

“Un grave precedente”: la tardiva reazione della Commissione europea ad un legittimo presidio costituzionale tedesco.

di Mario Esposito

Title: “A serious precedent”: the belated reaction of the European Commission to a legitimate German constitutional defense.

Key Words: European Commission; Bundesverfassungsgericht; Sovereignty; Constitution; Competence

1. Con singolare coincidenza, due recenti decisioni, tedesca l’una, europea l’altra, riportano alla ribalta la dibattutissima vicenda relativa al c.d. caso *Weiss*, che aveva avuto una prima (evidentemente instabile) conclusione con la sentenza resa dal *Bundesverfassungsgericht* (d’ora innanzi, BVerfG) il 5 maggio 2020.

Viene in primo luogo in rilievo l’ordinanza con la quale il Tribunale costituzionale federale, il 29 aprile 2021 (2BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15)¹ ha respinto due domande intese ad ottenere l’emissione di un ordine di esecuzione ai sensi del § 35 della legge sul *BVerfG* (“Il BVerfG può stabilire, nella propria decisione, chi deve darvi esecuzione; in casi particolari può altresì determinare le modalità dell’esecuzione”²).

La decisione, fondata su rilievi in rito e nel merito, appare ineccepibile.

L’asse portante concerne finalità e limiti dell’ordine di esecuzione, che deve riguardare la correlativa decisione di merito, non potendo emendarla, modificarla, aggiungervi alcunché o espanderne la portata: tutti i mutamenti di fatto e di diritto risultanti da atti degli organi statali destinatari delle pronunzia possono essere oggetto di esame da parte del BVerfG soltanto in sede di un nuovo contenzioso costituzionale all’uopo promosso (fanno dunque eccezione soltanto le ipotesi di totale inerzia o di misure manifestamente inidonee, che quindi sostanzino una esecuzione solo apparente).

¹ Il provvedimento può leggersi, anche in versione inglese, nel sito istituzionale del *Bundesverfassungsgericht* (<https://www.bundesverfassungsgericht.de/>)

² “Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln” (traduzione di chi scrive, n.d.r.)

Ma le istanze formulate dai ricorrenti miravano proprio a provocare uno scrutinio sugli atti adottati successivamente alla sentenza ed in esecuzione di questa.

Il BVerfG svolge poi alcune considerazioni sulla infondatezza delle domande, osservando come i destinatari del dispositivo della pronuncia del 5 maggio 2020 (*Bundestag*, *Bundesbank* e Governo federale) avessero svolto numerose attività in ottemperanza, alle quali avevano corrisposto alcune determinazioni del Consiglio direttivo della BCE, che aveva altresì autorizzato la *Bundesbank* a condividere (ancorché in regime di riservatezza) con il *Bundestag* e con il Governo federale la documentazione dalla prima ricevuta dalla BCE, dalla quale era possibile accertabile le considerazioni e le valutazioni svolte dal Consiglio direttivo della BCE sul PSPP sin dal momento del varo del programma.

Su tale base istruttoria, il Governo federale e il *Bundestag* sono giunti alla conclusione che la BCE, effettuando un vaglio di proporzionalità abbia posto soddisfacente rimedio alle carenze rilevate dal BVerfG.

Tali apprezzamenti pertengono ad un ampio margine di valutazione, che caratterizza l'esercizio della responsabilità relativa alla integrazione europea della quale sono titolari gli organi costituzionali: ma sul piano, se così può dirsi, probatorio risulta un ampio novero di attività poste in essere dal *Bundestag* e dal Governo federale (anche tramite la *Bundesbank*), che escludono ogni possibile sospetto di inattività elusiva del giudicato costituzionale.

D'altro canto, i limiti al potere di emanare ordini di esecuzione discendono dal principio di separazione dei poteri.

Tuttavia, si è attribuito a tale provvedimento un plusvalore (o, a rovescio, una minusvalenza), per non aver effetto di sanatoria delle violazioni del principio del primato del diritto dell'Unione asseritamente perpetrate dal BVerfG con la ricitata sentenza del 5 maggio 2020.

Non è stata infatti posta in discussione la competenza del BVerfG a sindacare la continenza degli atti emanati dagli organi UE all'interno dei limiti di competenza ad essi fissati dai Trattati: al contrario, e del tutto razionalmente (in considerazione anche della sede esecutiva) i Giudici di Karlsruhe hanno riaffermato tale competenza, facendo riferimento ad un eventuale nuovo contenzioso costituzionale che abbia ad oggetto la congruenza delle misure adottate rispetto alle statuizioni contenute nella sentenza del 5 maggio 2020.

Decorso più di un anno dalla pronuncia del 5 maggio 2020, la Commissione ha avviato una procedura di infrazione, con scelta discrezionale *prima facie* incoerente rispetto a non remoti precedenti (caso delle sentenze della Corte costituzionale ceca del 2012 nella causa *Holubec* e della Corte suprema danese del 2016 nella causa *Ajos*, che negarono applicazione di pronunzie della Corte di Giustizia³) e che viene motivata con riferimento ad una

³ Lo rilevano D. URANIA GALETTA e J. ZILLER, *Calmi tutti: è un atto dovuto! A proposito della procedura d'infrazione contro la Germania per la vicenda Weiss*, in www.Eublog.eu, 16

esigenza “pedagogica”: nel relativo comunicato si legge infatti che “*La Commissione ritiene che la sentenza della Corte costituzionale tedesca costituisca un grave precedente, sia per la futura prassi della Corte costituzionale tedesca stessa, sia per le corti supreme e costituzionali di altri Stati membri*”⁴.

Alla Germania viene contestata la violazione dei principi di autonomia, primato, efficacia e applicazione uniforme del diritto dell’Unione, nonché dell’obbligo di rispetto della competenza della Corte di Giustizia dell’UE ai sensi dell’art. 267 TFUE.

La decisione della Commissione si appunta singolarmente sulla pronuncia relativa alla esecuzione della sentenza del 5 maggio 2020 – sul cui fondamento mi sono già a lungo soffermato anche su queste pagine⁵ – e non già immediatamente su quest’ultima, quasi che l’ordinanza possa ritenersi indicativa del consolidamento del relativo indirizzo interpretativo, che, tuttavia, com’è stato a suo tempo segnalato, rappresenta l’ennesima manifestazione di una riserva di competenza di controllo sul rispetto dei limiti di competenza, da parte degli organi UE, dei limiti di competenza convenuti e stabiliti dagli Stati con i Trattati, alla luce anche della disciplina costituzionale propria di ciascuno di essi, in quanto ordinamenti originari e in assenza di qualsivoglia vincolo diverso dall’impegno ad adottare misure atte ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione (art. 4, co. 3, sec. disp., TUE, sostanzialmente identico all’art. 5 Tr. CEE), che ovviamente possono riguardare unicamente le materie confidate alla competenza del “circuito decisionale” europeo e dunque certamente non quella costituzionale.

A ben vedere, quindi, la reazione della Commissione si risolve in una pretesa di affermare competenza anche in materia costituzionale, quasi che anche quanto a tale fondamentale profilo si potesse postulare quel rapporto sinteticamente espresso nel noto principio secondo cui *Bundesrecht* (ma in questo caso, potrebbe anche dirsi *Reichsrecht*) *bricht Landesrecht*: tuttavia il rapporto di funzionale e strumentale prevalenza del diritto europeo non offre alcun appiglio in tal senso. Benché non si tratti certo del primo tentativo indirizzato in tal senso (basti rammentare la notissima sentenza della Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelgesellschaft*), si traduce in una iniziativa *extra ordinem*, che, apparentemente presupponendola, volge alla instaurazione fattuale (poiché evidentemente non

giugno 2021: come può dunque parlarsi di atto dovuto, considerata la lata discrezionalità con la quale la Commissione esercita il potere di dare avvio alla procedura di infrazione in casi analoghi?

⁴ Il comunicato può leggersi all’indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/inf_21_2743.

⁵ M. ESPOSITO, *L’Unione Europea: dal miraggio della federazione a fini perequativi al consolidamento dell’egemonia dei “più uguali”*, in **DPCE ONLINE**, [S.L.], v. 43, n. 2, LUGLIO 2020, poi ripreso e ampliato in ID., *(Dis)Unione Europea. Dal miraggio di una federazione perequativa al consolidamento egemonico dei «più uguali» (a margine della sentenza del BVerfG 5 maggio 2020)*, Napoli, 2021: mi permetto quindi di rinviare a tali due contributi, anche per più ampi riferimenti.

riconosciuta dagli Stati) di un assetto sovrastatale “autolegittimato” (o, in altri termini, originario): in tal senso può e deve leggersi la prospettazione di illegittimità comunitaria di condizioni di costituzionalità non solo discendenti dai relativi atti normativi statali, ma presidiate altresì da organi dello Stato.

Resterebbe allora confidato alla Corte di Giustizia il compito di individuare in concreto la ripartizione di competenze tra Stati ed Unione Europea, *come se* a quest’ultima pertenesse quella *Kompetenz-Kompetenz* che invece appartiene agli Stati, i quali l’hanno sì esercitata mediante la stipulazione dei Trattati, ma senza che ciò ne abbia comportato la cessione, come ben attesta l’art. 50 TUE, in forza del quale ogni Stato può decidere “*conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall’Unione*”.

Siamo pertanto di fronte ad un manifesto tentativo di inversione dell’assetto delineato dal TUE, subordinando almeno funzionalmente gli Stati (*recte*: l’organizzazione democratica degli Stati nazionali) alla loro articolazione sovranazionale, convertendo una struttura sostanzialmente consortile in un ordinamento *superiorem non recognoscens*.

Secondo l’architettura del TUE, al cennato obbligo degli Stati di cui all’art. 4, co. 3, sec. disp., TUE corrisponde il dovere dell’UE (e dunque di tutti i suoi organi) di rispettare l’identità nazionale degli Stati membri “*insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali*”.

Ciò vale ovviamente e, anzi, con prioritario riferimento alla applicazione del principio di attribuzione, che d’altra parte, in perfetta conseguenza logica con la natura derivata e non originaria dell’UE⁶, “*agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti*” (art. 5, co. 2, TUE).

È pertanto evidente che, alla stregua della disciplina positiva dell’UE (e quindi degli obblighi in concreto assunti dagli Stati), la struttura costituzionale degli ordinamenti statali resta del tutto indisponibile al diritto europeo e ai suoi organi: ne consegue che, in tale contesto, l’adattamento dei sistemi giuridici dei singoli Paesi (e quindi il summenzionato impegno di assicurare l’esecuzione del diritto europeo, che significativamente si attesta pur sempre sul piano del diritto internazionale) deve essere letto in rapporto di

⁶ Con riserva di tornare ancora sul punto (e nuovamente rinviando per più ampie considerazioni a M. ESPOSITO, *(Dis)Unione europea*, cit.) ritengo che convenga usare con molta cautela la definizione dell’Unione Europea come ordinamento giuridico, non solo per difetto degli elementi costitutivi di questo (basti por mente alla inautonomia della c.d. cittadinanza europea, integralmente affidata alle discipline statali; tanto ciò è vero che i manuali di diritto dell’Unione Europea spesso neppure si soffermano su tale c.d. cittadinanza: cfr. G. STROZZI – R. MASTROIANNI, *Diritto dell’Unione Europea*, Parte istituzionale, VIII ed., Torino, 2019; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell’integrazione europea. L’ordinamento dell’Unione*, II. Ed, rist. agg., Torino, 2018): ancor oggi, infatti (e come del resto affermato dalla Corte di Giustizia già nel 1964), si tratta piuttosto di innesti organizzativi nei singoli ordinamenti degli Stati e, quel che qui più rileva, affidati, quanto alla specifica conformazione, alle loro scelte costituzionali.

strumentalità rispetto alla suddetta struttura, anche per quanto attiene al principio di attribuzione e di corrispondente prevalenza degli atti dell'UE negli ambiti di loro competenza, che non può viceversa in alcun modo veicolare una surrettizia sottrazione di funzioni di normazione e di garanzia costituzionale. In altri termini, quando si prospetti un contrasto tra struttura fondamentale politica e costituzionale dello Stato e normativa europea, ove questa non possa leggersi ed interpretarsi in modo da risolvere il conflitto, sarà del tutto legittimo che lo Stato neghi efficacia (con accertamento ancorché incidentale di invalidità) alla normativa medesima.

Né si può indulgere ad un uso della c.d. *primauté* in funzione di clausola *bonne à tout faire*: essa non è altro se non un corollario del principio di attribuzione, da interpretarsi secondo quanto si è detto, oltre che alla luce dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà (art. 5, co. 4, TUE).

Neppure il principio di leale cooperazione – che del resto agisce reciprocamente anche nei rapporti tra Stati e UE⁷ – può intendersi in accezione tale da farne fonte di un obbligo di adattamento (sia esso modificativo o anche solo di “interpolazione interpretativa”) delle costituzioni nazionali: queste sono un presupposto di identità (e di conseguente differenza) che, alla stregua del diritto positivo europeo e dei principi che vi presiedono, deve intendersi comunemente accettato e condiviso da tutti i Paesi membri reciprocamente, sin quando non si faccia un auspicabile passo verso l'istituzione di un vero e proprio ordinamento politico comune.

Semmai, e in senso ben diverso, proprio la struttura concettuale del principio in parola, riconducendo alla cooperazione, può giustificare (ciò che è del resto accaduto soprattutto successivamente alla stipulazione del Trattato di Maastricht) modifiche per così dire “difensive”, sia in direzione della predisposizione di più precisi confini costituzionali a salvaguardia del rischio che si abbia *de facto* un mutamento della forma di Stato e dei suoi fondamenti (si pensi a quello della indipendenza nazionale, con riguardo al quale la Francia rifiutò di addivenire alla conclusione dell'accordo istitutivo della Comunità Europea di Difesa), sia per evitare che si determinino o si aggravino differenze tra i Paesi membri (altresì di carattere giuridico-costituzionale) tali da ridondare in alterazioni delle condizioni sostanziali di partecipazione all'ordine giuridico europeo (a guisa, se si vuole, di quanto il nostro art. 3, co. 2, Cost. espressamente prevede in ordine agli ostacoli che limitano di fatto libertà ed eguaglianza dei consociati e dunque la loro partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese).

In estrema sintesi, né il dovere di assicurare l'esecuzione delle norme UE (art. 4, co. 3, TUE e art. 291 TFUE), né il ridetto principio di leale cooperazione possono essere spinti sino a comprendere obblighi di revisione costituzionale o di accettazione di usi interpretativi che in qualsiasi modo alterino, modifichino o “sospendano l'efficacia” di disposti costituzionali, almeno

⁷ Cfr. M.C. BARUFFI, sub *art. 4*, in F. POCAR – M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, II ed., Padova, 2014, 17.

sin quando, nelle forme straordinarie che necessiterebbero, non si decida di dare luogo ad un effettivo processo costituente europeo, senza pretendere viceversa di forzare fatti ed eventi, se è vero che «Natura di cose altro non è che nascita di esse in certi tempi e con certe guise, le quali sempre che sono tali, indi tali e non altre nascono le cose»⁸.

È dunque se non altro limitativo (e sintomo di dubbio senso storico) pretendere di trarre la natura dell'UE da vicende e scelte italiane: mentre è doveroso, nella qualificazione giuridica di quanto avvenuto dagli anni '50 ad oggi sul piano politico e istituzionale⁹ registrare con precisione (e senza cedere alla tentazione di adagiarsi su rassicuranti invarianze che dissolvono la funzione stessa del diritto in un compendio di eterogenei ed indistinti fenomeni) le discontinuità, anche e soprattutto quelle che possano sollevare legittimi dubbi sulla permanenza della identità dell'assetto statale¹⁰.

Altra questione è quella che attiene a scelte unilateralmente compiute dallo Stato nel senso di un adattamento all'UE che comporti anche modifiche alla propria identità politica e costituzionale, che – questo interessa soprattutto chiarire – non possono essere motivate, com'è accaduto in Italia, con riferimenti a “necessità e/o imposizioni” di derivazione europea, magari nel tentativo di sottrarsi alla relativa responsabilità politica e (soprattutto la giurisprudenza e la dottrina) al dovere di confrontarsi con i limiti alla flessibilità

⁸ Si tratta, com'è ben noto, della XIV Dignità della Scienza Nuova di Vico (G.B. Vico, *Scienza Nuova*, in *Id.*, *Opere*, a cura di A. Battistini, Milano, Mondadori, 1990, 500).

⁹ ...necessità alla quale richiama N. LUPO, *L'art. 11*, cit., 410, il quale opina che «è proprio l'art. 11 Cost. ad aver determinato una trasformazione costituzionale che non può certamente ora rinnegarsi *a posteriori*, in quanto si ritengono inidonei i fondamenti o viziati gli argomenti sulla base dei quali si è *ab origine* prodotta».

Porre il problema della legittimità di quei mutamenti e quello dei relativi effetti non significa affatto negare la loro consistenza ed il loro rilievo: proprio all'opposto, equivale a non arrendersi al quietismo scientifico dei continuismi cui si fa cenno nel testo, che, oltre a destituire le disposizioni costituzionali del valore e della efficacia normativi, pur predicando la rilevanza dell'applicazione nel ciclo di vita della norma e quindi ai fini della interpretazione, sembrano non porsi, dopo l'arbitraria opzione per un significato dell'art. 11 Cost. che non trova il benché minimo fondamento nella lettera di questo, non si pongono però neppure il problema della c.d. convenienza degli effetti al fatto, che richiede, come dovrebbe essere noto, un esame sistematico e non parcellare del testo normativo: cfr. A. FALZEA, *La prassi nella realtà del diritto*, in *Id.*, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I. *Teoria generale del diritto*, Milano, 1999, 441 ss. E si è dato invece per scontato (nella migliore delle ipotesi, quando non sia stata una mera estensione pratica di atteggiamenti di precomprensione) che al fatto (e alla sua stessa definizione) convenisse la soluzione ermeneutica che trae dall'art. 11 Cost. un'autorizzazione al legislatore ordinario perché agisca anche in deroga alla Costituzione, tra l'altro sacrificando tutti gli interessi e dunque quella parte, tanto ampia, di realtà che fa capo alle altre norme costituzionali.

¹⁰ Cfr. P. BADURA, *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, in *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von J. ISENSEE u. P. KIRCHOF, VII, Heidelberg, 1992, spec. 63 ss.

Forme e modi di tale assetto sono del resto espressamente fissati nelle costituzioni del secondo dopoguerra, anche in funzione di espresse condizioni di identificazione e di identità (politico-giuridica) del relativo ordinamento: si pensi all'art. 1 della nostra Costituzione.

costituzionale, che (ripetendo una risalente opinione di Giuseppe Chiarelli¹¹) conseguirebbe all'art. 11 Cost.¹², nel tentativo – ben poco rigoroso dal punto di vista giuridico – di “archiviare” tali questioni, fidando con qualche leggerezza in sedicenti (ma tutti da verificare) auspici europeistici¹³.

Anche (e soprattutto) se si vuol davvero far conto della realtà, occorre espressamente chiarire quali possano essere gli sviluppi delle istituzioni europee quando si ritenga che attualmente non si ponga con prioritaria urgenza un problema di condizioni di parità giuridica tra gli Stati. Singolarmente, infatti, da chi opta per la suaccennata interpretazione dell'art. 11 Cost. non pare considerarsi il rilievo determinante che assume la clausola delle condizioni di parità, appiattendola sulla mera eguale capacità di stipulare trattati internazionali¹⁴.

Non è del resto logicamente plausibile ritenere che la questione della identità costituzionale degli Stati, espressamente contemplata come limite che si potrebbe definire strutturale della costruzione europea, sul fronte dell'ordinamento interno sia rimossa postulando, del tutto all'opposto e in contrasto con le stesse disposizioni del TUE, la cedevolezza delle disposizioni apicali (una sorta di loro decostituzionalizzazione) quale effetto dell'obbligo di assicurare l'esecuzione dei Trattati e del diritto derivato dell'Unione.

Per quanto possa risultare sgradito, le decisioni del giudice costituzionale tedesco appaiono pertanto legittime anche dal punto di vista del diritto europeo (ovviamente ove le relative disposizioni siano “prese sul serio”) e fanno riemergere o più chiaramente rilevare che l'UE è una organizzazione che si basa tutt'ora sul consenso degli Stati, rispetto ai quali assume un ruolo funzionale (è del resto significativo che l'art. 274 TFUE preveda che “Fatte

¹¹ ...ma senza degnarlo di citazione, quasi che la c.d. “dottrina risalente” fosse soggetta in quanto tale ad una sorta di decadimento nel valore di “prescrizione della memoria”, pur quando se ne tragga ispirazione e argomento: cfr. G. CHIARELLI, *Elasticità della Costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di Luigi Rossi*, Milano, 1952, 43 ss., poi anche in ID., *Scritti di diritto pubblico*, Milano, 1977, 327 ss.

¹² E che magari si deve piuttosto, come altrove si è accennato, ad un valore ipertestuale di tale disposizione e dalla sua diretta dipendenza dalle condizioni di pace imposte dal Trattato di Parigi del 1947: argomento, questo, evidentemente scomodo e accuratamente evitato pur da chi fa abbondante, se non corrivo, riferimento a tanto frequentati, quanto concettualmente poco definiti riferimenti alla “normatività del fatto” ed a tutto il vero e proprio nugolo di pseudocategorie giuridiche escogitate per disinnescare le asperità interpretative che discendono dalla doverosa lettura esegetica e sistematica delle disposizioni normative: criticamente sui rapporti tra “diritto” e c.d. “realtà dei fatti sociali”, sempre attuali le penetranti considerazioni di H. KELSEN, *Il problema della sovranità. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), trad. it. a cura di A. Carrino, Milano, 1989, III^b.

¹³ Con riserva di tornare anche su questo punto quanto prima, sembra opportuno segnalare che quando si evoca la pretesa opinione maggioritaria che sarebbe stata favorevole al ricorso alla semplice legge ordinaria per fare luogo alle limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost., si pretermette di rappresentare la ricchezza e la diversità delle opinioni in merito, che non ne consente l'inclusione in unico, indistinto novero.

¹⁴ ...ma sul punto del tutto pretermettendo il grave problema della fattispecie di legittimazione alla stipula quando si vogliono concludere accordi che abbiano effetti di modifica costituzionale.

salve le competenze attribuite alla Corte di giustizia dell'Unione europea dai trattati, le controversie nelle quali l'Unione sia parte non sono, per tale motivo, sottratte alla competenza delle giurisdizioni nazionali): essa non ha (ancora) esistenza giuridica indipendente, ma è strutturalmente collegata a ciascuno dei Paesi membri secondo modalità, appunto, costituzionali, rimesse, come inequivocabilmente si trae dalla disciplina dei Trattati, alla determinazione dei singoli Paesi, confidando – ed è questo, semmai, come già si è avuto modo di notare, il profilo sul quale far leva per considerazioni critiche – in una seria e affidabile applicazione del principio di solidarietà, quale elemento essenziale di qualsiasi comune intrapresa e quindi di qualsiasi forma associativa.