



FULCO LANCHESTER*

IL COSTITUZIONALISMO DI ARMIN VON BOGDANDY**

SOMMARIO: 1. Prologo. – 2. Il volume. – 3. Il costituzionalismo e la sua definizione. – 4. Il costituzionalismo nella sua versione tedesca. – 5. Il costituzionalismo tra sfide geopolitiche e recesso democratico.

1. Prologo

Il professore Bogdandy è autore di un libro senza dubbio molto colto, ma anche complesso e discutibile perché teleologicamente orientato sia dal punto di vista intellettuale che politico. *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft* (Berlin, Suhrkamp, 2022) costituisce un titolo evocativo di precedenti opere di Leibholz e di Habermas per segnalare le profonde modificazioni che il diritto pubblico (interno e internazionale) ha subito dagli anni Settanta del secolo scorso ad oggi sulla base dei processi di globalizzazione e di integrazione sovranazionale a livello continentale.

Il volume di Armin von Bogdandy vuole certificare queste trasformazioni, mettendo in evidenza due elementi essenziali. Il primo rappresentato dalla esistenza di una nuova generazione di giuristi sul piano europeo, confermando in questo la lezione di Michael Stolleis del primo decennio di questo terzo millennio¹; il secondo costituito dal superamento dei canoni classici del diritto pubblico dello Stato moderno fondati sulla sovranità, il popolo ed il territorio.

Quella che stiamo vivendo costituisce, indubbiamente, una fase nuova che impone di riflettere sull'intreccio tra differenti culture giuridiche e i contesti degli Stati nazionali nell'ambito della formazione del nuovo *jus publicum europaeum*. Essa invita ad analizzare i fenomeni di internazionalizzazione e di globalizzazione ed oggi di (ri)globalizzazione che

* Professore emerito di Diritto costituzionale italiano e comparato – Sapienza Università di Roma.

** Intervento in occasione del convegno dal titolo “L’emergere e la democratizzazione della società europea: una nuova lettura del diritto pubblico europeo”, tenutosi presso il Dipartimento giuridico dell’Università degli studi del Molise, a Campobasso, il 20 novembre 2023.

¹ M. STOLLEIS, *Öffentliches Recht in Deutschland, Eine Einführung in seine Geschichte (16.–21. Jahrhundert.)*, München, Beck, 2014, in particolare cap. XIX. *Globalisierung und Zukunft des Staates*, 385 ss.

investono in modo profondo anche il nostro continente, valutando in maniera opportuna le conseguenze che esse hanno sul processo di costruzione sovranazionale.

Simili osservazioni, effettuate anche da Bogdandy, andrebbero però integrate con un'analisi esplicita della situazione storico-spirituale del costituzionalismo nell'attuale contesto geopolitico sulla base di un esame realistico e non fondato su una prospettiva teleologica. Il tema delle trasformazioni del costituzionalismo e quello dell'egemonia politica e culturale *occidentale* si sposano, invece, in Bogdandy con la ricerca consapevole della pregressa esperienza tedesca, ripensata sul piano europeo contemporaneo.

Bogdandy si conferma anche in quest'opera giurista con indubbi interessi per la teoria generale e con una spiccata tendenza per la internazionalizzazione del diritto costituzionale e per la costituzionalizzazione del diritto internazionale. Queste due tendenze *top-down e bottom up* risultano molto attuali sin dagli anni '90 del secolo scorso² e per un giuspubblicista tedesco richiamano discussioni avvenute durante l'800. Di qui anche l'interesse per l'opera di Triepel e di Schmitt, che si è esplicitato nel rinnovato studio dei due autori³. Quando poi Bogdandy (qualche tempo fa anche su il *Verfassungsblog*) ci parla della cultura giuridica tedesca e della sua egemonia (*German Legal Hegemony*, 3 ottobre 2020)⁴ formalmente ricusandola, viene da pensare che egli ne riviva a livello continentale l'esperienza ottocentesca [dal crollo del Sacro romano Impero(1806) fino allo *Zollverein*(1834) per arrivare alla prospettiva della *Reichsverfassung* del 1871] al fine di giustificare in modo incrementale una costruzione europea ancora incompleta, ma senza considerare i pericoli di una simile operazione.

In questa prospettiva il fulcro del ragionamento operato da Bogdandy, tutto basato sull'art. 2 del TUE, risulta palesemente funzionale- anche nelle citazioni- ad una ricostruzione culturale e concettuale che si fonda non tanto sul costituzionalismo liberal-democratico di tradizione anglo-franco-americana, ma sulle radici del costituzionalismo monarchico tedesco (così bene a suo tempo analizzato da Böckenförde⁵), attualizzato per la *governance* burocratico-europea o della globalizzazione⁶.

Una simile impostazione risulta connessa, invero, alla realtà disfunzionale della costruzione UE che rischia di rimanere in mezzo al guado. Ciò è confermato dalla concettualogia utilizzata, che si costruisce in modo volutamente ambiguo su un *continuum*

² J.J. RACHLINSKIT, *Bottom-Up versus Top-Down Lawmaking*, in *The University of Chicago Law Review*, 73, 933 ss.

³ *Carl Schmitt's European Jurisprudence*, A.v. BOGDANDY, R. MEHRING, A. HUSSAIN, (Hrsg.), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2022; H. TRIEPEL, *Parteienstaat und Staatsgerichtshof: Gesammelte verfassungspolitische Schriften zur Weimarer Republik*, R. MEHRING, A. v. BOGDANDY (Hrsg.), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2021.

⁴ A. v. BOGDANDY, 2020. *German Legal Hegemony? Verfassungsblog: On Matters Constitutional*. <https://doi.org/10.17176/20201005-124814-0>

⁵ v. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie*, in "Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)", E.W. BÖCKENFÖRDE (Hrsg.), Köln, Kiepenheuer & Witsch, 1972, 146 ss.

⁶ E da questo tipo di impostazione non sfugge il colloquio teorico e concreto con Sabino CASSESE, che con la sua *Global governance (The Global Polity: Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law)*, Sevilla, Global law; Derecho Global, 2012) propone la prospettiva attualizzata dell'amministrativista tedesco Otto Mayer: si veda ad es. A. v. BOGDANDY, S. CASSESE, P. M. HUBER (Hrsg.), *1: The Administrative State*, managing editor T. SHULMAN, Oxford, University press, 2017.

trasformativo che non riconosce i salti di qualità e dimentica i pericoli sottolineati da James Bryce per cui gli ordinamenti o convergono o si scindono.⁷

In questo contesto il fulcro normativo di tutto il volume si conferma l'art.2 TUE, utilizzato da Bogdandy per riconoscere e costruire l'ordinamento democratico della società europea. Esso rischia, però, di essere una mera copertura intellettuale che fotografa il pericoloso equilibrismo di una struttura multilivello caratterizzata dal *costituzionalismo trasformativo*, concetto che viene evocato più volte, ma mai definito. La trasformazione avviene, infatti, in una zona grigia tra statale e non statale, tra pubblico e privato e, in particolare, risulta affidata all'azione delle Corti giudiziarie.

2. Il volume

Ma andiamo per ordine. Partirei dal titolo già citato e dall'introduzione del libro di Bogdandy. In entrambi Bogdandy fa riferimento al concetto di *Strukturwandel* (cambiamento strutturale), utilizzato in contesti e finalità differenti da Leibholz e Habermas negli anni '50 e '60 del secolo scorso⁸. Esso richiama per analogia e per contrasto la prospettiva delle *Verfassungswandlungen* della *Reichsverfassung* del 1871, messe in evidenza da Paul Laband e da Georg Jellinek alla fine del XIX e agli inizi del XX secolo. Dirò di più. Il riferimento a Gerhard Leibholz ci ricorda la fatica con cui la dottrina giuspubblicistica tedesca ha alla fine accettato lo Stato democratico di massa e come – dopo la lezione di Weimar - lo fece sulla base dello Stato costituzionale strutturato sui partiti in una *democrazia che si difende*. Il riferimento ad Habermas si connette con le trasformazioni strutturali dell'opinione pubblica, che nell'epoca successiva si collegano al *Verfassungspatriotismus* e alla democrazia deliberativa.

Gli ampi richiami culturali a Carl Schmitt e a Heinrich Triepel operati da Bogdandy sono, invece, funzionali al viaggio intellettuale dell'Autore, anche se questi giuspubblicisti poliedrici avrebbero dovuto essere esaminati nel contesto della situazione (o delle situazioni) in cui essi hanno agito, al fine di evitare forzature interpretative. Il viaggio di Bogdandy è però più rivolto al pensiero di un *classico* ottocentesco come Hegel e al dibattito sul costituzionalismo come Stato di diritto. Un simile approccio risulta come detto funzionale a rendere meno indispensabile la partecipazione democratica nella costruzione europea sulla base di un costituzionalismo non ben definito.

⁷ J. BRYCE, *The Action of Centripetal and Centrifugal Forces on Political Constitutions, Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, 255 ss. ed in particolare 309 ss.

⁸ Faccio notare che il *Strukturwandel* risulta di acquisizione relativamente recente nella letteratura scientifica tedesca. È significativo che la prima opera con questo sostantivo nel titolo sia quella di R. PASSOW, *Der Strukturwandel der Aktiengesellschaft im Lichte der Wirtschaftsenquete*, Jena, Fischer, 1930 e che l'A. (1880-1949) sia stato professore ordinario di *Nationalökonomie* nell'Università di Göttingen dal 1922 al 1948, dove dal 1931 insegnò proprio Leibholz. La prima monografia con nel titolo *Strukturwandlungen* è invece quella dell'economista di Kiel, Bernhard HARMS, *Strukturwandlungen der Weltwirtschaft*, in *Weltwirtschaftliches Archiv*; 25, 1(1927).

Il problema principale del volume è, dunque, rappresentato dal fatto che Bogdandy non definisca cosa sia costituzionalismo e ricorra alla dizione di *costituzionalismo trasformativo*. Egli dichiara che il volume “sviluppa l’attuale diritto pubblico europeo come struttura della società democratica europea” (p. 6) e che il diritto pubblico europeo può svilupparsi in molti modi e che egli vuole ricostruirlo sulla linea di un *transformativen Konstitutionalismus* (p.7), concetto divulgato negli anni ’90 negli Usa e poi estesosi soprattutto in Sud Africa e in America latina, anche con il suo contributo⁹.

Bogdandy non approfondisce, però, in modo specifico né il concetto generale di costituzionalismo né quello specifico in senso trasformativo. In questo specifico quadro è bene, dunque, dire che cosa sia il costituzionalismo e cercare di ricostruire cosa significhi per Bogdandy costituzionalismo trasformativo nell’ambito di una tradizione giuridica come quella tedesca, che l’autore cerca coerentemente di ricostruire.

A mio avviso Bogdandy ricostruisce la situazione storico spirituale del costituzionalismo sulla base di una tradizione particolare (quella tedesca), che si differenzia- come accennato in precedenza - da quella anglo-franco – americana, adeguata agli stati nazionali liberal-democratici di massa - per volgersi sul versante amministrativo sovranazionale in cui quegli stessi ordinamenti democratico statuali operano.

3. Il costituzionalismo e la sua definizione

Il costituzionalismo è frutto di una miscela di fattori che deve essere preliminarmente definita. La duplicità di significato del termine evidenzia da un lato la limitazione del potere, dall’altro la richiesta di partecipazione dei soggetti coinvolti.

È significativo che il processo di specificazione del concetto in questione si sia svolto prima in modo esterno al circuito potestativo (attraverso l’esercizio di influenza sul potere politico), poi interno al particolare indirizzo volto alla distribuzione autoritativa di valori materiali o immateriali. In secondo luogo, lo sviluppo del termine costituzionalismo risulta osservabile anche in periodo precedente alla cosiddetta grande scissione tra pubblico e privato. Si tratta di una separazione che ha portato alla costruzione processuale dello Stato moderno, il quale assume caratteristiche diversificate nel tempo e nello spazio.

In un simile quadro appare evidente che il sostantivo costituzionalismo possieda perlomeno due significati principali. Il primo, più generale, si riferisce alla limitazione del potere interpersonale in qualsiasi tipo di istituzione sociale; il secondo più specifico, invece, riguarda una formola politica – che può essere articolata in maniera differente al fine di giustificare il rapporto comando-obbedienza nell’ambito della distribuzione autoritativa dei valori e da cui discendono precetti normativi di organizzazione tecnico-istituzionali concreti.

⁹ *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a New Ius Commune*, edited by A.v. BOGDANDY ... [et al.]; managing editor: X. Soley, Oxford, University press, 2017.

Nel primo caso le origini del termine sono risalenti. L'esempio del costituzionalismo inglese evidenzia come, in tutte le organizzazioni umane minimamente ordinate, debba esserci prevedibilità e quindi certezza del diritto. Il costituzionalismo, praticato in Inghilterra nel '500/'600, sulla scorta della *sapienza artificiale* delle corti di *common law*, affermò che in qualsiasi organizzazione (privata o pubblica) dovessero esservi limitazione del potere e prevedibilità.

Il costituzionalismo come formola politica risulta, invece, collegato in modo diretto solo al pubblico ed in particolare al livello di distribuzione autoritativa dei valori, sulla base di principi che risalgono ad un *pactum (covenant)*, presupposto o reale, tra i componenti della comunità politica. Le due definizioni hanno in apparenza radici differenti, ma sono intimamente connesse. La prima si collega al costituzionalismo inglese, che nasce – infatti – come reazione delle assemblee parlamentari e dei giudici di *common law* in difesa della costituzione medievale contro il crescente assolutismo regio. Mentre la seconda si congiunge alla tradizione francese e possiede un significato più marcatamente ideologico. In questa accezione si evidenzia che un ordinamento non possiede costituzione quando non si conformi a un certo modello sia per quanto riguarda il tipo di adozione sia per quanto riguarda il contenuto. Da ciò scaturisce una polemica sulla natura del costituzionalismo stesso e sul carattere che un documento deve possedere per essere definito costituzione in senso stretto, a causa del sovrapporsi delle esigenze di limitare il potere, insite nella tecnica costituzionalistica liberale, con il problema della sua relativa democratizzazione.

Aggiungo che per alcuni autori, non si ha Costituzione se non sono rispettati determinati parametri e, in particolare, l'esistenza di un potere costituente democratico, mentre per altri è sufficiente l'esistenza di un testo scritto definito come costituzionale quale che sia la natura della procedura di adozione, il suo contenuto e il tipo di rigidità.

In proposito credo sia indispensabile ribadire la storicità del fenomeno, la sua peculiare allocazione e l'influenza che il costituzionalismo (in senso lato e in senso stretto) ha avuto per lo sviluppo delle società occidentali, respingendo prima di tutto quell'impostazione istituzionalistico-positivista di origine autoritaria per cui vi sarebbe diritto costituzionale (e quindi anche un costituzionalismo) in qualsiasi ordinamento, finanche autoritario o a tendenza totalitaria. Il brocardo *ubi societas, ibi ius* rischia di banalizzare come antiscientifico il fatto che il costituzionalismo nel suo duplice aspetto sia una tecnica di libertà, correlata con la nascita di istituzioni rappresentative. Una simile impostazione costituisce l'eredità del costituzionalismo tedesco, basato sul *monarchische Prinzip*, che – nell'epoca dello Stato di massa – copre l'arbitrio del capo carismatico, della burocrazia partitocratica o dell'aziendalismo.

I limiti al potere e la democratizzazione del costituzionalismo contemporaneo costituiscono, comunque, i due elementi che lo caratterizzano sia per quanto riguarda i su accennati rapporti tra individuo e autorità (forma di Stato) sia per quanto riguarda i rapporti tra i supremi organi costituzionali in relazione alla funzione di indirizzo politico (forma di governo) e scandiscono il passaggio dal cosiddetto Stato di diritto legislativo parlamentare (oligarchico o di massa) a quello costituzionale democratico di massa.

Lo Stato di diritto costituzionale individua – com'è noto – un ordinamento dove supremi sono i valori costituzionali, non vulnerabili dalle cangianti maggioranze parlamentari, anche se interpretabili in modo diversificato.

La sua introduzione ha costituito, in ambito europeo, un progressivo abbandono della teoria della tradizionale supremazia dell'organo legislativo (inteso in senso stretto o complesso) e la costruzione di un ordinamento in cui i diritti fondamentali degli individui e i rapporti tra gli organi costituzionali sono sottoposti a limiti e garanzie di tipo giurisdizionale.

Una simile dicotomia possiede una sua linearità, ma può essere meglio articolata considerando che, alla base del diritto costituzionale contemporaneo si pongono più tradizioni che possono essere identificate in tre rivoluzioni: inglese, nordamericana, francese e quattro filoni applicativi: inglese, americano, francese, tedesco, i quali stanno alla base dello Stato di diritto nelle due versioni (legislativa o costituzionale).

Entrambe le suddette versioni possiedono due varianti: la moderata e la estrema. I filoni anglo-americani, così come le rivoluzioni, risultano tra loro connessi, lo stesso si può dire di quello franco-tedesco.

È nell'appartenenza alla famiglia di *common law* o a quella di *civil law* che si incardinano le ragioni della presenza di questi differenti filoni e varianti. Quanto affermato si applica anche alla situazione socio-economica (ad es. periodo e tipo di industrializzazione) e al contesto geopolitico in cui si inseriscono i singoli ordinamenti.

La complessità delle influenze e delle applicazioni rende difficili e incerti i riferimenti. Tuttavia, quando in Italia si parla di modello costituzionale democratico, normalmente ci si riferisce al complesso di principi della rivoluzione francese, evidenziando una tradizione che ha avuto e possiede ancora tanta influenza negli ordinamenti liberal-democratici, anche se oggi sembra nettamente sulla difensiva.

4. Il costituzionalismo nella versione tedesca

La crisi del modello francese e dello Stato legislativo, tipico del XIX secolo, ha corrisposto, infatti, alla presa di coscienza della pericolosità di una costruzione basata sul volere delle maggioranze, per cui – dopo l'esperienza dei totalitarismi e del secondo conflitto mondiale – si è affermato il cosiddetto Stato costituzionale basato su diritti inviolabili e sull'attività delle corti costituzionali, organi tecnici che hanno come compito quello di garantire la conformità ai valori costituzionali. Nell'ambito di simili problematiche è bene sottolineare che nell'ordinamento tedesco la posizione di Bogdandy deve essere comparata con quella di due altri giuspubblicisti: Dieter Grimm e Peter Häberle).

Dieter Grimm, legato alla specifica tradizione culturale del diritto tedesco di orizzonte democratico, ha ricostruito in modo coerente il senso e la prospettiva del costituzionalismo nella seconda accezione, sulla base della tradizione settecentesca americana e francese (così come avevano fatto prima di lui Bluntschli, Jellinek, Redslob), ma ha teso a trascurare, in

modo consapevole, quella inglese, che ha invece generato entrambe attraverso Montesquieu e i *framers*. D'altro canto Peter Häberle, figlio dello smendismo attualizzato di Konrad Hesse, gioca abilmente con le sue costituzioni parziali tra i due concetti all'interno di una volta globale onnicomprensiva.

La dicotomia tra le due impostazioni è chiara. Dieter Grimm nella sua citata opera su *Constitutionalism, Past, Present and Future*¹⁰ limita il costituzionalismo e la Costituzione laddove c'è il popolo e la politicità statale, mentre nel volume più recente risulta orientato allo studio del diritto vivente attraverso la giurisprudenza della Corte costituzionale. Invece Häberle è più favorevole alla costituzionalizzazione del diritto internazionale nella linea unica *top-down* che caratterizza questo indirizzo¹¹, ma è evidente che le obiezioni di Grimm sui limiti sostanziali di una simile prospettiva risultano rilevanti.

Häberle è dunque più ottimista, Grimm meno, cosicché Bogdandy appare più vicino a Häberle, ma invece che a Smend ricorre a Schmitt e Triepel per risalire al costituzionalismo di Hegel, le cui caratteristiche *cezionali* possono essere compatibili con la situazione peculiare della *Gesellschaft* della Unione europea. La concezione del costituzionalismo che Bogdandy porta avanti è, come si diceva, finalizzata teleologicamente alla implementazione della costruzione europea, ma in realtà essa è lontana dal costituzionalismo liberal-democratico. In sostanza Bogdandy si ispira ad una concezione del costituzionalismo che non è né di derivazione anglo-americana, né francese, ma - lo ripeto - ha solide radici nella tradizione monarchico costituzionale tedesca con tutti i limiti che la stessa presenta.

Tutto ciò si giustifica come conforme alla natura ibrida della costruzione europea e sulla base di una concezione della democrazia peculiare che esclude una reale partecipazione. Nei trattati non esiste in effetti un "noi collettivo" che non sia rappresentato dagli ordinamenti statuali contraenti e la stessa democrazia, dunque, può essere senza autodeterminazione dei componenti la società europea. Si manifesta così una contraddizione in termini, ed è in merito a questo che vorrei ribadire la problematicità di tutta la tesi fondamentale del libro oggetto di discussione che si basa sull'art. 2 del Trattato dell'Unione Europea.

La società disegnata dal TUE è senza alcun dubbio un ordinamento giuridico, ma ancora di tipo sovranazionale e non statale ossia pienamente politico. L'elemento personale dello stesso non è una *Gemeinschaft* di soggetti individuali, sibbene una *Gesellschaft*, ovvero un'articolazione di interessi che possono essere di tipo familiare, regionale, economico, statale, e non solo. Essi sono tutt'altra cosa rispetto alla comunità inserita all'interno di un ordinamento politico e caratterizzato dai tre classici elementi dello stesso (Governo, demos politico, territorio). Lo *Strukturwandel* istituzionale europeo non ha, infatti, ancora superato il modello sovranazionale, nonostante il processo incrementale di integrazione politica ed economica.

¹⁰ D. GRIMM, *Constitutionalism. Past, Present and Future*, Oxford, U.P., 2016

¹¹ P. HÄBERLE, *Der kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur: Vorstudien eine universalen Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013.

Nel volume di Bogdandy non c'è, significativamente, una citazione di Hobbes (che invece avrebbe fatto molto piacere a Carl Schmitt), ma soprattutto non si recupera alcuna citazione di Locke alle fondamenta del costituzionalismo liberale - democratico. Non c'è il costituzionalismo basato sull'espressione di autodeterminazione nelle forme e nei limiti della Costituzione, ai sensi del nostro art. 1 Cost., della volontà popolare e della rappresentanza. Sotto questo punto di vista, la teoria basata sull'art. 2 del Trattato dell'Unione Europea pare una certificazione funzionale allo *status* non democratico o parzialmente democratico dell'Unione.

Personalmente sono per il salto di qualità dell'UE per ragioni ideali e per necessità geopolitiche. Giuliano Amato, ai tempi della Convenzione presieduta da Giscard d'Estaing, diceva, pensando al film con Catherine Deneuve: “speriamo che sia femmina!”, speriamo quindi che non ci sia più un trattato, bensì una costituzione. Il Trattato di Lisbona, come certificato dal *Bundesverfassungsgericht* e sulla base della sua giurisprudenza su Maastricht dagli anni '90 in poi, conferma - come ammette anche la giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale - che non esiste una sovranità europea. Ci sono, invece, concessioni dei singoli Stati che sono, tuttavia, soggetti a controlli degli ordinamenti costituzionali degli stati membri, con la riproposizione del problema del salto di qualità, che dev'essere operato.

5. Il costituzionalismo tra sfide geopolitiche e recesso democratico

Quanto detto ci porta ad una disamina della pagina 6 del volume di Armin von Bogdandy dove l'A. prende significativamente in considerazione il *costituzionalismo trasformativo* non schierandosi per la fiducia nel progresso hegeliana, ma enunciando invece una serie di opportunità per le trasformazioni del diritto pubblico europeo così come derivanti da un'interpretazione più realistica di quella operata nel volume sulla base dell'art. 2 del Trattato dell'Unione. Bogdandy sostiene: “Le differenti opzioni, nella società democratica europea sono: il concerto delle potenze europee più forti, l'egemonia tedesca, il federalismo degli esecutivi, il regresso allo Stato nazionale e il derapamento (*derapage*) alle idee di Orban”.

Queste sono le varie opzioni rispetto all'opera lenta di tipo trasformativo. Il salto di qualità sarebbe rappresentato invece dalla formale istituzione di una società democratica europea, tuttavia difficile da attuare praticamente per la persistenza del *guado trasformativo*. L'operazione di Armin von Bogdandy, che non accetto dal punto di vista giuridico, risulta – invece - importante dal punto di vista ideologico, in quanto costruisce – come Stolleis - la coscienza dell'opinione pubblica europea habermasiana e soprattutto la coscienza dei giuristi europei, ovvero di parte della sua classe dirigente.

La costruzione fatta da von Bogdandy costituisce il disvelamento verso la denazionalizzazione o la sopra-nazionalizzazione del giurista tedesco: lui è giurista europeo nella continuità di una problematica nazionale. C'è una generazione, io direi che è la generazione formatasi dagli anni '70 e '80 in poi, che ha una coscienza sempre maggiore della sua appartenenza alla cultura europea, una generazione che viaggia e studia.

Ma l'urgenza dell'auspicato salto di qualità, senza rinunciare alle garanzie del costituzionalismo nazionale, deve essere valutata in maniera realistica sulla base di dati politicamente concreti, vale a dire: lo spostamento degli assi geopolitici dall'Atlantico al Pacifico, che rende periferica l'Europa e mette in forse la stessa egemonia del mondo occidentale; la trasformazione dell'economia anche nella sua area tradizionale con l'ascesa, da un lato, degli ordinamenti in via di sviluppo (BRICS), tenendo conto che per India e Cina è un ritorno, perché agli inizi dell'800, quando scriveva Hegel, la Cina e l'India producevano più del 50% del PIL mondiale, poi nel 1950 solo il 4%; ora si sta discutendo su chi sia la prima economia mondiale.

In particolare, si evidenzia la difficoltà delle società europee, o meglio, dei sistemi economici e politici europei, di mantenere il passo. Basti pensare che dieci anni fa, Angela Merkel, in una famosa Conferenza di Monaco che si tiene ogni anno a gennaio sulla situazione economica mondiale, fece presente agli economisti, promotori di prospettive positive, che i numeri significativi fossero tre: 7, 25 e 52. “Siamo il 7% della popolazione mondiale, abbiamo il 25% del PIL e abbiamo il 52% della spesa sociale”.

Una simile dinamica ha proseguito il suo corso. I dati più recenti ci dicono che, mentre la statualità federale statunitense è riuscita a incrementare il proprio PIL dal 2008 in poi, la zona Europa, che era all'85% del PIL americano, adesso è calata al 65%. Questo per sottolineare come i fenomeni demografici, che portano all'invecchiamento e alla denatalità europea, indici opposti a quelli di altri ordinamenti, ci porteranno a pensare in maniera differente all'idea di cittadino e di straniero e della persona umana che sono identificabili nella nostra Costituzione e nell'*acquis communautaire*. Senza pensare poi alla modifica operata della tecnologia e alla modifica del modo di fare politica nelle società individualizzate dalla tecnologia e dai *social* e deprivate dalla decisione globalizzata.

Per questi motivi bisogna tornare a chiedersi cosa sia il costituzionalismo. Non certo facendo riferimento a quello burocratico amministrativo tedesco ottocentesco, ma quello liberal-democratico. È necessario riprenderne gli elementi all'interno dello Stato-ordinamento, in cui lo l'apparato burocratico politico sia elemento servente della comunità, incrementando, da un lato, la limitazione e l'equilibrio del potere, dall'altro la partecipazione dei componenti il *demos*. Su questa base bisogna rilanciare sia all'interno e sia all'esterno la partecipazione negli Stati nazionali e la richiesta di compiere il salto di qualità a livello europeo.

Le impostazioni, e con questo concludo, nell'ambito dell'Unione Europea e del diritto UE sono variabili, ma ricalcano molto la discussione su che cosa fossero il *Norddeutsche Bund* e poi il Reich guglielmino nel 1871: erano una confederazione – come diceva Max von Seydel – oppure una federazione basata sulla capacità dell'egemonia prussiana. In proposito faccio notare che l'art. 6 della *Reichsverfassung* del 1871, proclamata nella reggia di Versailles dopo la vittoria sui francesi, prevedeva un *Bundesrath* composto esattamente da 26 principati

o repubbliche; mentre il Consiglio dell'Unione Europa 27. Solo sulla base della egemonia prussiana il II Reich costruì quella realtà di tipo unitario, descritta da Triepel nel 1907¹².

La scadenza delle prossime elezioni europee dovrebbe porre il tema dell'implementazione della struttura giuridica e politica dell'Unione. Uno degli errori della Germania degli anni '90 è stato quello dell'allargamento a Est. Meglio sarebbe stato avere un nucleo forte occidentale che potesse rafforzare l'indirizzo di politica estera e di politica per la difesa e non lasciare agire sole l'economia e la moneta, per arrivare così a delle soluzioni differenti anche sotto il profilo geopolitico.

Ma così non è stato e il futuro dirà se non ne pagheremo le conseguenze.

¹² V. H. TRIEPEL, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche: eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen, Mohr, 1907.