



**IL PRINCIPIO DI REALTÀ E LA SCIENZA GIURIDICA TEDESCA
FRA XX E XXI SECOLO***

di

Romano Ferrari Zumbini

*(Professore di Storia del diritto
Luiss – Guido Carli)*

2 aprile 2014

0. Saluto con particolare cordialità il prof. Th. Risse, direttore del Centro di relazioni internazionali e di politica estera e di sicurezza presso la FU di Berlino, università a me particolarmente cara avendovi studiato in anni ormai andati.

Tenterò, in questa Giornata dedicata alla Germania, di delineare, dalla prospettiva del Dipartimento di Giurisprudenza, il contributo della scienza tedesca allo sviluppo della cultura giuridica in Europa. È nota l'incidenza attuale del mosaico di recenti sentenze della Corte costituzionale federale (*BVerfG*), ma la significatività di tali sentenze si evidenzia in modo ancora più chiaro tenendo conto della pluralità di impulsi e di suggestioni che in una cornice di coerenza la dottrina tedesca ha fornito all'Europa nell'intero XX secolo. Coerenza, costruita intorno ad un principio preciso, il **principio di realtà**.

1. Il 1 gennaio 1900 entrò in vigore il codice civile tedesco (*BGB*). Quasi un secolo dopo quelli austriaco (1811) e francese (1804). Il ritardo rispetto agli ultimi prototipi era forse dovuto ad una difficoltà redazionale della cultura giuridica e politica tedesca? Nel frattempo

* Questo testo riproduce quello preparato in occasione del *Luiss Europe Day - Focus 2013 Germany and Europe: for an enhanced academic and scientific cooperation* (14 novembre 2013). La Giornata di studio, alla presenza del rettore, M. Egidi, e dell'ambasciatore di Germania a Roma, R. Schäfers, aveva avuto come ospite d'onore il prof. Th. Risse. Si è comunque apportata una lieve modifica, in relazione alla sentenza OMT di Karlsruhe, nel frattempo pubblicata (febbraio 2014).

era entrato in vigore pure quello italiano (1865). La domanda è retorica: certo che no; il ritardo non fu dovuto a ostacoli di tecnica legislativa, ma ad una lucida opzione.

La posticipata predisposizione del codice civile era frutto di una precisa scelta scientifica e politica. Esprimeva la volontà di assecondare un'opzione culturale strategica, legata in ultima istanza al nome di C.F. v. Savigny e alla corrente di pensiero legata alla cd. Scuola storica, quella Scuola che aveva prodotto modelli concettuali fra i più significativi del XIX secolo. Primo fra tutti l'idea della coscienza della storicità del diritto e del fenomeno giuridico. Parallela ad essa era anche quella del popolo come fattore giuridico, in altre parole la produzione del diritto (*Rechtserzeugung*) scaturiva dal fattore-popolo: ciascun popolo (*individuelles Volk*) è un soggetto attivo, quale produttore e portatore (*Erzeuger und Träger*) del diritto. Insomma, la creazione del diritto è un fatto collettivo, che scaturisce dal basso (e non dall'alto, come nel modello francese, incentrato sulla costituzione o sulla legge, calate entrambe dall'alto). Pertanto, lo Stato sorge in un popolo, mediante il popolo e per il popolo (significativi sul punto i contributi integrativi del romanista R. Orestano).

Secondo Savigny, ogni popolo ha il suo particolare carattere, il suo precipuo spirito - il *Volksgeist*. Il popolo possiede un'essenza ed un valore che trascendono sia i membri presenti della nazione che i singoli eventi del suo passato. Ciò risvegliò un genuino senso storico ed un'autentica passione per il passato della Germania, da penetrare e comprendere.

Invece, sotto la suggestione razionalista dell'illuminismo a ovest del Reno, cioè in Francia, ci si era incamminati già da fine '700 verso l'identificazione del diritto con la norma scritta. La legge esprimeva la ragion d'essere più profonda del parlamento. La legge era assunta a espressione della volontà ragionante e, come tale, arma reputata vincente nella vita dell'ordinamento e strumento 'salvifico'.

Invece a est del Reno in quegli stessi anni, fra fine '700 e inizi dell'800, sotto la suggestione del romanticismo si erano rivalutate le prospettive storiche, quindi la dimensione di mistero del diritto. Il diritto, insomma, si afferma come espressione della coscienza comune di un popolo e, quindi, vicino alla realtà che quel popolo vive. Fece la sua comparsa una costellazione di intellettuali ispirati dal sentimento nazionale, quali L. A. von Arnim, Clemens M. Brentano, i fratelli Jacob e Wilhelm Grimm. Quello di cui aveva bisogno la Germania non era un assemblaggio razionalistico di meccanismo giuridici, ma un'analisi che penetrasse dentro la storia delle sue istituzioni e del suo popolo. Da ciò il reiterato rifiuto del codice per tutta la seconda metà dell'800.

Nei primi due decenni del '900 significativo fu il contributo di Otto von Gierke, prosecutore della Scuola storica del Savigny. Lo Stato era per Gierke una persona reale con i suoi organi:

un'entità quasi tangibile, generata dagli atti comuni dei suoi membri. Questa concezione del gruppo, basata sull'antica idea tedesca di corporazione, si applicava non solo allo Stato, ma a tutti i gruppi.

2. In parallelo a Gierke si sviluppò il "movimento del libero diritto" -*Freirechtsbewegung*-, le cui radici sono da ricercare in una conferenza tenuta nel 1903 da Eugen Ehrlich e in un saggio nel 1906 di H. U. Kantorowicz *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (a firma Gnaeus Flavius). Quel Kantorowicz i cui libri sarebbero stati bruciati nel celebre rogo nazista il 10 maggio 1933 davanti al *Reichstag*; quello stesso Kantorowicz che nel piazzale dell'ingresso principale del rettorato della Humboldt (*Unter den Linden*) tenne un importante discorso, nel giugno '45, dal quale ripartì la vita culturale di Berlino.

La Scuola del diritto libero era stata una risposta contro l'aderenza piena, puramente letterale, al testo del diritto codificato. Fra gli esponenti vi era pure Gustav Radbruch, il cui ruolo riemergerà significativamente nel dopo-guerra.

Un celebre caso che rafforzò questa Scuola fu quello di un testamento che in una corte d'appello, ai primi del '900, venne invalidato per la sua non conformità con un articolo del codice civile: esso richiedeva una firma del testatore (*Unterschrift*), ma in questo caso il testatore aveva scritto il suo nome alla stessa altezza della data, e dunque non "sotto" come la parola *sottoscrizione* prevedeva. Tanto più significativa quella sentenza, se si tiene conto che verteva sulla manifestazione di volontà di un defunto...

Ebbene, rileva ai nostri fini è che pure l'insegnamento del diritto libero assumeva a parametro decisivo, al pari della Scuola storica, il **principio di realtà**, al di là dell'astrattezza di talune costruzioni teoriche.

3. Sotto il regime nazional-socialista il codice penale tedesco dal 1935 nel nuovo art. 2 avrebbe drasticamente strumentalizzato le categorie intorno al concetto-cardine, quello dello spirito del popolo. Infatti, così recitava quell'articolo: 'La punizione dev'essere inflitta a qualsiasi persona che commetta atti dichiarati punibili dalla legge, o che, alla luce dello scopo fondamentale del diritto penale, e secondo il sano sentimento popolare [*gesundes Volksempfinden*], meritino di essere puniti. Nel caso che nessuna legge penale sia applicabile direttamente a tale atto, esso va punito in base alla legge, qualunque essa sia, che nel suo obiettivo fondamentale meglio si applichi ad esso'. Ebbene, lo spirito popolare era stato stravolto: da momento di libertà (come nella visione romantica) era stato piegato a strumento del potere politico per perseguire il dissenso. Lo storico *nullum crimen sine lege* aveva ceduto

il passo a un insolito, devastante *nullum crimen sine poena*. Le vicende giudiziarie sono note (si pensi già solo al processo alla Rosa bianca ai fratelli Scholl a Monaco, giudicati sommariamente dal terribile presidente del *Volksgerichtshof*, Roland Freisler).

Gustav Radbruch, che in un primo tempo era stato sostenitore del movimento per il diritto libero, -e quindi contrario ad ogni rigidità d'impronta normativista- alla luce della forzatura del principio del *Volksgeist*, avrebbe quindi, dopo il 1945, con grande onestà intellettuale, ribaltato la sua posizione. Già ministro della Giustizia nella Repubblica di Weimar, partecipò alla stesura della legge fondamentale (*GG*) del 1949 esprimendosi in favore della rigidità costituzionale. Egli espresse un esemplare coraggio: preso atto dello snaturamento effettuato dal nazismo del concetto del diritto libero aderì ad un approccio normativista, perché portatore di maggiori certezze. Su questo *revirement* si fonda il costituzionalismo rigido del secondo dopo-guerra, che tanto avrebbe (sull'impronta dell'austriaco Kelsen) condizionato il costituzionalismo del dopo-guerra in Europa continentale, decenni dopo, e pure la costruzione europea.

4. In apertura avevo descritto l'insieme delle sentenze della *BVerfG* con la parola 'mosaico': in effetti, la pluralità di tessere (e si può prendere le mosse sin dalla prima del 1993 sul trattato di Maastricht) si combinano armoniosamente fra loro. Vi è un filo conduttore che esprime la più recente frontiera giuridica nella 'grande scommessa' che l'Europa non può perdere.

Con troppa facilità si è imposto da qualche anno il *politicamente corretto*, per cui ciò che è legato alla costruzione europea è già solo di per sé buono, saggio, giusto e pertanto da condividere, indipendentemente dal merito della proposta. Ebbene, i giuristi di Karlsruhe hanno invece fissato dei paletti, sfidando l'impopolarità di "remare controcorrente" rispetto al *politicamente corretto*. E l'hanno sfidato con la giurisprudenza cd. *so lange*, in forza del quale si presume la compatibilità del diritto interno con il diritto comunitario fino a quando non si ravvisi una grave incompatibilità con principi fondamentali. In altre parole, fino a che non si verifichi un contrasto irrisolvibile fra il diritto sovranazionale e il nucleo intangibile della costituzione federale (*GG*), è possibile presumere che il diritto europeo sia compatibile con quello interno tedesco.

Analizzando il contenuto di questa giurisprudenza, che si è venuta perfezionando nel corso degli anni, si noterà che si è sviluppata senza ondeggiamenti vistosi, bensì in coerente espansione e imperniata sempre sul **principio di realtà**, tale anche perché vicino non tanto ad astratte concettualizzazioni giuridiche, quanto alla sensibilità dei cittadini.

Già a partire dal *Maastricht-Urteil* del 1993 viene ravvisato il contenuto intangibile del principio democratico, ossia l'esigenza che l'adempimento dei compiti e delle funzioni pubbliche sia riconducibile al popolo e ai suoi mandatari. Tale posizione non è da intendersi preclusiva di eventuali cessioni di sovranità, ma, contemporaneamente, pone l'accento sulla necessità di una maggiore democratizzazione delle istituzioni comunitarie. Secondo il giudice costituzionale tedesco, pertanto, l'adempimento dei compiti dell'Unione europea incontra un limite nel principio democratico e sembra desumersi, altresì, il principio secondo cui, finché il parlamento europeo non risulterà dotato della pienezza dei poteri, i parlamenti nazionali devono conservare una legittimazione di rango primario.

Nel *Lissabon-Urteil* del 2009, tale indirizzo trova conferma. L'incremento delle competenze comunitarie deve infatti rispettare il principio di attribuzione, assicurando la conservazione della sovranità statale nei settori essenziali al fine della formazione dell'opinione politica, stante che il *deficit* democratico nei processi decisionali europei non appare compensato dall'accrescimento del ruolo del parlamento europeo.

In ragione di ciò, le autorità statali non possono trasferire all'Unione poteri sovrani al punto da legittimare autonome competenze della stessa. La Germania non sarebbe pertanto vincolata alla Dichiarazione n. 17 allegata al trattato di Lisbona (che richiamava la giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla prevalenza del diritto dell'Unione rispetto a quello degli Stati membri), qualora tale Dichiarazione fosse interpretata nel senso di ricavarne un primato assoluto del diritto comunitario.

Su tale base sembrano pertanto emergere: a) la necessità di tutelare il ruolo del parlamento nazionale nel quadro di alcune procedure contemplate dai trattati e b) l'affidamento all'iniziativa dei parlamenti nazionali per la realizzazione di un "circuito politico" nel quale possa svolgersi un contraddittorio fra questi e le istituzioni europee.

Anche la sentenza relativa al *salvataggio della Grecia* del 2011 riprende la linea del controllo parlamentare già precedentemente ribadita. Il controllo sulle decisioni fondamentali in materia di bilancio e di finanza pubblica spetta infatti, secondo la Corte, necessariamente ai parlamentari nazionali, e la partecipazione al processo di integrazione europea non può trasformare il parlamento nazionale in organo di mera ratifica di decisioni non imputabili al suo controllo. Da ciò anche il divieto di scelte governative sottratte alla verifica parlamentare, anche se accompagnato, per contro, dal divieto, per il parlamento, di autorizzare il Governo ad assumere obblighi, derivanti dal diritto internazionale pattizio, che hanno come effetto l'assunzione di responsabilità finanziarie relative a Stati diversi. Si conferma, pertanto la cd. giurisprudenza *so lange*: fino a che non si verifichi un contrasto irrisolvibile fra diritto

sovrana nazionale e diritti fondamentali costituzionalmente garantiti o nucleo fondamentale della costituzione, si presume la compatibilità del diritto comunitario con quello interno.

La valorizzazione del ruolo dei parlamenti nazionali è sempre confermata, quindi, anche dalle sentenze ulteriori: il 28 febbraio del 2012 si ribadisce la necessità di tutelare le prerogative del parlamento in ordine al *fondo salva stati EFSF*. Successivamente, il 19 giugno, si prende in considerazione il dovere del governo di informare il parlamento sull'*European Stability Mechanism* (ESM) e sul patto *euro-plus*. Infine, la sentenza del 12 settembre (sulla legittimità del *Fiscal Compact*) conferma sia il divieto di svuotamento dell'autonomia di bilancio, sia il divieto di ridurre il parlamento nazionale a mero esecutore di volontà eterodirette, insistendo sul ruolo dello stesso come sede di legittimazione (ancorché indiretta) della politica definita in ambito europeo.

La sentenza del 7 febbraio 2014 sugli OMT resta nel solco: pur in presenza del primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea, i giudici hanno dato una lezione di economia, confermando la linea sui principi di legittimazione democratica; non a caso forte e pesante è il sospetto che la BCE abbia travalicato il suo mandato, agendo in violazione alle regole del gioco. Anche con questa sentenza la Corte ha comunque ribadito con puntualità la visione di sé come organo giurisdizionale, eppure assumendo a parametro ultimo il **principio di realtà**, senza cedere alla tirannia occulta della cd. "opinione pubblica", i cui dettami non sono sempre chiari del tutto.

È giunto il momento della sintesi di questo *corpus* giurisprudenziale, così vicino alla tradizione giuridica ottocentesca:

a) i parlamenti nazionali possono/devono conservare una legittimazione primaria. Il loro ruolo nell'ambito del processo di integrazione europea è valorizzato, essendo essi chiamati a porsi come una sorta di "contrappeso" al metodo intergovernativo, dominante in ambito comunitario; metodo, quello intergovernativo, che rischia di configurare un processo eterodiretto;

b) Il filo conduttore è espresso, ribadito e reiterato dalla conciliazione dell'integrazione europea con la democrazia parlamentare. Il tutto in omaggio all'apparentemente banale, ma in verità provvidenziale, **principio di realtà**; quel principio di realtà che aveva ispirato la Scuola storica di Savigny, che aveva guidato il movimento di diritto libero, che aveva accompagnato l'evoluzione di Radbruch a favore del costituzionalismo rigido. Quel principio di realtà che esprime l'asse portante della cultura giuridica tedesca del XIX e del XX secolo. Quel principio di realtà che è così vicino al sentire del cittadino medio e così lontano dagli imperativi del politicamente corretto che talora distolgono dalla percezione del reale. Insomma se il

principio di realtà fosse ancor più diffuso in tutte le istanze e sedi europee potrebbe evitare l'insorgere di derive pericolosamente antidemocratiche.

Se nelle piazze d'Europa non c'è Erasmo da Rotterdam, ma insofferenza, ciò vuol dire che qualcosa è stato sbagliato. E non si può volterrianamente imputare ai popoli che siano essi a sbagliare, bensì è l'Europa stessa, intesa come istituzione, a doversi chiedere cosa sia da rettificare, e... sulla base del **principio di realtà**.