



LA COINCIDENZA DEGLI OPPOSTI: L'ORDINAMENTO TEDESCO E IL FEDERALISMO ASIMMETRICO

di

Francesco Palermo

*(Professore associato di Diritto pubblico comparato nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università di Verona e direttore dell'Istituto per lo Studio del Federalismo e del
Regionalismo dell'Accademia europea di Bolzano)*

7 febbraio 2007

**SOMMARIO: 1. Introduzione. L'asimmetria e il sistema federale tedesco: una
coincidentia oppositorum? – 2. Le radici storico-costituzionali della “simmetria forzata” nel
sistema federale tedesco e le ragioni del suo superamento – 3. La riforma federale del 2006 e la
sua vocazione asimmetrica – 3.1. La ratio della riforma: un equivoco di fondo? – 3.2. I
contenuti asimmetrici della riforma – 3.3. Molto rumore per... poco? – 4. Valutazioni conclusive**

1. Introduzione. L'asimmetria e il sistema federale tedesco: una *coincidentia oppositorum*?

Non pare un caso che la nota teoria filosofica della *coincidentia oppositorum* si debba ad un pensatore tedesco, Nicolò Cusano. L'obiettivo – epistemologico ma anche politico – di questa teoria è la giustificazione filosofica dell'unità, nonostante (ed anzi proprio per) la differenza delle contrapposizioni. La coincidenza è per Cusano il metodo per la comprensione dell'unità infinita¹. Di certo inconsapevolmente, i legislatori costituzionali della riforma del

¹ Cfr. diffusamente K. Flash, *Nikolaus von Kues: Die Idee der Koinzidenz*, in J. Speck (Hrsg.), *Grundprobleme der großen Philosophen. Philosophie des Altertums und des Mittelalters*, Göttingen 1992, 221 ss.

sistema federale tedesco, approvata il 7 luglio 2006 ed entrata in vigore il 1. settembre 2006², sembrano essersi in qualche modo ispirati alla teoria di Cusano, provando a creare un metodo per la migliore realizzazione dell'unità attraverso la ricomposizione degli opposti: la tradizione ossessivamente uniforme del federalismo tedesco da un lato e la necessità di soluzioni asimmetriche imposte dagli sviluppi sociali, specie successivi alla riunificazione, dall'altro.

È ormai un dato acquisito e dimostrato dalla migliore dottrina che l'asimmetria è un elemento intrinseco di qualunque sistema federale³. Non esiste dunque federalismo senza asimmetria, sia *de facto*, sia *de iure*⁴, nel senso che non solo in qualsiasi federazione vi sono evidenti differenze economiche, politiche, sociali, etniche, ecc. tra le diverse parti del territorio, ma anche che la posizione costituzionale di alcune entità federate è ovunque, almeno in parte, diversificata rispetto alle altre⁵. La concezione simmetrica del federalismo è insomma un fattore storico-culturale prima che giuridico, semplicemente perché intimamente connaturata alla genesi dei modelli federali tradizionali⁶, fondati sull'unione di entità precedentemente sovrane e dunque attente, in via di principio, ad assicurare l'uguaglianza (federale)⁷ tra i soggetti fondatori. Per questa tradizionale impostazione dell'interpretazione

² BGBl. I, 2034. La 52. revisione della Legge fondamentale è stata approvata dalla grande coalizione insediata al governo federale a seguito delle elezioni anticipate del settembre 2005, ottenendo un'ampia maggioranza sia nel *Bundestag* (30 giugno, con 428 voti su 614) sia nel *Bundesrat* (7 luglio, con solo un *Land* contrario, il Macklemburg-Vorpommern). In Germania il procedimento di revisione costituzionale, disciplinato dall'art. 79 LF, è piuttosto semplice, richiedendo il sostegno dei 2/3 dei membri del *Bundestag* e dei 2/3 dei voti nel *Bundesrat*.

³ Per una prima teorizzazione C.D. Tarlton, *Symmetry and asymmetry as elements of federalism: a theoretical speculation*, in 27, *Journal of Politics*, 4, 1965, 861 ss. In anni più recenti si vedano sul punto le fondamentali opere di R. Agranoff (ed.), *Accommodating Diversity: Asymmetry in Federal States*, Baden Baden, 1999, di M. Keating, *Asymmetrical Territorial Devolution. Principles and Practice*, Oslo, Norwegian Nobel Institute, 1996, di P. Pernthaler, *Der differenzierte Bundesstaat. Theoretische Grundlagen, praktische Konsequenzen und Anwendungsbereiche in der Reform des österreichischen Bundesstaates*, Wien 1992 (anche in lingua italiana: *Lo stato federale differenziato*, Bologna 1998), di M. Žagar, *Modern Federalism and Asymmetrical Federation in Multi-National States*, Ljubljana 1990, di K. von Beyme, *Asymmetric federalism between globalization and regionalization*, in 12, *Journal of European Public Policy*, 3, 2005, 432 ss., di A. Tarr, *Symmetry and Asymmetry in American Federalism* (manuscript - international conference on federalism, St. Petersburg, June 2006). Per il caso italiano v. L. Antonini, *Il regionalismo differenziato*, Milano 2000.

⁴ Per la distinzione tra asimmetria politica e asimmetria giuridica cfr. R. Watts, *Comparing federal systems*, Montreal et al., 1999, 63 ss.

⁵ Così ad es., per limitarsi alla considerazione delle classiche federazioni simmetriche, può ricordarsi la posizione del *District of Columbia* negli Stati Uniti, la natura dei mezzi Cantoni in Svizzera e la disciplina particolare delle città-stato in Germania (Amburgo, Brema e Berlino). Sempre in Germania, inoltre, tre *Länder* sono in realtà "stati liberi": Baviera, Turingia, Sassonia.

⁶ Per considerazioni relative a questa genesi "classica" dei sistemi federali per via aggregativa, e per la sua sostanziale irrilevanza giuridica dopo il «big bang federale» (l'entrata in vigore della costituzione federale) v. R. Toniatti, *Federalismo e potere costituente*, in AA.VV., *Regionalismo e federalismo in Europa*, Trento, Provincia autonoma, 1997, 165 ss. V. anche A. La Pergola, *Residui "contrattualistici" e struttura federale nell'ordinamento degli Stati Uniti*, Milano 1969.

⁷ Non va infatti dimenticato che nel concreto può risultare difficile distinguere, ai fini degli effetti pratici, tra la dimensione dell'*asimmetria* e quella dell'*autonomia*, e che tuttavia la distinzione va tenuta ferma sotto il profilo

dei sistemi federali, si è sempre guardato agli elementi simmetrici piuttosto che a quelli asimmetrici pur presenti in qualsiasi ordinamento federale, concentrandosi in particolare su una sola dimensione della simmetria federale, quella del riparto delle competenze legislative⁸, definendo così simmetrici gli ordinamenti che prevedono le medesime competenze legislative in capo agli enti federati: ossia, di nuovo, quasi tutti in via di principio, e quasi nessuno nel concreto.

Il punto è che non esiste – né può esistere – una teoria globale del federalismo⁹: le varie teorie che si sono sviluppate tendono a basarsi in realtà su un ristretto numero di prototipi, storicamente e culturalmente (e dunque, ma solo di conseguenza, anche giuridicamente) fondati sul paradigma della simmetria nella distribuzione delle competenze (legislative), dimenticando fattori differenziali altrettanto importanti¹⁰. Solo col più recente sviluppo del federalismo per devoluzione, fondato su paradigmi storico-culturali e costituzionali diversi, e finalizzato generalmente alla soluzione di problemi specifici di determinate aree del territorio¹¹, l’asimmetria diviene, anche visivamente e quantitativamente, la regola e non l’eccezione, e viene “scoperta” anche in riferimento agli ordinamenti federali classici sorti per via aggregativa. In definitiva, al pari della distinzione tra federalismo e

sistematico. L’asimmetria va infatti intesa come differenziazione giuridicamente fondata nella costituzione federale, mentre l’autonomia costituisce il principio (generale e dunque simmetrico) in base al quale le entità substatali possono differenziarsi tra loro esercitando la propria sfera di prerogative costituzionalmente attribuite. Così ad es. anche in ordinamenti strutturalmente simmetrici si riscontrano ampie differenze nelle singole politiche delle singole entità substatali, negli ordinamenti comunali al loro interno, nella configurazione della forma di governo delle singole entità, nella stessa portata e interpretazione dei diritti fondamentali, ecc.

⁸ Sarebbe invece corretto ritenere che almeno tre siano le possibili dimensioni dell’asimmetria federale: 1) le *competenze* (legislative ma non solo quelle – per restare infatti all’esempio tedesco, è noto che questo ordinamento si basa sul cd. federalismo amministrativo, settore in cui, come si vedrà, una sia pur ridotta potenzialità asimmetrica è sempre esistita); 2) la *rappresentanza* istituzionale degli enti substatali (sulle tipologie della rappresentanza delle entità federate in ambito federale – di tipo aritmetico o simmetrico, dunque uguale tra tutti, secondo il modello del Senato statunitense o dello *Ständerat* svizzero, o di tipo geometrico o asimmetrico, dunque proporzionale alla popolazione, secondo il modello tedesco e austriaco – cfr. per tutti P. Pernthaler, *Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre*, Wien-New York 1996, 200 ss.); 3) le *finanze* (nel caso tedesco tradizionalmente improntate ad un sistema fortemente perequativo e dunque simmetrico, sviluppatosi però rapidamente negli ultimi anni con forti tratti di asimmetria finanziaria; cfr. per tutti in lingua italiana G. Färber, *La costituzione finanziaria tedesca*, in *Le istituzioni del federalismo* 1/2000, 193 ss.).

⁹ Come opportunamente rilevato da A. Gamper, *A “Global Theory of Federalism”: The Nature and Challenges of a Federal State*, in 6, *German Law Journal*, 10, 2005, 1297 ss. Per considerazioni analoghe v. già A. La Pergola, *L’«empirismo» nello studio dei sistemi federali. A proposito di una teoria di Carl Friedrich*, in *Diritto e Società* 1973, 40 ss.

¹⁰ Si pensi per tutti, nel caso della Germania, alla natura fortemente asimmetrica della rappresentanza dei *Länder* nel *Bundesrat*, elemento pure generalmente non considerato quale fattore differenziale nel sistema federale (tradizionalmente simmetrico) tedesco. V. supra, n. 8.

¹¹ Sono i casi classici del Belgio, della Spagna, dell’Italia, del Regno Unito, in prospettiva (dopo la revisione costituzionale del 2003) persino della Francia. Per brevi ma lucide considerazioni sul punto v. P.H. Russell, *The future of Europe in an era of federalism*, in S. Ortino, M. Žagar, V. Mastny (eds.), *The Changing Faces of Federalism. Institutional Reconfiguration of Europe from East to West*, Manchester Univ. Press, 2005, 4 ss.

regionalismo¹², anche quella tra simmetria e asimmetria in un ordinamento composto può al più essere utilizzata come distinzione quantitativa, ma non qualitativa.

Questa premessa risulta indispensabile per comprendere le difficoltà teoriche e politiche che hanno accompagnato il legislatore della revisione costituzionale tedesca sul cammino della riforma, sotto il suo profilo principale: il riconoscimento anche formale e simbolico dell'ammissibilità di assetti competenziali differenziati tra i diversi *Länder* della Repubblica federale. Se è probabilmente corretto affermare che l'esigenza di un maggior riconoscimento costituzionale delle necessità asimmetriche si è affermata con prepotenza in Germania almeno a seguito della fondamentale pronuncia del Tribunale costituzionale federale in tema di perequazione finanziaria orizzontale tra i *Länder* del 1999¹³, è altrettanto vero che il dibattito politico solo di recente si è "accorto" del tema¹⁴, su pressione dei *Länder* più grandi e ricchi, e generalmente ha considerato in ottica negativa la sperimentazione di formule asimmetriche, arrivando a riconoscerle solo "in cambio" del rafforzamento dell'uniformità in altri settori. Così si spiega, come meglio si vedrà, la razionalizzazione della distribuzione delle competenze operata dalla riforma con l'accentramento di alcune fondamentali materie e la complessiva riduzione della possibilità (potenzialmente assai asimmetrica) di azione dei singoli *Länder* sul piano europeo. Ancora, solo in quest'ottica si potranno cogliere i profili di criticità della riforma, consistenti essenzialmente, come si vedrà nelle conclusioni, nel mancato abbandono della logica del rigido riparto di competenze.

La riforma prova dunque a conciliare gli opposti puntando ad un più efficiente perseguimento dell'unità, scontando alcune difficoltà dovute alla sostanziale impreparazione del contesto politico e persino accademico ad affrontare compiutamente le sfide dell'asimmetria. Tuttavia, il percorso che ha condotto alla riforma, l'approfondimento compiuto, le audizioni di esperti e in generale il meccanismo virtuoso messo in moto da anni di studio approfondito ha consentito alla riforma di assumere – nonostante queste tare congenite in tema di asimmetria – una struttura tecnicamente sostenibile e probabilmente in grado di funzionare.

Sullo sfondo di queste premesse, che in parte anticipano le valutazioni finali, il presente contributo si soffermerà dapprima su alcune delle premesse storico-costituzionali

¹² V. per tutti G. de Vergottini, voce Stato Federale, in *Enc. Dir.*, Milano 1990, vol. XLIII, 857 ss.

¹³ BVerfGE 101, 158, su cui v. J. Woelk, *La Germania. Il difficile equilibrio tra unitarietà, solidarietà e (maggiore) competitività*, in V. Atripaldi, R. Bifulco (cur.), *Federalismi fiscali e costituzioni*, Torino 2001, 187 ss.

¹⁴ Per il dibattito anche politico e politologico sul punto si v. R. Hrbek, A. Eppler (Hrsg.), *Deutschland vor der Föderalismusreform. Eine Dokumentation*, EZFF Occasional Papers Nr. 28, Tübingen 2003 e R. Hrbek, A. Eppler (Hrsg.), *Die unvollendete Föderalismus-Reform*, EZFF Occasional Papers Nr. 31, Tübingen 2005.

della tradizionale simmetria del sistema federale tedesco (2.), per poi concentrarsi diffusamente sull'analisi della riforma costituzionale del 2006 sotto il profilo cruciale dell'asimmetria competenziale (3.), provando infine a svolgere qualche considerazione di ordine prospettico (4.).

2. Le radici storico-costituzionali della “simmetria forzata” nel sistema federale tedesco e le ragioni del suo superamento

La genesi del federalismo tedesco è di tipo aggregativo ed intergovernativo, e precede persino quella dello Stato¹⁵. Per quasi un millennio infatti, la storia federativa tedesca è stata la storia di diverse entità politiche, senza un unico punto di riferimento come, in altri paesi, Parigi, Londra o perfino Roma, ma con una moltitudine reticolare di centri minori, gradualmente trasformatesi in stati nell'età moderna. Ciò ha fatto sì che i rapporti tra tali entità si siano tradizionalmente basati su relazioni intergovernative e tra burocrazie ministeriali, istituzionalmente impiegate su un organo rappresentativo degli esecutivi dei vari stati, il *Bundesrat*¹⁶.

Al federalismo intergovernativo corrisponde un altro dato strutturale, il federalismo unitario¹⁷. Lo sviluppo della legislazione sociale e del *welfare* fin dai tempi di Bismarck, e la prevalenza su ogni altro principio della tutela uniforme dei diritti dei cittadini su tutto il territorio sancita dall'attuale Legge fondamentale, hanno necessariamente comportato un forte accentramento in relazione alle regole fondamentali e ai controlli. Il risultato di questa evoluzione è un sistema federale assai accentrato quanto ai processi decisionali, in cui in particolare la legislazione è saldamente nelle mani del potere centrale, e assai decentrato quanto all'esecuzione delle decisioni e in particolare all'amministrazione, nel quale poco spazio è lasciato, strutturalmente, alla differenziazione tra i *Länder*.

Per comprendere l'impostazione storico-costituzionale tedesca in relazione all'asimmetria, va inoltre ricordato il trauma storico che la Germania ha vissuto, sotto questo profilo, durante l'esperienza guglielmina e weimariana. La Costituzione del secondo *Reich* (1871-1918) aveva dato vita ad uno Stato federale «egemonico e dinastico»¹⁸ composto da 22 regni e principati e 3 città libere. A causa della posizione di assoluta preminenza politica e

¹⁵ In tal senso F. Palermo, J. Woelk, *La Germania*, Bologna 2005, 31.

¹⁶ Secondo un modello di rappresentanza federale di tipo “ambasciatoriale”. Cfr. J. Mastias, J. Grangé, *Les secondes Chambres du Parlement en Europe occidentale*, Paris, Economica, 1987, 56.

¹⁷ K. Hesse, *Der unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe 1962.

¹⁸ Così K. Weber, *Kriterien des Bundesstaates*, Wien 1980, 48 secondo cui la struttura costituzionale del *Reich* guglielmino era improntata ad un “federalismo di facciata”.

costituzionale della Prussia nell'ordinamento imperiale¹⁹, l'Impero germanico si caratterizzava per un forte potere centrale, in netto contrasto con gli altri ordinamenti federali dell'epoca, e la configurazione non parlamentare dell'ordinamento consentiva un accentramento di potere nell'esecutivo, a sua volta coincidente con la Prussia per Costituzione (coincidenza personale tra la figura dell'Imperatore e quella del Re di Prussia e tra il Primo ministro prussiano ed il Cancelliere imperiale)²⁰ e per peso politico (la Prussia disponeva di 17 seggi su 58 al *Bundesrat*, cosa che di fatto impediva che si potessero approvare modifiche costituzionali senza il consenso prussiano). Sotto il profilo del predominio prussiano la situazione non mutò con la costituzione di Weimar (1919), ed anzi si accentuò l'equazione asimmetria-unitarizzazione: proprio per evitare un'eccessiva predominanza prussiana²¹, aumentarono di molto le competenze e il "peso" del livello federale²².

Dato un siffatto contesto storico-costituzionale, risulta di facile comprensione l'impostazione fortemente anti-asimmetrica della Legge fondamentale (LF) del 1949, resa particolarmente evidente dagli articoli 28 (clausola di omogeneità) e 72 c. 2 (vecchia versione) LF, che, dettando i criteri per l'esercizio della competenza concorrente, prevedeva l'intervento della Federazione quando essa ritenesse che ve ne fosse il bisogno per (tra l'altro) «garantire l'unità giuridica o economica, e in particolare l'uniformità del tenore di vita» nel territorio federale. Anche l'originario sistema di perequazione finanziaria (*Finanzausgleich*) aveva un chiaro intento "simmetrizzante", prevedendo forme di compensazione assai forti tra i *Länder* e risultando in ultimo alquanto disincentivante rispetto alla competizione territoriale²³. In definitiva, la Legge fondamentale aveva tra i propri obiettivi costituzionali la

¹⁹ Ma anche geografica ed economica: il regno di Prussia copriva il 65% del territorio dell'Impero, ed in esso viveva il 62% dell'intera popolazione.

²⁰ Art. 11 c. 1 costituzione imperiale del 1871.

²¹ "Puntellata" anche con apposite disposizioni costituzionali, come gli articoli 61 e 63 della costituzione di Weimar, che contenevano la cosiddetta *clausula antiborussica* (G. Ziller, *Der Bundesrat*, Düsseldorf 1989, 13): nel *Reichsrat*, la Camera alta, a ciascun *Land* era garantito almeno un seggio, e nessuno poteva avere più dei 2/5 dei voti (art. 61), e inoltre la metà dei seggi assegnati alla Prussia erano riservati ai rappresentanti delle amministrazioni provinciali prussiane (art. 63).

²² Ciò dipese principalmente da due fattori: la scelta (poi in gran parte rimasta inattuata) per un sistema "finalmente" parlamentare e democratico che non poteva equiparare la Camera popolare a quella degli stati, e la necessità di un maggiore controllo centrale per impedire le spinte disgregatrici del dopoguerra. Cfr. F. Lanchester, *Alle origini di Weimar. Il dibattito costituzionale tedesco tra il 1900 ed il 1918*, Milano 1985, 208 ss.

²³ La perequazione finanziaria (artt. 106 e 107 LF) è di due tipi: verticale (tra Federazione e *Länder*) e orizzontale (tra *Länder*). Quella verticale si esercita sull'imposta sul giro d'affari e su altre imposte comuni, e oggi più o meno riparte a metà la quota di imposta spettante alla Federazione e quella dei *Länder* (nel 1970 ai *Länder* andava solo il 30%). Molto più importante è la perequazione orizzontale, organizzata secondo due principi: 1) il gettito delle imposte esclusive dei *Länder* e le quote loro spettanti sulle imposte sulle persone fisiche e giuridiche sono distribuite tra i *Länder* in base a quanto riscosso nel rispettivo territorio (107 c. 1 LF). In pratica, ogni *Land* trattiene in principio il proprio gettito. 2) In caso di squilibrio tra le capacità finanziarie dei *Länder* opera un meccanismo di compensazione (107 c. 2 LF). La perequazione serve a compensare le diverse

garanzia di un sistema fortemente simmetrico, sia *de facto*, sia *de iure*, almeno per ciò che attiene alle competenze legislative dei *Länder*²⁴.

La situazione tuttavia cambia rapidamente con l'unificazione e soprattutto con la percezione delle sue conseguenze, anche economiche (dopo la fine del periodo transitorio nel 1995)²⁵. Un primo, timido accenno²⁶ si riscontra nella riforma costituzionale del 1994²⁷, che però solo in minima parte risponde alle effettive esigenze di aggiornamento costituzionale: la modifica dell'art. 72 c. 2 LF intendeva limitare l'effetto centralizzante in precedenza svolto dalla legislazione federale in materia concorrente, sostituendo al vecchio criterio del mero bisogno di un intervento legislativo federale quello della sua necessità, limitata tra l'altro alla garanzia di condizioni di vita non più uguali ma semplicemente «equiparabili» nel territorio federale; si riconosceva inoltre espressamente la competenza del Tribunale costituzionale federale a conoscere di eventuali violazioni di questo criterio volto ad aumentare lo spazio per la legislazione regionale e dunque le potenzialità asimmetriche del sistema costituzionale tedesco²⁸. La domanda di asimmetria proveniente soprattutto dai ricchi *Länder* sud-occidentali (solo in parte soddisfatta con la riforma in senso più competitivo del sistema di perequazione finanziaria a seguito dell'intervento del Tribunale costituzionale federale nel

capacità finanziarie dei singoli *Länder* (il principio solidaristico come elemento strutturale del federalismo è stato affermato del resto dal Tribunale costituzionale federale (BVerfG) fin dalla sua prima sentenza, BVerfGE 1, 117). Il sistema originario prevedeva che la perequazione potesse arrivare fino a portare la capacità finanziaria dei *Länder* svantaggiati al 92% della media federale. Tale sistema fu confermato nel 1992 dal BVerfG (E 86, 148), tanto da indurre la dottrina a parlare di “federalismo fiduciario” (per tutti P. Häberle, *Die Schlußphase der Verfassungsbewegung in den neuen Bundesländern*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (43) 1995, 410 ss.). Questo meccanismo viene però scardinato con la sentenza del BVerfG del novembre 1999 (E 101, 158, cit.), in cui si accoglie il principio di una necessaria maggiore competizione: per il BVerfG «la perequazione finanziaria deve trovare la giusta via di mezzo tra autonomia, responsabilità e mantenimento dell'individualità dei *Länder* da una parte e la condivisione della responsabilità dettata dalla convivenza in una comunità solidale [...] dall'altra».

²⁴ Ma v. *supra*, n. 8. La controprova si può inoltre rinvenire nel fatto che l'unica potenziale “clausola asimmetrica” della LF (contenuta nell'art. 29 che prevede la possibilità di un riordino territoriale dei *Länder* per perseguire criteri di efficienza, dunque una asimmetria limitata, e non di tipo competenzaale) non è mai stata attivata.

²⁵ Tra il 1990 e il 1995 è stato infatti in vigore un regime finanziario del tutto particolare per aiutare la ripresa dei *Länder* orientali, con massicci finanziamenti federali che hanno di fatto reso artificiale il sistema economico (e di conseguenza la perequazione) per un quinquennio. *Amplius* F. Klein, *Bund und Länder nach der Finanzordnung des Grundgesetzes*, in E. Benda, W. Maihofer, H.J. Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin-New York 1995, vol. 2, 1103 ss., disponibile anche in lingua italiana, *Il Bund e i Länder secondo la costituzione finanziaria posta dalla Legge fondamentale*, in *Amministrare* 1/1996, 53 ss.

²⁶ Il tema della eccessiva simmetria delle competenze era stato tuttavia già affrontato nella commissione di inchiesta per la riforma del sistema federale, istituita nel 1976, che però non produsse alcun risultato concreto. Cfr. H.J. Dietsche, *Die “konkurrierende Gesetzgebung mit Abweichungsrecht für die Länder” – Zu den verschiedenen Modellen der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung eines neuen materiell-rechtlichen Gesetzgebungsinstruments*, in AA.VV., *Jahrbuch des Föderalismus 2006*, Baden Baden 2006, 182 ss.

²⁷ BGBl. I, 3146, su cui M. Kloepfer, *Verfassungsänderung statt Verfassungsreform*, Berlin, 1995, 109 ss.

²⁸ Solo a partire dal 2002 il Tribunale costituzionale federale ha iniziato a “prendere sul serio” questa sua nuova competenza, dichiarando l'incostituzionalità di diverse ed importanti leggi federali in materie concorrenti per il mancato rispetto dei criteri di cui all'art. 72 c. 2 LF. Cfr. più diffusamente F. Palermo, *La giurisprudenza costituzionale tedesca nel biennio 2003-2004*, in *Giurisprudenza costituzionale* 5/2005, 4243 ss.

1999)²⁹ non trovava comunque risposta adeguata nelle rigide disposizioni anti-asimmetriche della Legge fondamentale, per di più in una situazione politica più conflittuale che rendeva vieppiù difficile sia l'azione di governo, sia il raggiungimento di compromessi per eventuali riforme³⁰. Si diede così vita ad una apposita commissione paritetica tra il Parlamento federale e i governi dei *Länder* con l'obiettivo di elaborare una proposta di revisione della Legge fondamentale nella parte relativa alla disciplina dei rapporti tra Federazione e *Länder*³¹. Nonostante il raggiungimento di un accordo su numerosi aspetti, la commissione non è riuscita a portare a termine il suo mandato per mancanza di consenso politico (dicembre 2004). Subito dopo si sono verificate le dimissioni del governo Schröder e il (controverso) scioglimento anticipato del *Bundestag*³²: dalle elezioni federali anticipate del settembre 2005 è emerso un governo di "grande coalizione" tra i due maggiori partiti, che nel giro di pochi mesi ha ripreso il negoziato dal punto in cui si era interrotta la commissione, portando a termine nell'estate del 2006 la maggiore riforma costituzionale mai approvata in Germania dal 1949³³, in vigore dal 1. settembre 2006³⁴.

3. La riforma federale del 2006 e la sua vocazione asimmetrica

3.1. La ratio della riforma: un equivoco di fondo?

A fronte dell'indubbia necessità di alcuni aggiustamenti del sistema federale al fine di aumentare velocità, efficienza e asimmetria delle decisioni, stimolando un grado maggiore di competizione territoriale tra i *Länder*, si è sviluppato in Germania un mito delle riforme

²⁹ J. Woelk, *La Germania. Il difficile equilibrio...*, cit.

³⁰ Cfr. F. Palermo, J. Woelk, *Il Bundesrat tedesco tra riforma e continuità*, in *Le Regioni* 6/1999, 1097 ss.

³¹ «Commissione per la modernizzazione dell'ordinamento federale», istituita nell'ottobre 2003. Diffusamente sulla vicenda, con ulteriori riferimenti, A. De Petris, *Il progetto di riforma del sistema federale tedesco*, in *Quaderni costituzionali* 3/2004, 613 ss., Idem, *L'"antiriforma" del federalismo tedesco: un giallo istituzionale in federalismi.it*, 4/2005 e V. Losco, Germania. *La conclusione dei lavori della Commissione bicamerale per la modernizzazione dell'ordinamento federale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* (DPCE) 2005-I, 46 ss.

³² Cfr. F. Palermo, *La forma di governo tedesca tra miti e realtà: la sentenza del Tribunale costituzionale federale sullo scioglimento del Bundestag*, in *DPCE*, 2006-I, 213 ss.

³³ Sono stati complessivamente modificati ben 25 articoli della Legge fondamentale.

³⁴ Per le vicende politico-istituzionali che hanno preceduto l'approvazione della riforma costituzionale (dal fallimento della commissione insediata nel 2003 alle elezioni anticipate del 2005 fino al rilancio fornito dalla maggioranza di grande coalizione) si vedano per tutti, in lingua italiana, J. Woelk, *La riforma del sistema federale tedesco: riuscito il primo atto*, in *federalismi.it*, n.15/2006, G. Avolio, C. Zwilling, *Percorsi alternativi di revisione costituzionale in Germania e Austria. Il rischio dell'empasse tra bilancio e progetto*, in *DPCE* 2006-I, 3 ss. e A. De Petris, *Cronaca di un fallimento annunciato? La difficile via della riforma del federalismo in Germania*, in *federalismi.it* n. 22/2004. V. diffusamente anche F. Scharpf, *No Exit from the Joint Decision Trap? Can German Federalism Reform Itself?*, European University Institute working papers RSCAS No. 272005. Per ampie e documentate considerazioni sugli sviluppi del sistema federale tedesco dopo l'inizio del nuovo millennio v. ancora J. Woelk, «*Modernizzare» lo stato federale tedesco: una fatica di Sisifo?*, in *Le Regioni* 5/2005, 1115 ss.

costituzionali³⁵, in cui sembrano tuttavia essersi in parte confusi il piano politico e quello costituzionale.

Almeno a partire dal sostanziale fallimento della riforma costituzionale del 1994, tutta la discussione si è concentrata sul tema del cosiddetto “blocco delle riforme”³⁶, e sul ruolo del *Bundesrat* quale punto critico del potere di veto dei *Länder* rispetto all’attività di governo a livello federale. Dopo l’unificazione, infatti, la dinamica su cui si era retto il federalismo tedesco per mezzo secolo (i *Länder* volutamente rinunciavano a un po’ del loro già limitato potere legislativo in cambio di un peso maggiore nelle decisioni che contano davvero: partecipazione in cambio di competenze) è entrata in crisi, sia per le maggiori richieste di differenziazione asimmetrica da parte di alcuni *Länder*, sia per ragioni politiche più contingenti: per quasi tutto il periodo tra l’unificazione (1990) e la formazione della grande coalizione nel 2005, la maggioranza politica all’interno del *Bundesrat* è stata diversa da quella che al *Bundestag* sosteneva il governo federale, e pertanto il *Bundesrat* è stato impropriamente utilizzato come strumento di opposizione alla politica federale più che come organo di partecipazione dei *Länder*³⁷. Una minoranza nel *Bundestag* ha utilizzato la maggioranza nell’organo di rappresentanza dei *Länder* per bloccare progetti politici a livello federale per perseguire i quali i cittadini avevano eletto una maggioranza. Questo uso politico del Consiglio federale ha portato a un rischio di stallo del sistema decisionale, ostacolando tutte le decisioni importanti e costringendo il Governo federale a un’estenuante e spesso improduttiva negoziazione con l’opposizione, confondendo le responsabilità e innescando dinamiche poco virtuose. Una sorta di *cohabitation à la allemande*³⁸, che ha reso assai difficile l’attività decisionale, rendendola troppo lenta e pesante e poco adatta alle sfide moderne della governabilità³⁹.

Così, a fronte di un problema oggettivo, si è tentata una risposta costituzionale ad un intoppo che era solo politico. Abbandonate – fortunatamente – le ipotesi più estreme che prevedevano la trasformazione del *Bundesrat* in una vera e propria camera di tipo elettivo⁴⁰, si

³⁵ Per la terminologia, riferita al caso italiano ma *mutatis mutandis* trasferibile anche all’esperienza tedesca, cfr. V. Onida, *Il “mito” delle riforme costituzionali*, in *Il Mulino* 1/2004, 15 ss.

³⁶ Cfr. J. Woelk, *Segnali di crisi nel federalismo tedesco a 50 anni dal Grundgesetz: verso un modello più competitivo?*, in *Le Regioni* 2/1999, 217 ss.

³⁷ Così facendo finire anche il *Bundesrat* tedesco (l’unico organo che ne era stato sostanzialmente immune) nel famoso “paradosso di Madison”, secondo la nota definizione di R. Dehousse, *Il paradosso di Madison: riflessioni sul ruolo delle camere alte nei sistemi federali*, in *Le Regioni* 6/1989, 1365 ss.

³⁸ F. Palermo, J. Woelk, *La Germania*, cit., 37.

³⁹ Diffusamente A. Benz, *From Unitary to Asymmetric Federalism in Germany: Tacking Stock after 50 Years*, in *Publius – Journal of Federalism*, (29) 4/1999, 55 ss.

⁴⁰ Di cui ancora si discuteva ampiamente alla fine degli anni ’90. Cfr. F. Palermo, J. Woelk, *Il Bundesrat tedesco tra riforma e continuità*, cit.

è trovato ampio consenso sulla necessità di ridurre il peso del *Bundesrat* nel processo legislativo federale⁴¹. La riforma del 2006 si incentra su questo obiettivo primario: la drastica riduzione del numero delle leggi soggette ad approvazione da parte del *Bundesrat*. Il compromesso necessario per ottenere il consenso dei *Länder* alla riduzione del loro potere decisionale nel procedimento legislativo federale richiedeva evidentemente che essi ricevessero qualcosa in cambio. Lo scambio sta appunto nell'introduzione di un prudente ma significativo grado di asimmetria nei rapporti competenziali tra Federazione e *Länder*.

Questo accordo ha consentito di rimodulare il riparto delle competenze tra Federazione e *Länder*, senza tuttavia toccare il sistema sotto il profilo strutturale. Resta dunque ancora valido il principio per cui i *Länder*, attraverso il *Bundesrat*, mantengono il potere di veto su una fetta consistente (qualitativamente la più rilevante) della legislazione federale. La riforma, dunque, di certo riduce il potere partecipativo dei *Länder* in ambito federale a fronte di una maggiore asimmetria competenziale, ma non mette al riparo il sistema da un uso improprio del *Bundesrat*. Sembra insomma che la reale capacità di funzionamento della riforma potrà essere valutata solo al termine dell'esperienza politica della "grande coalizione", quando potrebbero nuovamente verificarsi (sia pure su un numero quantitativamente minore di procedimenti legislativi) i problemi di strumentalizzazione politica del *Bundesrat* che tante difficoltà hanno causato nel quindicennio intercorso tra l'unificazione e la formazione della grande coalizione.

Ciò premesso, risulta più agevole comprendere sia il significato ultimo del compromesso su cui la riforma si regge, sia i contenuti tecnico-costituzionali della stessa.

3.2. I contenuti asimmetrici della riforma

Il federalismo tedesco è noto per essere l'archetipo del federalismo amministrativo. Ciò significa che la reale grande sfera di influenza dei *Länder* sta nell'amministrazione, nell'esecuzione cioè delle leggi federali alla cui formazione, attraverso il *Bundesrat*, hanno partecipato i soggetti che ne cureranno l'attuazione: i governi regionali.

Prima della riforma il principale criterio utilizzato per stabilire se una legge richiedesse o meno l'approvazione del *Bundesrat* era il fatto che essa fosse o meno attuata da autorità amministrative regionali. Ciò significa che un gran numero di leggi – e oltretutto quelle più significative – richiedevano l'approvazione del *Bundesrat*. Per ridurre il numero delle leggi federali soggette ad approvazione del *Bundesrat* – come detto, l'obiettivo

⁴¹ In effetti nei primi decenni della Repubblica federale si è registrata una costante crescita del numero delle leggi federali soggette all'approvazione del *Bundesrat*, passate in pochi anni da circa il 30% a quasi il 60%. Per ragioni e dati cfr. in lingua italiana R. Mussgnug, *L'evoluzione del federalismo nella Repubblica federale tedesca*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5/1988, 889 ss.

principale della riforma – viene modificato questo criterio. Il nuovo art. 104a c. 4 LF stabilisce che ora l'elemento prevalente per stabilire se una legge federale richieda o meno il consenso del *Bundesrat* sia, in via generale, il fatto che essa incida o meno sulle finanze regionali⁴². In cambio, i *Länder* vengono “liberati” dai vincoli amministrativi precedentemente previsti, potendo derogare, nell'attuazione delle leggi federali, al procedimento amministrativo federale (nuovo art. 84 c. 1 GG)⁴³. Solo in casi eccezionali (che richiedono l'approvazione del *Bundesrat*) la legge federale potrà disciplinare il procedimento amministrativo senza possibilità di deroga regionale. Il primo fattore asimmetrico introdotto dalla riforma riguarda dunque l'ambito amministrativo⁴⁴.

Un secondo fattore di asimmetria, certo più visibile ma non necessariamente più incisivo, è in ambito legislativo. Qui la riforma va ad incidere pesantemente sul riparto di competenze tra Federazione e *Länder*, modificando di molto la situazione precedente.

In primo luogo, viene eliminata la competenza legislativa federale di cornice, in cui le leggi federali stabilivano la norma di principio e i legislatori regionali la normativa di dettaglio. Le materie che vi rientravano (vecchio art. 75 LF, ora abrogato) sono state distribuite tra le altre tipologie competenziali: competenza esclusiva della Federazione⁴⁵, competenza esclusiva dei *Länder*⁴⁶ o competenza concorrente⁴⁷. In secondo luogo, viene sostanzialmente azzerata la categoria dei “compiti comuni” (artt. 91a e b LF)⁴⁸ che in passato hanno svolto una forte funzione centralizzatrice. La categoria competenziale resta, ma viene spogliata del settore di gran lunga più rilevante in cui era stata finora esercitata, l'edilizia

⁴² Secondo un'interessante indagine del servizio studi del *Bundestag*, se questo criterio fosse stato applicato nelle precedenti legislature (1998-2002 e 2002-2005), le leggi di approvazione non avrebbero superato rispettivamente il 25,8% e il 24% del totale. La media delle leggi di approvazione dal dopoguerra alla fine della XV legislatura (2005) è stata del 53,2% (con tendenza al progressivo aumento di legislatura in legislatura – 55,2% nella XV). Cfr. H. Georgii, S. Borhanian, *Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform. Wie hätte sich der Anteil der Zustimmungsgesetze verändert, wenn die vorgeschlagene Reform bereits 1998 in Kraft gewesen wäre?*, Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Berlin 2006.

⁴³ Si tratta del settore in cui è stato di gran lunga predominante il criterio dell'approvazione del *Bundesrat*: circa la metà di tutte le leggi di approvazione riguardavano infatti il procedimento amministrativo unitario che le varie leggi federali imponevano ai *Länder* per la loro attuazione. In termini quantitativi, dunque, sarà questo il settore a maggiore portata asimmetrica. Tuttavia, a dimostrazione della prudenza con cui gli elementi asimmetrici vengono trattati dalla riforma in esame, il diritto di deroga regionale ai procedimenti amministrativi stabiliti dalle leggi federali per la loro attuazione non potrà esercitarsi prima del 1.1.2009 (art. 125b c. 2 LF). In generale, l'intera (e complessa) disciplina transitoria sull'entrata in vigore della riforma (artt. 125 a-c LF) è assai indicativa della natura compromissoria della riforma, volta a introdurre elementi di differenziazione ma a diluirne nel tempo gli effetti.

⁴⁴ Per una chiara illustrazione in lingua italiana dei contenuti della riforma cfr. F. Marcelli (cur.), *La riforma costituzionale tedesca (Föderalismusreform)*, Camera dei Deputati, Servizio studi, n. 22/2006.

⁴⁵ Ad es., la tutela del patrimonio culturale tedesco contro la sua dislocazione all'estero.

⁴⁶ Ad es. assetto del territorio, distribuzione fondiaria, disciplina delle acque, ecc.

⁴⁷ Ad es. anagrafe, sistema di certificazione, ecc.

⁴⁸ Paradossalmente, i compiti comuni, che erano stati introdotti dalla prima grande coalizione (1966-1969), sono stati sostanzialmente eliminati dalla seconda.

universitaria, trasferita alla competenza dei *Länder*. In terzo luogo, alcune materie precedentemente rientranti in altri titoli competenziali vengono trasferite alla competenza esclusiva dei *Länder*⁴⁹ o della Federazione⁵⁰.

Soprattutto, però, la riforma modifica profondamente il funzionamento della competenza legislativa concorrente (in cui cioè i *Länder* legiferano fintanto che non intervenga una legge federale). Si tratta da sempre del settore più importante e incisivo, che comprende la gran parte delle materie⁵¹, e che sinora, come si è visto, è stato ampiamente utilizzato dal legislatore federale come strumento di accentrimento delle competenze legislative e di limitazione delle potenzialità asimmetriche dell'ordinamento. La novità principale della riforma sta nella previsione di ben tre tipologie di competenza concorrente, soggette a diverse procedure⁵², e chiamate dalla dottrina rispettivamente competenze di bisogno (*Bedarfskompetenzen*), competenze essenziali (*Kernkompetenzen*) e competenze derogabili (*Abweichungskompetenzen*)⁵³.

La prima tipologia di leggi concorrenti (di bisogno) è quella che esisteva già, soggetta cioè alla clausola di necessità dell'intervento legislativo federale (sindacabile dal Tribunale costituzionale federale, art. 93 LF)⁵⁴. Come in precedenza, in questi settori il legislatore federale può intervenire se ritenga che una disciplina legislativa federale sia necessaria per la garanzia dell'equiparabilità delle condizioni di vita sul territorio federale. Si tratta di settori di centrale importanza, come il diritto di stabilimento e soggiorno degli stranieri, la previdenza pubblica, il diritto dell'economia⁵⁵, la promozione della ricerca scientifica, gli alimenti, il traffico, la procreazione medicalmente assistita, ecc. (art. 72 c. 1 LF), in cui continua anche a valere il diritto federale precedente, salva la possibilità per il legislatore federale di stabilire il venir meno della necessità di una normativa federale, nel qual caso sarà possibile l'intervento legislativo dei *Länder* (art. 72 c. 4 LF).

⁴⁹ Ad es. l'esecuzione penale, la disciplina del diritto di riunione, gli orari dei negozi, l'esercizio di bar e ristoranti, la residenza, fiere e mercati, la ricomposizione fondiaria.

⁵⁰ E' il caso, soprattutto della protezione civile e contro attentati terroristici (nuovo art. 73 LF).

⁵¹ Ben 33 titoli competenziali nel riformato art. 74 LF. Nella versione precedente erano 26. Si va dal diritto civile e penale allo stato civile, dall'assistenza sociale al diritto dell'economia, dal commercio ai trasporti.

⁵² Per una chiara descrizione cfr. in lingua italiana A. Anzon Demmig, *La "modernizzazione" del federalismo in Germania: spunti di riflessione per l'attuazione e l'aggiornamento del regime delle competenze legislative nell'ordinamento italiano*, in *federalismi.it*, 11 ottobre 2006.

⁵³ Per questa classificazione J. Ipsen, *Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusnovelle*, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 39/2006, 2801 ss. (2883). V. anche M. Stock, *Konkurrierende Gesetzgebung postmodern: Aufweichung durch "Abweichung"*, in *Zeitschrift für Gesetzgebung*, (21), 3/2006, 233.

⁵⁴ Tale controllo viene tuttavia modificato, rendendolo solo eventuale, subordinato al fatto che il *Bundestag* abbia respinto (o non approvato entro un anno) o il *Bundesrat* abbia respinto una proposta di legge motivata con la necessità dell'intervento legislativo federale (nuovo art. 93 c. 2 LF).

⁵⁵ In particolare: industria, energia, commercio, diritto bancario, assicurazioni private.

La seconda tipologia di leggi concorrenti (essenziali) non richiede più la giustificazione della necessità dell'intervento legislativo federale. Il legislatore federale può dunque intervenire sempre, senza necessità di motivazione. La necessità di un intervento legislativo federale viene così presupposta, e in questi settori la competenza concorrente si avvicina alla competenza federale esclusiva, con la sola differenza che in teoria, qualora la Federazione non intervenga con propria legge, resta possibile l'intervento legislativo regionale, pur trattandosi di un'ipotesi remota. Le materie rientranti in questa seconda e cruciale tipologia di competenza concorrente sono il diritto civile e penale, l'ordinamento giudiziario, la disciplina dell'avvocatura e del notariato, lo stato civile, la disciplina dell'accoglienza dei profughi, i danni di guerra, il diritto del lavoro, le espropriazioni, la normativa antitrust, la sicurezza alimentare, catasto e libro fondiario, salute, medicinali e farmacie, navigazione interna, gestione dei rifiuti, status giuridico (ma non retribuzione) del personale dei *Länder* (inclusi i magistrati), pianificazione del territorio, ammissione alle università e titoli di studio superiore (art. 72 c. 2 LF).

Il terzo tipo di materie concorrenti (derogabili) riguarda appunto ambiti in cui la disciplina federale è derogabile in tutto (ripartizione fondiaria, pianificazione del territorio, diplomi universitari e ammissione all'istruzione superiore) o in parte (caccia, procedimenti amministrativi per l'esecuzione di leggi federali, regime delle acque, tutela del paesaggio ecc.)⁵⁶ dal legislatore regionale (art. 72 c. 3 LF)⁵⁷. Si tratta di un principio rivoluzionario e del tutto innovativo per il sistema tedesco, che riguarda settori piuttosto significativi, visto che ad es. potranno aversi retribuzioni differenziate per i funzionari pubblici tra i vari *Länder*, o criteri assai differenziati per l'edilizia agevolata, o ancora regole diverse sul diritto di riunione. Il funzionamento di questo nuovo meccanismo risulta comunque complesso. In queste materie "differenziabili" le leggi federali (approvate senza più bisogno del consenso del *Bundesrat*) entreranno in vigore non prima di 6 mesi dopo la pubblicazione, per dare il tempo ai *Länder* di valutare se introdurre o meno una propria disciplina derogatoria rispetto a quella federale⁵⁸. Inoltre, ad aggiungere un ulteriore elemento di complessità, in questi settori

⁵⁶ La derogabilità parziale significa che il legislatore regionale potrà disciplinare autonomamente le relative materie, nel rispetto tuttavia del "nucleo duro" della disciplina che rimane federale (art. 72 c. 3 LF). Si tratta in definitiva di una sorta di nuova competenza di cornice (con il legislatore federale che disciplina i principi generali della materia e quello regionale che si occupa degli aspetti di dettaglio), anche se assai più limitata quanto all'ambito di applicazione rispetto a quanto accadeva prima.

⁵⁷ Per una panoramica delle diverse competenze potenzialmente soggette alla deroga regionale v. A. De Petris, *La nuova ripartizione di competenze tra Federazione e Länder nella riorganizzazione del sistema federale tedesco*, in *federalismi.it* n. 15/2006.

⁵⁸ Per un esempio concreto delle difficoltà possibili, dovute essenzialmente all'intreccio tra le competenze federali e regionali in materia di ambiente, v. J. Woelk, *La riforma del sistema federale tedesco*, cit. 8.

concorrenti derogabili non vige più il criterio generale del primato del diritto federale su quello regionale⁵⁹, ma solo quello della *lex posterior*, per cui potrebbe verificarsi un effetto di reciproca rincorsa tra la legge federale e quella regionale⁶⁰.

3.3. Molto rumore per... poco?

Resta infine aperto un elemento essenziale per il funzionamento complessivo del sistema: i rapporti finanziari. L'accordo politico che ha condotto allo sblocco della riforma federale ad inizio 2006⁶¹ ha previsto di scorporare la parte relativa ai rapporti finanziari, destinata ad essere disciplinata con una successiva revisione costituzionale da approvare entro la fine della legislatura (2009)⁶². Anche e soprattutto per questo aspetto, la riforma del 2006 resta per ora valutabile essenzialmente solo sulla carta, in attesa che possa produrre risultati concreti.

Per quanto qui interessa, occorre mettere in evidenza come l'introduzione di elementi di differenziazione competenziale tra i *Länder* sia avvenuta con estrema prudenza⁶³, e dunque il grado di asimmetria dell'ordinamento tedesco è ancora assai ridotto. Ciò pare dovuto non solo e non tanto alla natura compromissoria della riforma – che è il risultato di un accordo tra le richieste asimmetriche di una parte dei *Länder* (quelli più ricchi) e la scarsa disponibilità a sperimentare forme di maggiore concorrenza territoriale da parte di altri *Länder* (quelli più poveri) – quanto soprattutto di una cultura politica e istituzionale poco incline alle sperimentazioni e complessivamente poco propensa all'idea di una forte asimmetria territoriale⁶⁴.

Soprattutto, a fronte di un aumento di competenze esclusive regionali e dell'introduzione di un procedimento per la differenziazione delle competenze tra i diversi

⁵⁹ «Bundesrecht bricht Landesrecht», art. 31 LF.

⁶⁰ L'effetto “ping-pong”, paventato da parte della dottrina, viene tuttavia ritenuto improbabile da J. Ipsen, *Die Kompetenzverteilung*, cit., in quanto, in casi eccezionali, la Federazione può comunque limitare la potestà derogatoria dei *Länder* nel settore di maggiore potenziale differenziazione, quello dei procedimenti amministrativi per l'esecuzione delle leggi federali (art. 84 c. 1 LF).

⁶¹ Cfr. R. Hrbek, *Ein neuer Anlauf zur Föderalismus-Reform: Das Kompromisspaket der Großen Koalition*, in AA.VV., *Jahrbuch des Föderalismus 2006*, cit., 139 ss.

⁶² Due sono essenzialmente le innovazioni già introdotte in tema fiscale. In primo luogo, i *Länder* possono ora fissare autonomamente l'imposta fondiaria (art. 105 c. 2a LF). In secondo luogo, e soprattutto, viene creato un apposito sistema di riparto delle spese per il caso di responsabilità da deficit o per mancato rispetto del diritto internazionale o comunitario (art. 104a c. 6 LF). La riforma dei rapporti finanziari è stata spostata anche per consentire di entrare a regime al nuovo sistema di perequazione, entrato in vigore, a seguito delle riforme seguite alla citata sentenza del 1999 del BVerfG, il 1. gennaio 2005 e valido fino al 31.12.2019. Per maggiori dettagli sui presupposti e i problemi della riforma cfr. C. Lindner, *Steuerwettbewerb und Finanzausgleich. Kann die Finanzverfassung reformiert werden?*, in F. Decker (Hrsg.) *Föderalismus an der Wegscheide?*, Wiesbaden 2004, 140 ss.

⁶³ Lo sottolinea anche A. Anzon Demming, *La “modernizzazione” del federalismo in Germania*, cit.

⁶⁴ Almeno per i primi due mesi di vigenza della riforma, nessun procedimento legislativo differenziabile è stato iniziato. Ciò sembra dimostrare la prevalenza, nella cultura politica e giuridica tedesca, del retaggio simmetrico.

Länder, non va dimenticato l'aumento, anche assai consistente, delle competenze legislative esclusive della Federazione. Oltre ai settori già citati (nuove competenze esclusive federali *tout court* e sganciamento dalla clausola di necessità delle competenze concorrenti "essenziali", che le rende di fatto delle competenze esclusive della Federazione) va segnalato in particolare l'ambito dei rapporti con l'Unione europea. In questo settore i *Länder* vedono sensibilmente ridurre la propria capacità rappresentativa ed aumentare la propria corresponsabilità finanziaria. Con la modifica dell'art. 23 c. 6 LF, si limitano di molto i casi (peraltro già assai ridotti nella prassi)⁶⁵ in cui i *Länder* possono inviare un proprio rappresentante come rappresentante tedesco al Consiglio dei ministri della Comunità europea⁶⁶. Mentre prima ciò poteva accadere in astratto in tutti i settori di competenza legislativa esclusiva dei *Länder*, ora può verificarsi solo quando in ambito comunitario si debba decidere in materia scolastica, culturale e di disciplina radiotelevisiva. In tutti gli altri casi, anche quando siano in gioco competenze dei *Länder*, il rappresentante sarà federale. Inoltre, quanto alla responsabilità finanziaria, la riforma introduce nella Legge fondamentale il "Patto di stabilità nazionale", che prevede che, in caso di sanzioni europee per eccesso di indebitamento, anche i *Länder* saranno responsabili per il 35%, spettando il rimanente 65% alla Federazione (art. 109 c. 9 LF)⁶⁷.

Ne esce in definitiva un quadro variegato, in cui all'introduzione di forme asimmetriche fa fronte l'aumento delle competenze federali e la limitazione del margine di libertà dei *Länder* in ambito comunitario⁶⁸. Sotto questo profilo emerge la maturità dell'ordinamento federale tedesco e della cultura politica dei *Länder*, meno legati alla simbologia tipica dei federalismi immaturi (tra cui rientra la caccia alle competenze purché siano e la volontà di una proiezione comunitaria per quanto simbolica) e assai più interessati ad ottenere di più laddove la propria sfera di influenza può davvero incidere sulle politiche regionali e incentivare la competitività dei rispettivi territori. Emerge inoltre, e in conseguenza di questo, la vocazione cooperativa del sistema federale tedesco, alla ricerca di una più efficace ripartizione delle competenze che possa essere di utilità sia per la Federazione sia per i *Länder*. Resta invece aperta – ed affidata agli sviluppi applicativi della riforma – la questione relativa alla riuscita della riforma nel perseguire questi obiettivi.

⁶⁵ Cfr. J. Woelk, *A Place at the Window: Regional Ministers in the Council*, in R. Toniatti, F. Palermo, M. Dani (eds.), *An Ever More Complex Union. The Regional Variable as a Missing Link in the EU Constitution?*, Baden Baden 2004, 117 ss.

⁶⁶ Ai sensi dell'art. 203 del Trattato CE.

⁶⁷ Inoltre, il 35% della sanzione spettante ai *Länder* viene ripartito dividendo il 35% del totale tra tutti i *Länder*, e il rimanente 65% tra i soli *Länder* effettivamente responsabili delle spese che hanno causato l'indebitamento.

⁶⁸ Cfr. M. Große Hüttmann, *Wie europafähig ist der deutsche Föderalismus?*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte* 13/14/2005, 27 ss.

4. Valutazioni conclusive

Nel complesso, la riforma del sistema federale tedesco del 2006 potrebbe definirsi, con un ossimoro, coraggiosamente prudente. Nelle condizioni in cui è stata approvata, si tratta di una manifestazione di “prudente coraggio”, che introduce alcuni elementi di innovazione del sistema istituzionale (specie attraverso la riscrittura del riparto delle competenze), cercando nel contempo di ribilanciare gli elementi di unitarietà del sistema. Trattandosi dell’esito di un compromesso tra esigenze diverse e antitetiche (più competizione e più differenziazione da un lato, più unitarietà e più solidarietà dall’altro), l’elemento più apprezzabile è lo sforzo, tecnicamente ben riuscito, di aumentare e differenziare i procedimenti decisionali⁶⁹, accrescendo il grado di flessibilità della complessa macchina del federalismo tedesco e consentendo l’introduzione di elementi di maggiore concorrenza tra i *Länder*, e tra i loro sistemi non solo economici, ma anche (e soprattutto) politici e istituzionali.

Resta tuttavia un problema di fondo, che la riforma non solo non ha affrontato, ma potrebbe addirittura aver acuito. Tutta la riforma si gioca sul presupposto che una chiara delimitazione delle competenze legislative tra Federazione e *Länder* sia non solo auspicabile, ma anche possibile. In realtà l’esperienza (paradossalmente anche e *in primis* quella tedesca) insegna che nei moderni ordinamenti compositi il riparto delle competenze è tendenzialmente solo orientativo, e la chiarezza in questo settore non potrà mai esserci. Le competenze sono scritte e ripartite a tavolino, ma poi inevitabilmente si intrecciano, dando luogo a sovrapposizioni continue e destinate, in definitiva, ad essere risolte dall’accordo politico o dal giudice costituzionale⁷⁰. Un esempio emblematico viene proprio dal settore in cui maggiori sono stati gli scontri tra Federazione e *Länder*, quello dell’istruzione, specie superiore, in cui i *Länder* hanno insistito in modo compatto per ridurre il potere di influenza della Federazione. In base alla riforma, i *Länder* ottengono nuove competenze in materia di istruzione, sia come competenza esclusiva, sia come competenza concorrente derogabile. A ben vedere, tuttavia, la riforma attribuisce però alla Federazione la competenza (non più di cornice ma esclusiva) in tema di ammissione all’università e di concessione dei titoli di istruzione superiore; inoltre, resta comunque in vigore la vecchia legge di cornice sull’istruzione superiore; infine, si rafforza l’autonomia scolastica, e non viene meno la prassi del coordinamento delle competenze dei *Länder* attraverso la conferenza dei ministri regionali della cultura. In

⁶⁹ Se prima della riforma vi erano 5 tipologie di competenze legislative (federali esclusive, regionali esclusive, di cornice, concorrenti e compiti comuni), ora sono 6 (federali esclusive, regionali esclusive, compiti comuni e i tre tipi di leggi concorrenti).

⁷⁰ V. ad es. P. Pernthaler, *Kompetenzverteilung in der Krise*, Wien 1992, A. Morrone, *Lo stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in *Quaderni costituzionali* 2/2006, 351 ss. e A. Anzon Demmig, *La modernizzazione*, cit.

definitiva, risulta nel concreto assai difficile scorgere il reale aumento delle competenze regionali in materia, e soprattutto appare inevitabile un ancora maggiore intreccio competenziale sul punto.

Se l'intento della riforma, come costantemente affermato nelle dichiarazioni politiche, doveva essere anche la predisposizione di un riparto delle competenze più chiaro e trasparente⁷¹, l'obiettivo è senz'altro fallito⁷². La riforma, nonostante l'indubbia dose di fantasia istituzionale e procedurale che la rende, come detto, tecnicamente sostenibile, non riesce a liberare il sistema federale tedesco da un'impostazione "classica" fondata sull'assunto utopico della chiara delimitazione delle competenze⁷³. Detto altrimenti, la riforma appare del tutto affidabile sul piano della differenziazione e della moltiplicazione delle procedure decisionali, ma ancora carente quanto al necessario successivo passo: la delimitazione delle competenze sul piano di ambiti politici più ampi, generali e flessibili, con contestuale predisposizione di istituzioni e soprattutto di procedure per la collaborazione e la composizione di controversie competenziali. In definitiva, il sistema federale tedesco in tanto funziona (e potrà divenire più efficiente) in quanto funzioni (e divenga più efficiente) il sistema di gestione procedurale dell'inevitabile intreccio delle competenze. Il punto di snodo sarà dunque ancora e comunque il *Bundesrat*, per il quale si è previsto un decongestionamento dei compiti ma non ancora una garanzia contro il rischio di un suo utilizzo strumentale e politico e dunque di blocco dei processi decisionali.

La riforma sembra insomma tenere conto delle principali conseguenze dell'asimmetria: competizione, flessibilità, necessità di procedure solide. Resta invece aperto il problema della delimitazione delle competenze, la cui gestione resterà affidata ai meccanismi precedenti (il *Bundesrat* e l'intero complesso delle istituzioni della cooperazione) e in ultimo alla cultura cooperativa del sistema tedesco. Se la sfida sarà vinta, dunque, lo sarà paradossalmente più per le riforme che non si sono fatte che per quelle che si sono fatte. Ma dopo avere iniziato ad abbattere il totem dell'asimmetria nel sistema federale, era forse troppo

⁷¹ Per il dibattito sul punto cfr. A. Benz, *Kein Ausweg aus der Politikverflechtung? Warum die Bundesstaatskommission scheiterte, aber nicht scheitern müsste*, in *Politische Vierteljahresschrift* 2005, 204 ss. e F. Kirchhof, *Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen*, in *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2004, 977 ss.

⁷² Lo sottolinea paradossalmente anche uno dei maggiori e più entusiasti sostenitori della riforma, Fritz Scharpf, che ricorda come l'ambizione di ottenere una chiara delimitazione delle competenze, di fatto impossibile, finisce inevitabilmente per tradursi in un accentramento delle stesse. Cfr. F.W. Scharpf, *Recht und Politik in der Reform des deutschen Föderalismus*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung. Working paper 05/6, 2005 (on line al sito www.mpi-fg-koeln.mpg.de/pu/workpap/wp05-6.html).

⁷³ Per un esempio in materia ambientale cfr. A. Eppler, *Föderalismus-Reform in Deutschland: die geplante Kompetenzverteilung in der Umweltpolitik*, in AA.VV., *Jahrbuch des Föderalismus* 2006, cit., 200 ss.

attendersi anche l'eliminazione di un altro tabù consolidato come la questione del riparto competenziale. Per ora, gli opposti sono destinati a coincidere. Ma restano tali.