

COSTRUIENDO LE TRADIZIONI DEI DIRITTI IN EUROPA
SEMINARIO ANNUALE DI DIRITTICOMPARATI

11 dicembre 2015, Macerata

II Sessione - Tradizioni europee e dialogo tra corti: esperienze di resistenza

Bozza provvisoria per la relazione (20 novembre 2015)

**IL “SOSPETTOSO” CAMMINO EUROPEO
DEL *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT***

Pietro Faraguna – Università di Ferrara

✉ pietro.faraguna@unife.it

SOMMARIO: 1. Il Tribunale costituzionale federale: comandante generale della resistenza? – 2. *Solange I* – 3. *Solange II* – 4. *Maastricht-Urteil*: dal controllo dei diritti fondamentali al controllo sugli atti *ultra vires* – 5. *Bananen-Urteil*: *sempre più solange* – 6. *Lissabon-Urteil*: il controllo di compatibilità con l'identità costituzionale del *Grundgesetz* – 7. *Mangold-Urteil*: l'approccio “amichevole” – 8. Il *Bundesverfassungsgericht* e l'eurocrisi – 9. L'ultimo capitolo. Il caso *Gauweiler*, tra BCE, *BVerfG* e Corte di giustizia – 10. Il cammino europeo del *BVerfG*: una Costituzione aperta, una Corte “sospettosa”

1. Il Tribunale costituzionale federale: comandante generale della resistenza?

Appartiene ormai al senso comune della comunità di giuristi in Europa la percezione del Tribunale costituzionale federale tedesco come *leader* di un moto di resistenza nazionale – oggetto di attenzione di questa sessione – rispetto a una forza integratrice del diritto europeo.

Si tratta di un senso comune che è fondato su una molteplicità di fattori, tra i quali certamente rientrano alcune sentenze del *Bundesverfassungsgericht* (da qui *BVerfG*). Tuttavia ci si sofferma meno sui caratteri paradossali di questo destino toccato al Tribunale di Karlsruhe. A guardare il diritto costituzionale positivo, infatti, l'ordinamento tedesco non può certo essere considerato quello che oppone gli strumenti più affilati di resistenza costituzionale rispetto all'integrazione europea e internazionale. Tutt'altro: già il preambolo della Legge Fondamentale, nel 1949, traccia la netta discontinuità rispetto all'esperienza nazional-socialista, premettendo che “il popolo tedesco è ispirato dalla determinazione di promuovere la pace nel mondo a condizioni di parità all'interno di un'Europa unita”. Oltre a questo eloquente riferimento contenuto nel preambolo, la formulazione originaria del testo della legge fondamentale includeva quindi una generica clausola di apertura dell'ordinamento (la cui struttura e funzione normativa era del tutto simile all'art. 11 della Costituzione italiana) nella quale si disponeva che il *Bund* fosse autorizzato a trasferimenti di sovranità a organizzazioni internazionali mediante legge e che potesse, per la tutela della pace, inserirsi in un sistema di reciproca sicurezza collettiva, consentendo a quelle limitazioni dei suoi diritti sovrani che realizzassero ed assicurassero un ordinamento pacifico e duraturo in Europa e tra i popoli del mondo. Queste disposizioni sono servite da copertura costituzionale al processo di integrazione europea fino a quando non è stato ritenuto necessario procedere a un'operazione di manutenzione costituzionale, al

fine di aggiornare l'ordinamento tedesco alla svolta qualitativa che il trattato di Maastricht aveva impresso all'integrazione europea. Nel 1992 il *Grundgesetz* (da qui GG) veniva dunque attrezzato di uno specifico “*Europa-Artikel*”, con cui si attribuiva all'ordinamento costituzionale una connotazione di apertura al diritto europeo ancora più esplicita e marcata. Infine, a completare la rassegna di coordinate costituzionali che collocano l'ordinamento tedesco tra quelli più aperti al diritto europeo e internazionale, vi è l'art. 25 del GG. Similmente a quanto provvede l'art. 10 della Costituzione italiana, l'articolo 25 del GG riconosce l'adattamento dell'ordinamento tedesco alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciuto, accordando a queste prevalenza rispetto al diritto interno. La legge fondamentale tedesca è perciò, nella sua lettera, tutt'altro che una Costituzione di resistenza rispetto all'integrazione europea e all'apertura internazionale.

Eppure il suo interprete supremo, il Tribunale costituzionale di Karlsruhe, non si è ritrovato per caso la fama di attore riluttante del cosiddetto dialogo tra Corti. In questa presentazione ripercorrerò dapprima le tappe del “sospettoso” cammino comunitario del BVerfG, a partire dalla molto nota saga *Solange*, fino alle ultimissime battute di un dialogo che si è fatto sempre più complicato negli anni dell'eurocrisi e che ha trovato nella nuova (e non ancora conclusa) saga *OMT/Gauweiler* il più recente sviluppo. Quindi mi soffermerò sul significato di questa sfasatura tra le coordinate costituzionali, contraddistinte da un'ampia apertura al diritto europeo e internazionale, e il ruolo interpretato dal BVerfG nel così detto dialogo tra le Corti. Mettendo in evidenza le diverse linee di resistenza aperte e tutt'ora difese dal BVerfG, mi concentrerò su alcune contraddizioni insite nel ruolo interpretato dal giudice costituzionale di Karlsruhe, istanza anti-maggioritaria per eccellenza, la cui legittimazione è strutturalmente antitetica rispetto a quella di un Parlamento che è sembrato assai meno preoccupato di tutelare le proprie prerogative di quanto non lo fossero i giudici costituzionali.

2. *Solange I*

I primi episodi del percorso di resistenza del BVerfG sono ben noti. La letteratura sulla saga *Solange*¹ è ormai sterminata e il caso è sufficientemente noto da permettere di richiamarne solo i passaggi fondamentali. La sentenza del 1974 *Solange II* è anzi considerata il primissimo episodio di una nuova fase di “dialogo” tra Corti, seppure vi fosse un precedente – peraltro espressamente citato dallo stesso Tribunale di Karlsruhe nella sentenza – della Corte costituzionale italiana³.

¹ In questa sterminata letteratura, per una panoramica che ha i pregi della esaustività, dell'aggiornamento rispetto alla giurisprudenza europea più recente, e della concisione si rinvia qui a R. van Ooyen, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts und Europa. Von Solange über Maastricht zu Lissabon und Euro-Rettung*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

² BVerfG, BVerfGE 37, 271.

³ La sentenza c.d. Frontini, 183/1973 può considerarsi il primo episodio di “resistenza” di una Corte costituzionale di uno Stato membro, nella misura in cui teorizza l'esistenza di “controlimiti” al diritto comunitario, servendosi di una nozione che era già emersa in relazione al diritto concordatario qualche anno prima, con le sentenze 30-31-32/1970. La sentenza era espressamente citata dal BVerfG in *Solange I*, in un antesignano episodio di circolazione “orizzontale” di strumenti argomentativi tra Corti costituzionali. L'espressione “controlimiti”, che ha avuto una certa fortuna nel dibattito dottrinale anche al di fuori dei confini nazionali, non è in realtà patrimonio di quella giurisprudenza costituzionale, bensì risale alla penna di P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406-2419, il quale, commentando proprio la sentenza di cui tratta questa nota, usò invero l'espressione “controlimitazioni”. Il lemma controlimiti entra nella giurisprudenza costituzionale soltanto molto recentemente, e in particolare con la sentenza n. 238/2014, con la quale la Corte costituzionale italiana per la seconda volta in assoluto, e per la prima volta in relazione al diritto internazionale consuetudinario, ha applicato la teoria dei controlimiti.

In pochissime parole, il BVerfG affermò la sua competenza a procedere a uno scrutinio di costituzionalità delle norme di diritto secondario dell'allora Comunità Economica Europea alla stregua del parametro costituzionale del GG. Dal punto di vista comunitario, la sentenza aveva sollevato una comprensibile e fondata preoccupazione. Si metteva infatti a repentaglio l'uniforme applicazione del diritto comunitario e si aprivano scenari foschi di conflitti giurisdizionali tra giudice europeo e giudice costituzionale nazionale. Ciononostante, il messaggio del giudice di Karlsruhe era chiaro, e nella sua chiarezza conteneva un “messaggio subliminale” costruttivo: il BVerfG avrebbe infatti continuato a esercitare il suo sindacato di costituzionalità, *fiintantoché* (per l'appunto, *solange*) il livello di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario non fosse stato comparabile al livello di tutela alla stregua del GG. Come se il BVerfG dicesse: oggi è così, ma domani le cose potrebbero cambiare. A suffragare questa interpretazione vi era anche un altro dato che meno spesso viene sottolineato. Nella giurisprudenza successiva del Tribunale costituzionale federale, di cui ci si occuperà nelle pagine che seguono, questi elaborerà una giurisprudenza ben nota sui limiti costituzionali “assoluti” del processo di integrazione europea, legando i suoi “controlimiti” alla disposizione che nel GG pone i limiti alla revisione costituzionale (Art. 79.3 GG, cosiddetta *Ewigkeitsklausel*, clausola di eternità). Ebbene, di questa sovrapposizione tra limiti alla revisione costituzionale e controlimiti, che è familiare anche al cammino comunitario della Corte italiana, non vi è alcuna traccia in *Solange I*. Tutt'al contrario, in quella sentenza i giudici di Karlsruhe si riferiscono all'intangibilità della «struttura fondamentale della costituzione, sulla quale si fonda la sua stessa identità» e alla preservazione della «identità della costituzione vigente della Repubblica federale di Germania»⁴, ma omettono qualunque riferimento all'art. 79.3 GG. Si leggono invece alcuni passaggi che sembrano ammettere la superabilità dei limiti testé elaborati: così, ove si legge che una modificazione della struttura fondamentale della Costituzione non sarebbe stata possibile «senza revisione costituzionale», pare ammettersi la superabilità di quel limite mediante revisione costituzionale, collocandolo dunque in tutt'altro scenario. La stessa impostazione di base della dottrina *Solange I* induceva peraltro a ritenere che i limiti posti alla forza modificativa dell'ordinamento comunitario fossero più estesi rispetto al perimetro dei limiti alla revisione costituzionale. Il BVerfG intendeva infatti preservare il livello di tutela costituzionale dei diritti fondamentali. E non vi è dubbio che tale livello, intangibile per quanto concerne le modifiche all'ordinamento interno derivanti dall'applicazione del diritto dell'UE, è invece almeno parzialmente modificabile dal legislatore costituzionale che può ben decidere di dare un assetto diverso ai diritti fondamentali, purché sia rispettata l'integrità del loro nucleo essenziale (*Garantie des Wesengehalts*, Art. 19.2 GG).

In *Solange I*, in sintesi, la linea di resistenza costituzionale del giudice tedesco era chiaramente posta sul fronte della tutela dei diritti fondamentali, e la stessa identità costituzionale veniva configurata come un concetto servente la tutela dei diritti fondamentali, senza alcun riferimento ad elemento strutturali o organizzativi dell'ordinamento.

3. *Solange II*

L'impatto della sentenza *Solange I* sul processo di integrazione europea fu enorme. Ne seguì innanzitutto un dibattito assai vivace nella comunità di giuristi in Europa, ove la sentenza venne accolta da una reazione ampiamente critica (destino questo di molte sentenze del cammino europeo del BVerfG)⁵. La reazione fu anche politica: il Parlamento Europeo, il Consiglio e la Commissione

⁴ BVerfG, BVerfGE 37, 271, § 43.

⁵ Tra i moltissimi interventi si vedano H. J. Cremer, *Europäische Hoheitsgewalt und deutsche Grundrechte*, in *Der Staat*, 1995, 269 ss.; F. Ossenbühl, *Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des*

fecero seguire una dichiarazione congiunta nella quale si affermava che il diritto comunitario comprendeva le tradizioni costituzionali degli Stati membri e i principi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo⁶. Poco più tardi il Consiglio Europeo adottava una dichiarazione sulla democrazia⁷, ove si affermava che il rispetto e il mantenimento della democrazia rappresentativa e dei diritti umani sono elementi essenziali dell’appartenenza alle Comunità europee. La reazione determinante fu però quella della Corte di giustizia, la cui giurisprudenza si era già significativamente sviluppata nel senso di includere la tutela dei diritti fondamentali tra i suoi obiettivi⁸, uscì rafforzata dalla “minaccia” di *Solange I*. La sentenza del Tribunale costituzionale federale fu dunque un *input* straordinario per sviluppare una nuova fase dell’Europa del diritto, che in alcune sentenze fondamentali segna un cambio di passo qualitativo sulla strada del processo di costituzionalizzazione giurisdizionale delle Comunità¹⁰.

Tutti questi fattori condussero quindi il BVerfG a prendere atto delle mutate circostanze. Nel 1986¹¹, dodici anni dopo la sentenza *Solange I*, la dimensione dinamica dell’ammonimento ivi contenuto si carica dunque di nuovi significati. La formula viene ribaltata: il Tribunale costituzionale federale afferma infatti che *finatantoché* (ancora, *solange*) la Corte di giustizia garantirà un livello di tutela dei diritti fondamentali comparabile a quello del GG, questi rinuncerà a porre in essere il sindacato di costituzionalità sugli atti di diritto comunitario secondario.

Anche in *Solange II* la linea di resistenza del BVerfG è posta sul terreno dei diritti fondamentali, ma il fronte è assai più arretrato rispetto a quanto si leggeva nella sentenza *Solange I*. E ciò non solo per il radicale ribaltamento del “principio di fiducia”, in base al quale ora il sindacato costituzionale è sospeso fintantoché ci si potrà affidare alla tutela dei diritti fondamentali posta in

Bundesverfassungsgerichts, in NJW, 1976, 2100 ss.; U. Scheuner, *Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Mai 1974*, in AöR, 1975, 30 ss.; H. P. Ipsen, *BVerfG versus EuGH re »Grundrechte« – Zum Beschluß des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Mai 1974*, in EuR, 1975, 1 ss.; M. Hilf, *Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Mai 1974. I. Auswirkungen auf die Gemeinschaftsrechtsordnung*, in ZaöRV, 1975, 51 ss.; H. Rupp, *Zur Zur bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gemeinschaftsrechts am Maßstab der Grundrechte*, in NJW, 1974, 2153 ss.

⁶ Dichiarazione comune del 5 aprile 1977 del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, riguardante il rispetto dei diritti fondamentali e della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, Gazzetta ufficiale n. C 103 del 27/04/1977, pag. 1-2, 5 Aprile 1977, reperibile anche a [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31977Y0427\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31977Y0427(01)&from=EN)

⁷ Consiglio Europeo di Copenaghen, 7-8 aprile 1978, *Dichiarazione sulla democrazia*, reperibile in lingua inglese all’indirizzo www.consilium.europa.eu/en/european-council/conclusions/pdf-1992-1975/copenhagen-european-council,-7-and-8-april-1978/

⁸ Vedi Corte di giustizia, causa 29/69, *Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt*, decisione del 12 novembre 1969 e successivamente Corte di giustizia, causa 117/70, *Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- un Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, decisione 17 dicembre 1970.

⁹ Da ultimo, si veda, B. Davies, *Resistance to European Law and Constitutional Identity in Germany: Herbert Kraus and Solange in its Intellectual Context*, in *European Law Journal*, Vol. 21, No. 4, 2015, 434–459 (e in particolare 456-459), che ricostruisce la vicenda nella particolare ottica dell’impatto di quella saga sull’equilibrio costituzionale tedesco, più che nei rapporti con la Corte di giustizia.

¹⁰ Su cui, su tutti, vedi J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8, 2403-2483 e per una ricostruzione da una prospettiva originale P. L. Lindseth, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: the Example of the European Community*, in *Columbia Law Review*, 1999, vol. 99, 628-738.

¹¹ BVerfG, BVerfGE 73, 339. La sentenza, non diversamente, dal precedente *Solange I*, ha fin da subito attratto l’attenzione della dottrina. Tra i molti commenti, si vedano P. Kirchhof, *Gegenwartsfragen an das Grundgesetz*, in JZ, 1989, 453-465; H. H. Rupp, *Urteilsanmerkungen*, in JZ, 1987, 241 ss.

essere dal giudice europeo. Tra *Solange I* e *Solange II* c'è infatti un altro piccolo, ma importante mutamento di prospettiva: il BVerfG riconosce infatti ancora una volta un «contenuto essenziale e irrinunciabile, posto a fondamento dell'ordinamento costituzionale vigente»¹², ma non lo individua più nella “parte della Costituzione relativa ai diritti fondamentali” (com'era stato per *Solange I*), bensì soltanto nei «principi che stanno a fondamento delle disposizioni costituzionali sui diritti fondamentali»¹³. Nello stesso senso è molto significativo che il Tribunale costituzionale federale, rifacendosi espressamente al precedente di cui a *Solange I*, abbia continuato ad affermare che non si può modificare «la struttura fondamentale della Costituzione, sulla quale si fonda la sua stessa identità»¹⁴ ma abbia omesso di specificare – come invece aveva fatto in *Solange I* – che non è possibile apporre tali modifiche “senza revisione costituzionale”. In tal modo l'estensione dei controlli tracciata dalla giurisprudenza diventava perfettamente calzante ai limiti alla revisione costituzionale espressamente sanciti dall'art. 79.3 GG.

4. Maastricht-Urteil: dal controllo dei diritti fondamentali al controllo sugli atti ultra vires

La saga “*Solange*” sembrava far del BVerfG un soggetto di resistenza. L'oggetto della resistenza era però la tutela dei diritti fondamentali in una vicenda che aveva avuto sviluppi costruttivi e comunque ove la narrazione sovranista e statalista non era affatto centrale. Le cose cambiano, e non poco, all'inizio degli anni '90. La storia è molto nota e qui ci limiteremo ad alcuni aspetti circoscritti. Il *Maastricht-Urteil*¹⁵ scrive una nuova pagina della giurisprudenza costituzionale tedesca ed europea. Gli elementi inediti sono molti. *Solange* era infatti un segmento giurisprudenziale originato da controversie aventi a oggetto l'applicazione di norme di diritto comunitario secondario. Con *Maastricht*, invece, l'oggetto di attenzione del BVerfG si spostava direttamente sul diritto primario. La questione veniva introdotta attraverso la via del ricorso diretto e individuale (*Verfassungsbeschwerde*) che negli anni più recenti diventerà la nuova porta d'accesso (in via) principale al Tribunale di Karlsruhe. Il giudice costituzionale, d'altra parte, non avrà alcuna reticenza a rilassare i rigorosi criteri di ammissibilità che disciplinano tale tipo di azioni nella sua giurisprudenza “interna”, dichiarando ammissibili ricorsi che in altre circostanze sarebbero stati molto probabilmente dichiarati inammissibili¹⁶.

¹² BVerfG, BVerfGE 73, 339, § 104.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ BVerfG, BVerfGE 89, 155. Tra i numerosi commenti di questa sentenza-manifesto si vedano C. Tomuschat, *Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts*, in *EuGRZ*, 1993, 489 ss.; B.-O. Bryde, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – Konsequenzen für die weitere Entwicklung der europäischen Integration*, Tübingen, 1993; N. MacCormick, *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, 1995, Vol. 1, No. 3, 259-266. Da subito fu forte l'interesse anche della dottrina italiana: *ex multis*, vi è la traduzione italiana a cura di A. Anzon, J. Luther, *Il trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, in *Giur. cost.*, 1994, 688 ss., e i commenti di M. Cartabia, *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale*, in *Pol. del dir.*, 1994, 2, 203-227 e G.U. Rescigno, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giur. cost.*, 1994, 3115-3124.

¹⁶ Nell'applicazione domestica dei requisiti di ammissibilità il BVerfG è infatti assai più rigoroso, e richiede che un atto dei poteri pubblici determini una lesione *immediata* e *attuale* di un diritto fondamentale garantito dal GG. Tale circostanza è assai difficile da riscontrare in questo e nei successivi casi in cui il BVerfG aprirà la porta a questioni “europee”, ove evidentemente l'interesse a decidere la questione era prioritario rispetto alla necessità di aderire alla giurisprudenza in materia di ammissibilità della *Verfassungsbeschwerde*, di cui si riporta qui un precedente assai eloquente: «Die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerde setzt die

La leva costituzionale utilizzata dai ricorrenti era la titolarità del diritto di voto di cui all'art. 38.1 GG. Il Tribunale di Karlsruhe faceva discendere dal diritto di voto il diritto a eleggere un Parlamento che sia sostanzialmente in condizione di operare e esercitare le sue attribuzioni, con ciò intendendo che il trasferimento di sovranità a livello europeo non poteva essere tale da erodere del tutto i poteri del *Bundestag*. Questi doveva mantenere compiti e funzioni di un “peso sostanziale” che il difetto di un'autentica legittimazione democratica a livello europeo non permetteva di trasferire sul piano sovranazionale. Il difetto di tale autentica legittimazione democratica, insuperabile attraverso mere revisioni del circuito decisionale a livello europeo a causa dell'assenza di un popolo europeo, impediva perciò di varcare tale linea, sia attraverso il trasferimento di funzioni ricomprese in quel pacchetto di funzioni e compiti non trasferibili, sia attraverso quel processo di progressivo *enlargement* di funzioni attribuite che aveva contraddistinto le fasi precedenti dell'integrazione europea. A tutela di questa linea di demarcazione il *BVerfG* teorizzava il controllo degli atti *ultra vires*, che infine spetterebbe comunque al giudice costituzionale interno. E per quanto funzioni e compiti non trasferibili non fossero elencati nemmeno sommariamente (a differenza di quanto invece avverrà nel 2009 con il *Lissabon-Urteil*), alcuni passaggi della motivazione della sentenza evocano chiaramente la sensibilità del *BVerfG* attorno al tema dell'autonomia decisionale del Parlamento sulle decisioni di bilancio. Già nella sentenza del 1993, il *BVerfG*, nel ritenere l'abbandono del marco tedesco a l'assoggettamento della Bundesbank alla BCE non incompatibili con il GG, ebbe a specificare che tale valutazione era consentita dalle disposizioni dei trattati nella misura in cui questi non sottoponevano la Germania a nessun automatismo incontrollabile o auto-propulsivo che portasse dall'unione monetaria a una piena unione fiscale e politica¹⁷. In particolare, i giudici di Karlsruhe valutarono che l'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi fosse sufficientemente garantito e che i timori in senso contrario fossero infondati e basati su argomentazioni forzate, in quanto il divieto di finanziamento monetario ad opera della BCE e il principio del divieto di salvataggi finanziari fossero garanzie sufficienti in tal senso. Già nel 1993, in buona sostanza, si leggevano nella giurisprudenza costituzionale tedesca elementi destinati ad assumere una centralità assoluta negli anni della recente crisi finanziaria. In estrema sintesi, l'unione monetaria secondo il *Maastricht-Urteil* era uno strumento volto al mantenimento della stabilità dei prezzi, niente di più: niente bail-out, nessuna responsabilità condivisa, nessuna stampa di moneta, nessun acquisto di titoli di Stato per finanziare il bilancio degli Stati membri.

Con il *Maastricht-Urteil* il *BVerfG* cominciava perciò a tracciare una nuova linea di resistenza, costruendo attorno alla tutela di un diritto fondamentale un quadro ben più ampio, che comprende la tutela del principio democratico, principio fondamentale dell'ordinamento tedesco a cui rimanda la clausola di eternità di cui all'art. 79.3 GG. In breve, a partire dalla funzione di tutela di un diritto fondamentale, fronte sul quale il *BVerfG* era già attrezzato con la giurisprudenza *Solange*, con il *Maastricht-Urteil* si apre un nuovo fronte di tutela sul terreno di principi ordinamentali¹⁸.

Behauptung des Beschwerdeführers voraus, durch einen Akt der öffentlichen Gewalt in seinen Grundrechten verletzt zu sein. Das schließt ein, dass der Akt geeignet sein muss, den Beschwerdeführer selbst, unmittelbar und gegenwärtig in seiner grundrechtlich geschützten Rechtsposition zu beeinträchtigen»: BVerfGE 53, 30 (48). Sui profili procedurali della *Verfassungsbeschwerde* si veda ad es., K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Beck, München, 2015.

¹⁷ *BVerfG*, BVerfGE 89, 155, § 146-156.

¹⁸ I commentatori tedeschi si sono criticamente interrogati sulla possibilità di ricostruire le argomentazioni del Tribunale federale come una sorta di riconoscimento di un “diritto individuale alla statualità”, sollevando non infondate perplessità sul fraintendimento della funzione dei diritti individuali a cui una tale ricostruzione condurrebbe: «Dem Bürger ein individuelles Recht zuzuordnen, darüber zu entscheiden,

5. Bananen-Urteil: *sempre più solange*

Meno nota, ma non meno significativa in questo quadro è la decisione sul mercato delle Banane di qualche anno successiva al *Maastricht-Urteil*. Il *Bananen-Urteil*¹⁹, pronunciato nel 2000, è infatti meno dirompente, sia perché si tratta di una decisione di inammissibilità, che per il fatto di tracciare un quadro assai più rilassato rispetto a quello che aveva lasciato il *Maastricht-Urteil*. Si trattava, stavolta, di un controllo concreto di costituzionalità (la questione era perciò stata sollevata in via incidentale da un giudice comune), nella quale si prospettava l'incompatibilità di alcune disposizioni introdotte per la regolamentazione del mercato unico nel settore del commercio della banane con il diritto alla proprietà privata garantito dalla Legge Fondamentale tedesca. La pronuncia è degna di nota perché, dopo il duello ingaggiato con il *Maastricht-Urteil*, il *BVerfG* sembra arretrare di molto la linea di resistenza, nella misura in cui – dichiarando il ricorso inammissibile – chiarisce che il *BVerfG* avrebbe considerato soltanto deviazioni strutturali e persistenti rispetto allo standard di tutela dei diritti fondamentali garantito dal GG. Deviazione che il giudice rimettente avevo mancato di allegare, destinando perciò la questione all'inammissibilità. La linea di resistenza, in breve, sembra nuovamente riportata sul fronte di *Solange II*, e anzi un po' più indietro: fintantoché l'ordinamento europeo garantirà uno standard di tutela dei diritti fondamentali nel suo complesso comparabile a quello garantito dall'ordinamento costituzionale tedesco, i giudici di Karlsruhe rinunceranno, in concreto, ad esercitare il controllo di costituzionalità sugli atti europei. Soltanto deviazioni persistenti e strutturali potranno condurre il *BVerfG* a tornare a esercitare il sindacato di compatibilità del diritto secondario dell'Unione rispetto agli standard del GG.

6. Lissabon-Urteil: *il controllo di compatibilità con l'identità costituzionale del Grundgesetz*

La sentenza del 2000 sembrava tracciare un quadro ben più disteso di rapporti tra il *BVerfG* e l'Unione Europea. Così almeno per il primo decennio del nuovo millennio. Quindi, il 30 giugno 2009²⁰, il *BVerfG* sembra cambiare nuovamente rotta, riportando il fronte di resistenza sulla linea

ob Zuständigkeiten besser in Berlin oder in Brüssel wahrgenommen werden sollen, läuft auf ein Missverständnis von der Funktion von Rechten hinaus», M. Nettesheim, *Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG*, in *NJW*, 2009/39, 2869. La versatilità del diritto di voto a fungere da parametro per intervenire a tutela del funzionamento di principi ordinamentali attraverso la tutela di un diritto individuale è emersa – seppure in un quadro processuale significativamente diverso – in modo non molto diverse nelle vicende che, nell'ordinamento italiano, hanno infine portato alla dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale della legge elettorale con la sentenza 1 del 2014.

¹⁹ *BVerfG*, BvL 1/97. *Ex multis*, vedi il commento di F.C. Mayer, *Bananen und Grundrechte – Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit*, in *NJW*, 1997, 1201 ss. Nella dottrina in lingua italiana si veda G. Iztovich, *L'integrazione europea tra principi e interessi. Il dialogo fra giudici tedeschi e Corte di giustizia nella “guerra delle banane”*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2004/2, 385-424.

²⁰ *BVerfG*, 2 BvR 2/2008, tra gli innumerevoli commenti alla sentenza si vedano C. Schönberger, *Die Europäische Union zwischen “Demokratiedefizit” und Bundesstaatsverbot, Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, 2009, 535-558; M. Nettesheim, *Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG*, in *NJW*, 2009, 2867 ss.; D. Grimm, *Defending Sovereign Statehood against Transforming the Union into a State*, in *European Constitutional Law Review*, 2009/5, 353-373; J. Ziller, *The German Constitutional Court's friendliness towards European law: on the judgment of Bundesverfassungsgericht over the ratification of the Treaty of Lisbon*, in *European Public Law*, 2009, Vol. 16, No.1, 53-73, nonché lo *special issue* dedicato alla sentenza dal *German Law Journal* alla sentenza nel 2009, Vol. 10 No. 8. Nella stessa rivista E. Lanza, *Core of State Sovereignty and Boundaries of European Union's Identity in Lissabon-Urteil*, in *German Law Journal*, 2012, Vol. 11, No. 4, 399-418. Nella dottrina in lingua italiana si vedano C. Pinelli, *Forzature e silenzi del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato*

Maastricht (e anche un po' più avanti). Il *BVerfG* decide con il *Lissabon-Urteil* diverse questioni, due delle quali erano state introdotte mediante ricorsi per conflitti tra organi e quattro delle quali mediante *Verfassungsbeschwerde*. Altro motivo di somiglianza rispetto al *Maastricht-Urteil* era il fatto che anche in questo caso oggetto delle questioni era direttamente il diritto primario. Più precisamente, l'oggetto del contendere era quantomeno triplice: a) la *Zustimmungsgesetz* al Trattato di Lisbona, approvata l'8 ottobre 2008, la cui promulgazione fu sospesa dal Presidente della Repubblica federale tedesca (da ora RFT) in pendenza del giudizio del *BVerfG*; b) la legge di revisione costituzionale che recava le necessarie modifiche per garantire la compatibilità con il GG di alcune novità introdotte dal Trattato; c) la legge sul rafforzamento e l'allargamento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* negli affari europei. Altro punto di somiglianza con il *Maastricht-Urteil* era il disallineamento tra il tono (e la successiva fama) della sentenza e il suo dispositivo: il *BVerfG* respingeva infatti le censure direttamente rivolte al Trattato di Lisbona e alle leggi costituzionali di adattamento²¹, e pronunciava una dichiarazione di illegittimità parziale soltanto su alcuni aspetti della normativa interna di implementazione²². E ancora, tanto nel *Maastricht-Urteil* quanto nel *Lissabon-Urteil*, i ricorsi individuali erano costruiti intorno alla lesione del diritto di voto e trovavano la porta del Tribunale di Karlsruhe aperta, per non dire spalancata. Nel caso del *Lissabon-Urteil* la motivazione dell'ammissibilità dei ricorsi individuali era infatti ancora più ardua da sostenere. Come già accennato, nella giurisprudenza interna del *BVerfG* il filtro per questo tipo di atti introduttivi è normalmente assai rigoroso. Si richiede, in particolare, che il ricorrente asserisca che un atto dei pubblici poteri abbia determinato una lesione

di Lisbona, in *Giur. cost.*, 2009, 5153 ss.; A. Anzon Demmig, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella “sentenza Lissabon” del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Giur. Cost.*, 2009; J. Ziller, Solange III, ovvero la *Europafreundlichkeit* del Bundesverfassungsgericht. *A proposito della sentenza della Corte federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, 973-995 e, volendo, P. Faraguna, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure?*, in *Quad. Cost.*, 2010/1, 75-100.

²¹ Gli interventi di manutenzione costituzionale a seguito di rilevanti sviluppi del processo di integrazione europea fanno parte dell'esperienza costituzionale tedesca: se si compara – in questo quadro – l'opera del legislatore costituzionale tedesco a quella del legislatore costituzionale italiano, si può osservare la maggiore propensione del primo a porre mano al testo del GG; mentre la copertura costituzionale del processo di integrazione europea nell'ordinamento italiano rientra tutt'ora sotto l'ombrello di una disposizione originaria della Costituzione (art. 11), in Germania il legislatore è intervenuto solennemente in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht, con l'introduzione del nuovo art. 23 (cd. *Europaartikel*), oltre che nelle occasioni in cui ha modificato l'art. 88 (per costituzionalizzare le competenze della BCE) e l'art. 28 (per permettere l'introduzione della normativa che attribuisce il diritto di voto alle elezioni amministrative per i cittadini europei). Su questo aspetto, in senso critico verso l'esperienza italiana, già G. U. Rescigno (*Il tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, cit., 3319) osservava, a commento del *Maastricht-Urteil* l'inadeguatezza dell'art. 11 Cost. a sopportare il peso crescente dell'integrazione europea. Così tra l'altro, osserva Rescigno «in nome dell'art. 11 Cost., la maggioranza politica del momento, con una semplice legge ordinaria, nascondendosi dietro decisione europee, può fare ciò che vuole della nostra Costituzione».

²² Il *BVerfG* dichiara l'illegittimità costituzionale parziale della legge (ordinaria) sul rafforzamento e l'allargamento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* negli affari europei, per violazione degli artt. 38.1 e 23.1 della Legge Fondamentale. In particolare sono ritenute incompatibili con il GG, ed in quanto tali vanno modificate nel senso di estendere il ruolo del *BT* e del *BR*, le norme che introducono le forme semplificate di revisione dei Trattati, le cd. passerelle generali e speciali (che consentono il passaggio in seno al Consiglio europeo dall'unanimità alla maggioranza qualificata e dalla procedura legislativa speciale a quella ordinaria), la clausola di flessibilità, il cd. “freno di emergenza” (che consente la sospensione della procedura legislativa ordinaria) ed infine l'espansione delle competenze dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria e di poteri di un'eventuale Procura europea.

diretta e attuale dei suoi diritti fondamentali. Lesione diretta e attuale che era davvero difficile da scorgere nel caso di specie, posto che l'atto impugnato non era nemmeno in vigore²³. L'occasione era però troppo ghiotta per un *BVerfG* che aveva già a più riprese mostrato di non avere alcuna reticenza a sacrificare una torsione delle regole di accesso pur di poter esprimere la propria voce sul processo di costruzione dell'architettura giuridica fondamentale dell'UE. Ed infatti il Tribunale di Karlsruhe non ebbe difficoltà a superare l'ostacolo dell'inammissibilità con argomenti estratti dall'art. 38 GG, che garantisce il diritto di voto del cittadino tedesco, seguendo linee argomentative del tutto simili a quelle del *Maastricht-Urteil*: nella prospettazione dei ricorrenti, accolta dal Tribunale costituzionale per argomentare l'ammissibilità dei ricorsi, il Trattato di Lisbona avrebbe potuto ledere il diritto fondamentale di voto, che perderebbe di significato se i poteri della Camera eletta meditante l'esercizio di tale diritto fondamentale venissero completamente espropriati dal livello sovranazionale.

Il *BVerfG* pronuncia una sorta di “sentenza-manifesto”, ripercorrendo le fasi più importanti del processo di integrazione giuridica dell'Unione Europea e l'impatto di questa evoluzione sull'ordinamento costituzionale tedesco. Il registro lessicale della motivazione è assai eloquente: il lemma ‘sovranità’ veniva ripetuto con una cadenza quasi ossessiva²⁴. Nel merito, e in estrema sintesi, i fronti di resistenza del *Lissabon-Urteil* erano due: da un parte il *BVerfG* riprendeva la rotta tracciata dal *Maastricht-Urteil*, ribadendo la competenza a tutelare l'ordinamento tedesco da atti europei che fossero adottati *ultra vires*. Dall'altra parte, il *BVerfG* tracciava una linea di resistenza completamente inedita, teorizzando un controllo di compatibilità con l'identità costituzionale tedesca. L'aggancio normativo si ritrovava in realtà espressamente nel GG, laddove l'*Europa-Artikel*, introdotto nel 1992, aveva comunque fatto salvo l'art. 79.3 GG, recante la c.d. clausola di eternità dispositiva dei limiti alla revisione costituzionale²⁵. L'art. 79.3 GG protegge il nucleo essenziale del GG, che viene espressamente identificato nel principio dell'articolazione del *Bund in Länder*, nella partecipazione dei *Länder* alla funzione legislativa e nei principi sottesi agli articoli 1 e 20 GG, ovvero la dignità umana, la tutela dei diritti dell'uomo, i principi di legalità, dello Stato costituzionale di diritto, nonché il principio dello Stato federale, sociale e democratico. Si tratta di principi che sono patrimonio comune del costituzionalismo europeo, generalmente condivisi dagli Stati membri, rispetto ai quali non sembra difficile potersi immaginare uno sviluppo armonico delle voci europee. Eppure l'esecuzione

²³ L'entrata in vigore della legislazione di accompagnamento era infatti subordinata all'entrata in vigore della legge sul Trattato di Lisbona, non promulgata dal Presidente tedesco proprio per la pendenza del giudizio di fronte ai giudici di Karlsruhe. La situazione paradossale è colta da S. Cassese, *Trattato di Lisbona: la Germania frena*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009/9, 1004, che parla di «un esame non solo astratto, ma anche 'a priori', perché – tra l'altro – vertente su una legge non ancora in vigore».

²⁴ L'osservazione è di C. Tomuschat, *The Defence of National Identity by the German Constitutional Court*, in A. Saiz Amaiz, C. Alcobarro Llivina (eds.), *National constitutional identity and European integration*, Inersentia, Antwerpen, 2013, 212, che conta 13 ripetizioni nei soli passaggi cruciali della sentenza. Il dato è ancora più significativo se confrontato con pronunce successive, altrettanto cruciali nel “cammino europeo” del *BVerfG* (vedi il *Mangold/Honeywell-Urteil*), ove l'utilizzo della parola sparisce del tutto.

²⁵ Il legislatore costituzionale, nel 1992, non aveva fatto altro che recepire gli esiti di quella sovrapposizione di limiti alla revisione costituzionale e controlimiti che la giurisprudenza del *BVerfG* aveva già progressivamente configurato negli anni precedenti. Su questo processo di sovrapposizione, prima nella giurisprudenza costituzionale e poi nel testo del GG, sia consentito rinviare a P. Faraguna, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure?*, in *Quad. Cost.*, 2010/1, 75-100. Un percorso simile è riconoscibile nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, sebbene in questo caso il legislatore costituzionale non abbia mai ritenuto di recepirne espressamente gli esiti mettendo mano alla Costituzione. Anche qui sia consentito rinviare a P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2015.

di questo spartito costituzionale condiviso poteva evidentemente dar voce a sviluppi cacofonici²⁶. Ed è proprio sullo sviluppo dei corollari del principio democratico che il *Lissabon-Urteil* ha costruito gli elementi più innovati dell'inedito controllo di compatibilità costituzionale. Il *BVerfG* si è spinto in quell'occasione fino a elencare una serie di materie nelle quali il principio democratico – inteso come “controlimita” al diritto dell'UE – impone che il Parlamento nazionale mantenga un significativo margine di manovra²⁷: così è per le decisioni sul diritto penale sostanziale e procedurale; per il monopolio della forza sul versante interno (forze di polizia) ed esterno²⁸ (forze armate); per le decisioni fondamentali in materia fiscale sulle entrate e sulle uscite del bilancio pubblico; sulla regolazione delle condizioni di vita informata agli standard dello Stato sociale; sulle più significative decisioni con forti implicazioni culturali, come quelle in materia familiare, scolastica e formativa, nonché nella regolazione dei rapporti con le comunità religiose²⁹. Queste materie, ad avviso del *BVerfG*, «caratterizzano le condizioni di vita dei cittadini, in particolare quelle della sfera privata tutelata dai diritti fondamentali, della responsabilità personale e della sicurezza personale e sociale che siano connesse attraverso un legame particolarmente significativo a elementi di precomprensione linguistica, storica e culturale e che si dispieghino in uno spazio organizzato politicamente e partiticamente»³⁰. Per queste ragioni, dunque, il mantenimento di un margine decisionale significativo in capo al Parlamento nazionale segnerebbe, ad avviso del *BVerfG* la «capacità di uno Stato costituzionale di autodeterminarsi»³¹.

La sentenza del 2009 è ad oggi da considerare la più esplicita e ruvida manifestazione di resistenza di una Corte costituzionale nazionale nel processo di integrazione europea. Al di là dei dispositivi pronunciati sulle varie questioni, il fondamento più profondo della lunga sentenza esprime una cultura giuridica di aperta ostilità, con toni che non è azzardato ascrivere al nazionalismo giuridico, a un'ulteriore spinta in senso federalista del processo di integrazione europea. Ed è forse tanto più significativo il fatto che la sentenza in questione fosse stata adottata all'unanimità dal secondo Senato del *BVerfG*: in un sistema di giustizia costituzionale che astrattamente mette a

²⁶ A. von Bogdandy, S. Schill, *Overcoming absolute primacy: Respect for national identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, Vol. 48, No. 5, 1435.

²⁷ 2 BvE 2/2008, § 252.

²⁸ L'inclusione tra le materie del monopolio della forza all'interno del “nocciolo duro” della sovranità statale, per quanto piuttosto scontata, è stata non a torto ritenuta in contraddizione con il precedente costituito dalla ratifica del Trattato sulla CED, seppur rimasto privo di effetti per essere stato respinto dal Parlamento francese. Così R. Peressich, *Germania: svolta gollista sul trattato di Lisbona?*, in *Aff. est.*, 2009, 3-4 3-4. Non sfugge inoltre a C. Schönberger, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, in *German Law Journal*, Vol. 10, No 8, 1209, l'omissione, tra le materie caratterizzanti la capacità di uno Stato costituzionale di autodeterminarsi, della competenza a battere moneta. Critici sull'intera elencazione degli *Staatsaufgaben* sono D. Halberstam e C. Möllers, *The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland!”*, in *German Law Journal*, Vol. 10 No 8 cit., p. 1249-1250.

²⁹ L'elencazione delle materie che il *BVerfG* pone al di fuori della possibile espansione del diritto comunitario è la novità più rilevante dell'intera pronuncia, nel complesso della giurisprudenza “europea” del *BVerfG*. Dello stesso avviso sembrano essere C. Schönberger, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, in *German Law Journal*, Vol. 10 No 8, 1207; C. Wohlfart, *The Lisbon Case: A Critical Summary*, in *German Law Journal*, Vol. 10, No 8, p. 1285, che riscontra nell'elencazione delle “materie riservate” la più netta differenza rispetto al *Maastricht-Urteil*. Anche D. Halberstam e C. Möllers, *The German Constitutional Court says “Ja zu Deutschland!”*, in *German Law Journal*, Vol. 10 No 8, p. 1257, parlano della pronuncia come «a performative utterance in which the Court underlines its own importance in a strange combination of rhetoric and verbosity».

³⁰ 2 BvE 2/2008, § 249.

³¹ *Ibid.*

disposizione lo strumento dell’opinione dissenziente, è ipotizzabile che quello fosse già un punto di equilibrio tra posizioni ancora più rigide e posizioni più accomodanti rispetto alla motivazione infine adottata.

7. Mangold-Urteil: l’approccio “amichevole”

Il *Lissabon-Urteil* generò naturalmente un dibattito molto acceso, ove le voci assai critiche rispetto all’approccio del *BVerfG* non si risparmiarono³². L’occasione per mettere alla prova l’approccio adottato dal *BVerfG* con il *Lissabon-Urteil* si presentò un anno più tardi con il caso *Mangold/Honeywell*. Si trattava di una vicenda articolata e complessa, sulla quale erano intervenute pronunce di diversi giudici a più riprese. In estrema sintesi, la questione originava da una normativa tedesca che era stata adottata per promuovere l’impiego di persone al di sopra di una certa età mediante contratti a tempo determinato che fossero appetibili per la parte datoriale, con l’obiettivo di limitare il crescente problema della disoccupazione in età lavorativa avanzata. La Corte di giustizia, nel 2005³³, aveva ravvisato un’incompatibilità tra quella normativa e le norme di diritto UE, e in particolare il divieto di discriminazione sulla base dell’età, basandosi su una ricostruzione scivolosa di un complesso quadro di fonti normative, alcune delle quali non erano ancora entrate in vigore (così la direttiva 2000/78/CE e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione), e altre di dubbia esistenza (così un principio generale di divieto di discriminazione sulla base dell’età). Tale pronuncia era stata sommersa da critiche veementi, sia nell’arena politica³⁴ che in quella tecnico-giuridica³⁵. Ciononostante, la giurisprudenza *Mangold* della Corte di giustizia era stata puntualmente applicata dai giudici comuni tedeschi. In uno di questi casi, portati di fronte al giudice del lavoro tedesco, il soccombente (*Honeywell*) aveva ritenuto di ricorrere in via diretta al Tribunale costituzionale federale³⁶, lamentando la lesione della libertà contrattuale e del diritto al giudice naturale. Il ricorrente riteneva che la decisione del giudice del lavoro fosse fondata su una giurisprudenza (*Mangold*) resa *ultra vires* dalla Corte di giustizia e determinante una lesione dei diritti fondamentali garantiti dal GG. Nella sua decisione del luglio 2010, il *BVerfG* ribadiva, in astratto, la sua competenza a sindacare gli atti europei resi *ultra vires* sulla scorta di quella linea giurisprudenziale che risaliva già al *Maastricht-Urteil*. I passaggi innovativi non erano quelli che affrontano la *possibilità* di un tale controllo, bensì le sue *modalità*. Il *BVerfG* riconosceva infatti che da una parte, laddove tutti gli Stati si arrogassero «il diritto di pronunciarsi, attraverso le sue istanze giurisdizionali, sulla validità degli atti dell’Unione, il primato del diritto dell’Unione potrebbe venire praticamente vanificato, e l’uniforme applicazione di esso sarebbe posta in pericolo»³⁷. Dall’altro lato osservava però che «se gli Stati membri rinunciassero totalmente al sindacato sugli atti *ultra vires*, il presidio sul fondamento convenzionale del diritto dell’Unione sarebbe rimesso soltanto agli organi dell’Unione stessa, e ciò anche laddove la loro interpretazione conducesse in sostanza ad una modificazione dei Trattati o ad un’estensione delle sue

³² La letteratura critica sul *Lissabon-Urteil* è sterminata, per tutti si veda la critica tanto breve quanto aspra di J.H.H. Weiler, *Judicial Ego*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2011, Vol. 9, No. 1, 1-4.

³³ Causa C-144/04, 22 Novembre 2005.

³⁴ L’ex presidente federale (ed ex Presidente del *BVerfG*) Herzog scrisse un eloquente pezzo sul FAZ, intitolato “*Stoppt den Europäischen Ferichtsof*” [“Fermate la Corte europea!”], 8 settembre 2008.

³⁵ Tra i moltissimi commenti critici, vedi J.H. Bauer, C. Arnold, *Comment*, in *NJW*, 2006, 6-12; A. Dashwood *From Van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity*, in *CYELS* (2006-2007), 9, 81-109; N. Reich, *Comment*, in *EUZW*, 2006, 20 ss.

³⁶ 2 BvR 2661/06, 6 luglio 2010.

³⁷ *Ibid.*, § 57.

competenze»³⁸. Il punto di sintesi di queste due esigenze contrapposte era trovato dal *BVerfG* nell'affermazione della sua competenza a sindacare gli atti *ultra vires*, ma «siccome l'ordinamento tedesco riconosce e garantisce il primato del diritto comunitario, l'esercizio del sindacato che secondo le attribuzioni costituzionali permane in capo al *BVerfG*, dev'essere deferente ed *Europarechtsfreundlich*»³⁹. Il *favor* verso il diritto dell'Unione Europea, attitudine del resto assai fedele a quel principio di apertura del GG ben presente nelle corde costituzionali dell'ordinamento tedesco, non rimaneva però un mero anelito giuridico. Procedimentalmente questo si traduceva, nelle parole del *BVerfG*, nell'autolimitazione che il Tribunale Costituzionale Federale si poneva, laddove riconosceva che «finché non vi sia stata occasione per la Corte di giustizia di pronunciarsi attraverso il sistema del rinvio pregiudiziale, sulla interpretazione o sulla validità dell'atto in questione, il *BVerfG* non potrà accertare l'inapplicabilità di quel determinato diritto dell'Unione per la Germania»⁴⁰. L'attenuazione dei toni del *Lissabon-Urteil* era evidente, e l'arretramento della linea di resistenza era duplice, perché il *BVerfG* non solo cedeva il passo alla Corte di giustizia in caso di ipotetica sovrapposizione di conflitti, ma precisava che «il controllo *ultra vires* esercitato dal *BVerfG* viene in considerazione soltanto quando sia evidente che gli atti di istituzioni, organi ed organismi europei abbiano ecceduto le competenze loro attribuite»⁴¹. Questa duplice attenuazione del sindacato *ultra vires* permetteva facilmente al *BVerfG* di accertare che, nel caso di specie, non fosse ravvisabile una lesione sufficientemente qualificata del principio delle competenze attribuite e registrava la voce del *Bundesverfassungsgericht* su tutt'altre note. Ciò avveniva a monte di una serie di pronunce assai delicate che impegneranno il Tribunale costituzionale federale negli anni successivi (giungendosi sostanzialmente all'oggi)⁴², in un contesto europeo complessivamente delicato di rapporti non solo economici ma anche istituzionali e politici, ove il ruolo della Germania sarà (ed è tutt'ora) di forte esposizione, comunque lo si valuti nel merito delle politiche perseguite.

8. Il Bundesverfassungsgericht e l'eurocrisi

La giurisprudenza *Mangold/Honeywell* veniva colta come un segnale di distensione dell'approccio del *BVerfG*, in parziale antitesi rispetto al *Lissabon-Urteil*. Negli anni successivi, la giurisprudenza “europea” del *BVerfG* veniva impegnata a più riprese sul versante degli strumenti posti in essere a livello europeo per far fronte alla crisi finanziaria. Due pronunce – oltre alla vicenda Gauweiler, non ancora definita, di cui si farà cenno nel prossimo paragrafo – sono particolarmente significative per completare il quadro qui tracciato. L'accesso al Tribunale di Karlsruhe passava nuovamente attraverso lo strumento del ricorso individuale diretto. O meglio, dei tre ricorsi presentati. Una prima pronuncia⁴³ sulla normativa europea introdotta per contrastare la crisi

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, § 59.

⁴⁰ *Ibid.*, § 60.

⁴¹ *Ibid.*, § 61.

⁴² Per una ricostruzione della giurisprudenza più recente del *BVerfG* sulle misure adottate a livello europeo e internazionale per far fronte alla crisi finanziaria, tra le moltissime analisi apparse si veda già M. Ruffert, *The European Debt Crisis and European Union Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, Vol. 48, No. 6 1777–1805; e più recentemente G. Beck, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis: The Rule of Law as a Fair-Weather Phenomenon*, in *European Public Law*, Vol. 20, No. 3, 539-566. Nella letteratura in lingua italiana C. Pinelli, *Le corti europee (nella crisi dell'Unione)*, reperibile a www.europeanrights.eu/public/commenti/Pinelli_Secondo_commento_-_Le_Corti_europee_nella_crisi_dell'Unione.pdf

⁴³ 2 BvR 987/10, 7 settembre 2011.

finanziaria era resa infatti su tre ricorsi riuniti in un'unica questione, aventi a oggetto due leggi del *Bundestag* adottate nel quadro della predisposizione del primo piano di aiuti per la Grecia (Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria, FESF)⁴⁴. Si assumeva ancora una volta la lesione del diritto di voto, che si presentava nello specifico profilo – già valorizzato a partire dalle sentenze *Lissabon* e *Mangold* – del diritto a eleggere un Parlamento che abbia spazio di determinazione politica sufficiente come legislatore di bilancio. Il *BVerfG* rigettava i ricorsi nel merito. Tuttavia, la pronuncia non era affatto priva di conseguenze. Il Tribunale di Karlsruhe teneva ferma la rotta sul punto del legame indissolubile tra margine di manovra politica in materia di bilancio e legittimazione democratica dell'allocazione di risorse. Da una parte, infatti, riteneva non ravvisabile la violazione del divieto di espropriare il legislatore dell'autonomia sul bilancio, adottando un approccio deferente: in estrema sintesi la valutazione dei rischi che l'assunzione di garanzie determina su entrate e uscite spettava al legislatore, al quale il *BVerfG* accordava la più ampia discrezionalità.

A partire dal legame indissolubile tra responsabilità democratica e autonomia sul bilancio, i giudici di Karlsruhe traevano un divieto in capo al *Bundestag* di aderire a meccanismi che prevedano l'assunzione di garanzie, o l'obbligo di prestazioni, attraverso un sistema automatico, che si sottraesse al controllo del Parlamento: si stabiliva che ogni disposizione di stampo solidaristico posta in essere dal *Bund*, il cui importo fosse di una certa consistenza, dovesse essere acconsentita – in via espressa e preventiva, volta per volta – dal *Bundestag*. Lo stesso principio vale – a maggior ragione – nel caso in cui la RFT aderisca a meccanismi duraturi o permanenti di stabilizzazione finanziaria suscettibili di incidere in modo strutturale sulle determinazioni di bilancio del *Bundestag*: in tal caso devono essere altresì garantiti idonei mezzi affinché lo stesso *Bundestag* possa esercitare, in via continuativa, un controllo parlamentare adeguato. In estrema sintesi, la procedura di coinvolgimento del *Bundestag* prevista dalla legge sul meccanismo di stabilizzazione finanziaria, se interpretata nel senso di limitare gli obblighi del Governo, prima dell'assunzione di garanzie nel quadro del meccanismo, all'impegno a cercare un'intesa con la Commissione bilancio, non garantiva sufficientemente l'autonomia del Parlamento e le sue competenze esclusive in materia di scelte di bilancio. Per quanto concerne tale parte, il Tribunale di Karlsruhe accertava che la procedura andava corretta attraverso un'interpretazione conforme: il Governo avrebbe dovuto sempre ottenere una vera e propria approvazione preventiva da parte del *Bundestag*⁴⁵.

⁴⁴ La prima legge, del 7 maggio 2010, autorizzava il Ministero delle Finanze ad un'operazione di 22,4 miliardi di Euro a favore della Grecia. La seconda legge, del successivo 21 maggio, autorizzava lo stesso Ministero ad un'operazione di 123 miliardi di euro nel quadro di quel “meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria”, istituito pochi giorni prima con il Regolamento UE n. 407/2010, sulla base dell'art. 122, comma 2, del TFUE. La seconda legge prevedeva anche una procedura di consultazione della Commissione bilancio del *Bundestag*, preventiva all'assunzione delle garanzie: il Governo federale non era però vincolato ad assumere una preventiva autorizzazione parlamentare, bensì i suoi obblighi si limitavano all'impegno a trovare un'intesa con la Commissione bilancio, che aveva diritto a prendere posizione sul punto.

⁴⁵ A fronte della posizione di questo principio, è seguito un contenzioso costituzionale ulteriore sulla definizione del ruolo preciso che andrebbe garantito al Parlamento nei rapporti con il Governo per ciò che concerne l'adozione a livello europeo di misure di contrasto alla crisi finanziaria. In una prima occasione il *BVerfG* ritenne un livello di garanzia non sufficiente il coinvolgimento di una Commissione speciale del BT, anziché il *Bundestag* tutto, composta di 9 membri, competente ad autorizzare il Governo ad agire nel quadro EFSF in casi di emergenza: cfr. *BVerfG*, 2 BvE 8/11. Successivamente il *BVerfG* riconosceva la violazione dei diritti di informazione del *Bundestag* nella procedura di negoziazione per l'adozione del Patto Euro-plus e del trattato ESM: cfr. *BVerfG*, 2 BvE 4/11. Su queste pronunce si veda S. Schmidt, *A Sense of Déjà Vu? The FCC's Preliminary European Stability Mechanism Verdict*, in *German Law Journal*, 2013, 1, 10-11. Nella letteratura italiana M. Bonini, *Delle prerogative parlamentari nell'Europa dei fallimenti di Stato (commento alla sentenza del Tribunale*

A un anno di distanza il Tribunale costituzionale tornava a essere al centro dell'attenzione di un dibattito che, nel frattempo, si era fatto assai più acceso, a causa dell'esplosione della nota crisi dei debiti sovrani. Il BVfG veniva investito, stavolta sia tramite un conflitto tra organi che mediante l'ormai classica via del ricorso individuale e diretto, di una serie articolata di questioni che avevano ad oggetto il Trattato sul Meccanismo Europeo di Stabilità (MSE) e il c.d. Fiscal Compact. La pressione sul BVfG era enorme, se si considera non solo il contesto economico e politico dell'eurocrisi, ma anche il fatto che il numero totale di ricorrenti, esorbitante e sconosciuto alla prassi del BVfG, si avvicinava ai 40.000, trasformando il ricorso “individuale” in una sorta di *actio popularis* e aprendo una pagina del tutto nuova nella storia della giustizia costituzionale tedesca.

Il BVfG si pronunciava sulla questione in due riprese. In una prima pronuncia, resa in sede di giudizio cautelare sulla domanda di sospensione del processo di ratifica dei Trattati in questione, la Corte rigettò i ricorsi, con un accertamento inusualmente approfondito considerata la sede cautelare⁴⁶. Nel merito il Tribunale riteneva che né il Trattato sul MES, né la modifica all'articolo 136(3) TFUE, né il Fiscal compact fossero incompatibili con il GG. L'impianto della decisione non si discostava dalla precedente giurisprudenza, ancorando ancora una volta la necessità di preservare una margine decisionale sostanziale sulle decisioni di bilancio in capo al *Bundestag*, vietando perciò la sottoscrizione di garanzie in bianco e l'assunzione di oneri il cui impatto finanziario non fosse prevedibile. Nel caso del Trattato MES, il BVfG decideva di indicare al Governo delle dichiarazioni che sarebbero dovute essere adottate sul piano internazionale per consentire la prosecuzione del processo di ratifica, garantendone la piena compatibilità con il GG. Tali dichiarazioni interpretative dovevano assicurare: a) che le disposizioni del Trattato garantissero che in nessun caso gli oneri gravanti sulla Germania potessero essere aumentati oltre la quota di capitale originariamente pattuita senza una specifica e ulteriore autorizzazione del *Bundestag*; b) che le norme poste a tutela dell'invulnerabilità dei documenti e del segreto professionale di cui al Trattato sul MES non potessero essere opposte anche ai Parlamenti nazionali, riducendo i diritti di informazione che il Governo deve assicurare al Parlamento⁴⁷. La questione veniva quindi decisa con il giudizio del Tribunale del 18

costituzionale tedesco del 19 giugno 2012), in *Quad. cost.*, 4, 2012, 891-4. Rileva l'asimmetria che questa giurisprudenza produce sulle dinamiche di coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel processo decisionale europeo, C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, 2014/1 (25 marzo 2014), posto che il Parlamento tedesco ha, tramite la giurisprudenza sull'eurocrisi, «guadagnato poteri incomparabilmente maggiori di quelli riservati agli altri parlamenti nazionali» (*ivi*, 9).

⁴⁶ Tra i molti commenti, vedi M. Wendel, *Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH*, in *ZaöRV*, 2014, 615 ss. e Id., *Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012*, in *German Law Journal*, 2013, Vol. 14, No. 1, 21-52. Nella letteratura italiana si vedano le letture di M. Bonini, *Il “BVfG”, giudice costituzionale o “signore dei trattati”? Fondo “salva - stati”, democrazia parlamentare e rinvio pregiudiziale nella sentenza del 12 settembre 2012*, in *Rivista AIC*, 2012/4; P. Ridola, *“Karlsruhe locuta causa finita?” Il Bundesverfassungsgericht, il Fondo Salva-Stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *federalismi.it*, (26 settembre 2012); A. Di Martino, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *federalismi.it* (15 settembre 2012); A. de Petris, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul meccanismo europeo di stabilità e sul fiscal compact. Guida alla lettura*, in *federalismi.it* (15 settembre 2012).

⁴⁷ Le condizioni dettate dal BVfG venivano puntualmente recepite dalla Dichiarazione delle medesime parti contraenti sul SME, rese il 27 settembre 2012 e reperibili a www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/132615.pdf.

marzo 2014⁴⁸, nel quale venivano ampiamente riprese le linee argomentative già percorse in sede cautelare.

9. *L'ultimo capitolo. Il caso Gauweiler, tra BCE, BVerfG e Corte di giustizia*

Il caso *Gauweiler* rappresenta ad oggi uno dei punti più alti dell'attrito tra istituzioni europee e BVerfG. Va premesso innanzitutto che la questione non ha ancora trovato una definizione nel momento in cui si scrive, essendo tutt'ora pendente di fronte al Tribunale costituzionale federale tedesco, dopo che questo ha sospeso il suo giudizio per sottoporre alla Corte di giustizia il primo rinvio pregiudiziale recapitato direttamente da Karlsruhe alla Corte di giustizia, deciso da quest'ultima il 16 giugno 2015.

La complessa vicenda giurisdizionale origina da una conferenza stampa (*sic!*) del 6 settembre 2012, nel corso della quale il Consiglio Direttivo della Banca Centrale Europea (BCE) annunciava un programma straordinario di acquisiti di titoli di Stato. In estrema sintesi, la conferenza stampa serviva ad annunciare una decisione con cui autorizzava il Sistema Europeo della Banche Centrali (SEBC) a procedere con “operazioni definitive monetarie”. Il programma (denominato *Outright Monetary Transactions* e noto con l'acronimo “OMT”) prevedeva l'acquisto, a determinate condizioni, di titoli di Stato di Paesi dell'Eurosistema sui mercati secondari del debito sovrano. Il programma, mai implementato, ma il cui solo annuncio ebbe un effetto di stabilizzazione significativo nel quadro di fortissima volatilità dei tassi di interesse dei titoli del debito pubblico dei vari Stati della zona euro⁴⁹, era inteso a ristabilire un'adeguata trasmissione della politica monetaria, nonché l'unicità della stessa. Si trattava perciò di un'azione intesa a servire l'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi, almeno nell'interpretazione datane della BCE. Tale interpretazione non era però affatto condivisa, soprattutto in ambienti tedeschi, essendone contestati i presupposti di fatto e diritto. Si riteneva, infatti, che la misura fosse primariamente di politica economica e non monetaria, e perciò rientrando nelle competenze degli Stati membri e non dell'UE. Dall'altro lato le concrete caratteristiche del programma inducevano alcuni a ritenere che attraverso tali acquisiti si violasse il divieto di finanziamento monetario degli Stati membri. Tali perplessità trovavano presto una strada giurisdizionale. La questione si innestava infatti sullo stesso ramo giurisdizionale da ultimo trattato, avente a oggetto gli atti di recepimento del Trattato sul MES e del Fiscal Compact. La decisione in sede cautelare del BVerfG su quelle questioni era infatti stata resa quasi contestualmente alla conferenza stampa con cui la BCE annunciava il programma OMT, e comunque a una distanza troppo ravvicinata per permettere alle parti di introdurre anche questa ulteriore questione nel giudizio. La questione veniva perciò introdotta successivamente alla prima occasione utile nel giudizio già in corso, e finiva per trasformare l'udienza orale del procedimento principale (tenutasi nel giugno 2013) in una discussione quasi integralmente focalizzata sul programma di acquisiti della BCE. Il BVerfG decideva quindi, il 17 dicembre 2013⁵⁰, di separare le questioni principali da quella riguardante il caso OMT. Le altre questioni, già affrontate in sede cautelare, come sopra riportato, venivano definite con sentenza nel marzo 2014. Quanto invece alla questione concernente il caso OMT, il BVerfG decideva

⁴⁸ BVerfG, 2 BvR 1390/12.

⁴⁹ Vedi C. Altavilla, D. Giannone, M. Lenza, *The Financial and Macroeconomic Effects of OMT Announcements*, ECB Working Paper Series, No. 1797, August 2015 e H. Siekmann, V. Wieland, *The German Constitutional Court's decision on OMT: Have markets misunderstood?*, in H. Siekmann, V. Vig, V. Wieland (eds.), *The ECB's Outright Monetary Transactions in the Courts*, in *IMFS Interdisciplinary Studies in Monetary and Financial Stability*, 2015/1, 6-7.

⁵⁰ Vedi l'ordinanza del 17 dicembre 2013, BVerfG, 2 BvR 1390/12.

nel gennaio 2014 di promuovere la questione pregiudiziale di interpretazione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea (CGUE)⁵¹. Sembrava una mossa a lungo attesa e benvenuta⁵², in linea con la giurisprudenza più aperta al diritto dell'UE del giudice tedesco. In particolare pareva la continuazione di quell'atteggiamento distensivo inaugurato nel 2010 con la sentenza *Honeywell*, laddove il BVerfG aveva affermato che – fermo restando il suo ruolo di ultimo baluardo dell'identità costituzionale affermato nel 2009 con il *Lissabon-Urteil* – prima di dichiarare l'eventuale inapplicabilità di un atto di diritto UE nella RFT, il BVerfG avrebbe dovuto sottoporre la questione alla CGUE, dando così occasione a quella di disinnescare il conflitto. A parole una perfetta realizzazione della logica – propria del rinvio pregiudiziale – di un dialogo tra Corte di giustizia e giudice nazionale finalizzato alla risoluzione di una questione relativa al diritto dell'Unione. Dall'altra parte però, l'impostazione del rinvio pregiudiziale aveva toni assai lontani da quelli del dialogo tra giudici. Il BVerfG, neanche tanto velatamente, aveva minacciato già nel rinvio di voler procedere a bloccare il programma in questione, per quanto di competenza della Bundesbank tedesca⁵³, nel caso in cui la CGUE non avesse pronunciato una sentenza in linea con la sua impostazione. Il rinvio sembrava quindi un ultimatum. Ultimatum a cui la Corte di Giustizia pare non aver ceduto, ma al quale non è rimasta nemmeno indifferente. In estrema sintesi, la Corte di giustizia, con la decisione pronunciata il 16 giugno 2015⁵⁴, ha ritenuto che il programma in questione fosse compatibile con Trattati. Su un primo fronte, la Corte ha osservato che il fatto che le misure controverse potessero avere degli effetti indiretti sulla

⁵¹ Un'analisi ampia e articolata della questione è accolta nello *special issue* del *German Law Journal*, 2014, Vol. 15, No. 2, che raccoglie i seguenti interventi: U. Di Fabio, *Karlsruhe Makes a Referral*; F.C. Mayer, *Rebels Without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*; D. Murswiek, *ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014*; J. Bast, *Don't Act Beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review*; K. F. Gärditz, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*; 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*; K. Schneider, *Questions and Answers: Karlsruhe's Referral to the Court of Justice of the European Union*; A. Thiele, *Friendly or Unfriendly Act? The "Historic" Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB's OMT Program*; M. Goldmann, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review*; C. Gerner-Buerle, E. Küçük & E. Schuster, *Law Meets Economics in the German Federal Constitutional Court: Outright Monetary Transactions on Trial*; N. Petersen, *Karlsruhe Not Only Barks, But Finally Bites—Some Remarks on the OMT Decision of the German Constitutional Court*; D. Schiek, *The German Federal Constitutional Court's Ruling on Outright Monetary Transactions (OMT) – Another Step towards National Closure?*; T. Beukers, *The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Program: "In the ECB We Do Not Trust. What About You?"*; A. Pliakos, G. Anagnostaras, *Blind Date Between Familiar Strangers: The German Constitutional Court Goes Luxembourg!* Nella letteratura in lingua italiana si veda M. Bonini, *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*, in *Rivista AIC*, Osservatorio Maggio 2014.

⁵² Cfr. M. Wendel, *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, Vol. 10, No. 2, 253 ss. Non sono mancate le valutazioni critiche della decisione di promuovere il rinvio pregiudiziale, già di per sé considerata e non per le modalità concrete con cui il rinvio è stato promosso: vedi G. Beck, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis*, cit., 559 dove si afferma che «the German constitutional judges were substantially correct in their assessment of the defects of the OMT programme, but ultimately failed to show the courage to follow their own reasoning then they decided to refer the matter to the Court of Justice».

⁵³ Le operazioni di acquisto dei titoli di Stato pianificate dalla BCE vengono infatti materialmente poste in essere dalle banche centrali nazionali.

⁵⁴ Causa C-62/14, *Gauweiler et alii c. Governo federale tedesco*.

stabilità della zona euro non era, ad avviso della Corte di giustizia, di per sé un elemento sufficiente a considerarle misure di politica economica. Su un secondo fronte, la Corte ha ritenuto che il programma in questione offrisse garanzie sufficienti ad escludere il rischio che quello si trasformasse in un finanziamento monetario dei bilanci degli Stati, in violazione dei Trattati. Sull'individuazione di tali condizioni la Corte di giustizia sembrava concedere molto all'ultimatum del BVerfG. Senza entrare nei dettagli, la Corte di giustizia ha infatti “scoperto” nelle pieghe del programma condizioni e limiti all'acquisto dei titoli di Stato che sembrano provenire proprio dall'ordito motivazionale del rinvio pregiudiziale del BVerfG, e che sono piuttosto lontane rispetto all'approccio alla base dell'annuncio del programma da parte della BCE. Questo era infatti sintetizzato nello slogan evocativo esattamente del concetto opposto: l'assenza di limiti e condizioni, che le parole del governatore Draghi avevano espresso nella sintesi, giornalmisticamente felice, del “Whatever it takes”. Sembrerebbe, dunque, che la Corte di giustizia abbia profuso ogni sforzo per chiudere “felicamente” quel lungo percorso giurisprudenziale, cominciato con *Lissabon* e proseguito con *Mangold*, che procedimentalizza conflitti interpretativi di una certa portata, offrendo l'occasione a tutte le parti in causa di esprimere la loro voce e raffreddare così la temperatura del conflitto.

10. Il cammino europeo del BVerfG: una Costituzione aperta, una Corte “sospettosa”

La sentenza della Corte di giustizia sul caso *Gauweiler* sembra dunque offrire al *Bundesverfassungsgericht* tutti gli elementi non solo per raffreddare ulteriormente la temperatura del conflitto, ma per disinnescarlo definitivamente, senza ricorrere a rimedi estremi⁵⁵. La giurisprudenza ripercorsa in queste pagine, pur con qualche oscillazione – soprattutto nel registro retorico delle motivazioni – potrebbe a primo avviso essere ridotta alla sintesi simbolica del can che abbaia, ma non morde⁵⁶.

Tuttavia una conclusione di tal fatta potrebbe rivelarsi affrettata. Pur senza aver (ancora?) mai dichiarato incompatibile con il GG alcuna disposizione del Trattato o di diritto derivato⁵⁷, la giurisprudenza “europea” del BVerfG è percorsa da alcuni linee di resistenza che hanno avuto un

⁵⁵ I rimedi estremi non sono peraltro nemmeno facilmente immaginabili: ove il BVerfG ritenesse il programma in questione *ultra vires*, oppure lesivo dell'identità costituzionale tedesca, un'affermazione di principio da parte del Tribunale, pur di per sé significativa, incontrerebbe in sostanza due limiti: a) il fatto che il programma in questione non è mai stato implementato, per cui non vi sarebbe alcun acquisto di titoli di Stato contestabile; e b) anche laddove il programma venisse implementato – oppure venisse implementato un programma a cui potrebbero muoversi analoghe censure (ammesso e non concesso che questo sia il caso, si pensi al *quantitative easing*) – si potrebbe verificare un cortocircuito istituzionale inestricabile: gli acquisti di titoli di Stato decisi dalla BCE sono infatti operativamente posti in essere dalle banche centrali nazionali, in proporzione alle quote di capitale. Nel caso in cui il BVerfG dichiarasse gli atti su cui tali acquisti si fondano *ultra vires*, tale decisione avrebbe naturalmente effetto soltanto nella RFT. Il punto è che, vista la posizione di indipendenza istituzionale della Bundesbank, il BVerfG non ha strumenti giuridici disponibili per vincolarla a una sua decisione. Ecco che la Bundesbank potrebbe decidere di agire diversamente. Su questo ipotetico cortocircuito, che rende l'intero scenario assai poco verosimile, si veda F.C., Mayer, *Rebel without a Cause. A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German Law Journal*, 2014, Vol. 15, No. 2, specialmente 124 ss.

⁵⁶ Così J.H.H. Weiler, *The “Lisbon Urteil” and the Fast Food Culture*, in *Eur J Int'l Law*, 2009, Vol. 20, 505.

⁵⁷ Va menzionato, per completezza, il caso della sentenza sul mandato di arresto europeo (BVerfG, BVerfGE 113, 273) che pure appartiene a un'altra specie, intervenendo su di un atto ricompreso in quello che era il terzo pilastro, soggetto dunque al meccanismo decisionale intergovernativo e non sovranazionale.

impatto non solo retorico nell’ordinamento tedesco (e indirettamente sul circuito decisionale europeo).

La prima linea di resistenza è quella che concerne la tutela i diritti fondamentali, sulla quale certamente la saga *Solange I e II* – e non da meno la *Bananen-Entscheidung* – è contraddistinta da un progressivo arretramento della posizione di garanzia affermata dal BVerfG. Ciò è avvenuto, come noto, in concomitanza con l’avanzamento della linea di protezione dei diritti fondamentali a livello europeo. A partire dagli anni 2000 questo fronte di resistenza sembrava davvero essere diventato soltanto teorico se non addirittura anacronistico. Ciononostante, più recenti sviluppi possono forse essere idonei a rivitalizzare questo fronte di “dialogo”, soprattutto in relazione all’applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea⁵⁸.

La seconda linea di resistenza concerne l’asserita incompatibilità del GG con la creazione di uno Stato federale europeo. Una tale decisione sarebbe incompatibile con il principio di sovranità statale alla base della Legge Fondamentale, e necessiterebbe perciò di una nuova Costituzione: lo scenario, peraltro, è contemplato dallo stesso GG, il cui ultimo articolo stabilisce con termine di validità del GG che questo perderà la sua efficacia il giorno in cui entrerà in vigore una Costituzione adottata dal popolo tedesco in piena libertà di decisione.

La terza linea è posta sul fronte dell’invulnerabilità del nucleo di identità costituzionale dell’ordinamento tedesco. Non diversamente da ciò che avviene in molti altri Stati membri, si ritiene che gli stessi limiti che si oppongono al legislatore costituzionale siano *a fortiori* validi per le modificazioni dell’ordinamento costituzionale derivanti dall’avanzare del processo di integrazione europea. Su questo fronte può essere interessante notare che il GG non sembra voler proteggere un aspetto peculiare dell’identità costituzionale tedesca. I principi a cui fanno cenno gli artt. 79.3, 20 e 1 GG, leva della “resistenza costituzionale” disposta dalla clausola di eternità, sono infatti principi largamente condivisi in Europa, nonché principi fondativi della stessa Unione Europea. Non si tratta, per ipotesi, della peculiare considerazione che il diritto alla vita, fin dalla tutela dell’embrione, riceve nell’ordinamento costituzionale irlandese. Per questo motivo, il ruolo interpretato dal BVerfG sembrerebbe non avere senso tanto e soprattutto con riferimento a una tutela di una specificità tedesca: il Tribunale di Karlsruhe elabora argomenti che sono circolabili in tutti gli Stati membri, e non a caso hanno avuto una risonanza significativa nella giurisprudenza di altre corti, soprattutto dell’Europa centro-orientale⁵⁹, ove gli argomenti che hanno a che fare con la tutela della sovranità hanno una particolare attrattività, alimentata dal soffocamento della sovranità nei decenni del Patto di Varsavia.

⁵⁸ Addentrarsi nel tema porterebbe troppo lontano, ma recentemente la giurisprudenza della Corte di giustizia sull’applicabilità della Carta si è posta di nuovo in un rapporto, per così dire, dialettico con il Tribunale costituzionale federale. Si fa qui riferimento alle sentenze *Melloni* (causa C-399/11, sentenza del 26 febbraio 2013) e *Åkeberg Fransson* (causa C-617/10), sentenza 26 febbraio 2013) e all’interpretazione dell’art. 51 della Carta, nella misura in cui stabilisce che la Carta si applica agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione. L’opzione interpretativa adottata dalla Corte di giustizia, chiaramente rivolta a estendere quanto più possibile l’ambito di applicazione della Carta, non sembra trovare piena corrispondenza in una successiva sentenza del BVerfG, nella quale i giudici tedeschi ci tengono a chiarire che il fatto che via sia una tenue e incidentale connessione tra una disposizione di diritto interno e l’ambito di applicazione del diritto dell’UE non è motivo sufficiente a innescare l’applicazione della Carta: vedi BVerfG, 1 BvR 1215/07.

⁵⁹ Vedi J. Rideau, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the ‘German Model’*, in A. Saiz Amaiz, C. Alcobero Llivina (eds.), *National constitutional identity and European integration*, cit., 243-262.

Da quei principi largamente condivisi il BVerfG trae però corollari fondati su interpretazioni peculiari. Si nota, infatti, che le sentenze volte a proteggere l'identità costituzionale tedesca – apparentemente consistente in principi profondamente radicati nel costituzionalismo – sono legate dall'unico filo rosso della preservazione in capo al Parlamento nazionale della responsabilità ultima del governo del processo di integrazione. Tale principio è alla base sia dell'elencazione di “materie” a competenza riservata del Parlamento nazionale che compare nel *Lissabon-Urteil*, sia delle sentenze che dichiarano costituzionalmente illegittime le forme di coinvolgimento del Parlamento in fase ascendente che di quelle che rafforzano le modalità di informazione del Parlamento stesso nelle fasi di negoziazione dei Trattati europei e internazionali.

Su questi fronti di resistenza, non vi è dubbio che il *Bundesverfassungsgericht*, nonostante il dato testuale di una Costituzione il cui respiro europeistico e internazionalistico è particolarmente marcato, ha interpretato un ruolo di primo piano in quella dinamica di diffidenza che ha contraddistinto il ruolo di alcune Corti costituzionali nel processo di integrazione europea.

Tale ruolo preminente può essere valutato molto diversamente, a seconda della prospettiva di valutazione che si adotti. Da un parte può sembrare naturale che proprio il BVerfG giochi questa parte: si tratta infatti della Corte costituzionale dello Stato membro più popolato, che conta sul prodotto interno lordo più importante d'Europa, e che contribuisce con la quota relativamente più significativa al capitale della BCE. Come se non bastasse si tratta di una Corte costituzionale le cui competenze e la cui posizione istituzionale ne fanno uno degli attori giurisdizionali comparativamente più caratterizzanti l'intero ordinamento costituzionale⁶⁰. Tanto da far sinteticamente indicare la RFT dal 1949 come Repubblica di Karlsruhe, in antitesi alla Repubblica di Weimar del 1919⁶¹.

In questo quadro, non va trascurato il fatto che la posizione di resistenza del BVerfG debba essere valutata nel complessivo quadro del ruolo giocato dalla Germania nel processo di integrazione europea, estendendo lo sguardo anche oltre alle recenti tormentose fasi del processo di integrazione. Non si può infatti ignorare come l'approccio tedesco sia sempre stato anticipatore e in prima linea nei vari passi del processo di integrazione europea. Ciò vale sia per i primissimi passi, ove l'adesione al (o meglio l'inclusione nel) processo di integrazione europea aveva per la Germania un inestimabile valore di riabilitazione a livello di relazioni internazionali⁶². Ma vale anche per i passaggi successivi⁶³, a

⁶⁰ Per una ricostruzione recente della storia del BVerfG e del suo ruolo di custode della democrazia, cfr. J. Collings, *Democracies Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001*, OUP, 2015.

⁶¹ G. Casper, *Die Karlsruher Republik*, in ZRP, 2002/5, 214-219; G.S. Schaal, S. Friedel, A. Endler, *Die Karlsruher Republik. Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts zur Entwicklung der Demokratie und zur Integration der Bundesdeutschen Gesellschaft*, Bonn, 2000.

⁶² T. Judt, *Postwar*, Penguin Books, London, 2006 e in particolare 100 ss. sull'accordo impossibile relativo alla posizione della Germania negli equilibri dell'Europa dell'immediato dopoguerra, e 302 ss. sul “prezzo” pagato dalla Germania per aderire alla Comunità Economia Europea nei termini disegnati dagli interessi – soprattutto, ma non soltanto – francesi. Sul tema vedi anche R. Gillingham, *The German Problem and European Integration*, in D. Dinan, *Origins and Evolution of the European Union*, OUP, Oxford, 2006, 60-88.

⁶³ R.A. Miller, *Germany vs. Europe: The Principle of Democracy in German Constitutional Law and the Troubled Future of European Integration*, in *Virginia Journal of International Law*, 2014, Vol. 54, 581.

partire da Schengen⁶⁴, passando per l'Unione monetaria⁶⁵ e la transizione dalla Comunità economica all'Unione politica europea. Anche il progetto che avrebbe dovuto adottare la Costituzione europea vedeva un coinvolgimento significativo, a livello politico e latamente culturale, della Germania. Ed era proprio tedesco il semestre di presidenza del Consiglio sotto al quale si giunse a recuperare buona parte della sostanza del Trattato costituzionale con il trattato di Lisbona. Era dunque in qualche modo fisiologico che un'istanza contro-maggioritaria molto forte, qual è il *BVerfG*, controbilanciasse con un metro di scrutinio rigoroso lo sbilanciamento di un sistema politico quasi unanimemente e quasi ciecamente amichevole rispetto all'avanzamento del processo di integrazione europea⁶⁶.

Dall'altra parte vi sono importanti elementi di contraddizione in questo ruolo di *leadership* intrapreso dal *BVerfG* in Europa (o, sarebbe meglio dire, rispetto e contro a una certa direzione di sviluppo dell'Europa), che sono andati man mano acuendosi con lo sfumare della fideistica adesione al processo di integrazione europea, in Germania e non solo in Germania. La sua giurisprudenza "europea" è stata infatti segnata, ferme restando alcune oscillazioni anche significative, da alcuni elementi ricorrenti. Tra questi è riconoscibile una marcata volontà a dire la propria voce, a costo, come si è visto, di piegare le regole di accesso al Tribunale all'esigenza di avere davanti a sé i "casi giusti" al momento giusto. La volontà del *BVerfG* di essere una voce autorevole e udita nel dibattito europeo è tale da aver già da molto tempo suggerito la diffusione delle pronunce più significative in lingua inglese, apprestandone la traduzione contestualmente alla pubblicazione⁶⁷. Questa affannosa ricerca di un foro ove esprimere la propria voce sembra aver fatto del *BVerfG* un *player* istituzionale molto più simile a un'istanza politica, che non a un giudice. E tutto ciò è avvenuto al fine di tutelare

⁶⁴ Il superamento dei confini interni dell'UE, come noto, nasce infatti da accordo tra alcuni Stati membri, divenuto successivamente uno dei primi esempi di accordo di cooperazione rafforzata "integrato" nella struttura istituzionale dell'Unione. Meno noto è invece che lo stesso accordo convenzione Schengen del 1985 prende le mosse da negoziazioni bilaterali precedenti il cui primo esempio era proprio quello che vedeva coinvolte Francia e Germania, che cominciarono a configurare l'abolizione dei controlli di frontiera tra i due Paesi già a partire dal 1984. Su questa vicenda cfr. A. Woltjer, *Schengen: The Way of No Return?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1995, 256-257.

⁶⁵ Sulle fasi di negoziazione di quel passaggio cruciale del processo di integrazione europea (e particolarmente cruciale per la RFT), vedi K. Dyson, K. Featherstone, *The Road to Maastricht: Negotiating Economic and Monetary Union*, OUP, Oxford, 1999 e, in particolare sul compromesso franco-tedesco che portò alla realizzazione di un obiettivo francese (l'unione monetaria), sul modello di un'architettura istituzionale tedesca (con una Banca Centrale fortemente indipendente il cui primario obiettivo fosse il mantenimento della stabilità dei prezzi), vedi K. Kaltenthaler, *Germany and the Politics of Europe's Money*, Duke University Press, 1998 e in particolare capitolo 5 (*The Ties that Bind: German Policy Toward European Monetary Union*, pagg. 69-89).

⁶⁶ Ad avviso di alcuni, tale ruolo di bilanciamento non sarebbe mai stato interpretato con sufficiente coraggio dal *BVerfG*, per una generica riluttanza delle Corti costituzionali a intervenire con decisioni in materie che abbiano significative conseguenze in termini di bilancio e di politica estera, e per una specifica incapacità tedesca di liberarsi del senso di colpa della seconda guerra mondiale: « "[the eurocrisis jurisprudence] provides in general a good example of the extreme reluctance of courts to assert constitutional restraints on executive action in areas of foreign and/or budgetary politics even where constitutional provisions or previous judicial decisions appear clear and sufficiently precise. It also illustrates that Germany's historical guilt complex, even seventy years after the end of WWII, appears to make it impossible for the country's political and judicial elite to assert national self-interest and the rule of law over the demand of European integration and appeals to Germany's special historical responsibility», così G. Beck, *The Court of Justice, the Bundesverfassungsgericht and Legal Reasoning during the Euro Crisis*, cit., 550.

⁶⁷ Ciò è avvenuto anche nei casi in cui la pubblicazione contestuale della traduzione deve necessariamente aver comportato significativi ritardi nella pubblicazione, considerata la mole del materiale da tradurre: si pensi al *Lissabon-Urteil* la cui motivazione occupava, nelle raccolte ufficiali, ben 170 pagine.

il principio democratico, ed anzi propriamente il diritto individuale di voto, di cui all'art. 38 GG. L'intima contraddizione del *BVerfG*, istanza contro-maggioritaria per eccellenza, la cui legittimazione e funzione sono per natura perfettamente antitetiche rispetto a quella delle assemblee politiche democraticamente legittimate, emerge lungo tutto il corso della giurisprudenza “europea” del *BVerfG*, il cui pilastro parametrico è, per destino, proprio il diritto costituzionale di voto.

Espressione di questa intima contraddizione è anche l'utilizzo strumentale dell'autorevolezza del *BVerfG* in sede di negoziazione politica a livello europeo, ove le ricadute delle decisioni debbono essere preventivamente testate alla prova della rigorosa giurisprudenza di Karlsruhe. In un gioco di alleanza strategica, dunque, il Governo tedesco può spesso fondare le sue posizioni a livello europeo non sulla sua propria riluttanza politica a prendere determinate decisioni, ma sulla necessità di tenere conto di quale sarà la reazione del *BVerfG*. La reputazione del Tribunale di Karlsruhe consente al Governo tedesco di rovesciare totalmente una dinamica ben nota in Europa. Laddove infatti i Governi nazionali hanno spesso usato l'Europa come pretesto per attuare politiche indigeste all'opinione pubblica e ai Parlamenti nazionali senza doverne portare la diretta responsabilità politica⁶⁸, il Governo tedesco può utilizzare lo spauracchio del *BVerfG* per giustificare posizioni di merito con argomenti di legittimità. In altre parole, laddove i Governi hanno spesso usato internamente l'argomento per cui “lo facciamo, perché ce lo chiede l'Europa”, il Governo tedesco può usare in Europa l'argomento per cui la sua posizione sarebbe favorevole di fronte a determinate azioni, ma la posizione del *BVerfG* sul punto lo impedisce. A sostegno di questa dinamica è difficile portare prove di pregio giuridico indiscutibile: eppure è assai eloquente l'episodio riportato dalla stampa che attribuisce a Christine Lagarde, direttrice del Fondo Monetario Internazionale, l'aver minacciato di lasciare la sala di un delicato meeting sull'eurocrisi ove avesse sentito ancora una volta nominare la parola ‘Bundesverfassungsgericht’⁶⁹.

Quell'intima contraddizione è ulteriormente testimoniata da un aspetto del *Lissabon-Urteil* che è meno noto rispetto ad altri. Si pensi infatti alla parte del dispositivo che dichiarava l'illegittimità costituzionale della legislazione attuativa, nella misura in cui questa non prevedeva il coinvolgimento preventivo e obbligatorio del *Bundestag* in determinate procedure che il Tribunale di Karlsruhe riteneva troppo impattanti sulla sovranità da poter essere lasciate alla decisione del Governo, pur con successiva ratifica del *Bundestag*. Ebbene, già il fatto che il *BVerfG* dichiarasse incostituzionale una legge adottata dal Parlamento al fine di garantire il maggiore coinvolgimento del... Parlamento aveva un che di paradossale, seppure tale paradosso facesse tutto sommato parte di quella difficoltà “contro-maggioritaria” che tocca ogni giudice di costituzionalità⁷⁰. È assai indicativo, però, il prosieguo di quella vicenda: la legge che correggeva le forme di partecipazione del Parlamento in fase ascendente, approvata in seguito alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui al *Lissabon-Urteil*, introduceva infatti le variazioni appena appena necessarie per recepire la censura del *BVerfG*,

⁶⁸ Vedi l'ampia ricostruzione dell'impatto che la costituzionalizzazione europea ha avuto sui rapporti Governo-Parlamento all'interno degli Stati membri, ripercorsa nelle fasi cruciali di quel processo di costituzionalizzazione nel fondamentale contributo di J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 8, 2403-2483 e in particolare 2429-30.

⁶⁹ La vicenda è riportata da molti organi di stampa, tra cui si veda V. Medick e P. Wittrock, *Karlsruhe lässt Kanzlerin zappeln*, in *Der Spiegel*, 16 luglio 2012, reperibile all'indirizzo <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/esm-und-fiskalpakt-bundesverfassungsgericht-laesst-sich-mit-euro-urteil-zeit-a-844573.html>.

⁷⁰ La “difficoltà contromaggioritaria” è uno dei nodi della riflessione costituzionalistica più intricati, sul quale è ormai un classico A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, Yale University Press, New Haven, 1962.

confermando ancora una volta come la partecipazione del Parlamento alla fase decisione fosse una preoccupazione più del Tribunale costituzionale federale che non del Parlamento stesso⁷¹.

Questo ruolo di supplenza che il BVerfG ha inteso assumersi rispetto al Parlamento ha avuto molti risvolti positivi finché la direzione impressa al processo di sviluppo dell'Unione è stata contraddistinta da un ampio consenso, o almeno da un inerte disinteresse, sia all'interno del Parlamento tedesco che a livello intergovernativo. Oggi quella direzione è messa in discussione nei suoi fondamenti, e impulsi disgregativi si moltiplicano su vari fronti: in questa nuova condizione, il ruolo interpretato dal BVerfG come interlocutore riluttante nel processo di integrazione europea sembra correre il rischio di alimentare le istanze disgregative, accentuando a livello istituzionale un'asimmetria di poteri che a livello economico e politico pare sempre più evidente. Il BVerfG, ove non adatterà il suo ruolo alle nuove circostanze, sembra incorrere nel rischio assai concreto di tradire quelle premesse di cooperazione e apertura su cui è fondata, prima ancora che l'Unione europea, la stessa legge fondamentale tedesca. Se i giudici di Karlsruhe avranno la capacità di reinterpretare il loro ruolo, facendo onore a quella centralità che l'ordinamento attribuisce al BVerfG, lo si potrà vedere già molto presto, quando verrà pronunciata la sentenza “definitiva” (le virgolette, nella composizione integrata e multilivello del sistema di tutela giurisdizionale in Europa, sono d'obbligo) sul caso *Gauweiler*.

⁷¹ Sull'attuazione nei termini minimi delle indicazioni impartite dal BVerfG nel *Lissabon-Urteil*, vedi T. Winzen, C. Roederer-Rynning, F. Schimmelfennig, *Parliamentary co-evolution: national parliamentary reactions to the empowerment of the European Parliament*, in *Journal of European Policy*, 2015, Vol. 22, Issue 1, 87 e T. Beichelt, *Recovering space lost? The German Bundestag's new potential in European politics*, in *German Politics*, Vol. 21, No. 2, 143-60.