

## **Giudice delle leggi o “signore dei trattati”?**

### **Riflessioni critiche sul sindacato a tutela dell’“identità costituzionale” ° (\*)**

*di Monica Bonini – professore associato, Università degli Studi di Milano-Bicocca*

ABSTRACT: In the judgment of June, 21th, 2016, the German Federal Constitutional Court affirms that, if the conditions formulated by the Court of Justice of the European Union in its judgment of June, 16th, 2015 (intended to limit the scope of the *Outright Monetary Transactions Programme* - OMT) are met, the complainants’ rights under Art. 38, sec. 1, sentence 1, Art. 20, secs. 1 and 2 in conjunction with Art. 79, sec. 3 of the Basic German Law are not violated by the fact that the Federal Government and Parliament (*Bundestag*) have not tried to limit or revoke the effects of the decision of the European Central Bank of September, 6th, 2012 concerning the OMT Programme, and that the Programme itself (not exceeding the competences attributed to the ECB) does not impair the overall budgetary responsibility of the Federal Parliament. The essay suggests that the recent judgment of the German Federal Constitutional Court seems to be a dangerous precedent: by accepting as a workable criterion the requirement for transgressions of the European Union’s competences to be manifest for defining the scope of the national «constitutional identity control» and «ultra vires control», it may expand the constitutional scope and standard of national judicial review.

---

° Lavoro sottoposto a referaggio in base alle linee guida della Rivista.

(\*) Per il confronto sui temi trattati e la valutazione nel merito delle tesi esposte in questo lavoro, l’A. ringrazia il prof. *Martin Ibler* e *Daniel Schönfeld* dell’Università degli Studi di Costanza (Germania), e ricorda che in questo commento vengono ripresi alcuni dei risultati delle ricerche svolte per il PRIN 2012 *La codificazione dei procedimenti dell’Unione europea* di cui è responsabile il prof. *Jacques Ziller*, e delle analisi e dei passaggi testuali relativi al contributo preparato per l’opera collettanea *Il custode della Costituzione economica europea*, curata dalla prof.ssa *Camilla Buzzacchi*, la cui pubblicazione nei *Quaderni di Diritto dell’Economia* del Dipartimento di scienze ec.-az. e diritto per l’economia dell’Università degli Studi di Milano-Bicocca è prevista per il 2017.

SOMMARIO: Dal rinvio pregiudiziale del *Bundesverfassungsgericht* tedesco alla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea: “leale cooperazione” o “legale competizione” fra giudici? - 2. Il piano OMT fra fonti del diritto, principio di proporzionalità e indipendenza della BCE. - 3. Il popolo sovrano fra integrazione europea e «identità costituzionale». 4. Gli atti *ultra vires*, attraverso i diritti inviolabili e la forma di governo parlamentare. - 5. Snaturare la giurisdizione costituzionale: i pericoli della sovranità “ritrovata”, fra «diritto all'ultima parola» del giudice delle leggi, declino del principio di separazione dei poteri e onnipotenza del sovrano popolare.

### **1. Dal rinvio pregiudiziale del Bundesverfassungsgericht tedesco alla pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea: “leale cooperazione” o “legale competizione” fra giudici?**

Come noto, nel 2014 il Tribunale costituzionale federale tedesco (o BVG)<sup>1</sup>, per la prima volta nella sua storia, ha adito in via pregiudiziale<sup>2</sup> la Corte di Giustizia dell'Unione europea (o CdG).

La CdG ha risposto alle questioni sollevate dal giudice costituzionale nazionale con la sentenza del 16 giugno 2015<sup>3</sup>, permettendo così a quest'ultimo, il 21 giugno 2016<sup>4</sup>, di pronunciarsi sui ricorsi all'origine del procedimento principale.

Pare importante commentare qui la recente decisione del BVG<sup>5</sup> non soltanto per ricostruirne i profili più conosciuti (inerenti la definizione delle attribuzioni pattizie, nella sola materia monetaria,

<sup>1</sup> Per esteso, in lingua tedesca, *Bundesverfassungsgericht*. Pare importante segnalare fin da questa prima nota che, nel corso di quelle successive, si richiamerà soltanto una limitata parte della ormai più che ricca letteratura esistente sui temi trattati nel testo: la scelta è obbligata, non solo per ovvie ragioni, ma anche per ricondurre le tesi proposte nel presente lavoro alle specifiche posizioni adottate in materia soprattutto dalla dottrina tedesca.

<sup>2</sup> BVerfG, 2 BvR 2728/13, 2 BvR 2729/13, 2 BvR 2730/13, 2 BvR 2731/13, 2 BvE 13/13, vom 14. 1. 2014, Absatz-Nr. (1-105). Importante nella stessa prospettiva anche la sentenza BVerfG, 2 BvR 1390/12, vom 18.3.2014, Absatz-Nr. (1 - 245). Per la dottrina che analizza l'istituto del rinvio pregiudiziale in relazione alla specifica esperienza tedesca, fra i molti CHR. WALDHOFF, *Die Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen. Finanzielle Auswirkungen europäischer Rechtsprechung als Kriterium einer Entscheidungsfolgenabschätzung*, in *EuR*, Heft 5, 2006, p. 615 ss., spec. p. 628 ss., pure per la ricostruzione ampia della letteratura sul tema che si può leggere in nota allo scritto; per cogliere i profili problematici del rinvio pregiudiziale, sempre attuale le riflessioni contenute nell'opera più che risalente di CHR. TOMUSCHAT, *Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften*, Köln, C. Heymann Verlag, 1964, p. 92 ss.; sull'attuale CdG e le relative competenze, e sul sistema di tutela giurisdizionale sovranazionale, invece, J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 414 ss. e 575 ss., spec. pp. 614-624.

<sup>3</sup> CdG, Grande sezione, sent. 16 giugno 2016, *P. Gauweiler e a. c. Deutscher Bundestag*, C-62/14, ECLI:EU:2015:400, nel testo in breve *Gauweiler*.

<sup>4</sup> BvG, sent. 21 giugno 2016, 2 BvR 2782/13; (2 BvR 2782/13, 2 BvR 2729/13).

della Banca Centrale Europea), ma, soprattutto, per analizzare due competenze particolarmente delicate dello stesso giudice<sup>6</sup> che possono interessare altri ordinamenti giuridici caratterizzati dal modello accentrato di controllo di legittimità costituzionale, inteso (anche) come strumento per garantire il nucleo duro della Costituzione: il cd. sindacato «a tutela dell'identità costituzionale»<sup>7</sup> e quello sugli atti «*ultra vires*» dell'Unione europea.

I due istituti, strettamente legati fra loro (il secondo è una specifica declinazione del primo), come appena accennato sono significativi non soltanto per l'ordinamento giuridico tedesco, ma, pure, per ogni Stato membro a Costituzione rigida; uno fra tutti, l'Italia. Per affrontarli, è necessario ricordare anzitutto come si è giunti alle sentenze poco sopra menzionate, e sottolineare fin da subito che la pronuncia tedesca del giugno 2016 presenta alcuni profili particolarmente critici.

Il 6 settembre 2012 il Consiglio direttivo della Banca Centrale Europea (o BCE) annunciava la decisione relativa alle *Outright Monetary Transactions*, meglio nota come «piano OMT»<sup>8</sup>: grazie a quest'ultimo la BCE, per salvaguardare le economie «sane» degli Stati membri dell'Unione europea e dell'Unione economica e monetaria (in breve UE e UEM), l'unicità e la corretta trasmissione della politica monetaria, avrebbe potuto acquistare sul mercato secondario titoli sovrani degli Stati in grave sofferenza economico-finanziaria<sup>9</sup>, condizionando l'acquisto alla partecipazione degli stessi Stati al programma di risanamento previsto dall'art. 13, terzo comma, del *Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità* (o MES<sup>10</sup>).

---

<sup>5</sup> Sulle peculiarità della redazione delle sentenze del BVG, qui non da approfondire, si rinvia a J. Ziller, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *RIDPC*, n. 5, 2009, p. 973 ss.; sulle stesse peculiarità e sul BVG v. poi K. STERN, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung*, München, C.H. Beck, 1980, p. 330 ss.

<sup>6</sup> Per il motivo di interesse accennato nel testo, nelle note si darà spazio alla dottrina tedesca (e talvolta straniera) che si è occupata delle due attribuzioni approfondite, e non altra.

<sup>7</sup> O «*Identitätskontrolle*» (lett. «controllo dell'identità»), le cui caratteristiche e valenza si approfondiranno *infra*.

<sup>8</sup> Per il relativo comunicato stampa BCE, *Technical Features of Outright Monetary Transactions (Sep. 6th, 2012)*, [www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906\\_1.en.html](http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html).

<sup>9</sup> Si riassume qui in breve quanto già sostenuto nello scritto ricordato alla nota asteriscata e in un altro lavoro cui ci si permette di rinviare: M. BONINI, *Dichiarare ammissibili i ricorsi di costituzionalità e interorganico per ottenere la revisione dei Trattati sovranazionali? Dal Meccanismo europeo di Stabilità alle Outright Monetary Transactions, attraverso una imprevedibile giurisprudenza costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale della Riv. tel. AIC*, n. 2, maggio 2014, [www.osservatorioaic.it/02-2014-del-01-04-2014.html](http://www.osservatorioaic.it/02-2014-del-01-04-2014.html).

<sup>10</sup> L'accordo, firmato il 2 febbraio 2012, è entrato in vigore l'ottobre successivo; l'art. 13, terzo comma MES, *Procedura per la concessione del sostegno alla stabilità*, si sofferma proprio sulla «gravità delle carenze da affrontare» e ribadisce la conformità dello strumento di aiuto finanziario «alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal TFUE», e a ogni «atto legislativo dell'Unione europea, compresi pareri, avvertimenti, raccomandazioni o

Dato il frangente straordinario in cui si inseriva il piano, e la particolare modalità di adozione della decisione relativa (un comunicato illustrato dal Presidente della BCE nel corso di una conferenza stampa<sup>11</sup>, in seguito pubblicato sulla pagina *web* della stessa Banca), fin da subito ne venivano chiariti i limiti inderogabili, ossia quelli che avrebbero consentito l'acquisto senza aggirare il riparto pattizio delle competenze in materia economica e monetaria fra Stati membri e UE di cui all'art. 119 TFUE, e il divieto di forme di facilitazione creditizia previsto dall'art. 123 TFUE: si trattava della cd. condizionalità, della copertura, del trattamento dei crediti erogati, della sterilizzazione della liquidità, della trasparenza e del programma per la sicurezza dei mercati<sup>12</sup>.

Come appena accennato, proprio rispettando questi stretti margini la BCE avrebbe potuto fronteggiare la situazione di crisi *senza violare* le sue competenze di attribuzione, circoscritte per il TFUE alla realizzazione della sola politica monetaria (*non economica*) e al conseguimento della stabilità dei prezzi.

Al piano OMT non è mai stata data applicazione; ciò nonostante, esso riusciva a produrre due effetti: il primo, sui mercati finanziari, che reagivano positivamente al suo solo annuncio; il secondo, sul Tribunale costituzionale federale tedesco, che formulava una domanda di pronuncia pregiudiziale potenzialmente molto problematica per le sorti dell'integrazione europea.

Con la domanda di pronuncia pregiudiziale del 2014<sup>13</sup> il BvG sollecitava la Corte di Giustizia a esprimersi su due profili: il primo, inerente la validità della decisione sulle OMT, il secondo, relativo all'interpretazione degli artt. 119, 123 e 127 TFUE e degli artt. da 17 a 24 del *Protocollo (n. 4) sullo Statuto del Sistema europeo delle Banche centrali e della Banca centrale europea*<sup>14</sup>.

Più precisamente<sup>15</sup>, con la prima questione pregiudiziale il BvG chiedeva di chiarire se la decisione OMT fosse o meno valida ai sensi dei Trattati: così facendo, però, al fondo il Tribunale voleva che la CdG definisse in modo inequivocabile e definitivo i limiti posti al mandato pattizio della BCE. Proprio questi limiti, ad avviso del giudice costituzionale tedesco, erano infatti

---

decisioni indirizzate al membro del MES interessato». Nel testo il *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* e il *Trattato sull'Unione europea* verranno indicati in breve come TFUE e TUE.

<sup>11</sup> Ossia durante l'incontro con i giornalisti dell'UE e di altri Stati utile per rendere pubbliche e descrivere le azioni che la BCE intende intraprendere o ha già realizzato.

<sup>12</sup> Per la descrizione delle condizioni v. la pagina *web* della BCE [www.ecb.europa.eu](http://www.ecb.europa.eu).

<sup>13</sup> Di nuovo BvG, sent. 21 giugno 2016, 2 BvR 2782/13; (2 BvR 2782/13, 2 BvR 2729/13).

<sup>14</sup> Per il testo integrale di quest'ultimo, in breve indicato come *Protocollo (n. 4)*, v. GU 2012, C 326, p. 230.

<sup>15</sup> Per la più dettagliata ricostruzione di quanto sintetizzato nel testo si rinvia ai pgff. 5-10 della sent. *Gauweiler*, e ai pgff. 19-29 e 92 ss. (per la prima questione pregiudiziale), e 204 ss. (per la seconda), delle *Conclusioni* dell'Avvocato generale (in breve Avv. gen.) *P. Cruz Villalon*, presentate il 14 gennaio 2015 alla CdG in relazione alla stessa causa.

indispensabili per circoscrivere l'attività della Banca alla sola politica monetaria e all'obiettivo della stabilità dei prezzi: potevano impedire, come poco sopra ricordato e in altre parole, tanto ogni violazione del riparto di competenze stabilito nei Trattati (che, come da art. 119 TFUE, affida all'UE la politica monetaria e agli Stati membri quella economica), quanto l'erogazione di forme di facilitazione creditizia (vietate dall'art. 123 TFUE).

Considerando però che la CdG, in ragione di quanto stabilito dall'art. 267, primo comma, lett. b) TFUE<sup>16</sup>, e date le peculiarità della decisione OMT (*supra*), potesse ritenere impossibile pronunciarsi sulla prima questione pregiudiziale, il BVG ne formulava pure una seconda, con la quale chiedeva di fornire l'interpretazione degli artt. 119, 123 e 127 TFUE (inerenti, rispettivamente, il riparto delle competenze in materia economica e monetaria fra UE e Stati membri, il divieto di facilitazioni creditizie e l'obiettivo della stabilità dei prezzi), e da 17 a 24 del *Protocollo n. 4* (ossia delle disposizioni relative alle funzioni monetarie e alle operazioni proprie del *Sistema europeo delle Banche centrali*, in breve SEBC). Questo, in ogni caso, sempre allo scopo di delimitare in modo chiaro e netto il mandato della BCE e del SEBC.

Come immaginabile, la pronuncia della CdG si rendeva necessaria in ragione di alcuni aspetti problematici emersi nel procedimento principale<sup>17</sup>.

Dinanzi al Tribunale costituzionale federale, difatti, erano stati presentati diversi ricorsi diretti di costituzionalità ed uno interorganico<sup>18</sup>, con i quali più di 11.000 cittadini tedeschi nel primo caso, e

---

<sup>16</sup> Stabilisce l'art. 267 TFUE: «La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile».

<sup>17</sup> Per collocare la presente sentenza nel breve, ma significativo ciclo di quelle pronunciate in materia dal BVG v. la ricostruzione di A. THIELE, *Friendly or Unfriendly Act? The "Historic" Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB's OMT Program*, in *GLJ*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 242 ss.

<sup>18</sup> Sulle due tipologie di ricorso al BVG K. STERN, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, cit.*, cui si rinvia anche per la ricca bibliografia che, prima di ogni capitolo e nelle note, accompagna il testo: sul punto v. p. 958 ss., e, in particolare, sul ricorso di costituzionalità p. 1017 ss., su quello interorganico p. 978 ss. A tutt'oggi importanti in relazione ai temi che emergeranno qui le osservazioni di K.A. BETTERMANN, *Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt*, in *AöR*, Bd. 86, 1961, p. 129 ss., e D. BLUMENWITZ, *Verfassungsbeschwerde und politischer Vertrag*, in *BayVBl.*, 1976, p. 520 ss.

il gruppo parlamentare del partito *Die Linke* nel secondo, lamentavano, rispettivamente e in estrema sintesi:

da un lato, il rischio che il piano OMT, ritenuto dai ricorrenti atto *ultra vires* (ossia adottato in violazione delle competenze pattizie di attribuzione della BCE), potesse per questa sua natura violare il principio democratico caratterizzante la Costituzione tedesca vigente (Legge fondamentale o GG<sup>19</sup>); questo pericolo veniva ritenuto grave *anche se solo potenzialmente* era in grado di pregiudicare pure l' «identità costituzionale tedesca», visto che il piano OMT non era comunque stato ancora applicato;

dall'altro, l'inerzia della Camera federale (o *Bundestag*)<sup>20</sup>, che, secondo il gruppo parlamentare del partito *Die Linke*, non avrebbe ostacolato fattivamente il piano annunciato dalla BCE, venendo così meno a un obbligo di agire costituzionalmente stabilito e posto a suo carico;

nella stessa prospettiva, infine, la Banca centrale tedesca (o *Bundesbank*) non avrebbe dovuto partecipare in alcun modo alla concreta realizzazione del piano OMT.

Nel rinvio pregiudiziale il BVG chiariva pure che, nel caso in cui la CdG avesse stabilito che il piano OMT fosse qualificabile come atto *ultra vires*, e che la decisione sul punto della BCE rientrasse nelle facilitazioni creditizie espressamente vietate dall'art. 123 TFUE, il giudice costituzionale tedesco avrebbe potuto solo dichiarare ammissibili e fondati i ricorsi di costituzionalità e interorganico presentati.

Il Tribunale aggiungeva, inoltre, che, per dirimere la questione inerente l'estensione delle competenze di attribuzione della BCE, fosse indispensabile chiarire in modo definitivo uno specifico aspetto della più ampia questione, ossia affermare con assoluta chiarezza che il sindacato sugli atti della BCE esercitato dalla CdG mai avrebbe potuto essere limitato dall'indipendenza di cui la stessa Banca gode ai sensi dei Trattati.

Infine, il BVG teneva a ricordare come poco peso avesse il fatto che il piano OMT non fosse mai stato applicato: questo, perché l'ordinamento giuridico tedesco, per impedire conseguenze irreparabili sul piano interno della protezione dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali, contempla *una forma preventiva di tutela giurisdizionale*, attivabile in quanto tale prima

<sup>19</sup> In lingua tedesca *Grundgesetz*.

<sup>20</sup> E, come si spiegherà, anche del governo federale tedesco: sulla forma di governo accolta dal GG (e dunque sul ruolo dell'Esecutivo nella stessa) U. SCHEUNER, *Das parlamentarische Regierungssystem in der Bundesrepublik*, in *DÖV*, 1957, p. 633 ss., e ID., *Die Lage des parlamentarischen Regierungssystem in der Bundesrepublik*, in *DÖV*, 1974, p. 433 ss.



dell'applicazione di un atto normativo (o altro, con efficacia simile e, comunque, in grado di vincolare giuridicamente i diretti interessati e gli eventuali terzi)<sup>21</sup>.

L'ammissibilità dei ricorsi di costituzionalità e interorganico veniva ritenuta dubbia da una parte della dottrina tedesca<sup>22</sup>; emerge poi da diversi paragrafi della sentenza pregiudiziale della CdG, nota come *Gauweiler*, che il Governo italiano (fra gli altri)<sup>23</sup>, il Parlamento europeo, la Commissione europea e la BCE<sup>24</sup>, nelle osservazioni presentate dinanzi alla CdG prima che la stessa si pronunciasse, avessero perplessità del tutto simili a quei dubbi (*infra* nel testo).

In particolare, il Governo spagnolo<sup>25</sup> faceva valere quanto «la procedura nazionale all'origine della domanda di pronuncia pregiudiziale [fosse] *contraria al sistema di controllo della validità degli atti dell'Unione* istituito dagli artt. 263 TFUE e 267 TFUE, dato che [ammetteva] un ricorso diretto contro la validità di un atto dell'Unione senza rispettare i requisiti di ricevibilità stabiliti dall'articolo 263 TFUE per i ricorsi di annullamento»<sup>26</sup>.

Gli altri governi, fra i quali quello italiano, e le istituzioni sovranazionali ricordate, evidenziavano inoltre come la prima questione fosse irricevibile perché «una questione per *esame di validità* [non avrebbe potuto] avere ad *oggetto un atto preparatorio o privo di effetti giuridici* come la decisione relativa alle OMT»<sup>27</sup>.

In questa luce, in sintesi, «la lite di cui ai procedimenti principali» sarebbe dunque stata «simulata e costruita», e il BVG, «sfruttando» l'occasione offerta dai ricorsi relativi alla stessa, avrebbe tentato di snaturare la pronuncia di cui all'art. 267 TFUE, trasformandola da pregiudiziale, ossia vincolante il giudice *a quo*, a, per così dire, puramente «consultiva»<sup>28</sup>: priva, in altri termini, di ogni effetto vincolante *il giudice costituzionale tedesco che, una volta ottenuta la sentenza,*

---

<sup>21</sup> Di nuovo i pgff. 5-10 della sent. *Gauweiler*, e i pgff. 19-29 e 92 ss. (per la prima questione pregiudiziale), e 204 ss. (per la seconda), delle relative *Conclusioni* dell'Avv. gen.

<sup>22</sup> A. THIELE, *cit.*, p. 247, affermava senza mezzi termini che, se è vero quanto si sostiene nel testo, «*one could obviously not say that the Constitutional Court has acted particularly friendly and has accepted the ECJ as the final interpreter of European law*».

<sup>23</sup> M. KUMM, *cit.*, p. 214-215, si spinge addirittura ad affermare che il controlimite dell'identità costituzionale violerebbe l'art. 4 TUE.

<sup>24</sup> Sent. *Gauweiler* del 2015, pgff. 18-23.

<sup>25</sup> Che, però, non sollevava alcuna eccezione di irricevibilità: sent. *Gauweiler*, pgf. 22.

<sup>26</sup> *Ibidem*: il corsivo è di chi scrive.

<sup>27</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 23: il corsivo è sempre di chi scrive.

<sup>28</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 11.

avrebbe comunque deciso in modo del tutto indipendente da quanto affermato dalla CdG<sup>29</sup>, ritenendosi l'unico giudice «investito della responsabilità ultima a pronunciarsi sulla validità delle decisioni in questione, alla luce delle condizioni e dei limiti stabiliti dalla Legge fondamentale tedesca»<sup>30</sup>.

Ben differente la posizione adottata dalla CdG rispetto a questi rilievi<sup>31</sup>. Al contrario di quanto ritenuto da diversi governi e da alcune istituzioni UE, la Corte si esprimeva difatti anzitutto a favore dell'ammissibilità della domanda pregiudiziale (per le ragioni di cui ai pgff. 24 ss. della sentenza, *infra*), e, poi, sul mandato della BCE.

In particolare, la Corte, distinguendo le decisioni di politica monetaria da quelle di politica economica in ragione dello specifico obiettivo della stabilità dei prezzi previsto dagli artt.127, primo pgf., e 282, secondo pgf. TFUE (*infra* nel testo), si esprimeva in modo positivo sul piano OMT, ritenendolo non qualificabile come atto *ultra vires*.

Per quanto concerne invece i dubbi manifestati a proposito della ricevibilità della domanda, la CdG chiariva che le «questioni vertenti sul diritto dell'Unione sono assistite da una presunzione di rilevanza»<sup>32</sup>; di stretta conseguenza, la Corte avrebbe potuto rifiutare di pronunciarsi sulle questioni pregiudiziali formulate dal BVG (così come, in futuro, su ogni altra) «soltanto qualora [fosse risultato] *in modo manifesto* che l'interpretazione o l'esame di validità richiesto relativamente a una norma dell'Unione non [avesse] *alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della controversia nel procedimento principale*, oppure qualora il problema [fosse] di natura ipotetica, o anche quando la Corte non [disponesse] degli elementi di fatto o di diritto necessari per rispondere ulteriormente alle questioni di diritto che le vengono sottoposte»<sup>33</sup>.

Questo approccio si fondava sulla considerazione per cui «spetta solo al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione

---

<sup>29</sup> Sul punto di nuovo A. THIELE, *cit.*, p. 247 ss., e, per ogni necessario approfondimento sul più ampio tema, M. SACHS, *Bindungswirkungen bei verfassungskonformer Gesetzesauslegung durch das Bundesverfassungsgericht*, in *NJW*, 1979, p.344 ss.

<sup>30</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 11.

<sup>31</sup> Per questa R. ISMER, *Die OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts. Eine dogmatische Kritik auf Grundlage juristisch-ökonomischer Analyse*, in *DÖV*, Heft 3, Februar 2015, p. 81 ss.; M. RUFFERT, *Europarecht: Vorabentscheidung des EuGH zum OMT-Programm*, in *Jus*, Nr. 8/2015, p. 758 ss.; F. C. MAYER, *Zurück zur Rechtsgemeinschaft: Das OMT-Urteil des EuGH*, in *NJW*, Nr. 28/2015, p. 199 ss.

<sup>32</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 25.

<sup>33</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 25, e, per la giurisprudenza precedente, CdG, Grande sezione, sent. 26 febbraio 2013, *Melloni*, in C-399/11, EU:C:2013:107, pgf. 29 e le pronunce *ivi* citate; il corsivo è di nuovo di chi scrive.



giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolarità del caso di specie, tanto la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, quanto la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate vertono sull'interpretazione o sulla validità di una norma giuridica dell'Unione, la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire»<sup>34</sup>.

Con il che, la CdG risolveva pure il problema della «incompatibilità tra la procedura nazionale nei giudizi *a quibus* ed il sistema istituito dagli articoli 263 TFUE e 267 TFUE», ricordando come già in precedenza essa stessa avesse riconosciuto ai singoli la possibilità di «far valere dinanzi ai giudici nazionali l'invalidità di un atto dell'Unione avente portata generale», non ritenendo d'ostacolo la «condizione che l'atto [avesse] già effettivamente costituito l'oggetto di misure di applicazione adottate a norma del diritto nazionale», anzi<sup>35</sup>. Sufficiente allo scopo, difatti, sarebbe stato soltanto un elemento: che «il giudice nazionale [fosse] investito di una controversia reale nella quale [si fosse posta], in via incidentale, la questione della validità di tale atto»<sup>36</sup>. Fin qui la Corte di giustizia.

Ora, a prima vista, il rinvio pregiudiziale del BVG<sup>37</sup> e la sentenza della CdG sembrerebbero rappresentare un esempio virtuoso di quella cooperazione fra giudice sovranazionale e interno che dovrebbe garantire un'interpretazione del diritto UE tale da non alimentare conflitti (soprattutto) con i diritti fondamentali, i principi inviolabili e il nucleo duro inderogabile della Costituzione.

Resta, però<sup>38</sup>, in ragione di quanto si dirà in seguito, l'impressione che tanto l'uno quanto l'altro giudice, data l'importanza (*tutta politica*) delle problematiche da fronteggiare, abbiano voluto trovare il modo per potersi comunque esprimere sulle stesse, forzando allo scopo sia la rispettiva

---

<sup>34</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 24, e di nuovo, per la giurisprudenza precedente, sent. *Melloni*, *cit.*, pgf. 28 e le pronunce *ivi* citate. Sul punto la relazione di M. CONDINANZI, *Il controllo giurisdizionale delle comunicazioni della BCE: una nuova forma di accountability giuridica?*, presentata durante il seminario curato da J. ZILLER *The European Central Bank's Communications: An instrument of Monetary Policy and a Vector of Accountability*, 30 maggio 2016, Università di Pavia: gli atti dello stesso seminario sono destinati ad essere pubblicati nel corso 2018.

<sup>35</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 29.

<sup>36</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 29, e spec., per la giurisprudenza precedente, CdG, sent. 10 dicembre 2002, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, in C-491/01, ECLI:EU:C:2002:741, pgff. 36 e 40, e CdG, Grande sezione, sent. 3 giugno 2008, *Intertanko e a.*, in C-308/06, EU:C:2008:312, pgff. 33 e 34.

<sup>37</sup> Ovvio che il tema del significato delle competenze comunque affidate al BVG dalla Costituzione tedesca non può essere qui trattato: per ogni necessario approfondimento del profilo menzionato si rimanda a K. STERN, *Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, *Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung*, *cit.*, p. 951 ss.

<sup>38</sup> Al di là di ogni altra considerazione sulla posizione ribadita dalla CdG in tema di ricevibilità dei ricorsi, volta a permetterle di esercitare il sindacato sulla validità degli atti UE *forse ampliando* le previsioni dell'art. 263 TFUE.

giurisprudenza precedente, che le specifiche basi giuridiche e i peculiari istituti che potevano giustificare le decisioni a favore dell'ammissibilità dei ricorsi interni e della domanda pregiudiziale.

Questo, in particolare, con un fine: *riuscire a decidere* sulle delicate questioni sollevate, e farlo rinnovando la netta consapevolezza dell'importanza del ruolo dell'un giudice *anche per l'ordinamento giuridico* dell'altro.

Certo, difficile che qualcosa di differente potesse accadere essendo in gioco, da un lato, l'«identità costituzionale» di uno Stato membro, e, dall'altro, il tentativo di salvaguardare il progetto politico fondato sulla moneta unica<sup>39</sup>.

Ciò detto, che questa sia “leale cooperazione” è cosa non semplice da affermare per chi scrive; che la vicenda complessiva faccia pensare a una sorta di “legale competizione” fra giudice sovranazionale e interno, pare invece più facile<sup>40</sup>.

## **2. Il piano OMT fra fonti del diritto, principio di proporzionalità e indipendenza della BCE.**

Come accennato, nella sostanza il BVG si è rivolto alla CdG per comprendere se gli artt. 119, 123, primo pgf., e 127, primo e secondo pgff. TFUE, e gli artt. 17-24 del *Protocollo n. 4* autorizzano il SEBC e la BCE ad adottare un programma di acquisto di titoli di Stato sul mercato secondario così come previsto dal piano OMT, ad oggi mai applicato.

Per stabilire se la BCE, con il piano in discussione, nel 2012 abbia dunque adottato una decisione di politica economica e non monetaria, che le permetterebbe, facendo acquisti sul mercato secondario, di aggirare il riparto pattizio di competenze nelle stesse materie fra Stati membri e UE di cui all'art. 119 TFUE, e il divieto di forme di facilitazione creditizia previsto dall'art. 123 TFUE, la CdG individua anzitutto la base giuridica pattizia alla quale va ricondotta la spettanza della politica monetaria. Così facendo, la Corte riesce a chiarire in un secondo momento in qual modo e

---

<sup>39</sup> Sul punto M. DRAGHI alla *Global Investment Conference* di Londra, 26 luglio 2012: per il doc. integrale v. [www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.html](http://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.html).

<sup>40</sup> In questo senso pare anche da comprendere la posizione espressa da D. MURSWIEK, laddove afferma che il BVG chiede alla CdG di interpretare il diritto primario perchè il rinvio pregiudiziale si inserisce in una delle fasi caratterizzanti il complesso procedimento relativo al sindacato sugli atti *ultra vires*: D. MURSWIEK, *ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014*, in *GLJ*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 160 ss.

misura le competenze in materia economica e monetaria siano ripartite fra UE, Stati membri la cui moneta sia l'Euro, SEBC e BCE.

In questa prospettiva la CdG richiama, nel corso di tutta la pronuncia *Gauweiler*, la sua precedente sentenza *Pringle*<sup>41</sup>, con la quale aveva già stabilito che il *Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità* (o MES, *supra*), pur rappresentando uno strumento mirato ad aiutare gli Stati in difficoltà economico-finanziarie, non viola i Trattati, e quindi gli artt. 119 e 123 TFUE. È proprio grazie alla giurisprudenza *Pringle* che la Corte riesce a costruire il ragionamento giuridico intorno all'obiettivo perseguito dal piano OMT: come il MES, anche l'OMT, infatti, permettendo alla BCE di acquistare titoli di Stato<sup>42</sup>, laddove applicato dovrebbe garantire che i titoli sovrani, nel mercato secondario<sup>43</sup>, non diventino oggetto di incontrollabili speculazioni, contagiando così l'economia reale attraverso il mercato finanziario<sup>44</sup>. In altre parole, *l'OMT nasce per contrastare*<sup>45</sup> *il legame dannoso fra mercati finanziari ed economia reale, non per incidere sulla politica economica nazionale.*

La CdG ricorda poi la più ampia cornice che, da tempo, il TFUE delinea in materia monetaria: il secondo paragrafo dell'art. 119 TFUE è difatti la base giuridica in ragione della quale l'«azione degli Stati membri comprende una moneta unica, nonché la definizione e la conduzione di una politica monetaria e di una politica del cambio uniche»<sup>46</sup>. Esattamente questa cornice permette di ribadire che il riparto di competenze di politica monetaria va ricostruito alla luce del primo paragrafo, lett. c), dell'art. 3 TFUE, che attribuisce all'Unione la competenza esclusiva in materia monetaria «per tutti gli Stati la cui moneta sia l'Euro»<sup>47</sup>. Di stretta conseguenza, il primo paragrafo dell'art. 282 TFUE può affidare alla BCE e alle banche centrali nazionali la conduzione della

<sup>41</sup> CdG, seduta plenaria, sent. 27 novembre 2012, *Pringle*, in C-370/12, EU:C:2012:756 (in breve solo *Pringle*). Su alcuni profili di questa pronuncia, utili per comprendere la giurisprudenza costituzionale tedesca in tema, fra tutti, N. PETERSEN, *Karlsruhe not only Barks, But finally Bites – Some Remarks on the OMT Decision of the German Constitutional Court*, in *GLJ*, Vol. 15, No. 2/2014, p.324.

<sup>42</sup> Ossia quelli che datano da uno a tre anni dall'immissione sul mercato secondario.

<sup>43</sup> Pure in ragione del tasso fissato dalla BCE: E. PAPARELLA, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e la controversia sulle OMT: i moniti di Karlsruhe colpiranno anche la Eurotower?*, [www.confronticostituzionali.it](http://www.confronticostituzionali.it), 9 luglio 2013; E. OLIVITO, *Atto primo: il Bundesverfassungsgericht rinvia alla Corte di giustizia su OMT e poteri della Bce. Un'occasione per il futuro dell'Unione europea?*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 19 febbraio 2014.

<sup>44</sup> Sui pericoli per la BCE discendenti dal rinvio A. THIELE, *Friendly or Unfriendly Act? The "Historic" Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB's OMT Program*, in *GLJ*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 242 ss., spec. p. 256 ss.

<sup>45</sup> Per il giudizio positivo sull'opera di M. Draghi M. KUMM, *cit.*, p. 207.

<sup>46</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 34, e sent. *Pringle*, pgf. 48.

<sup>47</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 35, e sent. *Pringle*, pgf. 50.

politica monetaria<sup>48</sup>, e il quarto paragrafo della stessa disposizione può attribuire alla BCE la competenza ad adottare «tutte le misure necessarie all'assolvimento dei suoi compiti in conformità degli artt. da 127 TFUE a 133 TFUE e dell'art. 138 TFUE, nonché delle condizioni stabilite dallo Statuto del SEBC e della BCE»<sup>49</sup>.

Se così è, conclude la Corte, spettano al SEBC, come da art. 127, secondo pgf. TFUE, tanto la definizione quanto l'attuazione della politica monetaria<sup>50</sup>; gli Stati membri dell'Eurozona, invece, dovranno agire seguendo gli indirizzi e le istruzioni della BCE nella stessa materia<sup>51</sup>.

Per quanto concerne le garanzie che connotano l'assolvimento dei compiti in un simile ambito, *divenuti ancor più delicati in ragione della crisi economico-finanziaria*, è l'art. 130 TFUE che riesce a sottrarre il SEBC e la BCE a ogni possibile influenza esterna e a tutte quelle «pressioni politiche» che impedirebbero all'uno e all'altra «l'esercizio indipendente degli specifici poteri» di cui dispongono «a questo scopo [ossia per realizzare la politica monetaria] in forza del diritto primario»<sup>52</sup>.

Come ovvio, infine, il principio di attribuzione di cui all'art. 5, secondo pgf. TFUE riconduce le competenze in questione, per delimitarle, solo a quanto stabilito dal diritto primario, e prevede che nel caso in cui lo stesso principio venga violato si possa ricorrere, «alle condizioni previste dai Trattati, al controllo giurisdizionale della Corte»<sup>53</sup>.

Per quanto utile e convincente, questa ricostruzione, però, di per sé sola non riesce a chiarire il dubbio all'origine del rinvio pregiudiziale, ossia se il diritto primario permetta alla BCE di adottare decisioni non solo di politica monetaria, ma anche economica<sup>54</sup>. Per far questo, ossia per definire i limiti superati i quali la politica monetaria si trasforma in economica, la Corte costruisce un ragionamento ancorato alla nozione di stabilità dei prezzi.

<sup>48</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 36, e sent. *Pringle*, pgf. 49.

<sup>49</sup> Sent. *Gauweiler*, pgff. 35-36, e sent. *Pringle*, pgff. 49-50.

<sup>50</sup> Sent. *Gauweiler*, pgff. 36 (per la *cit.*) e 37, e sent. *Pringle*, pgf. 49.

<sup>51</sup> Come da art. 12, pgf. 1, del *Protocollo n. 4*: sempre la sent. *Gauweiler*, pgff. 39.

<sup>52</sup> Sent. *Gauweiler*, pgff. 39 e 40 (per le *cit.*) e 37. Sull'indipendenza della SEBC e della BCE v. invece la sent. 10 luglio 2003, *Commissione/BCE*, in C-11/00, EU:C:2003:395, al pgf. 134.

<sup>53</sup> Sentt. *Gauweiler*, pgf. 41, e *Commissione/BCE*, pgf. 135.

<sup>54</sup> M. GOLDMANN, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review*, in *GLJ*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 266 ss., spec. 269. Sul fondamento costituzionale della politica di bilancio e fiscale nella Repubblica federale tedesca K.H. FRIAUF, *Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft*, in *VVDtStRL*, Heft 27, 1969, p. 1 ss., e K.M. HETTLAGE, *Die Finanzverfassung im Rahmen der Staatsverfassung*, in *VVDtStRL*, Heft 14, 1956, p. 2 ss.

Se, per gli artt. 127, primo pgf. e 282, secondo pgf. TFUE, il mantenimento della stabilità dei prezzi costituisce l'obiettivo principale della politica monetaria, allora il mandato del SEBC, per come disciplinato dal *Protocollo n. 4*, è chiaramente circoscritto a questo fine, e agganciato al capo IV di quest'ultima fonte, che, nell'identica prospettiva, indica i mezzi a disposizione del Sistema<sup>55</sup>. Inoltre, una seconda garanzia nello stesso senso è data dal fatto che il rispetto dei limiti posti al mandato del SEBC e della BCE dalle disposizioni del TFUE e dalle previsioni del *Protocollo n. 4* venga assicurato dalle norme sul procedimento da osservare per modificare alcune parti dello Statuto del Sistema e della Banca<sup>56</sup>.

E proprio questa base logica e giuridica permette alla Corte di valutare la decisione della BCE del settembre 2012 *in ragione degli scopi che si pone, non di eventuali effetti non voluti e diversi da questi fini*, definendola come atto mirato a realizzare obiettivi di sola politica monetaria, concretizzati per la via che ora si descrive<sup>57</sup>.

Con il piano OMT la BCE intende preservare l'unicità della politica monetaria e garantirne una corretta ed efficace trasmissione: questo, perché proprio il buon funzionamento di una simile trasmissione ai mercati finanziari impedisce di «rendere inoperanti le decisioni del SEBC in una parte della zona Euro», di porre a rischio «l'unicità della politica monetaria» e di pregiudicare la stabilità dei prezzi<sup>58</sup>. Questi nessi non devono indurre in errore chi li valuta: chiaro è che l'effetto prodotto dal raccordo fra la garanzia dell'unicità della politica monetaria e la sua trasmissione ai mercati finanziari contribuiscano *anche* a rinsaldare la stabilità della zona Euro.

Il rafforzamento della stabilità, però, in questo caso si pone quale *effetto economico di una decisione solo monetaria: la confusione fra causa ed effetto* può dunque portare erroneamente a ritenere che la BCE, al contrario di quanto accaduto, abbia adottato una decisione di politica economica<sup>59</sup>.

Questo, fra l'altro, dovendo anche tenere conto del fatto che, per la CdG, sarebbe «pacifico che l'attuazione di un programma [simile, ossia il piano OMT]» implichi «operazioni monetarie su titoli

---

<sup>55</sup> Sent. *Gauweiler*, pgff. 44-45.

<sup>56</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 44.

<sup>57</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 46.

<sup>58</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 50.

<sup>59</sup> Sentt. *Gauweiler*, pgf. 51, e sent. *Pringle*, pgf. 56.

dei mercati secondari del debito sovrano»<sup>60</sup>, o che «possa servire a eludere le condizioni che limitano l'azione del MES sui mercati secondari, nella misura in cui l'intervento del SEBC non è destinato a sostituirsi a quello del MES», ma deve «essere attuato in modo indipendente in funzione degli obiettivi di politica monetaria»<sup>61</sup>.

La certezza che l'attuazione del programma OMT non possa travalicare il mandato pattizio e statutario del SEBC e della BCE starebbe, infine, nelle garanzie procedurali che, nell'ordinamento giuridico dell'UE, necessariamente connotano il potere di un'istituzione quando caratterizzato da un'ampia discrezionalità, e (anche) per questo pongono a carico della stessa istituzione l'obbligo di motivare l'atto adottato<sup>62</sup>.

Il fatto che, nel caso di specie, ci si trovi dinanzi a un atto dalla natura particolare, per la CdG nulla toglie a quanto affermato e, dunque, non impedisce di esercitare un controllo sullo stesso: «il comunicato stampa [con il quale è stato reso noto il piano OMT], nonché i progetti di atti giuridici esaminati in occasione della riunione del Consiglio direttivo nel corso del quale il detto comunicato è stato approvato, permettono di conoscere gli elementi essenziali di un programma come quello annunciato in tale comunicato e sono idonei a consentire alla Corte di esercitare il suo controllo»<sup>63</sup>.

Per quanto concerne invece la presunta violazione del divieto di cui all'art. 123, primo pgf. TFUE, la Corte, sulla base dei lavori preparatori del *Trattato di Maastricht*, chiarisce anzitutto come questo accordo abbia inserito nel precedente *Trattato sulla Comunità europea* l'art. 101 CE (fino a quel momento art. 104 CE), e, poi, ricorda come proprio i lavori preparatori del TUE permettano di comprendere che l'art. 123 TFUE sollecita senza eccezione alcuna gli Stati membri «a rispettare una sana politica di bilancio, evitando che un finanziamento monetario dei disavanzi

---

<sup>60</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 53, e spec. il pgf. 56, dove la Corte chiarisce che la considerazione resta ferma anche se si valuta il fatto che il piano OMT è subordinato al «rispetto integrale dei programmi di aggiustamento macroeconomico del FESF o del MESF».

<sup>61</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 65.

<sup>62</sup> Sent. *Gauweiler*, pgff. 67-70. Sul potere discrezionale delle istituzioni UE v., per analogia, le sentt. CdG, quarta sezione, sent. 8 luglio 2010, *Afton Chemical Limited v. Secretary of State for Transport*, in C-343/09, EU:C:2010:419, pgf. 28, e CdG, seconda sezione, sent. 17 ottobre 2013, *Billerud Karlsborg AB e Billerud Skårblacks AB v. Naturvårdsverket*, in C-203/12, EU:C:2013:664, pgf. 35. Sulle caratteristiche dell'obbligo di motivazione, valutato alla luce del tenore letterale dell'atto e del più ampio contesto giuridico della materia che interessa, v. invece CdG, Grande sezione, sent. 19 novembre 2013, *Commissione/Consiglio*, in C-63-12, EU:C:2013:752, pgff. 98 e 99, e anche la giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>63</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 71.



pubblici o un accesso privilegiato delle autorità pubbliche ai mercati finanziari conduca ad un indebitamento eccessivo o a disavanzi eccessivi degli Stati membri»<sup>64</sup>.

Ciò non significa che la BCE non possa mai effettuare acquisti di titoli di Stato sui mercati secondari, ma unicamente che debba farlo nel rispetto del divieto di finanziamento monetario appena descritto<sup>65</sup>.

Il piano OMT, grazie poi alle informazioni fornite dalla BCE per permettere alla CdG di pronunciarsi, per le condizioni che lo caratterizzano non può quindi avere «un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di titoli di Stato sui mercati primari», e, di conseguenza, la decisione che lo annuncia non viola il divieto di facilitazioni creditizie di cui all'art. 123 TFUE.

Il novero di garanzie che accompagna lo stesso piano, inoltre (e, in particolare, quella per cui la BCE esclude di annunciare pubblicamente l'eventuale decisione di procedere a simili acquisti o l'entità degli stessi<sup>66</sup>), porta la CdG pure a ritenere impossibile che il piano possa avere un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di titoli di Stato presso le autorità e gli organismi pubblici degli Stati membri.

Altrettanto irrealistica pare infine anche l'ipotesi che, in ragione dello stesso piano, gli Stati interessati possano sentirsi autorizzati a non adottare una sana politica di bilancio; questo, a maggior ragione, dato che il programma non si applicherebbe agli Stati membri «la cui situazione sia deteriorata [al punto da renderli non] più in grado di ottenere un finanziamento sul mercato»<sup>67</sup>. Ovvio, poi, che simili decisioni (come le operazioni di mercato aperto) possano comportare il rischio di perdite per la BCE, le cui conseguenze negative vengono però già affrontate dall'art. 33 del *Protocollo n. 4*, nella misura in cui prevede come le stesse perdite debbano essere ripartite<sup>68</sup>.

Fin qui la Corte di Giustizia; come si vedrà di seguito, il BVG, pur non mettendo in discussione la posizione della Corte, non rinuncerà a tracciare la linea di confine oltre la quale, comunque, in futuro potrebbe doversi esprimere (*o volersi esprimere?*) su atti sovranazionali, tipici e altri, impedendone l'applicazione a livello interno.

---

<sup>64</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 100. V. poi il *Progetto di Trattato recante revisione del Trattato che istituisce la Comunità economica europea ai fini dell'attuazione di una Unione economica e monetaria*, in *Bollettino delle Comunità europee*, supplemento n. 2/91, pp. 22 e 52.

<sup>65</sup> Sent. *Gauweiler*, pgff. 102-105.

<sup>66</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 106.

<sup>67</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 119.

<sup>68</sup> Sent. *Gauweiler*, pgf. 125.

### 3. *Il popolo sovrano fra integrazione europea e «identità costituzionale».*

Con la pronuncia dello scorso giugno, il BVG stabilisce dunque che la Banca centrale nazionale (o *Deutsche Bundesbank*), per quanto di sua competenza può contribuire a porre in essere il piano OMT se questo verrà realizzato come stabilito dalla CdG nella pronuncia *Gauweiler*.

Pur non mettendo in dubbio la posizione della Corte sulla distinzione fra decisioni di politica economica e monetaria, il giudice costituzionale nazionale traccia però come già detto la linea di confine oltre la quale, comunque, potrebbe dover impedire a livello interno l'applicazione dell'atto discusso o di altri sovranazionali, laddove ritenuti "*ultra vires*" dallo stesso BVG, non dalla CdG.

Alla base del ragionamento del BVG stanno il principio democratico e gli istituti mirati a garantire al cittadino tedesco che ogni decurtazione della sovranità statale a favore dell'UE avvenga nel rispetto delle forme e dei limiti previsti dagli artt. 23, primo comma, secondo e terzo periodo, e 79, secondo comma, della Legge fondamentale (o GG)<sup>69</sup>.

Il primo comma dell'art. 23 GG, affermando che per «la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica Federale Tedesca collabora allo sviluppo dell'Unione europea», rappresenta la base giuridica costituzionale finalizzata a permettere alla Germania di partecipare al processo di integrazione europea e alla sua ulteriore evoluzione. Il *favor* così previsto incontra però due limiti: l'uno, rappresentato dalla cd. «identità costituzionale» (lett. «*Verfassungsidentität*»), inviolabile secondo quanto discende dalla lettura congiunta degli artt. 23, primo comma, terzo periodo, e 79, terzo comma GG, e l'altro, dato dalla responsabilità del cd. «programma di integrazione» (lett. «*Integrationsprogramm*») posta a carico del *Bundestag*.

È bene chiarire la portata di entrambi i limiti, fermo restando che, per comprendere tanto gli istituti a tutela della «identità costituzionale», quanto la responsabilità parlamentare menzionata, fondamentale è capire l'ampiezza del *favor* di cui all'art. 23 GG.

Il terzo periodo del primo comma dell'art. 23 GG stabilisce che per «l'istituzione dell'Unione europea, per le modifiche delle norme dei Trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge Fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'articolo 79, commi II e III».

<sup>69</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, 116 <117>.

L'art. 79 GG, noto anche come «clausola eterna» (o «*Ewigkeitsklausel*»), è la disposizione costituzionale volta a impedire ogni modifica della Costituzione formale che possa mutarne il carattere democratico, così come custodito da quella sostanziale e/o materiale<sup>70</sup>. In ragione dello specifico obiettivo perseguito, l'art. 79 GG prevede al secondo comma che le leggi costituzionali o di revisione costituzionale, così come le leggi di ratifica degli accordi internazionali, debbano essere approvate dalle due Camere raggiungendo, in entrambe, la maggioranza dei due terzi, e introduce, al terzo comma, limiti espliciti alla revisione costituzionale (non è ammissibile la modifica che tocchi l'articolazione del *Bund in Länder*, la partecipazione di questi alla legislazione federale, o i principi di cui agli artt. 1 e 20 - dedicati il primo al riconoscimento della dignità della persona umana, all'obbligo del potere statale di rispettarla e ai diritti fondamentali, alla cui osservanza sono vincolati espressamente il potere esecutivo, legislativo e giudiziario; il secondo, alla definizione giuridica della Repubblica come federale, democratica e sociale, e al principio democratico).

Dato proprio il nesso appena ricordato fra gli artt. 23 e 79 GG, ossia fra l'apertura alla partecipazione all'UE e le garanzie inviolabili poste a tutela dei diritti fondamentali e dei principi coesenziali all'ordinamento giuridico tedesco, la creazione del SEBC e della BCE veniva un tempo e viene oggi compresa dal BVG e da una parte della dottrina tedesca nel modo seguente.

Per rispettare le garanzie menzionate, le previsioni pattizie poste a protezione dell'indipendenza della BCE e della stabilità monetaria (intesa come competenza di attribuzione della stessa Banca<sup>71</sup>) devono fornire una tutela paragonabile nella sostanza a quella che verrebbe assicurata a livello nazionale.

A questo bisogna aggiungere che è l'autorizzazione contemplata dal primo comma, secondo periodo dell'art. 23 GG, e agganciata all'art. 79 GG, che permette di trasferire diritti sovrani dell'ordinamento giuridico nazionale a quello dell'Unione, consentendo, di stretta conseguenza, di introdurre nel primo ordinamento, in ragione poi della ratifica dei Trattati istitutivi e di modifica, il

---

<sup>70</sup> Per la distinzione fra Costituzione formale e sostanziale e la cd. «supercostituzione» C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, *Enciclopedia del diritto*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 139-332, spec. p. 204 ss. (sulla quale ora A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, introduzione al volume *Una e indivisibile*, Giuffrè, Milano, 2007, riedizione fuori commercio della voce *Costituzione* di *Costantino Mortati*, curata dalla Giuffrè per i sessant'anni della Costituzione e i cinquant'anni dal primo volume della *Enciclopedia del diritto*, [www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/paper/0018\\_barbera.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0018_barbera.pdf)).

<sup>71</sup> Ancora K. RUGE, *Art. 88, cit.*, p. 1755, e BVerfGE 89, 155, ossia la sent. nota come *Maastricht Urteil*.

principio del primato del diritto sovranazionale<sup>72</sup>. Come noto, il principio permette a quest'ultimo diritto di prevalere su tutte le fonti interne, compresa quella costituzionale, e comporta la disapplicazione delle disposizioni di diritto nazionale di qualunque rango in caso di conflitto con quelle sovranazionali<sup>73</sup>, fermi però restando i cd. controlimiti (sui quali *infra* nel testo).

*Attenzione, dunque:* il favor delineato dall'art. 23 GG è molto meno ampio di quanto possa apparire a prima vista.

*Il principio del primato*, introdotto dalla legge federale di ratifica<sup>74</sup> dei Trattati istitutivi e di modifica, diventa infatti parte *dello specifico ordinamento giuridico tedesco*: questo significa che l'ordine di esecuzione di cui alla legge federale di ratifica *non può violare la cd. «identità costituzionale»*, così come essa si configura sulla base del congiunto disposto di cui agli artt. 23, primo comma, terzo periodo, e 79, spec. terzo comma, GG.

In particolare, il secondo periodo del primo comma dell'art. 23 GG<sup>75</sup> comporta che il cd. *«Integrationsprogramm»*, di cui è responsabile la Camera federale, sia attuabile solo dopo che il diritto dell'Unione sia stato "legittimato democraticamente" grazie al ruolo del *Bundestag* nella definizione dei contenuti normativi della legge federale di ratifica<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, 117 <118>. Sulla legge di ratifica dei Trattati sovranazionali intesa come strumento indispensabile per introdurre e garantire a livello interno il principio della primazia del diritto UE v. la precedente giurisprudenza BVG 126, 286 <302>, BVerfGE 73, *Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015*, a.a.O., spec. la nota a margine 37, e, per l'applicazione del diritto sovranazionale realizzata nel rispetto dello stesso principio il fondamentale, inteso come mezzo capace di tutelare l'applicazione diretta del diritto sovranazionale, irrinunciabile per la stessa esistenza del relativo ordinamento giuridico, di nuovo BVerfGE 73, 339 <368>; 123, 267<399>; 126, 286 <301 ss.> e, di nuovo, la nota a margine 37.

<sup>73</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, 118, e BVerfGE 129, 78 <100>, per il primato sul diritto costituzionale, e, sulla disapplicazione del diritto interno in caso di conflitto con quello sovranazionale, BVerfGE 126, 286 <301>, BVerfG, *Beschluss der Dritten Kammer des Zweiten Senats vom 4. November 2015 – 2 BvR 282/13, 2 BvQ 56/12 –*, *juris*, note a margine 15 e 19, e, di nuovo, BVerfGE 73, *Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015*, a.a.O., spec. la nota a margine 38.

<sup>74</sup> BVerfGE 73, 339 <375> ss.; 89, 155 <190>; 123, 267 <348 ss. >; 126, 286 <302>; 129, 78 <99>; 134, 366 <384, nota a margine 26>; e sempre BVerfGE 73, *Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015*, a.a.O., spec. la nota a margine 40.

<sup>75</sup> Stabilisce l'art. 23, primo comma GG: «Per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica federale tedesca collabora allo sviluppo dell'Unione europea che deve osservare il principio democratico, dello Stato di diritto, sociale e federativo e il principio di sussidiarietà e deve assicurare una tutela dei diritti fondamentali essenzialmente paragonabile a quella della presente Legge Fondamentale. Il *Bund* a questo scopo, mediante legge, con l'assenso del *Bundesrat*, può trasferire diritti di sovranità. Per l'istituzione dell'Unione europea, per le modifiche delle norme dei Trattati e per le regolazioni analoghe, mediante le quali la presente Legge fondamentale viene modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni vengono rese possibili, si applica l'articolo 79, commi I e II» (così la traduzione del GG in P. BISCARETTI DI RUFFIA, a cura di, *Costituzioni straniere contemporanee*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 193 ss., p. 206 per l'art. cit.).

<sup>76</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, 120.

Al pari di quello italiano e di altri, quindi, l'ordinamento giuridico tedesco pone dei «controlimiti»<sup>77</sup> insuperabili al diritto sovranazionale, mirati a proteggere non soltanto il nucleo duro della Legge fondamentale, ma la stessa «identità costituzionale» dell'ordinamento interno; la distinzione fra i due fenomeni parrebbe essere la seguente.

Se il nucleo duro indica i principi coessenziali all'ordinamento e i diritti fondamentali, la cd. identità costituzionale (ricostruita per logica da chi scrive, dato che nella sentenza del BVG non si trova alcuna espressa e chiara definizione giuridica della stessa, tantomeno un cenno alla eventuale dottrina sul punto), si spinge in un certo senso oltre, riferendosi specificamente al principio democratico *che regge, garantisce e governa* il nucleo duro costituzionale. Da qui, la differenza - per quanto sottile - rispetto a quest'ultimo, l'importanza della peculiare «identità costituzionale» e le specifiche garanzie che essa richiede. Il principio democratico di cui all'art. 20, primo e secondo comma GG<sup>78</sup> rientra difatti fra quelli inviolabili e del tutto sottratti alla revisione costituzionale, ossia, in quanto tali, coperti da una forma di tutela assoluta garantita dall'art. 79, terzo comma GG, e caratterizzanti, secondo la lettura congiunta degli artt. 23, primo comma, terzo periodo e 79, terzo comma GG, quella identità che la partecipazione al processo di integrazione europea non può in alcun modo e misura ledere<sup>79</sup>.

Questo approccio sta a fondamento del nesso fra l'identità costituzionale e il principio democratico, legame garantito dalla competenza, posta in capo al giudice costituzionale nazionale, a sindacare quegli atti che, adottati da organi, istituzioni o altri organismi UE, potrebbero violare il bene intangibile protetto dal congiunto disposto degli artt. appena sopra ricordati.

Inoltre, laddove gli artt. 23 e 79 GG vengano interpretati anche in relazione a quanto stabilito dall'art. 38, primo comma, primo periodo GG (che garantisce il diritto di voto), la lettura congiunta di tutte le disposizioni in questione riesce a tutelare il cittadino tedesco addirittura rispetto alla

---

<sup>77</sup> Impossibile riportare qui la ricchissima letteratura tedesca sui cd. «controlimiti»: fra i molti, nella recente dottrina tedesca, v. però B. THIEMANN, *Kooperation und Verfassungsvorbehalte im Ausgleich: Anleihen aus dem europäischen Verfassungsgerichtsverbund für eine Kooperation des EuGH mit den WTO-Rechtssprechungsorganen*, München, Herbert Utz Verlag, 2016, il cui lavoro, sebbene articolato sull'analisi relativa ai rapporti fra corti nell'ambito della comunità internazionale, ricostruisce in modo approfondito la bibliografia e la giurisprudenza tedesca e sovranazionale in tema, appunto, di controlimiti; in questa luce spec. pp. 22 ss. per il ruolo ricoperto dal BVG, pp. 31 ss. per quello della CdG, e pp. 49 ss. per la valutazione dell' «apporto politico» dell'uno e dell'altro giudice alla problematica discussa.

<sup>78</sup> Stabiliscono i commi citati che «(I) La Repubblica Federale Tedesca è uno Stato federale democratico e sociale»; «(II) Tutto il potere statale emana dal popolo. Esso è esercitato dal popolo nelle elezioni e nel *referendum* e per mezzo di organi specifici del Potere legislativo, del Potere esecutivo e del Potere giudiziario».

<sup>79</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, 121.

potenziale erosione della «forza creativa» (lett. «*Gestaltungsmacht*») della Camera federale, e (oggi, soprattutto) di fronte al travalicamento manifesto e strutturale delle competenze di attribuzione degli organi, delle istituzioni o di altri organismi UE<sup>80</sup>.

Il sindacato sull'identità costituzionale è dunque lo strumento di competenza del BVG per esercitare il controllo su una simile evenienza *anche quando non ancora divenuta attuale*; quello sugli atti *ultra vires*, invece, è il mezzo per impedire agli atti, adottati a livello sovranazionale in violazione del bene intangibile di cui sopra, di avere efficacia nell'ordinamento interno.

Le due forme di sindacato, differenti e quindi articolate su parametri di giudizio diversi, sono accomunate da un solo profilo: nell'esercitarle, il BVG deve sempre adottare un atteggiamento di *self-restraint* e garantire il *favor* costituzionalmente previsto per l'integrazione.

In questa luce, fra molto altro, il controllo sugli atti *ultra vires* si pone dunque come una forma specifica di sindacato sulla violazione dell'identità costituzionale<sup>81</sup> (e *infra*, al pgf. successivo).

Nello scorso giugno 2016, proprio quest'ottica permette al BVG di esprimersi anzitutto a favore dell'ammissibilità dei ricorsi di costituzionalità e interorganico presentati, e, poi, come ricordato in apertura, di stabilire che mentre la *Deutsche Bundesbank* potrà contribuire a porre in essere il piano OMT, il *Bundestag* sarà sempre tenuto ad agire per contrastare atti e azioni delle istituzioni, degli organi e degli organismi sovranazionali che *anche solo potenzialmente possano mettere in pericolo l'identità costituzionale tedesca*<sup>82</sup>.

Per questa ragione il BVG stabilisce dunque che i ricorsi di costituzionalità sono ammissibili e fondati solo nella parte in cui lamentano l'inerzia del *Bundestag* rispetto all'adozione del piano OMT, e, in particolare, laddove fanno valere che l'attuazione del piano, possibile anche grazie all'inerzia della Camera federale, *potrebbe* violare il diritto di voto di cui all'art. 38, primo comma,

<sup>80</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, 121.

<sup>81</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, 121.

<sup>82</sup> Per altri dettagli v. i cd. *Leitsätze* (con funzione simile, anche se redatti in altro modo, a quella delle massime che caratterizzano le pronunce dell'ordinamento giuridico italiano: per la spiegazione relativa di nuovo J. ZILLER, *Solange III ...*, cit.) della sent. BVG, sent. 21 giugno 2016. Per la critica dell'approccio che valorizza anche il solo rischio di una simile evenienza A. THIELE, cit. p. 244; per la sua valorizzazione invece D. MURSWIEK, cit., p. 156. Sulla più ampia questione dei limiti che la giurisdizione costituzionale non dovrebbe oltrepassare sempre significative le riflessioni di M. DRATH, *Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *VVDtStRL*, Heft 5, 1952, p. 17 ss., e (sebbene articolate su una sentenza che tratta questioni differenti da quelle qui discusse) di M.D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! L'ennesimo dialogo-scontro tra Bundesverfassungsgericht e Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista telematica AIC*, n. 3/2016.



primo periodo GG, e il principio democratico discendente dalla lettura congiunta di questa disposizione e degli artt. 20, primo e secondo comma, e 79, terzo comma GG.

In questa luce l'apertura del giudice costituzionale all'ammissibilità deriva pure dalla considerazione del pericolo di violazione irreparabile dell'identità costituzionale tedesca causata dal piano OMT in quanto atto la cui realizzazione menomerebbe la piena responsabilità parlamentare del *Bundestag* in materia di bilancio<sup>83</sup>.

Per quanto concerne il ricorso interorganico, il BVG decide invece a favore della sua ammissibilità soltanto per la parte in cui *Die Linke* lamenta che il *Bundestag* si sarebbe sottratto a un vero e proprio obbligo costituzionale (dati i beni messi potenzialmente a rischio dal piano) volto ad ostacolare l'adozione della decisione OMT.

Per il resto, tutti i ricorsi vengono valutati come non ammissibili e infondati. Andando per ordine, di seguito le ulteriori motivazioni del BVG.

Nell'ordinamento giuridico tedesco il diritto di voto è inteso come lo strumento che, essendo tutelato al pari dei diritti fondamentali, assicura ai cittadini tedeschi quella forma di autodeterminazione politica che sta a fondamento della partecipazione libera ed eguale alla legittimazione dell'esercizio della sovranità statale<sup>84</sup>.

Il diritto così inteso non si esaurisce, però, nella legittimazione iniziale del potere statale (specificamente federale, legislativo), esercitata tramite il diritto di voto, ma pone in capo al singolo individuo una pretesa da vantare nei confronti dello stesso potere *costantemente*: la decisione adottata in occasione delle elezioni politiche deve permettere al cittadino di poter esercitare una *influenza* per così dire "fattiva" sullo stesso potere *nel corso dell'intera legislatura*<sup>85</sup>.

Nello specifico ambito disciplinato dall'art. 23 GG (ossia in relazione all'apertura al processo di integrazione sovranazionale), il diritto di voto è poi assistito da una ulteriore, peculiare garanzia, di importanza fondamentale per il cittadino: la legittimazione democratica garantita dall'art. 38 GG<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgff. 76, <77-78>.

<sup>84</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 81, e BVerfGE 37, 271 <279>; 73, 339 <375>; 123, 267 <340>; 132, 195 <238 nota a margine 104>; 135, 317 <399 nota a margine 159>. Sulla specifica comprensione del diritto di voto nella giurisprudenza costituzionale tedesca in tema di trasferimento di diritti sovrani a favore del livello sovranazionale K. F. GÄRDITZ, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, in *GLJ*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 188.

<sup>85</sup> Nel testo la ricostruzione quasi letterale del passaggio di cui al pgf. 81 della sentenza commentata.

<sup>86</sup> E, dunque, il principio democratico di cui sempre l'art. 38 GG, per parte sua, è espressione.

non può in alcun modo essere vanificata dai trasferimenti di diritti sovrani all'UE. Se così fosse, infatti, lo stesso principio democratico verrebbe compromesso<sup>87</sup>.

In altri termini, una simile violazione comporterebbe, a catena, un rischio potenziale o attuale per la piena integrità dell'identità costituzionale che esprime la sovranità popolare e poggia sulla legittimazione democratica<sup>88</sup>.

Ecco, dunque, la radice ultima e irrinunciabile che chiede al BVG di esercitare il sindacato sull'identità costituzionale: la protezione della sovranità popolare (e, di conseguenza, statale) che passa attraverso la tutela del principio democratico.

Per come descritta e ricostruita nella motivazione formulata dal Tribunale, però, questa radice fa sorgere un dubbio che la pronuncia non scioglie, lasciando in ombra una importante questione di fondo.

Il BVG, infatti, come ricordato poco sopra, stabilisce che i cittadini hanno il diritto ad esercitare una influenza "fattiva" sul legislativo federale *nel corso dell'intera legislatura*, e non soltanto votando in occasione delle elezioni politiche. Questa affermazione, però, non viene conclusa dal Tribunale ricordando che, laddove i rappresentanti eletti, nel corso del loro mandato, non rispettino il programma politico in ragione del quale hanno ottenuto il voto da parte degli elettori, rischiano una sanzione: una sanzione, beninteso, del tutto peculiare, ossia squisitamente politica, perché "inflitta" dagli stessi elettori e consistente nella non rielezione degli eletti.

Nel ragionamento del BVG questo passaggio conclusivo (per quanto ovvio) manca, e, forse proprio per questo, induce a riflettere: il Tribunale, infatti, insistendo sull'esistenza di una forma di controllo esercitabile da parte degli elettori sugli eletti non a legislatura conclusa, ma durante l'intero corso della stessa, *non indica* quali siano gli istituti mirati alla realizzazione di *questa specifica* forma di controllo costante.

Così facendo, si può immaginare che il BVG dia per scontato che, allo scopo di esercitare l'influenza in questione, alcuni istituti di democrazia diretta possano rivelarsi utili per dimostrare in modo inequivocabile, durante la legislatura, quanto i rappresentanti si stiano distaccando dalla volontà degli elettori (a titolo solo esemplificativo, e senza dunque intenzione di approfondire

---

<sup>87</sup> Sempre BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 81, e, per la più nota giurisprudenza risalente, BVerfGE 89, 155 <172>; 123, 267 <330>; 134, 366 <396 nota a margine 51>.

<sup>88</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 2, e BVerfGE 83, 37 <50 ss.>; 89, 155 <182>; 93, 37 <66>; 130, 76 <123>; 76 <123>; 137, 185 <282 ss. e nota a margine 131>; 139, 194 <224 nota a margine 106>.

profili che chiederebbero ben altro spazio rispetto a questa parentesi: referendum, petizioni, elezioni amministrative nei *Länder* politicamente sfavorevoli per il Cancelliere in carica, ecc.).

Data l'importanza della questione trattata, stupisce però che il Tribunale non abbia preferito indicare con chiarezza la via costituzionalmente legittima da percorrere al fine di permettere l'esercizio dell'influenza discussa; e proprio *questa lacuna* nel suo ragionamento comporta un rischio.

In assenza di spiegazioni inequivocabili, si potrebbe infatti addirittura arrivare a concludere che il controllo "fattivo" che i cittadini hanno diritto ad esercitare sul potere statale (legislativo, in particolare) nel corso dell'intera legislatura, nella concezione schizzata dal BVG *potenzialmente* possa configurare *un'apertura al mandato imperativo*, unico istituto per definizione in grado di vincolare rigidamente i rappresentanti ai rappresentati dall'inizio alla fine della legislatura.

Se così è, consapevolmente o meno, il BVG si è spinto *ben oltre quanto chiesto dai ricorsi presentati* e, forse, *ben oltre quanto di sua competenza*.

#### **4. *Gli atti ultra vires, attraverso i diritti inviolabili e la forma di governo parlamentare.***

Come anticipato (*supra*, pgf.1), il sindacato sugli atti cd. *ultra vires* costituisce una specifica declinazione di quello sull'identità costituzionale.

Il BVG affronta dunque la decisione OMT nella prospettiva di quanto finora ricostruito perché ritenuta dai ricorrenti atto *ultra vires*: in questa luce proprio quel che emerge dai ricorsi di costituzionalità ha dunque particolare significato, perché chiarisce i motivi che inducono i ricorrenti a qualificare nel modo appena accennato il piano e a ritenerlo inapplicabile nell'ordinamento giuridico tedesco, e il Tribunale a sposare queste posizioni.

Il piano OMT non rientrerebbe nelle competenze di attribuzione della BCE: non configurandosi nella sostanza come una decisione di politica monetaria, e in ragione dell'impatto che la sua realizzazione avrebbe sul bilancio pubblico federale, di sicuro finirebbe con l'incidere sul riparto di competenze fra Stati membri e UE a danno dei primi<sup>89</sup>. In particolare, invaderebbe la sfera decisionale degli Stati membri in materia fiscale.

---

<sup>89</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 86.

Ovvio che, nell'ottica dei ricorrenti, un pericolo simile avrebbe dovuto suscitare una reazione da parte del *Bundestag*; scegliendo la via dell'inerzia, invece, la Camera federale avrebbe non solo tollerato l'adozione di un atto *ultra vires* da parte della BCE, ma pure esposto i ricorrenti alla violazione del diritto di voto e della sovranità ancorata a questo stesso diritto (secondo la logica spiegata al pgf. precedente)<sup>90</sup>. Il governo federale, poi, adottando un atteggiamento identico a quello dell'assemblea parlamentare, avrebbe conseguito lo stesso risultato.

Vero è che, secondo il BVG, in una ipotesi quale quella delineata meglio sarebbe forse stato sollevare la questione dinanzi alla CdG (lamentando la violazione del riparto di competenze in materia fiscale fra Stati e UE, e l'adozione da parte della BCE di un atto non di sua competenza); ciò nonostante, la scelta di rivolgersi prima al giudice costituzionale interno è a suo avviso fondata, per i seguenti motivi.

Il ragionamento del BVG non può che ruotare intorno ai pilastri esposti nei pgff. precedenti trattando della protezione della identità costituzionale: se, infatti, il sindacato sugli atti *ultra vires* è una declinazione specifica di quello sull'identità, il nesso con quelli è insuperabile. Questo nesso, però, lascia spazio per alcune differenze fra i due istituti.

Fermo restando che, non essendo il piano mai stato applicato, ci si muove nell'ambito della tutela preventiva dei diritti, il BVG ricorda come sia necessario comunque chiarire e ribadire alcuni profili legati alla violazione delle competenze di attribuzione da parte degli organi, delle istituzioni o degli organismi UE<sup>91</sup>.

*Anche la sola possibilità*, rappresentata nei ricorsi, *di una simile violazione*, costituisce difatti la *condizione sufficiente* per far sì che il governo federale debba esercitare la sua «responsabilità in materia di integrazione» (o «*Integrationsverantwortung*»), sollevando di fronte alla CdG una questione relativa al riparto di competenze fra Stati membri e UE. Già di per sé, in ogni caso e di certo in quello presente, una forma di inerzia assoluta sarebbe incostituzionale - anche se non sempre, necessariamente, l'obbligo ad agire posto in capo al governo e/o al parlamento deve poi trasformarsi nell'esercizio concreto dello stesso obbligo<sup>92</sup>.

Qui, chiaro come il piano del ragionamento del BVG passi dalla tutela dei diritti – l'obbligo di cui sopra ad agire, per il giudice costituzionale nazionale, non è dissimile, nella sostanza, dalle altre

---

<sup>90</sup> Di nuovo BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 86.

<sup>91</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 88 ss.

<sup>92</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 88.

forme di protezione dei diritti fondamentali garantite dall'ordinamento giuridico tedesco<sup>93</sup> - a quello dei meccanismi di funzionamento della forma di governo parlamentare, costruendo un ponte logico fra la prima e questi ultimi<sup>94</sup>.

La sovranità popolare, espressa come descritto nel diritto di voto, si traduce a cascata nell'esercizio delle funzioni parlamentari affidato ai rappresentanti scelti grazie a questo diritto. Di conseguenza, impedire il pieno esercizio dello stesso diritto non permetterebbe ai rappresentanti del corpo elettorale di esercitare le funzioni proprie del Legislativo e radicate nel volere del popolo sovrano.

In relazione al piano OMT, questo nesso acquista un significato preciso.

Per la BCE la realizzazione del piano non deve essere collegata ai Fondi Salva Stati FESF e MES<sup>95</sup> e, di conseguenza, non richiede, come accade per questi (v. art. 17 MES), che il Consiglio dei Governatori approvi preliminarmente l'acquisto di titoli di debito sovrani (come da art. 4, secondo comma, art. 5, secondo comma, lett. f), e art. 13 MES).

Proprio questo passaggio, però, nell'ottica *non degli atti pattizi* relativi ai Fondi, *ma degli istituti caratterizzanti la forma di governo parlamentare*, acquista un profilo diverso e importanza determinante.

Ogni decisione del Banchiere centrale (tedesco) in seno al Consiglio dei Governatori UE è possibile soltanto se il ministro (nazionale) delle finanze l'ha prima approvata. *Soltanto così facendo il rapporto di fiducia fra Esecutivo e Legislativo non viene alterato in ragione della partecipazione all'Unione economica e monetaria.*

Il *Bundestag*, infatti, esercitando il controllo parlamentare di sua spettanza sul Cancelliere (*in ragione pure di una decisione del solo ministro delle finanze*), nella sostanza controlla e indirizza per questa via, quindi indirettamente, anche il Banchiere centrale e, tramite l'influenza così esercitata su quest'ultimo, conferma o nega la legittimazione democratica delle scelte del Consiglio dei Governatori, fino a poterle addirittura ostacolare agendo sul piano interno, ossia minacciando di negare la fiducia all'Esecutivo<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Di nuovo BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 88.

<sup>94</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 92.

<sup>95</sup> Ossia il *Fondo europeo di stabilità finanziaria* del 2010 e il *Trattato che istituisce un meccanismo europeo di stabilità* del 2012.

<sup>96</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 81 ss., spec. <92>.

Se la realizzazione del piano OMT non richiede, come poco sopra ricordato, l'approvazione preventiva del Consiglio dei Governatori, per la catena logica appena descritta viene dunque escluso, al fondo, non tanto il coinvolgimento del Consiglio dei Governatori nella concretizzazione del piano, ma – che è ben più grave - il controllo indiretto sul piano OMT riconducibile, in ultima istanza, ai rappresentanti del corpo elettorale, ossia al *Bundestag*.

Dunque, come da giurisprudenza ormai consolidata, anche se relativa a un arco temporale limitato<sup>97</sup>, il BVG riconduce tutte le decisioni in materia di bilancio, politica economica, fiscale e monetaria al soggetto che, a livello statale e sovranazionale, legittima democraticamente e per Costituzione gli organi e le istituzioni competenti ad adottarle: il popolo sovrano, o, meglio, il corpo elettorale attivo.

In questo senso il sindacato sugli atti *ultra vires* si rivela come declinazione di quello sull'identità costituzionale perché, pur essendo ancorato a questioni strettamente legate alla validità<sup>98</sup> dell'atto contestato, interessa nella sostanza il fondamento del nucleo duro costituzionale.

*Attenzione, però:* in una simile prospettiva l'art. 38 GG non è osservato dal BVG come base giuridica posta a tutela del “solo” diritto di voto<sup>99</sup>.

Se così fosse, la disposizione costituzionale permetterebbe infatti al BVG di esercitare “soltanto” un sindacato *sullo svolgimento* del processo democratico di scelta dei parlamentari. L'art. 38 GG, per come inteso nella sentenza discussa, va invece garantito (e in questa luce il BVG è chiamato ad esercitare le due forme di controllo qui trattate) perché *rende possibile* il processo democratico in questione<sup>100</sup>.

In altri termini, una cosa è l'intervento del giudice costituzionale nell'ipotesi di ostacoli della più varia natura che *impediscono il corretto svolgimento* del processo democratico di scelta dei rappresentanti popolari, ben altra è quella di violazioni delle disposizioni costituzionali relative allo stesso che si spingono fino a *metterne in gioco la stessa esistenza*.

---

<sup>97</sup> Per la quale si rinvia di nuovo a A. THIELE, *cit.*, e alla bibliografia degli articoli di dottrina richiamati alla nota (27).

<sup>98</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 90.

<sup>99</sup> «Fondamentale»: così il BVG qualifica il diritto di voto spec. al pgf. 88 della sentenza qui commentata. Per il novero delle tematiche che fungono da sfondo storico-giuridico al diritto in questione, D. GOSEWINKEL, *Schutz und Freiheit?, Staatsbürgerschaft in Europa im 20. und 21. Jahrhundert*, Berlin, Suhrkamp, 2016, spec. pp. 98-115, e p. 519 ss.

<sup>100</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 126.



**5. Snaturare la giurisdizione costituzionale: i pericoli della sovranità “ritrovata”, fra «diritto all’ultima parola» del giudice costituzionale, declino del principio di separazione dei poteri e onnipotenza del sovrano popolare.**

Come anticipato (*supra*, pgf.1), entrambe le forme di sindacato dovrebbero essere esercitate dal giudice costituzionale adottando quell’atteggiamento di *self-restraint* che permette di farne uso senza violare l’apertura costituzionale prevista dall’art. 23 GG per il processo di integrazione europea<sup>101</sup>: proprio questo, però, pare essere un ulteriore (se non il fondamentale) punto critico della sentenza.

Il BVG, dopo aver ribadito l’importanza irrinunciabile del sindacato a tutela dell’identità costituzionale e di quello sugli atti *ultra vires* (ricordando, nel corso di tutta la più che lunga e complessa motivazione, quanto solo questi possano garantire la sovranità dello Stato e popolare), sostiene infatti - come in passato – che gli spetterà sempre l’ «ultima parola» sugli atti contestati, ossia *anche dopo la sentenza* pronunciata della CdG sulla base dell’art. 267 TFUE.

Ed è in questa luce che il Governo italiano sosteneva che il BVG avesse utilizzato il rinvio di cui all’art. 267 TFUE snaturandone la funzione, ossia trasformando la sentenza relativa da pregiudiziale a «consultiva». Nonostante il ragionamento svolto ai pgff. 140 ss. della pronuncia, alla cui lettura si rimanda, diverse sono quindi le perplessità sul punto che non trovano risposta<sup>102</sup>.

Per avvalorare la posizione sposata, il BVG richiama il diritto costituzionale e la giurisprudenza di quegli Stati membri che, al pari di quello tedesco, introducono controlimiti al trasferimento di diritti sovrani all’UE<sup>103</sup>. Nel passaggio, però, in cui spiega in quale momento deve esercitare il controllo sugli atti *ultra vires*, con tutte le conseguenze già accennate, il Tribunale formula un ragionamento non semplice da tradurre in pratica, laddove necessario.

Secondo il BVG, la CdG e le giurisdizioni costituzionali nazionali esercitano competenze differenti, sulla base di parametri di giudizio diversi. In quest’ottica, va da sé che la CdG possa

---

<sup>101</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 121.

<sup>102</sup> Fungono da cornice alle suggestioni di seguito formulate le riflessioni lungimiranti, proprio per la prospettiva qui adottata, di H.J. HAHN, *Über die Gewaltenteilung in der Wertwelt des Grundgesetzes*, in *JöR*, Bd. 14, 1965, p. 15 ss.

<sup>103</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 142: il BVG richiama la giurisprudenza (troppo vasta per essere qui riportata) di Danimarca, Estonia, Francia, Irlanda, Italia, Polonia, Spagna, Repubblica ceca, Regno unito.

pronunciarsi anche «in modo erroneo»<sup>104</sup> dal punto di vista del giudice costituzionale interno, che, però, tollererà questa possibilità in ragione della copertura offerta in questo senso dall'art. 19, primo comma, secondo periodo TUE (ossia in ragione della previsione che stabilisce che la Corte di Giustizia dell'Unione europea «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati»).

Questo margine di tolleranza, continua il BVG, è comunque limitato. Se la CdG esercita la discrezionalità che, per Trattato, le spetta, spingendosi però sino a formulare un'interpretazione del diritto primario dalla quale derivano norme giuridiche manifestamente non applicabili, soltanto due potranno essere le conseguenze: l'art. 19, primo comma, secondo periodo TUE non coprirà di certo un simile esercizio delle competenze della Corte; per il congiunto disposto degli artt. 23, primo comma, secondo periodo GG, 20, primo e secondo comma, GG e 79, terzo comma GG verrà a mancare quella soglia minima inderogabile di legittimazione democratica che regge indirettamente l'UE nel complesso<sup>105</sup>. Non bastasse questo, c'è pure di più<sup>106</sup>.

Per il BVG il travalicamento delle competenze sarebbe «manifesto» anche quando, come ben può accadere, *non venisse così valutato da altri soggetti, diversi dal giudice costituzionale* (ad esempio - afferma esplicitamente il Tribunale<sup>107</sup> - da alcune voci in dottrina, o da politici o fonti giornalistiche che ritengono che una disposizione non sia di dubbia applicabilità), *e pure laddove la CdG avesse già reso un'interpretazione diligente e puntuale*<sup>108</sup>.

Che queste affermazioni non rappresentino l'opposto di quanto ritenuto dal Governo italiano (che segnalava come, per la via finora descritta, si finisca con l'incidere sulla natura del rinvio pregiudiziale, e, si aggiunge qui, si lasci al fondo *al giudice costituzionale nazionale la decisione finale sulla corretta interpretazione del diritto primario dell'UE*)<sup>109</sup> pare una possibilità reale: del

<sup>104</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgff. 149 <150>.

<sup>105</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 149.

<sup>106</sup> Forse, proprio nella prospettiva suggerita nel testo bisognerebbe rileggere oggi, con spirito particolarmente critico, lo scritto del Presidente del Secondo Senato del BVG elaborato anni fa, A. VOBKUHLE, *Europäischer Verfassungsgerichtsverbund*, in *NZVerwR*, Nr. 29/2010, pp. 1-8.

<sup>107</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 150.

<sup>108</sup> BVG, sent. 21 giugno 2016, pgf. 150, e, sui parametri di giudizio da utilizzare per il sindacato sugli atti *ultra vires*, il §24, primo periodo, del BVerfGG (ossia la legge federale istitutiva del Tribunale costituzionale federale tedesco), e BVG 82, 316 <319 ss.>; 89, 243 <250>; 89, 291 <300>; 95, 1 <14 ss.>; 103, 332 <358 ss.>.

<sup>109</sup> Vale la pena di richiamare di nuovo per esteso A. THIELE, *cit.*, p. 247, nel passaggio in cui affermava senza mezzi termini che «one could obviously not say that the Constitutional Court has acted particularly friendly and has

resto, il BVG altro non sta affermando se non che vaglierà l'interpretazione fornita dalla CdG<sup>110</sup> per stabilire se la Corte abbia agito nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 19 primo comma, secondo periodo TUE<sup>111</sup>.

Ora, disegnando una linea di confine così sfumata fra le proprie competenze e quelle della CdG<sup>112</sup>, il BVG – consapevolmente o meno – traccia una demarcazione fra le une e le altre al fondo ancorata a un'idea di sovranità sulla quale bisogna ben riflettere.

Questa idea, infatti, per chi scrive sembra reggersi su quella della *signoria sui Trattati affidata non agli organi costituzionali legittimati democraticamente*<sup>113</sup>, *ma al giudice costituzionale (tedesco)*.

Anche se lo scopo è quello di tutelare i diritti (fondamentali o altri), il rischio che per questa via si corre può solo essere elevato: così facendo, sembra infatti evidente che la distinzione fra le competenze dei due giudici (costituzionale interno e sovranazionale) diventi confusa, e quella fra l'esercizio delle delicatissime attribuzioni della giurisdizione costituzionale e l'adozione di scelte politiche spettanti alle assemblee parlamentari e ai governi molto, o troppo, sottile.

Il pericolo che, nella sostanza, difendendo l'identità costituzionale il Giudice delle leggi si spinga ben oltre le sue competenze e, dunque, vada al di là del ruolo che lo rende parte del complessivo disegno affidato alla Costituzione, pare dunque potersi verificare<sup>114</sup>.

---

*accepted the ECJ as the final interpreter of European law»*, e M.D. POLI, *Mir gehört die Letztentscheidungskompetenz! cit.*

<sup>110</sup> Sul punto di nuovo le osservazioni critiche di K.F. GÄRDITZ, *cit.*, pp. 191-192.

<sup>111</sup> In questo senso le preoccupazioni espresse da D. SCHIEK, *The German Federal Constitutional Court's Ruling on Outright Monetary Transactions (OMT) – Another Step Towards National Closure?*, in *GLJ*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 329.

<sup>112</sup> Su questa possibilità era fondata l'opinione dissenziente del giudice costituzionale *Gertrude Lübke-Wolff* che accompagnava la sentenza del 14 gennaio 2014 del BVG, *cit.* Lo stesso giudice, essendo scaduto il suo mandato nell'aprile 2014, non ha poi fatto parte del collegio che ha adottato la pronuncia dello scorso giugno 2016. Impressionante poi, letto in questa luce, il pensiero sui pericoli in grado di intaccare il principio di separazione dei poteri, formulato prima delle questioni qui trattate, di H.H. KLEIN, *Gefährdungen des Prinzips der Gewaltenteilung in der Bundesrepublik Deutschland*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Beilage zur Wochenzeitung *Das Parlament*, B 50/1974, p.3 ss.

<sup>113</sup> In modo diretto, la sola assemblea parlamentare, e indiretto, ossia grazie al vincolo della fiducia parlamentare, il governo.

<sup>114</sup> Con queste affermazioni non si vuole comunque negare la straordinaria complessità del rapporto fra scelte politiche e cornice giuridica costituzionale: per le più opportune riflessioni su questo problema si rinvia al pensiero di D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012.

A quel punto, in gioco non ci sarebbe più “soltanto” (come se non fosse già di per sé sufficiente) il principio democratico, ma, anche, quello della separazione dei poteri e, al tempo stesso, la natura più profonda delle giurisdizioni costituzionali.

Cosa resterebbe, allora, delle Costituzioni razionalizzate del Secondo dopoguerra, una volta superato il confine appena evocato?

*Forse*, una sorta di sovranità statale *ritrovata*; *di certo*, con questa, il ruolo di custode della Costituzione *tradito* e il progetto di integrazione *perduto*.