

Dichiarare ammissibili i ricorsi diretti di costituzionalità e sul conflitto tra poteri dello Stato per ottenere la revisione dei Trattati sovranazionali? Dal Meccanismo europeo di Stabilità alle *Outright Monetary Transactions*, attraverso una imprevedibile giurisprudenza costituzionale

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). BVerfG, 2 BvR 1390/12, vom 18.3.2014, Absatz-Nr. (1 - 245).

di **Monica Bonini** - Professore associato di istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Milano Bicocca

SOMMARIO : 1. Dal Meccanismo europeo di Stabilità alle *Outright Monetary Transactions*, attraverso la giurisprudenza costituzionale tedesca. – 2. La forma di governo parlamentare fra garanzia della stabilità economico-finanziaria e tutela del principio democratico. - 3. Il rinvio pregiudiziale: salvare l'Unione economica e monetaria o proteggere la sovranità nazionale? – 4. Come violare il principio di separazione dei poteri in nome della tutela dei diritti fondamentali. – 4.a) Le opinioni dissenzienti: tutelare i confini fra politica e giurisdizione costituzionale. – 5). *Spingersi oltre la soglia dell' "inerzia concreta"* per dichiarare ammissibili i ricorsi diretti di costituzionalità e sul conflitto fra poteri dello Stato. A quale scopo? – 6. Conclusioni: tornare a Max Weber, costretti a scegliere fra «l'etica dei principi» e «l'etica della responsabilità».

1. Dal Meccanismo europeo di Stabilità alle *Outright Monetary Transactions*, attraverso la giurisprudenza costituzionale tedesca.

Dopo le note sentenze del 2011 e del 2012¹, il 14 gennaio e il 18 marzo 2014 il Tribunale costituzionale federale tedesco² è tornato a confrontarsi³ con alcune problematiche di rilievo

¹ Con le quali il Tribunale costituzionale federale tedesco si è pronunciato, rispettivamente:

- a) sui ricorsi diretti di costituzionalità (o *Verfassungsbeschwerden*) aventi ad oggetto atti normativi interni adottati tanto per fronteggiare la crisi economico-finanziaria nell'ambito dell'Unione monetaria, quanto per erogare aiuti a favore dell'ordinamento giuridico greco (*BVerfG, 2 BvR 987/10, vom 7.9.2011, Absatz-Nr. (1-142)*; *BVerfG, 2 BvR 1485/10, vom 7.9.2011, Absatz-Nr. (1-142)*; *BVerfG, 2 BvR 1099/10, vom 7.9.2011, Absatz-Nr. (1-142)*);
- b) sul conflitto fra poteri dello Stato (o *Organstreit*) avente ad oggetto alcune modifiche apportate alla *Legge sul Meccanismo di Stabilità* (*BVerfG, 2 BvE 8/11, vom 28.2.2012, Absatz-Nr. (1-162)*); per la stessa Legge si veda lo *StabMechG*, ossia il *Gesetz zur Uebernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäeischen Stabilisierungsmechanismus*, in breve *Euro-Stabilisierungsmechanismus-Gesetz*, del 22 maggio 2010, in *Bundesgesetzblatt* o *BGBl*, I, p. 627 - Legge per l'adozione di garanzie nell'ambito del Meccanismo di

costituzionale e sovranazionale originate da una serie di atti (pattizi e di altra natura, adottati rispettivamente da molti degli Stati membri dell'Unione europea e della cd. Eurozona, nonché dalla Banca centrale europea) per fronteggiare la crisi economico-finanziaria⁴.

Stabilità europea, in breve *Legge per il Meccanismo europeo di Stabilità* o, appunto, *StabMechG*, modificato con la legge federale entrata in vigore il 14 ottobre 2011. Precede lo *StabMechG* il *Gesetz zur Übernahme von Gewährleistungen zum Erhalt der für die Finanzstabilität in der Währungsunion erforderlichen Zahlungsfähigkeit der Hellenischen Republik*, in breve *Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetz* o *WFStG*, del 7 maggio 2010, in BGBl, I, p. 537 - *Legge per l'adozione di garanzie per la solvibilità della Repubblica ellenica finalizzate al mantenimento della stabilità finanziaria nell'ambito dell'Unione monetaria*, in breve *Legge sulla stabilità finanziaria e sull'Unione monetaria* o *WFStG*.

- c) e, infine, sui ricorsi diretti di costituzionalità e sul conflitto fra poteri dello Stato presentati per sospendere (fino alla pronuncia dei giudici costituzionali sulla legittimità costituzionale di una serie di atti normativi interni) la promulgazione delle leggi federali di autorizzazione alla ratifica del *Trattato sul Meccanismo europeo di Stabilità* (*Trattato che istituisce un Meccanismo europeo di Stabilità*, del 2 febbraio 2012, in breve *ESM*, Fondo finanziario o Fondo Salva-Stati), del *Trattato sulla Stabilità, sul Coordinamento e sulla Governance nell'Unione economica e monetaria* del 2 marzo 2012 (noto come *Patto di bilancio* o *Fiscal Compact*), e, infine, della legge federale sulla *Decisione del Consiglio europeo che modifica l'art. 136 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'Euro* (decisione del 25 marzo 2011 (2011/199/UE), con la quale si introduce il nuovo art. 136 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea o *TFUE*, e il cui terzo comma permette la creazione del MES da parte di alcuni Stati membri dell'Unione): *BVerfG, 2 BvR 1390/11 vom 12. September 2012, Absatz-Nr. (1-319)*. Per completezza va ricordato come, nella sentenza del settembre 2012, il *BVerfG* non abbia esercitato il suo sindacato sulle sole leggi federali ricordate, ma, pure, su quelle ulteriori adottate dal Legislatore federale per dare applicazione agli atti impugnati e ad altri connessi per materia, ritenendo indispensabile un esame sommario di questo corpo normativo per valutare l'impatto sulla Costituzione tedesca dell'adozione degli obblighi di diritto internazionale discendenti dagli accordi in questione. Fra le leggi federali più significative in questa prospettiva rientra il cd. *ESMFinG*, ossia la *Legge federale sulla partecipazione finanziaria della Repubblica federale tedesca al MES*, o *Gesetz zur finanziellen Beteiligung am Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Finanzierungsgesetz –, BtDrS. 17/9048, 17/10126)*.

² *Bundesverfassungsgericht*, indicato nel corso del testo anche come *BVG*, *BVerfG* o Tribunale. Si segnala fin d'ora che le traduzioni in lingua italiana (letterali solo laddove così espressamente indicato) dei passaggi delle sentenze del *BVG* presenti in questo lavoro sono di chi scrive.

³ Per una breve ricostruzione della giurisprudenza costituzionale tedesca più risalente in tema di rapporti fra ordinamento nazionale e sovranazionale A. THIELE, *Friendly or Unfriendly Act? The "Historic" Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB's OMT Program*, in *German Law Journal*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 242 ss.

⁴ Data la loro importanza per la più approfondita riflessione sull'esperienza tedesca qui discussa, fra gli ormai numerosissimi studi che si sono occupati delle problematiche di diritto costituzionale, regionale e amministrativo italiano originate dalle novità emerse in ragione della crisi economico-finanziaria, pare opportuno segnalare qui: A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2012, 11 ss.; ID., *Il principio del pareggio in bilancio in Costituzione*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2012, 2 ss.; C. BUZZACCHI, *Copertura finanziaria e pareggio di bilancio: un binomio a rime obbligate?*, in www.rivistaaic.it, n. 4/2012; ID., *Equilibrio di bilancio versus autonomie locali e "Stato sociale"*, in *Amministrare*, n. 1/2014, 49 ss.; R. BIFULCO, O. ROSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Torino, Giappichelli, 2013; M. LUCIANI, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, relazione al convegno *Il principio*

Rispetto alla precedente, la giurisprudenza costituzionale recente è caratterizzata da elementi di novità molto significativi: per ben comprenderli, è necessario anzitutto ricordare come si giunge alle due sentenze di quest'anno, e riflettere solo in seguito su quelli.

Con la pronuncia del settembre 2012, nell'ambito di un giudizio cautelare, il Tribunale aveva consentito in via provvisoria la partecipazione tedesca all'accordo sul *Meccanismo europeo di Stabilità* (o MES⁵), lasciando a una futura sentenza ogni più precisa risposta in punto di diritto alla tesi espone nei ricorsi di costituzionalità e in quello relativo al conflitto fra poteri dello Stato sollevati tempo addietro.

Con la sentenza del 14 gennaio 2014 il procedimento pendente fin dal settembre 2012 è stato distinto in due parti, di cui una prima è ora oggetto di un rinvio pregiudiziale dinanzi la Corte di giustizia.

Il rinvio pregiudiziale riguarda la decisione del 6 settembre 2012 del Consiglio direttivo della Banca Centrale europea (o BCE), con la quale vengono adottate le cd. *Technical Features on Outright Monetary Transactions* (in breve OMT, o "piano/programma OMT"⁶). A questa decisione⁷ non è ancora stata data applicazione negli Stati membri dell'Unione economica e monetaria (o

dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012, Corte costituzionale, 22 novembre 2013, in www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Seminario2013_Luciani.pdf; G. RIVOSECCI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2012; e, da ultimo, E. OLIVITO, *Crisi economico-finanziaria ed equilibri costituzionali. Qualche spunto a partire dalla lettera della BCE al governo italiano*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2014.

⁵ Il MES è un'istituzione finanziaria internazionale creata agli scopi già accennati nel testo, le cui parti contraenti sono gli Stati membri dell'Unione europea la cui moneta è l'Euro, divenuta una sorta di organizzazione intergovernativa capace di realizzare misure anticrisi (sono parte all'accordo i seguenti Stati, al tempo stesso membri dell'Unione europea: Belgio, Germania, Estonia, Irlanda, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Cipro, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Austria, Portogallo, Slovenia, Slovacchia e Finlandia); sul punto, per quanto concerne la specifica vicenda tedesca, la nota (1). Per la più chiara definizione dei fini, scopi e strumenti del MES, e della compatibilità con le previsioni del *Trattato sull'Unione europea* e di quello *sul Funzionamento dell'Unione europea*: Corte di Giustizia, sent. 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle c. Irlanda*, pronuncia sulla quale si tornerà meglio nel corso del testo, al pgf. 3. Sulla più ampia tematica connessa, sempre più che significative poi le riflessioni di R. PEREZ, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio*, relazione al 58° Convegno di „Studi amministrativi“ *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Varenna, 20-22 settembre 2012, in www.astrid-online.it; per l'indicazione della serie di approfondimenti in dottrina e di documenti della più diversa natura pubblicati in tema si rinvia ai *dossier* rinvenibili in www.astrid-online.it.

⁶ Ricostruisce la complessa vicenda che porta all'adozione del programma OMT D. MURSWIEK, *ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014*, in *German Law Journal*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 148 ss. Per quella, invece, relativa all'evoluzione sovra- e internazionale in materia di atti anticrisi di nuovo C. Buzzacchi, *Equilibrio di bilancio ...*, cit., p. 49 ss., spec. pp. 50-57. Sullo strumento delle "decisioni" della BCE di recente S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 101 ss.

⁷ D. MURSWIEK, cit., p. 153, chiarisce la particolare natura della decisione OMT e le conseguenze per i giudici nazionali che si confronteranno con la stessa: «*The OMT decision of the ECB has no external binding force—neither with respect to market participants nor with respect to Member States. Since it does not generate any legal effects at all, but “only” political and factual effects, it cannot be void, in contrast to a norm in the case of incompatibility with superior law. A court can only determine its illegality. In this respect, the interpretation of such an executive act in conformity with Union law is very unusual. It is, however, not methodically impossible. Nevertheless, one can ask oneself what the point is. With respect to the ECB and with respect to the public, an interpretation in conformity with Union law appears less harsh than the determination of illegality, even though it implies that other interpretations are illegal*».

UEM). La pronuncia di gennaio suscita serie perplessità, manifestate senza remore da tanta parte della dottrina tedesca che su di essa si è espressa⁸.

Con la sentenza del 18 marzo scorso il Tribunale si è invece soffermato sugli aspetti estranei al rinvio pregiudiziale del gennaio appena precedente, ritenendo soltanto in parte ammissibili, e comunque anche in quella infondati, tanto il ricorso individuale di costituzionalità, quanto il ricorso sul conflitto fra poteri dello Stato⁹ aventi ad oggetto le leggi federali di ratifica del MES e del *Fiscal Compact*, nonché le leggi federali relative a ulteriori atti normativi sovranazionali (il cd. *Sistema Target2* e il *Six Pack*)¹⁰.

Questa pronuncia conferma la giurisprudenza del 2011 e del 2012, e verrà subito di seguito affrontata in breve, per ragionare invece poi, in modo ben più diffuso, sugli aspetti decisamente critici, e dunque di maggiore interesse, di quella del gennaio 2014.

Come accennato, per le sue potenziali conseguenze solo quest'ultima ha difatti una portata ben diversa dalle precedenti e dalla successiva, a ragion veduta molto apprezzate dalla dottrina italiana e tedesca.

Una portata preoccupante per la modalità con la quale i giudici costituzionali, sostenendo che la Banca centrale europea abbia adottato un atto *ultra vires*, entrano a gamba tesa nella crisi economica ancora irrisolta - con tutta evidenza senza soppesarne i risvolti drammatici che proprio quegli atti potrebbero lenire¹¹: *fiat justitia pereat mundus*, nelle parole recenti di Cesare Pinelli¹².

Una portata grave, poi, come chi scrive segnala da tempo, pure perché allo scopo gli stessi giudici non esitano a dilatare le competenze loro affidate dalla Costituzione tedesca (o GG¹³) e dalla legge federale del 1951 sul BVG (anche BVGG)¹⁴.

⁸ Per questa si veda l'edizione interamente dedicata alla decisione qui discussa del *German Law Journal*, Vol. 15, No. 2/2014. Traccia poi le possibili risposte della Corte di Giustizia mirate a non trasformare il rinvio pregiudiziale in un contrasto insuperabile con il BVG M. KUMM, *Rebel Without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might Do About It*, in *German Law Journal*, Vol. 15, No. 2/2014, pp. 206-207 ss. Nettamente contrario a valutare in modo negativo l'operato del BVG, invece, D. MURSWIEK, *cit.*, p. 151 ss.

⁹ Specifica 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, 973 ss., spec. p. 975, ala nota (4), che con il termine tedesco *Organstreit* si indica la «procedura prevista dalla GG per i litigi tra istituzioni costituzionali (la traduzione di *Organ* è istituzione, mentre quella di *Institution* è organo)».

¹⁰ Su questi strumenti, la cornice giuridica e l'evoluzione politico-economica che li accompagna, sempre C. BUZZACCHI, *Equilibrio di bilancio ...*, *cit.*, pp. 52-53. Pare utile ricordare qui che il cd. *Fiscal Compact* è un accordo internazionale cui aderiscono i seguenti Stati: Belgio, Bulgaria, Danimarca, Germania, Estonia, Irlanda, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Cipro, Lettonia, Lituania, Lussemburgo, Ungheria, Malta, Paesi Bassi, Austria, Polonia, Portogallo, Romania, Slovenia, Slovacchia, Finlandia e Svezia.

¹¹ Chiaro che con questa affermazione, sulla quale si tornerà nel testo, si desidera ragionare su specifici aspetti della più ampia questione, e non disconoscere quelli che portano alla posizione di C. PINELLI in *La dimensione internazionale della crisi finanziaria e i suoi riflessi nelle istituzioni di cooperazione sovranazionale e sui rapporti tra queste e gli ordinamenti nazionali*, relazione presentata al convegno *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, Lecce, 14-15 settembre 2012, in www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/09/pinelli.pdf.

¹² Sempre C. PINELLI tratta in una luce differente quanto qui discusso: ID., *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *costituzionalismo.it*, n. 1/2014. Più pessimista M. KUMM, *cit.*, p. 214: «*It can be hoped that the FCC has not manoeuvred itself into a corner, leaving no way of escape without great damage being inflicted. And if the FCC does inflict damage, it can only be hoped that it will be focused on its reputation and effectiveness and not on European citizens, who will be denied the benefits of legally sound and politically effective mechanisms to address the financial crisis in Europe.*»

¹³ *Grundgesetz* o *Legge fondamentale*.

Difficile affermare con certezza quali ripercussioni avrà la sentenza del gennaio 2014 sulla stabilità dell'Unione economica e monetaria; per queste, è necessario attendere (fra molto altro) la risposta della Corte di Giustizia. Ragionevole invece immaginare che, sottrarre in questo momento storico alla Banca centrale europea strumenti decisivi per affrontare nuovi e preoccupanti fenomeni economico-finanziari nella cd. Eurozona, utilizzando, come si chiarirà nel corso del testo, un rinvio pregiudiziale originato da ricorsi di dubbia ammissibilità, non possa aiutare l'equilibrio precario delle economie degli Stati membri dell'Unione europea ed economica e monetaria¹⁵.

Un indizio particolarmente significativo a sostegno della posizione critica qui sposata è dato dal fatto che la pronuncia è accompagnata da ben due opinioni dissenzienti, le cui affermazioni sul punto sono inequivocabili.

In questa prospettiva, non deve quindi trarre in inganno il fatto che la sentenza abbia inizialmente attirato l'attenzione generale perché, per la prima volta nella sua storia¹⁶, il Tribunale, come da art. 267, spec. secondo comma, del *Trattato sul funzionamento dell'Unione europea* (o TFUE), si è avvalso del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia¹⁷.

Fra i profili più rilevanti ce n'è invece un altro¹⁸. Come sottolineato dalla dottrina tedesca¹⁹, la pronuncia desta interesse perché, con lo strumento del rinvio pregiudiziale, i giudici

¹⁴ Ossia la legge federale modificata nel 1993 e nel 2012: *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG, in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I, p. 1473), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 12. Juli 2012 (BGBl. I, p. 1501) geändert worden ist.*

¹⁵ Sul nesso fra l'impossibilità di fronteggiare le future fasi della crisi economica nella zona UEM a causa delle conseguenze del rinvio pregiudiziale del BVG avente ad oggetto la decisione OMT A. THIELE, *cit.*, pp. 248-250

¹⁶ Si sofferma sulla redazione testuale del primo, storico rinvio pregiudiziale, constatando che rispetta quanto stabilito dall'art. 94 del *Regolamento di Procedura della Corte di Giustizia*, e chiarendo che il rinvio è fondato sull'art. 267, secondo comma TFUE (ossia sullo specifico riferimento normativo che chiarisce come sia necessario per il BVG ottenere la risposta della Corte di giustizia per potersi poi pronunciare sulle questioni poste alla sua attenzione), A. THIELE, *cit.*, pp. 242-244, riportando (a p. 243) il paragrafo a suo avviso più significativo relativo proprio al passaggio dove il BVG ricorda quando stabilito nel caso *Honeywell*: «[...] specially quotes its recent *Honeywell Decision of 2010* where it had held that acts of the European Union are not applicable in Germany if they are "evidently" not in accordance with the European competence order and lead to a significant structural shift within the competencial arrangement in favor of the EU».

¹⁷ Ridimensiona il clamore suscitato dall'aspetto richiamato nel testo, ricordando le posizioni che lo hanno tanto esaltato, quanto affrontato con maggiore equilibrio, U. DI FABIO, *Karlsruhe Makes a Referral*, in *German Law Journal*, Vol. 15, No. 2/2014, pp. 107-108. L'A. poi, nel corso del suo scritto, non esita ad assumere una posizione nella sostanza molto favorevole alle scelte del BVG, e particolarmente critica nei confronti delle più diverse conseguenze del cd. *Fiscal Compact*: tutto questo, sottolineando come lo scopo delle attuali misure anticrisi e delle risposte normative e giurisdizionali alle difficoltà contingenti debba essere quello di tornare alla più piena responsabilità in materia economica e fiscale di ciascuno Stato parte dell'UEM, abbandonando l'idea che sia invece possibile affrontare il frangente grazie al credito elargito dagli Stati virtuosi tramite il Fondo finanziario europeo. Evidenzia invece con maggiore equilibrio, in un'ottica che non distingue gli Stati cd. virtuosi da altri, ma, al contrario, ragiona sulla complessiva tenuta della cd. Eurozona, sempre C. BUZZACCHI, *Equilibrio di bilancio ...*, *cit.*, p. 50 ss.

Precisa poi A. THIELE, *cit.*, p. 243, come «*The reluctance of the Constitutional Court to comply with its duties under the TFEU and to accept the role of the ECJ as the final interpreter of European Law has been criticized for many years, not only after the Lisbon Decision of 2009. However, the Constitutional Court reacted to these critics in its Honeywell Decision of 2010 and, so it seemed, started to redefine its understanding of its relationship with the European judicial system. This redefining process has now found its temporary endpoint with this first referral, which therefore truly stands for a new era in the relationship between the Constitutional Court and the ECJ within the "European Network of Constitutional Courts"*».

¹⁸ Così U. DI FABIO, *cit.*, p. 108. Fa rientrare le scelte del BVG nella logica già tratteggiata dalla giurisprudenza costituzionale precedente quella del 2014 F. GÄRDITZ, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, Vol.

costituzionali danno per la prima volta seguito alla giurisprudenza *Honeywell*²⁰: con la sentenza del 6 luglio 2010, difatti, il Tribunale, riservando a sé il controllo ultimo sugli atti *ultra vires* delle istituzioni o degli organi dell'Unione europea, stabiliva che agli stessi atti non fosse possibile dare applicazione nella Repubblica federale²¹.

Nell'ottica del Tribunale, difatti, gli effetti giuridici a quelli connessi inciderebbero sul più pieno esercizio della funzione legislativa ed esecutiva nazionale e, per questa via, menomerebbero tanto la sovranità dello Stato tedesco quanto il diritto del cittadino a poter assumere, grazie ai congegni istituzionali della democrazia rappresentativa, le decisioni fondamentali che riguardano la collettività nazionale.

Per capire quali novità introduce la giurisprudenza costituzionale di quest'anno, va pure ricordato un secondo profilo, importante quanto quello appena richiamato.

Nel passato recente della "crisi del debito", il Tribunale ha sempre esercitato il sindacato di legittimità costituzionale *su specifici atti normativi* (in estrema sintesi: sulle leggi federali di ratifica degli accordi internazionali mirati a fronteggiare il debito sovrano incontrollato di alcuni Stati membri, e il conseguente rischio di destabilizzazione degli Stati parte all'Unione economica e monetaria), sviluppando un filone giurisprudenziale che ha evidenziato come ogni decisione di iniziativa governativa, capace di incidere sul bilancio nazionale, debba essere soggetta al più puntuale e penetrante controllo del Parlamento (in particolare della Camera federale, il *Bundestag*, e, per quanto di loro competenza, delle relative articolazioni interne, prima fra tutte la Commissione bilancio).

15, No. 2/2014, p. 184, spec. laddove sostiene: «*The Court retains its doctrine developed in the Lisbon and Mangold decisions to review whether acts of European institutions and agencies are based on manifest transgressions of powers (ultra vires control) or affect the area of constitutional identity (structural constitutional identity protection) governed by Article 79, section 3 Grundgesetz. Pursuant to that provision — combined with Article 23, section 1, sentence 3 — competences cannot be transferred to the EU insofar as the transfer would cause structural changes within the German constitutional order that would negatively affect the principle of democracy (Article 20, sections 1-2 GG), the principle of Rechtsstaat (Article 20, section 3 GG) or the fundamental guarantee of human dignity (Article 1, section 1 GG). Such a structural change is beyond the power of constitutional amendment and, thus, cannot be disavowed by a transfer to the EU either.*».

Lo stesso A. continua affermando: «*Before the decision at hand, the concept of constitutional identity protection against structural damage via the right-to-vote-approach has never been transferred to the far more general concept of ultra vires control. The latter is not directed against unconstitutional authorization via transfer of power but is a latent mode to control the legality of EU organs' conduct with the aim to prevent arbitrary transgressions of the authorization transferred*», e, poi, non rinuncia a evidenziare le differenze fra l'intervento del BVG finalizzato alla tutela dell'identità costituzionale tedesca e quello relativo alla protezione del principio democratico dagli atti *ultra vires* (sempre F.K. GÄRDITZ, *cit.*, pp. 190-191).

¹⁹ Riassume così le novità introdotte dalla sentenza dello scorso gennaio D. SCHIEK, *The German Federal Constitutional Court's Ruling on Outright Monetary Transactions (OMT) – Another Step towards National Closure?*, in *German Law Journal*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 329.

²⁰ *BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 6.7.2010, Absatz-Nr. (1-116)*, d'ora in poi indicata anche solo come *Honeywell*.

²¹ Come riassunto nei cd. *Leitsätze* della stessa sentenza (ossia nei passaggi più significativi della motivazione in diritto riportati all'inizio della pronuncia, in questo caso al n. 1.a), il BVG può esercitare il cd. «controllo *ultra vires*» (lett. «*Ultra-Vires-Kontrolle*») nel caso in cui la violazione delle competenze attribuite sia sufficientemente qualificata, ossia nell'ipotesi in cui sia evidente che l'istituzione o l'organo sovranazionale hanno agito spingendosi oltre le competenze di loro attribuzione, e l'atto adottato di conseguenza comporti un «significativo trasferimento strutturale» di competenze (lett. «*strukturell bedeutsamen Verschiebung*») a danno degli Stati membri. Si sofferma sul più preciso significato dei cd. *Leitsätze* di nuovo J. ZILLER, *Solange III, cit.*, p. 977.

Questo, in una prospettiva precisa: soltanto i procedimenti parlamentari che consentono di esercitare la funzione legislativa e quella di controllo sull'Esecutivo possono garantire ed esprimere pienamente il principio democratico chiamato a reggere in ogni momento – e ancor più nel frangente della crisi - le scelte economico-finanziarie che ricadono sulla Federazione e i cittadini tutti²².

In questa luce la materia del bilancio (fra molte altre, beninteso) diventa il “banco di prova” della tenuta della democrazia parlamentare nella forma di governo caratterizzante la Repubblica federale tedesca.

Dallo scorso gennaio accade qualcosa di non poco differente da quanto appena descritto. Come già accennato, di seguito si sceglie di soffermarsi brevemente sulla pronuncia di marzo (al pgf. 2), per dedicarsi poi in modo più diffuso a quella precedente, di gennaio (ai pgf. 3 ss.).

2. *La forma di governo parlamentare fra garanzia della stabilità economico-finanziaria e tutela del principio democratico.*

La sentenza dello scorso marzo ribadisce la giurisprudenza costituzionale tedesca ormai consolidata, articolata sul nesso imprescindibile fra principio democratico, forma di governo parlamentare e decisioni in materia di bilancio²³.

Per proteggere il primo, è necessario che le seconde passino attraverso i procedimenti parlamentari capaci di garantire, da un lato, il più puntuale controllo sulle scelte dell'Esecutivo nazionale adottate per rispettare gli obblighi discendenti dai Trattati internazionali *Fiscal compact* e MES. Dall'altro, in grado di consentire che il rappresentante nazionale in seno agli organi decisionali di quest'ultimo sia sempre nella condizione di poter esprimere e difendere la posizione tedesca condivisa dalla Camera federale.

In particolare, la pronuncia evidenzia quanto gli usuali strumenti di diritto internazionale (nello specifico, la dichiarazione unilaterale del Governo federale che accompagna il MES²⁴, delimitando la portata degli obblighi vincolanti la Germania) costituiscano i mezzi adatti a non superare la soglia oltre la quale l'adesione tedesca all'accordo metterebbe a rischio la sovranità nazionale in materia di politica economica, e, sempre primo fra tutti, il principio democratico²⁵.

Data questa prospettiva, il Tribunale ritiene che le disposizioni sul sostegno da garantire al MES in alcun modo possano essere interpretate nel senso di obbligare la Federazione tedesca a finanziare il Fondo senza alcun limite²⁶. Al tempo stesso, però, evidenzia come sul Legislativo non

²² Per approfondire la prospettiva dei temi evocati nel testo G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Ed. scientifica, 2012.

²³ Per una riflessione problematica che inserisce il ciclo di pronunce cui si fa riferimento nel testo in una prospettiva ben più ampia, disegnata sul ruolo che i parlamenti nazionali e quello europeo potrebbero acquisire in futuro, in ragione degli strumenti adottati per fronteggiare la crisi economico-finanziaria, di nuovo C. PINELLI, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, cit. Per la ricostruzione delle ragioni che hanno indotto fino al 2012 il Tribunale a ritenere ammissibili e fondati (in parte) i ricorsi diretti di costituzionalità D. MURSWIEK, cit., pp. 163-164.

²⁴ D'ora innanzi, come già più sopra ricordato, anche “Fondo finanziario” o più semplicemente “Fondo”.

²⁵ BVG, sent. 18 marzo 2014, pgf. 214.

²⁶ Questo, rispettivamente, in ragione dell'art. 8, quinto comma MES e del relativo *Allegato II*, della *Dichiarazione comune delle Parti al Trattato MES*, del 27 settembre 2012, relativa all'interpretazione dello stesso accordo (in BGBl. II, p. 1086), e della *Dichiarazione unilaterale della Repubblica federale tedesca*, i cui contenuti sono identici a quelli della *Dichiarazione comune* (in BGBl. II, p. 1087).

gravi solo l'obbligo di vigilanza sull'Esecutivo, ma pure quello mirato a far sì che la Federazione sia sempre in grado di rispettare gli impegni pattizi assunti²⁷.

Così facendo, il Tribunale disegna un complesso rapporto fra Governo e Parlamento, articolato su diversi pilastri, ma non diverso, pare, da quello noto alle forme di governo parlamentare:

il primo, ancorato all'alterità dei rispettivi ruoli (di definizione dell'indirizzo politico – qui, specificamente in materia economico-finanziaria, quello del Governo; di rappresentanza democratica e, di conseguenza, di garanzia *anche* dell'indirizzo costituzionale, quello del Parlamento)²⁸;

il secondo, articolato sulle diverse competenze poste in capo ai due organi costituzionali (decisionali, quelle del Governo, perché chiamato a realizzare l'indirizzo politico contingente relativo *pure, ma non soltanto*, alla materia economico-finanziaria; di controllo sul Governo federale e sul rispetto del principio democratico sancito in Costituzione, quello del Parlamento, in quanto organo costituzionale legittimato democraticamente)²⁹;

il terzo, infine, disegnato nella prospettiva inter- e sovranazionale (di partecipazione alle decisioni da adottare nelle sedi di governo differenti da quelle nazionali, il Governo; di rigida tutela del nesso irrinunciabile fra, da un lato, le scelte economico-finanziarie adottate a livello internazionale ed europeo, e, dall'altro, la legittimazione democratica delle stesse realizzata nelle sole sedi parlamentari nazionali, il Parlamento)³⁰.

Tutto questo, senza dimenticare la più ampia (e fondamentale) cornice giuridica che, sotto profili molto diversi fra loro, accompagna questa differenziazione:

per un primo aspetto, da rintracciare nelle disposizioni costituzionali sul principio democratico (art. 20 GG), sulla partecipazione all'integrazione europea (art. 23 GG), sul diritto di voto (art. 38 GG) e, infine, sulla garanzia insuperabile dei principi e delle scelte di valore della Costituzione tedesca (art. 79 GG);

per un secondo, da ricondurre alla possibilità di esercitare il diritto di recesso dal Trattato MES come previsto dal diritto internazionale, anche se la stessa non è espressamente disciplinata nell'accordo³¹.

Fin qui la sentenza dello scorso marzo 2014. si può ora affrontare quella del gennaio precedente, per gli aspetti più che problematici accennati in apertura.

3. *Il rinvio pregiudiziale: salvare l'Unione economica e monetaria o proteggere la sovranità nazionale?*

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, il primo nella storia del BVG, nasce³² dai seguenti dubbi del Tribunale.

La decisione relativa al piano OMT, che prevede la possibilità per la BCE di acquistare sul mercato secondario i titoli sovrani degli Stati in grave sofferenza economico-finanziaria,

²⁷ BVerfG, sent. 18 marzo 2014, pgff. 122 ss. e 158 ss.

²⁸ BVerfG, sent. 18 marzo 2014, pgf. 153 ss.

²⁹ BVerfG, sent. 18 marzo 2014, pgf. 159 ss.

³⁰ BVerfG, sent. 18 marzo 2014, pgf. 231 ss.

³¹ BVerfG, sent. 18 marzo 2014, pgf. 222.

³² Sintetizza le tesi esposte nei diversi ricorsi, di costituzionalità e sul conflitto fra poteri dello Stato, D. SCHIEK, *cit.*, p. 331 ss., dedicando particolare attenzione alle posizioni politiche dei ricorrenti.

condizionando un simile acquisto alla partecipazione degli Stati in difficoltà al rigido programma di risanamento previsto dal MES (spec. dall'art. 13, terzo comma dell'accordo³³), secondo il Tribunale costituzionale federale tedesco eccede le competenze conferite dai Trattati sovranazionali alla BCE³⁴.

In questa luce la decisione OMT rappresenterebbe un atto *ultra vires*, in particolare perché permetterebbe alla BCE di occuparsi di politica economica, e non monetaria³⁵.

Una simile estensione delle competenze della Banca non solo sarebbe in contrasto con i Trattati, ma violerebbe pure il potere sovrano in materia di politica economica spettante in via esclusiva agli Stati membri dell'UEM (e, per questa via, in ultima analisi, il diritto di voto dei cittadini tedeschi, fondamento insuperabile della sovranità dello Stato tedesco³⁶).

Di conseguenza, il Tribunale si avvale del rinvio pregiudiziale per chiedere alla Corte di Giustizia se il piano OMT sia un atto *ultra vires* dato che, configurandosi nella sostanza come una decisione di politica economica, nell'adottarlo la BCE avrebbe violato gli artt. 119, 123, e 127, primo e secondo comma, TFUE, e gli artt. da 17 a 24 del *Protocollo (n. 4) sullo Statuto del Sistema europeo di Banche centrali e della Banca centrale europea*, ossia delle disposizioni che limitano le competenze della Banca stessa al settore della politica monetaria³⁷.

Nel ragionamento che il Tribunale svolge per sostenere le argomentazioni del rinvio pregiudiziale, occupa una posizione centrale la stigmatizzazione (si passi il termine del tutto estraneo alla materia, ma efficace) della decisione della BCE (*leggi: delle decisioni di Mario Draghi?*), sorretta dalla presunta violazione dei Trattati sovranazionali originata dall'adozione di un atto (ritenuto) *ultra vires*.

³³ Stabilisce l'art. 13, terzo comma MES: «*If a decision pursuant to paragraph 2 is adopted [ossia il procedimento avviato dalla richiesta di aiuto economico-finanziario di uno Stato membro dell'UEM], the Board of Governors shall entrust the European Commission – in liaison with the ECB and, wherever possible, together with the IMF – with the task of negotiating, with the ESM Member concerned, a memorandum of understanding (an “MoU”) detailing the conditionality attached to the financial assistance facility. The content of the MoU shall reflect the severity of the weakness to be addressed and the final assistance instrument chosen. In parallel, the Managing Director of the ESM shall prepare a proposal for a financial assistance facility agreement, including the financial terms and conditions and the choice of instruments, to be adopted by the Board of Governors. The MoU shall be fully consistent with the measures of economic policy coordination provided for in the TFEU, in particular with any act of European Union law, including any opinion, warning, recommendation or decision addressed to the ESM Member concerned.*».

³⁴ Sostiene D. MURSWIEK, *cit.*, p. 150 (sposando così in questa misura la posizione del BVG): «*Is that which the ECB has announced with the OMT program not the same as what the Fed has been doing for a long time in the US, without it being constitutionally challenged? There exist two important differences. One concerns the basis of the competence. The other concerns the concrete conduct of the central bank. The competence of the ECB is limited to monetary policy. The ECB has no competence to make its own economic and fiscal policy. Its primary goal is ensuring price level stability. It is only allowed to support economic policy goals of the EU if in doing so it does not threaten this primary goal. On the other hand, ensuring price stability is only one of several goals of the Fed. In contrast to the ECB, the Fed is also in charge of effectively promoting the goals of maximum employment and moderate long-term interest rates.*».

³⁵ Fa notare M. GOLDMANN, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review*, in *German Law Journal*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 264 ss., spec. p. 269, ancorando la sua posizione agli studi economici in materia, che in realtà il confine fra politica monetaria ed economica non è poi così netto come si può ritenere in linea di principio e, dunque, in astratto.

³⁶ Per il nesso fra sovranità in materia economica e diritto di voto, alla cui tutela, secondo le sue competenze, il BVG è tenuto, le posizioni degli AA. (molti dei quali richiamati nelle note di questo lavoro) che hanno contribuito al n. 2/2014, vol. 15, del *German Law Journal*, come più sopra ricordato interamente dedicato alla decisione del BVG dello scorso gennaio.

³⁷ BVerfG, sent. del 14 gennaio 2014, pgf. II.1. lett.a) ss.

Quello di cui nella sentenza del gennaio 2014 non c'è invece alcuna traccia (che ben potrebbe esserci, vista la peculiarità della redazione delle sentenze del BVG, spesso ricche di citazioni di dottrina e di commentatori autorevoli, così come di dati economici e statistici³⁸), è la riflessione relativa all'obiettivo perseguito con il piano OMT e al suo effetto sui meccanismi a fondamento della crisi. È importante farla qui.

Permettendo alla BCE di acquistare senza limite alcuno quegli specifici titoli di Stato³⁹, l'OMT dovrebbe garantire che i titoli sovrani, nel mercato secondario⁴⁰, non diventino oggetto di incontrollabili e macroscopiche speculazioni, con la conseguenza di contagiare poi l'economia reale proprio attraverso il mercato finanziario, e con le note, disastrose conseguenze.

In quest'ottica non è eccessivo sostenere che la decisione OMT (peraltro, come già affermato poco sopra, *non ancora applicata*) è uno strumento che contrasta alla radice il perverso legame fra mercati finanziari ed economia reale⁴¹, che tanto danno ha causato e continua a causare⁴².

Che un simile intervento venga realizzato dalla Banca centrale europea⁴³ non è un caso⁴⁴. Come fatto notare con chiarezza in dottrina, nella storia recente della crisi dei debiti sovrani la BCE ha acquistato un ruolo di rilievo non solo in ragione delle competenze che le spettano per Trattato, ma pure perché il quadro delle istituzioni di vertice dell'Unione europea ha i connotati noti, spesso oggetto di critiche: è solo la Banca ad avere «competenze non ripartite con gli Stati membri e ad essere caratterizzata da una struttura organizzativa di tipo federale che, in via eccezionale per una banca centrale, e in ragione di scelte ben precise adottate all'epoca della sua istituzione, si trova ad operare a fronte di una controparte governativa composita, nonché di complesse modalità di coordinamento delle politiche nazionali (art. 13 TUE, artt. 127-133 TFUE)»⁴⁵.

³⁸ Sulla particolarità della redazione delle pronunce del BVG J. ZILLER, *Solange III*, cit., p. 973 ss., spec. 975.

³⁹ Solo alcuni, peraltro: ossia quelli che datano da uno a tre anni dall'immissione sul mercato secondario.

⁴⁰ Anche in ragione del relativo tasso di riferimento fissato dalla stessa BCE: sul punto E. PAPARELLA, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e la controversia sulle OMT: i moniti di Karlsruhe colpiranno anche la Eurotower?*, in www.confrontocostituzionali.it, 9 luglio 2013. Sull'ordinanza di rinvio del BVG anche 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?*, in corso di pubblicazione in www.constituzionalismo.it

⁴¹ Si sofferma sui pericoli per la corretta realizzazione della politica monetaria e la stabilità nell'UEM che comporterebbe l'applicazione dei limiti all'azione della BCE suggerita nel rinvio pregiudiziale dal Tribunale A. THIELE, cit., p. 256 ss.

⁴² Anche M. KUMM, cit., p. 207, sostiene che l'operato di M. DRAGHI sia da valutare in modo positivo: pure in questa luce risulta difficile per lo stesso A. pensare che la Corte di Giustizia possa rispondere al rinvio pregiudiziale disconoscendo la bontà delle scelte della BCE. Sostiene poi lo stesso KUMM, come più sopra ricordato (ID, cit., p. 214), che: «[...] if the FCC [ossia il Tribunale] does inflict damage, it can only be hoped that it will be focused on its reputation and effectiveness and not on European citizens, who will be denied the benefits of legally sound and politically effective mechanisms to address the financial crisis in Europe».

⁴³ Fra le ricostruzioni più recenti delle competenze attribuite e dei caratteri delle istituzioni a competenza settoriale, fra le quali spicca la BCE, per tutti J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 435-436.

⁴⁴ Pur lodando la giurisprudenza costituzionale precedente quella del gennaio 2014, M. GOLDMANN, cit., p. 264, sintetizza così la questione: «unconventional monetary policy steps up the need for the ECB to justify the legality of its measures».

⁴⁵ Per la citazione e le relative considerazioni di nuovo E. PAPARELLA, cit.

Dunque – e fermo restando, per chi scrive, che *la BCE non è la Federal Reserve nordamericana*⁴⁶, se la crisi chiede interventi capaci di superare i confini nazionali perché essa stessa, per prima, non solo li ha superati, ma travolti, è necessario che ad affrontarla siano proprio le istituzioni che non conoscono “confini”, perché non sono “nazionali”. Non per nulla, la cd. *Troika*⁴⁷ è articolata sulla BCE e sul Fondo monetario internazionale, oltre che sulla Commissione europea⁴⁸.

Sotto altra luce, è inoltre dubbio che i singoli Stati membri possano adottare misure e azioni paragonabili a quelle della BCE, ossia altrettanto efficaci nel perseguire gli obiettivi descritti⁴⁹, e indispensabili per evitare (o ridimensionare) il collasso quasi definitivo di tante economie europee.

Per coloro i quali hanno presentato i ricorsi di costituzionalità e quello sul conflitto fra poteri dello Stato⁵⁰ questo quadro rappresenta invece un pericolo grave al punto da ritenere che il Parlamento e l'Esecutivo nazionali avrebbero dovuto opporsi all'adozione dell'OMT, e la Banca centrale tedesca non debba in futuro prendervi parte, soprattutto perché la decisione della BCE nasconderebbe l'intento⁵¹ di sostenere i bilanci statali di alcuni Stati soltanto. Inoltre, per i ricorrenti la BCE mai avrebbe potuto adottare una decisione simile in quanto non legittimata democraticamente⁵².

Fin qui nulla di stupefacente, (pure) perché l'impressione è che i ricorrenti non abbiano soppesato in misura adeguata l'art. 13, terzo comma MES: il Fondo finanziario mira proprio ad aiutare *unicamente* gli Stati membri dell'UEM in condizioni di grave difficoltà economico-finanziaria, nel rispetto, peraltro, del *requisito insuperabile* della condizionalità, e per evitare il pericolo che la condizione di questi Stati si ripercuota a cascata sulle altre economie europee, distruggendole.

Stupefacente, invece, è che il Tribunale abbia considerato ammissibili ricorsi simili, che al fondo sembrano volerlo costringere a esprimere l' “ultima parola”⁵³ rispetto alla definizione come *ultra vires* dell'atto in questione.

⁴⁶ O FED. Sul punto sempre le insuperabili considerazioni di D. MURSWIEK, *cit.*, p. 150 ss.

⁴⁷ La cd. *Troika*, costituita dai soggetti indicati nel testo, può essere definita come un organismo di vigilanza e controllo il cui compito consiste nell'occuparsi dei piani di salvataggio degli Stati membri dell'UEM in condizione di grave sofferenza economico-finanziaria a causa della crisi del debito sovrano: il sostegno economico-finanziario elargito a questi Stati è subordinato all'impegno di avviare politiche di austerità che incidano sull'esposizione eccessiva e incontrollata dei relativi bilanci.

⁴⁸ Ci si distacca qui dalla posizione di C. PINELLI, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, *cit.*

⁴⁹ Per ulteriori e particolarmente significative considerazioni sul ruolo della BCE emerso tempo addietro M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AAVV, *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, 58° Convegno di „Studi amministrativi“, Varenna, 20-22 settembre 2012, Milano, Giuffrè, 2013, p. 708 ss.

⁵⁰ Ricorsi che M. KUMM, *cit.*, p. 2094, non esita a definire come «*deeply misguided*».

⁵¹ Sulla particolare responsabilità della BCE, trattata alla luce della sua indipendenza, già G. REPETTO, *Responsabilità politica e governo della moneta: il caso BCE*, in G. AZZARITI (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 283 ss.

⁵² BVerfG, sent. 14 gennaio 2014, pgff. 5 ss. Sulla questione della mancanza di legittimazione democratica della BCE e sul problema del controllo democratico nei settori monetario, bancario e finanziario, S. ANTONIAZZI, *cit.*, p. 276 ss. Per approfondire il quadro istituzionale dell'Unione, alla luce dei principi che lo contraddistinguono, di nuovo J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, *cit.*, p. 321 ss.

⁵³ Sulla questione della c.d. “ultima parola” e la giurisprudenza *Honeywell* in materia di atti *ultra vires*, fra le molte le spiegazioni di D. MURSWIEK, *cit.*, p. 160 ss., e spec. quella a p. 160: «*Within the “relationship of cooperation” between the ECJ and the Federal Constitutional Court, the Court initially gives the ECJ the opportunity to interpret European law and to examine the compatibility of the challenged act with European law. The referral to the ECJ is a*

Vero è che, come sottolineato da una parte della dottrina tedesca, «*at the occasion of the establishment of the Economic and Monetary Union, Germany wanted to cement the independence of the ECB in order to ensure that it follows the politics of price stability cherished by the Bundesbank*»⁵⁴, e non altro.

In questa prospettiva si intuisce la ragione per la quale il Tribunale, forzando i limiti dell'ammissibilità (*infra* nel testo, pgf. 4 ss.), ha sposato parte delle tesi di incostituzionalità sostenute soprattutto nei ricorsi diretti, e imboccato così una via dai risvolti più che problematici e preoccupanti.

Risvolti, va sottolineato, non condivisi da alcuni studiosi tedeschi⁵⁵, che hanno anzi evidenziato come i giudici costituzionali abbiano affrontato il piano OMT nel rispetto delle osservazioni a quello relative fornite dalla giurisprudenza *Pringle*⁵⁶. In realtà, con la sentenza del 27 novembre 2012, la Corte di Giustizia non si è espressa nel senso di delimitare in misura rigida le competenze attribuite della BCE, ma ha affermato che «le attività del MES *non rientrano nella politica monetaria* oggetto delle disposizioni citate del Trattato TFUE [ossia gli artt. 127, primo comma, e 282, secondo comma, TFUE]», e dato risalto al fatto che l'accordo è «diretto a soddisfare le esigenze di finanziamento dei membri del MES [...], se indispensabile per salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso e quella dei suoi Stati membri» (il corsivo è di chi scrive).

Dunque, la Corte ha definito il MES come un «meccanismo di finanziamento»⁵⁷, e sostenuto che, in ragione delle previsioni di cui agli artt. 3, 12, primo comma, e 13, terzo comma MES, «l'assistenza finanziaria fornita ad uno Stato membro, membro del MES, è soggetta ad una rigorosa condizionalità commisurata allo strumento di assistenza scelto, *che può assumere la forma di un programma di correzioni macroeconomiche*; tuttavia, la condizionalità prevista *non costituisce uno strumento di coordinamento delle politiche economiche degli stati membri*, bensì è diretto a garantire la conformità delle attività del MES, in particolare, con l'art. 125 TFUE e con le misure di coordinamento adottate dall'Unione» (il corsivo è sempre di chi scrive)⁵⁸.

In quest'ottica, ha poi concluso la Corte, il Trattato MES «prevede espressamente che le condizioni che presiedono ad un sostegno alla stabilità devono essere “pienamente conform[i] alle misure di coordinamento delle politiche economiche previste dal [Trattato FUE]»⁵⁹.

component of the ultra vires review. In its Honeywell decision, the Federal Constitutional Court already clarified that it may not qualify an act of an EU institution as an ultra vires act and on these grounds deny its applicability in Germany before the ECJ has decided on the questions of Union law. With the ECB case, for the first time in its history the Federal Constitutional Court has referred a case to the ECJ».

⁵⁴ In senso dunque del tutto contrario alle opinioni dissenzienti e alla posizione qui proposta F. GÄRDITZ, *cit.*, p. 186 ss., (p. 186 anche per la citazione nel testo), che così si esprime: «*The extreme generosity of the Court to grant a broad standing in EU affairs foreshadow far-reaching repercussions that might adversely affect the BVerfG's struggle for its own role in a competitive and complex field of European multi-level constitutionalism with a dwindling— albeit still vivid—weight of national constitutional law*». In particolare, poi, sull'influenza del modello della Banca federale tedesca per un politica monetaria indipendente S. ANTONIAZZI, *cit.*, p. 23 ss.

⁵⁵ Valuta invece come ben convincente e motivata la posizione del Tribunale D. MURSWIEK, *cit.*, p. 151 ss.

⁵⁶ Corte di Giustizia, sent. 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle c. Irlanda* (di seguito anche solo *Pringle*), spec. ai pgff. 95-96 per le due citazioni. Per le posizioni degli studiosi ricordate nel testo, invece, è necessario vedere gli scritti degli AA. *cit.* alle due note precedenti.

⁵⁷ Sent. *Pringle*, pgf. 110.

⁵⁸ Sent. *Pringle*, pgf. 111.

⁵⁹ Sent. *Pringle*, pgf. 112.

Ora, se si considera il fatto che gli scopi perseguiti dal MES e quelli affidati al piano OMT sono nella sostanza molto simili, non può stupire che il Tribunale sostenga in modo rigido e convinto che alla decisione della BCE vada dato un peso molto limitato, riportandola alla sola politica monetaria (la cui realizzazione è competenza attribuita della Banca)⁶⁰, in modo da non trasformare gli strumenti di assistenza finanziaria in decisioni camuffate di politica economica (e nemmeno nel coordinamento delle stesse scelte).

In ogni caso, però, nasce qui, e al momento resta aperto, il problema sul quale ci si sofferma meglio nel corso del testo: data *questa posizione* assunta dal Tribunale, le risposte che la Corte di Giustizia fornirà alle questioni tratteggiate nel rinvio pregiudiziale potranno causare le reazioni più diverse da parte dei giudici costituzionali tedeschi.

Premesso che, a giudizio di alcuni commentatori, le ragioni del Tribunale a sostegno della natura *ultra vires* della decisione della BCE sono particolarmente deboli, una pare essere la possibilità più preoccupante.

Si tratta della prospettiva che si apre nel caso in cui la Corte di Giustizia, pur ribadendo i limiti delle competenze attribuite della BCE, non si esprima come i giudici costituzionali tedeschi le suggeriscono⁶¹ – *a questo fine e in questo modo, nella sostanza, è stato scritto il rinvio pregiudiziale.*

Più chiaramente, se la Corte di Giustizia dovesse ritenere che la Banca centrale europea ha agito in conformità al suo mandato, il BVG, sostenendo al contrario che la decisione OMT sia un atto *ultra vires*, finirebbe col mettere il Legislativo e l'Esecutivo federali nella condizione di valutare la necessità – *al fondo tutta politica*⁶² – di modificare le competenze attribuite alla BCE, ossia di chiedere la revisione dei Trattati sovranazionali nella parte in cui le disciplinano⁶³.

A quel punto, come segnalato di recente da una dottrina particolarmente attenta, un simile atteggiamento da parte degli organi costituzionali tedeschi potrebbe aprire la via a una procedura di infrazione ai Trattati; con quali conseguenze, sembra cosa purtroppo chiara⁶⁴.

⁶⁰ Per questo ragionamento N. PETERSEN, *Karlsruhe Not Only Barks, But Finally Bites — Some Remarks on the OMT Decision of the German Constitutional Court*, in *German Law Journal*, Vol. 15, No. 2/2014, p. 324. Per un'analisi, invece, delle nuove funzioni della BCE (specificamente in materia di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi), svolta alla luce del fenomeno della crisi economica e finanziaria, di nuovo S. ANTONIAZZI, *cit.*, p. 187 ss.

⁶¹ A. THIELE, *cit.*, p. 244 ss., spec. p. 248.

⁶² Sostiene addirittura M. KUMM, *cit.*, p. 214: «*The links between monetary and economic policies are close and complicated. The specific lines drawn by the FCC for the purposes of constructing an interpretation that would make the Draghi policies conform to EU primary law have a political purpose: They should be seen as an attempt to ensure political control over the ECB's actions by way of ESM conditionality (a legitimate concern for the CJEU to address) and to work towards minimizing the financial risks for Germany.*»

⁶³ Sui possibili esiti del rinvio pregiudiziale di nuovo M. KUMM, *cit.*, pp. 207-214 (spec. p. 207 per un'interpretazione delle decisioni della BCE compatibile con il diritto primario). L'A., fra l'altro (a p. 210), si spinge addirittura oltre l'ipotesi qui suggerita: KUMM sostiene che se il governo MERKEL ritenesse di dare avvio a una riforma dei Trattati sovranazionali finalizzata a permettere l'acquisto di titoli di sovrani alla BCE, per ratificare i Trattati così modificati non sarebbe in seguito sufficiente l'ordinario procedimento di ratifica degli stessi; al contrario, sarebbe indispensabile ricorrere a un procedimento costituente, da concludere necessariamente con un *referendum* popolare per verificare il consenso del corpo elettorale tedesco rispetto a una simile evoluzione del processo d'integrazione. Sostiene invece D. MURSWIEK, *cit.*, p. 155, che anche una pronuncia interpretativa di conformità ai Trattati sovranazionali non risolverebbe il problema sollevato dal BVG: la BCE si muoverebbe comunque in margini di azione più ampi rispetto al suo mandato.

⁶⁴ Formula questo scenario di nuovo A. THIELE, *cit.*, p. 248.

4. *Violare il principio di separazione dei poteri in nome della tutela dei diritti fondamentali.*

Per ragionare intorno alla dubbia ammissibilità dei ricorsi di costituzionalità e sul conflitto fra poteri dello Stato presentati dinanzi al Tribunale è necessario anzitutto fare qualche accenno alla disciplina costituzionale e federale in materia.

Come stabilisce l'art. 93, primo comma, lett. 4a) della Costituzione tedesca, il Tribunale decide dei ricorsi di costituzionalità che possono essere presentati da chiunque ritenga che la pubblica autorità abbia leso un suo diritto fondamentale oppure uno dei diritti o principi di cui agli artt. 20, quarto comma (ossia il diritto di resistenza di ogni cittadino nei confronti di chi tenti di sovvertire l'ordinamento giuridico tedesco, il principio di eguaglianza, il principio del giudice naturale, il diritto a un processo equo)⁶⁵.

Precisa poi l'art. 14, secondo comma, della legge federale sul BVG (o in breve BVGG) che, competente a conoscere e a decidere di simili ricorsi, sia il Secondo senato del Tribunale. Per il successivo art. 90, secondo comma BVGG, è possibile ricorrere dinanzi al Tribunale solo una volta esperiti tutti i rimedi che l'ordinamento giuridico prevede per sanare le violazioni di cui all'art. 93, primo comma, lett. 4a) GG.

È sempre la legge federale sul BVG che, all'art. 92, stabilisce che il ricorso diretto di costituzionalità debba chiaramente indicare il diritto fondamentale che il ricorrente ritiene essere stato violato, nonché il comportamento attivo od omissivo dell'organo o dell'autorità che ha originato la violazione lamentata.

Per l'art. 93a, primo e secondo comma BVGG, il ricorso di costituzionalità è ammissibile in tre ipotesi: quando la questione sollevata è di rilevante significato costituzionale, oppure se contribuisce a garantire il rispetto dei diritti di cui all'art. 90, primo comma GG (*supra*), o, infine, laddove una decisione di inammissibilità produca un grave danno al ricorrente.

Nel caso che qui interessa, il Tribunale dichiara ammissibili i ricorsi di costituzionalità e sul conflitto fra poteri dello Stato in ragione della tesi che riconduce all'inerzia del Parlamento e del Legislativo (che, secondo i ricorrenti, avrebbero dovuto opporsi al piano OMT) la lamentata lesione di diritti fondamentali, in particolare di quello discendente dall'art. 38 GG.

Nello specifico, il Tribunale ritiene che l'art. 23 GG ponga in capo all'uno e all'altro organo costituzionale l'obbligo di vigilare sul processo di integrazione europea (la cd. *«Integrationsverantwortung»*, o lett. *«responsabilità dell'integrazione»*), e sottolinea come, nell'ipotesi in cui le istituzioni o gli organi dell'Unione, senza prima ricorrere all'apposito procedimento di revisione codificato nei Trattati, oltrepassino in misura significativa le competenze fissate in via pattizia, il Legislativo e l'Esecutivo nazionali debbano impegnarsi per ricondurle all'originario disegno di attribuzione delle competenze, ossia al processo di integrazione precedente l'assunzione autonoma di nuovi compiti.

Sotto una differente angolazione, ciò significa che ogni trasferimento di diritti sovrani può derivare solo dal procedimento di cui all'art. 23, primo comma, secondo e terzo periodo GG.

Se questa modalità di trasferimento, per le più diverse ragioni, non è realizzabile, dall'obbligo di vigilanza riconducibile all'art. 23 GG discende quello logicamente connesso che chiede agli organi costituzionali tedeschi di adoperarsi *con tutti i mezzi giuridici o politici* necessari

⁶⁵ Nello specifico: per il diritto di resistenza di ogni cittadino nei confronti di chi tenti di sovvertire l'ordinamento giuridico tedesco, nel solo caso in cui nessun altro mezzo sia utile allo scopo: art. 20, quarto comma GG; per il principio di eguaglianza, nelle più diverse declinazioni: art. 33 GG; per il principio democratico: art. 38 GG; sul principio del giudice naturale e sul divieto di istituire tribunali speciali: art. 101 GG; per il diritto a un processo equo: art. 103 GG.

a eliminare o limitare le conseguenze di quelle misure, decisioni o atti non contemplati dal processo di integrazione originario.

L'inerzia rispetto a quest'obbligo può violare i diritti fondamentali dei cittadini tedeschi, e per questo essere oggetto di un eventuale ricorso di costituzionalità. In particolare, potrebbe ledere proprio l'art. 38, primo comma, primo periodo GG. Una violazione del diritto di voto si avrebbe dunque nell'ipotesi in cui gli organi e le istituzioni dell'UE superassero le competenze loro attribuite⁶⁶:

«affinchè all'elettore venga garantita la possibilità di partecipare democraticamente al processo di integrazione europea, egli ha il diritto a che ogni trasferimento di prerogative sovrane venga attuato solo nel rispetto delle modalità previste dall'art. 23, primo comma, secondo e terzo periodo, GG e dall'art. 79, secondo comma, GG. L'autonoma assunzione di competenze da parte delle istituzioni [...] dell'Unione europea potrebbe ledere il processo decisionale democratico [...]. Di conseguenza, il cittadino può esigere che la Camera federale e la Camera federata si adoperino attivamente per ripristinare l'ordine [originario] delle competenze, adottando una decisione concreta capace di individuare le vie da percorrere a questo scopo»⁶⁷.

Nella prospettiva sposata dal Tribunale⁶⁸, lo stesso approccio vale anche per ragionare sull'ammissibilità dei ricorsi relativi ai conflitti tra poteri dello Stato, che permettono ai gruppi parlamentari di lamentare la violazione di loro diritti, originata dal comportamento omissivo della Camera di appartenenza, rimasta inerte dinanzi all'autoassunzione, da parte degli organi e delle istituzioni sovranazionali, di competenze ulteriori rispetto a quelle pattizie⁶⁹.

4.a) Le opinioni dissenzienti: tutelare i confini fra politica e giurisdizione costituzionale.

Come è stato fatto notare da parte della dottrina tedesca, la recentissima posizione del BVG appena accennata non tiene però conto di alcuni profili molto importanti:

⁶⁶ Per ogni necessario approfondimento del più ampio tema del principio di attribuzione di nuovo J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., p. 125 ss., spec. pp. 125-144 per il quadro utile alle tematiche qui trattate.

⁶⁷ Così il passaggio testuale: BVerfG, sent. 14 gennaio 2014, pgf. 53, «*Der wahlberechtigte Bürger hat zur Sicherung seiner demokratischen Einflussmöglichkeit im Prozess der europäischen Integration grundsätzlich ein Recht darauf, dass eine Verlagerung von Hoheitsrechten nur in den dafür vorgesehenen Formen von Art. 23 Abs. 1 Sätze 2 und 3, Art. 79 Abs. 2 GG geschieht. Der demokratische Entscheidungsprozess [...] wird bei einer eigenmächtigen Kompetenzmaßnahme von Organen [...] der Europäischen Union unterlaufen. Der Bürger kann deshalb verlangen, dass Bundestag und Bundesregierung sich aktiv mit der Frage auseinandersetzen, wie die Kompetenzordnung wiederhergestellt werden kann, und eine positive Entscheidung darüber herbeiführen, welche Wege dafür beschritten werden sollen*». Sulla questioni anche BVerfGE 123, 267 <351> ss.

⁶⁸ Così spiegata da F. GÄRDITZ, cit., p. 188: «*The ratio behind the enhancement of the individual right to vote with substantive elements of the democratic-institutional process is that both freedom rights and democracy have a common root in the principle of individual self-determination. [...] When democracy is construed as a direct consequence of the freedom of the individual, it is at least feasible to acknowledge an individual right to democracy that can be utilized in a constitutional complaint. Such a constitutional right—as other fundamental rights — can be enforced even against democratic majorities*».

⁶⁹ BVerfG, sent. 14 gennaio 2014, pgf. 54. In quest'ottica anche BVerfGE 123, 267 <337>; 132, 195 <247>, Rn. 125.

«*In particular, the decision does not dwell much on the issue whether it is appropriate for a court to review issues of monetary policy, and which standard of review it should apply. Only Judge Gerhardt [ossia l'A. della seconda opinione dissenziente] calls the majority's standard of review into question when he doubts whether the requirement for transgressions of the European Union's competences to be "manifest" is a workable criterion for defining the scope of the FCC's ultra vires control*»⁷⁰.

Fra l'altro, fa notare una seconda dottrina,

«*As there are no national fundamental rights directly affected by the OMT Program, it would have been easy for the Constitutional Court to dismiss the claims as inadmissible — a fact that both dissenting opinions rightly emphasize*»⁷¹.

Ciò nonostante, il BVG imbecca anzitutto la via della riflessione sul comportamento omissivo⁷², affermando che l'inerzia degli organi costituzionali può essere oggetto del ricorso di costituzionalità per violazione dell'obbligo (attenzione: *desunto in via interpretativa d)*all'art. 23 GG:

«*quando c'è il rischio che il diritto di voto, in un alveo essenziale per l'autodeterminazione politica del popolo, venga privato di ogni significato, ossia quando l'autogoverno del popolo – realizzato dalla Camera federale tedesca – venga limitato nel tempo in modo definitivo, al punto da impedire l'autonoma adozione di decisioni politiche fondamentali*»⁷³.

Il passaggio è cruciale, perché, ricorda la dottrina appena sopra richiamata, solo un caso simile fa scattare di conseguenza la previsione della *Honeywell*:

«*According to its Honeywell Decision, only a qualified breach would make the attacked legal act inapplicable in the national legal system. In other words, a "simple" breach of the treaties would not result in the aforementioned duties of the German government bodies and the applicants would lose their case just as if there was no breach at all. However, it should be noted that the Court does not conclude that the OMT Program definitely violates the treaties in such a qualified way. Instead it points out that the breach would be qualified in this sense if one came to the—obviously not evident—conclusion that it actually was a breach of the treaties. As we will see later, this is hardly a convincing statement*»⁷⁴.

⁷⁰ M. GOLDMANN, *cit.*, p. 264.

⁷¹ A. THIELE, *cit.*, p. 251.

⁷² Poco pesa il fatto che la decisione OMT non abbia ancora trovato concreta applicazione; fondamentale è invece che i ricorsi di costituzionalità permettano di concretizzare la giurisprudenza *Honeywell*: ricorda infatti A. THIELE, *cit.*, p. 244, che «*Instead it [ossia il Tribunale] simply makes clear that the standing of the applicants does not depend on whether the OMT Program has already been executed, as this could happen any time and with very short notice. It then argues that the OMT Program would be an ultra vires act in the sense of the Honeywell judgment if it either violated the mandate of the ECB or the prohibition of monetary budget financing, as in such a case the violation would be evident and lead to a structural shift in the competencial order. This "Honeywell violation" would result in certain duties of the German government bodies and these duties could be brought in front of the Constitutional Court by the applicants*».

⁷³ Così il passaggio testuale: BVerfG, sent. 14 gennaio 2014, pgff. 19, <52>, «*wenn das Wahlrecht in einem für die politische Selbstbestimmung des Volkes wesentlichen Bereich leerzulaufen droht, das heißt, wenn die demokratische Selbstregierung des Volkes – mittels des Deutschen Bundestages – dauerhaft derart eingeschränkt wird, dass zentrale politische Entscheidungen nicht mehr selbständig getroffen werden können*». Sul punto in passato BVerfGE 89, 155 <172>; 123, 267 <330>; 129, 124 <168>.

⁷⁴ A. THIELE, *cit.*, pp. 244-245.

Il Tribunale, però, non si limita a questo, anzi; proprio negli ultimi passaggi della motivazione in diritto rincarà il giudizio sulla decisione OMT in una luce ulteriore, forse più grave di quella che la qualifica come atto *ultra vires*.

In questi, infatti, stabilisce senza indugi che il piano OMT potrebbe addirittura violare, per le sue caratteristiche, l'identità costituzionale tedesca⁷⁵.

Il caso attuale, a tacer d'altro, sembra però ben diverso da quanto portava il Tribunale a sostenere, nella sentenza *Maastricht*, che in futuro avrebbe sempre dichiarato ammissibili i ricorsi di costituzionalità (e altri) presentati, anche laddove relativi ad atti dell'Unione europea. Per garantire l'identità costituzionale tedesca, *in quel momento* era infatti necessario ritenere che la previsione di cui all'art. 93, primo comma, lett. 4a) GG (che, come già ricordato, stabilisce che i ricorsi di costituzionalità possano essere presentati da chiunque ritenga che *la pubblica autorità* abbia leso un suo diritto fondamentale oppure il diritto di resistenza, il principio di eguaglianza e del giudice naturale, il diritto a un processo equo), potesse essere intesa pure come *relativa alle autorità sovranazionali*⁷⁶.

Non per niente, la posizione complessiva assunta dalla maggioranza dei giudici costituzionali nel gennaio 2014 incontra un giudizio netto e severissimo⁷⁷ nell'opinione dissenziente del giudice costituzionale *Lübbe-Wolff*⁷⁸.

L'opinione si apre con un'affermazione che non ha bisogno di alcun commento:

*«nel difficile tentativo di garantire la signoria del diritto, un tribunale può spingersi oltre la soglia della competenza giurisdizionale»*⁷⁹.

Per il giudice costituzionale *Lübbe-Wolff*, tanto i ricorsi di costituzionalità, quanto quello relativo al conflitto fra poteri dello Stato erano senza alcun dubbio inammissibili. Le questioni lamentate nei ricorsi sarebbero di natura squisitamente politica, e, in quanto tale, sottratte per definizione al sindacato del Tribunale⁸⁰.

Infatti, ricorda il giudice costituzionale, la *ratio* degli artt. 93, primo comma, lett. 4a) GG, e 92 BVGG, non copre ogni comportamento omissivo del Legislativo: ben altra è l'inerzia che si può lamentare specificamente con il ricorso diretto di costituzionalità.

⁷⁵ Lo fa notare senza mezzi termini sempre A. THIELE, *cit.*, p. 244.

⁷⁶ Così D. MURSWIEK, *cit.*, p. 156: «According to the provisions of the Basic Law and of constitutional procedural law, acts of public authority are the subject of a constitutional complaint, and “public authority” — states the Federal Constitutional Court in the Maastricht judgment — is not only the German public authority, but also the European public authority as far as it unfolds legal effects in Germany. From this, it was able to be concluded that henceforth the Federal Constitutional Court would view constitutional complaints which were directed against an act of an EU institution as admissible. Accordingly, a chamber of the Second Senate explicitly determined that acts of EU institutions could also be challenged with the constitutional complaint».

⁷⁷ Per la stessa valutazione sposata nel testo, estesa a entrambe le opinioni dissenzienti, anche A. THIELE, *cit.*, p. 244.

⁷⁸ Gertrude *Lübbe-Wolff* è giudice costituzionale dall'aprile 2002: il suo mandato scade dunque nell'aprile 2014.

⁷⁹ Così il passaggio testuale: BVerfG, sent. 14 gennaio 2014, prima opinione dissenziente, pgf. 1, «*In dem Bemühen, die Herrschaft des Rechts zu sichern, kann ein Gericht die Grenzen richterlicher Kompetenz überschreiten*». Per comprendere le più ampie tematiche alle quali ricondurre questa opinione dissenziente, e, come già segnalato in altri lavori curati da chi scrive, per ricostruire le caratteristiche della giurisprudenza costituzionale tedesca precedente quella del gennaio 2014, alla luce della riflessione sulla incapacità delle costituzioni contemporanee di attirare nella loro esclusiva cornice giuridica la disciplina della “vita politica”, sempre di grande importanza D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung II. Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung*, Berlin, Suhrkamp, 2012.

⁸⁰ Di nuovo la prima opinione dissenziente, pgf. 12. Sulla distinzione fra intervento di natura politica e giurisdizionale in tema di nuovo M. GOLDMANN, *cit.*, pp. 266-268.

Per le disposizioni costituzionali e la legge federale sul BVG, come peraltro chiarito dalla stessa giurisprudenza costituzionale, i ricorsi diretti di costituzionalità sono ammissibili quando il ricorrente è in grado di sostenere che un organo di vertice non ha posto in essere un comportamento cui era *espressamente tenuto* per Costituzione, e che una simile inerzia abbia di stretta conseguenza leso un suo diritto fondamentale.

Considerazione, questa, che proprio nella recente giurisprudenza del Secondo senato è stata fatta valere pure in relazione all'ammissibilità dei ricorsi interorganici⁸¹.

In questo senso la giurisprudenza costituzionale, da ultimo, ha ragionato (nelle parole della *Lübbe-Wolff*) sulla cd. «inerzia concreta» (lett. «*konkretes Unterlassen*»), ossia l'inerzia rispetto a «*einer konkreten als geboten darstellbaren Handlung*» (traducibile come: «*un'azione che sia configurabile come concreta e normativamente prevista*»)⁸².

C'è poi di più: le scelte che il Parlamento tedesco è chiamato a compiere nel caso in cui la sovranità della Repubblica federale venga (o rischi di essere) violata non possono essere ricondotte all'obbligo discendente dall'art. 23 GG.

In altri termini, non configurano quei comportamenti attivi od omissivi che, più in generale secondo la Costituzione e la legge federale sul BVG, possono diventare oggetto del sindacato di legittimità costituzionale esercitato dal Tribunale perché incidono potenzialmente in modo negativo sui diritti fondamentali.

Ragionando sulla specifica questione su cui si articola la sentenza del gennaio 2014, solo le due Camere, nell'esercizio di una discrezionalità di natura politica (*quindi spettante in via esclusiva all'organo rappresentativo del corpo elettorale*), potrebbero decidere di opporsi a trasferimenti di diritti sovrani tali da compromettere in misura irrimediabile l'integrità della sovranità tedesca - quali quelli, come sostenuto dai ricorrenti, riconducibili alla decisione della BCE sull'OMT. Soltanto il Parlamento, dunque, potrebbe valutare le più diverse reazioni da adottare, attive od omissive: da quelle di natura più blanda fino, addirittura, all'ipotetico recesso dalla sola UEM (peraltro tecnicamente impossibile⁸³).

In sintesi e di conseguenza, fino alla svolta della sentenza del gennaio 2014, l'inerzia soggetta al sindacato del Tribunale era solo quella così definita:

«con il ricorso diretto di costituzionalità è possibile lamentare l'inerzia della Camera federale o del Governo federale solo nell'ipotesi in cui il ricorrente si riferisca ad un compito espressamente previsto dalla Costituzione»; la stessa fonte deve poi indicare «il contenuto e la portata dell'obbligo, che si ritiene violato, a porre in essere il comportamento attivo»⁸⁴.

⁸¹ In relazione ai quali l'art. 93, primo comma, n. 1) della Costituzione tedesca, e gli artt. 63 e 64 della legge federale sul BVG.

⁸² Ancora la prima opinione dissenziente, pgf. 18.

⁸³ Va ricordato che nessuna disposizione dei Trattati sovranazionali disciplina il recesso dalla sola UEM: per non farne più parte la Repubblica federale tedesca dovrebbe recedere dall'Unione europea, con tutte le conseguenze immaginabili.

⁸⁴ Così il passaggio testuale: prima opinione dissenziente, pgf. 18, «*ein Unterlassen von Bundestag oder Bundesregierung mit der Verfassungsbeschwerde nur gerügt werden kann, wenn sich der Beschwerdeführer auf einen ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes berufen kann, der Inhalt und Umfang der als verletzt behaupteten Handlungspflicht im Wesentlichen umgrenzt*». In questo senso BVerfGE 129, 124 <176>; per quanto concerne invece la stessa questione, trattata però in relazione ai conflitti interorganici, BVerfG, *Beschluss des Zweiten Senats vom 17.*

Fra l'altro, sempre fino alla novità del 2014, il Tribunale aveva addirittura ritenuto inammissibili i ricorsi di costituzionalità che lamentavano violazioni dei diritti fondamentali originate da comportamenti *attivi* del Governo federale, tali da configurare una fattiva cooperazione di quest'ultimo nella definizione e adozione di decisioni all'interno delle istituzioni sovranazionali o a livello intergovernativo, inerenti questioni di interesse dell'Unione europea⁸⁵.

Tirando dunque le somme: il Tribunale ha ritenuto ammissibili i ricorsi *non perché* nell'art. 23 GG sia *previsto in modo esplicito* l'obbligo di reagire a trasferimenti di sovranità non autorizzati, ma in quanto *ha interpretato il testo della disposizione fino a trarne un obbligo simile*. Questo, senza mai dimenticare che la decisione OMT, allo stato, non è ancora stata applicata negli Stati membri dell'UEM, ma solo annunciata.

Fin qui l'opinione dissenziente.

Se così è – e la posizione dissenziente del giudice costituzionale pare più che convincente – per chi scrive il BVG ha fatto quindi un'operazione valutativa che lo ha condotto a interferire in scelte di merito politico⁸⁶. Sebbene nell'ordinamento giuridico tedesco non esista una disposizione che, in modo espresso, impedisca al Tribunale «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere di discrezionale da parte del Parlamento» (al pari, dunque, del nostro art. 28 della legge n. 87/1953 qui testualmente richiamato), va da sé che un sindacato simile sia comunque precluso, per un motivo ovvio al punto da essere difficile da spiegare.

Spingersi oltre questa soglia, chiara e netta, significa sfondare l'argine della separazione dei poteri: il Secondo senato si è avventurato sul terreno delle valutazioni politiche proprie solo ed esclusivamente del Legislativo e dell'Esecutivo.

Inserendosi poi, in particolare, *fra* il momento in cui la decisione OMT è stata resa nota e *quello, non ancora realizzato*, della sua concreta applicazione, il Tribunale ha forzato la lettura dell'art. 23 GG. Se, almeno, al piano OMT fosse già stata data esecuzione, allora i giudici costituzionali avrebbero potuto contrapporre l'inerzia (presunta) a un atto capace di produrre effetti vincolanti negli Stati membri, e quindi in grado di incidere sulle loro prerogative sovrane in materia economica.

In altri termini, avrebbe potuto avvicinare, in qualche misura, il comportamento omissivo ritenuto costituzionalmente illegittimo a quello invece noto dell'«inerzia concreta», *riconducibile* (e non altro) allo stesso art. 23 GG.

Anche questa osservazione si scontra, però, con una constatazione insuperabile.

Non pare proprio, allo stato delle cose, che lo scopo perseguito al tempo dal Costituente tedesco e in seguito da quello federale, disciplinando ciascuno, per parte propria, l'istituto del ricorso diretto di costituzionalità, fosse quello di trasformarlo da

«*safeguard for individual rights granted by the constitution*» a «*trigger for ("objective") constitutional review in the public interest*»⁸⁷.

September 2013 – 2BvE 6/08, 2 BvR 2436/10 -, juris, Rn. 158; BVerfGE 131, 152 <190>; 121, 135 <151>; 118, 244 <257>.

⁸⁵ Di nuovo la prima opinione dissenziente, pgf. 21. Per la giurisprudenza precedente sul punto di nuovo BVGE 129, 124 <174>.

⁸⁶ Pare andare in questa stessa direzione M. GOLDMANN, *cit.*, p. 266, quando, al contrario del BVG, per casi simili sposa la teoria dell'autolimitazione delle giurisdizioni costituzionali, e di conseguenza afferma: «*Contrary to the assumption of the majority of the FCC, both the conceptions militate in favor of a limited standard of judicial review. Accordingly, the FCC should only review the rationality of the ECB's policy measures*».

⁸⁷ Per l'intera citazione F.K. GÄRDITZ, *cit.*, pp. 191-192: «*But does this alone make granting unlimited standing to the complainants tenable? I have some doubts about that. The concept of ultra vires control is not a specific legal*

Per quale motivo ciò sia accaduto, è tema su cui si prova a ragionare di seguito, e rispetto al quale sembra indispensabile riflettere sempre più in futuro, visto che le sentenze del Tribunale costituzionale federale tedesco suscitano grande attenzione, e vengono indicate come l'esempio per eccellenza del dialogo fra le Corti nel processo di integrazione europea⁸⁸.

5. *Spingersi oltre la soglia dell' "inerzia concreta" per dichiarare ammissibili i ricorsi di costituzionalità e sul conflitto fra poteri dello Stato. A quale scopo?*

La ragione per la quale il Tribunale ha ritenuto ammissibili i ricorsi di costituzionalità non pare poter stare in quelli individuati all'art. 93, lett. a), primo e secondo comma, BVGG: come emerge dalla prima opinione dissenziente, sulla scelta a favore dell'ammissibilità non sembra aver pesato il fatto che la questione sollevata fosse di rilevante significato costituzionale, o contribuisse a garantire il rispetto dei diritti di cui all'art. 90, primo comma GG, o, ancora, perché una decisione di inammissibilità avrebbe prodotto un grave danno ai ricorrenti.

Fra l'altro, per chi scrive, di fronte al tipo di inerzia lamentata, al pari di ogni altro in Europa, anche il cittadino tedesco non è sprovvisto di rimedi; la natura di questi, però, non è giurisdizionale. Come insegna Costantino Mortati⁸⁹, se in ipotesi simili sanzione ci deve essere – ossia quando il Legislativo e l'Esecutivo non fanno le scelte politiche che il corpo elettorale, in tutto o in parte, vorrebbe – questa può essere solo politica: il voto.

Una dottrina osserva però il problema in modo profondamente diverso, e per questo pare necessario riportarla qui per esteso:

«Such a constitutional right [ossia il diritto di voto di cui all'art. 38 GG] — as other fundamental rights — can be enforced even against democratic majorities. A right to democracy as a constitutional guarantee — its existence assumed — is necessarily a right that can be invoked against a democratic self-abolishment of democracy. Against this background, the BVerfG takes some kind of “last-man-standing” perspective, enabling each single citizen to defend his/her individual right to live in a legal order where legislation is democratically legitimized and, thus, derived from the equal self-determination of all citizens, even if a vast majority votes for curtailing democratic institutions or procedures. This may be seen —and criticized — as another example for specific German legalism where Rechtsstaat trumps democracy»⁹⁰.

remedy but, in fact, a substantive control standard exclusively applied by the BVerfG. It has never been translated into precise procedural requirements. The Court claims to exert ultra vires control in any constitutional proceeding as far as the validity of an act under EU law is legally relevant within the German legal order. Hence, there is no independent ultra vires control. Instead, an admissible claim under the constitutional procedural law is an indispensable requirement that cannot be substituted by advancing the argument that a legally relevant act was ultra vires. Even though disciplining the sovereign powers of all three branches is apparently an objective side effect of the mere existence of the constitutional complaint, this extraordinary remedy is functionally a safeguard for individual rights granted by the constitution and not a trigger for (“objective”) constitutional review in the public interest. Thus, the Court, in a constitutional complaint proceeding, can only indirectly exercise ultra vires control as far as an individual right would be violated if an act under EU law was treated as valid—a rather exceptional case, in particular, with regard to the strict framework set out by the BVerfG in its Mangold decision».

⁸⁸ Sul rapporto fra le giurisdizioni costituzionali ha scritto tempo addietro proprio l'attuale Presidente del Secondo senato: A. VOBKUHLE, *Europäischer Verfassungsgerichtsverbund*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, Nr. 29/2010, pp. 1-8.

⁸⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Cedam, Pavia, 1991, il ragionamento di p. 424 ss. e, sul controllo-“sanzione” esercitabile dagli elettori sugli eletti, pp. 427-428.

⁹⁰ Di nuovo K.F. GÄRDITZ, *cit.*, pp. 188-189.

In questa luce, il rimedio giurisdizionale indispensabile per tutelare il diritto di voto è dunque non solo riconducibile alle previsioni di cui alla Costituzione tedesca (art. 38 GG) e alla legge federale sul BVG (art. 90 ss. sui ricorsi diretti di costituzionalità), ma *irrinunciabile per la complessiva tenuta di un ordinamento democratico*.

Così impostato, però, il ragionamento sembra confondere il diritto *di voto* con quello *di resistenza* (garantito dall'art. 20 GG), che il cittadino tedesco può esercitare per fronteggiare tentativi di sovversione dell'ordinamento democratico: se questo è vero, anche solo in parte, la dottrina in questione "ammette" in via implicita altro rispetto a quello che intendeva affermare.

Questa dottrina conferma, in parole più chiare, l'impressione che il Tribunale si sia mosso su una difficile linea di confine, agganciandola a una nozione del diritto di voto ampia al punto da aprire la via, utilizzando allo scopo il ricorso di costituzionalità, a un'*actio popularis*⁹¹ non conosciuta in questi termini dalla Costituzione tedesca, e che poteva solo originare le due opinioni dissenzienti.

Senza dimenticare come, per lo scenario che lasciano intravedere, le posizioni, poi, di *Lübbe-Wolff* e di *Gerhardt*, sembrano quasi più severe e preoccupate di quanto appena sostenuto.

Secondo la prima opinione dissenziente, ritenere ammissibili i ricorsi, agganciandoli a una nozione di inerzia differente da quella nota alla giurisprudenza costituzionale, qualificabile come «concreta», è operazione che poco ha a che fare con la tutela del diritto di voto e del principio democratico, e molto invece con una ricaduta significativa per il solo Tribunale.

Così facendo, infatti, e *nonostante il rinvio pregiudiziale*, il BVG si garantisce la possibilità, dopo la futura sentenza della Corte di Giustizia, di tornare *a esprimersi nel merito* della questione. Con le parole del giudice costituzionale *Lübbe-Wolff*:

«il fatto che, con la presente sentenza, solo alcune questioni e interpretazioni siano divenute oggetto del rinvio pregiudiziale dinanzi la Corte di Giustizia, nulla cambia [rispetto alle considerazioni svolte sull'inammissibilità dei ricorsi].

Nella misura in cui il Senato ritiene ammissibili le istanze, [...] esso si dichiara al tempo stesso competente ad adottare, in seguito, una decisione nel merito [...] fra l'altro, non pare possibile poter escludere una simile possibilità perché - pure in ragione del fatto che il Tribunale, se ricorrono determinate condizioni, ritiene di avere comunque "l'ultima parola" rispetto alla Corte di Giustizia [spec. i pgf. 21 ss., 27 ss. della sentenza di gennaio], anche le risposte fornite dalla Corte di Giustizia rispetto alle questioni sollevate, solo potenzialmente potrebbero essere rilevanti per il giudizio [espresso dal BVG dopo la pronuncia resa dalla Corte stessa]»⁹².

⁹¹ Specificamente sulla nuova portata dell'*actio popularis* intesa come conseguenza della posizione assunta dal BVG nel gennaio 2014 K.F. GÄRDITZ, *cit.*, p. 183 ss.

⁹² Così il passaggio testuale: prima opinione dissenziente, pgf. 11, «*Dass mit dem vorliegenden Beschluss zunächst nur einige Fragen und Vorschläge zu deren Beantwortung an den Gerichtshof der Europäischen Union gerichtet worden, ändert daran nichts. Indem der Senat die Klagen [...] zulässig behandelt, erklärt er sich für zuständig und verpflichtet, später eine Sachentscheidung zu treffen [...] was unter anderen deshalb nicht auszuschliessen ist, weil wegen des vom Bundesverfassungsgericht unter bestimmten Voraussetzungen auch im Verhältnis zum Gerichtshof beanspruchten letzten Worts (vgl. Rn. 21 ff., 27 ff.) die Antworten, die der Gerichtshof auf die gestellten Fragen gäbe, nur potentiell entscheidungserheblich wären*».

Vero è che questo specifico profilo va ricondotto alla prospettiva delineata dalla *Honeywell*: il rinvio pregiudiziale è fase fondamentale del complesso procedimento relativo al sindacato del BVG sugli atti *ultra vires* (*supra*, ai pgff 1 e 4a)⁹³.

Questa considerazione, però, non permette di accantonare del tutto un dubbio grave, espresso senza indugi da una dottrina tedesca, che può solo ridimensionare drasticamente l'ideale di un "dialogo fra le Corti" leale e costruttivo:

«*In other words, this "historic" referral could be exactly the final opportunity for the ECJ to decide in the sense suggested by the Constitutional Court if it wants to prevent an "ultra vires decision" by the Constitutional Court*»⁹⁴.

Aiuta forse a chiarire la difficile questione così posta l'opinione dissenziente del giudice costituzionale *Gerhardt*.

L'opzione a favore del rinvio pregiudiziale, nel caso specifico, non andrebbe compresa alla luce della giurisprudenza costituzionale tedesca e sovranazionale più nota (*Lissabon, Maastricht, Honeywell, Pringle*), ma, al contrario, in un'angolazione completamente diversa. Più semplice forse, ma non per questo meno preoccupante: il Tribunale costituzionale federale si sarebbe spinto oltre le sue attribuzioni, non cogliendo addirittura la natura ultima della materia (ossia le competenze della BCE) sulla quale si è espresso con il rinvio pregiudiziale.

Questo, anzitutto perché la definizione e l'attuazione della politica monetaria, così come stabilito dall'art. 127, primo comma TFUE, spettano soltanto al Sistema europeo delle Banche centrali, e delineano obiettivi che la BCE può realizzare con gli strumenti che ritiene più adatti⁹⁵. La discrezionalità nella realizzazione di questi fini starebbe quindi esattamente nelle sue attribuzioni pattizie, non al di fuori delle stesse.

Poi, in quanto, dichiarando ammissibili i ricorsi sulla base della presunta violazione dell'art. 38, primo comma GG, proprio il Tribunale avrebbe forzato il perimetro noto dell'ammissibilità, così gettando le basi per poter sindacare, infine e nella sostanza (ossia dopo l'interpretazione resa dalla Corte di Giustizia), gli atti di un'istituzione dell'Unione, con conseguenze serissime⁹⁶.

Conseguenze, in parte, relative ai caratteri distintivi dell'istituto del ricorso diretto di costituzionalità: mai, fino ad oggi, tratteggiato come una sorta di *actio popularis* senza alcun limite.

Conseguenze, inoltre, inerenti allo stesso tempo un piano diverso, sganciato da quello nazionale, e in questa misura più inquietante.

Se la Corte di Giustizia dovesse infatti ritenere che la Banca centrale europea ha agito nel pieno rispetto del suo mandato pattizio, al Tribunale resterebbe comunque l' "ultima parola" rispetto all'atto contestato.

Un' "ultima parola" che, logica a parte del procedimento nel quale si inserisce, la maggioranza dei giudici del Secondo senato Tribunale ritiene di *dover avere* perché (come pure sostenuto nei ricorsi diretti di costituzionalità):

«*the independence of the ECB constitutes a deviation from the concept of democracy enshrined in Articles 20 and 79(3) of the Basic Law*»,

⁹³ Sul punto U. DI FABIO, *cit.*

⁹⁴ A. THIELE, *cit.*, p. 247.

⁹⁵ Seconda opinione dissenziente, pgf. 17. Sul punto anche e di nuovo M. GOLDMANN, *cit.*, p. 269.

⁹⁶ Sulle questioni citate e trattate nel testo la seconda opinione dissenziente, ai pgff. 3, 5, 6, 8 e 9.

e, di conseguenza, «[il Tribunale] *considers such independence to be in conformity with said concept of democracy only under the condition that it is tied to a narrowly interpreted legal mandate and subject to full judicial review*»⁹⁷.

Se così fosse, dunque insistendo nel definire la decisione OMT come atto *ultra vires*⁹⁸ anche dopo un'interpretazione di segno opposto data dalla Corte di giustizia, il Tribunale finirebbe col mettere il Legislativo e all'Esecutivo federali nella condizione insuperabile di valutare la necessità *politica* di modificare le competenze attribuite alla BCE, ossia di chiedere la revisione dei Trattati sovranazionali.

Questo, peraltro, passando attraverso un ragionamento che, secondo *Gerhardt*, non è costruito direttamente sulla violazione del nucleo inviolabile della Costituzione tedesca, così come garantito dall'art. 79, terzo comma GG⁹⁹.

In altri termini, per chi scrive, un ragionamento che non poggia su una violazione dell'ordinamento giuridico interno tale da poter far scattare i cd. controlimiti.

Sulla scia di queste valutazioni al giudice costituzionale *Gerhardt* non resta che chiedersi, in relazione a quanto lamentato nei ricorsi (ossia la mancata presa di posizione contraria degli organi costituzionali rispetto alle decisioni della BCE),

*«per quale ragione non sia sufficiente o esercitare l'influenza indispensabile per far rispettare le competenze di attribuzione utilizzando il procedimento democratico – in altri termini, formare una volontà di questa natura tanto all'interno, quanto all'esterno del Parlamento, e in occasione delle elezioni politiche – oppure esigere che vengano affrontate le conseguenze di un eventuale superamento di quelle stesse competenze»*¹⁰⁰.

Tirando di nuovo le somme di quanto finora ricostruito e sostenuto: utilizzare l'art. 38, primo comma GG, come base giuridica utile per giungere a ritenere ammissibili i ricorsi diretti di costituzionalità, è operazione che apre la porta a conseguenze sulle quali è impossibile non riflettere con attenzione.

Come fatto notare da una dottrina tedesca molto attenta sul punto, è necessario soffermarsi sulla questione per due ordini di ragioni.

Una prima, di ordine interno: così facendo il Tribunale ha dilatato l'ammissibilità ben oltre quello che la Costituzione e la legge federale sul BVG permettono, disegnando per questa via una sorta di nuovo volto dell'istituto della *Verfassungsbeschwerde*, tale da poter in futuro permettere ai cittadini tedeschi di lamentare ogni possibile, immaginabile violazione dei diritti fondamentali, e non più quella già sopra delineata.

⁹⁷ Di nuovo M. GOLDMANN, *cit.*, p. 266.

⁹⁸ Come da giurisprudenza *Honeywell*, il BVG potrebbe insistere sulla questione sostenendo proprio che il superamento delle competenze attribuite (in questo caso compiuto dalla BCE) è del tutto evidente, e in grado di incidere in misura significativa sul riparto di competenze fra Stati membri e Unione europea stabilito per Trattato. Per questa via, l'atto *ultra vires* non potrebbe trovare applicazione in Germania: *Honeywell*, pgf. 57 (e ss.).

⁹⁹ Su questo specifico punto la seconda opinione dissenziente, pgf. 5.

¹⁰⁰ Così il passaggio letterale: seconda opinione dissenziente, pgf. 8, «*warum es nicht ausreicht, auf demokratischem Weg – durch Willensbildung innerhalb und außerhalb des Parlaments sowie bei Wahlen – auf die Einhaltung der Kompetenzordnung hinzuwirken oder die Konsequenzen der Hinnahme einer Kompetenzüberschreitung einzufordern*».

Una seconda, di interesse sovranazionale: per il tramite di un simile ricorso diretto dinanzi al Tribunale, ogni cittadino tedesco può giungere fino alla Corte di Giustizia, in modo ben diverso da quanto previsto dall'art. 263, quarto comma TFUE¹⁰¹.

Che quello così sintetizzato nelle opinioni dissenzienti possa definirsi “dialogo fra le Corti” è cosa difficile da sostenere¹⁰².

Con certezza e piena consapevolezza, invece, si può affermare altro.

Il contrasto fra, da un lato, i giudici *Lübbe-Wolff* e *Gerhardt*, e, dall'altro, il presidente del Secondo senato *Voßkuhle*, e poi i giudici *Landau*, *Müller*, *Huber*, *Hermanns* e *Kessal-Wulf*, entra nel vivo di un momento storico sul quale è ormai inutile cercare nuovi aggettivi.

Una considerazione, però, va fatta, citando puntualmente le osservazioni conclusive dell'opinione dissenziente di *Lübbe-Wolff*. Per quanto comportano, si sceglie qui di proporle integralmente.

Per chi scrive, la crisi chiede di riflettere su un aspetto che può diventare la chiave di volta e di lettura del processo di integrazione europea¹⁰³, del nostro *fare parte di* quel processo al punto di esserlo¹⁰⁴.

Nelle parole di *Lübbe-Wolff*:

«c'è da chiedersi se la prospettiva puramente nazionale (che, in alcune, specifiche ipotesi di contrasto, prevale su quella dell'Unione), sia da valutare ancora oggi come quella più adeguata, e prescritta dalla Costituzione nazionale, per affrontare le circostanze in cui, in particolare, siano in gioco conseguenze di natura concreta e, al tempo stesso, giuridica, della portata e dell'ampiezza di quelle qui in rilievo.

Che, appellandosi all'interpretazione tedesca del principio democratico e ai limiti che gravano, secondo la nostra lettura dell'art. 123

¹⁰¹ Così A. THIELE, *cit.*, p. 254: «*But why should Art. 38 (1) BL, that secures the competences of the German Parliament, only be violated in the case of the ECB and not the German central bank acting out of range of its mandate? Or any other constitutional organ as long as competences of the German Parliament are concerned? Such a major change in the procedural system can hardly have been intended by the court, yet it should be the consequence if the judgment is taken seriously. However, this thought demonstrates that the Court has simply overstretched Art. 38 (1) BL by opening the door for such all-embracing individual claims. Why it felt obliged to do so remains a mystery. Secondly, this extension also appears problematic from a European perspective, as Judge Gerhardt rightly points out. By opening the door for every (German) individual to file claims against any (proclaimed) violation of competences of the European Union, the Constitutional Court also undermines the legal requirements for legal protection on the European level — here the requirement of direct and individual concern in Art. 263 (4) TFEU. Individuals can now reach the ECJ by simply applying to the Constitutional Court. Again it is unclear why the Constitutional Court ignores these consequences completely even though they were obviously precisely articulated by some of the judges.*»

¹⁰² Sostiene infatti sempre A. THIELE, *cit.*, p. 247: «*In other words, this “historic” referral could be exactly the final opportunity for the ECJ to decide in the sense suggested by the Constitutional Court if it wants to prevent an “ultra vires decision” by the Constitutional Court. And if this were the case, 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.*»

¹⁰³ In questa direzione paiono muoversi pure le valutazioni di M. KUMM, *cit.*, pp. 214-215: «*The FCC, too, is playing a risky game. First, procedurally its reference amounts to forcing the CJEU into a game of chicken, while denying the court any input on the issues relating to German constitutional identity, notwithstanding its connection to Art. 4 TEU.*»

¹⁰⁴ Per i possibili scenari successivi alla pronuncia pregiudiziale D. MURSWIEK, *cit.*, p. 160 ss.

ss. TFUE, sulle competenze attribuite alla Banca centrale europea, anch'essa indipendente, alcuni giudici tedeschi indipendenti adottino una decisione le cui conseguenze hanno una portata incalcolabile sulla moneta adottata nell'intera Eurozona e sulle economie reali da questa dipendenti, appare come un'anomalia la cui natura democratica è fortemente dubbia.

Una simile anomalia potrebbe essere superata soltanto se si leggesse la sentenza in una specifica luce, ossia quella di non voler dar vita a serie conseguenze, ma, al contrario, di volersi ritrarre dal dibattito in seno alla Camera federale»¹⁰⁵.

Vero è che queste considerazioni suonano come il testamento morale di un giudice costituzionale che chiude il suo mandato, e non si può dimenticare la possibilità che in questa luce debbano essere lette.

Se, però, è altrettanto vero che i giudici costituzionali tedeschi, per l'art. 26, primo comma BVGG, nell'esercizio delle loro funzioni si impegnano a ricorrere a ogni strumento utile a «perseguire la verità»¹⁰⁶, per quanto questa formula possa essere o solo retorica, o pericolosa per il grado di confusione che introduce fra il ruolo del giudice (anche costituzionale) e altri, di natura ben diversa, resta un fatto:

la possibilità *concreta* che i giudici costituzionali *Lübbe-Wolff* e *Gerhardt* sentissero sulle spalle tutto il peso di *questa formula* mentre scrivevano le loro opinioni dissenzienti¹⁰⁷.

6. Conclusioni: tornare a Max Weber, costretti a scegliere fra «l'etica dei principi» e «l'etica della responsabilità».

Al di là delle valutazioni fin qui suggerite, le conseguenze delle scelte recenti del Tribunale costituzionale federale tedesco non sono al momento del tutto prevedibili, non foss'altro perché per ben definirle è necessario attendere la pronuncia della Corte di Giustizia.

¹⁰⁵ Così il passaggio testuale: prima opinione dissenziente, pgf. 28, «*Die Frage ist aber, ob die rein nationale Perspektive, die sich in bestimmten Konflikten zu recht gegenüber der unionsrechtlichen behauptet, noch die angemessene und die von der nationalen Verfassung vorgegebene ist, wenn es um Rechts- und Realfolgen der hier in Rede stehenden Rechtsweite und Größenordnung geht. Dass einige unabhängige deutsche Richter unter Berufung auf die deutsche Auslegung des Demokratieprinzips und auf die Grenzen, die sich hieraus und aus unserer Leseart der Art. 123 ff. AEUV für die zulässigen Befugnisse der unabhängigen Europäischen Zentralbank ergeben, eine Entscheidung mit unkalkulierbar weitreichender Konsequenzen für die ins Werk gesetzte Währung der gesamten Eurozone und die davon abhängigen Volkswirtschaften treffen, erscheint als Anomalie von höchst zweifelhafter demokratischer Qualität. Diese Anomalie würde zwar vermieden, wenn der Beschluss dahin zu verstehen wäre, dass ernste Konsequenzen ohnehin nicht gedacht ist, sondern allenfalls an die Verpflichtung, eine Bundestagsdebatte abzuhalten».*

¹⁰⁶ Stabilisce testualmente l'art. 26, primo comma BVGG: «*Das Bundesverfassungsgericht erhebt den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis. [...]».*

¹⁰⁷ Resta in ogni caso ferma la posizione di M. GOLDMANN, *cit.*, p. 280, netta sul punto: «*Again, this article is not intended as a defense of the ECB's OMT Programme. Rather, it is meant as a call for judicial restraint based on rationality checks of ECB measures instead of full reviews. Judges should not overstep the limits of their competence in order to enforce the limits of other actors' competence. Otherwise, they might cause consequences they neither know nor want».* La somma dei problemi accennati nel testo può anche essere inquadrata, con le necessarie differenze, nella disamina complessiva svolta da diversi studiosi in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, Jovene, 2012. Per una ricostruzione della sentenza che mette a confronto, invece, le opinioni di giuristi ed economisti, il quaderno n. 3/2014 della rivista scientifica tedesca *Wirtschaftsdienst*, per il quale www.wirtschaftsdienst.de.

In ogni caso, in dottrina più voci si sono levate per tracciare il quadro di un futuro dai contorni nettamente opposti: per alcune difficile da affrontare, anche solo a livello nazionale; per altre, tale da rafforzare l'idea stessa di democrazia. Due fra tutte le posizioni che possono far comprendere quanto diversi siano giudizi e aspettative.

Per un prima dottrina,

«if a complaint, which is exclusively based on the right to vote and its inherent interest to participate in a functioning democratic progress, is admissible, why is this concept of democratic ultra vires control limited to EU affairs and not utilizable in purely national — and, thus, far more easily attributable — constitutional disputes? For example, a citizen of Hamburg might have a democratic interest to challenge military operations of the Bundeswehr in Afghanistan that grossly transgressed the limits defined in the parliamentary decision approving the mission because this transgression devaluates his voice as a voter. As this is apparently indefensible under the current procedural framework set out in Article 93 GG, so is the independent ultra vires complaint»¹⁰⁸.

Per una seconda, invece,

«The Federal Constitutional Court's order for referral with respect to the ECB from 14 January 2014 is one of the most important decisions that the Federal Constitutional Court has made. The decision already deserves special attention due to its great economic importance—the ECB's program to purchase government bonds stands in the center of the efforts to calm the financial markets in the euro crisis. With regard to European and constitutional law, the decision is a guiding one in multiple respects. For the first time, the competences of the central bank are analyzed by a constitutional court and limited in view of the democracy principle. For the first time, the Federal Constitutional Court declares within the framework of an ultra vires review—subject to an interpretation in conformity with Union law by the ECJ—a manifest and structurally significant transgression of powers by an EU institution»¹⁰⁹. Ma non solo.

In questa prospettiva, la sentenza del gennaio 2014 rappresenterebbe uno straordinario passo avanti nella storia dell'integrazione europea e del dialogo fra le Corti: un passo reso possibile proprio dalla dilatazione dei presupposti giuridici dell'ammissibilità, istituto capace di garantire in ragione di questa, d'ora in poi, i cittadini tedeschi e la forma di governo parlamentare della Federazione da ogni attacco da parte di poteri non legittimati democraticamente, e capaci di menomare la democrazia popolare intervenendo in ambito economico¹¹⁰.

Non c'è in questo ragionamento alcuna traccia della necessità di individuare in modo rigoroso la soglia oltre la quale il Tribunale (anzi: ogni Corte costituzionale), sia tenuto a esercitare il necessario *self-restraint* dinanzi agli atti che possono giungere fino al suo giudizi, oggi, specificamente, quelli della BCE.

Forse, una possibile soluzione sta in quanto di recente proposto da una dottrina tedesca che sembra essere andata al cuore del problema:

«a contextual interpretation of these provisions that pays heed to both the institutional position of the ECB and the theoretical implications of its mandate, shows that they charge the ECB with a good deal of pragmatic, ethical and maybe even moral reasoning and only define some outer limits. Within these boundaries, courts may not replace the ECB's moral, ethical or pragmatic reasons with their own reasons. They may only exercise a rationality check and ask whether the

¹⁰⁸ F.K. GÄRDITZ, *cit.*, pp. 192-193, spec. poi p. 195.

¹⁰⁹ D. MURSWIEK, *cit.*, p. 164.

¹¹⁰ Per il ragionamento sempre D. MURSWIEK, *cit.*, p. 164.

presuppositions of such discourses have been observed, i.e. whether the act in question is rationally justifiable in a deliberative sense, bearing in mind the possibility of rational disagreement»¹¹¹.

Al di là di questo, c'è poi un altro profilo, forse ambiguo e pericoloso per modalità e conseguenze che lo accompagnano, ma sul quale si avverte l'urgenza di soffermarsi.

Già la sola lettura della sentenza del gennaio 2014, e poi la riflessione sugli scritti e le prese di posizione che l'accompagnano, hanno fatto tornare alla mente di chi scrive il pensiero di *Max Weber*.

Come noto, quando, nel discorso del 1919 «*La politica come professione*», lo studioso approfondisce il tema dell'«agire orientato in senso etico», *Weber* disegna due valichi insuperabili: questo agire «*può essere condotto a due massime fondamentalmente diverse, l'una dall'altra e inconciliabilmente opposte: può cioè orientarsi nel senso di un' "etica dei principi" oppure di un' "etica della responsabilità"»¹¹².*

L'una non esclude l'altra, e viceversa, ma va da sé che siano completamente differenti: colui «*che agisce secondo l'etica dei principi si sente "responsabile" soltanto del fatto che la fiamma del puro principio [...] non si spenga. Ravvivarla continuamente è lo scopo delle sue azioni completamente irrazionali dal punto di vista del possibile risultato, le quali possono e devono avere soltanto un valore esemplare»¹¹³.*

Al contrario, colui che «*agisce secondo l'etica della responsabilità [...] dirà: queste conseguenze saranno attribuite al mio operato»¹¹⁴.*

Che il Tribunale federale costituzionale tedesco abbia agito secondo l'«etica dei principi» pare chiaro; che, in questo frangente storico, sia difficile, se non impossibile «*mettere insieme l'etica dei principi e l'etica della responsabilità»¹¹⁵* per la politica e l'economia, non lo è di meno.

Il punto è però uno, al momento povero di risposte, così tanto più grandi di chi scrive: se, per sua parte, ma con conseguenze tali da travalicarne ruolo, *il Tribunale è attore dell'integrazione europea, non al pari, ma - per quel che potrà accadere - anche più di quelli politici*, allora, i giudici costituzionali tedeschi (e non solo), *potranno o dovranno riuscire a «mettere insieme l'etica dei principi e l'etica della responsabilità»?*

¹¹¹ Per la citazione M. GOLDMANN, *cit.*, p. 274; per il complesso utilizzo dei *rational checks* applicato, punto per punto, agli argomenti sollevati dal BVG con il rinvio pregiudiziale, *ID.*, *cit.*, p. 274 ss.

¹¹² M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione*, con un'introduzione di W. SCHLUCHTER (trad. it. di H. GRÜNHOF, P. ROSSI, F. TUCCARI), Torino, Piccola Biblioteca Einaudi, 2004, p. 109.

¹¹³ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 110.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 109.