

## Il cortocircuito dell'interpretazione *ultra vires*

di Federico Pedrini

**Abstract: The short circuit of the "ultra-vires" interpretation** – The essay systematically traces the previous jurisprudence of the Bundesverfassungsgericht on "ultra-vires" control of EU acts. On this basis it critically examines the recent decision of 5 May 2020. "Ultra-vires" control is theoretically configured as the last remedy against acts subversive of the European institutions. For this reason, this control it has to be exercised within the framework of the autonomy that the Court of Justice has in its activity of interpretation. However, in this decision the Federal Constitutional Court seems to impose on the Court of Justice a particular method of interpretation as the only one correct, thus contradicting its precedents in this matter

2827

**Keywords:** BCE; PSPP; Bundesverfassungsgericht; Principle of conferral; Interpretation; *ultra-vires* act.

1. – La recente pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020 (2 BvR 859/15, 2 BvR 980/16, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 1651/15), con la quale si è dichiarata la incostituzionalità “condizionata” del piano di acquisto di titoli pubblici PSPP (*Public Sector Purchase Programme*) istituito il 4 marzo 2015 dalla Banca Centrale Europea, è stata fin da subito oggetto di molteplici commenti, per lo più di segno fortemente critico<sup>1</sup>. Questo vuoi per le perplessità sugli snodi della sua argomentazione giuridica<sup>2</sup>, vuoi per i suoi carenti (o comunque parziali)

<sup>1</sup> Tra le eccezioni, se non altro (e in verità quasi tutte) parziali, cfr. M. Amato, *La decisione della Corte Costituzionale tedesca come spinta verso una gestione solidale del debito europeo? Ai posteri l'ardua sentenza*, in *Economia e politica*, online il 16.5.2020; M.J. Roca, *La botella, ¿está medio llena o medio vacía?*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1 ss.; F. Saitto, «*Tanto peggio per i fatti*». *Sipario sulla presidenza Vosskuhle: il caso Quantitative easing di fronte al Bundesverfassungsgericht*, in *Diritti comparati*, online il 7.5.2020; M. Siragusa, C. Rizza, *L'“insostenibile leggerezza” del sindacato giurisdizionale sulle decisioni di politica monetaria della BCE*, in *Eurojus*, n. 2/2020, 208 ss.; D. Capitant, *L'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale du 5 mai 2020 relative au PSPP (2 BvR 859/15) – La Cour constitutionnelle fédérale allemande insiste sur la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1 ss.; M. Baranski, F. Brito Bastos, M. van den Brink, *Unquestioned supremacy still begs the question*, in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 29.5.2020; A. Huyue Zhang, *The Faceless Court*, in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 3.6.2020; R.A. Miller, *In Praise of Uncertainty. The Constitutional Court's PSPP Decision*, in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 4.6.2020; A. Hatje, *Gemeinsam aus der Ultra-vires-Falle. Plädoyer für einen “Gemeinsamen Rat der obersten Gerichtshöfe der Europäischen Union”*, in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 4.6.2020; D. Reichert-Facilides, *Taming the Karlsruhe Dragon. Three practical proposals*, in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 10.6.2020.

<sup>2</sup> Cfr. almeno A. Thiele, *VB vom Blatt: Das BVerfG und die Büchse der ultra-vires-Pandora. Das Urteil in Sachen Anleihenkaufprogramm der EZB*, in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 5.5.2020; F.C. Mayer, *Auf dem Weg zum Richterfaustrecht? Zum PSPP-Urteil des BVerfG*,

assiomi economici<sup>3</sup>, vuoi per le tensioni istituzionali che verrebbe a creare<sup>4</sup>, vuoi per il *vulnus* che ne deriverebbe per l'uniforme applicazione del diritto eurounitario<sup>5</sup> o per lo stesso progetto d'integrazione europea<sup>6</sup>, vuoi per il suo prospettato effetto sulle prossime misure anticrisi legate all'emergenza covid<sup>7</sup>, il tutto ovviamente spesso con motivazioni plurime e cumulative.

Essendo già numerosi in dottrina gli inquadramenti “panoramici” sulla sentenza, in questo contributo vorrei concentrarmi su un aspetto più circoscritto, relativo al ragionamento effettuato dal Tribunale costituzionale federale in ordine alle modalità con cui si espleterebbe il controllo sugli atti europei c.d. *ultra vires* –

---

in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 7.5.2020; G. Tesauro, P. De Pascale, *La BCE e la Corte di giustizia sul banco degli accusati del Tribunale costituzionale tedesco*, in *dUE*, online 11.5.2020; R. Succio, *Le decisioni BCE in tema di “quantitative easing” erroneamente aggredite dal Giudice delle Leggi tedesco*, in *Giustizia insieme*, online il 12.5.2020; O. Chessa, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, in *DPCE*, n. 2/2020, 1 ss.; A. Ferrari Zumbini, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sulla BCE: una decisione contraddittoria*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1 ss.; D.-U. Galetta, *Karlsruhe über alles? Il ragionamento sul principio di proporzionalità nella pronuncia del 5 maggio 2020 del BVerfG tedesco e le sue conseguenze*, in *federalismi.it*, n. 14/2020, 166 ss.; A. Ciancio, *The 5 May 2020 Bundesverfassungsgericht's Decision on the ECB's public sector purchase program: an attempt to “break the toy” or a new starting point for the Eurozone?*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, 36 ss. F. Bignami, *Law or Politics? The BVerfG's PSPP Judgment*, in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 21.5.2020.

<sup>3</sup> V in particolare L. Bini Smaghi, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca contro la BCE è infondata*, in *Astrid Rassegna*, n. 8/2020, 1 ss.; O. Chessa, *Perché il tribunale costituzionale tedesco sbaglia nel censurare gli «effetti di politica economica» della BCE?*, in *lacostituzione.info*, online l'8.5.2020; A. Guazzarotti, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *lacostituzione.info*, online il 10.5.2020; M. Weber, *The German court ruling against ECB asset purchases doesn't make economic sense*, in *LSE Business Review*, online il 12.5.2020.; D. Masciandaro, *German Constitutional Court vs ECB: Law, Economics and Politics*, in *SUERF Policy Briefs*, n. 10, maggio 2020, 1 ss.; A. Somma, *Democrazia e mercato ai tempi del coronavirus. La Corte di Karlsruhe e la difesa a senso unico dell'ortodossia neoliberale*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1 ss.

<sup>4</sup> R. Perissich, *Il BvG e l'ambiguità dell'ibrido sistema europeo*, in *affariinternazionali*, online l'8.5.2020; G.L. Tosato, *Da Karlsruhe una sentenza devastante?*, in *affariinternazionali*, online il 9.5.2020; G. Nori, *Perché la Corte costituzionale tedesca ha sbagliato*, in *lacostituzione.info*, online il 30.5.2020.

<sup>5</sup> Cfr. in particolare R.D. Kelemen, P. Eeckhout, F. Fabbrini, L. Pech, R. Uitz, *National Courts Cannot Override CJEU Judgments. A Joint Statement in Defense of the EU Legal Order*, in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 26.5.2020.

<sup>6</sup> Cfr. M.P. Chiti, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Quantitative Easing avvia il processo di “disintegrazione europea”?*, in *Astrid Rassegna*, n. 7/2020, 1 ss.; B. Caravita, M. Condinanzi, A. Morrone, A.M. Poggi, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *federalismi.it*, n. 14/2020, IV ss.; H. Nguyen, M. Chamon, *The ultra vires decision of the German Constitutional Court Time to fight fire with fire?*, in *Hartie School. Jacques Delors Center Policy Papers*, online il 28.5.2020; E. Venizelos, *Passive and Unequal: The Karlsruhe Vision for the Eurozone*, in *Verfassungsblog. On Matters Constitutional*, online il 27.5.2020.

<sup>7</sup> Preoccupazioni in tal senso erano già espresse *ante sententiam* da A. Guazzarotti, *Il nuovo Quantitative Easing della BCE e l'ombra del Tribunale costituzionale tedesco sui negoziati europei per uscire dalla crisi*, in *lacostituzione.info*, online il 21.4.2020. Ora cfr. P. Faraguna *Il Bundesverfassungsgericht dichiara ultra vires il Quantitative easing (con uno sguardo al Pandemic Emergency Purchase Programme?)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n. 2/2020, 1 ss.; F. Salmoni, *Nota a prima lettura della sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Quantitative easing: una decisione politica che chiude la strada alle misure di mutualizzazione del debito e la apre al MES*, in *Consulta online*, n. II/2020, 289 ss.; G. Scaccia, *Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE*, in *DPCE online*, n. 2/2020, 1 ss.

adottati cioè con un indebito superamento delle proprie competenze da parte degli organi adottanti –, con particolare riguardo all'ipotesi in cui tale controllo venga a insistere sugli atti della Corte di giustizia nell'esercizio delle sue funzioni "nomofilattiche" *ex art. 267 TFUE*<sup>8</sup>.

In questa chiave, proverò a svolgere la mia riflessione in un'ottica di critica *interna*, partendo cioè dalle premesse enunciate *dalla stessa Corte costituzionale tedesca*, evidenziandone alcune problematicità e/o difficoltà concettuali. La ricostruzione cercherà di dimostrare come il controllo *ultra vires* sia uno strumento di tutela delle esigenze costituzionali interne utile soltanto in caso di comprovati *stravolgimenti* del sistema delle competenze disegnato a livello europeo. Tali stravolgimenti dovrebbero a loro volta essere realizzati da organi dell'Unione in *evidente* spregio dei Trattati istitutivi e ciononostante essere confermati come validi da parte della Corte di giustizia per il tramite di una attività talmente *abnorme* da non poter più essere considerata interpretativa. Si mostrerà infine come, secondo i parametri enunciati nella pregressa giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, sia quanto mai opinabile che qualcosa del genere accada nel caso di specie e che il metodo seguito dal Tribunale costituzionale federale per giungere a tale conclusione contraddica i suoi stessi fondamenti, conducendo a un circolo vizioso dal punto di vista processuale.

2. – Per comprendere il funzionamento del c.d. controllo *ultra vires* – tanto in generale, quanto con specifico riferimento alla decisione qui annotata – occorre inevitabilmente, sia pure per brevi cenni, da un lato richiamare l'assetto del vigente diritto costituzionale tedesco e dall'altro lato ripercorrere la storia della relativa giurisprudenza rispetto al processo di integrazione europea. Una storia, com'è noto, alquanto complessa e non priva di ricorrenti tensioni con la Corte di giustizia, ma che mai si era spinta – come invece è accaduto in questo caso – a sindacarne direttamente la condotta interpretativa.

Le radici del perdurante atteggiamento "protettivo" della sovranità nazionale da parte della Corte costituzionale federale nel considerare i rapporti tra l'ordinamento interno e quello eurounitario affondano invero nello stesso diritto positivo tedesco. Ciò a partire dalla disposizione che espressamente disciplina tali rapporti, vale a dire l'attuale art. 23 della Legge Fondamentale (*Grundgesetz*), laddove al primo comma dispone che «Per la realizzazione di un'Europa unita la Repubblica Federale di Germania collabora allo sviluppo dell'Unione Europea che è vincolata ai principi democratici, a quelli dello stato di diritto, a quelli federativi e sociali nonché al principio di sussidiarietà e che garantisce una tutela dei diritti fondamentali essenzialmente paragonabile a quella della presente Legge fondamentale. La Federazione può a questo scopo, mediante legge approvata dal

---

<sup>8</sup> Si ricorda che, ai sensi della citata disposizione, «La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte».

*Bundesrat*, trasferire diritti di sovranità. Per l'istituzione dell'Unione Europea, per le modifiche delle norme dei trattati e per analoghe disposizioni, mediante le quali la presente Legge fondamentale sarà modificata o integrata nel suo contenuto oppure mediante le quali tali modifiche e integrazioni saranno rese possibili, si applica l'articolo 79, commi 2 e 3».

Le limitazioni alla sovranità tedesca a vantaggio dell'Unione Europea sono quindi costituzionalmente ammissibili, a patto che esse avvengano in modo esplicito, per il tramite di una legge che a seconda dei casi potrà essere ordinaria o seguire la procedura prevista per la revisione costituzionale.

L'art. 79 del *Grundgesetz*, dal canto suo, al secondo comma prevede il procedimento aggravato le modifiche o le integrazioni (necessariamente espresse) del testo costituzionale, mentre al terzo comma prescrive che «non è consentita alcuna modifica della presente Legge Fondamentale che riguardi l'articolazione della Federazione in *Länder*, la partecipazione in linea di principio dei *Länder* alla legislazione o i principi stabiliti negli articoli 1 e 20». Quanto a queste ultime disposizioni, l'art. 1 proclama «intangibile» la dignità della persona e riconosce «gli inviolabili e inalienabili diritti della persona come fondamento di qualsiasi comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo», sancendo inoltre il valore di vincolo di tutti i diritti fondamentali (*Grundrechte*: artt. 1-19 GG) per i tre poteri dello Stato come «diritto immediatamente applicabile»; l'art. 20 GG proclama invece la Repubblica Federale come «uno Stato federale democratico e sociale» e prevede inoltre come «ogni potere dello Stato emana dal popolo» e che è «esercitato dal popolo con elezioni e votazioni e per mezzo di appositi organi della legislazione, del potere esecutivo e della giurisdizione».

Proprio a partire dal principio democratico da ultimo richiamato come limite *sostanziale* assoluto alla revisione costituzionale s'è poi sviluppata dal punto di vista *procedimentale* e *processuale* un'interpretazione assai estensiva del diritto di voto, che il Tribunale costituzionale federale – in una giurisprudenza ormai consolidata<sup>9</sup> che ha poi trovato la sua esposizione più sistematica nella nota sentenza sul Trattato di Maastricht<sup>10</sup> – ha inteso come diritto alla democrazia (*Recht auf Demokratie*), il quale verrebbe violato ogni qual volta si verificasse una «perdita sostanziale del potere di determinazione democratica» della Camera nazionale (*Bundestag*) eletta direttamente secondo i principi del voto libero e uguale<sup>11</sup>.

In questa sua lettura giurisprudenziale, il diritto di voto è volto ad assicurare per un verso un «influsso effettivo» del cittadino su tutti gli atti d'esercizio dei poteri dello Stato, e per altro verso una altrettanto effettiva responsabilità da parte di tali poteri nei confronti del titolare del relativo diritto fondamentale. Il risultato è che il singolo elettore non soltanto è titolare della pretesa – azionabile con ricorso costituzionale diretto (*Verfassungsbeschwerde*) contro ogni atto d'esercizio dei pubblici poteri – a che vengano rispettate tutte le regole sostanziali e procedurali che assicurano una rappresentanza effettivamente dotata di legittimazione democratica, ma può far valere direttamente anche la (indiretta) violazione di prerogative che a prima vista parrebbero costituzionalmente riservate non *al singolo cittadino*, ma soltanto *all'insieme dei suoi rappresentanti*, vale

<sup>9</sup> A partire da *BVerfGE* 83, 60 (71) – 31.10.1990 *Ausländerwahlrecht* II.

<sup>10</sup> *BVerfGE* 89, 155 (184) – 12.10.1993, *Maastricht*.

<sup>11</sup> Cfr. *BVerfGE* 123, 267 (340 s.) – 30.06.2009, *Lissabon*; *BVerfGE* 129, 124 (168 ss.) – 07.09.2011, *Efs*.

a dire al *Bundestag* stesso. Ciò implica anche che la possibilità di agire tramite ricorso costituzionale diretto contro l'eventuale decisione del *Bundestag* di spogliarsi di determinate sue competenze o comunque di non opporsi alla loro collocazione a livello sopranazionale o europeo. La giurisprudenza "europea" del *Bundesverfassungsgericht* che richiameremo tra un istante si è sviluppata fino ad oggi proprio in virtù di questa specifica via di accesso processuale.

Come ribadito dalla nota sentenza del 2009 sul Trattato di Lisbona, infatti, all'attuale stato d'integrazione, perdurando il *deficit* di legittimazione democratica in capo alle istituzioni europee, sussisterebbero dei limiti giuridici alla legittima facoltà del *Bundestag* di cedere le proprie attribuzioni costituzionali chiave a favore di quella che rimarrebbe una semplice unione fra stati (*Staatenverbund*). La conseguenza è che le dislocazioni di competenze a favore di organizzazioni sovranazionali, *indipendentemente dalla forma giuridica* di tali trasferimenti (foss'anche quella d'una legge di revisione costituzionale), per essere compatibili con l'attuale *Grundgesetz*, dovrebbero pertanto evitare in ogni caso uno «svuotamento dei compiti» del *Bundestag*, che si verificherebbe là dove a quest'ultimo non fosse lasciato uno «spazio sufficiente per la determinazione politica delle condizioni di vita, economiche, culturali e sociali»<sup>12</sup>.

Come si può osservare, lo svuotamento delle prerogative costituzionalmente garantite del *Bundestag* costituisce – insieme alla dignità umana e ai diritti fondamentali garantiti dal *Grundgesetz* – uno dei controlimiti *sostanziali* alla (altrimenti legittima) partecipazione della Repubblica Federale Tedesca al processo di integrazione europea. Controlimite che si tutela attraverso il c.d. "controllo sull'identità costituzionale" (tedesca) e che trova il suo corollario nel divieto di trasferire all'Unione, anche per il tramite delle future revisioni dei Trattati, la *Kompetenz-Kompetenz* tipica esclusivamente degli ordinamenti giuridici originari<sup>13</sup>, nonché nell'esigenza che «il programma di integrazione dell'Unione europea [debba] essere sufficientemente determinato», sicché «una delega in bianco per l'esercizio del potere pubblico, con effetto immediatamente vincolante nell'ordinamento giuridico interno, non può essere fatta da organi costituzionali tedeschi»<sup>14</sup>. La verifica del rispetto di questo tipo di controlimiti, che riguarda essenzialmente l'azione (più o meno costituzionalmente ammissibile) del *Bundestag* all'interno dei processi di allocazione di competenze a livello europeo, impone quindi al Tribunale costituzionale federale di esaminare il contenuto dei Trattati europei e di valutarne la compatibilità sostanziale coi principi "supremi" del diritto costituzionale interno.

Il controllo sugli atti *ultra vires* delle istituzioni europee, dal canto suo, pur in qualche modo convergendo verso il medesimo scopo, si colloca su un binario parallelo e ha a che fare con un profilo diverso e (almeno apparentemente) più *formale*, legato cioè al rispetto del principio, riconosciuto dagli stessi Trattati istitutivi europei, della attribuzione *esplicita* delle competenze in capo all'Unione e

---

<sup>12</sup> *BVerfGE* 123, 267 (357).

<sup>13</sup> Cfr. *BVerfGE* 123, 267 (348): «La Legge fondamentale non autorizza gli organi statali tedeschi a conferire diritti di supremazia tali che nel loro esercizio si possano creare autonomamente ulteriori competenze per l'Unione europea. È vietato il trasferimento della competenza sulla competenza».

<sup>14</sup> *BVerfGE* 123, 267 (350).

ai suoi organi<sup>15</sup>. Una indebita e surrettizia espansione delle competenze europee a danno di quelle nazionali, infatti, concreterebbe *per definizione* una violazione dell'art. 23 della Legge Fondamentale tedesca, impedendo in radice la partecipazione del *Bundestag* alla relativa procedura di modifica dei Trattati, nonché a quella di adozione di una legge in senso formale per il trasferimento dei diritti di sovranità necessari e se del caso anche per la modifica della stessa Costituzione. Detto altrimenti, nella misura in cui gli organi europei adottino atti al di là delle competenze loro espressamente attribuite dai Trattati, di cui gli Stati membri (e *solo* gli Stati membri) restano i “signori”, la violazione delle prerogative del *Bundestag* e con esse anche dello stesso *Grundgesetz* sarebbe *in re ipsa*<sup>16</sup>.

È segnatamente per questa ragione che «All'interno della giurisdizione tedesca deve essere inoltre possibile rendere giustiziabile la responsabilità per l'integrazione in caso di evidenti sconfinamenti (*Grenzüberschreitungen*) nell'esercizio delle competenze dell'Unione Europea» e «Il *Bundesverfassungsgericht* ha aperto a tal fine già la via del controllo *ultra vires* che interviene in caso di sforamenti (*Grenzdurchbrechungen*) nell'esercizio delle competenze da parte degli organi della Comunità e dell'Unione. Qualora non sia conseguibile una tutela giurisdizionale a livello dell'Unione, il *Bundesverfassungsgericht* controlla se gli atti degli organi e delle istituzioni europee, rispettando il principio di sussidiarietà del diritto della Comunità e dell'Unione (art. 5 paragrafo 2 TCE; art. 5 paragrafo 1 per. 2 e paragrafo 3 TUE-Lisbona), si mantengono nei limiti dei diritti di supremazia conferiti tramite attribuzione specifica limitata»<sup>17</sup>.

3. – È palese che *entrambe* le forme di controllo rivendicate dalla Corte costituzionale federale tedesca in ordine alla compatibilità del diritto europeo primario e derivato con l'ordinamento costituzionale interno portino strutturalmente a collidere col principio di uniforme applicazione del diritto europeo e in particolare introducano inevitabilmente delle frizioni con la Corte di giustizia dell'Unione Europea, la quale di tale principio risulta il “naturale” custode. Al tempo stesso, è altresì evidente che il potenziale contrasto tra la Corte di Karlsruhe e quella del Lussemburgo assuma nelle due ipotesi una diversa drammaticità.

Il controllo sull'identità costituzionale tedesca *ex art. 79 Grundgesetz*, infatti, pur potendo avere come esito l'inapplicabilità all'interno del territorio tedesco di certe norme europee e per ciò implicando anche l'interpretazione dei Trattati, rimane essenzialmente un ragionamento di diritto *interno*. Il controllo *ultra vires*, dal canto suo, oltre a poter condurre allo stesso effetto sostanziale della non applicazione del diritto eurounitario, presuppone un ragionamento di diritto squisitamente *internazionale* e pone ulteriori problemi sotto il profilo *istituzionale*,

---

<sup>15</sup> *Ex art. 5, comma 1, TUE*, infatti, «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione», laddove il comma 2 precisa che «In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

<sup>16</sup> E ciò anche qualora, dal punto di vista sostanziale, i contenuti delle “nuove” competenze implicite non violassero alcun principio “supremo” e dunque sarebbero state competenze legittimamente trasferibili tramite una espressa revisione dei Trattati.

<sup>17</sup> *BVerfGE* 123, 267 (352).

laddove si sovrappone a un compito – quello della verifica «sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione» – che i Trattati istitutivi assegnano espressamente (*ex art. 267 TFUE*) alla Corte di giustizia<sup>18</sup>.

Di ciò mostra di rendersi conto lo stesso *Bundesverfassungsgericht*, che infatti, nel già citato passaggio della sentenza sul Trattato di Lisbona, affermava che gli sconfinamenti dalle relative competenze da parte degli organi europei, per risultare sanzionabili attraverso il proprio controllo *ultra vires*, devono risultare «evidenti» (*ersichtlich*), puntualizzando che l'esercizio di questa sua facoltà «si conforma al principio della “amichevolezza per il diritto europeo” (*Europarechtsfreundlichkeit*)» proprio della Legge Fondamentale e che «Nello spazio europeo della giustizia, le garanzie di diritto costituzionale e di diritto dell'Unione a favore dell'identità costituzionale nazionale operano pertanto “mano nella mano” (*Hand in Hand*)»<sup>19</sup>.

Tali succinte indicazioni – nelle quali ci si limita più che altro a riconoscere un problema, senza tuttavia precisare come risolverlo se non invocando uno “spirito collaborativo” – sono state poi più ampiamente riprese nella sentenza *Honeywell* del 2010<sup>20</sup>, che qui è opportuno richiamare perché essa costituisce, quanto ai presupposti del controllo *ultra vires*, lo specifico antefatto teorico e la fonte pressoché testuale di numerosi passaggi della decisione qui annotata.

È nella pronuncia del 2010, infatti, che per la prima volta si enuncia il punto di equilibrio tra l'esigenza di un controllo accentrato in sede europea, effettuato da parte della Corte di giustizia, sull'interpretazione e la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione, e l'*extrema ratio* di uno scrutinio nazionale sullo stesso oggetto, circoscritto al “caso limite” in cui il sistema di garanzie implementato a livello sopranazionale e che fa capo alla Corte di giustizia dovesse palesemente incepparsi, portando di fatto a una inammissibile modifica tacita dei Trattati.

Per quanto concerne la situazione giuridica sostanziale, intesa anche nella sua dimensione probatoria, che sostanzierebbe tali illecite modifiche del diritto europeo originario, il *Bundesverfassungsgericht* viene anzitutto a precisare cosa debba intendersi col requisito dell'*evidenza*<sup>21</sup>. Secondo il Tribunale costituzionale federale, «una violazione del principio delle attribuzioni limitate è evidente (*ersichtlich*) solo quando le istituzioni e gli organi europei abbiano superato i confini delle proprie competenze in modo tale da violare il suddetto principio in modo specifico (*in einer spezifisch verletzenden Art*), in altre parole quando la violazione è sufficientemente qualificata (*hinreichend qualifiziert*)»<sup>22</sup>. Ciò implicherebbe, sempre nel ragionamento del Tribunale, che l'azione dei poteri europei in contrasto con le competenze sia «palese» (*offensichtlich*) e che l'atto determini una modifica

<sup>18</sup> Per un utile approfondimento su similarità e differenze tra il controllo di identità e quello *ultra vires* cfr. A. Schwerdtfeger, *Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts- ultra-vires und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem*, in *Europarecht*, 2015, 290 ss.

<sup>19</sup> *BVerfGE* 123, 267 (354).

<sup>20</sup> *BVerfGE* 126, 286 – 6.7.2010, *Ultra-vires-Kontrolle Honeywell*.

<sup>21</sup> Evidenza che, come si ricordava qualche riga più sopra, gli sconfinamenti di competenza da parte degli organi europei devono vantare come loro caratteristica perché i relativi atti possano essere dichiarati *ultra vires*.

<sup>22</sup> *BVerfGE* 126, 286 (304).

«rilevante» (*erheblich ins Gewicht fällt*) rispetto al sistema delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri improntato al principio delle attribuzioni enumerate<sup>23</sup>.

Come spesso accade in queste occasioni, l'argomentazione relativa a ciò che nello specifico sarebbe da considerare 'evidente' si risolve – in modo forse inevitabile – in una definizione alquanto circolare: lo sconfinamento è *evidente* laddove esso è in *palese* contrasto con l'assetto delle competenze, cioè quando la violazione è riconoscibile *in modo specifico* poiché *sufficientemente qualificata*. Fin qui, come suggerito dall'ambito semantico della 'evidenza', si resta nel campo della immediata *riconoscibilità* della violazione del sistema delle competenze disegnato dai Trattati europei. La Corte costituzionale federale però aggiunge poi anche una caratteristica ulteriore: la "rilevanza ponderale" della modifica (surrettizia) al citato sistema delle competenze. Sebbene nell'argomentazione della Corte essa sembri una sorta di equivalente o comunque di implicazione necessaria della evidenza, si tratta a ben vedere di un requisito innovativo ed eterogeneo, che ha a che vedere non più con la (facile) riconoscibilità della violazione, bensì con la (elevata) gravità dei suoi effetti. La conseguenza di questa equiparazione/innovazione – non a caso contestata all'interno dello stesso Tribunale, dove originò una *dissenting opinion* del giudice Landau<sup>24</sup> – è che una violazione si *evidente*, ma *lieve*, non consentirebbe di attivare il controllo *ultra vires*.

2834

Tanto precisato con riferimento ai requisiti oggettivi dell'atto *ultra vires*, il Tribunale costituzionale si occupa anche di definire meglio la procedura con la quale, a suo avviso, si può (e deve) espletare tale controllo senza compromettere l'Unione Europea come comunità di diritto (*Rechtsgemeinschaft*) e il relativo primato dell'applicazione (uniforme) del diritto europeo garantito dalla Corte di giustizia. A tal proposito, per essere *effettivamente* impostato ai principi del *self-restraint* (*zurückhaltend*) e del *favor* per l'ordinamento eurounitario (*europafreundlich*), il controllo *ultra vires* non può essere esercitato dalla Corte costituzionale federale senza dare alla Corte di giustizia l'occasione di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'atto in questione<sup>25</sup> e «in linea di principio (*grundsätzlich*) il *Bundesverfassungsgericht* deve rispettare le decisioni della Corte di giustizia come interpretazione vincolante del diritto dell'Unione europea»<sup>26</sup>.

Ma, appunto, ciò soltanto *in linea di principio*, anche perché altrimenti il controllo *ultra vires* resterebbe – nel bene e nel male – prerogativa non soltanto *previa* e *necessaria*, ma anche *esclusiva* e *definitiva* della Corte di giustizia. Per evitare che questo accada, d'altro canto, il Tribunale costituzionale è necessariamente costretto ad addentrarsi nel "capo delle tempeste" costituito dal concetto di 'interpretazione giuridica', della sua definizione e dei suoi confini<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *BVerfGE* 126, 286 (318 ss.).

<sup>25</sup> *BVerfGE* 126, 286 (304): «Fin tanto che la Corte di giustizia non abbia la possibilità di pronunciarsi sulle questioni sollevate relative al diritto dell'Unione europea la Corte costituzionale federale non potrà dichiarare il diritto dell'Unione inapplicabile per la Germania».

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> Su tali tematiche, in una prospettiva costituzionalistica, cfr. A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011; nonché Idem, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, Modena, 2018.

4. – È in particolare sotto questo aspetto che la sentenza *Honeywell* risulta il precedente decisivo per comprendere e valutare la recente pronuncia adottata il 5 maggio di dieci anni dopo dal Secondo Senato, la quale infatti *formalmente* (ma, come vedremo, *solo* formalmente) ne conferma tutti i presupposti.

Secondo il Tribunale, il compito della Corte di giustizia per quanto concerne l'interpretazione (*Auslegung*) e l'applicazione (*Anwendung*) dei Trattati non si limita alla vigilanza sul rispetto delle disposizioni dei Trattati stessi (*Einhaltung der Vertragsbestimmungen*), ma si estende anche al perfezionamento del diritto (*Rechtsfortbildung*) «per il tramite di una giurisprudenza metodologicamente vincolata»<sup>28</sup>.

Tuttavia, il perfezionamento del diritto trova il suo limite concettuale nel non essere «posizione di diritto (*Rechtsetzung*) con margini di discrezionalità politica», trovando bensì fondamento e limite nelle direttive stabilite a livello legislativo o sul piano del diritto internazionale pattizio. Più in particolare, si può dare perfezionamento giudiziale del diritto laddove «si completano i programmi, si colmano le lacune, si risolvono i contrasti tra le valutazioni o si tiene conto di circostanze particolari del singolo caso». Si superano, viceversa, i confini della *Rechtsfortbildung* laddove essa «modifica decisioni legislative o convenzionali chiaramente riconoscibili, eventualmente anche documentate in modo espresso dalla lettera del testo, oppure quando essa crea nuove regole senza un sufficiente collegamento con le dichiarazioni legali. Ciò è particolarmente inammissibile quando la giurisprudenza assume decisioni politiche fondamentali che vanno al di là del singolo caso o quando il perfezionamento del diritto porta a cambiamenti strutturali nel sistema di distribuzione costituzionale del potere e dell'influenza»<sup>29</sup>.

Nello specifico caso dell'ordinamento eurounitario, un «limite essenziale» alla possibilità di legittimo perfezionamento del diritto da parte della Corte di giustizia sarebbe proprio il principio delle attribuzioni limitate di cui all'art. 5 TUE. Al tempo stesso, però, il Tribunale costituzionale si reputa vincolato dal principio di integrazione sovranazionale a esercitare con *self-restraint* il proprio eventuale scrutinio sulle decisioni della Corte di giustizia nell'ambito delle procedure di controllo *ultra vires*, riconoscendo che «poiché in ogni caso di ricorso *ultra vires* esso [Tribunale] deve anche pronunciarsi sulla ricostruzione giuridica (*Rechtauffassung*) della Corte di giustizia, bisogna che a quest'ultima siano garantiti il ruolo e la posizione di giurisprudenza sovranazionale indipendente»<sup>30</sup>.

Questo si traduce nella duplice direttiva del rispetto da un lato dei metodi della ricerca del diritto (*Rechtsfindung*) propri del diritto dell'Unione nonché della «tipicità» (*Eigenart*, tra virgolette in originale) dei Trattati e dei loro scopi e dall'altro lato del «diritto» della Corte di giustizia ad un certo grado di tolleranza per gli eventuali errori (*Fehlertoleranz*)<sup>31</sup>.

La conseguenza è che «Non è quindi compito della Corte costituzionale federale sostituire la sua interpretazione a quella della Corte di giustizia in caso di questioni interpretative del diritto dell'Unione che potrebbero portare a risultati

<sup>28</sup> *BVerfGE* 126, 286 (305), e ciò anche perché «il perfezionamento del diritto - nei limiti per esso fissati - può contribuire ad una delimitazione delle competenze del legislatore dell'Unione».

<sup>29</sup> *BVerfGE* 126, 286 (306).

<sup>30</sup> *BVerfGE* 126, 286 (307).

<sup>31</sup> *Ibidem*.

diversi con un'interpretazione metodica del diritto condotta nel consueto quadro di discussione giuridico-scientifico. Devono essere accettate anche le interpretazioni dei fondamenti dei Trattati che si limitano ai singoli casi senza un mutamento significativo nella struttura delle competenze e che non producono effetti gravosi sui diritti fondamentali o non ostacolano un bilanciamento nazionale di tali oneri»<sup>32</sup>.

5. – Da questa breve ma significativa panoramica sulla nozione di 'interpretazione' e sui concetti ad essa affini adottati dal *Bundesverfassungsgericht* si possono ricavare alcuni punti fermi, che costituiscono così anche l'armamentario logico-concettuale necessario per inquadrare la sentenza qui in commento.

Anzitutto, il Tribunale costituzionale non definisce esplicitamente in che cosa esattamente consista "in positivo" l'attività interpretativa. Tuttavia, riconoscendo che tra le prerogative della Corte di giustizia rientri anche quella del perfezionamento del diritto, implicitamente adotta un concetto alquanto ampio di 'interpretazione'. Tale concetto, infatti, non comprende soltanto l'assegnazione di significato alle disposizioni scritte e la applicazione "secca" delle norme così ricavate al caso concreto, ma include (per lo meno) anche il *bilanciamento* (laddove è ammesso che si tenga conto delle circostanze particolari del singolo caso), la *risoluzione delle antinomie assiologiche* (laddove è ammesso che si risolvano i contrasti tra le valutazioni) l'*integrazione giuridica* (laddove è ammesso che si colmino le lacune) e persino l'*attuazione dei precetti generici* (laddove è ammesso che si completino le norme programmatiche). È palese, insomma, che si tratti di una gamma estremamente ampia di possibilità, il cui riconoscimento anche in capo alla Corte di giustizia, del resto, viene in qualche modo "imposto" dal fatto – banale e risaputo, ma non per questo trascurabile – che è la stessa Corte costituzionale tedesca a fare regolarmente uso di questo ricco armamentario<sup>33</sup>.

Quanto ai profili metodologici, relativi cioè all'argomentazione di tutte queste attività, ci si limita a rilevare da un lato il caso estremo di inammissibilità, per quanto concerne l'interpretazione in senso stretto, dell'aperto contrasto col tenore letterale degli enunciati e dall'altro lato l'ipotesi altrettanto estrema, relativa ai profili integrativi e attuativi, della creazione di norme del tutto nuove rispetto alla base testuale.

È importante inoltre sottolineare che il Tribunale costituzionale riconosce in modo espresso che, anche in ragione della particolarità dell'ordinamento eurounitario e della peculiare posizione in esso rivestita dalla Corte di giustizia, non sia possibile esigere da quest'ultima l'adozione di uno specifico metodo di interpretazione, corrispondente a quello che verosimilmente sarebbe da considerare "corretto" nel contesto nazionale. Sono pertanto ammesse anche quelle interpretazioni che, «nel consueto quadro di discussione giuridico-scientifico», sarebbero da considerare erranee, a patto che per loro tramite non si arrivi ad un

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Per indicazioni nella letteratura recente cfr. S. Wagner, *Ersatzgesetzgeber oder nicht? Die problematische Stellung des Bundesverfassungsgerichts im politischen System der Bundesrepublik Deutschland*, Hamburg, Diplomica Verlag, 2013; puntuali indicazioni, soprattutto per quanto riguarda la giurisprudenza "creativa" in tema di diritti fondamentali, anche in C. Bickenbach, *Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Analyse einer Argumentationsfigur in der (Grundrechts-)Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, 2014.

rivolgimento sostanzialmente “eversivo” del sistema delle competenze, pur sempre retto (anche a livello internazionale) dal principio delle attribuzioni enumerate.

A fronte di tali indicazioni, che derivano direttamente dalla giurisprudenza pregressa del *Bundesverfassungsgericht*, la concreta esperibilità da parte di quest’ultimo di un possibile controllo sugli atti delle istituzioni europee, sospetti di essere stati adottati *ultra vires*, si configura come estremamente circoscritta. Il controllo *ultra vires*, insomma, si potrebbe svolgere unicamente in presenza di situazioni drammaticamente patologiche concretatesi a livello europeo, dove al comportamento gravemente illecito di qualche istituzione si dovrebbe sommare quello, altrettanto antigiuridico, della Corte di giustizia.

Si pensi, per amore di esemplificazione, alle situazioni in cui quest’ultima: a) investita da un rinvio pregiudiziale, si rifiuti di offrire una qualsiasi risposta; b) si pronunci sull’oggetto del rinvio pregiudiziale, ma si limiti semplicemente a *decidere* la questione (nel senso della legittimità degli atti delle istituzioni europee) con un dispositivo del tutto sprovvisto di motivazione; c) decida la questione e accompagni il dispositivo con una motivazione solo apparente, ad esempio unicamente asserendo il preteso significato delle disposizioni normative dei Trattati (nella forma dell’enunciato interpretativo “T significa S”), ma senza argomentare il principio metodologico retrostante, oppure enunciando l’esito di un sillogismo applicativo senza aver precisato una o entrambe delle sue premesse; d) decida la questione e motivi il dispositivo, argomentando i passaggi in modo formalmente completo ma palesemente assurdo, nel senso di completamente insostenibile sotto il profilo interpretativo (“l’art. 123, comma 1, TFUE, nella parte in cui dispone che ‘Sono *vietati* la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia’ significa che sono *permessi* la concessione di scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia”) o contraddittorio/fallace dal punto di vista logico (“se *a* implica *b*, allora *non b* implica *a*”; “se *a* implica *b*, allora *b* implica *a*”).

Siamo insomma davanti ai classici “casi di scuola”: ipotesi sostanzialmente di *golpe* giudiziario improbabili quanto si vuole ma in presenza dei quali, d’altronde, le preoccupazioni del Tribunale costituzionale federale non sarebbero del tutto peregrine. Ragionando diversamente, infatti, l’ordinamento costituzionale interno rischierebbe davvero di risultare esposto senza rimedio ai possibili “soprusi” perpetrati a livello sopranazionale, fino al punto di svuotare contenuti anche molto rilevanti della sovranità nazionale inficiandone di fatto le fondamenta<sup>34</sup>. Né, a essere onesti, parrebbe plausibile che simili situazioni possano riuscire tollerabili neppure dal punto di vista del diritto internazionale o di quel particolarissimo *tertium genus* costituito dall’ordinamento eurounitario, nel quale l’espansione delle competenze non dovrebbe apparire come un “bene in sé”, soprattutto quando avvenga al di fuori delle procedure a ciò predisposte e completamente per via di fatto. Sicché, alle condizioni ed entro il perimetro finora indicato, il controllo *ultra vires* prospettato dal Tribunale costituzionale federale potrebbe essere considerato un estremo rimedio per mali altrettanto estremi, quindi sì del tutto recessivo, ma non completamente inutile qualora ne ricorressero i presupposti.

---

<sup>34</sup> Sul punto v. ora O. Chessa, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Milano, 2019, part. 305 ss.

6. – Sulla scorta del quadro fin qui ricostruito bisogna ora chiedersi se tali premesse siano state coerentemente applicate e/o eventualmente sviluppate dalla stessa Corte costituzionale federale nella sua recente pronuncia sul *Public Sector Purchase Programme*.

Dal punto di vista *formale*, come già si anticipava, tutti i presupposti sul controllo *ultra vires* elaborati nella sua giurisprudenza pregressa sono puntualmente confermati, al punto da richiamare costantemente e testualmente i relativi precedenti sul punto<sup>35</sup>. Il problema si pone piuttosto se la coerenza della pronuncia si valuta dal punto di vista *sostanziale*, giacché, al di là delle enunciazioni di principio, il Tribunale costituzionale federale non si limita affatto a verificare in modo sommario la condizione “negativa” della non implausibilità dell’interpretazione della Corte di giustizia. Al contrario, sovrapponendo all’approccio di quest’ultima la *propria* dogmatica<sup>36</sup>, esso viene sostanzialmente a dettare precise condizioni “positive” che la relativa argomentazione dovrebbe dimostrare di possedere per non essere considerata arbitraria e quindi irricevibile.

Lo slittamento concettuale avviene in tre fasi: a) la (discutibile) statuizione di un legame necessario tra la metodologia interpretativa della Corte di giustizia e quella desumibile dai principi del diritto comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri; b) la (sospetta) limitazione del dominio di quest’ultima; c) l’inserimento (ultroneo) di una specifica concezione del principio di proporzionalità quale elemento determinante di qualsiasi metodologia giuridica sostenibile.

a) In un primo passaggio il Tribunale coniuga l’apparente deferenza per la scelta del metodo che spetterebbe alla Corte di giustizia nell’interpretazione e nell’applicazione del diritto dell’Unione con la considerazione secondo cui tale scelta sarebbe tuttavia vincolata al (tendenziale) rispetto delle metodologie invalse presso le altre Corti nazionali e internazionali: «I metodi elaborati dalla CGUE per la concretizzazione giudiziaria del diritto si fondano sulle tradizioni giuridiche (costituzionali) comuni agli Stati membri (cfr. anche art. 6 c. 3 TUE, art. 340 c. 2 TFUE), che si riflettono in particolare nella giurisprudenza dei tribunali costituzionali e di vertice degli Stati membri e della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. L’applicazione di questi metodi e principi da parte della CGUE non può e non deve necessariamente corrispondere *completamente* alla prassi dei tribunali nazionali; *d’altro canto, non può neppure semplicemente discostarsi da essa*»<sup>37</sup>.

Una precisazione, quest’ultima, mai espressa in precedenza e la cui conseguenza è che «Il mandato dell’art. 19 c. 1 per. 2, TUE *non copre la manifesta inosservanza dei tradizionali metodi interpretativi nello spazio giuridico europeo o, più in generale, dei principi del diritto comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri*. In questo contesto, non spetta al Tribunale costituzionale federale sostituire

<sup>35</sup> Cfr. *BVerfG*, sentenza del Secondo Senato del 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, rn. 105 ss., dove plurimi sono i riferimenti a *BVerfGE* 134, 366 (382 ss.) – 14.1.2014, *OMT-Beschluss*; *BVerfGE* 142, 123 (198 ss.) – 21.6.2016, *OMT-Programm*; *BVerfG*, sentenza del Secondo Senato del 30.7.2019 – 2 BvR 1685/14, 2 BvR 2631/14 –, Rn. 140 ss.

<sup>36</sup> Circa l’autentica «ossessione» tedesca per la dogmatica e l’incompatibilità di quest’ultima col modello argomentativo della Corte di giustizia v. J. Ziller, *L’insoutenable pesanteur du juge constitutionnel allemande*

*A propos de l’arrêt de la deuxième chambre de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 5 mai 2020 concernant le programme PSPP de la Banque Centrale Européenne*, in *Eurojus*, n. 2/2020, part. 153 ss.

<sup>37</sup> *BVerfG*, sentenza del Secondo Senato del 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, rn. 112 (corsivi miei).

l'interpretazione della CGUE con la propria quando si tratta di interpretare il diritto dell'UE, anche se l'applicazione di una metodologia corretta e ammessa nel dibattito giuridico portasse a conclusioni diverse (BVerfGE 126, 286 <307>). Deve piuttosto rispettare la decisione della CGUE, anche se quest'ultima giunge a conclusioni suscettibili di fondata argomentazione contraria, *purché sia riconducibile a principi metodologici riconosciuti e non appaia oggettivamente arbitraria*<sup>38</sup>.

b) L'accento ai metodi interpretativi *tradizionali* e ai principi giuridici *degli Stati membri* quali vincoli *necessari* della strategia interpretativa di un tribunale di un'organizzazione internazionale potrebbe già suonare discutibile. E ciò non tanto perché sia negabile l'influsso di tutte le tradizioni giuridiche confluite nel processo di integrazione europea sulla metodologia elaborata dalla Corte di giustizia, costituita peraltro da un giudice per ogni Stato membro, ma – all'opposto – proprio perché tale *lata* derivazione pare talmente inevitabile da non necessitare di essere ricondotta ad una *puntuale* obbligazione di risultato. Una simile richiesta diventa poi decisamente sospetta allorché – e siamo al secondo passaggio – il novero dei principi metodologici riconosciuti come ammissibili venga sensibilmente ristretto come mostra di fare la Corte costituzionale federale.

A fronte di un panorama di tecniche e metodologie interpretative notoriamente variegatissimo e persino caotico, al punto che è stato autorevolmente affermato che «al pluralismo dei metodi la nostra civiltà giuridica è attaccata come a un suo carattere di fondo»<sup>39</sup>, il Tribunale oppone infatti una visione drasticamente selettiva dei metodi ammessi, dove non ci si contenta affatto di riscontrare una pluralità di visioni differenti, ma si prospetta apertamente la possibilità di superare le opinioni (che presuppongono metodi!) discordi con una *propria* argomentazione *corretta*<sup>40</sup>.

Invero, «il riconoscimento di un evidente superamento della competenza non richiede che non si diano opinioni giuridiche diverse sulla questione in parola. Il fatto che vi siano voci nella letteratura, nella politica o nei media che attestino l'assenza di rischi di un provvedimento non impedisce in linea di principio il riconoscimento di un evidente superamento della competenza. Il superamento della competenza può essere "evidente" (*offensichtlich*) anche [solo] se il suo riconoscimento sia il risultato di un'interpretazione attenta e dettagliatamente fondata (*das Ergebnis einer sorgfältigen und detailliert begründeten Auslegung*)»<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> *Ibidem* (corsivi miei).

<sup>39</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 184-185 laddove si osserva anche come «i metodi ammessi» sarebbero «numerose e privi di gerarchia tra di loro», mentre, «l'assenza di gerarchia, a sua volta, è un dato di constatazione quotidiana per chi abbia una qualche esperienza dell'interpretazione del diritto».

Il rilievo, per lo meno nei termini di valutazione empirica di ciò che concretamente accade nei discorsi di giudici e giuristi, pare accettato pressoché universalmente anche negli ambienti della filosofia del diritto. Cfr. ad esempio R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 50 s., quando si sottolinea «la molteplicità di tecniche interpretative comunemente accettate ed egualmente applicabili ad un medesimo testo normativo, così da produrre risultati interpretativi diversi».

<sup>40</sup> Per dirla con O. Chessa, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali*, cit., 4, «L'argomentazione della Corte tedesca appare apodittica, ricorsiva e anche arrogante, nella misura in cui, per l'appunto, si arroga un'obiettività di giudizio che è negata agli altri».

<sup>41</sup> BVerfG, sentenza del Secondo Senato del 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, rn. 113.

c) Il ragionamento del Tribunale federale trova infine il suo approdo nel terzo passaggio sopra segnalato, vale a dire con l’inserimento tra le caratteristiche necessarie di *qualsiasi* metodologia (che voglia dirsi ammissibile o comunque non arbitraria) di un certo uso argomentativo del principio di proporzionalità. Un uso che – nemmeno a dirlo – non è quello uniforme e comune a una presunta “prassi dei tribunali nazionali” degli Stati membri, indimostrata e con ogni probabilità inesistente, ma segnatamente un uso specificamente “teutonico” del *Verhältnismäßigkeitsprinzip*.

Questo aspetto della sentenza qui in commento risulta tra i più criticati, sia per quanto concerne le premesse (cioè il necessario uso della proporzionalità e lo specifico concetto di proporzionalità adottato) sia per quanto riguarda la sua applicazione (cioè il giudizio che si trae da tali premesse nel caso concreto). Essendone dunque per lo più noti i momenti salienti, e non essendo necessario ai nostri scopi scendere nei dettagli, si potrà qui procedere con brevità.

In estrema sintesi, la Corte costituzionale tedesca, sospettando che le misure attuative del PSPP fossero state adottate dalla Banca Centrale Europea in (grave) violazione dell’art. 123 TFUE, e per poterle eventualmente dichiararle atti inefficaci in quanto *ultra vires*, aveva effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, chiedendo se tali misure influenzassero in modo significativo le condizioni di rifinanziamento degli Stati membri, perseguendo così, in aggiunta agli scopi (legittimi) di politica monetaria, anche un (illegittimo) «obiettivo di politica economica». La risposta negativa della Corte di giustizia nel frattempo adottata con la sentenza *Weiss* dell’11 dicembre 2018 non soddisferebbe i requisiti minimi richiesti per un’interpretazione che possa dirsi sostenibile. Ciò perché la concezione della Corte di giustizia «disconosce in modo evidente l’importanza e la portata del principio di proporzionalità, che deve essere rispettato anche nella ripartizione delle competenze (Art. 5 comma 1, periodo 2 e comma 4 TUE) e non è più giustificabile dal punto di vista metodologico a causa dell’esclusione degli effetti reali del PSPP», con la conseguenza che «la sentenza della Corte di giustizia va quindi manifestamente al di là del suo mandato *ex art. art. 19, comma 1, periodo 2, TUE* e comporta uno spostamento strutturalmente significativo delle competenze a danno degli Stati membri» e «poiché essa stessa si presenta come un atto *ultra vires*, non ha alcun effetto vincolante in questo senso»<sup>42</sup>.

A essere contestata e a risultare decisiva sarebbe la «interpretazione del principio di proporzionalità»<sup>43</sup> da parte della Corte di giustizia, qualificata espressamente come «inadatta o meglio priva di funzione (*ungeeignet beziehungsweise funktionslos*)»<sup>44</sup>, nonché la decisione, sempre della Corte di giustizia nel giudicare la proporzionalità delle misure adottate da parte della Banca Centrale Europea, di (auto)limitarsi ad uno scrutinio sui “confini esterni”. Di autolimitarsi, cioè, al giudizio sulla sussistenza (o meno) di un “evidente” errore di valutazione da parte della BCE, di un “evidente” superamento di quanto fosse necessario per raggiungere uno scopo legittimo o di una “evidente” sproporzione tra vantaggi e svantaggi rispetto agli scopi perseguiti<sup>45</sup>. In questo modo, a detta della Corte costituzionale tedesca, la sua controparte lussemburghese semplicemente «non

<sup>42</sup> *Ivi*, rn. 119.

<sup>43</sup> *Ivi*, rn. 154.

<sup>44</sup> *Ivi*, rn. 127.

<sup>45</sup> *Ivi*, rn. 156.

affronta la questione della competenza della BCE, che si limita alla politica monetaria. Al contrario, consente alla BCE estensioni autonome e surrettizie della propria competenza o ancora le dichiara del tutto o almeno in larga misura sottratte a un controllo giurisdizionale»<sup>46</sup>.

Ad avviso di chi scrive, il cortocircuito con la propria giurisprudenza precedentemente richiamata in materia – dove si garantiva il rispetto della “peculiarità” dell’interpretazione europea, la facoltà della “scelta del metodo” e persino la “tolleranza rispetto a possibili errori” – non potrebbe essere più chiaro. Esso emerge con estremo nitore anche solo dalla equiparazione – che definire forzata sul punto è concessione all’eufemismo – tra il modo in cui la Corte di giustizia argomenta la propria decisione, limitandosi a un controllo sui “confini esterni” dell’operato della BCE<sup>47</sup>, e una decisione del tutto immotivata o addirittura assente: «che non affronta la questione».

In verità, se ci si dovesse attenere alle “dichiarazioni di principio” relative ai presupposti del controllo *ultra vires*, apparentemente confermate anche nella pronuncia qui annotata, si sarebbe con ogni probabilità dovuto concludere che la Corte di giustizia: 1) non era necessariamente vincolata a nessun uso argomentativo del principio di proporzionalità, atteso che l’argomentazione “orientata alle conseguenze”<sup>48</sup> è soltanto *una* delle tecniche interpretative a disposizione del giudice, che ben potrebbe essere sacrificata in favore di altre; 2) anche utilizzando nella sua argomentazione il principio di proporzionalità, non era affatto vincolata a utilizzarlo secondo lo schema “tedesco” (posto che ve ne sia uno soltanto)<sup>49</sup> della *Verhältnismäßigkeit*; 3) nella sua scelta relativa ad *an* e *quomodo* dell’uso argomentativo del principio di proporzionalità ben si poteva limitare a uno scrutinio sui soli sconfinamenti “evidenti” del proprio mandato da parte della BCE; 4) non è affatto chiaro (tantomeno evidente) se e come, nell’applicazione del metodo argomentativo scelto, abbia commesso errori; 5) posto che abbia commesso degli errori, non è affatto chiaro (tantomeno evidente) se e perché tali errori non possano rientrare nel margine di “tolleranza” consentito, a maggior ragione nella misura in cui – come ammette lo stesso *Bundesverfassungsgericht* – non sia possibile allo stato dell’arte valutare in concreto se le azioni della BCE siano effettivamente sprovviste di proporzionalità e dunque concretino esse stesse un atto *ultra vires*<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> *Ivi*, rn. 156, corsivo mio.

<sup>47</sup> Come osserva esattamente D.-U. Galetta, *Karlsruhe über alles?*, cit., 170, «In verità si tratta semplicemente di una diversa maniera (quella propria della Corte di giustizia UE, per l'appunto!) di applicare e, soprattutto, di argomentare l'applicazione del principio di proporzionalità».

<sup>48</sup> Per questo tipo di tecnica argomentativa e il suo specifico collegamento le conseguenze *fattuali*, il cui esame è qui appunto richiesto (come necessario) dal Tribunale costituzionale federale, cfr. L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze* (1994), ora in Idem, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, 91 ss.

<sup>49</sup> Cosa della quale è lecito dubitare. Sulla multiformità di questo concetto nella dottrina tedesca v. infatti ora gli scritti M. Jestaedt, O. Lepsius (a cura di), *Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, Tübingen, 2015.

<sup>50</sup> Cosa che, comprensibilmente, ha fatto dubitare della volontà del *Bundesverfassungsgericht* di portare davvero alle estreme conseguenze questa sua pronuncia, gettando anche una luce diversa sulle affermazioni “di principio” precedentemente riportate: cfr. L.F. Pace, *Il BVerG e la sentenza sul programma PSPP: “c’è della logica in questa follia”? Il prevedibile “rientro” della “crisi istituzionale” annunciata nella sentenza (provvisoria) del 5 maggio 2020*, in *federalismi.it*, n. 16/2020, 299 ss.

Il tutto, peraltro, senza neppure considerare (6) come la caratteristica “aggiuntiva” relativa alla necessaria “gravità” delle turbative sul sistema delle competenze enumerate – introdotto dalla sentenza *Honeywell* e che dovrebbe necessariamente contraddistinguere un atto *ultra vires*, incluso quello costituito dalle decisioni della Corte di giustizia –, proprio per le ragioni da ultimo accennate al punto 5) rischia così di degradare da requisito *attuale* a meramente *potenziale*. Che lo sconvolgimento generato sull’ordine delle competenze stabilito dai Trattati e (in ipotesi) avallato dalla Corte di giustizia per il tramite della propria interpretazione sia davvero grave, infatti, si potrà in concreto valutare solo a valle (e non a monte) di quell’ulteriore accertamento sulla proporzionalità delle misure della BCE. La qual cosa, daccapo, rischia di traghettare implicitamente verso la conclusione che, nel caso si pronunci su atti sospettati (dalla Corte costituzionale federale) di essere *ultra vires*, la Corte di giustizia deve per forza giudicare non secondo *un* metodo (tra i molti disponibili), bensì con un (l’unico?) metodo *corretto*.

Non male, insomma, come *revirement* per un organo che già negli anni Ottanta, per bocca del suo allora Presidente Wolfgang Zeidler, affermava che «da noi ogni caso ha il suo proprio metodo»<sup>51</sup>!

7. – *In cauda venenum*. Concluderei con una rapida postilla su un ultimo circolo vizioso innescato dal controllo *ultra vires* sull’interpretazione che la pronuncia del secondo Senato ha portato, forse inavvertitamente, alla luce.

Secondo tale schema, come si vedeva, da un lato, per poter dichiarare privo di efficacia all’interno dell’ordinamento tedesco un atto di una istituzione europea che si sospetta *ultra vires*, bisogna adire preliminarmente nel merito la Corte di giustizia. E bisogna, va da sé, adirla *con esito negativo*, giacché se quest’ultima accertasse l’invalidità degli atti in questione dal punto di vista dello stesso diritto eurounitario, verrebbe automaticamente a mancare la materia del contendere pure dal punto di vista del diritto costituzionale interno. Sicché possiamo dire che la premessa per poter adottare una dichiarazione di inefficacia contro l’atto *x*, di una qualsiasi istituzione europea, poiché adottato (nella visione del *Bundesverfassungsgericht*) *ultra vires*, è una pronuncia *y* della Corte di giustizia che invece ne confermi la validità/compatibilità col diritto europeo.

Quando si verifica la situazione da ultimo descritta, tuttavia, sorge un problema aggiuntivo, che viene evidenziato proprio dalla recente decisione dello scorso 5 maggio 2020.

In forza del primato del diritto dell’Unione, infatti, in linea di principio ogni atto europeo, *inclusa la stessa pronuncia della Corte di giustizia*, è di per sé formalmente vincolante per gli organi della Repubblica Federale Tedesca.

Il Tribunale costituzionale federale, dunque, per poter dichiarare internamente inefficace l’atto europeo *x* inizialmente sospettato di essere *ultra vires* (per il travalicamento dei confini di competenza), dovrà contestualmente e preliminarmente dichiarare inefficace anche quell’*ulteriore* e *diverso* atto *y* che consiste nella pronuncia “di rigetto” (*i.e.*, confermativa della validità dell’atto *x*)

<sup>51</sup> La frase, pronunciata da Zeidler a un *Bitburger Gespräch* dove gli si domandava dei principi metodici della “sua” Corte, è riportata in B. Rüthers, *La rivoluzione clandestina dallo stato di diritto allo stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio* (2016), trad. it. e cura di G. Stella, Modena, 2018, 91.

della Corte di giustizia. Cosa che infatti si è verificata nel caso di specie, nel passaggio in cui della decisione della Corte di giustizia si afferma che «poiché rappresenta essa stessa un atto *ultra vires*, non le compete sul punto alcun effetto vincolante»<sup>52</sup>, essendo essa solo formalmente emessa *ex art. 267 TFUE* ma in realtà adottata in evidente violazione del mandato in esso contenuto, in quanto latrice di un'interpretazione arbitraria e insostenibile.

A prima vista è persino ovvio che questa sia stata la soluzione<sup>53</sup>. Per rispetto delle forme, infatti, il *Bundesverfassungsgericht* non poteva semplicemente *ignorare* tale pronuncia, considerandola *tamquam non fuisset*, ma ha dovuto in qualche modo “neutralizzarla”, e per farlo ha deciso di utilizzare contro di essa (*y*) lo stesso strumento processuale – il controllo *ultra vires*, appunto – che già stava adoperando contro l'oggetto principale (*x*: gli atti della BCE).

Proprio nella scelta di questo mezzo, tuttavia, si cela l'ultimo cortocircuito (“corte-circuito”, per gli irriducibili della battuta) della sentenza in commento. Volendo davvero seguire il modello prefigurato dalla sentenza *Honeywell*, infatti, non possiamo fare a meno di chiederci: ma la procedura corretta non sarebbe in realtà stata un'altra? Anche *y*, in fondo, è sicuramente atto di una istituzione europea: prima di poterlo dichiarare *ultra vires*, non bisognerebbe allora effettuare *pure qui* un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, in questo caso domandandole se osti o meno col diritto dell'Unione l'adozione, da parte di sé medesima, di una certa metodologia interpretativa presuntamente “eversiva”? E così avanti, potenzialmente all'infinito, per lo meno fin tanto che non si riscontrino “ravvedimenti” da parte dei giudici di Lussemburgo?

Ai posteri (di Karlsruhe) l'ardua sentenza.

Federico Pedrini  
Dip.to di Giurisprudenza  
Università di Modena e Reggio Emilia  
federico.pedrini@unimore.it

---

<sup>52</sup> *BVerfG*, sentenza del Secondo Senato del 5.5.2020 – 2 BvR 859/15, rn. 119 («Da es sich selbst als Ultra-vires-Akt darstellt, kommt ihm insoweit keine Bindungswirkung zu»).

<sup>53</sup> Vero è che, a una più attenta considerazione, la via del controllo *ultra vires* non era l'unica astrattamente a disposizione per raggiungere tale scopo. Più correttamente dal punto di vista del suo stesso diritto sostanziale e processuale, avrebbe il Tribunale avrebbe potuto decidere di ricorrere all'altro tipo di giudizio sui controlimiti, quello legato al controllo sulla identità costituzionale *ex art. 79 GG*, e dichiarare così l'incostituzionalità della legge tedesca di recezione del Trattato di Roma nella parte in cui essa ammette l'efficacia vincolante delle pronunce della Corte di giustizia quando essa decida in modo metodologicamente arbitrario.