si tratta del volume “Das Recht offener Staaten”, pubblicato nel 1998, in cui l'autore, prendendo le mosse dalla statualità moderna e indentificata quest'ultima con una «sovranità definita dal punto di vista territoriale», si chiede se e come le relative conquiste, in termini di garanzie dello stato di diritto, democrazia e diritti fondamentali, possano essere conservate in un universo di stati in cui il radicamento territoriale è molto più debole. Gli stati contemporanei sono infatti molto più “aperti” alla cooperazione⁶¹, oltre che alla competizione, vuoi per evitare lo scoppio di altri conflitti armati, vuoi per non essere condannati all'insignificanza economica nella globalizzazione⁶². In particolare, il tema chiave appare quello dell'imputazione della responsabilità in contesti dove l'esercizio del potere si intreccia fittamente su più livelli di governo, in forme difficili da sbrogliare (*entflechten*) e da ricondurre a chiari percorsi di legittimazione⁶³.

Con riferimento all'ambito europeo, lo stesso Di Fabio si pone l'alternativa tra l'edificazione di uno stato federale e il consolidamento dello *Staatenverbund*, concludendo a favore della seconda ipotesi. Un *Bundestaat* europeo, infatti, solo apparentemente potrebbe «riprodurre su di un livello territoriale superiore l'armonia del diritto statale», dal momento che i presupposti della statualità verrebbero tesi fino quasi a rompersi: le tradizioni e la lingua verrebbero accomunati solo superficialmente, mentre il Parlamento europeo non riuscirebbe a riaccentrare una funzione di mediazione che è già stata dirottata verso il circuito dei negoziati tra gli esecutivi e/o dispersa nelle frammentazioni proprie della democrazia consensuale⁶⁴. Date queste premesse, sarebbe meglio invece, per l'autore, conservare la struttura dello *Staatenverbund*, laddove «l'idea del *Verbund* sta per un durevole e stretto collegamento [tra gli stati] ai fini di un assolvimento comune dei compiti senza fusione e perdita delle identità» di ciascuno⁶⁵. Lo *Staatenverbund*, in particolare, ha il vantaggio di non dismettere quelle «fonti e risorse di legittimazione ancora forti e difficilmente sostituibili», consolidatesi a livello statale, pur riadattandole alle esigenze di una cooperazione sovranazionale connotata dal ruolo preminente degli accordi tra esecutivi, tramite un potenziamento delle funzioni parlamentari di selezione, indirizzo e controllo. Nella

BORSZIES, H. HAHN (hrsg.): *Globale Gerechtigkeit. Schlüsseltexte zur Debatte zwischen Partikularismus und Kosmopolitismus*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2010; J. HABERMAS, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, Suhrkamp, Berlin, 2011; M. WENDEL, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrechts*, Mohr, Tübingen, 2011; P. HÄBERLE - M. KOTZUR, *Europäische Verfassungslehre*, cit.

⁶¹ Nella dottrina tedesca, il tipo dello stato costituzionale “aperto” o “cooperativo” è stato elaborato, da prospettive diverse rispetto a quella di Di Fabio, rispettivamente da S. HOBE, *Der offene Verfassungsstaat*, Berlin, 1998 e da P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat* (1978), in ID., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1996, pp. 407 ss.

⁶² U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, pp. 1 ss., 97 ss. e *passim*. Cfr. anche ID., *Der Verfassungsstaat in der Welgesellschaft*, Tübingen, 2001.

⁶³ U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, cit., pp. 126 ss.

⁶⁴ Ivi, p. 98.

⁶⁵ Ivi, p. 99.

sua concezione originaria, lo *Staatenverbund* implica comunque che la legittimazione politica sia attribuita «esclusivamente» dai popoli degli stati, passi essa attraverso i parlamenti nazionali o il Parlamento europeo⁶⁶. Se il Trattato di Lisbona ha accolto la formula secondo cui il Parlamento europeo rappresenta i cittadini dell'Unione e non i popoli degli stati membri (artt. 10, comma 2 e 14, comma 2 TUE), il ruolo di quest'organo continua tuttavia nell'immagine dello *Staatenverbund* a rimanere sullo sfondo.

Una ricostruzione siffatta presuppone infine che la sovranità non si sia dissolta e che essa permanga in capo agli stati, per questo ritenuti fin dalla sentenza *Maastricht* i “signori dei Trattati”. Anche se, con il trasferimento di molte competenze all'Unione, le sue manifestazioni sono diventate più rade, la sovranità continua per Di Fabio a rendersi visibile nelle situazioni-limite. Essendo concepita come il «duogo normativo – nel senso di allocato secondo criteri giuridici – del monopolio della forza», essa riappare quando si tratta di definire in ultima istanza il riparto di competenze e di stabilire se recedere o meno dall'Unione⁶⁷.

Se ora si ripercorre la motivazione della sentenza *Lissabon* si ritrovano molti dei profili appena menzionati, a partire da un'insistenza – inusuale rispetto al passato – sulla sovranità statale: essa non solo costituisce il presupposto della costituzione, ma questa è preordinata a garantire quella⁶⁸. Come si è ricordato più in alto, si tratta di un tipo di argomentazione che si inizia ad affermare nel contesto della riunificazione e che nel corso degli anni si rafforza, dopo il parziale superamento delle ritrosie dovute a una possibile confusione tra il concetto di sovranità, il nazionalismo e il totalitarismo⁶⁹. Nella pronuncia il riferimento alla sovranità è duplice: da un lato viene affermata la piena compatibilità con l'apertura all'integrazione europea e internazionale, dall'altra viene rivendicata «l'ultima parola spettante alla costituzione tedesca», intesa a sua volta come il «diritto di un popolo di decidere su questioni fondamentali della propria identità»⁷⁰. Lo *Staatenverbund*, a sua volta, è definito come un'associazione stretta e durevole di stati che restano sovrani, la quale esercita potere pubblico su base pattizia, il cui fondamento è tuttavia soggetto all'esclusiva disposizione degli stati membri e nella quale i

⁶⁶ Ivi, pp. 98 ss., 139 ss. (140, 142).

⁶⁷ Ivi, pp. 122 ss. (124).

⁶⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 216.

⁶⁹ *Supra*, nt. 49 e ancora, da diverse prospettive U. DI FABIO, *Das Recht offener Staaten*, cit., pp. 124-125; J. ISENSEE, *Die Staatlichkeit der Verfassung*, cit., pp. 225 ss.; D. GRIMM, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin, 2009, pp. 99 ss.

⁷⁰ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, rispettivamente Rn. 220 ss., Rn. 340. Adesivamente D. GRIMM, *Das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union*, in *Der Staat*, 2009, pp. 481 ss.; K.F. GÄRDITZ - C. HILLGRUBER, *Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des BVerfG*, in *JZ*, 2009, p. 875. Critici D. THYM, *Europäische Integration*, cit.; P. HÄBERLE, *Das retrospektive Lissabon-Urteil*, cit.

popoli [di questi ultimi] – cioè l'insieme di coloro che hanno la cittadinanza nazionale – rimangono i soggetti della legittimazione democratica⁷¹.

In un altro passaggio, non meno significativo, i giudici parlano di un «*Verbund* di stati sovrani con spiccati tratti di cooperazione esecutiva e governamentale»⁷².

Nel ribadire la centralità dello stato, la decisione lo identifica attraverso la *Drei-Elementen-Lehre* di Georg Jellinek⁷³. I giudici prendono posizione anche sul concetto di territorio, del quale parte della dottrina aveva nel frattempo affermato una sensibile relativizzazione⁷⁴. Nel contesto dell'Unione, una relativizzazione siffatta è avvenuta attraverso la sovrapposizione, al territorio dello stato, di diversi spazi funzionali, tra loro non coincidenti: il mercato interno – definito attraverso le quattro libertà di circolazione –, lo “spazio di libertà sicurezza e giustizia”, l’“area Schengen”, la “zona euro”. A ciò si aggiunge un rafforzamento delle zone regionali, anche transfrontaliere, attraverso le politiche di coesione, e una valorizzazione, almeno sulla carta, del principio di sussidiarietà. L'ambito di applicazione dei Trattati è identificato attraverso la sommatoria degli ambiti territoriali degli stati membri (art. 52 TUE), mentre i confini esterni dell'Unione acquistano un autonomo rilievo. L'effetto complessivo è quello di una «riqualificazione giuridica e, in un certo senso, una degradazione, [dei] confini statali esterni, nella misura in cui essi vengono inquadrati come confini sovranazionali interni»⁷⁵.

Benché tali spazi giuridici, all'interno dell'Unione, riflettano dimensioni di esperienza nuove, che comportano anche opportunità per i singoli e per le comunità territoriali⁷⁶, la percezione dello spazio più autenticamente e concretamente politico rimane quella del territorio nazionale, a causa di una modernità plurisecolare che ha visto coincidere l'ambito dello stato con quello della legittimazione dell'autorità politica, e, più recentemente, con quello degli equilibri socio-economici delle costituzioni

⁷¹ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 229 e massima n. 1.

⁷² Ivi, Rn. 262.

⁷³ Ivi, Rn. 298 ss.

⁷⁴ Cfr. se si vuole A. DI MARTINO *Il territorio: dallo stato nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, cit., pp. 292 ss. Nella bibliografia successiva cfr. le relazioni al convegno dei costituzionalisti tedeschi del 2016 di K. SCHMALENBACH e J. BAST, *Völker- und unionsrechtliche Anstöße zur Entterritorialisierung des Rechts*, in *VVDStRL* 76, Berlin, 2017, pp. 245 ss. e 277 ss., e di A. KAHL e M. CORNILS, *Entterritorialisierung im Wirtschaftsrecht und Kommunikationsrecht*, ivi, pp. 323 ss. e 391 ss. nonché criticamente J. ISENSEE, *Grenzen. Zur Territorialität des Staates*, Berlin, 2018, pp. 175 ss.

⁷⁵ Ivi, p. 176 e *infra*, nt. seguente.

⁷⁶ Sia consentito il rinvio ad A. DI MARTINO *Il territorio*, cit., pp. 413 ss. V. ancora G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, in *Riv. AIC*, 3/2017, pp. 21-22, 38 ss.; M. KOTZUR, *Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa. Der Beitrag von Art. 24 Abs. 1a GG zu einer Lehre vom Kooperativen Verfassungs- und Verwaltungsstaat*, Berlin, 2004; I. CIOLLI, *Le modeles polycentrique de division du territoire national et les transformations en droit constitutionnel*, in *Riv. AIC*, 3/2012, pp. 4 ss. Sulle vocazioni “territoriali” dello spazio europeo v. A.M. POGGI, *Dove va l'Europa al tempo del Covid 19: riflessioni in tema di territorio dell'UE*, in *federalismi.it*, 19/20, pp. 439, 443 ss., nonché EAD., *Le dimensioni spaziali dell'eguaglianza*, in *Riv. AIC*, 1/2020, pp. 348 ss. (a partire dal concetto di cittadinanza; v. ivi anche le pp. 328 e 324, su territorio e governo politico degli spazi); C. SALAZAR, *Territorio, confini, “spazio”: coordinate per una mappatura essenziale*, in *Riv. AIC*, 3/2017, pp. 21 ss.; D.E. TOSI, *Emergenza covid e processo di integrazione europea: alcune riflessioni in ordine alla “questione” del territorio dell'Unione*, in *DPCE online*, 2/2020, pp. 2364 ss.

del secondo dopoguerra e del compromesso keynesiano⁷⁷. È quindi anche per questo che nella sentenza *Lissabon* si sottolinea da un lato la permanenza del territorio statale⁷⁸ e dall'altro la formazione di uno spazio «politico [o] democratico primario» a livello nazionale, dove avviene la «conformazione dei rapporti di vita economici, culturali e sociali» grazie a uno spazio pubblico pluralistico in cui il confronto tra le forze sociali e politiche si mantiene vitale⁷⁹. Tale spazio democratico primario può considerarsi anche una riformulazione di quel requisito di «relativa omogeneità» del popolo che era stato contestato – e in parte forse frainteso – nella pronuncia *Maastricht*⁸⁰. Esso sembra altresì coniugare la concezione smendiana del territorio dello stato, che lo considera un elemento di integrazione materiale e prodotto culturale, con quella helleriana, in cui esso appare il presupposto per la creazione di legami comunitari in un contesto di pluralismo conflittuale⁸¹.

Lo “spazio democratico primario” è poi associato dal *Bundesverfassungsgericht* a una serie di ambiti e compiti dello stato, che per loro natura sarebbero maggiormente inerenti alla comunità politica nazionale: la materia penale e quella penal-processuale, l'uso delle forze armate, il bilancio e la cultura, comprensiva quest'ultima dell'educazione e dell'informazione⁸². Benché non siano mancate critiche con riguardo alla formulazione di tale elenco, poiché si limiterebbe a riprodurre le materie rimaste ancora, in buona parte, nella sfera di competenza degli stati membri e poiché il Tribunale utilizzerebbe per giustificarlo una motivazione storica (con l'evidente ma inevitabile incongruenza dell'assenza della

⁷⁷ Su questo punto v., da diverse angolature, M. LUCIANI, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. int. fil. dir.*, 2019, pp. 349 ss. (ivi anche sulla territorialità della *polis* greca); C. GALLI, *Diritto, politica, spazi: l'universale e il particolare nella modernità e nella contemporaneità*, ivi, pp. 335 ss.; G. PRETEROSSO, *Introduzione. L'odissea dello spazio*, ivi, pp. 327 ss.; ID., *Residui, persistenze e illusioni: il fallimento politico del globalismo*, in *Scienza & politica*, 2016, pp. 117 ss.; G. SCACCIA, *Il territorio fra sovranità statale e globalizzazione dello spazio economico*, cit., pp. 22 ss., 46 ss. Cfr. altresì M. MANETTI, *Territorio dello stato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, pp. 1 ss. Sul nesso tra territorio e rappresentanza politica v. I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato*, Napoli, 2010. Non tocco qui il tema della politicità delle autonomie territoriali, su cui v. L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto: anticorpi nel deserto che avanza*, in *Riv. AIC*, 2/2017, pp. 32 ss.; L. RONCHETTI, *Territorio e spazi politici*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2014; B. CARAVITA DI TORITTO, *Territorio degli enti territoriali minori*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1994, pp. 1 ss. Nella dottrina anglosassone è importante il recente lavoro di R. HIRSCHL, A. SHACHAR, *Spatial Statism*, in *ICoN*, 2019, pp. 387 ss.

⁷⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 344-345.

⁷⁹ Ivi, Rn. 249, 301, 360, 399.

⁸⁰ Notano l'assenza di un riferimento all'omogeneità nella sentenza *Lissabon*, tra gli altri, D. THYM, *Europäische Integration*, cit., pp. 581-682; R.C. VAN OUYEN, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, cit., p. 119.

⁸¹ Cfr. rispettivamente R. SMEND, *Verfassungs und Verfassungsrecht* (1928), in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 4. Aufl., Berlin, 2010 [prima ed. 1928], pp. 168 ss.; H. HELLER, *Staatslehre*, cit., pp. 160 ss. Sull'importanza di entrambi gli autori weimariani per una riflessione sul territorio dello stato cfr. L. ANTONINI, *Alla ricerca del territorio perduto*, cit., p. 6; sia altresì consentito il rinvio ad A. DI MARTINO, *Gli itinerari costituzionali del territorio: una prospettiva comparata*, in *Riv. AIC*, 3/2012, p. 8.

⁸² BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 249, 252 ss.

politica monetaria)⁸³, non appare implausibile sostenere una «particolare sensibil[ità]» di tali questioni per la comunità politica nazionale, laddove non vi siano elementi di carattere transfrontaliero⁸⁴.

La sottolineatura dello spazio democratico interno richiama invero l'attenzione su alcuni nodi ancora scoperti del processo di integrazione: come rilevato da Dieter Grimm sulla scorta dei lavori di Fritz Scharpf, essa potrebbe aiutare a correggere, in maniera più efficace di quanto non sia consentito alle istituzioni dell'Unione per ragioni strutturali, gli squilibri, ormai stabilizzatisi, in favore delle libertà economiche di circolazione dei servizi e di stabilimento e a danno delle politiche sociali⁸⁵. In ogni caso, se una correzione di rotta non è immediatamente praticabile, potrà essere utile quantomeno un rafforzamento della discussione democratica intorno a tali questioni.

Ancora, è significativa l'elaborazione, da parte del Tribunale, del principio di *Integrationsverantwortung*, una responsabilità collegata agli organi politici nazionali, in particolare al *Bundestag*, affinché essi vigilino sul rispetto del “programma di integrazione” e riversino al contempo nell'ordinamento europeo il contenuto del principio democratico. In seguito, nella decisione sulle OMT, la *Integrationsverantwortung* è stata concretizzata in più precisi diritti e doveri, nel senso di un rafforzamento complessivo della rappresentanza parlamentare⁸⁶.

4. Il *Verfassungsgerichtsverbund* e la giurisprudenza più recente: compromesso lessicale e continuità giurisprudenziale

Negli ultimi anni, la formula dello *Staatenverbund* nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale è stata integrata all'interno di quella più ampia dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*⁸⁷. Tale innovazione è l'esito di una mediazione pragmatica tra lo *Staatenverbund* della serie giurisprudenziale *Maastricht-Lissabon* e il *Verfassungsverbund* proposto dagli studiosi più critici

⁸³ Per una critica, tra gli altri, C. SCHÖNBERGER, *Die europäische Union zwischen “Demokratiedefizit” und Bundesstaatsverbot*, cit., pp. 554 ss., e già C. MÖLLERS, *Staat als Argument*, cit., pp. 389 ss. e ivi, pp. XXXV-XXXVI.

⁸⁴ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 252. Cfr. K.F. GÄRDITZ - C. HILLGRUBER, *Volksouveränität und Demokratie ernst genommen*, cit., pp. 879 ss.

⁸⁵ D. GRIMM, *Über einige Asymmetrien der europäischen Integration*, in ID., *Die Zukunft der Verfassung II*, Frankfurt a.M., 2012, pp. 262 ss.; ID., *Das Grundgesetz als Riegel*, cit., pp. 493-494. Tra i molti lavori di Scharpf che hanno rilevato il problema di una difficile se non impossibile correzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia da parte degli organi dell'Unione, titolari di potestà normativa in complessi intrecci procedurali, v. F.W. SCHARPF, *Das Bundesverfassungsgericht als Hüter demokratischer Selbstgestaltungsfähigkeit?*, in M. STOLLEIS (hrsg.), *Herzammern der Republik. Die deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, 2011, pp. 186 ss.

⁸⁶ BVerfG, 2 BvE 2/08, del 30 giugno 2009, Rn. 239 ss. e BVerfG, 2 BvR/13, del 21 giugno 2016, Rn. 138, 163 ss. Sul punto v. E. PACHE, *Das Ende der europäischen Integration? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, zur Zukunft Europas und der Demokratie*, in *EuGRZ*, 2009, pp. 290 ss.; C.D. CLASSEN, *Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokustebett?*, cit., pp. 883 ss.; P. HÄBERLE, *Das retrospektive Lissabon-Urteil*, cit.; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali e “integrazione” costituzionale in Europa*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 207 ss.; F. SAIITO, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze “controdemocratiche”, principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo*, 3/2016, pp. 62 ss.

⁸⁷ *Supra*, nt. 2, 9-10.

verso queste decisioni⁸⁸. E, tuttavia, poiché tale sforzo è avvenuto nel segno di una sostanziale continuità con i precedenti in materia – difficilmente ci si sarebbe del resto potuti attendere un *revirement* – la matrice dello *Staatenverbund* può considerarsi in fondo ancora salda.

Anche per questa fase si possono individuare personalità di giudici e studiosi tali da fare da guida nell'analisi lessicale e concettuale. La figura chiave, nel tentativo di compromesso, è Andreas Voßkuhle, presidente del Secondo Senato e Vice presidente del BVerfG ai tempi del *Lissabon Urteil*, poi presidente dell'intero Tribunale quando sono state redatte le decisioni contenenti la nuova e più lunga formula. Nel 2010, poco dopo l'emanazione della sentenza Lisbona, quasi per rassicurare una parte del mondo accademico sulle attitudini cooperative del *Bundesverfassungsgericht* nei confronti delle corti europee, il giudice ha pubblicato sulla "Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht" una relazione tenuta a Bruxelles negli ultimi mesi dell'anno precedente, dal titolo "*Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*"⁸⁹. Il testo è stato tradotto anche in inglese e pubblicato sulla "European Constitutional Law Review": qui la locuzione tedesca *europäischer Verfassungsgerichtsverbund* è stata resa con "*Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts*"⁹⁰.

È evidente come l'espressione *Verfassungsgerichtsverbund* richiami quella del *Verfassungsverbund*, nel frattempo diffusa in dottrina anche in discipline diverse ma contigue a quella del diritto costituzionale, come il diritto amministrativo, dove da tempo si parla di *Verwaltungsverbund*⁹¹.

Lo stesso Voßkuhle è stato vicino alla scuola di Häberle, mostrando di apprezzare il suo approccio costituzionale, pluralistico, comparativo e in senso lato culturale ai processi di integrazione sovranazionale, con particolare riguardo ai rapporti tra gli ordinamenti nazionali, quello dell'Unione e quello facente capo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁹².

Anche l'articolo di Voßkuhle del 2010 non ha a oggetto solo le relazioni tra costituzioni nazionali e diritto dell'Unione, e tra le rispettive corti, ma allarga lo sguardo anche alla CEDU e alla Corte di Strasburgo. Qui il concetto di *Verbund* evoca bensì un principio ordinativo (una *Ordnungsidee*), ma si

⁸⁸ Cfr. R.C. VAN Ooyen, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa*, cit., pp. 174 ss.

⁸⁹ A. VOBKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *NVwZ*, 2010, pp. 1 ss.

⁹⁰ ID., *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, in *EuConst*, 2010, pp. 175 ss. Il significato di questo contributo per una comprensione della formula utilizzata dal Tribunale è sottolineato anche da J.H.R. - L.B. [J.H. REESTMAN - L. BESSELINK], *Editorial. Sandwiched between Strasbourg and Karlsruhe: EU Fundamental Rights Protection*, in *EuConst*, 2016, pp. 231 ss.

⁹¹ Cfr., tra gli altri, E. SCHMIDT-ABMANN - B. SCHÖNDORF-HAUBOLD (hrsg.), *Der europäische Verwaltungsverbund*, Tübingen, 2005.

⁹² Cfr. A. VOBKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., p. 8, dove richiama il concetto häberliano di *europäische Verfassungskultur*, ID. - T. WISCHMEYER, *Der Jurist im Kontext. Peter Häberle zum 80. Geburtstag*, in R.C. VAN Ooyen - M.M.H. MÖLLERS (hrsg.), *Verfassungs-kultur. Staat, Europa und pluralistische Gesellschaft bei Peter Häberle*, Baden-Baden, 2016, pp. 39 ss. [già in *JöR*, 2015].

tratta di un ordine diverso da quello strutturato intorno a «immagini spaziali [...] semplicistiche» come quelle di «sovra- o sotto-ordinazione», o anche di «pari-ordinazione»⁹³. Piuttosto, il concetto di *Verbund* aiuta a descrivere le modalità di funzionamento di un complesso sistema multilivello (*ein komplex Mehrebenensystem*) senza che vengano prefissate le precise tecniche dell'interazione [...]. Esso apre a una considerazione differenziata alla luce di diversi criteri ordinativi come l'unità, la differenza, la molteplicità, l'omogeneità, la pluralità, la delimitazione, l'interazione, l'intreccio⁹⁴.

I protagonisti del *Verfassungsgerichtsverbund* delineato da Voßkuhle sono i Tribunali costituzionali – tra cui anzitutto il *Bundesverfassungsgericht* –, la Corte di Giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo. Nel rispetto dei principi di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo (*Völkerrechts- e Europarechtsfreundlichkeit*), essi si muovono nello «spazio costituzionale europeo» attraverso relazioni dinamiche non predefinite⁹⁵. È possibile quindi cogliere l'assonanza di questa ricostruzione con i concetti di costituzioni parziali e di *Verfassungsverbund* e con le teorie del pluralismo costituzionale sviluppate dalla dottrina anglossassone, che hanno identificato in maniera aperta e non gerarchica i rapporti interordinamentali in Europa⁹⁶. Una ricostruzione siffatta trova peraltro il suo terreno di elezione sul piano dei rapporti tra le giurisdizioni, nell'ambito dei diritti fondamentali, dove le tecniche interpretative e argomentative consentono aggiustamenti flessibili in varie direzioni.

Non è un caso, a mio avviso, che la formula dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*, influenzata dal pensiero di Voßkuhle, sia comparsa nella sentenza del 2015, relativa alla compatibilità del mandato d'arresto europeo con la presunzione di non colpevolezza e il principio di dignità, una sentenza che ha corretto parzialmente la giurisprudenza *Solange II/Bananen*, considerando ammissibile un ricorso per violazione dei diritti del *Grundgesetz* anche laddove si sia provato, in maniera circostanziata e nella singola fattispecie (non più solo “in generale”), una compromissione dei principi legati alla identità costituzionale tedesca⁹⁷.

Le altre due occorrenze dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund* si trovano nelle decisioni sulle OMT e sul PSPP. Qui l'idea del *Rechtsprechungsverbund* riflette, più immediatamente, il fatto che entrambe le decisioni siano state emesse dopo un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia⁹⁸,

⁹³ A. VOßKUHLE, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, cit., p. 3.

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ Ivi, pp. 2 ss. (3).

⁹⁶ Cfr. N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, Oxford, 1999; N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern L. Rev.*, 2006, pp. 317 ss. Per una considerazione critica v. M. LOUGHLIN, *Constitutional Pluralism: An Oxymoron?*, in *Global Constitutionalism*, 2014, pp. 9 ss., ed ivi, pp. 22-23, sul concetto di *Verfassungsverbund*.

⁹⁷ BVerfG, 2 BvR 2735/14, del 15 dicembre 2015, Rn. 44. Per ulteriori sviluppi della giurisprudenza relativa ai *Grundrechte*, con riguardo all'ingresso dei diritti fondamentali dell'Unione nel parametro costituzionale v. BVerfG, 1 BvR 16/13, del 6 novembre 2019 (*Recht auf Vergessen I*) e 1 BvR 276/17, del 6 novembre 2019 (*Recht auf Vergessen II*).

⁹⁸ Cfr. CGUE, sent. 16 giugno 2015, C-62/14 – *Gauweiler*, sent. 11 dicembre 2018, C- 493/17 – *Weiss*. Sul concetto di *Verbund* con riferimento alla cooperazione tra le corti e al rinvio pregiudiziale v. già I. PERNICE, *Die dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund* (1996), in ID., *Der europäische Verfassungsverbund*, cit., pp. 431 ss.

anche se com'è noto gli esiti sono stati molto diversi: nel primo caso il BVerfG ha accolto, con una serie di distinguo, l'interpretazione della Corte europea, nel secondo caso se n'è invece discostato, pur temperando gli effetti della propria pronuncia attraverso l'uso del principio di proporzionalità e il differimento temporale subordinato negativamente a una motivazione correttiva della Banca centrale⁹⁹. A essere in primo piano, in entrambe le fattispecie, non sono i diritti fondamentali ma la legittimazione democratica: questa a sua volta è collegata alla statualità che appare, come ha affermato lo stesso Voßkuhle riecheggiando Di Fabio, una «garan[zia] contro la dispersione di responsabilità nei contesti organizzativi sempre più complessi della società mondiale»¹⁰⁰.

Tale impostazione è stata condivisa anche dal giudice relatore Peter Huber, che pure nei propri scritti ha richiamato esplicitamente lo *Staaten-, Verfassungs-, Rechtssetzungs-, Verwaltungs-, und Gerichtsverbund*¹⁰¹. La sua impostazione è decisamente più vicina, rispetto a quella di Voßkuhle, al polo statualista, anche per quanto concerne i presupposti pregiudiziali dello stato e, tra questi, l'omogeneità del popolo e la conservazione di un sistema compatto di valori e della tradizione nazionale. Il suo approccio, in entrambe le fattispecie sulle OMT e sul PSPP, è stato inoltre ispirato a una lettura del processo di integrazione più fedele alla dottrina economica ordoliberal, simile a quella di Kirchhof, pronta a sostenere le libertà economiche in un mercato concorrenziale ma tendenzialmente ostile a interventi attivi dei poteri pubblici, nonché a forme indirette di trasferimenti monetari come quelli che avvengono tramite le misure non convenzionali della BCE¹⁰².

Può cogliersi, a questo punto, una certa flessibilità nell'immagine dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs-, und Rechtsprechungsverbund*, specie se letta attraverso il *Verfassungsgerichtsverbund*. Non stupisce, pertanto, che da un lato i critici della sentenza sul PSPP abbiano colto la fluidità, e denunciato l'ambiguità, del modo in cui i giudici si sono serviti della formula, poiché invece di assecondare il carattere pluralistico del complesso ordinamentale multilivello hanno preteso di pronunciare l'ultima parola sulla questione degli atti *ultra vires*¹⁰³. Dall'altro lato, i fautori della decisione hanno invece valorizzato il nucleo concettuale originario dello *Staatenverbund*, sottolineando i limiti di una progressiva autonomizzazione

⁹⁹ Cfr. BVerfG, 2 BvR/13, del 21 giugno 2016 e 2 BvR 859/15, del 5 maggio 2020. Sull'uso del principio di proporzionalità nella decisione v. D.U. GALETTA, *Karlsruhe über alles?*, cit. Per una lettura che sottolinea le implicazioni in termini di gradualità e introduzione di ulteriori fasi procedurali si v., se si vuole, A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht* e atti europei *ultra vires*, cit., par. 2.

¹⁰⁰ A. VOBKUHLE, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgericht*, in ID. - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates*, cit., p. 383.

¹⁰¹ P. HUBER, *Bewahrung und Veränderung*, cit., pp. 123-124.

¹⁰² Cfr., toccando i diversi temi, ivi, pp. 117 ss.; P. HUBER, *EU-Staatlichkeit – was könnte das sein? Kommentar zum Beitrag von Tanja Börzel*, in A. VOBKUHLE - C. BUMKE - F. MEINEL (hrsg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen*, cit., pp. 237 ss.; ID., *[Gespräch mit U. Schliesky]*, in U. SCHLIESKY (hrsg.), *Gespräche über den Staat*, cit., pp. 101 ss. Su questo si consenta il rinvio a A. DI MARTINO, *Bundesverfassungsgericht* e atti europei *ultra vires*, cit., par. 5, con ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁰³ F.C. MAYER, *Der ultra-vires Akt*, cit., pp. 731-732.

del diritto europeo rispetto a quanto era stato pattuito nei trattati e previamente legittimato dall'autogoverno democratico a livello nazionale¹⁰⁴

5. Conclusione

Alla luce di quanto osservato nei paragrafi precedenti, l'immagine dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund* del Tribunale costituzionale tedesco appare stratificata e presenta un significato complesso. La figura originaria è costituita dallo *Staatenverbund* e vede negli stati, così come nei popoli e nei parlamenti nazionali, i portatori, principali se non esclusivi, della legittimazione democratica dell'edificio europeo. Alla sentenza *Maastricht* è sotteso un circolo virtuoso tra lo *Staatenverbund*, la territorialità statale e il mercato comune europeo, nonché, in prospettiva, il mercato globale di circolazione dei capitali presupposto dall'Unione monetaria. Nella successiva pronuncia *Lissabon*, lo *Staatenverbund* e la territorialità statale assumono una connotazione più politica, nella misura in cui il BVerfG identifica il territorio dello stato con uno spazio primario aperto al conflitto democratico, seppure relativizzato da spazi secondari di carattere funzionale disegnati a livello sovranazionale. Sia il *Lissabon-Urteil* sia alcuni commenti dottrinali lasciano trasparire una possibile tensione tra tale spazio e quello del mercato, specie per quanto riguarda le questioni economico-sociali. In ogni caso, lo *Staatenverbund*, inteso in maniera non solo descrittiva ma anche prescrittiva, esclude un'evoluzione degli assetti dell'Unione in senso federale, non riuscendo tuttavia a tematizzare adeguatamente la varietà delle esperienze federali.

Gli altri elementi del *Verbund*, nella giurisprudenza più recente del Tribunale, sono dovuti allo sforzo di integrare nella motivazione una parte importante del dibattito dottrinale, a cominciare da quella che ha proposto l'immagine del *Verfassungsverbund*, spostando l'attenzione dall'ente statale all'interazione tra i contenuti materiali delle costituzioni, e tra gli attori istituzionali e i processi funzionali che si dispiegano tra i due livelli. Tale locuzione è stata ripresa e riadattata, tra gli altri, anche dagli studiosi amministrativisti, tramite l'idea del *Verwaltungsverbund*. Il *Gerichts- o Rechtsprechungsverbund*, a sua volta, fa riferimento ai collegamenti tra le giurisdizioni, attraverso strumenti processuali – primo fra tutti il rinvio pregiudiziale – o interpretativi, come l'uso di clausole di adeguatezza o margini di apprezzamento. Su questo piano, in particolare, le immagini elaborate dalla dottrina tedesca si incontrano con le ricostruzioni sul pluralismo costituzionale europeo. Qui prende altresì forma la figura del *Verfassungsgerichtsverbund* proposta da Voßkuhle.

Ecco dunque come si è arrivati alla composizione della complessa formula dello *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*. Occorre peraltro notare come l'aggiunta di termini ulteriori

¹⁰⁴ F. SCHORKOPF, *Wer wandelt die Verfassung?*, cit., pp. 738 ss.



all'originale *Staatenverbund* abbia proiettato su di esso significati ulteriori rispetto a quello originario: in particolare, la statualità è stata associata non solo alla territorialità democratica ma anche al pluralismo nella tutela dei diritti fondamentali e, più in generale, alla diversità culturale. Questo ha consentito a sua volta di immaginare uno spazio più articolato di protezione dei diritti, il quale, se idealmente e moralmente tende a una dimensione universale, si radica poi in contesti particolari concreti ¹⁰⁵. Quando però si ripresentano al BVerfG le questioni dell'Unione monetaria e della legittimazione democratica, le immagini spaziali si modificano di nuovo: a venire in rilievo non è più la tensione, con un significato soprattutto morale e culturale, tra universalismo e particolarismo, quanto quella tra spazio economico e territorialità politica. A seconda del modo in cui si intenda lo spazio economico – un mercato conformato dalle libertà di circolazione e dal principio di concorrenza o ispirato al principio di solidarietà e alla tutela dei diritti sociali, tra gli stati e al loro interno – esso entrerà più o meno in conflitto con lo spazio democratico disegnato a livello nazionale.

¹⁰⁵ Tra gli altri e da ultimo J. ISENSEE, *Grenzen*, cit., pp. 194 ss.