

## **Il primo rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale federale tedesco: dialogo o conflitto?**

di **Alberto Miglio** – Dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l' Università degli Studi di Milano-Bicocca.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I limiti all'integrazione europea nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht. – 3. Il ragionamento del Tribunale costituzionale federale tedesco nella decisione del 14 gennaio 2014. – 4. L'ammissibilità dei ricorsi. – 5. Il controllo sulle competenze e l'Europarechtsfreundlichkeit di Karlsruhe. – 6. L'identità nazionale tra diritto interno e diritto dell'Unione. – 7. Gli esiti possibili del rinvio.

### *1. Premessa*

Con decisione del 14 gennaio 2014 il Tribunale costituzionale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) ha per la prima volta proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), unendosi al novero delle corti costituzionali che già hanno sottoposto ai giudici del Kirchberg questioni di interpretazione o di validità di norme di diritto dell'Unione europea<sup>1</sup>. Costituendo la prima occasione di un confronto diretto tra le due Corti, non soltanto auspicato da gran parte della dottrina, ma anche da tempo annunciato dallo stesso BVerfG, la pronuncia rappresenta certamente una tappa storica nella costruzione dei rapporti tra l'ordinamento tedesco e il processo di integrazione europea e non stupisce che sia già stata oggetto di numerosi commenti, in prevalenza critici, anche in questa *Rivista*<sup>2</sup>. La proposizione del rinvio

---

<sup>1</sup> Si tratta delle corti costituzionali austriaca, belga, francese, spagnola, lituana, maltese e italiana. Quest'ultima come è noto, dopo avere in un primo tempo escluso la propria legittimazione al rinvio (ordinanza 536/1995) ha mutato orientamento, ammettendola sia nei giudizi in via principale (ordinanza 103/2008) sia nell'esercizio del controllo di legittimità costituzionale in via incidentale (ordinanza 207/2013).

<sup>2</sup> V. 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*, maggio 2014, in questa *Rivista*. Tra i numerosi commenti finora apparsi, si vedano i contributi raccolti nel n. 2/2014 del *German Law Journal*, interamente dedicato alla pronuncia del Tribunale costituzionale federale. V. inoltre F. BASSAN, *Le operazioni non convenzionali della BCE al vaglio della Corte costituzionale tedesca*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 361 ss.; R. CAPONI, *La Corte costituzionale tedesca e la crisi dell'eurozona*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2014, p. 469 ss.; G.

non costituisce tuttavia il solo elemento rilevante di una decisione che si presenta innovativa sotto diversi profili – a partire dall’interpretazione delle condizioni di ammissibilità dei ricorsi – e che non manca di sollevare interrogativi significativi e preoccupanti tanto sulla prospettiva di un effettivo dialogo tra giudici<sup>3</sup> quanto sul futuro dell’Unione economica e monetaria (UEM).

La decisione in commento è stata adottata nell’ambito di un procedimento inteso a verificare la compatibilità con la Legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz* - GG) della condotta del Governo federale e del *Bundestag* a fronte della “decisione (*Beschluss*) del Consiglio direttivo della Banca centrale europea (BCE) del 6 settembre 2012 relativa alle *Outright Monetary Transactions* (OMT)”<sup>4</sup>. Il cosiddetto programma OMT riguarda l’acquisto sul mercato secondario di titoli del debito pubblico di Stati dell’area Euro da parte della BCE<sup>5</sup> ed è stato oggetto di un comunicato stampa della Banca centrale europea, secondo il quale: “the Governing Council of the European Central Bank (ECB) has today taken decisions on a number of technical features regarding the Eurosystem’s outright transactions in secondary sovereign bond markets”<sup>6</sup>. Invero, benché il comunicato stampa faccia riferimento a “decisioni” del Consiglio direttivo, a differenza di quanto avvenuto per il programma *Securities Markets Programme* (SMP), predecessore del piano OMT e parimenti relativo all’acquisto di titoli del debito sovrano di Stati dell’area Euro in difficoltà

---

DEDERER, *Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle*, in *Juristenzeitung*, 2014, p. 313 ss.; G. DELLEDONNE, *La “prima volta” di Karlsruhe: il rinvio pregiudiziale relativo alle Outright Monetary Transactions*, febbraio 2014, [www.csfederalismo.it](http://www.csfederalismo.it); A. DE PETRIS, *Un rinvio pregiudiziale sotto condizione? L’ordinanza del Tribunale costituzionale federale sulle Outright Monetary Transactions*, febbraio 2014, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); A. DI MARTINO, *Le Outright Monetary Transactions tra Francoforte, Karlsruhe e Lussemburgo. Il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG*, febbraio 2014, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); M. GOLDMANN, *Friend or Foe? The German Federal Constitutional Court’s Request for a Preliminary Ruling on the ECB’s OMT Program*, febbraio 2014, [www.sidi-isil.org/sidiblog](http://www.sidi-isil.org/sidiblog); E. MOSTACCI, *Dal “dialogo” al decalogo: le OMT nel primo rinvio pregiudiziale del Bundesverfassungsgericht*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 35 ss.; E. OLIVITO, *Atto primo: il Bundesverfassungsgericht rinvia alla Corte di giustizia su OMT e poteri della BCE. Un’occasione per il futuro dell’Unione europea?*, febbraio 2014, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it); I. PERNICE, *Karlsruhe wagt den Schritt nach Luxemburg*, febbraio 2014, [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de); A. VITERBO, *Oh My...OMT! Some Thoughts about the German Constitutional Court’s Decision to Refer the Outright Monetary Transactions Programme to the Court of Justice of the European Union*, febbraio 2014, [www.sidi-isil.org/sidiblog](http://www.sidi-isil.org/sidiblog). V. infine gli *Editorial Comments* apparsi in *Common Market Law Review*, 2014, p. 375 ss.

<sup>3</sup> La dottrina maggioritaria ha espresso forti perplessità riguardo alla compatibilità della pronuncia del BVerfG con il principio di leale cooperazione. Secondo un altro orientamento, tuttavia, il rinvio pregiudiziale rappresenterebbe un genuino esempio di apertura dell’ordinamento interno verso l’Europa (v. U. DI FABIO, *Karlsruhe Makes a Referral*, in *German Law Journal*, 2014, p. 107 ss., p. 109).

<sup>4</sup> BVerfG, 2 BvR 2728/13 del 14 gennaio 2014, I.

<sup>5</sup> Sui programmi SMP e OMT, v. T. BEUKERS, *The New ECB and Its Relationship with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank Intervention*, in *Common Market Law Review*, 2013, p. 1579 ss.; ID., *The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Programme: “In the ECB We Do Not Trust. What about You?”*, in *German Law Journal*, 2014, p. 343 ss.; T. PETCH, *The Compatibility of Outright Monetary Transactions with EU Law*, in *Law and Financial Markets Review*, 2013, p. 13 ss. V. inoltre gli *Editorial Comments*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 375 ss., spec. p. 376.

<sup>6</sup> Comunicato stampa del 6 settembre 2012, [www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906\\_1.en.html](http://www.ecb.europa.eu/press/pr/date/2012/html/pr120906_1.en.html).

finanziarie<sup>7</sup>, una formale decisione non è mai stata adottata né, tantomeno, il programma ha finora ricevuto attuazione.

L'intera vicenda sembrerebbe pertanto fondata su un equivoco – forse non del tutto involontario – poiché il BVerfG assume che una decisione sia stata effettivamente adottata dal Consiglio direttivo della BCE il 6 settembre 2012 e chiede alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla sua compatibilità con il diritto primario. Non è da escludersi che l'assenza di un formale atto della BCE possa tuttavia incidere sul giudizio di ammissibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale<sup>8</sup>. Peraltro, la medesima “decisione” è già stata oggetto di un ricorso per annullamento proposto dinanzi al Tribunale da numerosi privati ai sensi dell'art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE)<sup>9</sup>. Il ricorso non ha superato il vaglio di ammissibilità, non tuttavia per difetto di un atto vincolante – punto sul quale il Tribunale non si è pronunciato – quanto perché, anche ove si fosse riconosciuta alle “decisioni” evocate nel comunicato stampa la natura di atto impugnabile, esse sarebbero state in ogni caso inidonee a produrre effetti diretti in capo ai ricorrenti, i quali pertanto sarebbero stati privi di legittimazione ad agire<sup>10</sup>.

Il rinvio pregiudiziale del Tribunale costituzionale federale tedesco ha avuto origine dalla riunione di quattro ricorsi diretti di costituzionalità (*Verfassungsbeschwerden*) e di un conflitto tra poteri dello Stato (*Organstreit*) proposto dal gruppo parlamentare del partito *Die Linke*<sup>11</sup>. Le doglianze hanno investito, da un lato, il comportamento omissivo del Governo federale consistente nella mancata impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia della decisione del Consiglio direttivo della BCE, la cui adozione esorbiterebbe dalle competenze dell'Istituzione come definite dagli artt. 119, 123 e 127, paragrafi 1 e 2, TFUE, e dagli artt. 17-24 dello Statuto del Sistema europeo delle banche centrali (SEBC) e della BCE. Dall'altro, veniva contestata la condotta omissiva del *Bundestag*, che, a tutela delle proprie competenze in materia di bilancio, avrebbe dovuto – secondo i ricorrenti – condizionare il proprio assenso agli strumenti di assistenza previsti nell'ambito del Meccanismo europeo di stabilità (MES) a una piena informazione su modalità e portata dell'acquisto di titoli da parte della BCE nonché ad effettive garanzie che da tali operazioni non sarebbe derivata una responsabilità finanziaria della Germania eccedente la quota conferita al MES.

L'eventuale attuazione della decisione nell'ordinamento tedesco, esorbitando dalle competenze dell'Unione e limitando la competenza del legislatore nazionale in materia di bilancio, si porrebbe in conflitto, secondo i ricorrenti, con diverse disposizioni della Legge fondamentale, segnatamente

<sup>7</sup> Decisione della Banca centrale europea del 14 maggio 2010 che istituisce un programma per il mercato dei titoli finanziari (BCE/2010/5), in *GUUE* L 124 del 20 maggio 2010, p. 8.

<sup>8</sup> V., *infra*, par. 7.

<sup>9</sup> Tribunale, ordinanza del 10 dicembre 2013, causa T-492/12, *von Storch e altri c. BCE*. L'ordinanza è stata impugnata dinanzi alla Corte di giustizia (causa C-64/14 P) e il relativo procedimento è attualmente pendente.

<sup>10</sup> V. il par. 38 dell'ordinanza.

<sup>11</sup> Si tratta degli stessi ricorsi dai quali hanno avuto origine le pronunce del 12 settembre 2012 e del 18 marzo 2014, in merito alla compatibilità con la Legge fondamentale della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità: BVerfG, 2 BvR 1390/12. Per una ricostruzione complessiva dell'intera vicenda processuale, v. M. BONINI, *Dichiarare ammissibili i ricorsi diretti di costituzionalità*, cit.; R. CAPONI, *La Corte costituzionale tedesca*, cit.

con l'art. 20 GG, che tutela il principio democratico, e con la cosiddetta clausola di eternità (art. 79, par. 3, GG), che protegge il nucleo di principi supremi dell'ordinamento costituzionale sottraendoli al procedimento di revisione costituzionale.

## 2. I limiti all'integrazione europea nella giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht

In Germania il fondamento, nell'ordinamento interno, degli atti di diritto derivato dell'Unione si rinviene nella legge di autorizzazione alla ratifica (*Zustimmungsgesetz*, letteralmente "legge di approvazione") del Trattato sull'Unione europea (TUE) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. L'azione di istituzioni e organi dell'Unione presuppone il rispetto del principio di attribuzione di cui all'art. 5 del TUE. Secondo la giurisprudenza costituzionale tedesca a partire dalla sentenza relativa al Trattato di Maastricht<sup>12</sup>, un atto dell'Unione non risulterebbe vincolante nell'ordinamento tedesco se adottato *ultra vires*, ossia al di fuori delle competenze attribuite. Secondo tale giurisprudenza, spetta al Tribunale costituzionale verificare il rispetto del principio di attribuzione<sup>13</sup>: qualora fosse adottato *ultra vires*, infatti, l'atto sarebbe privo di copertura nella legge di autorizzazione alla ratifica e non troverebbe pertanto legittimazione nel consenso al processo di integrazione prestato dalla Germania, con la conseguenza che a tutti gli organi dello Stato sarebbe fatto divieto di darvi applicazione nell'ordinamento interno.

Nella sentenza *Honeywell*<sup>14</sup>, il Tribunale costituzionale federale ha precisato i limiti del sindacato sulla competenza, affermando che esso, in ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione<sup>15</sup>, deve essere esercitato restrittivamente e con un certo *favor* per il diritto dell'Unione (*Zürückhaltend und Europarechtsfreundlich*).

Il requisito della *Europarechtsfreundlichkeit* comporta due conseguenze. In primo luogo, nell'esercizio del controllo il BVerfG si ritiene "in principio" vincolato all'interpretazione del diritto dell'Unione fornita dalla Corte di giustizia nell'ambito della competenza pregiudiziale di cui all'art. 267 del TFUE. Pertanto, prima di dichiarare *ultra vires* un atto dell'Unione, il Tribunale costituzionale si considera tenuto ad offrire alla Corte, mediante la proposizione di una questione pregiudiziale, la possibilità di interpretare le disposizioni rilevanti del diritto dell'Unione. In secondo luogo, un atto può essere considerato *ultra vires* soltanto a condizione che la violazione del principio di attribuzione sia "sufficientemente qualificata", ossia manifesta e strutturalmente

<sup>12</sup> BVerfG, 2 BvR 2134/92 del 12 ottobre 1993.

<sup>13</sup> Si tratta evidentemente di una soluzione controversa, stante il carattere esclusivo della competenza della Corte di giustizia a conoscere della validità di atti dell'Unione. Sul punto v., *infra*, par. 5.

<sup>14</sup> BVerfG, 2 BvR 2661/06 del 6 luglio 2010.

<sup>15</sup> Va tuttavia rilevato come la parola che traduce in tedesco la nozione del primato, *Anwendungsvorrang*, abbia un significato che non corrisponde appieno a quello del termine italiano (o del francese *primauté* o dell'inglese *primacy*): l'*Anwendungsvorrang*, che indica una priorità (o primato) di applicazione, non evoca un rapporto di tipo gerarchico e si distingue dal *Geltungsvorrang* (primato di validità), nozione usata per indicare la preminenza del diritto federale all'interno di un ordinamento federale. La distinzione è peraltro espressamente ripresa anche dalla stessa pronuncia in commento (par. 26), ove il BVerfG rileva la portata più ridotta dell'*Anwendungsvorrang* rispetto al *Geltungsvorrang*.

significativa in quanto idonea a incidere sensibilmente sulla ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri.

Accanto al controllo sul rispetto del principio di attribuzione il Tribunale costituzionale federale si è riservato, a partire dalla sentenza relativa al Trattato di Lisbona (c.d. *Lissabon-Urteil*)<sup>16</sup>, la competenza a verificare che il diritto dell'Unione, primario o derivato, non leda l'identità costituzionale dell'ordinamento tedesco, coincidente con il nucleo di principi fondamentali (quali, in particolare, il principio democratico e la tutela dei diritti fondamentali) sottratti dall'art. 79, par. 3, GG a revisione costituzionale.

Secondo il Tribunale costituzionale, un atto dell'Unione suscettibile di incidere sulla sovranità del Parlamento nazionale in materia di bilancio può essere sottoposto a entrambe le forme di controllo. Da un lato, infatti, l'atto sarebbe *ultra vires* se adottato in violazione manifesta delle competenze attribuite all'Unione dai Trattati. Dall'altro, secondo le pronunce del 12 settembre 2012 e del 18 marzo 2014<sup>17</sup>, entrambe relative alla compatibilità con la Legge fondamentale della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità, fa parte dell'identità costituzionale della Germania l'autonomia finanziaria del *Bundestag*, che verrebbe compromessa se, mediante forme surrettizie di mutualizzazione del debito sovrano, le decisioni in materia di bilancio fossero sottratte alla sovranità del Parlamento nazionale per essere eterodirette da istituzioni o organi dell'Unione o da altri Stati membri.

### 3. Il ragionamento del Tribunale costituzionale tedesco nella decisione del 14 gennaio 2014

L'ammissibilità di una *Verfassungsbeschwerde* presuppone che i ricorrenti abbiano un interesse diretto e attuale a richiedere tutela contro la violazione di un diritto fondamentale garantito dalla Legge fondamentale. Nel caso di specie, il BVerfG ha fatto leva su un'interpretazione estensiva del diritto di voto protetto dall'art. 38 GG, osservando che il diritto a libere elezioni risulterebbe leso qualora una delega di competenze all'Unione comportasse uno "svuotamento" delle attribuzioni del *Bundestag* in un ambito fondamentale per l'autodeterminazione politica del popolo, tale da pregiudicare la capacità del Parlamento nazionale di assumere "decisioni politiche centrali" e, con essa, il rispetto del principio democratico<sup>18</sup>. Poiché un'interpretazione estensiva del programma OMT sarebbe suscettibile di condurre a un'erosione dei poteri del *Bundestag* in materia di bilancio e, quindi, di incidere sull'effettività del diritto di voto dei cittadini, il Tribunale costituzionale ha ritenuto che i ricorrenti avessero legittimazione ad agire.

Procedendo all'esame del merito delle doglianze, il Tribunale costituzionale ha espresso seri dubbi sulla compatibilità del programma OMT con gli artt. 119 e 127, paragrafi 1 e 2, TFUE, e 17 dello Statuto del SEBC e della BCE, poiché la misura esorbiterebbe dalle competenze della Banca

<sup>16</sup> BVerfG, 2 BvE 2/08 del 30 giugno 2009.

<sup>17</sup> BVerfG, 2 BvR 1390/12.

<sup>18</sup> Paragrafi 17-19 della decisione.

centrale europea, nonché con l'art. 123 TFUE, che prevede il divieto di facilitazioni creditizie da parte della BCE agli Stati membri<sup>19</sup>.

Secondo il BVerfG, l'indipendenza della BCE sarebbe compatibile con il principio di democrazia tutelato dall'art. 20 GG soltanto se "limitata all'ambito di una politica monetaria orientata principalmente alla stabilità [dei prezzi]"<sup>20</sup>. Diversamente, e in particolare ove perseguisse direttamente finalità di politica economica, una misura adottata dalla Banca centrale europea sarebbe viziata da incompetenza, ricadendo in un ambito lasciato essenzialmente alla sovranità degli Stati membri. Inoltre, la competenza del SEBC a sostenere "le politiche economiche generali dell'Unione" – sempre "fatto salvo l'obiettivo della stabilità dei prezzi" (art. 127, par. 1, TFUE) – dovrebbe essere interpretata restrittivamente e, in ogni caso, non potrebbe essere letta alla stregua di una legittimazione a dirigere la politica economica degli Stati membri.

Nella sua decisione, il BVerfG ha addotto diversi elementi a sostegno della tesi secondo la quale il programma OMT costituirebbe una misura di politica economica e non di politica monetaria e, conseguentemente, non rientrerebbe tra le prerogative della BCE: 1) l'obiettivo immediato di intervenire sui tassi di interesse degli Stati membri dell'area Euro, identificato come "manifestamente" estraneo all'ambito della politica monetaria e proprio della politica economica; 2) la selettività del programma di acquisto, rivolto soltanto a determinati Stati dell'area Euro in difficoltà finanziarie, individuati caso per caso dalla BCE; 3) il collegamento tra il piano OMT e i programmi di assistenza finanziaria dello *European Financial Stability Facility* (EFSF) e del MES, che finirebbe per creare un equivalente funzionale di quegli strumenti di assistenza, in assenza tuttavia di legittimazione democratica e controllo parlamentare; 4) la previsione di condizioni meno restrittive di quelle previste per l'intervento dell'EFSF o del MES, con conseguente elusione degli stringenti vincoli imposti dai programmi di assistenza sulla base di una valutazione discrezionale della BCE.

Infine, la facoltà di acquisto illimitato di titoli di Stato, potendo incidere in misura quantitativamente significativa sulla situazione finanziaria degli Stati membri in difficoltà, non consentirebbe di qualificare il programma OMT come misura di mero "sostegno" alle politiche economiche dell'Unione.

Secondo il BVerfG, il piano OMT potrebbe altresì rivelarsi incompatibile con l'art. 123, par. 1, TFUE, che vieta "la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia, da parte della Banca centrale europea [...], alle amministrazioni statali, agli enti regionali, locali o altri enti pubblici, ad altri organismi di diritto pubblico o a imprese pubbliche degli Stati membri, così come l'acquisto diretto presso di essi di titoli di debito da parte della Banca centrale europea o delle banche centrali nazionali". Sarebbero indice dell'"aggiramento" (*Umgehung*) del divieto imposto dalla disposizione in parola: 1) la circostanza che il credito della BCE non abbia carattere preferenziale, esponendo la Banca centrale a perdite in caso di "taglio" del debito; 2) l'aumento del rischio, connesso all'acquisto di titoli di Stato da parte della BCE, che tale

---

<sup>19</sup> Par. 55 della decisione.

<sup>20</sup> Par. 59 della decisione.

evenienza si verifichi; 3) la facoltà della BCE di conservare nel proprio portafoglio i titoli acquistati fino alla loro scadenza, che costituirebbe una indebita ingerenza nella logica di mercato; 4) la facoltà della BCE di acquistare rapidamente sul mercato secondario titoli del debito pubblico degli Stati membri in quantità tale da influire sul prezzo di mercato dei titoli stessi, con effetti analoghi al finanziamento diretto proibito dall'art. 123 TFUE; 5) la considerazione che effetti analoghi possono prodursi in conseguenza anche di meri annunci, suscettibili di ingenerare l'aspettativa di un intervento della BCE e pertanto di indurre gli investitori all'acquisto di titoli degli Stati membri in difficoltà, alterando le condizioni del mercato.

Non sarebbe inoltre pertinente la finalità dichiarata del programma OMT, consistente nella correzione delle alterazioni prodottesi per effetto della crisi del debito sovrano nel funzionamento del meccanismo di trasmissione monetaria. Ammettere la facoltà della BCE di intervenire mediante l'acquisto di titoli di Stato per rimediare alla mancata trasmissione a livello nazionale delle decisioni in materia di tassi di interesse, infatti, equivarrebbe – è l'argomento del BVerfG – ad acconsentire all'elusione del divieto di cui all'art. 123 TFUE.

All'esito dell'analisi dei profili di possibile incompatibilità della decisione con il diritto primario, il Tribunale costituzionale ha individuato alcune condizioni – per il vero assai restrittive – che consentirebbero di ritenere legittimo il programma OMT, circoscrivendone in via interpretativa la portata. A tal fine dovrebbe essere esclusa la possibilità che il credito della BCE soffra gli effetti di un taglio del debito, occorrerebbe stabilire limiti all'acquisto dei titoli e dovrebbero evitarsi, “per quanto possibile”, ingerenze nella logica di mercato con riguardo alla determinazione del prezzo dei titoli.

Poiché la decisione della controversia dipende dall'interpretazione degli artt. 119, 123 e 127 TFUE, il Tribunale ha rinviato la questione alla Corte di giustizia in applicazione dell'art. 267 TFUE, non senza precisare, tuttavia, che l'ultima parola spetterà ai giudici di Karlsruhe. Al riguardo, gli ultimi paragrafi (102-103) della motivazione risultano particolarmente interessanti, poiché riprendono la tesi secondo la quale la decisione OMT potrebbe, oltre che costituire un atto *ultra vires*, violare l'identità costituzionale tedesca.

La pronuncia è corredata da due opinioni dissenzienti, a firma rispettivamente dei giudici Lübbe-Wolff e Gerhardt, entrambe fortemente critiche del ragionamento del BVerfG. L'opinione del giudice Lübbe-Wolff, in particolare, si segnala per l'asprezza dei rilievi rivolti alla maggioranza, affermando che sarebbe proprio il *Bundesverfassungsgericht* ad avere agito al di fuori delle proprie competenze, sostituendosi al legislatore in un giudizio che presupporebbe un elevato grado di discrezionalità politica.

#### 4. L'ammissibilità dei ricorsi

Le questioni controverse sollevate dalla pronuncia del BVerfG sono numerose e significative. In primo luogo, il Tribunale costituzionale ha adottato un'interpretazione molto estensiva dei requisiti di ammissibilità dei ricorsi priva di precedenti nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Come

rilevato, oltre che da numerosi commenti, dalle due opinioni dissenzienti dei giudici Lübbe-Wolff e Gerhardt, tale lettura aprirebbe la strada alla trasformazione della *Verfassungsbeschwerde* in una sorta di *actio popularis*<sup>21</sup> proponibile da chiunque intenda contestare l'esercizio delle competenze dell'Unione da parte delle sue istituzioni o dei suoi organi. Al riguardo, va innanzitutto rilevato che i ricorsi non avevano ad oggetto un atto di diritto interno – non essendo stato adottato alcun provvedimento attuativo del programma OMT – bensì miravano a censurare una condotta meramente omissiva del Parlamento e del Governo tedeschi, ai quali si rimproverava di non avere attivato alcun rimedio per censurare la decisione (in realtà, come si è visto, mai adottata...). Il nesso tra il piano OMT e il rispetto del principio democratico appare dunque tenue ed ipotetico, in assenza di alcuna forma di attuazione del programma. Un autore ha così riassunto i passaggi argomentativi impliciti nel ragionamento del BVerfG: “[t]he argument appears to be that the OMT program could lead to significant losses of the *Bundesbank*, which in turn could cripple the federal budget. This would render elections to Parliament meaningless to German voters, since a crippled budget deprives Parliament of any room of maneuver. This in turn affects democracy in Germany at its core”<sup>22</sup>.

L'estensione delle condizioni di ammissibilità costituisce uno sviluppo strutturalmente importante nel quadro del sistema tedesco di giustizia costituzionale e presenta implicazioni significative anche per il diritto dell'Unione europea: essa consente infatti a qualsiasi cittadino tedesco di adire direttamente il Tribunale costituzionale per lamentare la violazione del principio di attribuzione da parte di un'istituzione o di un organo dell'Unione, anche qualora l'atto contestato non abbia prodotto alcun effetto, direttamente o per mezzo di misure nazionali di trasposizione o esecuzione, nell'ordinamento interno. Ciò può costituire, come rilevato da parte della dottrina<sup>23</sup>, un sostanziale aggiramento delle condizioni cui è subordinata la legittimazione ad impugnare atti dell'Unione delle persone fisiche e giuridiche, le quali, ai sensi dell'art. 263, par. 4, TFUE, a meno che siano destinatarie di un atto, possono impugnare soltanto atti che le riguardino direttamente e individualmente<sup>24</sup>. È inoltre evidente che un'interpretazione estensiva delle condizioni di ammissibilità, comportando con ogni probabilità un incremento dei ricorsi diretti di costituzionalità

<sup>21</sup> V., in particolare, i paragrafi 6 e 7 dell'opinione dissenziente del giudice Gerhardt. In dottrina, cfr. M. BONINI, *Dichiarare ammissibili i ricorsi diretti di costituzionalità*, cit., p. 15 ss., spec. p. 23; J. BAST, *Don't Act beyond Your Powers: The Perils and Pitfalls of the German Constitutional Court's Ultra Vires Review*, in *German Law Journal*, 2014, p. 167 ss., p. 169; K.F. GÄRDITZ, *Beyond Symbolism: Towards a Constitutional Actio Popularis in EU Affairs? A Commentary on the OMT Decision of the Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal*, 2014, p. 183 ss.; A. THIELE, *Friendly or Unfriendly Act? The “Historic” Referral of the Constitutional Court to the ECJ Regarding the ECB's OMT Programme*, in *German Law Journal*, 2014, p. 241 ss., p. 253.

<sup>22</sup> Così F.C. MAYER, *Rebels without a Cause? A Critical Analysis of the German Constitutional Court's OMT Reference*, in *German Law Journal*, 2014, p. 111 ss., p. 132.

<sup>23</sup> V. A. THIELE, *Friendly or Unfriendly Act?*, cit., p. 251.

<sup>24</sup> Come è noto, la Corte di giustizia ha adottato un'interpretazione restrittiva del requisito dell'interesse individuale: v., *ex multis*, sentenza del 15 luglio 1963, causa 25/62, *Plaumann c. Commissione*, punto 195; sentenza del 3 ottobre 2013, causa C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e altri c. Parlamento e Consiglio*, punti 69-75. A seguito delle modifiche apportate all'art. 263, par. 4, TFUE dal Trattato di Lisbona, per l'impugnazione dei soli atti regolamentari che non comportino misure di esecuzione è sufficiente il requisito dell'interesse diretto.

volti a contestare il rispetto del principio di attribuzione da parte di istituzioni o di organi dell'Unione, potrà condurre a un aumento delle occasioni di conflitto tra ordinamenti.

##### 5. *Il controllo sulle competenze e l'Europarechtsfreundlichkeit di Karlsruhe*

La decisione illustra con efficacia le difficoltà intrinsecamente connesse al tentativo di conciliare il controllo sulle competenze dell'Unione (*Ultra-vires-Kontrolle*) con le disposizioni dei Trattati, da un lato, con l'apertura, affermata dallo stesso Tribunale costituzionale, dell'ordinamento tedesco nei confronti del diritto europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*), dall'altro.

Con riguardo al primo profilo, va innanzitutto ricordato che la decisione del 14 gennaio 2014 costituisce un anello di una lunga catena di pronunce del BVerfG dedicate al processo di integrazione europea e ai limiti che esso incontra nella Legge fondamentale. Questa prassi ha inizio con la formulazione, verso la metà degli anni Settanta, della cosiddetta dottrina *Solange*, secondo la quale, fintanto che l'ordinamento comunitario non avesse disposto di un adeguato catalogo di diritti fondamentali, il BVerfG si sarebbe riservato il potere di sindacare la compatibilità degli atti di diritto comunitario con i diritti fondamentali garantiti dalla costituzione nazionale, escludendone l'applicazione in caso di conflitto<sup>25</sup>. Successivamente, come già si è ricordato, il BVerfG ha introdotto, con la sentenza *Maastricht*, il controllo sulle competenze dell'Unione e, con la sentenza *Lissabon-Urteil*, il controllo sul rispetto dell'identità nazionale.

Vi sono indubbiamente importanti elementi di continuità in questa linea evolutiva, poiché tutte le pronunce citate sono accomunate dalla preoccupazione di erigere limiti al processo di integrazione europea a tutela di diritti e principi contenuti nella Legge fondamentale<sup>26</sup>. Come ha osservato parte della dottrina, tuttavia, l'*Ultra-vires-Kontrolle* si configura come un rimedio peculiare, che implica un diverso grado di ostilità, per così dire, rispetto alla dottrina *Solange*. La constatazione di una lesione di un diritto fondamentale da parte di un atto dell'Unione comporta soltanto che l'atto in questione non possa esplicare piena efficacia nell'ordinamento nazionale, ma, in quanto l'estensione e la portata di un determinato diritto fondamentale possono differire da un ordinamento nazionale all'altro, non produce conseguenze nell'applicazione del diritto dell'Unione in altri Stati membri, se non nella misura in cui può scatenare un effetto di emulazione. Viceversa, la conclusione che un atto è stato adottato al di fuori delle competenze dell'Unione non investe solo i rapporti tra l'ordinamento dell'Unione e uno specifico Stato membro, ma necessariamente presuppone un vizio originario dell'atto, che non potrà essere valido in alcuni Stati membri e non in altri<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> BVerfG, BvL 52/71 del 29 maggio 1974.

<sup>26</sup> V., in particolare, J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 973 ss.

<sup>27</sup> V. F.C. MAYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2010, p. 399 ss., p. 413; ID., *Rebels without a Cause*, cit., p. 130.

Il controllo sulle competenze, inoltre, introduce un duplice parametro di giudizio, poiché mira non soltanto a verificare la compatibilità dell'atto con la Legge fondamentale tedesca, ma altresì ad effettuare, indirettamente, un controllo di legittimità dell'atto sulla base di criteri desunti dal diritto dell'Unione. Il *Bundesverfassungsgericht*, infatti, si ritiene competente a stabilire se l'adozione dell'atto rientri o no tra le competenze dell'istituzione che l'ha emanato, o addirittura tra le competenze dell'Unione, esaminandone la compatibilità con il diritto primario: l'oggetto del controllo è ampio, poiché investe non soltanto il rispetto del principio di attribuzione, ma anche degli altri principî (sussidiarietà, proporzionalità) che presiedono alla ripartizione e all'esercizio delle competenze e altresì, come dimostra la pronuncia del 14 gennaio 2014, di altre norme dei Trattati (gli artt. 119, 123 e 127 TFUE, nel caso di specie)<sup>28</sup>. Pertanto, sebbene formalmente oggetto del giudizio sia un atto adottato da – *rectius*, a seguito della decisione in commento, una condotta, attiva od omissiva, di – un organo interno, il controllo ha altresì ad oggetto la compatibilità di un atto di diritto dell'Unione con i Trattati.

Come è noto, tuttavia, nell'ordinamento dell'Unione il controllo di legittimità degli atti delle istituzioni è attribuito in via esclusiva alla Corte di giustizia<sup>29</sup>. Introducendo la facoltà per il giudice nazionale di esaminare la compatibilità di un atto di diritto derivato con il diritto primario dell'Unione europea, il controllo sulle competenze nega l'esclusività della giurisdizione della Corte di giustizia in materia e con essa il sistema di controllo accentrato previsto dai Trattati, entrando in conflitto con il diritto dell'Unione, in particolare con il principio di leale cooperazione, largamente riconosciuto – in dottrina e nella giurisprudenza della Corte di giustizia – come principio-guida del “dialogo tra corti”.

Un ulteriore problema sollevato dalla decisione in commento attiene all'interpretazione del requisito della *Europarechtsfreundlichkeit* formulato dal BVerfG in *Honeywell*. Come si è accennato, una prima conseguenza della *Europarechtsfreundlichkeit* è la necessità per il Tribunale costituzionale tedesco di rivolgersi alla Corte di giustizia qualora la decisione della controversia di cui esso è investito dipenda dall'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione. La novità più visibile nella pronuncia in esame, consistente nella sospensione del processo e nella formulazione del rinvio pregiudiziale, costituisce pertanto un esito del tutto prevedibile, sia perché lo stesso BVerfG aveva espressamente affermato di ritenersi giuridicamente obbligato a richiedere l'interpretazione della Corte di giustizia prima di procedere a dichiarare un atto dell'Unione *ultra vires*, sia perché, nell'ambito dei ricorsi diretti di costituzionalità, il giudice costituzionale decide in via definitiva sul merito della controversia ed è pertanto verosimilmente da considerarsi tenuto a effettuare il rinvio ai sensi dell'art. 267, par. 3, TFUE.

<sup>28</sup> V. J. BAST, *Don't Act beyond Your Powers*, cit., p. 170.

<sup>29</sup> Corte di giustizia, sentenza del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, punti 17 ss. L'unica possibile eccezione pare essere costituita dall'ipotesi di inesistenza dell'atto, che è tuttavia concepita in termini estremamente restrittivi dalla giurisprudenza (v. Corte di giustizia, sentenza del 26 febbraio 1987, causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*, punto 10), tanto da non avere mai trovato applicazione. Sulla differenza tra i criteri stabiliti dalla sentenza *Consorzio Cooperative d'Abruzzo* e la nozione di atto *ultra vires* nella giurisprudenza del BVerfG, v. J. BAST, *Don't Act beyond Your Powers*, cit., p. 173 ss., spec. p. 179.

Dall'attitudine *Europarechtsfreundlich* che il BVerfG ha dichiarato di adottare discende una seconda conseguenza. Affinché un atto possa essere dichiarato *ultra vires*, il Tribunale costituzionale ha precisato nel caso *Honeywell* che il vizio deve essere manifesto e strutturalmente significativo. Il tentativo, intrapreso dal BVerfG, di tracciare una linea di demarcazione netta tra politica economica e politica monetaria è però tutt'altro che agevole, dal momento che la distinzione è controversa nella stessa dottrina economica: può dunque apparire del tutto plausibile la giustificazione avanzata dalla Banca centrale europea, secondo la quale il piano, mirando alla riduzione delle distorsioni generate dalla crisi nella trasmissione a livello nazionale delle decisioni di politica monetaria assunte dalla BCE, sarebbe funzionale all'esercizio di una tipica missione di politica monetaria<sup>30</sup>. Più in generale, appare criticabile il grado di intrusività dello scrutinio operato dal Tribunale, che finisce per imporre un'interpretazione assai restrittiva dei limiti della politica monetaria tra le diverse possibili, costringendo la discrezionalità tecnica della BCE e la discrezionalità politica del Parlamento e del Governo tedeschi<sup>31</sup>.

Parte della dottrina ha inoltre opportunamente rilevato come il ragionamento del Tribunale appaia peculiare, presupponendo un vizio "manifesto ma incerto"<sup>32</sup> nella sua esistenza: il BVerfG, infatti, pur indicando chiaramente che l'incompetenza "appare" manifesta, non assume una posizione definitiva circa l'effettiva sussistenza del vizio, subordinando la propria decisione all'interpretazione delle rilevanti disposizioni di diritto primario da parte della Corte di giustizia.

Infine, la presenza di due opinioni dissenzienti dai toni estremamente critici a firma dei due giudici più anziani, in una cultura giuridica nella quale il dissenso è relativamente raro, suscita ulteriori dubbi sulla credibilità dell'affermazione secondo la quale l'incompetenza sarebbe manifesta<sup>33</sup>. Secondo taluni, il Tribunale avrebbe, con la pronuncia del 14 gennaio, introdotto un nuovo e più stringente test, sostituendo a una valutazione in concreto della gravità della violazione un giudizio in astratto fondato sulla sola interpretazione delle norme del Trattato<sup>34</sup>. La maggiore incisività del potere di sindacato parrebbe peraltro confermata dal mancato riferimento a due importanti elementi presenti nella motivazione della sentenza *Honeywell*, vale a dire il riconoscimento del ruolo (sostanzialmente creativo) della Corte di giustizia nello sviluppo e perfezionamento del diritto (*Rechtsfortbildung*) e l'espreso richiamo a un certo margine di "tolleranza" nei confronti delle istituzioni<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> V. M. KUMM, *Rebel without a Good Cause: Karlsruhe's Misguided Attempt to Draw the CJEU into a Game of "Chicken" and What the CJEU Might Do about It*, in *German Law Journal*, 2014, p. 203 ss., p. 214. In questo senso, v. anche l'opinione dissenziente del giudice Gerhardt, par. 17.

<sup>31</sup> V. i paragrafi 4, 27 ss. dell'opinione dissenziente del giudice Lübke-Wolff. In dottrina, v. M. GOLDMANN, *Adjudicating Economics? Central Bank Independence and the Appropriate Standard of Judicial Review*, in *German Law Journal*, 2014, p. 265 ss.

<sup>32</sup> V. A. THIELE, *Friendly or Unfriendly Act*, cit., p. 255.

<sup>33</sup> V. F.C. MAYER, *Rebels without a Cause*, cit., p. 138; M. KUMM, *Rebel without a Good Cause*, cit., p. 214.

<sup>34</sup> V. J. BAST, *Don't Act beyond Your Powers*, cit., p. 178 ss.

<sup>35</sup> V. R. CAPONI, *La Corte costituzionale tedesca*, cit., p. 476.

In conclusione, il caso OMT illustra con particolare efficacia che la difficoltà di conciliare il *favor* nei confronti dell'ordinamento dell'Unione con il controllo sulle competenze è strutturale<sup>36</sup>: la pretesa di esercitare un sindacato unilaterale sugli atti di diritto dell'Unione è in aperto conflitto con la costruzione accentrata del controllo di validità accolta dal Trattato e rappresenta una seria minaccia per l'esigenza di applicazione uniforme del diritto dell'Unione.

#### 6. *L'identità nazionale tra diritto interno e diritto dell'Unione*

Ulteriori interrogativi sorgono in relazione al possibile contrasto del programma OMT con l'identità costituzionale tedesca. Il richiamo alla clausola di eternità appare potenzialmente foriero di gravi conseguenze, poiché l'effetto dell'art. 79, par. 3, GG è di escludere il ricorso alla revisione costituzionale quando siano in gioco i principi appartenenti al "nocciolo duro" della Legge fondamentale. Di conseguenza, l'eventuale incompatibilità di un atto dell'Unione con l'identità costituzionale tedesca non potrebbe trovare rimedio neppure mediante una revisione costituzionale che accentuasse il *favor* dell'ordinamento tedesco nei confronti del processo di integrazione europea, rendendosi a tal fine necessario, con ogni probabilità, un esercizio di potere costituente<sup>37</sup>.

Appare altresì problematica la determinazione unilaterale del contenuto dell'identità costituzionale tedesca da parte del Tribunale costituzionale. Poiché l'art. 4, par. 2, TUE, la cui attuale formulazione si deve al Trattato di Lisbona, stabilisce che "l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale", la dottrina maggioritaria ritiene che la nozione di identità nazionale, in quanto prevista dal Trattato, non possa essere lasciata alla piena autonomia degli Stati membri ma debba essere ricavata in via "dialogica", mediante il coinvolgimento tanto delle supreme giurisdizioni nazionali quanto della Corte di giustizia. Si è infatti tratto dal riconoscimento espresso nel Trattato sull'Unione europea dell'identità nazionale, inclusa l'identità costituzionale degli Stati membri, un argomento a favore dell'obbligo, per le corti nazionali che intendano invocare l'identità costituzionale quale limite all'applicazione del diritto dell'Unione, di richiedere alla Corte di giustizia l'interpretazione pregiudiziale dell'art. 4, par. 2, TUE<sup>38</sup>. Benché la Corte non

<sup>36</sup> V. J. BAST, *Don't Act beyond Your Powers*, cit., p. 181.

<sup>37</sup> V. M. KUMM, *Rebel without a Good Cause*, cit., p. 210.

<sup>38</sup> In questo senso, v., *ex aliis*, J. ZILLER, *Solange III*, cit., p. 994 s.; M. KUMM, *Rebel without a Good Cause*, cit., p. 209.

si sia espressamente pronunciata sul punto<sup>39</sup>, analoghe considerazioni si rinvencono in alcune conclusioni dei suoi avvocati generali<sup>40</sup>.

Nella decisione del 14 gennaio 2014, il Tribunale costituzionale tedesco ha tuttavia precisato di non ritenersi vincolato a formulare un ulteriore rinvio pregiudiziale ai fini dell'interpretazione dell'art. 4, par. 2, TUE, sul presupposto della non equivalenza tra la nozione di identità nazionale contenuta in tale disposizione e l'identità costituzionale della Germania che trova protezione nell'art. 79, par. 3, GG. Non soltanto sarebbe differente la portata delle due norme, ma soprattutto il "nocciolo duro" della Legge fondamentale, in quanto intangibile e non suscettibile di bilanciamento, non potrebbe essere adeguatamente tutelato da una disposizione, quale l'art. 4, par. 2, TUE, la cui invocazione è sottoposta dalla Corte di giustizia a un giudizio di bilanciamento<sup>41</sup>. Soltanto il *Bundesverfassungsgericht*, pertanto, sarebbe competente a determinare il contenuto dell'art. 79, par. 3, GG e ad assicurarne il rispetto. La precisazione – invero non necessaria ai fini della decisione – del BVerfG non ha mancato di suscitare perplessità, poiché, rifiutando *a priori* il rinvio alla Corte di giustizia nella determinazione del contenuto dell'identità nazionale, il BVerfG rinuncia espressamente al dialogo, affermando la pretesa all'ultima parola<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Indicazioni in questo senso possono però essere tratte dalla sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punti 56-58, ove la Corte di giustizia ha stabilito che il principio del primato del diritto dell'Unione impedisce di interpretare l'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali nel senso che tale disposizione autorizzerebbe uno Stato membro ad applicare lo *standard* di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta, escludendo l'applicazione di disposizioni del diritto dell'Unione.

<sup>40</sup> Si vedano, ad esempio, le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Maduro l'8 ottobre 2008 nella causa C-213/07, *Michaniki*, punto 33: "[i]l rispetto dell'identità costituzionale degli Stati membri non può essere inteso come deferenza assoluta a tutte le norme costituzionali nazionali. Se così fosse, le costituzioni nazionali potrebbero diventare uno strumento che consentirebbe agli Stati membri di distaccarsi dal diritto comunitario in determinati ambiti. Ancora, potrebbero derivarne discriminazioni tra Stati membri in funzione del contenuto conferito da ciascuno di essi alle rispettive costituzioni. Così come il diritto comunitario tiene conto dell'identità costituzionale degli Stati membri, allo stesso modo il diritto costituzionale nazionale deve adattarsi alle esigenze dell'ordinamento giuridico comunitario". Recentemente, la questione è stata affrontata dall'Avvocato generale Wahl nelle conclusioni presentate il 10 aprile 2014 nelle cause riunite C-58/13 e C-59/13, *Torresi*, punto 100; l'Avvocato generale ha osservato che la protezione dell'identità nazionale riconosciuta dall'art. 4, par. 2, TUE "non significa che qualsiasi norma contenuta in una costituzione nazionale possa limitare l'applicazione uniforme delle disposizioni dell'Unione, o addirittura costituire un parametro di legittimità per tali disposizioni". Nella sentenza (adottata il 17 luglio 2014), la Corte non si è soffermata sull'interpretazione dell'art. 4, par. 2, TUE, limitandosi ad affermare che l'art. 3 della direttiva 98/5/CE, poiché non disciplina l'acquisizione del titolo abilitativo all'esercizio della professione di avvocato, bensì soltanto il diritto di stabilimento di chi abbia ottenuto l'abilitazione in altro Stato membro, "non è tale da consentire di eludere l'applicazione della legislazione dello Stato membro ospitante relativa all'accesso alla professione di avvocato" ed è quindi inidoneo a "incidere sulle strutture fondamentali, politiche e costituzionali [o] sulle funzioni essenziali dello Stato membro di origine ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE" (paragrafi 57-58).

<sup>41</sup> V. par. 29 della decisione.

<sup>42</sup> V. M. KUMM, *Rebel without a Good Cause*, cit., p. 209. Come è stato osservato, le difficoltà non riguardano la determinazione dell'identità costituzionale in quanto tale, ma sorgono quando tale nozione sia invocata quale limite all'applicazione del diritto dell'Unione: "[i]l fatto che il *Bundesverfassungsgericht* voglia essere l'interprete dell'identità costituzionale della Germania non è di per sé un problema, finché esso accetta che toccherà invece alla Corte di giustizia interpretare il diritto dell'Unione in modo da accertare se vi è una contraddizione tra esso e l'identità costituzionale della Germania" (J. ZILLER, *Solange III*, cit., p. 994).

## 7. *Gli esiti possibili del rinvio*

In conclusione, si può dubitare – come ha fatto gran parte della dottrina che ha commentato la decisione in esame – che il primo rinvio pregiudiziale del BVerfG preluda a una nuova fase di collaborazione tra le due Corti o sia indice di deferenza nei confronti della Corte di giustizia.

Resta da chiedersi quali siano gli esiti possibili della vicenda. Alcuni autori hanno osservato che la Corte di giustizia potrebbe ritenere il caso inammissibile, sia per la natura ipotetica della questione – stante l'inattuazione del programma OMT – sia perché la decisione di rinvio è formulata in termini assertivi e non esprimerebbe un dubbio effettivo da parte del giudice rimettente<sup>43</sup>. A queste considerazioni può aggiungersi la perplessità suscitata dalla formulazione dei quesiti, che richiedono alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto primario della “decisione” del Consiglio direttivo della BCE, benché al comunicato stampa del 6 settembre 2012 non abbia fatto seguito alcun atto formale<sup>44</sup>.

L'eventualità che la Corte di giustizia rifiuti di rispondere al quesito adducendo ragioni processuali appare tuttavia piuttosto remota, anche in considerazione dell'importanza della questione e dell'opportunità di non rigettare l'offerta di dialogo avanzata, sebbene in termini che, a dispetto delle formule, appaiono assai poco amichevoli, dal Tribunale costituzionale federale. Altrettanto improbabile sembrerebbe essere la possibilità che i giudici di Lussemburgo dichiarino il piano OMT incompatibile con il diritto primario. La soluzione più verosimile parrebbe pertanto essere una sentenza che considerasse legittimo il programma, circondandolo tuttavia di alcune delle cautele richieste dal Tribunale costituzionale tedesco.

L'ultima parola spetterà in ogni caso al *Bundesverfassungsgericht*, che, alla luce della pronuncia della Corte di giustizia, dovrà stabilire se il programma OMT violi il principio di attribuzione e, eventualmente, se sia suscettibile di ledere l'identità costituzionale della Germania. Le conseguenze di una sentenza che dichiarasse il piano *ultra vires* non sono del tutto chiare: l'effetto immediato più prevedibile consisterebbe nel divieto per le autorità tedesche (inclusa la *Bundesbank*) di collaborare all'esecuzione di eventuali misure attuative del programma OMT. La sentenza avrebbe in ogni caso vaste ripercussioni di carattere politico, prima di tutto sul piano interno, oltre che una verosimile incidenza negativa sulla fiducia dei mercati. Non va dimenticato, in particolare, che, se il nodo giuridico della controversia è l'estensione delle competenze della Banca centrale europea, e dell'Unione più in generale, le azioni sono dirette contro il Parlamento e il Governo tedeschi, la cui condotta è l'oggetto immediato della contestazione dei ricorrenti davanti al Tribunale costituzionale federale.

Il grado di tensione sotteso al conflitto politico interno è misurabile dall'argomento, avanzato nell'opinione dissenziente del giudice Lübke-Wolff e ripreso da una parte della dottrina tedesca che ha commentato la pronuncia in esame, secondo il quale la sentenza che dichiarasse il programma

<sup>43</sup> V. M. KUMM, *Rebel without a Good Cause*, cit., p. 206; F.C. MAYER, *Rebels without a Cause*, cit., p. 119.

<sup>44</sup> V., *supra*, par. 1.

OMT in contrasto con la Legge fondamentale tedesca potrebbe essa stessa essere considerata un atto *ultra vires*<sup>45</sup>.

D'altra parte, nella prospettiva dell'ordinamento dell'Unione una sentenza che ignorasse o rigettasse l'interpretazione data dalla Corte di giustizia si porrebbe in evidente conflitto con il principio di leale cooperazione, che non soltanto vieta ai giudici nazionali di dichiarare invalide norme dell'Unione, ma altresì impone a tutte le autorità degli Stati membri, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, e in particolare alle autorità giurisdizionali, di applicare tali norme come interpretate dalla Corte.

La peculiarità della costruzione dell'incompetenza come vizio "manifesto ma incerto" lascia tuttavia aperta la possibilità – che le affermazioni pubbliche di alcuni giudici costituzionali tedeschi successive alla pronuncia parrebbero confermare<sup>46</sup> – di una composizione del contrasto, anche qualora la Corte di giustizia individuasse i limiti del programma OMT per mezzo di formule vaghe e suscettibili di interpretazioni divergenti.

Nondimeno, anche se risultasse evitato uno scontro aperto e la vicenda OMT si rivelasse – come è auspicabile – l'ennesimo caso di conflitto soltanto minacciato, i punti di tensione resi manifesti dalla pronuncia in commento paiono destinati a permanere e a incidere sulla dinamica dei rapporti tra corti. Indipendentemente dall'esito concreto della controversia, infatti, la giurisprudenza del BVerfG si presta ad assumere un valore di "esportazione" e a fornire un modello di "disobbedienza" per altri giudici, oltre a costituire un fattore potenzialmente capace di influire sui mercati finanziari, minando la credibilità e l'efficacia delle misure adottate dall'Unione e dagli Stati membri in risposta alla crisi del debito sovrano. L'interpretazione estensiva dei requisiti di ammissibilità, inoltre, potrà costituire un incentivo alla contestazione di atti dell'Unione dinanzi al Tribunale costituzionale federale, rischiando di moltiplicare le occasioni di tensione tra i due ordinamenti.

---

<sup>45</sup> V. l'opinione dissenziente del giudice Lübbe-Wolff, paragrafi 1-3. In dottrina, v. M. KUMM, *Rebel without a Good Cause*, cit., p. 209.

<sup>46</sup> V. M. STEINBEIS, *OMT-Vorlage: Richter Huber signalisiert Demut gegenüber dem EuGH*, marzo 2014, [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de).