

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK
CENTRE OF EUROPEAN LAW AND POLITICS

University Bremen

ZERP

Dian Schefold

**Contributi comparatistici in fase
di crisi finanziaria**

**Rechtsvergleichende Beiträge in Zeiten
der Finanzkrise**

Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi Vol. 3

2013

Als Herausgeber arbeiten an der Reihe mit:

Prof. Luisa Antoniolli, Trento
Prof. Aurelia Colombi Ciacchi, Groningen
Prof. Michele Comenale, Sassari
Prof. Francesca Fiorentini, Triest
Prof. Christian Joerges, Bremen
Prof. Luca Nogler, Trento
Prof. Udo Reifner, Hamburg/Trento
Prof. Silvia Sonelli, Modena
Prof. Gian Maria Uda, Sassari
Prof. Dian Schefold, Bremen
Prof. Christoph U. Schminck-Gustavus, Bremen
Prof. Christoph U. Schmid, Bremen (geschäftsführend)

Beiträge zu deutsch-italienischen und europäischen Themen können den Herausgebern von allen interessierten Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern zugeleitet werden. Die Einreichung wird per Email an cschmid@uni-bremen.de erbeten.

Editorial

Publisher &
Distributor:

Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen
www.zerp.eu

Reproduction:

Subject to editor's permission

Bremen, March 2013

Premessa

I contributi che seguono, scritti entro la fine del 2011 e l'inizio del 2013 e presentati in sedi diverse, tengono conto di un legame continuo con la cultura giuridica italiana. Ho tentato, nella situazione della crisi, di presentare aspetti tedeschi che possono aiutare a far fronte da un lato a fenomeni di questa crisi, dall'altro lato a sostenere le critiche contro pretese inadeguate formulate in quest'epoca. Ovviamente non si tratta di ricette, ma di contributi ad una discussione necessaria proprio ora.

Brema, marzo 2013

Dian Schefold

Indice

| | |
|---|----|
| Premessa | 3 |
| Indice | 5 |
| Fra regione e comune | 7 |
| La dignità umana tra valore, diritto di libertà e diritto sociale | 25 |
| Integrazione europea e sovranità | 37 |
| Problemi di democrazia nella politica economica e monetaria | 53 |
| Cenni bibliografici | 59 |

Fra regione e comune

L'esperienza tedesca dei "Regierungsbezirke" e "Landkreise" – e la discussione di riforme

Sommario: *A. I tre livelli?* – 1. Modello francese, semplificazioni e differenziazioni. – 2. Particolarità del modello tedesco. – *B. Le forme organizzative classiche nei Länder tedeschi.* – 3. Autonomia comunale, principio di universalità, legislazione. – 4. Livello comunale al di sopra del comune: Kreise e altre forme intercomunali. – 5. Compiti statali delegati alle autonomie. – 6. "Kreisfreie Städte" e Città-Stato. – 7. Il problema del controllo statale: Regierungsbezirke? – 8. Bilancio intermedio. – *C. Sviluppi e tendenze recenti.* – 9. Privatizzazioni, New Public Management, integrazione di amministrazioni. – 10. Riforme territoriali. – 11. Nuovo concetto di Landkreis? – 12. Bisogno di Regierungsbezirk? – *D. 13. Conclusione*

A. I tre livelli?

1. Gli ordinamenti europei si vedono confrontati con la necessità di risparmi e di *semplificazioni* delle strutture amministrative per far fronte alla crisi dei debiti e del bilancio¹. Questa problematica si riscontra però con *tendenze di riforma*, fondate su motivi bene comprensibili e reali, sia di rinforzare e pertanto ampliare il livello regionale, tanti anni trascurato nell'attuazione della costituzione in Italia², sia di tener conto delle agglomerazioni cittadine in forma di città metropolitane³, sia di rinforzare il governo locale in zone meno

1 La presentazione qui pubblicata è stata indotta da un Convegno organizzato dalla Provincia di Ascoli Piceno, in collaborazione con il Devolution Club, il 28/29 settembre 2012, sotto l'influsso delle tendenze sia di abolire, sia di ridurre il livello provinciale in Italia; queste iniziative e tendenze sono state descritte in un contributo di Luciano Vandelli, Quali prospettive di riforma per le Amministrazioni provinciali in Italia? - Dedico il mio intervento all'amico Antonio D'Atena che, come maestro del Diritto regionale, presentato nel volume pubblicato nel 2010 (Torino, Giappichelli), ha saputo inserire questa disciplina in una discussione internazionale sia di federalismo/ regionalismo, sia di un sistema di autonomie – una discussione molto fruttuosa anzitutto per il dialogo italo-tedesco.

2 Vedi Livio Paladin, Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana, Bologna 2004, p. 250 ss., e in dettaglio D'Atena. Diritto regionale, precit., p. 57 ss., 64 ss.

3 Vedi ora art. 114 cost. con attuazione negli artt. 117 V° co., 118, 119 cost., art. 22 ss. TUEL del 18-8-2000 n. 267; S. D'Alfonso, Le città metropolitane, in: F. Pinto, Diritto

popolate tramite la creazione di comunità montane⁴, sia di creare province nuove come centri locali di secondo livello⁵. È ovvio che queste tendenze hanno determinato lo sviluppo degli ultimi decenni, ma è del pari vero che sono state e sono sempre costose, complicate e in parti – si pensi alla vicenda delle città metropolitane da parecchio tempo previste, ma non realizzate⁶ – forse teoriche.

Nella situazione di crisi finanziaria sembra perciò raccomandarsi un ritorno a strutture classiche, semplici. Sotto questo profilo, il *modello francese*⁷ rivoluzionario con i tre livelli del potere centrale, dei dipartimenti e dei comuni è sempre affascinante. Nonostante i difetti – si pensi alle dimensioni troppo piccole dei comuni francesi, problema sempre attuale – e le contraddizioni – si pensi al conflitto tra autonomia come concetto girondista e gerarchia come concetto giacobino – di questo modello fin dall'inizio, la sua chiarezza e semplicità non può che impressionare. Perciò anche l'accettazione dello stesso modello in Italia ha il suo fascino e può apparire come una soluzione razionale che si oppone e che vale di essere difesa contro ogni complicazione.

Questo sembra ancora più vero quando si fa il paragone con un *sistema federale*. Anche questo, necessariamente, deve basarsi sui due livelli da un lato della Federazione, dello Stato centrale, dall'altro lato degli enti federati, degli Stati membri (Länder, Cantoni), e se il principio di autonomia locale è riconosciuto, ne sembra seguire un sistema sui tre livelli di Stato centrale, Stato membro, comune. Perché non limitarsi a questi tre gradi?

2. Tuttavia questo parallelo non è che apparente. Le riflessioni che seguono vogliono presentare i problemi che si pongono all'*articolazione territoriale in Germania* e che, come spero di poter dimostrare, escludono strutture e soluzioni uniformi e forzano a riconoscere diversità organizzative – che, invece, devono giustificarsi sotto profili dei principi di organizzazione amministrativa moderna, anzitutto dei criteri di economia. Mi pare che una tale ipotesi può

to degli enti locali, vol. 1, Torino 2004, p. 90 ss.

4 Vedi art. 27 ss. TUEL.

5 Vedi le cifre secondo Carlo Baccetti, Italy, in: Hubert Heinelt/ Xavier Bertrana (a cura di), *The Second Tier of Local Government in Europe*, London/ New York 2011, p. 164 ss. (166). Un breve riassunto italiano di quest'opera è stata presentata dall'Unione Province Italiane e l'Università degli Studi di Firenze a cura di Carlo Baccetti, *L'ente intermedio in Europa* (2012).

6 Vedi ad es. Nicola Vizioli, *Le città metropolitane e Roma capitale*, in: Tania Groppi/ Marco Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie*, Torino 2001, p. 171 ss. – una situazione non migliorata nel decennio passato.

7 Su questo vedi Emmanuel Négrier/Fabien Nicolas, France, in: Heinelt/ Bertrana (precit. n. 5), p. 73 ss.

aiutare anche per la scelta italiana tra strutture semplici, soluzioni differenziate ed economia.

Per capire meglio il carattere specifico dell'organizzazione territoriale in Germania, mi sembra importante sottolineare anzitutto quattro *particolarità*.

(1) In prima linea, la Federazione che riunisce il popolo nei – oggi 16 – Länder comprende tali Länder di *dimensioni molto diverse*, tra meno di 661.000 abitanti a 17.845.000, e con territori varianti da quello di una città – a Berlino ed Amburgo; a Brema ci sono due città – fino a più di 70.000 km²⁸. Già per questo motivo, le strutture interne dei Länder devono essere differenti.

(2) Poi, secondo, sono i Länder che si sono federati nella Repubblica Federale, ciascuno con la sua costituzione e quindi la sua organizzazione interna. La Legge Fondamentale (LF) riconosce quest'*autonomia costituzionale e organizzativa*, stabilendo, è vero, certi principi per l'omogeneità costituzionale (art. 28), e pretendendo alla prevalenza del diritto costituzionale nazionale (art. 31), ma inoltre è basata sulle diversità e le strutture diverse. L'articolazione in Länder non è soltanto un decentramento, ma un riconoscimento di costituzioni autonome⁹.

(3) Fra i principi vincolanti i Länder secondo l'art. 28 LF, c'è una *garanzia delle autonomie* territoriali nei Länder, *sui livelli dei comuni e delle unioni dei comuni* (“Gemeindeverbände”, fra questi la costituzione menziona specificamente i “Kreise”¹⁰ come enti autonomi di secondo grado). Nonostante la formazione dello Stato federale sui due livelli di Federazione e Länder, un terzo e, per i Kreise, un quarto livello di autonomia è garantito, come garanzia istituzionale, dal diritto costituzionale federale. Anzi questo, nella seconda frase del primo comma dell'art. 28 LF, prescrive l'esistenza di una rappresentanza popolare diretta su tutt'e quattro i livelli. Si può distinguere il potere potenzialmente indipendente dei Länder dall'autonomia locale, ma si tratta, in tutt'e due i casi, di un decentramento con potere di decisione autonoma. Perciò l'idea forse tradizionalmente prevalente che concepisce l'autonomia locale come mera “autoamministrato”¹¹ può e deve essere allargata nella direzione di un autogover-

8 Vedi, per i dati statistici, Statistisches Bundesamt (a cura di), Statistisches Jahrbuch. Deutschland und Internationales, ed. Wiesbaden 2012, p. 26.

9 Cf. intanto e per il punto seguente Dian Schefold, *Funzione, contenuto e limiti delle Costituzioni dei länder in Germania*, in: Istituto di Studi sulle Regioni (a cura di), *La potestà statutaria regionale nella riforma della costituzione*, Milano 2001, p. 175 ss.

10 Non sembra adeguato tradurre questo concetto, perché si distingue, come si vedrà in seguito, da forme di autonomie locali di secondo livello in altri Stati, anche – nonostante una situazione comparabile – dalle province italiane.

11 Una tale interpretazione, sostenuta soprattutto da Ernst Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 10° ed. München 1973, p. 479, ha avuto un impatto essenziale

no locale, con base costituzionale e legittimazione politica specifica¹².

(4) Il sistema multilevel che risulta da queste garanzie non esclude la creazione di *amministrazioni speciali*, sia come amministrazioni federali, per quanto la Legge Fondamentale (art. 83, 86-91) le ammette, sia come amministrazioni dei Länder e, basate sull'autonomia organizzativa degli enti locali nei limiti della legge, anche dei Kreise e comuni. In questa via autorità con poteri speciali, agenzie, istituti ed enti di diritto pubblico e soprattutto di diritto privato (società) possono essere create. È possibile anche di concedere autonomia a soggetti del genere, benché limiti costituzionali¹³ e argomenti di scienze amministrative necessitino prudenza riguardo a tali soluzioni.

B. Le forme organizzative classiche nei Länder tedeschi

3. Dalla tradizione storica come dai principi direttivi ancorati nell'art. 28 LF risulta un'importanza considerevole di livelli di *autonomia locale* sotto l'amministrazione statale in ogni Land. Una fonte risale all'influsso della rivoluzione francese¹⁴. Nei territori conquistati, occupati ed influenzati dalla Francia nel periodo napoleonico, un'organizzazione municipale secondo il modello francese fu stabilita. Dall'altro lato, quando la Prussia, vinta nelle guerre napoleoniche nel 1806, tentò di ri-fondare un potere pubblico riconosciuto e buon mercato, ricorse, secondo le idee del Freiherr vom Stein, a un sistema di auto-governo delle città, scaricando il potere statale. Tutt'e due i movimenti servivano come base di un principio di autonomia locale, ancorato prima nelle leggi degli Stati membri della Germania e poi, dopo il tentativo del 1848/49, nelle costituzioni di Weimar e di Bonn¹⁵.

sulla dottrina tedesca.

12 Buona discussione e sostegno di un'interpretazione conforme alla situazione costituzionale da Andreas Bovenschulte, *Gemeindeverbände als Organisationsformen kommunaler Selbstverwaltung*, Baden-Baden 2000, p. 24 ss., 76 ss., 481 ss., 568 ss.

13 Molto discussi dalla dottrina e giurisprudenza costituzionale; sullo stato attuale vedi BVerfGE 107,59 (87 ss.), con critica da un lato di Sandra Köller, *Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation*, Berlin 2009, dall'altro lato Franziska A. Löhr, *Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag*, Baden-Baden 2006, specialmente p. 338 ss.

14 La presentazione classica è Heinrich Heffter, *Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert*, 2a ed., Stuttgart 1969; come documentazione annotata dei testi menzionati in seguito, Christian Engeli/ Wolfgang Haus (a cura di), *Quellen zum modernen Gemeindeverfassungsrecht in Deutschland*, Stuttgart 1975.

15 Menziono fra i trattati tedeschi del governo locale Martin Burgi, *Kommunalrecht*, 4a ed. München 2012; Eberhard Schmidt-Aßmann/ Christian Röhl, *Kommunalrecht*, in:

Elemento essenziale dell'autonomia è il *principio di universalità*: l'autonomia comprende, in principio, tutti gli affari della comunità locale, e li affida alla propria responsabilità del comune¹⁶. Non c'è un numero chiuso di compiti, ma in principio, il potere locale è autonomo nella scelta e regolazione degli affari di cui vuole occuparsi, a patto che si tratti di affari di carattere locale, non di portata generale per il Land o la Federazione. Questa limitazione vuole escludere i poteri locali dalla politica estera, difesa, progettazione di opere di interesse generale ecc.; sembra però plausibile una partecipazione locale all'articolazione di interessi locali in tali materie¹⁷.

Il *limite* essenziale del potere locale è però la *legislazione statale*. Per quanto, in via legislativa, un compito è stato attribuito ad un altro livello, oppure limitato o disciplinato in sostanza, l'autonomia locale ne è determinata. Certo la legislazione statale deve tener conto della garanzia istituzionale dell'autonomia e non deve trascurarla come principio costituzionale; questa garanzia è sottolineata da argomenti di proporzionalità, di comportamento amichevole in confronto con i comuni e di bilanciamento¹⁸, ma con questi limiti la legislazione è vincolante. Questo vincolo è incisivo anzitutto quando si tratta di limitare diritti fondamentali. La riserva di legge è – nonostante la rappresentanza popolare menzionata anche su livello dei Kreise e dei comuni – una riserva della legge statale (di Federazione e Länder), e perciò limitazioni dei diritti fondamentali sono legali soltanto sulla base di una tale legge¹⁹; attività comunali in queste materie presuppongono la base legale statale. Perciò soprat-

Besonderes Verwaltungsrecht, 14a ed. Berlin 2008. Del manuale essenziale curato di Günter Püttner/ Thomas Mann, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3a ed. Berlin, sono stati pubblicati i vol. 1, 2007, e 2, 2011 (vol. 3 in preparazione); vedi la 2a ed. , 6 vol., 1981-1985. Per una breve presentazione in inglese, Dian Schefold, Local Government in Germany, in: Angel-Manuel Moreno (ed.), Local Government in the Member States of the EU, Madrid 2012, p. 233 ss.

16 In questo senso, il testo dell'art. 28 II° co. LF va oltre l'art. 13 I° co. TUEL, perché, comprendendo anche la potestà statutaria, rinuncia alla limitazione alle funzioni amministrative e ad un'enumerazione delle materie.

17 Vedi le sentenze limitative di decisioni comunali in materia di armamento nucleare, BVerfGE 8,104 ss., 8,122 (132 ss.); tuttavia manifestazioni di posizioni riguardo certe misure di programmazione e costruzione riguardano affari locali, sono pertanto ammissibili e spesso praticate. Sulla delimitazione attuale nella prassi vedi BVerwGE 87,228 ss.; sulla cooperazione di sviluppo degli enti locali Matthias von Schwanenflügel, Entwicklungszusammenarbeit als Aufgabe der Gemeinden und Kreise, Berlin 1993.

18 Vedi la sentenza fondamentale BVerfGE 79, 127 ss.

19 Così – però per l'autonomia funzionale – BVerfGE 33,125 (157 ss.); il trasferimento sull'autonomia locale, certo fatto dalla dottrina (vedi per tutti BVerwGE 6,247, 250 s.; Burgi, precit. n. 15, § 15 no. 36 ss., p. 208 s.

tutto l'autonomia locale di percepire tasse o di sanzionare contravvenzioni non è ammessa senza autorizzazione legislativa statale.

4. Accanto a questi limiti legali, importano però limiti pratici che non permettono a molti comuni di adempire compiti di rilevanza locale. Questa situazione era ovvia sotto le condizioni di comuni piccoli, non capaci di un'amministrazione comunale professionale e con finanze proprie insufficienti, ma rimane anche dopo le riforme territoriali – su cui tornerò in seguito – che non tolgono il bisogno di un livello amministrativo, anzitutto di autonomia, al di sopra del comune. Così il “Kreis” oppure “Landkreis” è stato previsto come ente di *autonomia speciale e di secondo livello*, fra i livelli dell'amministrazione del Land e del comune, e la Legge Fondamentale – come le costituzioni e leggi dei Länder – lo prevedono esplicitamente. Secondo l'art. 28 I° co. fr. 2, la rappresentanza popolare eletta direttamente è prescritta nella stessa maniera per i Länder, Kreise e comuni, e secondo il II° co. , anche le “unioni dei comuni” (Gemeindeverbände) hanno diritti di autonomia, ciò che si riferisce in prima linea ai Kreise²⁰. Dato però il principio di universalità per i poteri dei comuni, le competenze dei Kreise non possono essere generali, ma devono essere attribuite dalla legge del Land²¹. Nella prassi, si tratta anzitutto di compiti di una portata sopra-locale, di coordinamento e di equiparazione fra i comuni appartenenti al Kreis²².

Il bisogno di un tale coordinamento e di cooperazione dei comuni si è manifestato anche in *altre forme organizzative intercomunali*. Parte dell'autonomia locale è la libertà di adempimento di certi compiti in forme di cooperazione. Perciò i comuni hanno il diritto di formare unioni, sia come associazioni di comuni per la rappresentanza dei loro interessi e per influenzare la legislazione e la politica sui livelli di Land e Federazione²³, sia come cooperazione di due o più comuni per l'adempimento di un certo compito. In questi casi un comune può eseguire certi affari per due o più comuni, oppure un'amministrazione comune può essere creata a questo scopo, controllata da una struttura intercomunale. Spesso la cooperazione avrà luogo anche in forme di diritto privato, ad esempio in società per azioni o di responsabilità limitata. Anzi la legislazione

20 Sui concetti e l'inserimento di questi fenomeni e per ciò che segue, vedi la ricerca importante di Bovenschulte (precit. n 12), specialmente p. 317 ss.

21 Dalla riforma del federalismo in poi (2006), l'attribuzione di competenze ai Kreise o comuni da parte della legge federale è esclusa, art. 84 I° co. fr. 7 LF.

22 Vedi Friedrich Schoch, in: Hans-Günther Henneke/ Hartmut Maurer/ Friedrich Schoch, Die Kreise im Bundesstaat, Baden-Baden 1994, p. 21 ss., 27 ss.

23 Questa rappresentanza, benchè non pubblicistica e neanche disciplinata dal diritto degli enti locali, si ravvicina ai Consigli delle autonomie locali secondo l'art. 123 IV° co. cost.it.

dei Länder, disciplinando tali soluzioni, spesso va oltre e disciplina la cooperazione di certi comuni – soprattutto piccoli – per l’adempimento di certi compiti. Così si creano strutture su un livello fra comune e Kreis, con organizzazione giuspubblicistica di un ufficio (Amt) con un sindaco impiegato a questo scopo e un organo di controllo composto da rappresentanti dei comuni che ne fanno parte. Quest’organizzazione, con una tradizione lunga nella Prussia, ha avuto un influsso considerevole anche dopo il 1945 e poi, dopo la riunificazione, nella Germania orientale. La sua legittimazione democratica è però debole, soltanto indiretta, e solleva pertanto problemi²⁴. Perciò la Bassa Sassonia e la Renania-Palatinato hanno ripreso un’altra tradizione dei “Samtgemeinden” oppure “Verbandsgemeinden” che sono comuni con due livelli, con consigli eletti sul livello del comune locale e del comune composto, e con sindaci su tutt’e due i livelli – una soluzione evidentemente complicata e disposta a conflitti²⁵, però interessante come modello di democrazia locale.

5. Tutte queste forme organizzative hanno però, oltre la loro importanza per l’autonomia locale, una funzione ulteriore amministrativa: Lo *Stato* – Federazione e Land – rinuncia largamente ad istituire organi propri per *l’esecuzione dei suoi compiti, ma la affida ai poteri locali*. Questa tendenza, già all’origine delle autonomie moderne quando lo Stato prussiano, impoverito dalle guerre, non poteva più pagare un’amministrazione locale propria e usufruiva delle strutture delle città (come, in campagna, dei latifondisti), determina tutta l’organizzazione dei livelli locali e sopra-locali. Certo l’importanza di quest’inserimento delle amministrazioni locali era ed è oscillante. Ci sono amministrazioni statali anche locali, soprattutto nel campo della polizia, che è oggi, dopo tentativi di “re-comunalizzazione” del primo dopoguerra²⁶, quasi totalmente distaccato dal sistema del governo locale. La portata dei compiti sostanzialmente amministrativi sempre affidati alle autorità di polizia invece varia fra i Länder; la maggior parte di tali compiti è oggi “de-polizisata” e affidata alle autorità locali²⁷, nonostante la loro importanza per l’ordine pubblico e perciò la loro qualificazione come compiti statali.

Per di più, c’era, spesso ancora nel secondo dopoguerra, una posizione del

24 Non qualificati come determinanti nella sentenza importante BVerfGE 52,95 ss., però ora superata, vedi infra, n. 10 in fine.

25 Su questi Bovenschulte, l.c., p. 323 s., 442 ss., 449: per quale livello si applica il principio di universalità? Una risposta univoca sembra impossibile.

26 Un relitto si trova ancora nella polizia della città di Bremerhaven che è, nonostante il suo inserimento totale nel Land, sempre formalmente un’autorità comunale (§§ 74, 67 II° co. no. 2 Polizeigesetz di Brema).

27 Vedi Christoph Gusy, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 8a ed. Tübingen 2011, § 2 no. 54 ss., p. 28 ss.

capo dell'amministrazione del Landkreis (il "Landrat") come funzionario statale, nominato dal ministro del Land, e ci sono, in singoli Länder, fin'ora leggi che attribuiscono a questo funzionario un ruolo di autorità statale inferiore, quasi prendendolo "in prestito" (si parla di "Organleihe") in favore dello Stato²⁸. Visto da oggi però, mi pare che queste soluzioni sono da valutare piuttosto come residui. Il sindaco, come il "Landrat" come capo del Landkreis, è oggi funzionario eletto, normalmente dai cittadini, in certi casi dal consiglio, e dirige la sua amministrazione.

Tuttavia, per quanto riguarda le materie disciplinate dalle leggi statali e delegate all'amministrazione locale, rimangono materie statali. Perciò sono amministrate sotto controllo non soltanto della legalità, ma anche di merito delle autorità statali, che garantiscono un'esecuzione regolare. Pertanto, in queste materie, i consigli dei Kreise e comuni normalmente non possono essere coinvolti e non hanno potere di influenzare l'amministrazione locale. Questo deficit di democrazia locale non è però libero da critiche. Già all'inizio del secondo dopoguerra, un disegno di legge sulle autonomie locali²⁹ ha ridefinito le materie dell'amministrazione statale delegata come "compiti comunali obbligatori secondo direttive" statali, sottolineando in questa via la responsabilità comunale anche politica. Questa proposta ha influenzato la disciplina in circa la metà dei Länder e rimane oggetto di discussioni.

6. L'organizzazione fin'ora descritta è però variata grazie alla situazione di geografia e popolazione diversa sopra (no. 2) menzionata in parti della Germania. Anzitutto, il problema dei Kreise si è posto grazie alle dimensioni limitate dei comuni, che hanno bisogno, per adempire certi compiti, di una struttura più ampia. Questo bisogno non vale per le città grandi, con una capacità economica ed amministrativa sufficienti. Secondo la legislazione, città di tali dimensioni hanno uno statuto speciale come "*kreisfreie Städte*", cioè città esenti da un Kreis. Queste città, come comuni, eseguono oltre i loro compiti anche i compiti di un Kreis, nel campo di autonomia come in quello di amministrazione statale delegata. Così in questi casi c'è un solo livello di amministrazione locale e una struttura più semplice.

Lo stesso problema si presenta, però in grado ancora più incisivo, per le *Città-Stato*. Queste combinano le funzioni del Land, del Kreis e del comune e le adempiscono tramite un'amministrazione unica, forse suddivisa

28 Su questo fenomeno, però prendendolo come situazione normale, vedi gli esempi da Burgi (precit. n. 15) § 2 no. 16 p. 18, § 8 no. 3, 10 s., 25 p. 81 ss., § 13 no. 21 p. 177, § 20 no. 14 p. 309.

29 Il „Weinheimer Entwurf“ del Deutscher Städtetag, proposto nel 1948, con il concetto dei „Pflichtaufgaben nach Weisung“, vedi Engeli/ Haus (precit. n. 14), p. 740 ss.

nell'interno³⁰, ma sempre appartenente allo stesso soggetto di diritto pubblico. In questi casi c'è soltanto il livello federale e della Città-Stato, ciò che riduce i controlli e i costi e facilita le decisioni, ma può, in certe situazioni delicate, avere conseguenze negative per l'imparzialità dell'amministrazione. Perciò l'esistenza di Città-Stato presuppone una cultura politica, cittadina specifica, e richiede tecniche di controllo interno adeguato.

7. Poi, dall'altro lato, rimane da chiedere se il Land, tramite le sue autorità centrali – anzitutto il ministero dell'interno, ma per i compiti delegati anche gli altri ministeri competenti – è capace di *controllare* e di *omogeneizzare* tutti gli *enti autonomi* nel suo interno. Ci sono i poteri di controllo e di supervisione, ma il numero dei comuni e la loro distanza dal centro può rendere precaria l'implementazione delle politiche del Land. Perciò per la supervisione sui comuni, il Land può usufruire dei Landkreise e delegare a loro compiti di controllo sui comuni. Un tale controllo era molto efficiente quando alla testa dei Landkreise c'era un funzionario statale (vedi sopra, no. 5). Ma nello Stato di diritto democratico, anche il Landrat eletto dal popolo può e deve esercitare un controllo incaricatogli dalla legge, e infatti un tale controllo è importante per il funzionamento dell'ordinamento locale tedesco.

Tuttavia possono rimanere dubbi, e per le città esenti dai Kreise (kreisfreie Städte) e per gli stessi Kreise, si può pretendere al bisogno di un controllo decentrato. Infatti, soprattutto per la Prussia, ma anche per altri Länder tedeschi, c'è una vecchia tradizione di creare un livello amministrativo statale decentrato, per l'adempimento di compiti statali di carattere locale o regionale, e per il controllo e coordinamento delle autonomie nella zona rispettiva. Questa è la funzione dei “*Regierungsbezirke*” oppure “*Bezirksregierungen*”, previsti anche oggi in una parte dei Länder. Al di sopra del livello delle autonomie, si trova un'istanza governativa e amministrativa statale con certe funzioni, come compensazione parziale della rinuncia ad un'amministrazione statale locale. La lotta su una tale compensazione ha dominato una gran parte del dibattito ottocentesco e novecentesco sulle autonomie³¹ e influenza anche la discussione attuale, sulla quale tornerò (infra, no. 12).

30 Una tale suddivisione, prevista per le città grandi in maniera comparabile all'art. 17 TUEL in Italia secondo la legislazione dei diversi Länder, ha un'importanza speciale per le Città-Stato e fra di loro anzitutto per Berlino, ove la suddivisione interna, introdotta con la creazione della città metropolitana molto allargata nel 1920, ha creato suddivisioni con strutture democratiche e diritti di autonomia che ravvicinano questi “*Bezirke*” a comuni, senza però loro concedere una piena autonomia comunale come la garantisce l'art. 28 II° co. LF.

31 Un fenomeno marcante è la critica di Hugo Preuß del sistema prussiano ottocentesco; lo ho trattato nella mia introduzione al vol. 2 delle *Gesammelte Schriften* di Hugo Preuß, Tübingen 2009, p. 59 ss.

8. Ma prima occorre, come *bilancio intermedio*, riassumere la struttura dell'amministrazione tedesca³². Possiamo constatare, a parte organizzazioni speciali, un'amministrazione federale essenzialmente limitata a un livello centrale. Sotto questa, ogni Land ha la sua amministrazione centrale, di carattere statale. In alcuni Länder, soprattutto i più estesi, esistono i Regierungsbezirke come organizzazione decentrata dell'amministrazione del Land. Sotto questa, c'è la sfera delle autonomie, benché incaricate anche di compiti delegati di amministrazione statale sotto controllo di merito statale: il livello dei Kreise come secondo grado di autonomia, e dei comuni come organizzazioni di base, spesso con forme di cooperazione.

Ne segue, soprattutto per i Länder grandi, un'organizzazione di cinque livelli: Federazione – Land – Regierungsbezirk – Kreis – comune. Per le città grandi, i livelli di Kreis e comune coincidono nel modello della kreisfreie Stadt. – Nei Länder più piccoli, mancano i Regierungsbezirke, cosicché arriviamo a quattro, per le kreisfreie Städte a tre livelli. – Nelle Città-Stato, Land, Kreis e comune coincidono, cosicché ci sono soltanto i due livelli di Federazione e Land.

Per una comparazione con la struttura italiana, sono, da un lato, i Regierungsbezirke che possono essere comparati con la funzione della provincia, però come strutture organizzative burocratiche, normalmente non di autonomia, e, dall'altro lato, i Kreise. Ma l'organizzazione tradizionale tedesca prevede, in ogni caso, una struttura intermedia tra l'ente federato (regionale) e il comune – con la sola eccezione dei casi speciali delle Città-Stato e delle città grandi in Länder piccoli.

C. Sviluppi e tendenze recenti

9. Ovviamente il modello descritto ha subito, oltre cambiamenti già menzionati nella mia presentazione, modificazioni dovute a sviluppi demografici, tecnici, politici e nelle scienze amministrative ed economiche³³. Un cambiamento essenziale nelle idee sul rapporto tra settore pubblico e privato ha modificato, in prima linea, l'importanza di amministrazioni federali speciali sui livelli locali. Nonostante una crescita di importanza di compiti federali in certi settori della

32 Vedi lo schema allegato e, come presentazione generale, Werner Thieme, in: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 3a ed. (precit. n. 15), vol. 1, § 9 p. 147 ss.

33 Vedi, fra le opere numerose in materia, la presentazione comparatistica di Hellmut Wollmann, Reformen in Kommunalpolitik und Verwaltung, Wiesbaden 2008.

pubblica sicurezza e della lotta contro la criminalità³⁴, le *privatizzazioni* delle poste e telecomunicazioni e delle ferrovie, benché soltanto parziali e largamente formali, hanno abolite e sostituite da negozi le autorità federali in materia sul livello locale³⁵. In maniera simile, la trasformazione dell'Istituto federale del lavoro, originariamente un'amministrazione federale con uffici sui livelli dei Länder e delle autonomie, in un'*Agenzia* con sedi e sportelli locali distaccate ha ravvicinato quest'organizzazione alle strutture dei Kreise e comuni, però obbligati a una cooperazione così stretta che, secondo una sentenza della Corte costituzionale importante³⁶, la separazione organizzativa di amministrazione federale e locale era violata; soltanto una modificazione della Legge Fondamentale ha mantenuto questa soluzione³⁷ deviante dalle strutture amministrative tradizionali. Sostituzioni paragonabili di autorità pubbliche da imprese o strutture simili si trovano sul livello dei Länder e delle autonomie, soprattutto in caso di privatizzazioni di servizi comunali prima pubblici; anche se queste imprese sono nelle mani pubbliche, c'è la tendenza del diritto dell'Unione Europea di limitare l'influsso pubblico (art. 106 TFUE), problematica però a causa del riconoscimento delle strutture di autonomia da parte dello stesso diritto dell'Unione³⁸.

Un ulteriore cambiamento avrebbe potuto essere la conseguenza del *New Public Management* che ha influenzato anche le strutture di gestione e amministrazione in Germania. Infatti tendenze del genere hanno modificato in misura più o meno incisiva il rapporto tra gestione e controllo eseguito dai Parlamenti e consigli locali in Germania, aumentando la portata di gestione indipendente di certi settori. Non sembra invece che la struttura dei livelli organizzativi sia stata modificata molto da questi cambiamenti. In contrario si può no-

34 Così, la riforma del federalismo del 2006 ha, in contrasto con l'intenzione di dipanare le sfere della Federazione e dei Länder, allargato la competenza federale per la lotta contro il terrorismo internazionale (art. 73 no. 9a LF; il no. 10 era già stato allargato nel 1993). Vedi i contributi in Antonio D'Atena (a cura di), *I cantieri del federalismo in Europa*, Milano 2008, di Raffaele Bifulco, p. 121, Jörg Luther, p. 138, Anna Gragnani, p. 197, Dian Schefold, p. 87.

35 Le ferrovie e le poste furono eliminate come materie di amministrazione federale nell'art. 87 I° co. LF quando i nuovi art. 87e e 87f furono inseriti (1993/94).

36 Sentenza del 20-12-2007, BVerfGE 119,331 (360 ss.).

37 Art. 91e LF, introdotto con l. cost. del 21-7-2010, vedi la legge di esecuzione del 3-8-2010 (BGBl. I, p. 112), che introduce una disciplina estremamente complicata.

38 Vedi art. 4 II° co. TUE, art. 14 TFUE, art. 36 Carta dei diritti e l'influsso della Carta Europei delle Autonomie locali, art. 6 I° co.; una discussione della problematica da parte di Janna Köke, *Kommunale Unternehmen zwischen Europäischem Wettbewerbsrecht und Europäischer Charta der kommunalen Selbstverwaltung* (tesi università di Bremen 2013) sarà, come spero, fra poco accessibile.

tare piuttosto una tendenza di *integrare amministrazioni speciali* dei Länder nelle strutture dei Kreise e comuni, forse sotto controllo statale intensivato, ma rinforzando il monopolio di amministrazione degli enti locali³⁹.

10. Il cambiamento più incisivo risulta però dalle *riforme territoriali*⁴⁰. Per valutare la loro importanza, occorre rendersi conto che la Germania postbellica ha ereditato una frantumazione degli enti territoriali, comparabile, benché un po' meno grave, a quella francese. Verso la fine degli anni 1960, la Repubblica Federale (Germania Ovest) aveva più di 24.000 comuni, 425 Kreise e 139 kreisfreie Städte, cosicché la popolazione media dei comuni – nonostante il gran numero di città grandi – era ca. 2500 abitanti. Era opinione dominante che queste cifre non permettevano un adempimento efficace dei compiti sempre più complicati e una responsabilità effettiva sul livello comunale, e nacque la divisa di una ricostruzione dell'amministrazione⁴¹. In seguito in tutti i Länder una riforma territoriale fu discussa e decisa negli anni 1970-1974, con il risultato di una riduzione dei comuni a ca. 8500, dei Kreise a 235, dei kreisfreie Städte a 92. In questa via il ruolo del Kreis si avvicinò a quello della provincia italiana. Le cifre menzionate però non sono molto informative e complete, perché le riforme, nei diversi Länder, avevano una portata molto differente: mentre nella Renania-Nord-Westfalia (e simile in Assia), la popolazione media di un comune dopo la riforma era di ca. 40.000 abitanti, in altri Länder la media era cresciuta soltanto in grado modesto, e si tentava, nelle forme di organizzazioni intercomunali menzionate (sopra, no.4), di creare un livello amministrativo di base efficiente. La discussione e critica della riforma rimaneva sull'agenda, perché, nonostante passi verso un'integrazione migliorata dei cittadini – referendum comunale, assemblee di cittadini, consigli dei quartieri ecc. – le obiezioni contro una perdita di democrazia e una burocratizzazione della vita comunale non finivano⁴².

In questa situazione la riunificazione tedesca riaprì il dibattito. Prima, in un

39 Art. 4 V° co. della Carta Europea delle Autonomie locali, vedi per i fenomeni concreti l'analisi di Wollmann (precit. n. 33), p. 51 s., 232 ss., 258, 297.

40 Per le cifre statistiche fino all'inizio degli anni ottanta, vedi la presentazione di H.F. Mattenklodt, *Territoriale Gliederung*, in: *Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis*, 2a ed., vol. 1, Berlin 1981, p. 154 ss.

41 Così l'opera importante dell'epoca: Frido Wagener, *Neubau der Verwaltung*, Berlin 1969.

42 Vedi per un bilancio del periodo Hermann Hill, *Die politisch-demokratische Funktion der kommunalen Selbstverwaltung nach der Reform*, Baden-Baden 1987. Per il tentativo di mitigare queste conseguenze tramite riforme vedi Dian Schefold/ Maja Neumann, *Entwicklungstendenzen der Kommunalverfassungen in Deutschland*, Basel 1996.

senso negativo, perché tentativi di riordinare l'articolazione della Repubblica Federale in Länder, fusionando i piccoli, non avevano più una chance dopo la restaurazione di cinque piccoli Länder nella Germania orientale; non era che conseguente che anche un tentativo di fusione tra Berlino e Brandeburgo naufragò, nel 1996, nella votazione popolare. Ma per i livelli delle autonomie, la situazione ereditata dalla RDT era come nell'Ovest prima del 1970: circa 7640 comuni con una popolazione media di ca. 2200 abitanti, 191 Kreise molto piccoli e 26 città⁴³, in parte pure piccole. Perciò, dopo il 1990, fusioni erano molto discusse e furono realizzate in tutti i Länder nuovi. Tuttavia anche le obiezioni menzionate si facevano sentire in regioni ove il ricupero della democrazia tanto tempo repressa poteva sembrare prioritario. Perciò le riforme territoriali avanzavano e si realizzano lentamente. C'erano fusioni di comuni e di Kreise in parecchi Länder, spesso con l'accento su fusioni volontarie, ma del pari soluzioni meno incisive con la creazione di Ämter ed altre forme di cooperazione intercomunale, soprattutto per l'amministrazione delegata dallo Stato.

Come risultato, la Germania ha attualmente (fine 2011) 11.292 comuni, quindi con una popolazione media di 6000 a 6500 abitanti – però con differenze molto grandi –, di cui 3 Città-Stato e 107 kreisfreie Städte, e 295 Landkreise, cioè, con le kreisfreien Städte, 402 autonomie di secondo grado, largamente comparabili alle province italiane⁴⁴.

Di recente però, la soluzione della cooperazione meramente amministrativa fra comuni è stata messa in discussione, perché la Corte costituzionale di Schleswig-Holstein, un Land con una forte tradizione dell'amministrazione intercomunale tramite Ämter, ha deciso che il trasferimento di compiti amministrativi a organi di unioni di comuni non legittimate direttamente dai cittadini violasse, viste le dimensioni cresciute in confronto con il 1979 di tale trasferimento, il principio democratico⁴⁵. Nella conseguenza di questa sentenza, sia la

43 Le cifre secondo Hellmut Wollmann, Transformation der ostdeutschen Kommunalstrukturen, in: Wollmann/ Derlien/ König/ Renzsch/ Seibel (a cura di), Transformation der politisch-administrativen Strukturen in Ostdeutschland, Opladen 1997, p. 259 (261), che sottolinea che il numero dei Kreise fu aumentato nel periodo socialista quando si parlava di un potere statale unico, benchè su livelli diversi. Lo Statistisches Jahrbuch 2012 (precit. n. 8), p. 29, indica, per la Germania intera, per il 1990: 16128 comuni, 426 (Land-)Kreise, 117 città senza Kreis, quindi 543 Kreise.

44 Le cifre, che subiscono spesso modificazioni, sono per 31 dicembre 2011, secondo Statistisches Jahrbuch 2012 (precit. n. 8), p. 29. - Le cifre presentate da Thieme (precit. n. 32, 15), p. 167 s., e Schefold (precit. n. 15), p. 234, sono già superate.

45 Landesverfassungsgericht Schleswig-Holstein, sent. del 26-2-2010, Norddeutsche Zeitschrift für Öffentliches Recht 2010, p. 155 ss. – in opposizione con la sentenza del 1979 precitata, BVerfGE 52, 95 ss.; sul significato Kay Waechter, Selbstverwaltung und Effizienz, Norddeutsche Zeitschrift für Öffentliches Recht 2010, p. 225 ss.;

legittimazione popolare diretta degli organi di un Amt – simile ai *Samtgemeinden* della Bassa Sassonia (sopra, no. 4) –, sia un'altra riforma territoriale sembra imporsi. La Corte, infatti, ha stabilito che il legislatore deve elaborare una regolamentazione nuova conforme alla costituzione fino al 31 dicembre 2014. Comunque è ovvio che, dopo le esperienze della riforma degli anni 1970, lo sviluppo ulteriore si è rallentato.

11. Questa impressione è confermata dalla discussione sulla necessità, la funzione e la stesura del *Landkreis*. In effetto c'erano certe voci che hanno contestato il bisogno di autonomie di secondo grado, sia mettendo l'accento sull'amministrazione statale anche decentrata, in via dei *Regierungsbezirke* (sopra, no. 7), sia pretendendo a un'organizzazione dell'autonomia comunale forte su un solo livello, senza la concorrenza del *Kreis*⁴⁶. Una tale argomentazione, senz'altro comprensibile se le *kreisfreien Städte* sono prese come modello, perde però la sua forza persuasiva se si prendono di mira le zone rurali e meno densamente popolate in Germania: Qui un comune, per essere funzionale, deve avere dimensioni già molto ampie; ma gli mancherà sempre la potenzialità amministrativa, e c'è il bisogno di un'autorità mediatrice tra i comuni e tra comuni e potere decentrato statale – a meno che si voglia rinforzare questo potere, alle spese delle autonomie. Inoltre, come abbiamo visto, il modello del *Kreis* è garantito dalla Legge Fondamentale, proprio come livello della rappresentanza democratica; sarebbe pertanto un passo molto incisivo e un impoverimento della democrazia abolirlo.

Si può però, e la comparazione con le province italiane e le autonomie comparabili in altri Stati lo raccomanda, pensare ad allargare considerevolmente le dimensioni dei *Kreise*, ravvicinandole a ciò che nella programmazione territoriale tedesca (la “*Raumordnung*”) è definito come “regioni” per lo sviluppo territoriale. Infatti, grazie ai mezzi di traffico e di comunicazione meglio sviluppati, enti più estesi possono essere funzionali, e radici come la competenza dei *Kreise* per la programmazione territoriale (così in Bassa Sassonia), città metropolitane con i loro dintorni, spesso disciplinate da leggi speciali, come nel caso di città come Hannover, e corporazioni territoriali più estese, spesso create a scopi speciali, sono indizi che l'autonomia sopra-comunale e perciò sopra-locale può svilupparsi oggi su terreni più ampi, scaricando in questa via lo Stato, soprattutto nelle sue forme deconcentrate⁴⁷.

Sono considerazioni del genere che hanno motivato governo e Parlamento

Christian Ernst, *Das Demokratieprinzip im kommunalen Gefüge*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2010, p. 816 ss.

46 Vedi ad es. i cenni da Friedrich Schoch, in: Hans-Günter Henneke/ Hartmut Maurer/ Friedrich Schoch, *Die Kreise im Bundesstaat*, Baden-Baden 1994, specialmente p. 18 s.

47 Su tali tendenze, benché in senso critico, Schoch, l.c., p. 43 ss.

nel Land Mecklenburg-Vorpommern di riformare la struttura dei Kreise. In questo Land con territorio ampio (23191 km²), ma popolazione di soltanto 1.642.000 abitanti⁴⁸, cioè poco più di 70 abitanti per km², in luogo di fin'ora 12 Landkreise e 6 kreisfreie Städte, una legge di riforma del 23-5-2006 ha creato cinque Kreise ampie, con territori fino a quasi 7000 km², racchiudendo anche le città grandi, come autonomie di secondo grado. La riforma aveva lo scopo di migliorare l'amministrazione, sia del Land, sia delle autonomie. Ma era contestata, e su ricorso delle autonomie e dell'opposizione parlamentare, la Corte costituzionale del Land ha annullato la legge, con la motivazione che Kreise così grandi violassero l'autonomia locale, soprattutto il suo carattere a titolo onorario e la vicinanza al cittadino⁴⁹. La sentenza, molto discussa e criticata⁵⁰, segnala una posizione importante e basata su tendenze della giurisprudenza costituzionale. Non deve però essere generalizzata. Il legislatore del Mecklenburg-Vorpommern ha reagito con una nuova legge del 12-7-2010 che, è vero, mantiene la posizione della capitale (Schwerin) e della città più grande (Rostock) come città fuori dei Kreise e istituisce ora sei Landkreise, mitigando in questa via il modello concepito nel 2006, ma mantenendolo in principio. L'esempio ci insegna che l'opposizione contro le riforme territoriali non impedisce, oltre il caso deciso, la formazione di aree metropolitane e di altre forme di Kreise di dimensioni regionali⁵¹.

12. Più il ruolo dei Kreise è sviluppato nella direzione di un centro d'autogoverno e d'amministrazione per uno spazio largo, più diminuisce il bisogno di un livello d'amministrazione decentrata del Land, dei *Regierungsbezirke*. Certo questi erano importanti fino agli anni 1990 e anche nei nuovi Länder dopo la riunificazione. Perciò possiamo constatare, oltre la rinuncia a tali strutture nelle Città-Stato e nei Länder con dimensioni piccole, l'abolizione dei Regierungsbezirke in sempre più Länder: dal 2000 in Renania-Palatinato, dal 2004 in Sassonia-Anhalt, dal 2005 in Bassa Sassonia e ora, dal 2012, in Sassonia. Così questa forma di amministrazione statale esiste ora soltanto nei Länder grandi di Renania del Nord-Westfalia, Baviera, Baden-Württemberg – tutti con più di 10 milioni di abitanti – e, secondo questo paragone piuttosto ecceziona-

48 Secondo lo Statistisches Jahrbuch 2012 (precit. n. 8), p. 26.

49 Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, sent. del 26-7-2007, Deutsches Verwaltungsblatt 2007, p. 1102 ss.

50 Vedi, da un lato, la valutazione positiva da Hubert Meyer, Lehrstück über Demokratie in überschaubaren kommunalen Strukturen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2007, p. 1024 s.; dall'altro lato Hans Peter Bull, Kommunale Selbstverwaltung heute, Deutsches Verwaltungsblatt 2008, p. 1 ss.

51 Infatti, ricorsi contro la nuova legge sono stati respinti dal Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, vedi Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, Rechtsprechungs-Report 2011, p. 845 s.

le, in Assia⁵². Infatti sembra che i ministeri dei Länder, forse con alcune autorità speciali decentrate come la polizia, sono capaci di coordinare le autonomie, anche se il numero dei Kreise è ancora alto⁵³, e che il controllo dei comuni come compito delegato ai Kreise, sempre sotto la supervisione di secondo grado del ministero, può funzionare in maniera soddisfacente.

Ove invece i Regierungsbezirke sono sempre esistenti, si osserva una tendenza di completarli tramite elementi di autonomia anche su questo livello. Questa è stata sempre la situazione in Baviera ove i Bezirke sono, oltre la loro funzione come amministrazione statale decentrata, collettività di autogoverno (art. 10 cost. bavarese), ma anche nella Renania del Nord-Westfalia, i c.d. *Landschaftsverbände* operano come enti autonomi fra il livello del Land e quello delle autonomie proprie.

D. Conclusione

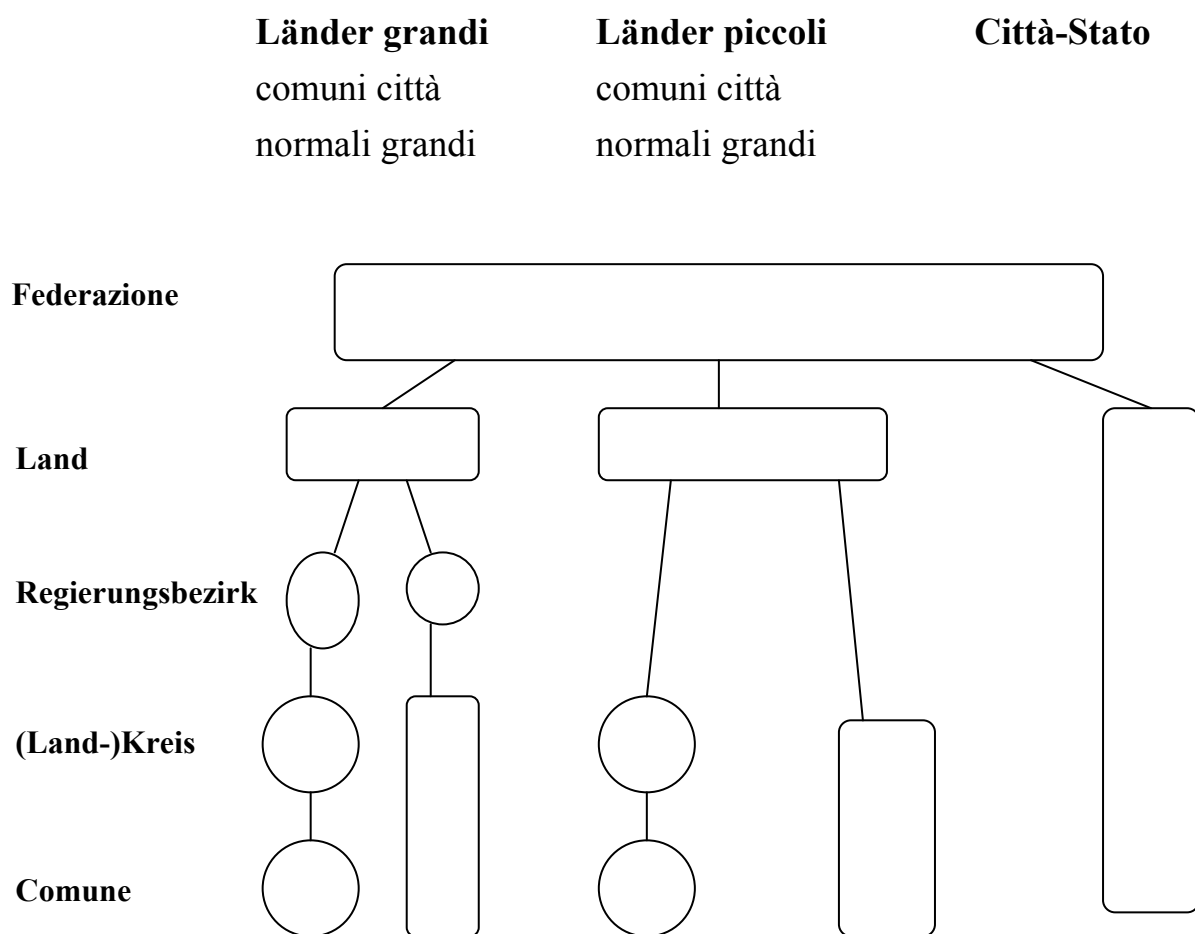
13. Tutto sommato, le strutture amministrative ed autonome in Germania appaiono complicate e multiforme. Dall'amministrazione federale al comune, ci sono fino a cinque gradi, magari aumentati da unioni di comuni. Queste forme organizzative si spiegano per le strutture divergenti dei singoli Länder e nell'esperienza storica. Nella situazione concreta e sotto l'influsso delle riforme territoriali invece, la complessità si riduce, fino al caso estremo dei soltanto due livelli nelle Città-Stato.

Nondimeno, oltre la struttura federale con i livelli federali e dei Länder e la garanzia dell'autonomia comunale, un elemento da un lato equilibrante fra i comuni, dall'altro funzionante come strumento degli interessi statali sui livelli autonomi sembra indispensabile. Se l'amministrazione statale deconcentrata può rinunciare a strutture amministrative proprie, sembra proprio questo livello di autonomie di secondo grado che è importante e che, sempre come ente autonomo e legittimato direttamente dai cittadini, opera come mediazione tra livelli statali – di Federazione e Länder – e comuni. Penso che quest'esperienza, certo cresciuta sotto condizioni molto diverse dallo sviluppo italiano, può contribuire alle considerazioni che si impongono nello sviluppo di un sistema multilivello italiano.

52 Desta interesse che la Bassa Sassonia con 7.918.000 abitanti ha abolito i Regierungsbezirke, mentre l'Assia con 6.067.000 abitanti li mantiene ancora.

53 Ad esempio, per Renania-Palatinato (con ca. 4.000.000 abitanti) abbiamo sempre 24 Landkreise e 12 kreisfreie Städte.

Schema: I livelli organizzativi in Germania



La dignità umana tra valore, diritto di libertà e diritto sociale

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Lo stato tradizionale della discussione. – 3. Sviluppi recenti. – 4. La dignità umana come diritto sociale. – 5. Dignità, Stato sociale e uguaglianza. – 6. Il compito della giurisprudenza costituzionale.

1. Introduzione. Se tento oggi di inserire la problematica della dignità umana nel rapporto tra diritti di libertà e diritti sociali, devo concedere che non si tratta di una mia ricerca radicalmente nuova. Ho parlato, anni fa, sulla dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca, ed ho pubblicato questo lavoro negli Scritti in memoria di Sergio Panunzio¹. Però, anche a prescindere dalla discussione europea crescente in conseguenza della Carta Europea dei Diritti che, secondo il modello tedesco, comincia con la dignità umana, ci sono sviluppi importanti anche in Germania, dovuti a contributi nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale che vorrei presentare (infra, 3). Fra questi, sarà l'elemento essenziale un nuovo accento sul carattere della dignità umana come diritto sociale, introdotto dalla giurisprudenza costituzionale recente, e che sarà l'elemento centrale di questa relazione (infra, 4). Per capire l'importanza di questo sviluppo, anzi, mi pare, di questa svolta della giurisprudenza, mi sembra però necessario riassumere brevemente l'argomentazione della mia ricerca menzionata (infra, 2).

2. Lo stato tradizionale della discussione. Infatti, per la discussione tedesca dal 1949 la dignità umana è sempre stata un tema centrale, determinato dal desiderio di fondare, dopo il nazismo, la Repubblica Federale su valori dello Stato di diritto in senso non soltanto formale, ma sostanziale. Perciò, accentuando quest'aspetto, certo non sconosciuto alla tradizione della garanzia dei diritti, ma in questa forma nuovo nel secondo dopoguerra, la Legge Fondamentale lo mette in testa della costituzione e, nell'articolo sulla revisione costituzionale (art. 79 III° co.), esclude limitazioni della dignità umana anche in questa via.

Esaminando però la portata di questa garanzia, desta interesse anzitutto che proprio la funzione di limitare revisioni costituzionali non ha mai acquisito rilevanza pratica: c'erano revisioni contestabili, come il controllo delle telecomunicazioni oppure la limitazione del diritto d'asilo, che potevano essere intese come attacchi alla dignità umana. Ma in nessuno dei casi in quesito, la Corte

1 Dian Schefold, La dignità umana. Aspetti e problemi della giurisprudenza costituzionale tedesca, in: Francesco Cerrone/ Mauro Volpi (a cura di), Sergio Panunzio. Profilo intellettuale di un giurista. Napoli: Jovene 2007, p. 623-647; versione modificata sotto il titolo: Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca, in: Eleonora Ceccherini (a cura di), La tutela della dignità dell'uomo, Lezioni volterrane II, Napoli 2008, p. 113-136.

costituzionale ha deciso in favore di una violazione del principio; tutte le revisioni furono decise costituzionalmente legittime, “immanenti nel sistema”, come disse la prima sentenza di questo genere². – Per la portata del diritto, la giurisprudenza oscillava tra tentativi di dedurre certi significati e di attualizzarla soltanto secondo il caso concreto. Per la lacuna la più ovvia invece, la scarsità di diritti sociali contenuti nella Legge Fondamentale, una prima sentenza direttiva, già in dicembre 1951, negò la possibilità di dedurre dalla dignità umana diritti a prestazioni concrete³. Con questa sentenza lo sviluppo di diritti sociali, oltre la regolamentazione scarsa nella Legge Fondamentale, fu radicalmente frenato. Se c’erano indizi per una modificazione di questa posizione, basandosi anzitutto sulla giurisprudenza amministrativa che riconobbe molto presto un diritto individuale all’assistenza sociale⁴, e sulla giurisprudenza costituzionale in materia di diritto tributario che, basandosi in prima linea su principi di eguaglianza e di protezione della famiglia, statui un divieto di tassare il minimo di vita⁵, rimane nondimeno vero che un diritto a prestazioni sociali non fu mai riconosciuto fino all’ultimo passato. È questo tema sul quale tornerò nella parte principale di questa relazione.

Ma prima occorre sottolineare quali sono stati i campi di applicazione e di rilevanza pratica della dignità umana nella giurisprudenza. Sotto questo profilo mi pare essenziale che la giurisprudenza ha dedotto dalla dignità umana un rinforzo ed accento nella definizione della portata di molti diritti. Il caso classico è la deduzione di un diritto alla protezione della personalità, derivato dall’art. 2 I° co. LF, il diritto allo sviluppo libero della personalità. Tenendo conto della dignità umana, questo diritto è allargato alla protezione di una sfera privata, da un lato in confronto con persone e forze private, quindi importante anzitutto per il diritto civile e la sua interpretazione conforme a costituzione, dall’altro lato come barriera contro inquisizioni del potere pubblico come diritto all’autodeterminazione informatica (“*informationelle Selbstbestimmung*”), con importanza crescente negli ultimi anni. – In via simile il diritto alla vita, garantito nell’art. 2 II° co. LF, è protetto, come valore rinforzato dalla dignità umana⁶. Con tale rinforzamento costituisce un limite a misure che potrebbero sacri-

2 BVerfGE 30,1 (2 mass. 5, poi p. 29).

3 BVerfGE 1, 97 ss.

4 BVerwGE 1,159 ss.

5 BVerfGE 82,60 ss., 99,246 ss.

6 Desta interesse, sotto questo profilo, il confronto con la CEDU, ove la garanzia dell’art. 2 è rinforzata dal diritto alla privacy (art. 8) – pertanto con un accento sull’*autodeterminazione*, che potrebbe giustificare anche il diritto a una morte degna (cf. il caso Pretty, sent. del 29-4-2002). La dignità umana invece rinforza piuttosto il *valore* della vita.

ficare la vita di vittime di attacchi terroristici⁷. – Del pari il diritto di libertà personale, certo garantito dallo stesso art. 2 II° co. LF, è combinato con la dignità dell'uomo e con il principio dello Stato sociale per limitare le pene detentive che non devono, secondo la giurisprudenza, distruggere la personalità e pertanto la dignità umana dei prigionieri, ma lasciare loro la chance di un risocializzazione. – In tutti questi, e in altri casi, l'argomentazione è simile: La portata di un diritto costituzionalmente garantito è rinforzata e allargata dalla dignità umana.

Tuttavia questo accento della giurisprudenza ha il suo prezzo. I diritti, rinforzati in questa via dalla dignità umana, obbligano i poteri statali a proteggerli, e questa protezione può, oltre la limitazione dell'intervento statale – ad es. nel caso dell'autodeterminazione informatica – influenzare anche l'esercizio di diritti da parte di terzi, e in questa via limitare i loro diritti.

Così la protezione della personalità svolge effetti anzitutto nei rapporti fra privati, normalmente in materia dell'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero e la libertà d'arte. Sviluppando e proteggendo un diritto alla personalità basato anche sulla dignità dell'uomo, affermazioni, valutazioni, critiche possono apparire come violazioni, e occorre una delimitazione fra il diritto di manifestazione del pensiero e il diritto alla personalità. Questo tema ha occupato la giurisprudenza tedesca fin dall'inizio, attraverso casi come il conflitto tra Klaus Mann e l'erede di Gustav Gründgens fino al conflitto riguardo le pubblicazioni su Caroline di Monaco, con ripetizione e concorrenza della giurisdizione costituzionale tedesca da parte della Corte di Strasburgo⁸. – In maniera simile, si può sottolineare, appoggiandosi sulla dignità umana, il buon costume in materie di presentazioni sessuali o in altra via nocive soprattutto alla gioventù, limitando in questa via l'accesso a presentazioni del genere. – Ma il caso classico e in grado massimo controverso è la problematica dell'aborto. L'embrione, non nato, non è ancora persona nel senso dell'ordinamento giuridico, e pertanto non soggetto di un diritto alla vita. Si può e si deve parlare però di una vita del *nasciturus*, e se questa vita come valore è appoggiata dalla dignità umana, la protezione di questo valore limita il diritto dell'aborto. È su questa base che la Corte tedesca, in una prima sentenza

7 Vedi BVerfGE 115,118 ss.

8 Per dettagli, posso rinviare a Dian Schefold, Convergenze e divergenze tra le Corti europee e le Corti tedesche in materia di interpretazione dei diritti fondamentali, in: Giancarlo Rolla (a cura di), Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni, Milano 2010, p. 189 (198 ss.); un caso speciale da Dian Schefold, Dignità umana e libertà di espressione artistica nel "caso Esra", in Quad. Cost. 2008, p. 381 ss.

del 1975⁹, si è pronunciata in favore di un obbligo statale di proteggere il nascituro, escludendo la legalizzazione dell'aborto fino a una certa data e dettando una limitazione delle indicazioni che possono giustificare l'interruzione della gravidanza. Dopo la riunificazione con la Germania orientale, ove l'aborto era stato depenalizzato, una legge unificatrice che voleva tollerare un'indicazione generale e una consulenza obbligatoria, ma con decisione autonoma della donna, fu di nuovo impugnata, e in una seconda sentenza del 1993¹⁰, la Corte mantenne la sua posizione di principio, benché sottolineando adesso anche strumenti fuori del diritto penale per proteggere l'embrione.

La presentazione della giurisprudenza mi pare dimostrare il ruolo della dignità umana nella prassi costituzionale tedesca degli ultimi decenni e fino all'ultimo passato. Si tratta meno di un ruolo di garantire l'inviolabilità del sistema costituzionale e un diritto separato, soprattutto di portata come diritto sociale. Si può constatare invece un rafforzamento di altri diritti la cui interpretazione avrebbe potuto effettuare risultati simili. Il ruolo della dignità umana ha rinforzato questi diritti come obblighi di protezione, e pertanto anche come limitazione di altri diritti, soprattutto di terzi. In altri termini: la dignità umana ha svolto il suo ruolo piuttosto come valore che come diritto di certi soggetti giuridici.

3. *Sviluppi recenti.* Basandomi sulla presentazione del tema così riassunta, mi pare che la problematica non si è sviluppata in maniera radicalmente diversa negli ultimi anni. Tuttavia ci sono elementi nuovi. Per la dottrina, un ex-giudice costituzionale, Dieter Hömig, ha dato una presentazione della giurisprudenza della Corte molto completa e neutra¹¹ che, ovviamente, riproduce le idee dominanti nella giurisprudenza e aiuta, in questa via, a capire le riflessioni che determinano le sentenze. Fra l'altro, insistendo sulla "resistenza contro bilanciamenti" ("*Abwägungsresistenz*") della dignità umana, concretizza la funzione della combinazione con altri diritti¹²: sono questi altri diritti che sono bilanciati con gli interessi dello Stato e con i diritti opposti di terzi – ad es. manifestazione libera del pensiero contro il diritto alla personalità –, mentre la dignità umana rimane intera, non relativizzata, resistente al bilanciamento, come essenza di questo diritto. Certo si può dubitare di questa soluzione, e mi chiedo, infatti, se un diritto alla personalità relativizzato dalla libertà di manifestazione del pensiero non re-

9 BVerfGE 39,1 ss. – però con opinione dissenziente di due giudici, p. 68 ss.

10 BVerfGE 88,203 ss., di nuovo con opinioni dissenzienti p. 338 ss., 359 ss.; buona presentazione di testo e commento alla sentenza in italiano da Marilisa D'Amico, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano 1994.

11 Dieter Hömig, *Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes in der Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 2007, p. 633-641.

12 Hömig, l.cit., *EuGRZ* 2007, p. 640.

lativizzi anche la dignità personale della persona attaccata. Ma devo ammettere che la combinazione dei due diritti – sviluppo della personalità e dignità umana – spiega meglio il carattere essenziale della dignità.

Un'altra valutazione della giurisprudenza costituzionale è stata data, recentemente, da Erhard Denninger¹³, che ricorda le radici storiche e filosofiche, ma derivandone un'analisi della prassi recente, fino al punto che rimane da trattare sull'aspetto di diritto sociale della dignità umana. L'analisi conferma però che l'importanza del principio dello Stato sociale in materia non è stata sviluppata in considerazione di un diritto sociale a prestazioni statali, ma del principio di risocializzazione come principio direttivo dell'esecuzione delle pene detentive¹⁴. Inoltre sottolinea, con motivi buoni in considerazione degli sviluppi tecnici e della lotta contro il terrorismo, la portata della dignità umana come limite di controlli della sfera privata essenziale¹⁵.

La giurisprudenza recente si svolge – con un'eccezione importante, ci tornerò subito – sulle strade conosciute. Ci sono sentenze importanti sul diritto della personalità, specialmente sull'autodeterminazione informatica, che limitano gli interventi statali nella sfera privata, anche delle telecomunicazioni e dell'uso dell'internet, limitando ad es. la conservazione di dati sulle comunicazioni senza sospetto concreto, e distinguendo la protezione della personalità dall'inviolabilità del segreto di comunicazione e del domicilio¹⁶. Poi la sfera intima delle persone transessuali è protetta¹⁷. Per l'esecuzione delle pene detentive, l'idea della risocializzazione è di nuovo appoggiata sulla dignità umana¹⁸, e nel processo penale, le garanzie legali e costituzionali sono basate sulla dignità dell'uomo¹⁹. Fra queste sentenze, c'è però una con importanza speciale per gli diritti sociali, e sarà questa che mi occuperà nella parte seguente di questa relazione.

13 Erhard Denninger, Der Menschenwürdesatz im Grundgesetz und seine Entwicklung in der Verfassungsrechtsprechung, in: F.J. Peine/ H.A. Wolff (a cura di), Nachdenken über Eigentum. Festschrift Alexander von Brünneck, Baden-Baden 2011, p. 397-411.

14 BVerfGE 35,202 (236); cf. poi BVerfGE 45,187 ss.; 68,169 (199 ss.) e in questo contesto Denninger, l.cit., p. 402 s.

15 Denninger, l. cit., p. 411, riferendosi a BVerfGE 120, 274 (302 ss., 339); 109,279 (314); cf. anche 125, 260 ss.

16 Vedi BVerfGE 115,166 ss.; 120,274 (302 ss.); 125,260 (310).

17 BVerfGE 115,1 ss.; 121,175 (190 s.).

18 BVerfGE 116,69 (85 s.), cf. 117,224 (253).

19 BVerfGE 120,224 (253); 122,248 (271).

4. *La dignità umana come diritto sociale.* Infatti l'innovazione forse la più importante della giurisprudenza in materia della dignità umana negli ultimi decenni riguarda l'importanza del principio per un diritto sociale concreto del cittadino. Per capire questa svolta, occorre rendersi conto dell'innovazione radicale che ha avuto luogo, in Germania (come in altri paesi) sul mercato di lavoro e le garanzie economiche riguardo questo mercato, concretamente in caso di disoccupazione. Per ridurla, la legislazione tedesca ha riformato – sotto un governo rosso-verde, nel 2003 – l'assicurazione contro la disoccupazione. Ha ampliato, da un lato, le misure dirette alla re-integrazione di disoccupati nel mercato di lavoro, e ha limitato invece, dall'altro lato, le prestazioni assicurative (il c.d. "*Arbeitslosengeld I*"), in una percentuale dell'ultimo stipendio, a una durata fra 6 e 12 mesi, dipendenti dalla durata dell'impegno, e soltanto per disoccupati oltre 50 anni a una durata più lunga, al massimo 24 mesi. Dopo questi periodi invece, i disoccupati ricevono, come gli altri indigenti, soltanto prestazioni secondo il modello dell'assistenza sociale (il c.d. "*Arbeitslosengeld II*" oppure "*Hartz IV*"). Perciò le dimensioni di questa assistenza sono diventate un problema politico, economico e sociale di massima portata. C'è una cifra base mensile per un avente diritto di questa assistenza, che era misurata, per una persona sola, nel 2003, a 345 Euro nella Germania occidentale, 331 Euro nella Germania orientale, aumentati dall'affitto necessario (e adeguato) e pochissime prestazioni in casi speciali; ora la cifra base è aumentata, nell'Ovest, a 364 Euro.

Ora due problemi essenziali si pongono: in prima linea ci si chiede se questi tassi siano sufficienti ed adeguati; si pensi ad es. a persone che hanno lavorato e pagato contributi all'assicurazione contro la disoccupazione durante decenni di anni e che, disoccupati all'età di meno di 50 anni, ricevono le prestazioni assicurative proprie soltanto per un anno, dopo le 50 anni al massimo per due anni – poi cadono nel "*Hartz IV*", con un'assistenza sociale molto bassa. Poi, in secondo luogo, si può dubitare se le regole per le comunità, sia le coppie, sia altre persone viventi assieme siano adeguate; soprattutto i tassi per bambini e persone giovane, ridotti a certe percentuali della cifra base, sono molto contestabili e contestati.

Perciò la nuova disciplina fece scoppiare un numero enorme di conflitti giuridici, e i tribunali sociali competenti in materia reagirono in vie diverse. Finalmente, la Corte Federale Sociale (*Bundessozialgericht*) e la Corte d'appello dell'Assia in materie sociali trasmisero alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni rispettive, argomentando che sia l'assistenza per una persona singola, sia le cifre ne dedotte per altre persone, soprattutto bambini, viventi nella stessa casa, fossero insufficienti. Si basarono sulla giurisprudenza menzionata in materia di diritto tributario che vieta la tassazione del minimo di vita: Ne segue, oltre il riconoscimento di un minimo di

vita necessario, anche il diritto a prestazioni sociali in questa dimensione? L'argomentazione dei giudici trasmettenti era estremamente ampia, e i fatti della sentenza della Corte costituzionale²⁰ con il riassunto degli argomenti coprono oltre 40 pagine.

È sotto questo profilo che deve essere letta la motivazione della Corte costituzionale, basata su un'interpretazione costituzionale piuttosto breve, ma determinante²¹. “Il diritto fondamentale alla garanzia di un minimo di vita degno dell'uomo risulta dall'art. 1 1° co. LF in combinazione con l'art. 20 1° co. LF” (cioè dignità umana e principio dello Stato sociale), è il principio della sentenza, ed è appoggiato su un elenco lungo di sentenze, citate come “comparabili” e certo rilevanti; ma nessuna di esse aveva sostenuto la conseguenza ora pronunciata²². La dignità come diritto è ora determinata dal principio dello Stato sociale, e questo, secondo la Corte, obbliga il legislatore di garantire a ciascuno un minimo di vita degno. In questa via l'argomentazione iniziale della Corte, del 1951, è capovolta. Il diritto a protezione statale, da molto tempo riconosciuto, racchiude ora anche un diritto a una prestazione sociale.

Ne seguono, sempre secondo la motivazione della Corte, 5 conseguenze:

1. Il minimo di esistenza, ridotto alle risorse assolutamente necessarie per un'esistenza degna, comprende i bisogni dell'esistenza fisica (alimentazione, abbigliamento, suppellettili domestiche, alloggio, riscaldamento, igiene, salute) come un minimo di cura dei rapporti inter-umani e culturali.
2. Il minimo di esistenza degno deve essere garantito in via di un diritto soggettivo, stabilito da legge parlamentare.
3. Il tasso di questo diritto, certo predeterminato dalla costituzione, deve essere concretizzato dal legislatore che, intanto, ha un potere discrezionale (“*Gestaltungsspielraum*”), meno per i bisogni fisici, più per i bisogni sociali e culturali.
4. Per concretizzare questo diritto, ci vuole un procedimento trasparente ed oggettivo, tenendo conto del bisogno effettivo, e con motivazione in caso di modificazione.
5. Il risultato deve essere controllato, sviluppato e tempestivamente adattato dal legislatore.

20 BVerfGE 125,175-260, sentenza del 9-2-2010, basata su un'udienza orale del 20-10-2009.

21 BVerfGE125,222-227.

22 Così anche l'interpretazione di Christian Seiler, *Das Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum*, *Juristenzeitung* 2010, p. 500 (503).

La Corte si riserva un controllo, tuttavia relativizzato dal potere discrezionale del legislatore, se questi principi sono stati osservati. Dato che il tasso delle prestazioni non segue immediatamente dalla garanzia costituzionale, il controllo si accentra sull'osservazione dello scopo della garanzia e sul procedimento di determinare il bisogno effettivo. – Finalmente, la Corte osserva – di nuovo allontanandosi dalla giurisprudenza anteriore – che i diritti di eguaglianza e della protezione della famiglia non influenzano il risultato, determinato esclusivamente dalla dignità umana e dal principio dello Stato sociale.

È sulla base di questi principi che la Corte controlla la disciplina del “*Hartz IV*” e delle prestazioni ai disoccupati. In una lunga sussunzione²³ conferma che lo scopo della legge di garantire un minimo di vita sufficiente è costituzionalmente legittimo; non constata che il tasso totale delle prestazioni previste dalla legge sia evidentemente insufficiente per garantire un tale minimo di vita; finalmente approva in principio il procedimento scelto dal legislatore per misurare il minimo di vita. – Constata invece che, calcolando la somma di 345 Euro, il legislatore è deviato dal metodo scelto sotto parecchi aspetti, senza motivare la scelta di criteri diversi; questa inconseguenza significa incostituzionalità. Perciò anche le prestazioni previste per altre persone viventi assieme sono incostituzionali. Per quanto riguarda i bisogni di bambini, la Corte critica la mancanza di ogni procedimento per misurare oggettivamente questi bisogni e pertanto le prestazioni che, anche per questo motivo, sono incostituzionali. Finalmente vede nell'esclusione di prestazioni addizionali in casi di bisogni eccezionali una violazione della dignità umana e del principio dello Stato sociale.

Segue da questa deduzione che la disciplina attuale è incostituzionale, e, non potendo essere annullata (dichiarata nulla) per evitare un'incostituzionalità ancora più grave, la Corte, senza base legale esplicita, ma seguendo una giurisprudenza già da molto tempo sviluppata, detta che la materia deve essere regolata con legge costituzionalmente legittima entro il 31 dicembre 2010, cioè fra poco più di 9 mesi²⁴.

Infatti trovare una soluzione più giusta e corrispondente ai principi stabiliti dalla Corte costituzionale si avverò molto difficile. Dato il diritto del Bundsrat, con maggioranza politica differente dal Bundestag, di dare il suo assenso alla legge, c'erano trattative molto delicate necessarie per trovare una soluzione accettabile. Finalmente, il 25 febbraio 2011 un compromesso fu trovato, cosicché la legge poteva essere promulgata il 24 marzo²⁵, con entrata in vigore

23 BVerfGE 125,227 ss.

24 BVerfGE 125,255 ss.; su questa giurisprudenza in italiano Ginevra Cerrina Feroni, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino 2002.

25 Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölf-

retroattiva dal 1° gennaio. La legge tenta di corrispondere ai requisiti stabiliti dalla Corte costituzionale, disciplinando un metodo per determinare il bisogno per il minimo di vita. Questo è basato sulla statistica, e la legge disciplina in dettaglio quali gruppi di consumatori siano da prendere come modello, e quali spese e in quale misura siano da considerare. Ne deriva la somma di assistenza per un avente diritto singolo, e quali percentuali siano da considerare per una seconda persona nella stessa casa, e per bambini, con gradi differenti per le singole età.

Non posso entrare qui nei dettagli della disciplina. Desto interesse però che la cifra chiave, la somma per l'avente diritto singolo, si riallaccia – con un aumento molto modesto – alla somma fin'ora valevole, e che i percentuali derivati, certo più differenziati che prima, si orientano, con piccole modificazioni, alle somme della vecchia legge. È vero che le motivazioni sono ora – almeno in parti – più estese; ma il fatto che i risultati sono vicini alle soluzioni preesistenti dimostra che è il conflitto politico che è stato risolto in via compromissoria. Non mancano perciò le voci che dubitano la legittimità costituzionale della legge nuova, basandosi su riflessioni della statistica, del diritto e della politica sociale e della conseguenza della soluzione legislativa²⁶.

5. Dignità, Stato sociale e uguaglianza. - Si può e si deve concludere che la sentenza, come base di una nuova tappa di giurisprudenza, introduce un concetto nuovo di diritti sociali, derivato dalla dignità umana. Un tale concetto sembra convincente, perché tiene conto del principio dello Stato sociale, e contribuisce a colmare la lacuna lasciata dalla rinuncia a diritti sociali fra le garanzie della Legge Fondamentale.

I limiti di questo cambiamento sono però stretti, ed è proprio uno sguardo sulla costituzione italiana che li fa conoscere meglio. La costituzione italiana non contiene una garanzia esplicita della dignità umana come diritto da sé stante. Nondimeno parla, nell'art. 36, di una retribuzione del lavoratore proporzionata al lavoro, sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa – un'espressione che riprende la garanzia dell'eguaglianza nell'art. 3 che si riferisce alla dignità sociale. Anzi, secondo il comma seguente, è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono un tale sviluppo. Perciò la dignità umana è collegata con l'eguaglianza, ed è compito della Repubblica di realizzarla in questo senso.

Niente di questo nella sentenza della Corte costituzionale tedesca! Secondo questa, la dignità umana come diritto sociale si estende su un minimo di vita,

ten Buches des Sozialgesetzbuchs vom 24.3.2011 (BGBl. I, p. 453).

26 Buona presentazione degli argomenti da Anne Lenze, Sind die neuen Hartz IV-Sätze verfassungskonform? Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2011, p. 1104 ss.

non sulla distribuzione del prodotto sociale lordo. Non si trova un collegamento con il principio di eguaglianza nel senso di un'eguaglianza sociale. Il principio dello Stato sociale, forse oscillante sotto questo profilo, è chiaramente limitato alla questione di minimo di vita, lasciando fuori ogni considerazione di distribuzione generale che, ovviamente, aprirebbe alla giurisprudenza costituzionale un campo immenso e fundamentalmente controverso. Perciò il risultato pratico della giurisprudenza nuova è, almeno per la situazione attuale, modesto; le somme erogate non crescono o sono aumentate soltanto in misura esigua e per certe categorie.

Una tale restrizione della problematica, forse fondata sulla giurisprudenza della Corte in materia del principio di Stato sociale²⁷, esclude dibattiti ampi che hanno tentato di dare a questo principio un ruolo più concreto. In questo senso, soprattutto Wolfgang Abendroth aveva interpretato il principio nel senso che aprisse la costituzione tedesca nella direzione di una trasformazione del sistema economico-sociale²⁸. Aveva fondato la sua interpretazione sull'argomentazione di Hermann Heller, in difesa dello Stato di diritto contro la dittatura: In una fase di spaccatura dell'ordinamento sociale in ricco e povero (1929/30), sarebbe soltanto la trasformazione dello Stato di diritto liberale in uno Stato di diritto sociale che potesse salvare la cultura dello Stato costituzionale²⁹.

L'argomentazione di Abendroth però non ha avuto un gran successo. Già nella prima discussione del principio nell'Associazione dei Costituzionaliste tedeschi, Abendroth non era relatore; intervenne soltanto con un contributo alla discussione³⁰ che, inoltre, si mosse in direzioni diverse. Nello sviluppo succes-

27 Vedi la sentenza fondamentale BVerfGE 22,180 (204) che, è vero, menziona il dovere statale di “provvedere all'equiparazione dei contrasti sociali e pertanto ad un ordinamento sociale giusto” (traduzione mia), ma rinvia alla legislazione e accentua la discrezionalità del legislatore. Per l'interpretazione attuale, Antoni in: Hömig (a cura di), Grundgesetz, 8a ed. 2007, ad art. 20 nota 4; Hans F. Zacher, Das soziale Staatsziel, in: Handbuch des Staatsrechts, vol. 3, 3a ed. Heidelberg 2004, § 28, p. 659 (737 ss., nota 120 ss.); Jarass/ Pieroth, GG, 12a ed. München 2012, ad art. 20 nota 111 ss. (112, 124 s.).

28 Wolfgang Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Aus Geschichte und Politik. Festschrift für Ludwig Bergsträsser, Düsseldorf 1954, p. 279 ss.

29 Hermann Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? 1929, 2a ed. Tübingen 1930, ora in: Gesammelte Schriften, 2a ed., Tübingen 1992, vol. 2, p. 443 ss. Vedi a proposito Dian Schefold, Hellers Ringen um den Verfassungsbegriff, in: Christoph Müller/ Ilse Staff, Der soziale Rechtsstaat, Baden-Baden 1984, p. 555 (571 s.).

30 Il contributo in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer vol. 12 (1954), p. 85 ss. Le relazioni erano presentate da Ernst Forsthoff e Otto Bachof; cf. anche la documentazione del dibattito dottrinale da Ernst Forsthoff,

sivo del dibattito, l'idea di una trasformazione dello Stato borghese rimaneva minoritaria e di influsso esiguo³¹.

Questo è vero, anzitutto, per la giurisprudenza costituzionale. Infatti, Hermann Heller, nella sua argomentazione menzionata, aveva criticato il controllo di costituzionalità delle leggi, operato dalla giurisprudenza tedesca degli anni 1920, che utilizzava il principio di uguaglianza come limitazione di misure sociali. È contro una tale giurisprudenza che Heller fece ricorso al Parlamento democratico che dovesse trasformare lo Stato di diritto liberale in uno Stato di diritto sociale³². Visto così, non sarebbe la giurisprudenza che dovrebbe accentuare la dignità umana come diritto sociale, ma il Parlamento in limitazione di una giurisprudenza opposta a idee socialiste. Forse la pretesa dell'art. 3, II° co. cost. it. è più vicina a questo modo di vedere³³. Ovviamente però, dopo la legislazione tedesca sulla riforma del mercato di lavoro, non è questa la problematica presentata alla Corte costituzionale. Si avvera che la posizione della giustizia costituzionale attuale è molto diversa dal periodo weimariano³⁴.

6. *Il compito della giurisprudenza costituzionale.* – Infatti per la giurisprudenza costituzionale sarebbe un compito insolubile di decidere sulla distribuzione della ricchezza sociale. Se la distribuzione è ingiusta, ci vuole una decisione politica, parlamentare, e si può forse pensare a un controllo estremo di decisioni ovviamente ingiuste, ma non sembra possibile di misurare la distribuzione del prodotto sociale lordo secondo criteri giuridici. Formulata così la

Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968.

31 Cf. il bilancio fatto da Abendroth, *die Funktion des Politikwissenschaftlers und Staatsrechtslehrers Hermann Heller in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Der soziale Rechtsstaat* (precit. n. 29), p. 213 ss., e, per la valutazione attuale, H.J. Urban e altri (a cura di), *„Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie“*, Hamburg 2006, soprattutto il contributo di Jürgen Perels, *Zur Aktualität der Sozialstaatsinterpretation von Wolfgang Abendroth*, p. 101 ss., criticando la riforma del „Hartz IV“ dal punto di vista del principio dello Stato sociale.

32 La formula dello Stato di diritto sociale si trova addirittura nell'ambito della critica del controllo incidentale delle leggi che la giurisprudenza weimariana si arrogava; secondo Heller, questo controllo era “una garanzia efficace contro il progetto che la legislativa popolare trasformi lo Stato di diritto liberale in uno sociale” (traduzione mia), *Rechtsstaat oder Diktatur?* In: *Gesammelte Schriften* (precit. n. 29), p. 450.

33 In questo senso Anna Moscarini, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in: Nania/ Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, 2a ed. vol. 1, Torino 2006, p. 365 (400 s.).

34 Vedi a proposito recentemente Kathrin Groh, *Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, Tübingen 2010, p. 551 ss., e le mie osservazioni in questo, Dian Schefold, *Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik*, in: *Staat, Verwaltung, Information, Festschrift Hans Peter Bull*, Berlin 2011, p. 325 (341 s.).

problematica, la posizione originaria della Corte costituzionale che negava la possibilità di quantificare diritti sociali³⁵ poteva sembrare convincente. Per la prassi attuale invece la limitazione a un minimo di vita basato sulla dignità umana appare come il progresso massimo possibile.

Tuttavia per la giurisprudenza già il controllo delle misure nuove è un compito nuovo e ampio. Si ripete una tecnica vecchia della giurisprudenza costituzionale di aprirsi a questioni nuove soltanto sulla base di una prassi consolidata riguardo i problemi principali; si pensi a problemi come la riserva di legge nell'esecuzione delle pene³⁶, il diritto di partecipazione alle capacità di studio delle università³⁷, all'importanza del procedimento per la legittimazione di certe decisioni³⁸ e, in vicinanza immediata della nostra problematica, ai limiti della tassazione fiscale³⁹.

Il prezzo di una tale estensione del controllo è però la complicazione degli accertamenti necessari, evidente nella sentenza trattata in questa relazione. La razionalità dell'argomentazione entra in conflitto con il procedimento di decisione parlamentare in un sistema politico pluralistico che può esistere soltanto con compromessi che, sotto criteri razionali, mancano spesso di conseguenza. Sembra inevitabile di riconoscere anche questo metodo, ma ne risulta un ravvicinamento ulteriore della giustizia costituzionale e del processo politico. Ecco il prezzo, anzi il rischio del riconoscimento di diritti sociali e della loro effettività – e il riconoscimento che lo Stato sociale non è soltanto principio giustiziabile, ma compito di una politica di cui l'argomentazione giuridica è soltanto un elemento, una massima, un limite, ma non la misura unica.

35 BVerfGE 1,97 ss., vedi supra, n. 2, e in maniera simile BVerfGE 22,180 (204) (vedi n. 27). In un senso comparabile, il dibattito sull'art. 81, IV° co. cost. it., cf. AA.VV., Le sentenze della Corte Costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione, Milano 1993.

36 BVerfGE 33,1 ss.

37 BVerfGE 33,303 ss.

38 BVerfGE 53,30 ss.

39 Soprattutto BVerfGE 82,60 ss., 99,246 ss.

Integrazione europea e sovranità

Da un problema classico alla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 12-9-2012¹

Sommario: A. Introduzione: 1. Crisi finanziaria, UE e sovranità. – 2. Federico II: fra Impero e Stato sovrano. – B. Parte principale: 1. Il problema generale: diritto internazionale e sovranità. – a) Negazione del diritto internazionale pubblico. – b) Monismo basato sulla volontà degli Stati. – c) Monismo basato su l'unità dell'ordinamento giuridico. – d) Dualismo di diritto internazionale pubblico e diritto statale. – 2. Applicazione all'UE: ordinamento indipendente – e sovranità? – 3. Conseguenze per il sistema finanziario europeo e la giurisprudenza tedesca. – a) Sentenza Maastricht del 12-10-1993, BVerfGE 89,155. – b) Sentenza Lisbona del 30-6-2009, BVerfGE 123,267. – c) Sentenze sugli aiuti finanziari: aa) Grecia, del 7-9-2011, BVerfGE 129,124. – bb) Decisione parlamentare: assemblea o commissione? del 28-2-2012, NVwZ 2012, p. 495. – cc) Informazione del Parlamento, del 19-6-2012, BVerfG 2 BvE 4/11. – dd) Meccanismo Europeo di Stabilità, del 12-9-2012, BVerfG 2 BvR 1390/12. – ee) Prospettive. – C. Conclusione: Il tramonto della sovranità e la democrazia.

A. Introduzione

1. *Crisi finanziaria, Unione Europea e sovranità.*

La crisi finanziaria mondiale del 2008 si è concretizzata, in gran parte, in una crisi dell'Euro e quindi dell'Unione Europea. Lo Stato greco non può più finanziare il suo bilancio. Ha ricevuto già somme alte. Ora ha bisogno, entro novembre, di 31,5 miliardi di Euro, e probabilmente di somme ulteriori; altrimenti non potrà più pagare i debiti, e il fallimento dello Stato sarà inevitabile. Questo scuoterebbe il sistema bancario e finanziario di tutta la zona Euro.

Perciò aiuti degli altri Stati di questa zona, originariamente esclusi dalla disciplina dell'Unione monetaria europea, sono ora necessari per il mantenimento del sistema. Si tratta però non di aiuti incondizionati. Già i trattati fondamentali, ora il Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) nella versione del Trattato di Lisbona, dettano limitazioni della gestione finanziaria.

1 Relazione all'Università degli studi di Palermo del 18 ottobre 2012. Secondo il carattere della lezione, si rinuncia ad un apparato di note; le indicazioni seguenti spiegano soltanto citazioni nel testo.

Si tratta anzitutto di limitazioni dell'indebitamento statale, del deficit annuale e dell'obbligo a una politica di stabilità². Poi per gli aiuti ora previsti, trattati ulteriori disciplinano le condizioni dell'erogazione delle sovvenzioni, in principio e da accordare nel caso concreto con lo Stato che ne ha bisogno. Ne risultano condizioni severe ed incisive, con la conseguenza della riduzione delle prestazioni statali e dell'aumento delle tasse. Dove rimane lo spazio di decisione dello Stato sotto le condizioni del mercato finanziario? In cooperazione con l'Unione Europea, anche il Fondo Monetario Internazionale si sta sviluppando da uno strumento per finanziare progetti a un'istanza per il controllo totale della gestione finanziaria statale.

Pertanto il concetto di uno Stato sovrano sparisce. Dalla dipendenza dal mercato finanziario internazionale risulta una pressione sull'Unione Europea e da questa una pressione sul singolo Stato. Il primo modello di un tale sviluppo in Irlanda trova successione nella Grecia e nel Portogallo, ma poi la Spagna, la Slovenia, il Cipro e anche l'Italia sono nel mirino della crisi – e quindi delle misure incisive che minacciano.

2. *Federico II: fra Impero e Stato sovrano.*

Ma avrei preferito iniziare con un'altra introduzione, più degna della bella città di Palermo e della sua grandiosa storia. Chi pensa alla Sicilia, soprattutto venendo dalla Germania, ricorderà l'Imperatore medievale Federico II, che era Imperatore del Sacro Impero Romano e, come tale, in teoria, di un Impero mondiale, come successore dell'Impero Romano antico, che non conosceva altri Stati comparabili. Perciò il problema di sovranità non si poneva: il potere era in principio generale, limitato però da principi di diritto divino, di un *ius gentium*, i diritti dell'umanità, un diritto naturale – in prassi dalla posizione della Chiesa e del Papa, e con un sistema feudale con tanti principi.

Infatti pertanto la posizione dell'Imperatore, benché in teoria assoluta, era limitata e relativa. Federico II ne tirò le conseguenze. È vero, divenne Imperatore del Sacro Impero Romano, coronato nel 1220; ma già prima, come Rè della Sicilia, si limitava in prassi sulla Sicilia e la Puglia, e sviluppava, per questi territori, il modello di uno Stato moderno. Con ciò si pose il problema del rapporto tra questo Stato ed altri Stati: Esisteva un rapporto giuridico fra gli Stati, un diritto internazionale pubblico, oppure erano Stati da sé stanti? E questa domanda poteva essere formulata anche per il singolo Stato e monarca: era portatore di un potere illimitato, sovrano? In questo senso la Sicilia del tredicesimo secolo inizia una problematica nuova, come protagonista per il sistema degli Stati europei.

2 Vedi ora il tit. VIII della 3a parte del TFUE, art. 119 ss.

B. Parte principale

1. *Il problema generale: diritto internazionale e sovranità.*

Con questa formulazione sono al problema centrale. In una pluralità di Stati, occorre caratterizzarli, oltre gli elementi del popolo e del territorio, da un potere statale, e per questo s'impone la qualità di un potere sovrano. Quest'argomentazione, preformulata nel periodo di Federico II, fu sviluppata, nel sedicesimo secolo, da Johannes Bodinus. Lo Stato si arroga un potere assoluto, un monopolio di forza, come base di un ordinamento giuridico di cui derivano tutti i diritti e poteri nello Stato. In questa via lo Stato garantisce la pace interna e la sicurezza dei diritto. Un tale potere sovrano comprende, da un lato, la sovranità interna, nel senso che nessun potere può opporsi al potere supremo statale – in quel periodo, normalmente monarchico – e, dall'altro lato, la sovranità esterna, nel senso che lo Stato (il monarca) respinge ogni dipendenza da un altro potere, ad es. dalla Chiesa o dall'Imperatore.

Questo modo di vedere è però unilaterale. Oltre l'obiezione possibile che ci siano diritti dell'uomo, un diritto naturale come limite della sovranità, segue dalla pluralità di Stati che loro sono inseriti in un sistema e che ci sono rapporti fra di loro. Come qualificare questi rapporti? Quattro risposte sembrano possibili.

a) Insistendo sulla sovranità statale, si può *negare l'esistenza di un diritto internazionale pubblico*. Se ci sono rapporti, non sono giuridici; l'ostilità fra gli Stati, il *bellum omnium contra omnes* (Thomas Hobbes) caratterizza i rapporti fra gli Stati. Un tale modo di vedere, ancora frequente nel diciannovesimo secolo³, è imboccato nelle guerre mondiali tremende ed ha dovuto cedere alla necessità di intese e di una – purtroppo sempre debole – pace internazionale nel sistema delle Nazioni Unite.

b) Si può però sempre ricondurre il diritto internazionale pubblico alla *volontà degli Stati*. Sono loro che sono sovrani, ma vedendo la necessità di un diritto internazionale, sviluppano un diritto consuetudinario basato su certi principi su cui si accordano, anzitutto il principio che *pacta sunt servanda*, cioè il carattere vincolante di accordi internazionali che obbligano gli Stati. Ma questa forza vincolante dipende, secondo questa teoria, dalla volontà degli Stati, come fonti uniche del diritto, in un metodo *monistico*. Secondo questo, un diritto internazionale pubblico è concepibile, ma rimane necessariamente debole.

3 Mi permetto di accennare allo scritto di Hugo Preuß, *Das Völkerrecht im Dienste des Wirtschaftslebens*, 1891, ora in: *Gesammelte Schriften*, vol. 2, Tübingen 2009, p. 426 ss., che, dimostrando l'importanza crescente del diritto internazionale pubblico per gli rapporti fra gli Stati, discute ancora largamente la negazione dell'esistenza di un tale diritto.

c) Basandosi su un tale *monismo*, si può però applicarlo a un *ordinamento giuridico unico* che racchiude il diritto internazionale come quello statale. Per costruire il legame teorico necessario, si può ricorrere ad una c.d. norma fondamentale ipotetica come parte del diritto internazionale pubblico, che si può formulare: “Se esiste un potere generale su un territorio in un popolo, è questo potere che emana le norme che valgono”, con il grande giurista austriaco Hans Kelsen⁴. In questa forma, il monismo può aprire la via ad una prevalenza del diritto internazionale pubblico, e lasciare alla sovranità, garantita in principio dalla norma fondamentale ipotetica, soltanto una funzione descrittiva.

d) Contro le teorie moniste, è stato opposto il diritto internazionale pubblico come *ordinamento a parte* che obbliga gli Stati, ma soltanto loro, e non ha un impatto diretto sul loro ordinamento interno. C'è un *dualismo* fra l'ordinamento internazionale e quello statale. Per avere effetto interno nello Stato, occorre una trasformazione del diritto internazionale pubblico nel diritto interno⁵. Questa è importante anzitutto per i trattati. La loro approvazione tramite l'emanazione di una legge (art. 80 Cost.it., cf. art. 59 II° co. LF tedesca) non riguarda soltanto il trattato come tale, ma anche un ordine di esecuzione nel diritto interno. Così lo Stato rimane “sovrano” per l'ordinamento interno, però basato su un vincolo al diritto internazionale pubblico. Perciò il conflitto fra conformità con la costituzione e conformità con il diritto internazionale pubblico può diventare acuto; torneremo su questa problematica.

Nella prassi, le teorie moniste e dualiste si sono ravvicinate. Ma il loro confronto rimane importante per capire la tensione tra diritto internazionale pubblico e sovranità statale.

2. *Applicazione all'Unione Europea: ordinamento indipendente – e sovranità?*

L'Unione europea, oppure all'inizio la Comunità Economica Europea, fondata nel 1957, era basata originariamente su un Trattato di diritto internazionale pubblico e lo è sempre. In luogo di un trattato però si tratta oggi di tutt'un sistema di trattati. Tutti questi trattati sono approvati e ratificati dagli Stati membri secondo le loro regole, e anche controllati: Vedremo che il controllo delle leggi di approvazione da parte delle Corti costituzionali è un elemento essenziale della formazione dell'Unione.

Nondimeno la Comunità, ora l'Unione Europea si presenta oggi, oltre le di-

4 Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, 2a ed. Tübingen 1928 (ristampa 1960).

5 La teoria fu elaborata da Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig 1899.

sposizioni dei trattati come in trattati normali, come tutt'un'organizzazione internazionale oppure sopranazionale, con un apparato di organi quasi-statali: il Parlamento, la Commissione, il Consiglio Europeo e dei Ministri, la Corte di Giustizia, la Banca Centrale Europea ecc. Nell'Unione si svolge una produzione di norme, anzi una legislazione, che determina largamente tutti i campi del diritto negli Stati membri. In parte si tratta di direttive che obbligano i legislatori nazionali, ma possono svolgere, in certi casi, anche effetti diretti; in parte, regolamenti pretendono a un effetto diretto in tutta l'Unione. Tenendo conto di questo, si può parlare di un ordinamento indipendente con un effetto di monismo; per una trasformazione dualistica sembra rimanere poco luogo. Questo è diverso per i trattati primari, ove un controllo da parte degli Stati membri è possibile, mentre per le direttive e i regolamenti, un controllo negli Stati membri è difficile da costruire. Nella prassi, anche tedesca, prevale la rinuncia a un tale controllo⁶, in favore del controllo da esercitare dalla Corte di Giustizia Europea.

Da parte sua, per tutto il diritto europeo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea si è basata, dai primi anni in poi, sulla costruzione di un diritto europeo immediatamente applicabile. Il caso classico, di provenienza italiana nella causa Costa/ ENEL⁷, ha sviluppato questa costruzione, e questa è stata continuata e sviluppata in una giurisprudenza ricca. L'applicabilità del diritto europeo non può essere impedita dal diritto nazionale, ma si parla di una *prevalenza di applicabilità*, benché la Corte di Giustizia non si pronunci sulla validità del diritto statale non conforme con il diritto europeo.

Ovviamente ne può risultare una tensione con la giurisprudenza negli Stati membri. Torneremo subito su questa problematica, ma occorre constatare prima di tutto che la posizione della Corte di Giustizia è chiara, costante e determina l'ordinamento europeo.

Perciò il principio di sovranità oscilla. Certo, sono gli Stati membri che formano l'Unione. Concludono trattati approvati e ratificati all'unanimità che è necessaria anche per modificare i trattati. Ne risultano limiti, ad es. il naufragio del Trattato sulla Costituzione Europea, l'accettazione dell'Euro soltanto in una parte degli Stati membri dell'Unione, ora il Meccanismo di Stabilità Europeo, introdotto soltanto in 15 dei 17 Stati della zona Euro. Ma per quanto la formazione della volontà ha luogo in applicazione dei trattati, le decisioni degli organi europei prevalgono, e i casi di unanimità richiesta per questa volontà sono ora pochi. Inoltre il Consiglio Europeo funziona sulla base della necessità pratica di accordarsi – con la scappatoia di accordi soltanto fra una parte degli

6 Vedi la giurisprudenza tedesca prima opposta, ma poi, dopo tante critiche, imboccata nella sentenza “solange II”, BVerfGE 73,339 ss., che rinuncia a un controllo in favore di quello esercitato dagli organi dell'Unione.

7 Sentenza del 15-7-1964, causa 6/64.

Stati in un metodo chiamato “intergovernamentale”. Le tendenze in questo senso sono sempre più importanti – e la questione della sovranità si rivela come sempre più complessa.

3. *Conseguenze per il sistema finanziario europeo e la giurisprudenza tedesca.*

a) *Sentenza Maastricht del 12-10-1993, BVerfGE 89,155*: Non posso trattare nel nostro contesto tutte le tappe della giurisprudenza, ma è ovvio che per lo sviluppo della problematica attuale, è anzitutto il Trattato di Maastricht, concluso il 7 febbraio 1992, e la discussione su questo Trattato che è stata determinante. Infatti è questo Trattato che ha creato, accanto alla Comunità Europea, un’Unione Europea, con la tendenza di un trasferimento di competenze ulteriori. Oltre le materie della politica estera e della sicurezza interna, è specialmente la decisione in favore di un’unione monetaria ed economica che risale a questo Trattato. Si tratta quindi di competenze essenziali che sono europeizzate – ovviamente una sfida per avversari di un’espansione del potere europeo.

Perciò si capisce che Maastricht marca un’occasione decisiva per discutere la portata dell’unificazione europea. Anche il governo e il Parlamento tedesco hanno considerato il problema, e hanno introdotto, a quest’occasione, un nuovo articolo 23 nella Legge Fondamentale che disciplina l’adesione a Trattati in materia Europea, prevedendo per Trattati che modificano la sostanza della Legge Fondamentale una maggioranza e i limiti per la revisione costituzionale. Si può dubitare se questo era necessario. Il preambolo della Legge Fondamentale menziona, dal 1949, il popolo tedesco con la “volontà di servire la pace nel mondo quale membro a pari diritti di un’Europa unita” – una formula appena discussa nella dottrina recente, ma molto simile all’art. 11 della Costituzione italiana. Sappiamo che questa disposizione, senza ulteriore modificazione della Costituzione, è la base di tutte le adesioni italiane all’Unione Europea. La Germania invece ha modificato la Legge Fondamentale, poi ha aderito al Trattato di Maastricht con maggioranza per la revisione costituzionale – e nondimeno l’adesione è stata impugnata tramite ricorsi costituzionali, e la Corte costituzionale doveva decidere.

Per capire meglio questa situazione, occorre sapere che il sistema di giustizia costituzionale tedesco è largamente determinato dalla possibilità di ricorsi individuali diretti contro atti che violano diritti fondamentali⁸. Ora i ricorrenti,

8 Art. 93 I° co. n. 4b LF, vedi in materia Dian Schefold, Corte costituzionale e sistema costituzionale in Germania, *Giornale di Storia costituzionale* 11, I/2006, p.209 ss. (223 s.).

e seguendo la loro argomentazione, la Corte, si lamentavano di una violazione del diritto di voto del cittadino: Se competenze essenziali del Parlamento tedesco fossero trasferiti ai poteri dell'Unione Europea, il diritto di voto, garantito nell'art. 38 I° co. LF, perderebbe la sua sostanza. Con questa perdita anche il principio democratico secondo l'art. 20 I°, II° co. sarebbe violato. Poiché questo principio è elencato nell'art. 79 III° co. sui limiti della revisione costituzionale, neanche la maggioranza parlamentare sufficiente per una revisione costituzionale potrebbe aderire all'Unione Europea⁹.

Infatti la Corte costituzionale ha esaminato, su questi ricorsi, se il principio democratico della Legge Fondamentale fosse violato, ciò che significa un controllo di una revisione costituzionale sulla compatibilità con i principi inviolabili, immodificabili della Costituzione. Come risultato, è vero, ha confermato la legittimità costituzionale. Ma nei motivi, ha criticato le competenze limitate e la composizione non strettamente egalitaria del Parlamento Europeo, grazie alla sovra-rappresentanza dei piccoli Stati. L'unione non è uno Stato, ma un "collegamento di Stati" (*Staatenverbund*) – un'espressione nuova, ma più vicina ad una confederazione che ad una federazione. Perciò la Corte costituzionale accentra il controllo sulla conformità con il principio democratico alla posizione del Bundestag, del Parlamento tedesco. Le sue competenze devono essere protette, il trasferimento di competenze all'Unione Europea deve rimanere limitato a singoli diritti e non deve imboccare in un trasferimento generale, "in bianco". Competenze essenziali devono essere riservate al Parlamento tedesco. Magari, se organi europei si arrogano poteri secondo quest'interpretazione non fondata, la Corte si riserva un diritto di controllo, anzi la disubbidienza tedesca a decisioni ed atti dell'Unione Europea.

Con questa sentenza la Corte ha fabbricato uno strumento per la giurisprudenza seguente, molto contestabile, criticabile e criticato. Certo lo strumento è stato mitigato in alcune sentenze seguenti che hanno accentuato e limitato i presupposti di usi di competenze Europee non vincolanti per la Germania¹⁰. Ma la tesi della Corte rimane come minaccia, obbliga i poteri statali tedeschi, anche europei¹¹, ed è diventata fruttuosa per la giurisprudenza seguente che ci occupa ora.

b) *Sentenza Lisbona del 30-6-2009, BVerfGE 123,267*: È su questa base che si deve leggere la sentenza seguente sul Trattato di Lisbona. Questo tenta, dopo

9 L'argomentazione si riferisce quindi a disposizioni comparabili, secondo la Costituzione italiana, agli art. 48 (diritto di voto), 1 II° co. (principio democratico), 139 (divieto di revisione costituzionale sulla forma di Stato).

10 Vedi specialmente BVerfGE 102,147. Fin'ora non ci sono sentenze ove la Corte avesse accertato i presupposti di una disubbidienza tedesca.

11 Così, l'art. 2 TFUE sembra influenzato dalla sentenza Maastricht.

il naufragio della Costituzione Europea, adattare l'Unione ai bisogni cambiati e regolare meglio i poteri dell'Unione, anche seguendo l'influsso della sentenza tedesca sul Trattato di Maastricht. Ma nondimeno le competenze dell'Unione sono ampie, si pensi alla riforma della Presidenza dell'Unione, all'Incaricato per gli affari esteri e al sistema monetario dell'Euro ora in funzione.

Perciò la problematica per la Corte costituzionale tedesca, di nuovo invocata con ricorsi individuali, era simile come nel 1993. I ricorrenti invocavano di nuovo il diritto di voto, collegato con il principio democratico ed i limiti della revisione costituzionale (art. 38 I° co., 20, 79 III° co. LF). La Corte, anche questa volta, argomenta come prima. In una discussione molto dettagliata delle innovazioni, mette l'accento sul ruolo del Parlamento tedesco, relativizza di nuovo il ruolo del Parlamento Europeo e dei principi democratici ancorati esplicitamente nel secondo titolo del Trattato sull'Unione Europea nella versione di Lisbona. Per garantire la democrazia, ci vuole il potere di decisione del Parlamento tedesco. Anzi questa volta l'argomentazione è ancora più radicale, l'accento sul carattere non-statale, come "Staatenverbund" dell'Unione è ancora più esplicito, e questo carattere non deve essere modificato. Come principio generale, garantito nell'art. 79 III° co. LF, si invoca il principio della sovranità nazionale del popolo tedesco, che non può essere abbandonata in via di revisione costituzionale.

Proprio questa tesi non pare condivisibile¹². Nel testo dell'art. 79 III° co. LF, si trova nessuna parola sulla sovranità statale; il principio democratico secondo l'art. 20 menziona il popolo, ma senza dire se si tratta del popolo soltanto tedesco. Nel preambolo invece, il popolo tedesco è menzionato, ma, come precisato, con la "volontà di servire la pace nel mondo quale membro a pari diritti di un'Europa unita", quindi proprio senza pretendere ad una sovranità nazionale. La Corte costituzionale sconosce totalmente le strutture democratiche dell'Unione Europea che, secondo l'art. 1 II° co. TUE, è basata sull'unione dei popoli e, secondo l'art. 10 IV° co. TUE, garantisce anche un'iniziativa popolare europea – un diritto non previsto nella Legge Fondamentale tedesca. Perciò la sentenza è criticabile e molto criticata in Germania. Basandosi sulla sentenza, l'unione monetaria è difficile da giustificare, perché si potrebbe bene vedere nella moneta nazionale una caratteristica della sovranità. Certo la Corte non osa di fare questo passo, ma si può vedere già nelle sentenze menzionate una minaccia all'unione monetaria.

c) Sentenze sugli aiuti finanziari: Quando la Corte costituzionale decise la

12 Per la mia critica, che riprende critiche frequenti in Germania, posso riferirmi a Dian Schefold. L'omogeneità nei sistemi multilevel, in: *Giornale di Storia costituzionale*, 19, I/2010, p. 141 (151 ss.). Mi vedo confermato dallo sviluppo recente discusso in questo saggio.

sentenza sul Trattato di Lisbona, la crisi finanziaria del 2008 era già attuale, e si articolava nella crisi dell'Euro e la necessità di aiuti finanziari. Questi però erano esclusi dal Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, formulato, anche secondo la volontà della Germania, con esclusione di sovvenzioni e trasferimenti finanziari da un membro dell'Unione Europea all'altro (art. 125). Principio dominante è la stabilità dei prezzi (art. 127). L'opinione pubblica tedesca, sottolineando questi principi, è molto critica contro ogni misura che potrebbe mettere in pericolo questi principi. Intanto gli euroscettici tedeschi hanno un appoggio politico e giuridico. Perciò riscontriamo quattro sentenze esemplari in poco più di un anno, con provvedimenti d'urgenza richiesti e, in alcuni casi pronunciati. Riassumo le tappe e gli argomenti essenziali:

aa) Il caso modello si trova grazie agli aiuti alla *Grecia* nella *sentenza del 7-9-2011, BVerfGE 129,124*. L'indebitamento di questo Stato era cresciuto, all'inizio del 2010, a più di 125% del prodotto sociale lordo, invece del massimo di 60% secondo le regole per la zona dell'Euro, e il deficit annuale a 13 %, invece del massimo di 3%. Perciò il Consiglio Europeo prese le decisioni urgenti nel febbraio 2010 su misure necessarie da accordare con la Grecia e aiuti di ca. 80 miliardi Euro dagli Stati della zona Euro (di cui la Germania doveva finanziare ca. 28%) e altri aiuti dal Fondo Monetario Internazionale. La legge di approvazione tedesca di quest'accordo fu promulgata, dopo un procedimento velocissimo¹³, l'8 maggio 2010.

Anche questa volta, seguirono ricorsi individuali, invocando, fra l'altro, il diritto di voto. Due domande di provvedimenti d'urgenza furono respinte dalla Corte costituzionale¹⁴, e nella causa principale, gli stessi ricorsi furono respinti. La Corte, anche questa volta, conferma la possibilità di far valere il diritto di voto e la posizione centrale del Parlamento di decidere sulla spesa pubblica nel bilancio preventivo, anche in caso di aiuti finanziari per salvare l'Euro. Vieta il trasferimento di tali decisioni sia ad altri Stati, sia agli organi dell'Unione Europea, e riserva sempre la decisione dell'assemblea – non soltanto di una commissione – del Parlamento. Vede però nei Trattati europei la base di una politica monetaria orientata verso la stabilità, e lascia al Parlamento l'apprezzamento della necessità e dei rischi di aiuti finanziari. Perciò conferma la costituzionalità della legge che prevede gli aiuti.

bb) *Decisione parlamentare: assemblea o commissione?* In una seconda sentenza del 28-2-2012¹⁵ però, la Corte costituzionale deduce, su ricorso di un

13 Il procedimento – emanazione della legge fino alla promulgazione in due giorni – è descritto in BVerfGE 125,385 (390 s.).

14 Ordinanze del 7-5-2010, BVerfGE 125,385 e del 9-6-2010, BVerfGE 126,158; la sentenza poi BVerfGE 129,124 ss.

15 La sentenza, non ancora pubblicata nella Raccolta ufficiale, si trova nell'internet

gruppo parlamentare, dalla sentenza sulla Grecia l'impegno della stessa assemblea del Parlamento di decidere sugli aiuti per salvare l'Euro. La posizione rappresentativa del deputato, soprattutto il mandato libero¹⁶, vieta secondo la Corte un trasferimento della decisione a una commissione con esclusione degli altri deputati. Perciò in un provvedimento d'urgenza, tali decisioni di commissioni sono vietate per motivo di incostituzionalità probabile¹⁷, e nella sentenza principale, la disposizione che le ha previste è dichiarata parzialmente incostituzionale e intanto annullata. Per l'acquisto di prestiti statali – che può essere un negozio di ogni giorno – l'affidamento della decisione a una commissione è ammessa. Per quanto la disposizione permette inoltre la decisione su aiuti, è annullata. È sempre l'assemblea che deve decidere. Il diritto dei deputati all'informazione è sottolineato, con pochissime eccezioni di riservatezza per proteggere segreti.

cc) *Informazione del Parlamento*: Quest'ultimo aspetto è ancora sottolineato in una terza sentenza recente, del 19-6-2012¹⁸, cioè poche settimane prima della sentenza guida del 12-9-2012 sulla quale torneremo subito. Nel caso deciso il 19 giugno, un gruppo parlamentare dell'opposizione aveva criticato la mancanza di informazione del Parlamento sulle delibere del Consiglio Europeo in materia della preparazione del Meccanismo di Stabilità Europeo. Anche qui, ma questa volta basandosi specialmente sulla disciplina inserita nell'art. 23 LF riguardo la partecipazione parlamentare alle delibere dell'Unione Europea nel 1992¹⁹, la Corte insiste sulla centralità del Parlamento. Se è questo che deve prendere le decisioni essenziali, deve essere pienamente informato.

Così la posizione della Corte costituzionale in questioni centrali era precisata in sentenze sulle prime misure di aiuto. Ma si pose ora la problematica del suo giudizio sul nuovo Meccanismo di Stabilità Europeo come tale. Come bilancio intermedio, possiamo riassumere quattro punti:

- Limitazione dei poteri trasferibili ad organi dell'Unione Europea e inter-governamentali.
- Armonizzazione della costituzione monetaria ed economica dei Trattati sull'Unione Europea con i principi della Legge Fondamentale.
- Accento sulle decisioni del Parlamento, essenzialmente in assemblea, non in commissioni.

(www.bundesverfassungsgericht.de) e nella *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2012, p. 495 ss.

16 Art. 38 I° co. fr. 2 LF, comparabile all'art. 67 Cost. it.

17 Ordinanza del 27-10-2011, BVerfGE 129,284.

18 BVerfG 2BvE 4/11, accessibile nell'internet (sopra, n. 15).

19 Vedi sopra, sub B 3a).

- Diritto all'informazione dei membri del Parlamento.

dd) *Meccanismo di Stabilità Europeo*: L'ultima e la più importante tappa di questa giurisprudenza è la sentenza sul Meccanismo di Stabilità Europeo. Questo, dopo trattative lunghe e complicate, fu fondato con trattato del 2 febbraio 2012. Prevede un fondo di 700 miliardi di Euro che, secondo le speranze ed intenzioni, può bloccare le speculazioni contro l'Euro, garantendo a tutti gli Stati la possibilità di pagare i loro debiti e di avere crediti nuovi, con lo scopo di ricondurli a bilanci equilibrati. Ovviamente un tale scopo presuppone sforzi degli Stati così sovvenzionati. Perciò fa parte del trattato un patto di stabilità che impone agli Stati che ricevono aiuti misure incisive contro il deficit di bilancio e per ridurre i debiti.

Ne segue che la decisione libera degli Stati coinvolti è diminuita. A tutti sono imposti obblighi pesanti. L'autonomia del bilancio preventivo è decisamente ridotta, in certe situazioni quasi tolta. In questo senso l'obbligo per tutti gli Stati di introdurre una frena di indebitamento, di regola nella costituzione, ha effetti incisivi. Dall'altro lato, gli Stati economicamente più forti sono obbligati a finanziare il fondo dei 700 miliardi. Per la Germania il trattato menziona una parte di 190 miliardi Euro, di cui 28 miliardi devono essere messi a disposizione subito, il resto è garantito e da pagare in caso di bisogno. Se il fondo non è sufficiente, un aumento ulteriore può essere deciso, tuttavia all'unanimità. Perciò poteri essenziali di autonomia finanziaria degli Stati sono vincolati, e i diritti dei Parlamenti sono determinati nel loro contenuto. La porta a misure incisive su decisioni essenziali degli Stati è aperta. Per la Germania, l'obbligo finanziario comprende approssimativamente la metà del bilancio preventivo annuale. Sembra ovvio sostenere, tenendo conto delle sentenze prima menzionate, che il principio di sovranità statale e, in questa via argomentativi, il principio democratico è violato.

Perciò si capisce l'opposizione larga nell'Unione Europea, che ha escluso la partecipazione al Meccanismo anche da parte di due Stati con l'Euro, cosicché il Meccanismo doveva essere accordato in via intergovernamentale, non tramite gli organi dell'Unione.

Infatti anche in Germania sono stati sollevati molti ricorsi individuali, con un'argomentazione sulle strade menzionate: violazione del diritto di voto grazie al trasferimento di poteri essenziali, perciò violazione del principio democratico e quindi della sostanza immodificabile della Legge Fondamentale (art. 38 1° co., 20, 79 III° co.). Una volta in vigore il Meccanismo, le conseguenze per la Germania sembravano incorreggibili.

La situazione però era estremamente delicata. Il trattato era stato concluso e poi approvato da Parlamento e Bundesrat, e mancava solamente la promulgazione della legge e la ratificazione del trattato da parte del Presidente Federale.

Questa era urgentissima: In seguito della speculazione internazionale contro l'Euro, senza un Meccanismo di Stabilità Europeo tutto il sistema monetario era minacciato, e un processo lungo prima dell'istituzione del Meccanismo sembrava insopportabile.

In questa situazione la problematica di un provvedimento d'urgenza era inevitabile, e viste le dimensioni della problematica, la Corte invitò ad un'udienza orale per discutere le posizioni e per procurarsi le informazioni necessarie. Questa ebbe luogo il 10 luglio, ma non produsse altro che un confronto radicale delle posizioni. Normalmente, la Corte decide su provvedimenti d'urgenza secondo un bilanciamento delle conseguenze: fra provvedimento d'urgenza, se poi nella causa principale il ricorso si avvera infondato, da un lato; e rigetto di un provvedimento d'urgenza, se poi nella causa principale il ricorso è accolto. Ma proprio un tale bilanciamento, nel caso concreto, era impossibile: il provvedimento avrebbe causato il crollo dell'Euro, il rigetto l'obbligo incorreggibile della Germania. Perciò la Corte decise lo spostamento della decisione al 12 settembre, con l'intenzione di procedere, fino a questa data, ad un esame provvisorio della causa – che però, in prassi, anticipa la decisione finale.

In questo senso, la sentenza del 12 settembre 2012²⁰ è una sentenza provvisoria, che però anticipa il risultato definitivo. La richiesta di un provvedimento d'urgenza è respinta, ma interpretando il trattato e con osservazioni importanti nella motivazione che, in dettaglio, possono avere ancora effetti nella sentenza principale che rimane da aspettare.

La sentenza s'inserisce nella giurisprudenza prima menzionata, basandosi di nuovo sugli art. 38 I° co. 20 e 79 III° co. LF: Il principio democratico, in questa via invocabile anche tramite ricorso individuale, vieta, secondo la Corte, autorizzazioni “in bianco” all'Unione Europea ed altre istituzioni sopranazionali, e richiede la decisione parlamentare su trasferimenti di poteri soltanto limitate. In questo senso importa anzitutto la competenza parlamentare in campo del bilancio preventivo. Un automatismo di prestazioni da erogare non può essere introdotto, e la Germania non può assumere una responsabilità per debiti di terzi. Confrontando quest'interpretazione con quella dei trattati europei, la Corte non vede differenze. Anche il TUE e il TFUE garantiscono l'autonomia del bilancio

20 2 BvR 1390/12 ed altri, ora pre-pubblicazione anche in *Neue Juristische Wochenschrift* 2012, p. 3145 ss., con nota di Müller-Franken; ora cominciano le prime reazioni scientifiche, ad es. Frank Schorkopf, “Startet die Maschinen” – Das ESM-Urteil des BVerfG vom 12.9.2012, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2012, p. 1273 ss.; come prima voce italiana è da sottolineare Paolo Ridola, „Karlsruhe locuta causa finita?“ Il Bundesverfassungsgericht, il Fondo Salva-Stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa, in: *federalismi.it* n. 18/2012.

preventivo degli Stati membri, garantiscono la stabilità monetaria e l'indipendenza della Banca Centrale Europea. Per quanto riguarda l'obbligo alla stabilità, anche al risanamento del bilancio preventivo, sono i trattati che coincidono con il diritto nazionale. In questo senso, anche aiuti finanziari, come sono previsti ora nel nuovo art. 136 III° co. TFUE, sono in principio legittimati per garantire l'adempimento degli obblighi dei Trattati, anzitutto la stabilità.

Nondimeno la Corte, basandosi sul principio del trasferimento di poteri limitato, stabilisce un limite. Se nel Trattato è menzionata la somma di 190 miliardi per la Germania, vede in questa somma una limitazione dell'obbligo tedesco, e pur discutendo un'interpretazione diversa, richiede in via interpretativa che la Germania assicuri in via vincolante questa limitazione. Una tale decisione che né annulla, né conferma la legittimità costituzionale di una disposizione, suscita problemi gravi. Si tratta di una sentenza interpretativa non soltanto di una legge, ma di un trattato internazionale, e la pretesa della Corte è di vincolare anche le altre parti del trattato, quindi di aggiungerci qualche cosa, con la tendenza di una sentenza additiva. Non è la prima volta che la Corte tenta di influenzare in questa via rapporti internazionali²¹, ma le obiezioni contro una tale giurisprudenza, molto discusse, sembrano valere anche questa volta.

Un problema simile sorge su disposizioni del Trattato che vogliono garantire la confidenzialità degli atti e delle delibere del Meccanismo. Per garantire al Parlamento le decisioni essenziali in materia, basate sulle informazioni relativi, e il vincolo dei rappresentanti tedeschi negli organi del Meccanismo, la Corte riserva ai deputati parlamentari tedeschi il diritto all'informazione, di nuovo con un'interpretazione del Trattato problematica e con la pretesa di far valere quest'interpretazione anche nel campo del diritto internazionale pubblico.

Con queste riserve le richieste di un provvedimento d'urgenza sono respinte, e i ricorsi non potranno più avere un successo nella causa principale. Tuttavia la Corte riserva i punti che non necessitano una decisione immediata, anzitutto le modalità di partecipazione del Parlamento oppure della commissione bilancio alla decisione sull'erogazione delle prestazioni²², e le modalità se il capitale del Meccanismo deve essere aumentato.

Il motivo essenziale risulta dalle considerazioni riguardo il patto sulla stabilità. La Corte constata che queste disposizioni sono conformi con le disposizioni corrispondenti della Legge Fondamentale, tutt'e due orientate verso uno

21 Un modello può essere visto nella sentenza sul trattato sui rapporti con la Repubblica Democratica Tedesca del 31-7-1973, BVerfGE 36,1 ss.

22 Queste riserve, assieme con il diritto all'informazione dei deputati menzionato, mi sembrano opporsi alla tesi di Ridola (precit., n.20) che il ruolo del Parlamento sia stato meno accentuato.

scopo di stabilità e la frena di indebitamento. Non manca il cenno che, in caso di un diritto tedesco cambiato, rimarrebbe alla Germania la possibilità di abbandonare l'Unione Europea.

Tutto sommato, la legittimità costituzionale del Meccanismo di Stabilità Europea è fondata sull'interpretazione conforme a costituzione, con la limitazione del contributo tedesco e il diritto di informazione dei deputati tedeschi che permettono gli aiuti finanziari con contributo tedesco, ma a patto di un concetto di stabilità rintracciabile negli Trattati dell'Unione e del Meccanismo, e parallelo al concetto ancorato nella Legge Fondamentale. Perciò per la Germania si può concludere che il principio democratico è rispettato – ma con l'altra faccia della medaglia che è imposto agli altri Stati europei. È il modello tedesco che deve essere accettato. Questo è comprensibile, perché è la Germania che paga, ma confronta gli altri Stati con una pretesa di egemonia tedesca.

ee) Come *prospettiva* il collegamento fra unione finanziaria ed economica si avvera come inseparabile. Gli Stati, fra di loro e con l'Unione Europea, devono accordarsi. Perciò i limiti del trasferimento di compiti all'Unione oscillano, anzi spariscono, e il contenuto delle sentenze della Corte costituzionale tedesca sui Trattati di Maastricht e Lisbona è capovolto. Le decisioni essenziali sono prese a Bruxelles o in altre riunioni del Consiglio Europeo, non nei Parlamenti nazionali, e tanto peggio se non tutti gli Stati partecipano, perché così anche il ruolo del Parlamento Europeo è indebolito. Lo sviluppo, è vero, è nascosto dall'identificazione dei concetti di stabilità del TFUE e del Meccanismo Europeo di Stabilità da un lato, della Legge Fondamentale tedesca dall'altro lato. In questa via la Corte costituzionale può negare la perdita di sovranità tedesca. Ma tanto peggio per gli altri Stati, che si sentono sotto un dettato tedesco e che, riferendosi alla giurisprudenza costituzionale tedesca, dovrebbero e potrebbero dichiarare che le limitazioni della loro sovranità fosse incostituzionale.

C. Conclusione: Il tramonto della sovranità e la democrazia

Il metodo di ricondurre l'Unione Europea sui principi democratici degli Stati membri si è avverato insufficiente e lacunoso. La portata dei poteri dell'Unione è aumentata, necessariamente, oltre i limiti stabiliti nelle sentenze tedesche sui Trattati di Maastricht e di Lisbona. Il principio di trasferimento soltanto di poteri speciali dettagliati all'Unione Europea non basta più, e la legittimazione tramite la democrazia nazionale non comprende le decisioni reali ed essenziali.

Infatti le decisioni essenziali devono essere prese sul livello dell'Unione. Se si applica il principio tradizionale di sovranità, c'è il bisogno di localizzarlo su

questo livello – tuttavia però con la minaccia costante di un conflitto, una secessione e finalmente del crollo dell’Euro e con lui dell’Unione. Fin’ora le parti si sono sempre, meglio e peggio, e spesso con riserve e auto-esclusione di alcune, accordate nei vertici europei e nel Consiglio Europeo. Le democrazie nazionali non sono più che legittimazioni politiche, ex post e spesso fittizie di questo fatto.

Quest’analisi, o, almeno, tesi, significa che la democrazia nazionale non basta come fondamento di un’Unione democratica che si vanta, secondo l’art. 2 TUE, della difesa dei valori della democrazia. Nei sistemi multilevel la democrazia su un livello non può dispensare dalle sfide della democrazia su altri livelli. Ricordiamoci del bisogno di democrazia sui livelli di Stato, regione, provincia – ora in discussione – e comune nell’Italia di oggi. Nessuno penserebbe a rinunciare al Parlamento nazionale e il suo ruolo grazie all’esistenza di una co-determinazione delle regioni!

La situazione non è tanto diversa per l’Unione Europea. I suoi principi democratici, ancorati nel Trattato sull’Unione (art. 9-12), e concretizzati nella disciplina del Parlamento Europeo e delle sue procedure, sono sempre lacunosi, soprattutto per riservare al Consiglio Europeo le decisioni essenziali e l’iniziativa in altri casi. Se però l’Unione Europea è il forum ove le decisioni incisive devono essere prese, la funzione essenziale della democrazia sul livello europeo deve essere elaborata, concretizzata e dichiarata decisiva. Il metodo intergovernamentale non basta più; anzi esclude il ruolo del Parlamento Europeo. È questo invece che deve essere rinforzato.

Certo un tale sviluppo, iniziato con l’istituzione di un Parlamento Europeo, poi continuato con la sua elezione diretta, poi con la co-determinazione allargata, poi con i principi democratici del Trattato sull’Unione fino alla possibilità di un’iniziativa popolare, è complesso, solleva problemi e richiede tempo. Ma le alternative sia di un’egemonia economica, sia di una nuova conflittualità nelle decisioni europee richiedono passi decisivi verso una sovranità popolare europea ed un’organizzazione dei processi di decisione basata su un tale principio.

Abstract: The article discusses, based on the history of sovereignty, the application of this principle on the European Union, with a focus on the development introduced by the Monetary Union. Under this aspect the German constitutional jurisprudence is presented and discussed, from the judgments on the Maastricht and on the Lisbon-Treaty until the last judgments on the financial aids to member States in crisis, finally the judgment on the European Stability Mechanism of 12 September 2012. The article argues in favour of a development of democracy on European level.

Problemi di democrazia nella politica economica e monetaria

1. *Il tema di amministrazione ed economia è ampio* e racchiude problemi su livelli diversi. Un tentativo di inserirli in un sistema può constatare:

a) *L'amministrazione stessa può essere soggetta a una gestione economica.* Contro la tradizione di un interesse pubblico che giustifica un'organizzazione speciale del settore pubblico con un apparato costruito proprio a questo scopo e finanziato sotto questo profilo, si può opporre una visione imprenditoriale anche dell'amministrazione. Il modello di funzione pubblica, di burocrazia può essere sostituito da un modello di rapporti di lavoro in un'impresa, diretta, gestita e finanziata secondo principi economici che servono all'adempimento degli scopi pubblici.

b) Relativizzando una tale equiparazione e riconoscendo scopi pubblici specifici, si può nondimeno *organizzare parti idonei del settore pubblico secondo principi economici.* Una tale organizzazione richiede la separazione delle parti in quesito, come organizzazioni da sé stanti e operanti secondo i principi dell'economia aziendale, mentre l'amministrazione tradizionale continua a funzionare secondo il modello giuspubblicistico. Ne segue la problematica del rapporto fra i due settori, fra separazione e indipendenza come conseguenza della separazione fino all'inserimento in un settore pubblico destinato a seguire gli scopi pubblici e pertanto legittimato a dare direttive alle imprese pubbliche, più o meno dettagliate, più o meno vincolanti e più o meno equiparate da trasferimenti finanziari.

c) *L'erogazione di certi servizi* da parte di organizzazioni distinte, anzitutto private, può essere *garantita da parte del potere pubblico*, statale, regionale o locale. In tali casi il rapporto tra l'organizzazione che eroga i servizi e il cliente rimane privato, ma dietro c'è una responsabilità dell'ente pubblico che mantiene la responsabilità e la garanzia del finanziamento, tuttavia rinunciando a mettersi sul livello dell'impresa privata.

d) Per realizzare un tale modello di cooperazione tra pubblico e privato, oppure per promuovere privati ad altri scopi, *sovvenzioni e aiuti amministrativi* possono essere uno strumento utile. Implicano però, oltre il costo per le mani pubbliche, vantaggi per i privati sovvenzionati, e pertanto svantaggi per i non sovvenzionati. Perciò una disciplina giuridica delle sovvenzioni e la loro limitazione sono necessarie e oggetto della regolazione del rapporto tra amministrazione e economia.

e) Dall'altro lato, *le autorità pubbliche* devono riservarsi *diritti di controllo*, supervisione, autorizzazione di attività e imprese private che possono essere pericolose per singoli privati, per l'interesse pubblico o per i poteri pubblici.

Nello Stato di diritto, tali limitazioni presuppongono la base legale che, in questa via, disciplina in dimensioni ampie e spesso in maniera complicata il rapporto tra amministrazione ed economia.

f) Quando i poteri pubblici sono interessati nell'erogazione di certi servizi, devono provvedere a una *regolazione della concorrenza* fra attività nell'interesse pubblico e privati.

g) Oltre questa situazione, la *tutela della concorrenza* in genere è tema necessario di regolazione statale, e l'applicazione di questa materia è un impegno essenziale dell'amministrazione.

In quest'ambito, lavorato sotto tanti profili dal Centro Bachelet, s'inserisce la politica monetaria come elemento essenziale, ma più come strumento e condizione per il trattamento dei problemi menzionati che come scopo da sé stante.

2. Per la discussione di oggi, restringiamo quest'elenco e concretizziamo il dibattito sui *problemi di politica monetaria*. Infatti quest'aspetto ha motivi attuali globali ed europei. Ma anche il TFUE (3a parte, titolo VIII) tratta insieme la politica economica e monetaria e inserisce, in questa via, la politica monetaria in un compito più ampio. Certo mette un accento sul primato della stabilità e della disciplina monetaria (soprattutto art. 119 II, 123, 126). Ma presuppone i valori secondo l'art. 2 TUE, menziona anche altri scopi, anzitutto di politica sociale e di occupazione, poi sottolineati negli tit. IX e X TFUE, e si inserisce nel principio della solidarietà stabilito dalla Carta dei diritti (tit. IV).

Ne segue per il livello dell'Unione Europea – benché forse con accenti spostati verso la politica monetaria – un equilibrio di scopi da ponderare e conciliare. Questo compito è parallelo all'interpretazione della costituzione economica aperta, secondo la Costituzione italiana come secondo la Legge Fondamentale tedesca¹. La situazione non può sorprendere: È naturale che le costituzioni economiche degli Stati membri e dell'Unione, composta da questi Stati, sono, in principio, omogenei.

3. La politica monetaria attuale soffre di una *contraddizione*. Da un lato, la competenza di decidere sul bilancio preventivo è un *diritto essenziale dei Parlamenti* e pertanto, per il bilancio nazionale, dei Parlamenti nazionali. È limita-

1 Ho tentato di caratterizzare una tale interpretazione: Dian Schefold. Zwischen Preisstabilität und gesamtwirtschaftlichem Gleichgewicht, in: Demokratie in Staat und Wirtschaft, Festschrift Ekkehard Stein, Tübingen 2002, p. 201 ss.; tengo conto però del tentativo di correggere la costituzione economica nazionale tramite un influsso più liberale del diritto europeo. In questo senso Roberto Nania, Libertà economiche: impresa e proprietà, in: Roberto Nania/ Paolo Ridola (a cura di), I diritti costituzionali, vol. 1, 2a ed. Torino 2006, p. 193 (202 ss.).

ta, è vero, dai Trattati europei, che stabiliscono certe competenze europee, però, dall'altro lato, senza trasferimento di competenza. Non si tratta quindi di un influsso del Parlamento Europeo, ma della *Commissione e della Corte di Giustizia come organi di controllo*, come limite della democrazia nazionale e come sintomo del deficit di democrazia nell'Unione Europea. Ne seguono le ripercussioni sui diritti nazionali, evidenziate nella relazione del prof. Rivosecchi. Anzi la situazione è aggravata, perché nella crisi finanziaria dell'Euro, i poteri europei si sono avverati insufficienti. Oltre il nuovo art. 136 III° co. TFUE, le regole nuove non sono inserite nei Trattati generali, ma stipulate, anche soltanto per una parte degli Stati con l'Euro, in via intergovernativa, già preparate dal Consiglio europeo e dai vertici dei capi di governo. Questo metodo svolge effetti sui sistemi nazionali e trasporta il deficit di democrazia europeo negli Stati membri.

4. Questa problematica dovrebbe essere risentita soprattutto in *Germania*. Dalla sentenza Maastricht² attraverso la sentenza Lisbona³ fino alle sentenze recenti sul sistema monetario europeo⁴, il filone dell'argomentazione della giurisprudenza costituzionale è conseguente: il *diritto di voto* (art. 38 I° co. LF) come diritto fondamentale del cittadino può essere protetto in via di ricorso individuale diretto; così protegge il *principio democratico* (art. 20 I° e II° co. LF) che vieta intanto anche una revisione costituzionale (art. 79 III° co. LF). Perciò il ruolo del Parlamento tedesco è protetto e limita cessioni di competenze ai poteri europei. Ogni cittadino, come soggetto dei diritti fondamentali, può farlo valere. Ne risulta uno scetticismo riguardo uno sviluppo dell'Unione Europea e una limitazione del trasferimento di competenze all'Unione Europea⁵.

Tuttavia, questa riserva del Parlamento è sopportabile, perché il sistema di legislazione e regolazione tedesco è efficace. Non è previsto, dopo le esperienze negative weimariane, la forma di decreto-legge, neanche di decreto legislativo; il potere regolamentare del governo secondo l'art. 80 LF è strettamente limitato⁶. Una legislazione parlamentare in caso di urgenza invece è possibile rapidamente; l'opposizione contro la linea governativa in tutti i partiti non im-

2 BVerfGE 89,155 ss.

3 BVerfGE 123,267 ss.

4 Soprattutto BVerfGE 129,124 ss. e sent. del 12-9-2012, - 2 BvR 1390/12 ed altri -.

5 Perciò convince l'interpretazione di Giuseppe di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Cedam 2011, p. 390 ss., che parla di una "exit strategy".

6 La questione dell'equivalente italiano della „*Rechtsverordnung*“ nel senso dell'art. 80 LF è controversa; ho motivato la tesi qui sostenuta con la limitazione del potere governativo secondo "contenuto, scopo e misura" (*Inhalt, Zweck und Ausmaß*) in Dian Schefold, *Gli atti legislativi del Governo e i rapporti fra i poteri nel diritto tedesco*, in: *Rivista di Diritto Costituzionale* 1/1996, p. 191 (193 ss.).

pedisce la formazione di maggioranze. Così la legge sugli aiuti alla Grecia fu emanata, fino alla promulgazione, in due giorni⁷. Inoltre la Corte costituzionale tedesca sottolinea anche il ruolo dell'assemblea, di minoranze parlamentari e dell'opposizione nella preparazione di atti intergovernativi, soprattutto su aiuti finanziari⁸.

La pronuncia centrale della Corte costituzionale tedesca in materia è però la sentenza del 12-9-2012⁹ sulla portata del trasferimento di potere coinvolto nel Meccanismo di Stabilità Europeo. Questa sentenza, rigettando un provvedimento d'urgenza contro l'approvazione e ratificazione tedesca del trattato, constata che i principi di stabilità, di pareggio del bilancio, della frena di indebitamento contenuti in questo Meccanismo sono del pari regole costituzionali tedesche, e ne deduce la compatibilità del MSE e del *fiscal compact* con la Legge Fondamentale. Pronuncia, è vero, riserve che possono essere valutate problematiche, perché si tratta, infatti, di una sentenza additiva con impatto sul diritto internazionale pubblico. Lo scopo di queste riserve è però di garantire il potere parlamentare e di limitare la partecipazione tedesca. Il sistema di controllo invece è approvato, nonostante le limitazioni delle autonomie dei Länder e dei poteri locali, che sono proprio una contro-riforma della riforma del federalismo decisa nel 2006. Perciò la Corte non vede una violazione del principio democratico per la Germania.

5. Ma che cosa ne segue per *altri Stati*? La Corte, intanto, non prende posizione. Si può argomentare che il MSE è un trattato di diritto internazionale pubblico, accordato con consenso di tutti gli Stati partecipanti. Ma ecco l'impressione di pressione, anzi di imposizione da parte della Germania, perciò odiosa. Visto così, il trattato ricorda il concetto di contratto sociale formulato da Jean-Jacques Rousseau – però non nel suo libro sul *Contrat social*, ma nello scritto anteriore su *l'inégalité parmi les hommes*¹⁰. In questo scritto, dopo aver

7 Vedi BVerfGE 125,385 (391): La legge, proposta dal governo il 7 maggio 2010, fu emanata e promulgata l'8 maggio. Ci sono alcuni esempi di casi simili, ad es. BVerfGE 30,250 (253 s.) e sulla possibilità di “rompere” regole del regolamento parlamentare BVerfGE 29,221 (234).

8 Vedi le sentenze BVerfGE 130,318 (342 ss.) e sent. BVerfG 2 BvE 4/11 del 19-6-2012; su quest'ultima il commento di Monica Bonini, Quaderni costituzionali 2012, p. 891 ss.; cf. anche Dian Schefold, Integrazione europea e sovranità, Nuove Autonomie 2/2012, p. 181 (189 s.).

9 BVerfG 2 BvR 1390/12 ed altri. Su questa sentenza molto discussa accenno al commento di Federico Pedrini, Quaderni costituzionali 2012, p. 894 ss., vedi anche Schefold, Nuove Autonomie 2/2012, precit., p. 190 ss.

10 Jean-Jacques Rousseau, Discours sur cette question proposée par l'Académie de Dijon : Quelle est l'origine de l'inégalité parmi les hommes, et si elle est autorisée par la loi naturelle ? (1754). Le citazioni seguenti secondo l'edizione Du Contrat so-

caratterizzato la genesi della disuguaglianza di fatto fra gli uomini e i conflitti che ne risultano, menziona un contratto sociale la cui necessità è sostenuta dai ricchi e convince finalmente i poveri. Il trattato garantisce la protezione dei diritti¹¹ – e perciò ugualmente la cementazione della povertà, e serve come base della critica marxista dello Stato come strumento dello sfruttamento¹².

Applicando la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca all'Italia, il bilanciamento rassomiglia a quello tedesco, ma con un peso maggiore dei diritti sociali e dei rapporti economici, garantiti in maniera più esplicita nella Costituzione italiana. Pertanto una legittimazione di misure incisive, già del vecchio art. 81 ultimo comma Cost., ma ancora di più secondo la l.cost. n. 1 del 2012 sembra più difficile. Anzitutto i problemi del potere parlamentare ridotto appaiono seri, come ci ha illustrato bene la relazione del prof. Rivosecchi, e la legittimazione tramite il metodo intergovernativo si avvera precaria. Proprio la sentenza tedesca è un argomento contro la posizione tedesca nei conflitti degli Stati nell'Unione Europea, che non possono essere decisi in via extraparlamentare, ma che necessitano una legittimazione democratica.

6. Ne segue che i problemi del *pareggio del bilancio* sono *problemi dell'Unione Europea*. Strumenti come la frena di indebitamento coinvolgono un trasferimento di competenze, forse così ampio che va oltre i limiti stabiliti dalla giurisprudenza costituzionale tedesca¹³, ma nondimeno necessario¹⁴. Perciò occorre un potere di decisione degli organi dell'Unione Europea, anzitutto del Parlamento Europeo. È questo che deve garantire la legittimazione democratica necessaria, da appoggiare sulla chiusura di lacune procedurali ancora esistenti. L'unione monetaria come quella economica presuppone la democrazia europea, ed è compito nostro a provvederci.

cial, Classiques Garnier, 1954, p. 25 ss.

11 De l'inégalité parmi les hommes, precit., p. 78 ss.

12 Vedi la formulazione classica da Friedrich Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* (1884), in: Marx/ Engels, *Werke*, vol. 21, Berlin 1962, p. 25 ss., specialmente p. 164 ss.

13 In questo senso, la sentenza Lisbona, BVerfGE 123,267 (344, 347 ss., 358 ss., 377 ss.) non apre prospettive, ma potrebbe rivelarsi come esplosivo per l'Unione Europea.

14 È lo stesso Rousseau che, nel *Discours sur l'inégalité*, precit., p. 87, ha parlato del peggioramento crescente della disuguaglianza, fino alla situazione « de maître et d'esclave, qui est le dernier degré de l'inégalité, et le terme auquel aboutissent enfin tous les autres, jusqu'à ce que de nouvelles révolutions dissolvent tout à fait le gouvernement, ou le rapprochent de l'institution légitime. ». Rimane la speranza a una tale "institution légitime" per l'Unione Europea.

Cenni bibliografici

Fra regione e comune: Relazione al Convegno di Ascoli Piceno, 28/29 settembre 2012: Dimensione provinciale e governo multilevel in Italia e nell'Unione Europea. Versione elaborata destinata per gli Scritti in onore di Antonio D'Atena.

La dignità umana tra valore, diritto di libertà e diritto sociale: Relazione al Convegno di Macerata, 22/23 novembre 2011: Diritti fondamentali e diritti sociali. Poi utilizzata come conferenza alle Università di Roma La Sapienza e Tor Vergata.

Integrazione europea e sovranità: Relazione all'Università degli Studi di Palermo del 18 ottobre 2012, pubblicata in: Nuove Autonomie XXI, 2/2012, pp. 181-195 e ripubblicata con permesso dell'editore.

Problemi di democrazia nella politica economica e monetaria: Intervento alla Giornata di Studi dell'Università LUISS di Roma del 26 novembre 2012: Amministrazione e democrazia, previsto per la pubblicazione negli atti della Giornata di Studi.