

L'omogeneità nei sistemi *multilevel*.

Cenni sull'attualità di Hugo Preuss tra sviluppo storico, vecchie analisi e nuova terminologia

DIAN SCHEFOLD

1. *Il concetto di sistema multilevel e la sua attualità*

Il diritto costituzionale, anche in collegamento con il diritto amministrativo e il diritto internazionale, è spesso alla ricerca di nuove terminologie. Queste possono essere il risultato di sviluppi tecnici come l'informatica, di sviluppi sociali come forme nuove di lavoro oppure del mutato rapporto tra i sessi. In tali casi il diritto deve adattarsi ai fenomeni nuovi. Ma spesso questi non sono altro che la continuazione oppure la ripetizione di sviluppi già svoltisi nel passato che però appaiono in un'attualità nuova. Allora la terminologia nuova nasconde la problematica preesistente. Certo, un modo di vedere nuovo può interessare. Ma se c'è una continuità del problema, l'analisi ne deve tener conto.

Queste riflessioni possono essere concretizzate per il campo che, oggi, è chiamato sistema *multilevel*. Il concetto, molto attuale in Italia grazie allo sviluppo del de-

centramento, della *devolution*, della l. cost. 3/2001 e delle tendenze di riforme ulteriori, è un concetto chiave per i problemi attuali relativi al regionalismo, al federalismo e all'integrazione europea (Berti, De Martin 2003). I dibattiti sulla materia trascurano però spesso che si tratta di problemi vecchi. Il potere pubblico è sempre esercitato su una pluralità di livelli, dalle amministrazioni locali attraverso diversi livelli d'amministrazione statale fino al livello centrale. Anche poteri amministrativi di organizzazioni internazionali non sono un fenomeno totalmente nuovo, benché molto aumentato negli ultimi decenni e diventati, soprattutto in Europa grazie all'Unione Europea, un fattore importante.

L'inserimento del concetto di sistema *multilevel* nella discussione giuridica è, inoltre, caricato dalla difficoltà che la sua provenienza non è giuridica, ma di teoria dei sistemi, e che è stato poi applicato alle scienze politiche e alle scienze amministrative (Huinink 1989). I sistemi, come i sottosistemi e i sistemi sovrapposti, ap-

paiono su tanti livelli. Con ciò però non è detto niente sul carattere, le qualità ed i rapporti fra tali sistemi. Pertanto un concetto di sistemi *multilevel* rimane giuridicamente impreciso. Nondimeno, il fatto che, anzitutto nel diritto dell'Unione Europea (Magiera, Sommermann, *White Paper on Multilevel Governance*) e in altri campi si parla sempre di più di sistemi *multilevel*, un chiarimento anche giuridico è un problema urgente. Vedremo che la storia costituzionale può aiutare su questa strada, e le osservazioni seguenti tentano di contribuire a questo compito.

Intanto si tratta, come elementi di un sistema *multilevel*, di rapporti diversi che, per conoscere le differenze e le qualità comuni, devono essere presi in considerazione. Si tratta, concretamente, di cinque rapporti differenti, cioè

1. il rapporto delle autonomie – locali e funzionali – con lo Stato;
2. la sussidiarietà orizzontale nel rapporto tra settore privato e pubblico al rispettivo livello;
3. il rapporto tra enti regionali e federati (Stati membri) con lo Stato centrale;
4. il rapporto tra organizzazioni statali e sovranazionali in comunità regionali, in Europa soprattutto nell'ambito dell'Unione Europea;
5. il rapporto tra Stato e organizzazioni internazionali, soprattutto nell'ambito del diritto internazionale pubblico.

In tutti questi rapporti si può parlare di un principio di sussidiarietà (verticale) del livello superiore in confronto a quello inferiore. Tuttavia questo principio può essere inteso sia come prevalenza del livello inferiore, sia come motivazione secondo cui il livello superiore deve essere attivato per garantire un sufficiente adempimento dei

compiti. Si tratta pertanto di un problema tipico di un sistema *multilevel*, ma non di un principio giuridico generalmente valido per definire i rapporti tra i livelli in questione (Schefold 2008).

2. Sistema multilevel e sovranità

C'è però una ragione perché i rapporti menzionati dei singoli livelli non sono spesso stati intesi come elementi di un sistema *multilevel* e non sono stati studiati sotto quest'aspetto. Come motivo decisivo si può constatare che per lo Stato si è rivendicato – e si rivendica sempre – una posizione speciale e unica, perché esso solo è sovrano. Se si definisce la sovranità, secondo la teoria risalente a Bodin e l'opinione dominante del tardo XIX secolo determinata da queste teorie, come capacità esclusiva di autodecisione e di auto-vincolo (Jellinek 1913, pp. 435 ss., 481), ne risulta una posizione speciale dello Stato in confronto con gli altri livelli. Mentre lo Stato è sovrano e quindi determina sé stesso, decide e dispone dei vincoli che accetta, gli altri livelli dipendono da lui. Sono perciò determinati da un'altra fonte, non autonomi¹. È lo Stato che possiede il monopolio del potere.

Ne consegue che i livelli inferiori che dipendono dallo Stato derivano il loro potere dallo Stato stesso. In questo senso soprattutto l'amministrazione delle autonomie è amministrazione statale mediata, derivata dal potere statale. Perciò misure di autorità che presuppongono l'esercizio del potere da parte di organi d'autonomia, soprattutto locali, sono legali solo in quanto ci sia un'autorizzazione esplicita da parte dello Stato. Né il potere d'imperio, né di

coercizione, né penale dei comuni è qualificato come potere comunale proprio. Argomentazioni simili valgono per il settore privato, legittimato da garanzie statali, lo *status negativus* (Jellinek 1905), e in principio anche per gli Stati membri federati in uno Stato federale. La *multilevel governance* non ha, nel nostro contesto, un altro significato che la constatazione che c'è amministrazione e governo mediato anche sui livelli inferiori. Il potere esercitato è sempre quello dello Stato. Per le scienze amministrative una tale analisi può essere utile, ma non produce una rilevanza giuridica del sistema *multilevel*.

Anche per i livelli al di sopra dello Stato, essi derivano la loro legittimazione da chi dispone dei vincoli che intende subire. Il diritto internazionale pubblico è il diritto voluto dalla comunità degli Stati, sia tramite trattati, sia sulla base di consuetudini. Trova il suo fondamento pertanto nella volontà degli Stati partecipanti. In caso di conflitto, è oggetto della loro disposizione. Anzi, le organizzazioni internazionali, organizzate tramite materie di diritto speciale, sono fondate su questa legittimazione, benché questa, in certi casi, non appaia più evidente. Ma se si tenta di auto-fondare un livello sovranazionale, soprattutto nel diritto dell'Unione Europea, interpretare il potere dell'Unione come indipendente da quello degli Stati membri², insistere sul loro diritto di disporre dei trattati costituisce un ostacolo nella prassi forse meno importante, ma in principio quasi insuperabile. Questo è vero soprattutto per la Germania. Le lunghe discussioni sulla protezione dei diritti contro il potere comunitario, surriscaldate dalla pretesa di controllo della Corte costituzionale tedesca contro spostamenti di competenze al livello europeo

e l'esercizio di queste competenze da parte degli organi dell'Unione, ultimamente in occasione dell'adesione tedesca al Trattato di Lisbona, hanno evidenziato i problemi del concetto, essenziale per l'Unione, di un potere auto-fondato dell'Unione. Alla fine sono giunte alla tesi – appena sostenibile – della Corte di qualificare il concetto di sovranità come elemento essenziale del diritto costituzionale tedesco³. Pertanto il potere del diritto internazionale pubblico, anche sovranazionale, è ricondotto al potere statale, e quindi negato come livello indipendente (Streinz 2008, pp. 79 ss.).

Verso il basso come verso l'alto, l'accento sul monopolio del potere dello Stato sovrano ammette, è vero, l'esistenza di livelli di *multilevel governance*. Ma il concetto del potere nel diritto statale esclude che questi livelli possano essere comparabili a quello statale. La delegazione di potere statale mediato verso il basso è, anzitutto, potere esecutivo e azione decentrata, non potere proprio. L'adempimento di compiti internazionali ed europei è basato sulla cooperazione dei poteri esteri degli Stati partecipanti che si possono coordinare, ma senza far nascere un livello proprio. Livelli di decentramento come di coordinamento non sono comparabili al livello statale. In tutt'e due le direzioni un'omogeneità dei livelli è esclusa.

3. Il bisogno di omogeneità

Nondimeno si può constatare nello sviluppo storico un bisogno di omogeneità dei livelli diversi. Ciò contraddice le forme di legittimazione dei governi e le necessità pratiche se i principi determinanti per il governo

sui vari livelli sono differenti. Come può prosperare la democrazia, se si presenta, a livello locale, come governo autoritario, legittimato soltanto – magari nel modo di un “centralismo democratico” – dal vertice? E come può svilupparsi un diritto internazionale pubblico basato non sulla cooperazione dei popoli, ma su accordi diplomatici? La problematica, di rado formulata in questa maniera generale, è vecchia nella sostanza e nei conflitti concreti, come il conflitto tra potere monarchico e democratico nei tempi moderni; basti ricordare il dibattito su un potere locale indipendente nella Francia rivoluzionaria dopo il 1789 (Hintze 1928) e sulla Società delle Nazioni coscientemente chiamata in questa maniera (de Traz 1935).

È vero però che si può evitare questa problematica, sostenendo che, oggi, ogni legittimazione del potere sia fondata sul popolo (Hanschmann, pp. 6 ss.). Su questa via è possibile riferire l’omogeneità non più alla forma di Stato, ma alla struttura interna del popolo. Infatti una parte del dibattito attuale si è spostata in questa direzione⁴. È stata determinata però da una discussione avvenuta fra le due guerre mondiali che, pur parlando talvolta dell’omogeneità come strumento di appianamento sociale (Heller 1992), ha rivendicato soprattutto un monopolio statale nel definire l’omogeneità del popolo, delimitando amico e nemico, e ha reso possibile, su questa via, di eliminare componenti non volute della popolazione – spesso, ma non soltanto minoranze⁵. Con una tale argomentazione si condizionano reciprocamente la legittimazione dal popolo e la definizione dell’omogeneità del popolo, con una conclusione circolare. Perciò un tale concetto di omogeneità è arbitrario e non fa avanzare la teoria della costituzione (così anche Hanschmann 2008, pp. 297

ss.). Ciò non toglie la contraddizione tra sovranità statale e pretese di legittimazione opposte, ma la conferma.

In realtà invece il diritto costituzionale – statale e europeo – conosce sempre una problematica di omogeneità. Ma questa si riferisce all’ordinamento giuridico e all’omogeneità dei sistemi costituzionali. È soltanto questa problematica che interessa nel nostro contesto.

Un tale bisogno di omogeneità è specialmente importante nella discussione sugli Stati composti, soprattutto lo Stato federale. La base era già definita con il Congresso di Vienna di 1814-1815 e la Santa Alleanza. Se questa era basata, secondo le teorie della restaurazione, sull’idea di legittimità monarchica fondata sulla religione, essa doveva essere attenta a far rispettare questo principio in tutta Europa. Questo è vero per gli Stati che hanno firmato l’Atto del Congresso di Vienna e per gli altri poteri europei, ma del pari per il capitolo speciale dell’Atto che contiene l’Atto Federale Tedesco dell’8 giugno 1815. Anche la Confederazione tedesca e i suoi membri dovevano, su tutt’e due i livelli, realizzare il principio di legittimità monarchica, con la sola eccezione delle “città libere”; ma anche la posizione dei loro governi imitava la posizione dei monarchi. Secondo l’Atto Federale Tedesco questa struttura era piuttosto una massima, certo garantita dalla posizione dei “membri” della Confederazione, i principi federati che si garantivano reciprocamente i loro territori. Dopo i primi fenomeni di carattere rivoluzionario furono però emanate, per reprimerle, non soltanto le deliberazioni di Karlsbad, ma anche un Atto Finale di Vienna del 15 maggio 1820, in applicazione del modello. Ora la Confederazione, come “associazione di

diritto internazionale pubblico dei principi sovrani e delle città libere tedesche” (art. 1), doveva servire come garanzia reciproca dell’indipendenza e inviolabilità degli Stati membri e della sicurezza esterna e interna. Questa funzione era disciplinata in dettaglio. All’assemblea federale, cioè l’organo di rappresentanza dei principi dei singoli Stati, erano attribuiti diritti ampi di controllo, interpretazione, decisione e intervento: l’“associazione”, ovvero la Confederazione, garantiva l’ordine interno tramite i rappresentanti dei suoi membri monarchici. È vero che l’Atto Federale (art. 13) aveva garantito, negli Stati singoli, l’istituzione di “costituzioni con ceti”. Questa garanzia, molto contestata nella sua portata (Welcker 1845, pp. 223 ss., contro Gentz 1845, pp. 213 ss.), era mantenuta e fu precisata – limitata secondo il parere di Friedrich Gentz – in alcune direzioni (artt. 53-62 Atto Finale di Vienna). Intanto era importante la garanzia dei diritti dei principi che, tramite la costituzione cetuale, non dovevano essere limitati nella loro posizione come detentori pieni del potere pubblico e nei loro obblighi federali (artt. 57/58).

Le costituzioni emanate in questa cornice dai singoli Stati tedeschi sono rimasti in vigore essenzialmente fino al 1918, e l’Ottocento tedesco è caratterizzato da molti conflitti circa il mantenimento del principio monarchico nei singoli Stati. Anche le costituzioni della Federazione della Germania settentrionale del 1867 e dell’Impero Tedesco del 1871 non hanno modificato il compito dello Stato centrale di garantire l’omogeneità degli Stati federati: erano sempre i principi che si sono associati nell’Impero e che esercitavano, tramite il *Bundesrat*, l’influsso decisivo, anche in caso di violazione di obblighi di

uno Stato (art. 19 cost. 1871) e di conflitti costituzionali in uno Stato membro (art. 76 II° co. cost. 1871).

Secondo questi modelli sembrava ovvio che anche gli Stati federali democratici dovessero essere attenti all’omogeneità dei livelli di Stato federale e degli Stati membri. Già la costituzione statunitense, avendo disciplinato la struttura repubblicana dell’Unione, «shall guarantee to every state in this union, a republican form of government» (art. IV sect. 4 cost. Stati Uniti). Seguì questa strada anche la costituzione federale svizzera a partire di 1848 (art. 6, ora art. 51 cost. fed. del 18-4-1999). Per la ricostruzione democratica della Germania dopo il 1918 a livello centrale era essenziale che nei Länder non vi fossero forme opposte di governo. Perciò l’art. 17 della costituzione di Weimar ordinò, per i Länder e i comuni, certe condizioni repubblicane minime, anticipando il modello dell’attuale art. 28 LF.

Questo sviluppo racchiudeva, per di più, anche altri livelli oltre il rapporto tra Stato centrale e Stati federati, anzitutto i comuni. Infatti il rinnovamento dell’autogoverno comunale, elaborato nelle riforme prussiane degli anni intorno al 1808 dal Freiherr vom Stein, era un elemento estraneo allo Stato monarchico, e i riformatori pretendevano di estendere il modello costituzionale di autogoverno anche ai livelli di *Kreise*⁶, province e all’intero Stato prussiano. Dato il naufragio di queste tendenze durante il periodo della restaurazione, il sistema amministrativo *multilevel* prussiano rimaneva contraddittorio. L’autogoverno dei cittadini prevaleva sui livelli di *Kreise* e province soltanto in maniera imperfetta. Era invece sovrapposto da un’amministrazione statale determinata dalla monarchia,

soprattutto al livello dei distretti governativi (*Regierungsbezirke*), istituiti fra i livelli di *Kreis* e provincia, e al piano centrale, e poi dall'omogeneità della struttura monarchica anche a livello della Confederazione, e più tardi dell'Impero. Questo potere era "prepotente", teneva a guinzaglio le città, le forzava ad inserirsi nello Stato monarchico e ritardava il loro sviluppo. È vero che le città formavano nondimeno un contrappeso alla monarchia, cosicché si poteva parlare di una disgregazione del sistema statale dell'Impero, di una "lotta del cittadino contro il soldato" (Schmitt 1934). Ma era la monarchia che prevaleva in questa lotta fino al 1918. Questa situazione spiega che la costituzione di Weimar doveva prescrivere il principio democratico anche per i comuni, tuttavia rinunciando ad ancorare una responsabilità parlamentare del capo del comune e preferendo, su questa via, in continuità con la disciplina del 1808 e con effetti incisivi fino al presente, la stabilità dell'amministrazione comunale. Dall'altro lato però, la costituzione, disciplinando la vita economica secondo il principio di un'"esistenza conforme alla dignità umana di tutti" (art. 151 I° co.), permettendo la "cogestione di tutti gli elementi del popolo lavoratori" (art. 156 II° co.) in un autogoverno economico, e provvedendo a consigli di operai e dell'economia (art. 165) conteneva almeno lo scopo di un'omogeneità di governo politico ed economico, benché ancora poco preciso e conseguente. Ma queste promesse erano la base per le forme di cogestione introdotte poi sotto la Legge Fondamentale.

Da una tale estensione del principio di omogeneità, dato il peso crescente delle organizzazioni internazionali, segue anche la loro legittimazione democratica. Se

il diritto internazionale pubblico classico, come strumento del potere estero degli Stati, della "*federative power*" (Locke, cap. XII, nn. 145-148), era orientato piuttosto verso monarchi ed i loro ministri responsabili, la democratizzazione dei soggetti del diritto internazionale pubblico sollevava il problema di controllare, in via democratica, anche gli organi di politica estera. Un tale controllo spetta agli organi nazionali, sia al governo responsabile dinanzi al Parlamento, sia a quest'ultimo, sia anche al popolo, e crea necessariamente difficoltà nel concludere accordi e cooperazioni internazionali. Pertanto già nel diritto internazionale pubblico generale si pone il compito di concedere capacità di influenza e diritti di controllo alle sfere del pubblico internazionale, soprattutto nelle forme delle organizzazioni non governamentali (NGO). Problemi del genere si pongono ancora di più per l'organizzazione sopranazionale. Per risolverli, la legittimazione democratica delle istituzioni sopranazionali, soprattutto del Parlamento europeo eletto in via diretta, diventa la questione chiave del funzionamento dell'unificazione europea.

4. *Sul contributo di Hugo Preuss*

Ho elaborato appositamente in maniera generale il testo sin qui presentato, ricordando fatti di storia, anzitutto di storia costituzionale. Argomentando così, non voglio tuttavia negare che la mia impostazione è stata largamente determinata dallo studio delle teorie di Hugo Preuss ed è stata influenzata dai risultati della sua ricerca.

Il concetto di omogeneità sviluppato da Hugo Preuss è però stato formulato, almeno

all'inizio, in maniera più teorica e formale che il concetto usato nella mia argomentazione. Base determinante per Preuss è, dalla sua tesi di abilitazione su "*Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*" (Preuss 1889) in poi, la teoria consociativa sviluppata da Otto von Gierke. Preuss si oppone alle teorie più risalenti dell'impero legate allo Stato patrimoniale e idealizzate durante la restaurazione. Contro questi tentativi, Preuss si pone l'obiettivo di spiegare e legittimare l'impero rispetto alla consociazione e al collegamento di persone singole – individui oppure già persone membro collettive (*Gliedpersonen*) – o ad una persona collettiva (*Gesamtperson*). Facendo così, Gierke e Preuss si avvalgono della tecnica giuridica di attribuire a certi gruppi di persone la personalità giuridica, qualificando questa persona, non il monarca, come soggetto dell'imperio. È invece la persona collettiva che coordina e collega le volontà delle persone membro, e che, per questa via, pretende un diritto d'impero su di loro.

La controversia accentua la differenza tra la teoria romanistica, che oppone la persona giuridica come finzione alla persona naturale, e la teoria germanistica che concepisce egualmente come persone l'individuo, la persona membro e la persona collettiva. È vero che si può obiettare, da un punto di vista di teoria moderna, che questa contrapposizione è stata troppo accentuata nel tardo Ottocento tedesco (Jörs, Kunkel, Wenger 1949, § 43 nota 3, p. 74). Ma nondimeno rimane il merito della teoria consociativa, benché forse giuridicamente meno precisa, di descrivere in maniera più esatta il processo di consociazione a persone collettive. In questo modo si riesce a comprendere meglio il coordinamento a persone collettive e pertanto a collegare

fatti sociali e concetti giuridici. Inoltre, se la persona collettiva è qualificata tramite il collegamento con un certo territorio, se ne può dedurre la qualità speciale di ente territoriale (*Gebietskörperschaft*). Questo strumentario di concetti, il metodo e lo scopo del lavoro determinano tutto il lavoro ulteriore di Preuss in maniera costante (Mezzadra 1999, pp. 89 ss.).

Tuttavia l'omogeneità degli enti territoriali, da un lato del comune, dall'altro dello Stato e dell'Impero rimaneva ancora formale, perché Preuss interpretava la posizione dei monarchi del Regno della Prussia come dell'Impero tedesco come organi, rifiutando però l'idea di interpretare i loro diritti di governo come appartenenti ad uno Stato patrimoniale. Del pari, l'idea sostenuta da Preuss fin dall'inizio d'interpretare la comunità internazionale come ente territoriale era condizionata dalle pretese di sovranità degli Stati, benché Preuss, diversamente dal suo maestro Gierke, contestasse la pretesa della sovranità. Ma in tutt'e due le direzioni Preuss sviluppava il suo modello teorico iniziale.

Per quanto riguarda la comunità internazionale, Preuss si oppose già nella tesi di abilitazione (Preuss 1889) e nei primi scritti sul diritto internazionale pubblico (anzitutto Preuss 1891) alle critiche elaborate dai rappresentanti di una sovranità statale assoluta. Dimostrò invece come l'intreccio economico moderno portasse a riconoscere la validità di certe regole garantendo l'effettività del diritto internazionale pubblico. Come Stato e diritto si condizionano reciprocamente, così la necessità di regolamentazioni internazionali e la conoscenza di questa necessità, cioè la coscienza del diritto dei soggetti di diritto, richiede un carattere obbligatorio, vincolante del di-

ritto della comunità internazionale. Questa tesi, orientata verso una limitazione della soluzione bellica di conflitti, influenzava anche la posizione di Preuss durante la prima guerra mondiale. Ne risultava inoltre la prevalenza del diritto internazionale pubblico sul diritto interno dello Stato, secondo l'art. 4 della costituzione di Weimar, il predecessore dell'attuale art. 25 LF (e dell'art. 10 I° co. cost. it.), benché le condizioni di queste regolamentazioni non esauriscano l'idea guida di Preuss.

Per il campo interno dello Stato, del pari, Preuss sviluppava man mano una visione più differenziata dell'ente territoriale e dei suoi organi. Oggetti dello studio erano, in questo processo, prima l'attività dell'autonomia locale, poi la ricerca della personalità degli organi, infine i problemi della riforma amministrativa prussiana. La tesi originaria, ancora molto generale, che la persona collettiva eserciti, tramite i suoi organi, imperio sulle persone membro, era confrontata con il problema specifico della scelta degli organi. È vero che Preuss, nella tesi di abilitazione e nelle pubblicazioni di quegli anni, parlava ancora, in maniera molto astratta, di una volontà della persona collettiva e anche di una volontà generale. In seguito però l'argomentazione fu concretamente applicata. Per quanto riguarda la posizione degli organi comunali, poteva essere dedotta dal processo di formazione della volontà nella comunità locale. Se le autorità statali influenzavano questo processo, Preuss qualificava questo intervento come contraddittorio in un sistema di autonomia e riduceva l'influsso, per quanto possibile, a un potere di conferma secondo le misure ed i criteri della legge (Preuss 1902).

Ma con una tale argomentazione scoppio il contrasto tra repubblica comunale e mo-

narchia statale, a livello della Prussia come dell'Impero. Preuss ha accettato questa contraddizione per il periodo fino al 1918. Pur criticando i principi degli Stati membri, rifiutando un'interpretazione della monarchia come "patrimoniale" e argomentando in favore di un costituzionalismo, vide nell'Imperatore, in continuità con l'Impero Romano e contro il collegamento della corona imperiale a una famiglia di principi – Habsburg –, ancora nel 1917 un simbolo di speranza per l'unità dell'Impero. Così la funzione dell'Imperatore, concepita nella costituzione della Paulskirche e poi realizzata dalla costituzione di Bismarck, poteva racchiudere la chance di un impero come Stato costituzionale e pertanto di un equivalente all'autonomia costituzionale a livello comunale (Preuss 1917). Vista da oggi, una tale costruzione può sembrare artificiale, ma era una speranza dei liberali nel periodo imperiale.

Ciò nonostante una tale speranza era assolutamente contraddittoria con l'analisi dell'impero monarchico in Prussia che Preuss ha sviluppato, dal 1908, nei suoi scritti sulla riforma amministrativa prussiana. L'idea di Gierke, concretizzata e ampliata da Preuss, sull'autonomia degli enti territoriali a tutti i livelli (Preuss 1910 e pubblicazioni seguenti), era opposta ad elementi essenziali dell'amministrazione e quindi anche alla costituzione prussiana: anzitutto ai forti diritti di intervento nell'amministrazione decentrata sempre appartenenti al governo prussiano; poi all'amministrazione burocratica dei distretti di governo (*Regierungsbezirke*), istituiti tra i livelli di provincia e *Kreis*, con poteri amministrativi importanti; poi agli elementi dell'organizzazione delle province e *Kreise* influenzati da vecchie strutture

feudali, appena conciliabili con le caratteristiche di un ente; poi alla posizione forte e problematica sotto gli aspetti dell'auto-governo dei funzionari statali dirigenti delle province e *Kreise* (*Oberpräsidenten* e *Landräte*); infine alla debolezza dei comuni rurali – disciplinati da una legge soltanto nel 1891 – poco adatti a rendere effettiva l'autonomia dei paesi.

Con tutte queste constatazioni, il modo di vedere di Preuss tendeva a spostarsi. Certo il concetto di ente territoriale, opposto a quello di Stato patrimoniale, rimaneva la categoria fondamentale. Ma l'analisi più dettagliata delle strutture determinanti tutti e due i modelli lasciava apparire come condizione essenziale dell'ente territoriale lo Stato popolare (*Volksstaat*), contro modello dello Stato autoritario (*Obrigkeitsstaat*). I due modelli, l'uno nel comune, l'altro nello Stato, sono radicalmente antitetici. Ma: «Se lo Stato è l'organizzazione del 'national selfgovernment', tutt'e due sono omogenei l'uno con l'altro, e il contrasto essenziale fra di loro non esiste» (Preuss 1912, p. 749). Soltanto se lo Stato popolare, basato sull'autonomia comunale, realizza la stessa struttura anche al livello statale, si può parlare di una vera riforma dello Stato. Su questa via, radicata nei fondamenti della teoria di Hugo Preuss, la tesi è già elaborata prima della prima guerra mondiale. Svolge i suoi effetti nella pretesa di rinnovamento popolare durante la prima guerra mondiale e finalmente nella costituzione di Weimar. È questa la ragione per la quale questa costituzione doveva porre un accento così forte sull'omogeneità di comune, *Land* e Stato (sempre chiamato "Impero") centrale. L'omogeneità nella democrazia *multilevel* può pertanto essere intesa come conseguenza centrale della teoria di Preuss,

benché formulata ancora prudentemente nei primi scritti.

5. *Il rapporto con la teoria di Kelsen*

Lo sviluppo della teoria preussiana fino alle formulazioni più esplicite intorno al 1910 deve interessare ancora di più, perché si può datare immediatamente dopo, nel 1911, l'inizio di un conflitto dei metodi e delle tendenze che ha determinato decisamente la dottrina costituzionale tedesca del novecento. Gli scritti di Hans Kelsen, Carl Schmitt, Erich Kaufmann e un po' più tardi di Rudolf Smend e Hermann Heller segnalano una fase nuova di formazione della teoria che doveva determinare le discussioni weimariane (Schefold 1998, pp. 567 ss.). Ma è difficile collocare in questa discussione proprio l'autore di quest'opera costituzionale. Vediamo ora il motivo: la formazione delle sue posizioni risale all'elaborazione nell'ultimo terzo dell'ottocento di una teoria consociativa dello Stato opposta all'influsso romanistico, benché alcune conseguenze diventino attuali soltanto ora. Perciò mi pare più adeguato alla genesi storica inserire Preuss – come Gierke, Laband, Jellinek, Hänel, Rosin – a un precedente conflitto dei metodi e delle tendenze (Schefold 2010). Infatti i rappresentanti delle tendenze sviluppate dopo il 1911 si distaccano dalla vecchia discussione sul positivismo.

In questo senso c'è anche un contrasto profondo tra la descrizione e analisi sociologica degli enti territoriali sviluppata da Preuss e la critica radicale di un fondamento del diritto basato sui fatti da Hans Kelsen (1923). Per questo il giurista austriaco ha

criticato Preuss in maniera acerba. Ma uno sguardo più preciso rivela anche sviluppi paralleli.

Dal suo lato Preuss, descrivendo la genesi della persona collettiva, insiste sul fatto che in questo processo si forma anche il diritto. Intanto lo Stato, per Preuss, diversamente da Kelsen, non è identico al diritto, ma non è pensabile senza il diritto, come il diritto non può esistere senza lo Stato. E c'è di più. Poiché lo Stato è coinvolto nel sistema *multilevel* degli enti territoriali, dal comune fino alla comunità mondiale, si ha l'obiettivo «di stracciare la ragnatela del concetto invecchiato della sovranità, non conforme al presente» (Preuss 1889, p. VI e più esplicitamente pp. 100 ss)⁷. Nessun livello può arrogarsi la sovranità, tutti sono sottoposti al diritto, formato con loro e determinato da loro. Hugo Krabbe, il maestro olandese, aveva descritto questa situazione, anche con riferimento alle idee di Preuss, come «sovranità del diritto» (Krabbe 1906), e Preuss aveva scritto una recensione positiva del libro, fino all'osservazione che il libro «profilava meglio il punto saliente» (Preuss 1908, pp. 229- 231).

Dall'altro lato, la tesi di Preuss implica un passo decisivo verso la teoria pura del diritto di Kelsen. Questo, è vero, nel suo libro del 1911 ha criticato Preuss e anche Krabbe, e infatti, non si può contestare la differenza metodologica: per Kelsen la costruzione di un ordinamento giuridico unitario come ordinamento di doveri, finalmente riconducibile a una norma fondamentale; per Preuss descrizione della genesi di un ordinamento giuridico anche come elemento dell'essere. Rimane nondimeno, in parallelo con il sistema *multilevel* degli enti territoriali, un sistema delle norme giuridiche da considerare come unitario. Inoltre si

può sostenere che Kelsen, nella sua attività politica e nella motivazione scientifica, ha qualificato la teoria della formazione di una persona collettiva come caratteristica della democrazia, e che ha collegato questa teoria al relativismo dei valori (Kelsen 1929, pp. 11 ss., 98 ss.; Paulson 2007, pp. 1148 ss.). Pertanto anche la teoria kelseniana, vicina a quella di Preuss, può essere determinata da un ordinamento giuridico unitario.

6. Conseguenze

Sulla base delle due teorie si può e si deve sostenere oggi che i sistemi *multilevel* hanno bisogno di omogeneità. Questo è vero anzitutto per le autonomie locali e per gli ordinamenti regionali e federali in rapporto all'intero Stato. Pur tenendo conto delle differenze che risultano dalla quantità e dal modo di esercizio dei compiti e dalle particolarità d'organizzazione che ne risultano, ci sono sempre i principi comuni come sono stati ancorati all'art. 17 della costituzione di Weimar e all'art. 28 LF. Questo non esclude differenze risultanti dalla materia: da un lato, il peso più grande dell'amministrazione a livello locale può richiedere una stabilità meglio assicurata e perciò opporsi ad una parlamentarizzazione totale dei comuni⁸. Dall'altro lato, almeno secondo l'opinione prevalente in Germania, sembra più ovvio l'inserimento di elementi di democrazia diretta nelle piccole unità piuttosto che nello Stato. Perciò diminuisce, a livello locale, il bisogno di influssi partitici e del rispetto di un tale influsso, ad esempio nel diritto elettorale; sono meno importanti clausole di sbarramento contro i partiti più piccoli. Poi, per il livello del

potere estero e della rappresentanza dello Stato, il bisogno di un capo dello Stato è più forte sul piano nazionale che su quello degli altri livelli. Infine, in altri ambiti ci sono tradizioni diverse, ad esempio per le materie del riordino territoriale, dell'organizzazione governativa e amministrativa, oppure per la giustizia costituzionale. Tutti questi punti di vista giustificano una politica costituzionale propria a livello di Länder, di regioni e anche del livello locale con una certa autonomia organizzativa, anzi costituzionale. Ma tutte queste differenze hanno la tendenza a diminuire e a perdere di importanza. Non è un caso se la giurisprudenza costituzionale tedesca, ad esempio in materia di diritto elettorale con clausole di sbarramento⁹, tende a irrigidire le misure di controllo riguardo la legittimazione di forme speciali dell'ordinamento democratico, e richiede la prova della necessità per un sistema democratico. L'omogeneità deve servire, oggi, a consolidare l'idea della democrazia.

Questo, in principio, è vero del pari per i livelli internazionale e sovranazionale. Certo, a livello mondiale una tale coscienza è ancora poco sviluppata, nonostante le promesse generose di una democrazia globale dalla fondazione delle Nazioni Unite in poi, le convergenze democratiche dal 1989 e la partecipazione delle organizzazioni non-governative nella formazione di una volontà internazionale. È vero che l'analisi sopra menzionata del diritto internazionale pubblico "al servizio della vita economica", sviluppata da Hugo Preuss nel 1891, non è stata confutata dallo sviluppo novecentesco; rimane importante come tendenza che può essere interpretata, inoltre, anche come ammonimento per la politica. Ma rimane l'obiezione che Preuss, con tutto il suo

realismo e con tutta la prudenza della sua analisi, ha forse sottovalutato le difficoltà, le complicazioni e i ritardi sulla strada per un potere mondiale democratico.

Più probabili sono i progressi negli spazi regionali. Rispondendo alla pretesa dell'integrazione europea di garantire la democrazia e la coerenza democratica in Europa, i trattati europei, dalla fondazione del Consiglio d'Europa e ancora di più della Comunità e poi dell'Unione Europea in poi hanno sempre invocato i principi di omogeneità democratica. Tale legittimazione ha rinforzato, nell'ambito del Consiglio d'Europa, la posizione dei parlamentari nazionali, regionali e locali nelle assemblee, e grazie ai processi di trasformazione nell'Europa orientale, ha influenzato questi sviluppi in misura considerevole.

Ancora più importante, grazie alle competenze più ampie, è però lo sviluppo della Comunità ed ora dell'Unione Europea. Il fatto che la struttura con la Commissione e la Corte di Giustizia, sotto il controllo del Consiglio Europeo e dei Consigli dei Ministri, delegati dai governi degli Stati membri, deve sfociare in un deficit democratico, è un fatto constatato e criticato da decenni, e perciò oggetto continuo di tentativi di riforme. Non senza successi! Dal 1975 esiste il Parlamento Europeo eletto direttamente dai cittadini dell'Unione, con poteri crescenti, benché sempre insufficienti sotto certi profili. Nel passato recente il Trattato di Lisbona ha inserito, nel Trattato sull'Unione, un titolo con alcune regole sui principi democratici (artt. 9-12). Queste regole precisano l'applicazione del principio democratico a livello dell'Unione, fino alle possibilità di un'iniziativa popolare europea e di una partecipazione dei Parlamenti nazionali alle decisioni. In

quest'ambito, è proprio l'Unione che pretende un controllo sui principi democratici negli Stati membri (artt. 2, 6, 7, 49 TUE) assicurando, attraverso questa via, l'omogeneità di tutti i livelli (Hanschmann 2008, pp. 239 ss., vedi sopra, n. 3).

Nondimeno si può sempre parlare di un deficit di democrazia a livello europeo, causato in parte dalle tradizioni, dalle difficoltà più gravi di democratizzare organizzazioni più estese e dalle differenze fra gli Stati membri con popolazioni eterogenee. La critica di questo deficit si collega facilmente al malcontento verso una burocrazia europea lontana dal cittadino e desiderosa di regolamentare. Anche in questa situazione si può e si deve sperare a un ravvicinamento graduale delle strutture di governo nel sistema *multilevel*. Lo sviluppo del mezzo secolo passato può incoraggiare speranze in questa direzione.

Una tale speranza però entra in contraddizione con l'insistere degli Stati membri sulla loro sovranità. Infatti ogni riforma dei trattati sull'Unione presuppone la ratifica da parte degli Stati membri a seguito dell'approvazione secondo le regole delle costituzioni dei singoli Stati (art. 48 TUE, in principio anche per il procedimento semplificato). Per questa via anche l'Unione Europea riconosce la sovranità degli Stati membri, nei quali ogni tanto hanno luogo referendum sulle modificazioni dei Trattati – che possono pure naufragare. Perciò il disegno di un Trattato sulla Costituzione Europea non è stato approvato, e l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stata complicata e ritardata. In questo contesto occorre tener conto della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 (BVerfGE 123, 267) che, è vero, afferma la compatibilità del Trattato di Li-

sbona con la Legge Fondamentale tedesca, ma richiede una partecipazione rafforzata di Parlamento e *Bundesrat* alla formazione della volontà sulle materie dell'Unione Europea, e si riserva di verificare se gli atti giuridici dell'Unione, comprese le modificazioni dei Trattati, eccedano i limiti di deleghe speciali su competenze dell'Unione: questa deve rimanere "*Staatenverbund*"¹⁰, non deve poter diventare Stato. La partecipazione degli Stati membri – già prevista infatti nei Trattati – deve garantire che la democrazia compensi il deficit democratico constatato, anzi drasticamente enfatizzato dalla Corte costituzionale.

La discussione di questa sentenza, molto forte attualmente in Germania (per tutti: Schönberger 2009, in italiano Palermo, Woelk 2009), non può aver luogo diffusamente in questa sede. Sembra essenziale dire però per il nostro contesto che è compito dell'Unione Europea di ordinare l'omogeneità dei livelli dell'Unione e degli Stati membri. Per quanto i compiti pubblici sono attribuiti al livello dell'Unione, perché questo è più effettivo, adeguato e perciò proporzionale (cfr. art. 5 IV° co. TUE) di quanto non possa avvenire ai livelli inferiori, occorre organizzare il livello europeo in tale maniera che corrisponda alla pretesa di strutture democratiche, sostenuta dall'Unione stessa, dagli Stati membri e dal pubblico. Può far parte di una tale organizzazione, accanto a elementi parlamentari e di democrazia diretta, anche la partecipazione di organi, anzitutto parlamentari, degli Stati membri. Ma soluzioni del genere incontrano limiti. Questo è ovvio quando, negli Stati membri, la partecipazione democratica non è meglio garantita che a livello dell'Unione. I deficit menzionati in materia di democrazia diretta a livello fe-

derale tedesco, rivelano una tale problematica. Ma sono del pari i diritti di decisione dei singoli Stati membri che possono bloccare le decisioni a livello dell'Unione restringendo la realizzazione del principio democratico a tale livello; perciò sono disfunzionali in un sistema *multilevel*.

Ne consegue che, per la modificazione dei Trattati europei, il voto decisivo dovrebbe essere pronunciato a livello europeo, anzitutto tramite referendum che può essere inserito, come referendum consultivo, prima della ratifica delle modifiche da parte degli Stati membri. Certo, occorre tener conto anche del diritto di contestazione dei singoli Stati, ma considerato ora, secondo il Trattato di Lisbona, il diritto di recesso dall'Unione secondo l'art. 50 TUE, rimane da chiedersi se questa possibilità non sia sufficiente, e se non basti come strumento di dissenso in caso di decisione con maggioranza qualificata e confermata da referendum consultivo a livello dell'«Unione sempre più stretta dei popoli d'Europa» (art. 1 II° co. TUE).

Da un punto di vista di principio, rimane decisivo il fatto che la responsabilità per l'omogeneità dei livelli, nel nostro caso fra Unione Europea e i singoli Stati, deve essere localizzata in ciascun livello. Perciò il ricorso al principio democratico nei singoli Stati non può sostituire la democratizzazione dei livelli internazionali e sovranazionali – del pari come la democrazia locale non può sostituire la democrazia parlamentare a livello statale. Ogni livello è confrontato col compito di ordinare la democrazia e deve compierlo per la sua sfera.

Bibliografia

- G. Berti, G.C. De Martin
[2003] (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, Giuffrè;
- C. Bürger
[1986] (hrsg.), *Zerstörung, Rettung des Mythos durch Licht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp;
- P. Bürger
[1986] *Carl Schmitt oder die Fundierung der Politik auf Ästhetik*, in Id. (hrsg.), *Zerstörung, Rettung des Mythos durch Licht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 170-176;
- F. Gentz
[1845] *Über den Unterschied zwischen landständischen und Repräsentativ-Verfassungen*, in L. Klüber, K.T. Welcker (hrsg.), *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation*, Mannheim, 2 ed., (ristampa 1977), pp. 213-223;
- F. Hanschmann
[2008] *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europawissenschaft*, Berlin, Springer;
- H. Heller
[1992] *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in Id., *Gesammelte Schriften*, 2 ed., vol. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 421-433;
- H. Hintze
[1928] *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, Frankfurt am Main, Deutsche Verlagsanstalt, (nuova edizione Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989);
- J. Huinink
[1989] *Mehrebenen-Modelle in den Sozialwissenschaften*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag;
- G. Jellinek
[1882] *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien (ristampa 1969);
[1905] *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 ed., Tübingen, Mohr, (ristampe 1919, 1964);
[1913] *Allgemeine Staatslehre*, 3 ed., (ristampa Darmstadt 1960);
- P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger
[1949] *Römisches Recht*, 3 ed., Berlin, Springer;
- H. Kelsen
[1923] *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, 2 ed., Tübingen, Mohr Siebeck, (ristampa 1960);
[1929] *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2 ed., Tübingen, Mohr Siebeck;

- J.L. Klüber, K.T. Welcker
 [1845] (hrsg.), *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation*, 2. ed., Mannheim (ristampa 1977):
- H. Krabbe
 [1906] *Die Lehre der Rechtssouveränität*, Groningen, Wolters;
 [1908] *Die Lehre der Rechtssouveränität*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 229-236;
- J. Locke
 [1956] *The Second Treatise of Government (1690)*, Oxford, Blackwell;
- S. Magiera, K.P. Sommermann
 [2002] (hrsg.), *Verwaltung und Governance im Mehrebenen-system der EU*, Berlin, Duncker und Humblot;
- S. Mezzadra
 [1999] *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna, il Mulino;
- F. Palermo, J. Woelk
 [2009] *Germania*, in «Quaderni Costituzionali», 4, pp. 1031-1034;
- S.L. Paulson
 [2007] *Recensione di Hugo Preuss*, in *Gesammelte Schriften*, vol. 1, in «Juristenzeitung», pp. 1148-1149;
- H. Preuss
 [1889] *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, (ristampe 1964, 1999);
 [1891] *Das Völkerrecht im Dienste des Wirtschaftslebens*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 426-467;
 [1902] *Geschichte des Bestätigungsrechts in Preußen*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 527-553 (= Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902, cap. 7);
 [1908] *Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 236-269;
 [1910] *Die Lehre Gierkes und das Problem der preußischen Verwaltungsreform*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 605-644;
- [1912] *Verwaltungsreform und Staatsreform in Preußen und Österreich*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 732-749;
- [1917] *Die Wandlungen des deutschen Kaisergedankens*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, Einführung von A. Lothar, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 1, pp. 616-627;
- [2007] *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, Einführung von A. Lothar, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 1;
- [2008] *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, Einführung von D. Lehnert, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 4;
- [2009] *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2;
- U.K. Preuss
 [1986] *Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt*, in C. Bürger (hrsg.), *Zerstörung, Rettung des Mythos durch Licht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 147-159;
- D. Schefold
 [1986] *Carl Schmitt und sein Begriff des Politischen*, in C. Bürger (hrsg.), *Zerstörung, Rettung des Mythos durch Licht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 160-169;
 [1998] *Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn*, in K. Acham et Alii (hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, Stuttgart, Steiner, pp. 567-599;
 [2008] *Democrazia e sussidiarietà nell'esperienza tedesca*, in G.C. De Martin (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia*, Padova, Cedam, pp. 135-145;
 [2010] *Le costituzioni ed i due conflitti sui metodi e le tendenze*, in A. Cerri et Alii (a cura di), *Liber Amicorum Angel Antonio Cervati*, vol. 5, Roma, Aracne, pp. 29-41;
- C. Schmitt
 [1932] *Der Begriff des Politischen*, (edizione ampliata Berlin, Duncker und Humblot, 1979);
 [1934] *Staatsgefüge und Zusammenbruch des Zweiten Reiches*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt;
- C. Schönberger
 [2009] *Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in «Der Staat», 48, pp. 535-558;
- R. Streinz
 [2008⁹] *Europarecht*, München, Beck;

R. de Traz

[1935] *De l'Alliance des rois à la ligue des peuples*, Paris, Grasset; tr. ted. *Vom Bündnis der Könige zur Liga der Menschheit*, Zürich, Jean-Christophe;

The White Paper on Multilevel Governance

[2010] Bruxelles, Committee of Regions;

K.T. Welcker

[1845] *Zusatz*, in J.L. Klüber, K.T. Welcker (hrsg.), *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation*, 2 ed., Mannheim, pp. 223-242 (ristampa 1977).

¹ Vedi Hugo Preuß (la cui teoria sarà presentata *infra*, n. 4), *Selbstverwaltung* (1908, pp. 236, 239 ss.) che ha identificato questa posizione come punto di partenza dello sviluppo della sua opinione opposta. Vedi la mia introduzione (Preuss, 2009, pp. 56 ss.).

² Così prima nelle Comunità Europee, ora nell'Unione Europea dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, basata sul caso guida (6/64) Costa/ENEL, sentenza del 15-7-1964.

³ Vedi, sulla protezione dei diritti, prima BVerfGE 37, 271, mitigata soltanto dopo lunghe discussioni da BVerfGE 73, 339. Ma chiedendo il controllo della Corte costituzionale sull'esercizio dei poteri dell'Unione in conformità con i Trattati, la sentenza Maastricht (BVerfGE 89, 155) ha riaperto la porta verso la vecchia giurisprudenza, e dopo la relativizzazione pratica di questo verdetto da BVerfGE 102, 147, la recente sentenza sul Trattato di Lisbona, BVerfGE 123, 267 (vedi *infra*, n. 6) tenta di accentrare di nuovo il controllo delle attività europee dalla Corte costituzionale tedesca.

⁴ Così, con ampi riferimenti, il libro citato di Hanschmann, che però (2008, pp. 239 ss.) tratta anche delle regole giuridiche sull'omogeneità secondo gli artt. 6, 7, 49 TUE (che sono completate dal Trattato di Lisbona, art. 2 TUE), ma da quest'interpretazione passa poi a discutere il problema di una comunità dei valori degli Europei come "popolo". In-

contestabilmente questa discussione è importante, ma non può né disconoscere, né sostituire il dibattito sulle pretese concrete dei Trattati europei riguardo gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

⁵ In questo senso anzitutto Carl Schmitt (1932, ed. Berlin 1979), discusso largamente da Hanschmann, con il risultato (2008, pp. 297 ss.) di un «Abschied vom Begriff der Homogenität» (Addio al concetto di omogeneità). Per la mia posizione, mi riferisco a Bürger (1986) e ivi specialmente i contributi di U.K. Preuß (pp. 147 ss.), Bürger (pp. 170 ss.) e mio (pp. 160 ss.).

⁶ Lascio la terminologia tedesca. Infatti il secondo livello di autonomia è difficile da tradurre per la Germania con "provincia" perché le dimensioni erano più piccole, mentre le province prussiane erano enti più ampi.

⁷ «das Spinnennetz des veralteten, zeitwidrigen Souveränitätsbegriffs zu zerreissen».

⁸ Desta interesse però il fatto che la Carta europea dell'autonomia locale, nell'art. 3.2, sancisce almeno una responsabilità degli organi esecutivi.

⁹ In questo senso caratteristica la sentenza BVerfGE 120, 82 ss. sulla clausola del 5% a livello locale e, in seguito, la sentenza della Corte costituzionale di Brema del 14-5-2009 – St 2/08.

¹⁰ Non sembra precisa la traduzione di questo concetto, creato dalla Corte, con "Confederazione di Stati" («Staatenbund»): certo,

bisogna distinguere se dai concetti di "Federazione", "Stato federale", ma si tratta di un concetto distinto anche dalla Confederazione classica. Era però proprio questa soluzione intermedia che fu esclusa dalla dogmatica sviluppata da Georg Jellinek (1882, pp. 158 ss e 1913, pp. 737 ss., 762 ss.).