

# Sul sindacato «ultra vires» nell'asse Varsavia-Berlino-Bruxelles alla luce della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco

di Francesco Tomasicchio

**Abstract:** *On 'ultra vires' judicial review in the Warsaw-Berlin-Brussels axis in the light of the recent ruling of the Polish Constitutional Tribunal* – This essay seeks to highlight the significant features of the operative part of judgment K3/21 of 7 October 2021 of the Polish Constitutional Tribunal and the reasons for the clash between the latter and the CJEU. The fundamental point of this brief work is the examination of the exercise of the «ultra vires» constitutional review as objected by the Polish judges aimed at affirming the primacy of the national constitution over the law of the European Union. This brief discussion also seeks to make a comparison with the decisions of the courts, the dialogue they have established and the conflicts that still prevail today: in particular, the recent decision of the German Constitutional Court of 5 May 2020 in the context of the PSPP, to which the ruling of the Polish Constitutional Court seems to be linked, at least from a political point of view, will be the subject of a comparative investigation. Finally, an attempt will be made to formulate conclusions on the legitimacy (or not) of the ultra vires review and on the real stakes between Warsaw, Berlin and Brussels, also for the future of the legal framework of the European Union.

**Keywords:** Judicial Review; Polish Gate; European integration; sovereignty; Polish constitutional tribunal.

1525

---

## 1. Profili storici della vicenda

Il processo di integrazione europea ha comportato il trasferimento di una significativa quota di sovranità politica ed economica dagli Stati alle istituzioni euro-unitarie. Affinché questo processo potesse definitivamente realizzarsi, è risultato imprescindibile, con il passare del tempo, assicurare l'omogenea applicazione e l'uniforme interpretazione del diritto europeo all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. Questa prerogativa è stata (ed è tutt'oggi) assolta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, alla quale compete affermare il primato del contenuto dei Trattati, imponendo, ove necessario, la disapplicazione delle leggi statali contrastanti. Tuttavia, l'ipotesi della disapplicazione non è il solo scenario che possa scaturire da una censura posta dalla CGUE agli ordinamenti nazionali e alle rispettive corti, ben potendo, infatti, prospettarsene ulteriori e in taluni casi persino divergenti da quest'ultimo che, senza ombra di dubbio, risulta essere il più frequente. È, ad esempio, quanto di recente avvenuto nel confronto

giurisdizionale tra Polonia e Unione europea relativo a quanto statuito dal *Trybunał Konstytucyjny* (Tribunale costituzionale polacco) nella recente sentenza del 7 ottobre 2021, K3/21, che ha dichiarato *tranchant* la prevalenza del diritto costituzionale nazionale rispetto al diritto sovranazionale dell'Unione europea<sup>1</sup>.

Orbene, come a tutti noto, da diversi anni l'atteggiamento del governo polacco nei confronti dell'ordinamento sovranazionale risulta pretestuoso nell'affermare le proprie prerogative ed esigenze di sovranità in disparati ambiti. Da ultimo, per quel che concerne il principio dello stato di diritto, ci sono stati alcuni rilevanti tentativi di riformare l'ordinamento giudiziario, in particolare in materia di indipendenza e imparzialità dei giudici.

È il caso, ad esempio, dell'adozione di un regolamento che stabilisce quando e come i giudici nazionali si debbano attenere alle prescrizioni costituzionali senza avere possibilità alcuna di fare ricorso alle leggi e ai Trattati europei e, financo, sollevare una questione pregiudiziale al giudice sovranazionale<sup>2</sup>.

Le riforme introdotte dall'esecutivo polacco sono state oggetto di dura critica e di ferma opposizione da parte delle istituzioni europee, in particolare della Corte di giustizia, che ha emanato diverse sentenze nel tentativo di contrastare le iniziative provenienti dall'esecutivo polacco. Queste pronunce riguardano, in particolare, l'indipendenza dei giudici nazionali nell'applicare il diritto dell'UE, la possibilità o meno per gli stessi giudici di esperire un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e, inoltre, l'effettiva osservanza delle sentenze rese dalla Corte<sup>3</sup>. Su questa scia, il governo polacco ha interpellato direttamente il Tribunale costituzionale nazionale al fine di decidere se le sentenze emanate dalla Corte di giustizia siano o meno in contrasto con la Costituzione polacca<sup>4</sup>.

L'intento di queste brevi note non è tanto quello di osservare dettagliatamente tutti gli elementi relativi alla *quaestio facti*, ma soprattutto evidenziare che si è in presenza di uno scontro giuridico e politico tra

<sup>1</sup> Trybunał Konstytucyjny, 7 ottobre 2021, K3/21, *Assessment of the conformity to the Polish Constitution of selected provisions of the Treaty on European Union*. Della sentenza, al momento, è stato reso conoscibile il solo dispositivo.

<sup>2</sup> I riferimenti sono agevolmente rinvenibili in particolare nella sentenza emanata dalla Cgue, 15 luglio 2021, *Commissione v. Polonia*, C-791/19, par. 45 ss., nella quale la Corte sovranazionale ha tenuto a precisare che l'art. 267 TFUE – concernente il rinvio pregiudiziale ad opera del giudice nazionale – costituisce un sistema di autotutela per gli stessi giudici interni nei confronti dell'eventuale e indebita ingerenza del Parlamento o del potere esecutivo.

<sup>3</sup> Le relative questioni sono state affrontate – *ex multis* – in Corte di giustizia, 19 novembre 2018, C-585/18, C-624/18, 625/18, *A.K. e a.*; 24 giugno 2019, C-619/18, *Commissione c. Polonia*; 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Polonia*; 26 marzo 2020, C-558/18 e 563/18, *Miasto Łowicz*; 8 aprile 2020, C-791/19 R, *Commissione c. Polonia*; 2 marzo 2021, C-824/18, *A. B. e a.*; 15 luglio 2021, C-791/19, *Commissione c. Polonia*; 14 luglio 2021, C-204/21 R, *Commissione c. Polonia*.

<sup>4</sup> In merito si vedano le considerazioni svolte da L. Pech, *Protecting Polish Judges from Poland's Disciplinary "Star Chamber": Commission v. Poland (Interim Proceedings)*, in *Common Market Law Review*, LVIII, 2021, p. 137 ss.; J. Sawicki, *La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno come prodotto della manomissione ermeneutica di quest'ultimo*, in *DPCE online*, IV, 2021, p. 3615 ss.; E. Cukani, *Il "Polish Gate" e il rafforzamento del diritto dell'UE*, in *DPCE online*, I, 2022, pp. 1-22.

ordinamenti e corti, provocato dalle modifiche legislative introdotte dal governo polacco che intendono riformare il funzionamento dell'ordine giudiziario nazionale e in particolare lo stato di diritto.

L'atteggiamento delle istituzioni europee, d'altro lato, ha allarmato certamente anche lo stesso scenario politico polacco. Questo perché la Polonia ha vissuto in passato una travagliata e perpetua occupazione militare ad opera di forze straniere: emblematica quella avvenuta durante la metà del XX secolo di concerto tra la Germania nazista e l'Unione Sovietica, per poi rimanere sotto l'esclusivo ombrello di quest'ultima e delle forze appartenenti al cosiddetto Patto di Varsavia<sup>5</sup>. E il processo di indipendenza dello Stato polacco non è avvenuto nell'immediato, ma è stato lungo e travagliato anche dopo la fine del secondo conflitto mondiale. L'indipendenza nazionale, infatti, è stata raggiunta in seguito alle rivoluzioni del 1989, poco prima della caduta del muro di Berlino. Da quel momento ha avuto inizio il processo politico di occidentalizzazione della Polonia, dapprima con l'entrata nella NATO nel 1999, di poi con l'adesione all'Unione europea – in seguito al referendum nazionale che registrò il 77% dei voti favorevoli – formalizzatasi nella primavera del 2004<sup>6</sup>.

E proprio nel momento storico in cui, quantomeno dal punto di vista politico, la Polonia sembrava aver acquisito una situazione di stabilità interna, si presentano ora delle riforme così pregnanti, che pare allontanino l'ordinamento polacco dal principio fondamentale dello stato di diritto, fondativo dell'ordine giuridico dell'Unione europea<sup>7</sup>.

Ciò desta preoccupazioni presso le istituzioni di Bruxelles, che vedono nell'appartenenza della Polonia all'Unione europea una garanzia di libertà e indipendenza (quantomeno politica) che non ha precedenti, così come ha avuto modo di specificare in una recente risoluzione il Parlamento europeo<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Sul tema si rinvia brevemente ad A. Gieysztor, *Storia della Polonia dalle origini ai nostri giorni l'epopea di un popolo indomito*, Milano, 1983; A. Peregalli, *Il patto Hitler-Stalin e la spartizione della Polonia*, Bolsena, 1990; B. Zaydler, *Storia della Polonia. Fino agli ultimi tempi*, (in più volumi) I, ed. rist., Londra, 2018; R. Forczyk, *Il caso bianco. L'invasione della Polonia, 1939*, trad. it., (a cura di) R. Schiavo, Palermo, 2021.

<sup>6</sup> Per un *excursus* in merito alle tappe politiche fondamentali che hanno visto protagonista la Polonia, C. Filippini, *Polonia*, Bologna, 2010.

<sup>7</sup> Che il principio dello stato di diritto sia condiviso ampiamente all'interno dei paesi membri dell'Unione è fuori discussione. Tuttavia, è doveroso sottolineare che esso non rientra nell'ambito stretto delle competenze disciplinate dai Trattati europei, anche se non mancano puntuali pronunce giurisprudenziali della Corte di giustizia. Il che costituisce una cruciale – quanto grave – ambiguità. Infatti, le censure ai diversi provvedimenti approvati dall'esecutivo polacco, ad esempio per quanto concerne il tema dell'indipendenza dei giudici nazionali, sono state inflitte in via interpretativa, in particolare, sulla base del combinato disposto degli artt. 2 e 19 del TUE e, inoltre, dell'art. 47 della Carta di Nizza, che giustificherebbe la legittimità dell'intervento giurisdizionale della Corte. Sul punto si rimanda a CGUE, 15 luglio 2021, *Commissione v. Polonia*, C-791/19, in particolare par. 52 e 53 che riguardano l'iter ermeneutico seguito dalla Corte nell'adozione della propria decisione finale. In questa sede non si vuole negare l'importanza del principio fondamentale affermato in via giurisprudenziale dalla Corte, quanto piuttosto manifestare l'esigenza di un processo chiaro di revisione dei Trattati che possa 'legalizzare' gli interventi del giudice sovranazionale in una materia di cui non è investito della competenza a giudicare. Si assiste, sempre più, a pronunce – ancorché condivisibili nel merito – della cui legittimità è lecito dubitare.

<sup>8</sup> Si veda la risoluzione del Parlamento europeo, 21 ottobre 2021, n. 2935.

## 2. Lo ‘scontro’ tra corti e la natura del sindacato «*ultra vires*»

Cercando, ora, di porre in rilievo i punti di diritto che interessano, contenuti nel dispositivo pubblicato dal Tribunale costituzionale polacco nella sentenza del 7 ottobre 2021, è opportuno precisare che si farà riferimento non solo a tale pronuncia ma anche – in un’ottica comparatistica – alle decisioni di altre corti costituzionali.

In primo luogo, la sentenza del Tribunale sancisce *tout-court* il primato della Costituzione nazionale verso il diritto dell’Unione europea<sup>9</sup>. Si tratta di un’affermazione di impronta meramente generale e che non deriva da un dialogo con un altro organo giurisdizionale (in questo caso con la CGUE), ma da un atto unilaterale<sup>10</sup>. Il Tribunale costituzionale polacco non ha

<sup>9</sup> Come indicato nel dispositivo della sentenza, disponibile anche in lingua inglese e pubblicato in [www.trybunal.gov.pl](http://www.trybunal.gov.pl), i giudici polacchi hanno statuito che «1. Article 1, first and second paragraphs, in conjunction with Article 4(3) of the Treaty on European Union (Journal of Laws – Dz. U. of 2004 No. 90, item 864/30, as amended) – insofar as the European Union, established by equal and sovereign states, creates “an ever closer union among the peoples of Europe”, the integration of whom – happening on the basis of EU law and through the interpretation of EU law by the Court of Justice of the European Union – enters “a new stage” in which: a) the European Union authorities act outside the scope of the competences conferred upon them by the Republic of Poland in the Treaties; b) the Constitution is not the supreme law of the Republic of Poland, which takes precedence as regards its binding force and application; c) the Republic of Poland may not function as a sovereign and democratic state is inconsistent with Article 2, Article 8 and Article 90(1) of the Constitution of the Republic of Poland. 2. Article 19(1), second subparagraph, of the Treaty on European Union – insofar as, for the purpose of ensuring effective legal protection in the areas covered by EU law – it grants domestic courts (common courts, administrative courts, military courts, and the Supreme Court) the competence to: a) bypass the provisions of the Constitution in the course of adjudication – is inconsistent with Article 2, Article 7, Article 8(1), Article 90(1) and Article 178(1) of the Constitution; b) adjudicate on the basis of provisions which are not binding, having been revoked by the Sejm and/or ruled by the Constitutional Tribunal to be inconsistent with the Constitution is inconsistent with Article 2, Article 7, Article 8(1), Article 90(1) and Article 178(1), and Article 190(1) of the Constitution. 3. Article 19(1), second subparagraph, and Article 2 of the Treaty on European Union – insofar as, for the purpose of ensuring effective legal protection in the areas covered by EU law and ensuring the independence of judges – they grant domestic courts (common courts, administrative courts, military courts, and the Supreme Court) the competence to: a) review the legality of the procedure for appointing a judge, including the review of the legality of the act in which the President of the Republic appoints a judge – are inconsistent with Article 2, Article 8(1), Article 90(1) and Article 179 in conjunction with Article 144(3)(17) of the Constitution; b) review the legality of the National Council of the Judiciary’s resolution to refer a request to the President of the Republic to appoint a judge – are inconsistent with Article 2, Article 8(1), Article 90(1) and Article 186(1) of the Constitution; c) determine the defectiveness of the process of appointing a judge and, as a result, to refuse to regard a person appointed to a judicial office in accordance with Article 179 of the Constitution as a judge – are inconsistent with Article 2, Article 8(1), Article 90(1) and Article 179 in conjunction with Article 144(3)(17) of the Constitution».

<sup>10</sup> Sul tema del dialogo tra corti, tra la vasta letteratura presente in dottrina, si cita M. R. Ferrarese, *Le istituzioni delle globalizzazioni. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; E. Orucu, *Judicial Comparativism in Human Rights Cases*, Londra, 2003; A. Stone Sweet, *On Law, Politics and Judicialism*, Oxford, 2002; G. F. Ferrari, *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, 2006; S. Cassese, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo Spazio giuridico global all’ordine giuridico globale*, in *Rivista trimestrale diritto*

sollevato, infatti, alcuna questione pregiudiziale in merito, agendo nella fattispecie in via del tutto autonoma.

Alla luce di quanto verificatosi, può sostenersi che vi sia stata una sorta di difformità dalla prassi: ad esempio, quella che si desume dalla nota saga «*Taricco*»<sup>11</sup> avvenuta di recente in Italia.

Ciò che inoltre deve essere evidenziato è che i giudici polacchi sono stati aditi direttamente dal Primo ministro – quale detentore del potere esecutivo e rappresentante del governo nazionale – e non, invece, da un giudice *a quo*. Pertanto, è lo stesso capo dell'esecutivo che ha chiesto al Tribunale costituzionale una 'conferma' su un proprio atto di riforma.

Giungendo ora al dispositivo della sentenza, i giudici polacchi lamentano uno sconfinamento delle competenze dell'UE ai danni dell'ordinamento costituzionale nazionale, ritenendolo, per tale ragione, illegittimo. Questa netta presa di posizione inverte, inevitabilmente, il rapporto di gerarchia fra ordinamenti allorché si tenda ad affermare la prevalenza del rispettivo ordinamento nazionale a discapito di quello sovranazionale<sup>12</sup>. A *fortiori*, se si tiene ben presente che la rinuncia e la relativa remissione di sovranità, a parità di condizioni fra tutti gli Stati membri, costituisce la chiave di volta dell'intera costruzione giuridica europea. Sicché, se ogni paese membro dovesse porre in atto un atteggiamento politico e giuridico analogo a quello polacco, ne

---

*pubblico*, Milano, 2007, p. 609 ss.; L. Cuocolo, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra corti*, Bologna, 2010.

<sup>11</sup> Sul caso *Taricco*, non essendo possibile approfondire in questa sede, si rinvia alle pronunce della Cgue, 8 settembre 2015, C-105/14; 5 dicembre 2017, C-42/17, quest'ultima in risposta all'ordinanza della nostra Corte Cost., 26 gennaio 2017, n. 24/2017. La vicenda si è di poi conclusa con la pronuncia della C. Cost., 10 aprile 2018, 115/2018 e si rinvia alla nota 16. Per le osservazioni della dottrina si vedano, tra le numerosissime, sopra tutto M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, II, 2016; C. Cupelli, *Il caso Taricco e il controlimito della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, III, 2016; F. Viganò, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in *Diritto penale contemporaneo*, I, Milano, 2016, pp. 1-35, ora in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti*, Napoli, 2017, pp. 233-272; Id., *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'Ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 27 marzo 2017, p.1 ss.; D. Pulitanò, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*, I, Milano, 2016, p. 236; A. Bernardi, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti*, cit., p. VII ss.

<sup>12</sup> Come rilevato da J. Sawicki, *La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno*, cit., 3617, il dispositivo della sentenza «è di una tale radicalità da oltrepassare, almeno nei toni, quanto già richiesto nel *petitum* e sbattere la porta in faccia anche alla possibilità di una finzione di dialogo con le istituzioni euromunitarie. Ad essere colpiti sono in particolare gli artt. 1, 2, 4 e 19 TUE, in un molteplici combinato disposto, e ciò allo scopo di annichilire ogni provvedimento passato, presente o futuro delle autorità europee che possa incidere sulla struttura del giudiziario e di intimidire ogni giudice nazionale che metta in discussione l'indipendenza dell'attuale e politicizzato Consiglio nazionale della magistratura, la soppressione di ogni rimedio legale interno per contestare procedure di selezione dei giudici, il perfezionamento dell'assunzione degli stessi grazie alla sola nomina finale del Presidente della Repubblica». Anche J. Jaraczewski, *Gazing into the Abyss. The K 3/21 Decision of the Polish Constitutional Tribunal*, in *VerfBlog*, 12 Oktober 2021.

conseguirebbe, di riflesso, il venir meno della colonna portante dell'ordinamento europeo, la sua «ragion d'essere»<sup>13</sup>.

In sostanza, tornando alla decisione del Tribunale costituzionale, è possibile sostenere che questo ha contestato una sorta di «eccesso di delega» ad opera dell'Unione. A questo proposito, ciò che deve in questa sede maggiormente interessare è il sindacato esercitato dai giudici nazionali, in particolare la sua natura «*ultra vires*»<sup>14</sup>.

Tentando ora di indagare l'esatta conformazione del sindacato del Tribunale costituzionale polacco, risulta opportuno, in merito alla fattispecie, operare da subito una prima distinzione. Come ribadito, il sindacato *ultra vires* è esperito quando l'ordinamento nazionale ravvisi un'illegittima estensione delle competenze da parte dell'ordinamento, in questo caso, euro-unitario e interviene, di conseguenza, per paralizzare le decisioni adottate da quest'ultimo.

Quanto alla distinzione è quantomai necessario precisare che un conto è il sindacato *ultra vires* – alquanto anomalo per le relative modalità (in assenza di un dialogo con la CGUE e sollevato direttamente dal capo dell'esecutivo) e le motivazioni allegare nel dispositivo – come esperito ad opera dei giudici costituzionali della Polonia e, dunque, da ritenersi illegittimo; altro conto è giudicare illegittimo il sindacato in quanto tale, da intendersi quale ultimo rimedio e baluardo della sovranità nazionale, che, è bene ricordarlo, ancora sussiste.

Il dispositivo della sentenza K3/21, così per come emanato, è condannabile, ma non può e non deve divenire il pretesto per espungere dagli strumenti giuridici ecepibili qualsivoglia forma di sindacato *ultra vires*. Il quale può soprattutto essere volto a verificare nel dettaglio l'ambito di operatività del diritto dell'Unione, che non di rado si è dimostrato eccessivamente invasivo e non sempre in grado di garantire il rispetto delle identità costituzionali che gli Stati membri hanno ritenuto opportuno

<sup>13</sup> Sul punto, da ultimo, si veda quanto osservato da L. F. Pace, *La natura giuridica dell'Unione Europea: teorie a confronto. L'Unione ai tempi della pandemia*, Bari, 2021, p. 79 ss. Si vedano anche V. A. Von Bogdandy, *The idea of European Public Law Today*, in Id., P. H. Huber, S. Cassese, *The administrative State*, vol. I, Oxford, 2017; V. G. De Burca, *Europe's raison d'être*, in D. Kochenov, F. Amteenbrink, *The European Union's Shaping of the International Legal Order*, Cambridge, 2014, p. 21; J. H. H. Weiler, *60 Years since the First European Community – Reflections on Political Messianism*, in *European Journal of International Law*, 2011.

<sup>14</sup> Per una prospettiva storica e sommaria del sindacato *ultra vires* si rimanda, inizialmente, ad A.P. Sereni, *Le organizzazioni internazionali*, Milano, 1959, p. 116 ss.; anche P. Craig, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, in *Common Market Law Review*, 2011. In merito a ciò che attiene prevalentemente questa trattazione, E. Cannizzaro, *Sovereign within the Union? The Polish constitutional tribunal and the struggle for European values*, in *European Papers*, VI, 2021, pp. 1117-1121; G. Di Federico, *Il Tribunale costituzionale polacco si pronuncia sul primato (della Costituzione Polacca): et nunc quo vadis?*, in *BlogDUE* del 13 ottobre 2021, pp. 1-8; L. F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca del 7 ottobre 2021: tra natura giuridica dell'Unione, l'illegittimità del sindacato ultra vires e l'attesa della soluzione della "crisi" tra Bruxelles e Berlino*, in *BlogDUE* del 28 ottobre 2021, pp. 1-6; Id., *La natura giuridica dell'Unione*, cit., 126.

inserire all'interno dei Trattati<sup>15</sup>. Sembra chiaro che questo non sia il caso polacco, ove sia la CGUE che le istituzioni europee sono impegnate nel cercare di tutelare l'indipendenza e la libertà dei giudici nazionali dalle proposte di riforma volte ad assoggettare l'ordine giudiziario alla sfera governativa.

Si deve così rilevare che il Tribunale sembra fare più che qualche allusione, nell'asserire le proprie tesi, alla giurisprudenza del BVerfG, il quale ha di recente fatto ricorso al sindacato *ultra vires* a proposito dei piani di acquisto dei titoli del debito pubblico da parte del sistema delle banche centrali, denominato *PSPP* (come si cercherà di rilevare successivamente). Tuttavia, questa presa di posizione è stata giudicata dalla CGUE in contrasto con gli artt. 19 del TUE e 267 del TFUE, in materia di esatta interpretazione del diritto europeo e in merito al rinvio pregiudiziale all'organo giudiziario sovranazionale, di cui la sola ed esclusiva competente a conoscere e giudicare è la stessa CGUE<sup>16</sup>.

Il che – potrebbe anche obiettarsi – per certi versi costituisce una cruciale ambiguità in quanto la Corte di giustizia si rende giudice di se stessa all'interno di un conflitto fra organi giurisdizionali, che operano su un piano nettamente asimmetrico e privo di parità. Infatti, il giudice nazionale finisce per non operare più neanche sul piano interno se è assoggettato, a priori, all'ultima parola della CGUE, quale unica titolare della nomofiliachia in materia. È una soluzione unilaterale che neutralizza il conflitto – inteso positivamente, ovvero come opportunità di confronto – in via di principio, non consentendo neanche una sua astratta configurabilità. Ciò rischia di rendere più aspra la controversia giurisdizionale, allorché siano posti in discussione principi fondamentali ritenuti di rango super primario.

Ed è in questa cornice che si viene a configurare la necessaria legittimità del sindacato *ultra vires* e con esso – ma in un contesto diverso anche se non del tutto differente – il sindacato dei controlimiti costituzionali.

Quanto al sindacato dei controlimiti, la cornice è sicuramente meno problematica rispetto al sindacato *ultra vires*, poiché i controlimiti sono eccepiti dalle corti costituzionali nazionali – in quanto giudici delle leggi – e sono azionati in ambiti e controversie nei quali vi è una competenza in materia dell'Unione. In questo caso la Corte costituzionale eccepisce il controlimite – pur senza discutere la sussistenza della competenza del diritto europeo – sostenendo che la decisione adottata sia oltremodo lesiva di uno o

---

<sup>15</sup> È il caso dell'art. 4 secondo comma del TUE, il quale prescrive 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...».

<sup>16</sup> Sull'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex. art. 267 TFUE* nelle recenti riflessioni di parte della dottrina, si rimanda inizialmente a L. Daniele, *Articolo 267 TFUE*, in *Trattati dell'Unione europea*, (a cura di) A. Tizzano, II, Milano, 2014, pp. 2013-2121; Id., *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, Napoli, 2008; F. Donati, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi*, III, Roma, 2021, pp. 1-11; M. Lipari, *L'obbligo di rinvio pregiudiziale alla CGUE, dopo la sentenza 6 ottobre 2021, C-561/2019: i criteri ciltit e le preclusioni processuali*, in *giustamm.it*, XII, Napoli, 2021; F. Spitaleri, *Le finalità dell'obbligo di rinvio pregiudiziale: brevi riflessioni a margine della sentenza Consorzio Italian Management*, in *BlogDue*, 25 gennaio 2022, pp. 1-7; A. M. Nico, *Alcune criticità della tutela giurisdizionale multilevel*, in *Federalismi*, IV, Roma, 2022, pp. 687-694.

più principi giudicati come supremi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale<sup>17</sup>.

In riferimento alla natura *ultra vires* del sindacato, invece, il discorso è senza dubbio più complesso, poiché esso non è necessariamente e unicamente exceptio dall'organo giurisdizionale, come nel caso delle corti costituzionali, ma può essere altresì azionato dalle istituzioni stesse, dunque, anche da organi politici, quali il Governo o il Parlamento. Per tale motivo esso dovrebbe essere ritenuto non ammissibile all'interno di un ordinamento sovranazionale – al quale gli Stati membri hanno stabilito di conferire una primarietà rinunciando ciascuno a rispettive quote di sovranità – qual è l'ordinamento giuridico dell'Unione europea e in tale direzione si muove l'interpretazione della Corte di giustizia<sup>18</sup>.

### 2.1. Il problema del *deficit* democratico e la relativa ammissibilità del rimedio «*ultra vires*»

Sennonché, volendo offrire una prospettiva comparatistica, si pongono in rilievo alcuni profili critici dell'ordinamento giuridico europeo in grado di far scaturire alcuni dubbi, non del tutto infondati, in merito all'espunzione definitiva del rimedio *ultra vires*.

Su tutti, non può non menzionarsi l'assetto anomalo che caratterizza l'edificio istituzionale dell'Unione europea, il quale comprende la Commissione, organo esecutivo e che al contempo vanta rilevanti prerogative sul versante del potere legislativo, e il Parlamento che non svolge la sua funzione 'classica', ovvero tipica, così come articolata negli ordinamenti democratici. Un organo privo di funzioni realmente determinanti, che manifesta un difetto di legittimità se correlato al modo in cui esso viene eletto.

In altri termini, il Parlamento, per le modalità con cui esso viene eletto e successivamente si compone, deriva sì dalla sovranità popolare, e per questa chiara ragione è legittimo, ma non può dirsi altrettanto per le funzioni

<sup>17</sup> È ciò che si è verificato nel già menzionato caso *Taricco* – in particolare per quanto concerne il principio di legalità penale e il valore 'sostanziale' e non meramente 'processuale' della prescrizione – e che ha condotto la Corte costituzionale italiana a minacciare l'esperimento dei controllimiti verso la decisione della Corte di giustizia, se quest'ultima non avesse rivisitato la propria decisione. Per ulteriori approfondimenti si fa rinvio agli autori citati in nota 9. Tuttavia, la Corte costituzionale non è giunta per la prima volta a esercitare tale sindacato nel caso *Taricco*, ma già in passato si era espressa su una controversia rilevante in materia di diritto internazionale, che ha condotto il giudice delle leggi, come *extrema ratio*, all'esperimento dei controllimiti, rivendicando il primato dei principi supremi e irrinunciabili dell'ordinamento costituzionale nazionale. Sul punto, Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238 che ha rivisto sensibilmente il proprio precedente orientamento così come tenuto nel c.d. caso *Russel*, Corte Cost., 18 giugno 1979, n. 48/1979.

<sup>18</sup> CGUE, 18 dicembre 2014, parere 2/2013, in particolare per quanto riguarda l'autonomia del diritto dell'Unione dagli Stati membri, par. 170 ss.; *Ibidem*, 8 maggio 2020, comunicato stampa 58/20, consultabile su [curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058it.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-05/cp200058it.pdf). Nel comunicato, la Corte di giustizia richiama la propria giurisprudenza, *ex multis*, 2 ottobre 1987, *Foto-Frost*, C-314/85, punti 15 e 17; 14 dicembre 2000, *Fazenda Pública*, C-446/98, punto 49; 4 luglio 2006, *Adeneler e a.*, C-212/04, punto 122.

(o poteri) che gli competono, in particolare in materia legislativa, di cui esso dovrebbe essere il principale titolare e conoscitore.

Il che costituisce una rilevante anomalia per la struttura dell'Unione. Infatti, nonostante questa si caratterizzi per la presenza di una pluralità di istituzioni, è connotata da un *deficit* democratico<sup>19</sup> non assolutamente trascurabile, rappresentato dal mancato bilanciamento nel riparto di competenze e, in particolar guisa, dal (non) ruolo che è riconosciuto al Parlamento<sup>20</sup>. Un ruolo fortemente ridimensionato rispetto a quello delle altre istituzioni, in particolare della Commissione.

---

<sup>19</sup> La questione del *deficit* democratico è stata presa in considerazione tempo addietro mediante l'ipotesi paradossale per cui l'Unione se chiedesse di far parte dell'UE non potrebbe essere ammessa, non essendo in regola con i principi e i parametri da essa stessa richiesti. Sul tema si veda L. Elia, *Prime osservazioni sulla forma di governo nella costituzione per l'Europa*, in *Diritto pubblico*, Roma, 2003; R. Dahrendorf, *Dopo la democrazia*, intervista (a cura di) A. Polito, Roma-Bari, 2003; S. Illari, *Sulla nozione di forma di governo e l'ordinamento dell'Unione Europea. Aspetti problematici del difficile cammino verso un nuovo ordine politico*, in *Nomos*, Roma, III, 2008; J. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, Berlino, 2011, trad. it., *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, 2012; G. Amato, E. Galli Della Loggia, *Europa perduta?*, Bologna, 2014.

<sup>20</sup> Ancora, questo *deficit* è stato rinvenuto da più parti e in più ambiti. In questa sede – non essendo possibile svolgere numerosi esempi – si richiama, sul versante penalistico, come in parte già visto nell'annosa vicenda Taricco, A. Fiorella, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Torino, 2018, p. 70, che osserva come «attraverso il Parlamento creatore e controllore delle norme penali, il popolo, sia pur indirettamente attraverso i suoi organi rappresentativi, crea e controlla la produzione della norma e della sanzione. Le istituzioni eurocomunitarie non garantiscono il medesimo tasso di democraticità. Gli organi comunitari e dell'Unione europea, in cui dovrebbero esprimersi in maniera essenziale la potestà punitiva, sono organi in cui manca una vera rappresentatività democratica, assimilabile a quella del Parlamento nazionale. Il parlamento non è infatti dunque produttore di norme, almeno nella sua istituzionale ed essenziale caratterizzazione. Se l'Unione europea maturerà e le stesse istituzioni comunitarie muteranno la loro fisionomia, con una redistribuzione di competenze, garantendo attraverso la produzione normativa parlamentare il sufficiente tasso di democraticità, la conclusione sarebbe diversa...». A questo proposito si consideri anche A. Palazzo, *Il principio di legalità tra Costituzione e suggestioni sovranazionali*, in AA.VV., *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche, Atti del convegno di Pisa 8-9 maggio, 2015* (a cura di G. De Francesco-A, Gargani), p. 13 ss., e spec. p. 18. Sul versante istituzionale, in particolare sull'adozione della moneta unica, M. Luciani, *L'ordine costituzionale. Nozione e vicende*, in *L'ordine costituzionale come problema storico, SISD* (a cura di) S. Puliatti, Torino, 2016, p. 73 ss., sostiene che «la rinuncia alla sovranità monetaria, come era stato previsto dai commentatori più avveduti, doveva avere fatalmente conseguenze a cascata, che avrebbero coinvolto il governo sia delle entrate che delle spese pubbliche. Le vicende di questi ultimi mesi dimostrano che il processo di integrazione comunitaria non può più andare avanti nella logica tradizionale degli aggiustamenti progressivi, magari indotti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, ma ha bisogno di un salto di qualità in avanti, oppure di un arresto, per non dire di un ritorno all'indietro, verso l'approdo di una semplice zona di libero scambio... proprio le vicende recenti mostrano almeno due cose: che l'integrazione europea, concepita così come lo è stato sinora, ha costi pesanti in termini di diritti sociali; che il sacrificio di quei diritti è tanto più gravoso quanto meno aperti sono i canali di trasmissione della volontà politica dei cittadini chiamati a subirlo. In Italia la chiusura di quei canali crea problemi di rendimento democratico particolarmente significativi, vista la qualità del disegno dei rapporti tra società civile e società politica che era stato tracciato dalla Costituzione... Né credo che possa essere plausibile la prospettiva di quello che a me sembra un vero e proprio "ordine anarchico",

Alla luce di ciò che si è ora cercato di porre in rilievo, l'Unione è dunque definibile come un'istituzione a trazione prevalentemente del potere esecutivo, dove la sovranità popolare non è in grado, *rebus sic stantibus*, di incidere a causa della marginalità dell'organo in cui si manifesta, il Parlamento europeo.

In secondo luogo, è doveroso considerare, anche se brevemente, un'ulteriore questione, ovvero quella concernente l'ambito di operatività dell'ordinamento dell'Unione, incentrato particolarmente sul principio di sussidiarietà, ma sovente anche su un non principio. Si vuole fare riferimento alla dottrina dei «poteri impliciti»<sup>21</sup>, in costante affermazione e sempre più

---

aperta dalla diffusa dottrina delle “reti decisionali” o del “costituzionalismo multilivello”... Continuo a ritenere, dunque, che l'esigenza di una ἀρχή, di un potere ordinante la complessa tessitura dei rapporti tra società politica e società civile resti intatta. E che lo resti anche l'esigenza che questo potere ordinante sia conformato in senso democratico e non sia esercitato aristocraticamente da élites tecnocratiche, della cui lungimiranza e capacità di analisi del reale è lecito dubitare». Si veda anche Id., *Il futuro dell'Europa. Note a margine, Relazione conclusiva al Convegno “Passato, Presente, Futuro del costituzionalismo e dell'Europa”*, organizzato dalla Fondazione Paolo Galizia – Storia e Libertà nell'ambito del Master in Istituzioni Parlamentari “Mario Galizia” per consulenti d'Assemblea, Roma, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Aula degli Organi collegiali, 12 maggio 2018, ora in *Nomos*, II, 2018, pp. 1-10. In merito un'attenzione particolare è dedicata da A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 66 ss.; Id., *Europa a due velocità. Postpolitica dell'Unione europea*, Reggio Emilia, 2017; Id., *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014; A. Sandulli, *Il bazooka giurisdizionale tedesco e la politica monetaria della banca centrale europea*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, p. 4664; F. Salmoni, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Padova, 2021.

<sup>21</sup> In particolare, ordinamenti giuridici ‘superiori’ come quello europeo o internazionale hanno trovato un loro fondamento interpretativo – capace di imporsi al di sopra degli Stati – anche sulla c.d. dottrina dei «poteri impliciti», la quale precisa che un ente non dispone solo dei poteri ad esso ‘espressamente’ trasferiti dai rispettivi Stati membri, bensì anche di ulteriori poteri e, in particolare, di quelli necessari per svolgere liberamente l'esercizio delle competenze e delle funzioni a esso assegnate. Pertanto, si tratterebbe di una dottrina tesa ad ‘estendere’ il più possibile il lato autonomo ed indipendente dell'ente sovra-statale rispetto agli Stati che ne fanno parte. Sul punto A. Giardina, *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975; K. Skubiszewski, *Implied powers of International Organizations*, in *International Law at a time of Perplexity. Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht-Boston-Londra, 1989; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; A. Mignolli, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009, p. 82 ss.; R. Calvano, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, (a cura di) S. Mangiameli, *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, pp. 100-101. L. Azoulay, *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014. L. Melica, *L'Unione incompiuta*, Napoli, 2015, p. 26 ss., afferma che in ossequio «al principio del rispetto delle basi giuridiche del Trattato, gli atti normativi europei devono fondarsi sul principio di competenza e devono indicare, quale requisito di validità, non solo gli specifici settori del Trattato su cui intervengono, ma anche gli obiettivi ed i limiti dell'intervento a tutela e garanzie delle prerogative statali (principio di sussidiarietà). Ciascun intervento, inoltre, deve rispettare il principio di non eccessiva ingerenza (principio di proporzionalità) sulle attribuzioni e le leggi statali. È bene evidenziare che la citata ripartizione delle materie ed i relativi obblighi consacrati nel Trattato sono considerati dalla Corte di Giustizia *oneri di natura costituzionale* e come tali possono essere derogati solo in casi eccezionali, limitatamente ai quali è la stessa Corte ad

dilagante all' interno dell'ordinamento sovranazionale, di cui la *clausola di flessibilità* ex art. 352 del TFUE rappresenta una concreta dimostrazione se non uno degli emblemi<sup>22</sup>. L'impiego di questo strumento giuridico consente di ovviare alla presunta e contestata rigidità del principio di attribuzione che potrebbe ostacolare l'adozione di quelle misure che siano nel frattempo divenute necessarie e ritenute indispensabili per compiere l'integrazione europea<sup>23</sup>.

Ne consegue che questo schema giuridico estende di gran lunga l'ambito di operatività dell'ordinamento dell'Unione anche e ben oltre il principio – che dovrebbe essere cardine – dell'attribuzione dei poteri e delle competenze riconosciute dai Trattati, consentendo all'Unione di agire anche qualora l'assunzione di specifici poteri non sia desumibile né da una precisa disposizione dei Trattati né mediante un'interpretazione estensiva della stessa. Il che configura un ordinamento in grado di operare al di là del non più inderogabile assioma fissato dal tradizionale principio di legalità,

---

operare un sindacato giurisdizionale. Tuttavia... la Corte non ha mancato di applicare a più riprese tali eccezioni con l'effetto di far espandere le competenze delle Istituzioni europee rispetto a quelle statali. Questi orientamenti si sono potuti sviluppare grazie e soprattutto all'estrema genericità dei fini del Trattato ed all'obbligo delle Istituzioni europee di perseguire tali fini. Questa tecnica interpretativa, nota in dottrina come teoria dei poteri d'azione impliciti, è stata utilizzata dalla Corte di giustizia in talmente tante occasioni da divenire pregnante nel diritto europeo, al punto da essere incorporata nel Trattato all'art. 352 TCE (*ex art. 308*)».

<sup>22</sup> L'art. 352 del TFUE, nel prevedere la misura della clausola di flessibilità, precisa che «se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate». In merito, soltanto nel periodo 1987/1999, la Comunità/Unione europea è giunta ad emanare oltre quattrocento atti normativi regolativi di numerosi settori di competenza. L. Melica, *L'Unione incompiuta*, cit., 29, ha osservato che «l'Unione ha interpretato estensivamente settori chiave, quali le relazioni esterne, la libera circolazione dei lavoratori, le politiche sociali, la politica regionale, il coordinamento degli interventi strutturali e la ricerca scientifica. Un'altra importantissima materia nella quale tale principio ha trovato spazio è quella degli accordi internazionale... Le Istituzioni europee, in definitiva, hanno quasi istintivamente iniziato ad espandere le attribuzioni ad esse assegnate dal Trattato comportandosi in modo simile alle istituzioni federali di uno Stato federale o centrali di uno Stato regionale, ricevendo l'avallo, proprio come si verifica in questi sistemi, degli organi di giustizia costituzionale».

<sup>23</sup> Per un approfondimento relativo all'iter storico e giuridico della questione, tra le tante opere, si veda S. Baroncelli, *La partecipazione dell'Italia alla governance dell'Unione europea nella prospettiva del Trattato di Lisbona. Un'analisi delle fonti del diritto nell'ottica della fase ascendente e discendente*, Torino, 2008; M. Dony, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles, 2008; K. H. Fischer, *Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag*, II Auflage, Baden-Baden, 2008; A. L. Valvo, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea. L'integrazione europea oltre Lisbona*, Roma, 2011; A.M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2014; G. Caggiano, *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, 2018; E. Pistoia, *Limiti all'integrazione differenziata dell'Unione europea*, Bari, 2018; F. Ippolito, M. E. Bartoloni, M. Condinanzi, *The EU and the Proliferation of Integration Principles Under the Lisbon Treaty*, Londra, New York, 2019; M. Carta, *Unione europea e tutela dello stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020; C. Morini, *Dialogo e partecipazione nella governance dell'Unione europea*, Bari, 2020.

secondo cui ogni atto autoritativo, quale manifestazione del potere, deve essere basato su di un'espressa disposizione di legge. Non risulta essere, allora, inopportuna la tesi secondo la quale il frequente ricorso alla dottrina dei poteri impliciti sia da considerarsi come tutt'altro che in sintonia con il principio di legalità.

In particolare, ciò emerge da alcune decisioni e da alcuni pareri resi dalla CGUE in sede di interpretazione di norme contenute nei Trattati<sup>24</sup>. Non di rado, la Corte sovranazionale fa ricorso al combinato disposto tra più articoli dei Trattati stessi – o anche tra questi e la Carta di Nizza – per estendere il proprio ambito di operatività e, dunque, di sindacato. Questo poiché le sarebbe precluso se si limitasse ad attenersi a una più rigida lettura delle norme concernenti le materie sulle quali non è direttamente ed espressamente legittimata a giudicare. È proprio quanto si è verificato, di recente, nella menzionata controversia giurisdizionale che ha coinvolto il Tribunale costituzionale polacco e il giudice del Lussemburgo.

Infatti, la CGUE ha censurato i provvedimenti approvati dall'esecutivo polacco ritenuti lesivi del principio dello stato di diritto, in particolare l'aver posto a repentaglio l'indipendenza dei giudici nazionali, motivando la propria decisione seguendo un *iter* interpretativo non del tutto chiaro e lineare, ovvero sulla base del combinato disposto degli artt. 2 e 19 del TUE e, inoltre, dell'art. 47 della Carta di Nizza. Questo giustificherebbe, rendendolo legittimo, l'intervento giurisdizionale della Corte, a causa della mancanza di una precisa ed espressa norma contenuta nei Trattati che preveda *sine dubio* la competenza dell'Unione europea in materia<sup>25</sup>.

A questo punto, la domanda sorge spontanea: quale *remedium* per l'ordinamento giuridico statale in presenza di eventuali, future ingerenze ed estensioni di competenze ad opera delle istituzioni comunitarie fuori da ogni tipo di controllo se non da quello della CGUE stessa?

A questa domanda pare si debba rispondere andando per esclusione. Non configurandosi un'ipotesi di controlimita poiché, come ribadito in precedenza, esso è esperito ove sussista una competenza attribuita dai Trattati, si deve dedurre che l'unica via percorribile sia quella rappresentata dal sindacato *ultra vires*. Da ciò deriva inevitabilmente uno scenario sempre più complicato, ma non è detto che il modo migliore di ovviare a tale *impasse* sia dichiarare l'illegittimità e l'illogicità del sindacato *ultra vires*, soprattutto per le ragioni che poc'anzi si è tentato di illustrare.

In conclusione, potrebbe obiettarsi che, come sovente accade, la soluzione migliore si rinvenga nel mezzo. Per quel che concerne più nello specifico la fattispecie qui oggetto d'esame, l'esercizio del sindacato *ultra vires* ad opera del Tribunale costituzionale polacco è da giudicare infondato, inconsistente, ma soprattutto non ragionevole, stando al dispositivo della

---

<sup>24</sup> *Ex multis*, si citano le prime 'storiche' pronunce, in questa direzione, rese dalla CGUE, 13 marzo 1971, *Commissione CE v. Consiglio CE*, n. 22/70; 12 luglio 1975, *Massey/Ferguson*, n. 8/73. Ancora, sull'estensione delle competenze europee a discapito di quelle statali, CGUE, parere 6 dicembre 2001, protocollo di Cartagena 2/00; anche CGUE, 1° ottobre 2009, *Commissione/Consiglio*, c.d. caso *Cites*, C-370-07. Per una prospettiva critica della vicenda, si consideri G. Morbidelli, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, IV, Milano, 2007, pp. 703-777; L. Melica, *L'Unione incompiuta*, cit., 26-27.

<sup>25</sup> CGUE, 15 luglio 2021, *Commissione v. Polonia*, C-791/19, par. 52 ss.

sentenza, e bene ha fatto in precedenza la CGUE a esprimersi negativamente sulle scelte politiche e giudiziarie adottate dalla Polonia e dal suo Governo.

Quest'ultimo pretende di imporre la prevalenza della propria Costituzione sul diritto sovranazionale per raggiungere degli obiettivi opinabili, volti, su tutti, a riformare l'ordinamento giudiziario interno e che, di conseguenza, pongono a repentaglio i valori dello stato di diritto condivisi all'interno dell'Unione. La resistenza della CGUE e delle istituzioni europee all'esercizio del sindacato *ultra vires*, in quest'ottica, dovrebbe allora rappresentare una garanzia verso i valori comuni europei che la Polonia ha scelto tempo addietro di perseguire, e portare, altresì, a un ripensamento da parte del governo nazionale tale da indurlo a effettuare un doveroso *dietrofront*.

D'altro lato, però, la possibilità di eccepire lo strumento *ultra vires* – inteso quale rimedio esercitabile nei soli casi di *extrema ratio* – costituisce una necessaria valvola di sicurezza per l'ordinamento giuridico nazionale per paralizzare decisioni – che talora possono avere le sembianze di vere e proprie imposizioni – esorbitanti le competenze riconosciute dai Trattati stessi all'Unione europea e in grado di minare o financo ledere quei principi ritenuti supremi e irrinunciabili dalle Costituzioni degli Stati.

Questa rappresentazione può esclusivamente configurarsi e iscriversi in un contesto nel quale vi sia costantemente un fitto dialogo – ben venga se, di rado o sovente, vi sia anche uno scontro se è vero che non vi è democrazia senza conflitto<sup>26</sup> – tra corti, ove, di volta in volta, si ponga in atto un'attenta disamina della singola controversia e, di riflesso, vi sia una ricomposizione del conflitto mediante il dialogo stesso.

Nel caso polacco la CGUE e le altre istituzioni dell'Unione si sono poste quale argine a una riforma complessiva che si ritiene violi i principi dello stato di diritto, ma al contempo risulta fondamentale non escludere in modo *tranchant*, per il futuro, l'esercizio del sindacato *ultra vires* quale rimedio straordinario nei confronti del diritto dell'Unione. Questo perché l'UE, sovente, ha reso non ingiustificato l'esperimento di questo strumento giuridico da parte degli Stati membri a causa delle diverse e sempre più pressanti pretese che essa intende esercitare a discapito delle rispettive sovranità nazionali, anche trascendendo, come dapprima evidenziato, i confini delle proprie tassative competenze.

Pare infatti che questa sia, al momento, un'opzione non meno ragionevole di altre che, invece, portano a sancire la prevalenza del diritto europeo e dei vari *diktat* della Corte di giustizia in ogni spazio e in ogni tempo, collocando nel dimenticatoio i difetti di democraticità e, in particolare, di scarsa rappresentanza che concernono attualmente, come ricordato, le istituzioni euro-unitarie. In presenza di un simile scenario, appare necessaria la sopravvivenza del sindacato *ultra vires*.

### 3. La questione politica e la questione giuridica: una comparazione necessaria tra Tribunale costituzionale polacco e *Bundesverfassungsgericht*. Sindacato «*ultra vires*» o «sostitutivo»?

---

<sup>26</sup> G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, ora ed. rist. 2021, p. 404.

Questa forma di sindacato giurisdizionale, per la prima volta in sede europea, è stata rilevata dalla Corte costituzionale tedesca nel noto *Maastricht Urteil* del 1993<sup>27</sup> e, da ultimo, nel caso *PSPP* (c.d. *Quantitative easing*)<sup>28</sup>, sopra richiamato e deciso con sentenza il 5 maggio 2020, con il quale i giudici hanno espresso le proprie perplessità in merito al programma concernente l'acquisto di titoli di debito disposto dalla BCE, ritenendo questa decisione *ultra vires*, ovvero al di là delle competenze riconosciute dai Trattati all'azione della banca<sup>29</sup>. Disputa, quest'ultima, non ancora terminata e che,

<sup>27</sup> Bundesverfassungsgericht, *Maastricht Urteil*, 1993, 2 BvR 2134, 2159/92.

<sup>28</sup> *Ex multis*, Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 859/15, 1615/15, 2006/15, 980/16. Al programma *de quo* ne ha fatto seguito un ulteriore, il c.d. *Piano Lagarde*, annunciato dalla Governatrice della BCE per contrastare gli effetti negativi economici arrecati dalla pandemia, come riportato da E. Scirè, *Lagarde annuncia un nuovo Quantitative Easing*, in <https://startingfinance.com/news/lagarde-annuncia-un-nuovo-quantitative-easing/> del 12 marzo 2020; 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*, II, 2020, p. 2869 ss., in particolare 2680; L. N. Antonelli, *Bce, Lagarde sta preparando bazooka post-PEPP: verso nuovo scudo BTP*, in *Finanza.com* del 7 ottobre 2021.

<sup>29</sup> Bundesverfassungsgericht, *Urteil des Zweiten Senats vom 05. Mai 2020*, 2 BvR 859/15, Rn (1-237). Per un *excursus* e un commento della vicenda J. Ziller, *L'insopportabile pesantezza del giudice costituzionale tedesco*, in [www.aisdue.eu](http://www.aisdue.eu), II, 2020, p. 3, il quale sostiene che «la principale critica che si può muovere a questa sentenza dal punto di vista del diritto dell'Unione europea – al di là del suo effetto specifico sul programma CSPP e sulle azioni della BCE e del Sistema europeo di banche centrali (SEBC) – è che il BverfG per la prima volta mette in atto la minaccia più o meno esplicita di non attuare le decisioni della CGUE già contenuta in diverse sue precedenti sentenze, in particolare nella sentenza sul trattato di Lisbona, e nel testo delle sue domande di pronuncia pregiudiziale nelle cause Gauweiler<sup>3</sup> e Weiss: il BverfG si arroga il potere di valutare in via definitiva la legalità di un atto dell'Unione europea e rischia quindi di smantellare l'unità di applicazione del diritto dell'Unione»; B. Caravita, M. Condinanzi, A. Morrone, A. Poggi, *Da Karlsruhe una decisione poco meditata in una fase politica che avrebbe meritato maggiore ponderazione*, in *Federalismi*, Roma, XIV, 2020, p. 166; M. Poiarés Maduro, *Some Preliminary Remarks on the PSPP Decision of the German Constitutional Court*, in *Verfassungsblog.de*, 6 maggio 2020; M. Ruffert, *Seul un contrôle crédible et approfondi des faits fondant la politique de la BCE peut engendrer la confiance*, in *Le Monde*, 13 maggio 2020; A. Somma, *Democrazia e mercato*, cit., 2876, osserva che la «Corte di Karlsruhe riconosce che la cessione di sovranità monetaria equivale a una limitazione della "legittimazione democratica" e dunque a una compressione del "principio democratico", ma anche che questa avviene nel solco di una impostazione "sperimentata nell'ordinamento tedesco e dimostrata sul piano scientifico". Di qui la saldatura tra principio democratico e ortodossia neoliberale, realizzata dalla decisione sul Quantitative easing promosso dalla Banca centrale europea del Presidente Draghi»; Id., *Quando l'Europa tradi se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021, in particolare p. 103 ss.; L. F. Pace, *Il BVerfG 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*, Roma, XVI, 2020, pp. 298-309; O. Chessa, *Il principio di attribuzione e le corti costituzionali nazionali. Sulla pronuncia del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020*, III, 2020, p. 2741, pone in evidenza come «la Corte di Karlsruhe sconfessa il pronunciamento del giudice europeo, rivendicando per sé un autonomo potere di interpretazione e applicazione dei Trattati; e dichiara *ultra vires* il PSPP, nel presupposto che non abbia adeguatamente ponderato alla luce del principio di proporzionalità gli "effetti di politica economica" che ne potrebbero conseguire: effetti di per sé esulanti dalla conduzione delle politiche monetarie e quindi lesivi delle competenze nazionali in materia di politica fiscale.

anzi, ha provocato l'irrigidimento delle posizioni delle istituzioni di Bruxelles sino a indurle ad attuare, il 9 giugno del 2021, l'apertura di una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato tedesco<sup>30</sup>. In proposito, sembra essere inequivocabile l'attenzione che i giudici polacchi hanno rivolto al *Bundesverfassungsgericht*. Quindi, può risultare utile il riferimento alla decisione assunta dalla Corte tedesca nel caso *PSPP*, al fine di evidenziare analogie e differenze con la pronuncia adottata dai giudici della Polonia<sup>31</sup>.

La recente controversia fra Germania e Unione europea sorge in conseguenza della sentenza *Weiss*<sup>32</sup> della Corte di giustizia, con la quale la corte sovranazionale ha giudicato come legittimo il programma economico concernente l'acquisto di titoli di debito – da parte degli Stati membri dell'Unione – varato dalla Banca centrale europea ex art. 123 TFUE. A questa misura di politica economica, rientrante nella piena e nella sola, stando alla previsione dei Trattati, «discrezionalità tecnica»<sup>33</sup> della BCE, il

---

Tuttavia, offre alla BCE la possibilità di chiarire la propria posizione, concedendo un termine di tre mesi per la trasmissione di un memorandum esplicativo diretto a contro-argomentare perché dal programma di QE non deriverebbero le implicazioni denunciate».

<sup>30</sup> In merito alla procedura di infrazione nei confronti della Germania, si consideri B. Romano, *Germania sotto procedura UE per violazione dei poteri della Corte di giustizia*, in *ilsole24ore.com* del 9 giugno 2021; D. Urania Galletta, J. Ziller, *Calmi tutti: è un atto dovuto! A proposito della procedura d'infrazione contro la Germania per la vicenda Weiss*, in *Eublog.it* del 16 giugno 2021. Interessante è quanto obiettato da A. Francescangeli, *La Commissione europea apre una procedura di infrazione contro la Germania per la sentenza del BVerfG sul PSPP: l'ennesimo atto dei nodi irrisolti (e volutamente ignorati) dell'integrazione europea*, in *diritticomparati.it* del 26 luglio 2021, Roma-Milano, secondo cui «un merito che va riconosciuto alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco sull'integrazione europea, è quello di tenere accesa la luce sui problematici rapporti tra il processo di integrazione sovranazionale e i relativi obiettivi e quelli che gli stati europei si erano proposti di perseguire nel dopoguerra e avevano codificato nelle proprie costituzioni. Costituzioni che sempre più spesso dal punto di vista delle istituzioni europee vengono o degradate a “tradizioni costituzionali comuni”, ovvero apertamente ignorate in una logica che prescinde dal diritto costituzionale degli stati (come è avvenuto nel caso Taricco, dove la Corte di giustizia nella propria decisione non pronuncia mai la parola “costituzione”)».

<sup>31</sup> Per le critiche mosse dalla dottrina, in proposito, si rimanda alla nota numero 12.

<sup>32</sup> CGUE, 11 dicembre 2018, C-493/17, sent. *Weiss e a.*

<sup>33</sup> C. Barbagallo, *Intervento al Convegno “Unione Bancaria e Basilea 3 – Risk & Supervision 2015, La vigilanza bancaria unica: sfide e opportunità dell'Associazione Bancaria Italiana (ABI) del 23 maggio 2015*, Roma, pp. 1-15; M. P. Chiti, *La legittimazione per risultati dell'Unione europea quale “comunità di diritto amministrativo”*, in *Astrid online*, VIII, 2016, p. 18 ss.; A. Sciortino, *Il ruolo della BCE nel complesso equilibrio tra tecnica e politica*, in *Nuove Autonomie*, III, Napoli, 2020, p. 699 ss.; G. Boso, *L'état delle banche centrali*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, II, Pisa, 2021. Sulla nozione di «discrezionalità tecnica», così come tramandata nella dottrina amministrativista si tenga in considerazione M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetti e problemi*, Milano, 1939; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, p. 8 ss., il quale si sofferma sull'evoluzione che ha riguardato la discrezionalità tecnica e la tecnica intesa quale struttura del potere reale; G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, in particolare p. 22 ss.; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; D. Mastrangelo, *La tecnica nell'amministrazione fra*

giudice delle leggi tedesco ha risposto mediante una durissima presa di posizione, censurandola mercè l'esercizio del sindacato *ultra vires*, in guisa non meno pretestuosa di come fatto, di recente, dal Tribunale costituzionale polacco<sup>34</sup>.

Nel merito, la Corte costituzionale tedesca, con diverse censure rivolte alla sentenza *Weiss*, ha sindacato il contenuto discrezionale della politica monetaria della Banca centrale, esortando – piuttosto animosamente – sia il legislatore che il governo nazionale a rivedere sensibilmente la loro adesione al programma economico approvato. Non solo, ma la Corte si è spinta fino a indicare agli organi nazionali la modifica da apportare al programma medesimo, consistente nell'attuare una revisione delle misure di politica monetaria «espansive» verso i paesi membri dell'Eurozona, i quali abbiano un rapporto debito pubblico/prodotto interno lordo elevato, come nel caso italiano<sup>35</sup>.

I risultati dimostrano come non sia la Germania, attraverso gli organi politici deputati a manifestare la volontà statale, a deliberare legittimamente decisioni sulla base della propria discrezionalità nei confronti dell'ordinamento sovranazionale, ma la Corte costituzionale – quale, appunto, organo supremo giurisdizionale – a pretendere di imporre proprie misure di natura politica, a sua discrezione, verso il Parlamento tedesco e verso la BCE. In sostanza, è una decisione che si concretizza in una vera e propria sostituzione dell'organo giurisdizionale all'organo politico.

Come appena menzionato, queste decisioni appaiono, piuttosto, dirette a impedire l'attuazione – in un momento storico di crisi in cui versano la gran parte degli Stati membri dell'UE – di misure economiche volte a contenere l'indebitamento, ad agevolare politiche di tipo espansivo e anticicliche in favore dei paesi dell'eurozona che abbiano un elevato rapporto

---

*discrezionalità pareri e merito*, Bari, 2003; F. Cintioli, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e «giurisdizionalizzazione»*, Milano, 2005.

<sup>34</sup> Non è nuovo questo atteggiamento ad opera della Corte di Karlsruhe nei confronti di una tematica verso la quale – come nel caso della politica economica dell'UE – il giudice tedesco ha sempre mostrato un'attenzione soverchia. A riguardo, si pensi al noto caso, non del tutto differente, OMT, sul quale si rinvia a E. Mostacci, *Dal «dialogo» al decalogo: le OMT nel primo rinvio pregiudiziale del Bundesverfassungsgericht*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, Torino, 2014, pp. 35-43; E. Cannizzaro, *Democratie a “la carte” and the future of Europe. Some thoughts on the Brexit and on the role of democracy in the process of integration. Il futuro dell'Unione Europea alla luce della sentenza del BVerfG sugli “OMT” e della Brexit*, in *Intlis*, II, 2016; L. F. Pace, *The OMT case: Institution Building in the Union and a (failed) nullification crisis in the process of European integration*, (a cura di) L. Daniele, P. Simone, R. Cisotta, *The democratic Principle and the Economic and Monetary Union*, Elger, 2017, p. 371 ss.

<sup>35</sup> Bundesverfassungsgericht, 5 maggio 2020, cit., par. 235. In merito, A. Sandulli, *Il bazooka giurisdizionale*, cit., 4659, evidenzia che la Corte tedesca «ha sostenuto espressamente di volersi limitare all'esame del *Public Sector Purchase Program* (PSPP), ma, di fatto, ha delineato i criteri per gli interventi futuri di politica monetaria della Banca Centrale Europea (BCE) e per l'intensità del sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia sulla legittimità degli atti di autorità indipendenti. In un certo senso, compiendo una forzatura, si potrebbe dire che i giudici di Karlsruhe sono incorsi nello stesso vizio di usurpazione di poteri politici non delegati che hanno imputato alla BCE». Si veda anche A. Ferrari Zumbini, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sulla BCE: una decisione contraddittoria*, in *DPCE online*, II, 2020.

debito pubblico/PIL<sup>36</sup>. Il che non fa altro che corroborare la tesi secondo la quale in Europa si sia definitivamente concluso il trapasso dal modello di capitalismo renano, che ‘era’ in gran parte diffuso nell’Europa continentale, al modello di capitalismo neoliberale statunitense, già anticipato in tempi non sospetti, da Michel Albert<sup>37</sup>. È questo il modello di riferimento che hanno inteso adottare – e tuttora continuano a difendere a oltranza – le istituzioni sovranazionali dell’Unione europea, nonostante le recenti ripercussioni sociali ed economiche arrecate dalla pandemia da Covid-19<sup>38</sup>.

Tornando ora alla pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, appare ragionevole sostenere che essa non solo ha statuito l’illegittimità della decisione della BCE, ma anche censurato parte della sentenza *Weiss* della CGUE, ritenendola *ultra vires* e, di riflesso, non vincolante per l’ordinamento tedesco<sup>39</sup>.

Al contempo, però, lo stesso giudice nazionale, non senza qualche ambiguità, ha salvato il *PSPP* affermando la sua legittimità sotto il profilo dell’articolo 123 del TFUE e giudicandolo, dunque, vincolante per l’ordinamento dello Stato. Tuttavia, il sindacato giurisdizionale pare oltrepassare financo il carattere *ultra vires* – rivestendo un carattere assimilabile a quello politico – nella parte in cui la Corte tedesca giudica come incostituzionale il comportamento sia del Parlamento che del Governo. Questo poiché, a dire della Corte, gli organi politici non hanno adottato le necessarie misure atte a impedire tanto l’adozione quanto l’esecuzione medesima del *PSPP*. Per tale ragione, i giudici del *Bundesverfassungsgericht*

---

<sup>36</sup> Si tratta della tipica impostazione neoliberale propugnata per tutto il corso della costruzione economica europea – in particolare dalla Germania – e recepita *in toto* dall’Unione europea. Come ha sottolineato A. Somma, *Quando l’Europa tradì se stessa*, cit., 141, l’Europa ha deciso di «affrontare la crisi del debito sovrano riproponendo e, anzi, inasprendo la combinazione di ricette che l’hanno provocata: quelle volte a esaltare il mercato come principale strumento per la redistribuzione delle risorse, e a mortificare lo Stato in quanto ostacolo al corretto funzionamento del meccanismo sovranazionale», *Ibidem*, cit., 180-181, sostiene che la prevalenza del neoliberalismo ha sovvertito l’equilibrio che si era venuto a creare tra capitalismo e democrazia durante l’epoca dei Trenta gloriosi e dell’attuazione delle tesi economiche keynesiane, «concepite per impedire ai mercati di fagocitare la società (...) I fallimenti del mercato sono stati presentati come fallimenti dello Stato, per poi affidare a quest’ultimo il solo compito di presidiare il corretto funzionamento della concorrenza e di neutralizzare il conflitto redistributivo, fonte di una allocazione di risorse alternativa a quella dettata dal libero incontro di domanda e offerta. Il tutto consolidato in un ambito di un ordine politico sovranazionale, cui affidare il compito di alimentare la spoliticizzazione dell’ordine economico, e di ridurre l’inclusione sociale a inclusione nel mercato. È questa la ragion d’essere della costruzione europea a partire dagli anni in cui ha assunto le sembianze di un dispositivo neoliberale (...) il rovesciamento del compromesso di Bretton Woods ha determinato lo scardinamento del compromesso keynesiano, e questo l’impossibilità di un accettabile equilibrio tra capitalismo e democrazia». Sul tema, sempre Id., *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018, p. 81 ss.

<sup>37</sup> M. Albert, *Capitalismo contro capitalismo* (1991), trad. it., Bologna, 1993, p. 14 ss., 183 ss., e 204 ss. L’autore ha altresì curato un’edizione successiva, Id., *Capitalismo contro capitalismo dieci anni dopo*, Bologna, 2001, p. 390, nella quale egli – a proposito dell’inglobamento del modello renano all’interno di quello neoliberale – parla di «americanizzazione dei fondamenti dell’ordine capitalista». Per un’analisi sul punto, si rinvia ad A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, II ed., Torino, 2019, p. 100 ss.

<sup>38</sup> A. Somma, *Quando l’Europa tradì se stessa*, cit., 168 ss.

<sup>39</sup> *Bundesverfassungsgericht*, 5 maggio 2020 cit., par. 119.

hanno direttamente disposto, a carico della *Bundesbank*, l'obbligo di vendere circa cinquecento miliardi di euro di titoli di debito pubblici acquisiti in attuazione del programma *PSPP*<sup>40</sup>. Una vera e propria imposizione piuttosto che una mera indicazione sul da farsi, ammesso e non concesso che al giudice delle leggi compete formulare proposte simili in questa direzione.

Alla luce di quanto sin qui osservato, è possibile evidenziare due aspetti che si ritengono rilevanti della decisione in esame adottata dalla Corte di Karlsruhe: in primo luogo, si tratta di un sindacato *ultra vires* nei confronti tanto della sentenza *Weiss* della Corte di giustizia quanto, in parte, nei confronti della decisione discrezionale della BCE. Per altro verso, invece, si è al cospetto di un sindacato costituzionale *sui generis* e non del tutto assimilabile alle (sole) caratteristiche *ultra vires*, come si è potuto constatare nella sentenza K3/21 adottata dal Tribunale costituzionale polacco. Può considerarsi un intervento ancora più incisivo e invadente la discrezionalità politica del Governo oltre che la discrezionalità tecnica della Banca centrale europea.

A tal proposito, si ha l'impressione che la Corte tedesca si muova all'interno di un vero e proprio sindacato discrezionale, dalle sembianze associabili a un sindacato pieno e «sostitutivo»<sup>41</sup>, nella misura in cui non solo

<sup>40</sup> *Ibidem*, cit., par. 229 ss. In merito, una critica è mossa da E. Sorrentino, *L'indipendenza della Banca Centrale Europea di fronte a Karlsruhe*, in *DPCE online*, III, 2021, p. 2949, il quale afferma che «la soluzione prospettata dal BVerfG va, piuttosto, rigettata perché che sia il Bundestag a sottoporre a controllo l'operato della Bce apre un'ulteriore asimmetria fra i Parlamenti dell'Eurozona. Se alla vicenda relativa al Pspp ne seguissero ulteriori, relative al Pepp – il che è molto probabile –, e se la soluzione adottata dal BVerfG fosse la stessa, diverrebbe chiaro che i cittadini della Repubblica Federale saranno gli unici in grado di influenzare le decisioni assunte dalla Bce. È questa la vera egemonia di cui ci si dovrebbe preoccupare».

<sup>41</sup> Il sindacato «sostitutivo» – o anche detto di «full jurisdiction» – è tipico del giudice amministrativo italiano (si pensi, ad esempio, alle controversie concernenti l'adozione di sanzioni ad opera delle autorità indipendenti) e, come cercato di esporre, pare sia stato, nella fattispecie, esercitato dalla Corte costituzionale tedesca. Esso rinviene altresì la propria legittimazione nell'art. 6 della Corte EDU, ma è chiaro che non possa essere direttamente posto in relazione al caso qui in esame. Per cogliere ulteriormente i tratti pregnanti di questo sindacato giurisdizionale – anche e soprattutto alla luce del vincolo derivante dal contesto euro-unitario – si rinvia a M.S. Giannini, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963; F. Satta, *Principi di giustizia amministrativa*, Padova, 1978; M. Nigro, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro italiano*, V, Roma, 1983; Id., *Giustizia amministrativa*, (a cura di) E. Cardi e A. Nigro, VI ed., Bologna, 2002; R. Caranta, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992; M.P. Chiti, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 1998; A. Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000-2001, pp. 327-328, secondo cui «la piena giurisdizione implica il potere per il giudice di spingere il suo sindacato al di là della semplice legittimità di un atto, alla stregua dei testi legislativi e regolamentari cui fa riferimento, ed anche il potere di soffermarsi sull'opportunità stessa della decisione, e cioè sugli elementi di apprezzamento soggettivo che hanno determinato la scelta concreta dell'Amministrazione»; Id., *L'epifania della piena giurisdizione nella prima stagione della «giurisdizione propria» del Consiglio di Stato*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, II, Urbino, 2018; M. A. Sandulli, *La corte di giustizia europea e il dialogo competitivo tra le corti*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008; F. Follieri, *La giurisdizione di legittimità e "full jurisdiction". Le potenzialità del*

censura, ma indica altresì dettagliatamente gli strumenti e le misure precise che il legislatore e il governo dovrebbero (devono) adottare in materia di politica economica<sup>42</sup>. Il che potrebbe ritenersi fuorviante, in particolare per l'indebita ingerenza dell'organo giurisdizionale all'interno dello spazio discrezionale di cui il solo titolare dovrebbe essere l'organo politico. Potrebbe, pertanto, definirsi un paradosso, che tuttavia ha generato grande preoccupazione, date le modalità e i toni perentori che il *Bundesverfassungsgericht* ha inteso utilizzare come “prova di forza” nei confronti delle istituzioni di Bruxelles.

In riferimento a quest'ultimo punto, può rinvenirsi un'analogia con la pronuncia dei giudici polacchi: anche in questo caso, infatti, l'esercizio del sindacato *ultra vires* è volto a perseguire non già la salvaguardia di principi ritenuti fondamentali e imprescindibili dall'ordinamento, quanto piuttosto obiettivi assimilabili a una vera e propria imposizione politica mediante la via giurisdizionale<sup>43</sup>. Tuttavia, mentre nel *casus* polacco è il capo dell'esecutivo che invoca l'intervento del giudice delle leggi, nel caso della Germania sembrerebbe la Corte costituzionale la sola e unica protagonista, sia nelle vesti di organo giurisdizionale che in quella di organo politico<sup>44</sup>.

Una nota (ma anche una novità) non di poco conto, consistente in una imposizione di una specifica linea politica che non appare compatibile con i compiti di un organo di rilievo costituzionale e giurisdizionale qual è il *Bundesverfassungsgericht*. Ciò, oltretutto, rischia di innescare un effetto

---

*sindacato confutatorio*, in *P.A. e Amministrazione*, II, Urbino, 2018; F. G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, (a cura di) Id., e AA.VV., VIII ed., Torino, 2020.

<sup>42</sup> Bundesverfassungsgericht, 5 maggio 2020, cit., par. 171 ss.

<sup>43</sup> Questo atteggiamento tenuto dalla Germania in ambito europeo non costituisce, tra l'altro, una novità. Infatti, come ricorda A. Somma, *Sovranismi*, cit., 106, la Germania è «abituata a esercitare una vera e propria signoria sulla costruzione europea, e in tale prospettiva a riservare a se stessa spazi di manovra inconcepibili per gli altri paesi. La Carta fondamentale tedesca è stata modificata in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht, per affermare il principio secondo cui le cessioni di sovranità sono ammissibili solo se il livello sovranazionale realizza le finalità prima perseguite dal livello nazionale: solo se Bruxelles opera nell'interesse di Berlino»; anche A. Barba, *Maastricht e l'eccezionalismo tedesco*, (a cura di) Id., e altri autori, Roma, 2016, p. 123 ss.

<sup>44</sup> Dello stesso avviso è anche L. F. Pace, *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP*, cit., 307 il quale riflettendo sulla “contraddizione logica” introdotta dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 5 maggio 2020 – a proposito della presunta mancanza di proporzionalità nel programma PSPP dove la sua relativa e sempre presunta illegittimità – sostiene che la «finalità di questa “contraddizione logica” è quella di permettere al BVerfG di poter fare la “voce grossa” – in modo non dissimile da quanto già compiuto nel rinvio pregiudiziale OMT – al fine di convincere – con quella che è formalmente una “minaccia” – la BCE a modificare l'esercizio della sua politica monetaria in modo più “restrittivo”; salvo poi, successivamente e in tempo utile, far rientrare la “crisi istituzionale” minacciata». Si veda anche A. Somma, *Democrazia e mercato*, cit., 2877, il quale – commentando le parole rilasciate da M. Draghi, (*We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in *Financial times* del 25 marzo 2020) – osserva che la decisione tedesca «giunge in un momento drammatico per i Paesi europei, alle prese con l'emergenza sanitaria e la relativa crisi economica. Un'emergenza considerata alla stregua di una “tragedia umana di proporzioni potenzialmente bibliche”, e una crisi capace di generare un “costo economico elevatissimo”, tanto da esporre al rischio di una “depressione duratura”. Il tutto da affrontare inevitabilmente con un “aumento significativo del debito pubblico”, tanto che “livelli molto più elevati di debito pubblico diventeranno una caratteristica permanente delle nostre economie».

domino, in grado di causare reazioni analoghe – si pensi alla vicenda polacca – anche nelle istituzioni (politiche e giurisdizionali) di altri paesi membri, a nocumento dell'intero ordinamento giuridico sovranazionale. Il quale ordinamento continua a manifestare segnali inequivocabili di debolezza e di incapacità nel voler intraprendere una più coraggiosa via di rinnovamento, magari tentando di prendere anche spunto dalle sempre più frequenti contestazioni che a esso vengono indirizzate. In particolare, si fa riferimento all'assetto istituzionale dell'Unione, alla continua estensione delle sue competenze oltre quelle tassativamente previste dai Trattati e al relativo sindacato esercitato dalla Corte di giustizia.

#### 4. Quale scenario? La futura posta in gioco (nell'asse Varsavia-Berlino passando per Bruxelles)

Giunti a questo punto della disamina, pare che il punto focale della vicenda debba essere spostato su un altro e differente piano, che parte dall'esercizio del sindacato *ultra vires* (del cui esercizio, in questa sede, si fa salva la legittimità per le ragioni più volte innanzi esposte)<sup>45</sup> e che, senza arrestarsi, l'oltrepassa, per divenire un sindacato ancora più incisivo. Infatti, quest'ultimo risulta essere più intenso del carattere *ultra vires*, non limitandosi a paralizzare lo sconfinamento o l'eccesso di competenza ad opera delle istituzioni sovranazionali, ma piuttosto sostituendosi *de facto* agli organi politici<sup>46</sup>. Questo sarebbe certamente un sindacato da ritenersi illegittimo.

Diviene, probabilmente, più opportuno domandarsi se l'attuale assetto istituzionale dell'Unione sia suscettibile di cambiamenti e, dunque, di miglioramenti o, se esso abbia raggiunto lo *status* ultimo e, pertanto,

<sup>45</sup> Di parere contrario è, in questo caso, tra i tanti autori che si sono espressi a riguardo, sempre L. F. Pace, *La sentenza della Corte costituzionale polacca*, cit., 2 ss.; Id., *Il BVerfG e la sentenza sul programma PSPP*, cit., 308, secondo il quale, non essendo l'UE considerata una comune e ordinaria organizzazione internazionale ma *sui generis*, ne fa discendere che il controllo *ultra vires* «sebbene questo sia un controllo legittimo nelle classiche organizzazioni internazionali, esso non può essere esercitato in un ordinamento come quello dell'Unione». Una tesi, tuttavia, che – al momento – non trova riscontro nella realtà del rapporto tra ordinamenti giuridici.

<sup>46</sup> In proposito, bene ha evidenziato O. Chessa, *Il principio di attribuzione*, cit., 2742, sostenendo che «mentre la Corte italiana si attiene all'interpretazione dei Trattati offerta dalla Corte lussemburghese, riconoscendole l'ultima parola sul diritto europeo e riservandosi semmai di sindacarne la compatibilità coi controlimiti che si evincono dal nostro dettato costituzionale, invece il tribunale costituzionale tedesco concepisce il proprio ruolo in termini significativamente più estesi, poiché estende il proprio scrutinio finanche al rispetto del diritto dell'Unione da parte degli organi UE, con ciò mostrando di non sentirsi vincolato dalla giurisprudenza sovranazionale in ordine all'interpretazione dello stesso diritto europeo». Sul punto, anche F. Donati, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSPP: quale impatto sul processo di integrazione europea?*, in *Eurojus*, III, Milano, 2020, p. 173, osserva che la Corte tedesca «nel dichiarare che la CGUE e la BCE non hanno correttamente osservato il principio di proporzionalità e quindi hanno agito *ultra vires*, ha di fatto trasformato il controllo sull'esercizio del potere in un sindacato sulla titolarità dello stesso. Si tratta di una operazione che appare in netto contrasto con il sistema previsto dai Trattati, che riserva alla CGUE il potere di sindacare il modo di esercizio dei poteri affidati agli organi alle istituzioni dell'UE».

permanente e immutabile<sup>47</sup>. Se così fosse, non apparirebbe arduo immaginare il futuro che attende l'ordinamento giuridico sovranazionale: sempre più posto in discussione, sempre più autoreferenziale e poco rappresentativo, sempre rigido con i paesi membri economicamente deboli e sempre flessibile con i paesi membri forti. Ciò porterebbe, altresì, a giustificare il sempre più frequente ricorso degli Stati a strumenti giurisdizionali straordinari, qual è sicuramente il sindacato *ultra vires*<sup>48</sup>.

È questo il quadro attuale dell'Unione europea, la quale dovrebbe, piuttosto, approfittare della contingente situazione storica per adeguare ai tempi il proprio assetto istituzionale per aprirsi al pluralismo delle società e, inoltre, per non restare incastrata e soggiacere al *dominium* del mercato e alle esigenze dettate dal regime concorrenziale<sup>49</sup>. Prima che sia troppo tardi.

Per concludere, su un piano strettamente giuridico e istituzionale, la pronuncia K3/21 del Tribunale costituzionale polacco si colloca in uno scenario di diritto nuovo, che trascende le questioni inerenti la legalità e i principi dello stato di diritto, così come condivisi *lato sensu* dal resto dei paesi appartenenti all'Unione europea. Su un versante più propriamente politico, viceversa, non può trarsi la medesima conclusione. La decisione in argomento non si colloca in uno scenario nuovo e sconosciuto alla Corte di giustizia e alle istituzioni politiche europee, tutt'altro<sup>50</sup>. Questa pronuncia pare ricalcare chiaramente l'atteggiamento politico serbato dal *Bundesverfassungsgericht*, sovente aduso a vedere nello strumento giuridico *ultra vires* (talora spingendosi anche oltre i confini tipici di questo) la via migliore per imporre una determinata linea politica, a seconda delle contingenze storiche e le convenienze del momento, travisando, in tal modo, il suo vero significato. Infatti, questo strumento potrebbe ritenersi ancora legittimo soltanto nella misura in cui fosse volto a salvaguardare l'ambito delle competenze statali da illegittime intromissioni ad opera dell'ordinamento euro-unitario e del giudice sovranazionale, in particolare

---

<sup>47</sup> Un'analoga osservazione, partendo proprio dalla sentenza emanata dai giudici tedeschi, è mossa da F. Bassan, *Il primato del diritto tedesco*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), del 7 maggio 2020, pp. 1-4, il quale critica l'edificazione giuridica europea incentrata sul ruolo dirimente della Banca centrale. In tal senso anche A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 79 ss.

<sup>48</sup> Sembra essere ancora attuale lo scenario che un secolo addietro ha prospettato S. Romano, *L'ordinamento giuridico. Studi sul concetto, le fonti e i caratteri del diritto*, Pisa, 1918, p. 57 ss., il quale ravvisava il pericolo – prendendo spunto dal rapporto tra ordinamento giuridico statale e ordinamento sovranazionale – che l'intero diritto internazionale – e, dunque, l'intero ordinamento, finisse per divenire l'ordinamento del paese membro più forte in quel dato momento storico e, di riflesso, che finisse per identificarsi con la sola e predominante volontà di quest'ultimo. Successivamente l'autore ha curato un'ulteriore edizione con alcuni aggiornamenti, in particolare apportati alle note al testo, Id., *op. cit.*, II ed., Firenze, 1946, ora *Ibidem*, (a cura di) M. Croce, Macerata, 2018.

<sup>49</sup> A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 168. Sul tema, per un'analisi storicistica, sempre Id., *Diritto e capitalismo. Leggi dello Stato e leggi del mercato nella costruzione della soggettività neoliberale*, in *Teorie critiche del diritto*, (a cura di) M. G. Bernardini e O. Giolo, Pisa, 2017, p. 295 ss.

<sup>50</sup> Lo scenario è ben descritto da A. Sandulli, *Il ruolo del diritto in Europa*, Milano, 2018, in particolare, i capitoli II e III; Id., *Il bazooka giurisdizionale tedesco*, cit., 4664; M. Clarich, *La Consulta tedesca e il problema della legittimazione democratica dell'UE*, in *Milanofinanza*, 8 maggio 2020.

negli evidenti casi in cui quest'ultimo dovesse trascendere l'ambito di sindacabilità che gli è riconosciuto dai Trattati. Da distinguere, invero, dalle fattispecie in cui le Corti o gli organi di potere ne fanno un uso improprio e distorto.

Spetterà, infine, non solo alla CGUE e alle corti costituzionali nazionali competenti, ma anzitutto alle istituzioni politiche, da Berlino a Varsavia passando per Bruxelles, il delicato compito di porre la parola fine al dialogo/conflitto. Al momento, gli altri paesi – tra cui indubbiamente l'Italia – sembrano assistere interessati e ansiosi alla partita, in attesa del fischio finale, per trarre le dovute e opportune conclusioni e, se necessario, adottare le misure del caso.

È plausibile sostenere, in definitiva, che anche i conflitti giurisdizionali odierni, quali *vulnus* della costruzione europea, rinvergono la propria eziologia in una mancata unità di intenti originaria tra i componenti dell'Unione. In particolare, spicca, tra i *deficit* principali di questa crisi del contesto sovranazionale, la mancata preventiva intesa su di una uniforme rimessione di quote – tra loro eguali – di sovranità degli Stati membri all'ordinamento dell'Unione<sup>51</sup>, dovuta anzitutto a processi di revisione costituzionale differenti, disomogenei e privi di coordinamento. A ciò, si deve aggiungere il già menzionato *deficit* democratico concernente la struttura istituzionale anomala dell'Unione europea e il suo sempre più frequente atteggiarsi a modello generale di Stato che, in realtà, non dovrebbe essere di sua pertinenza<sup>52</sup>. In proposito, per fornire qualche esempio, si registrano: una propensione a espandere i settori di competenza rispetto a quelli propri degli Stati membri sulla scia dei poteri impliciti; una reiterata adozione di misure legislative volte a corroborare i già esistenti controlli sovranazionali sui bilanci degli Stati membri e sui loro rispettivi dati macroeconomici, nonché sulla rigida osservanza degli assiomi inderogabili fissati dal patto di stabilità<sup>53</sup>. In merito, la Commissione esercita diversi poteri, talvolta privi di qualsivoglia limitazione, in particolare di proposta, di impulso e di ispezione, relativamente, in particolar modo, alla materia di bilancio e dell'occupazione, «al punto da rapportarsi alle autorità statali sempre più come un potere di livello superiore»<sup>54</sup>. Si ha, a tratti, l'impressione di essere al cospetto non di una comunità di Stati federati, ma di un «Superstato».

Il che è da considerarsi fuorviante, al pari della nuova e pretesa teoria della *sovranità condivisa*, posta da ultimo alla base dell'ordinamento giuridico europeo, dalla quale sarebbe scaturita, di conseguenza, una *costituzione europea condivisa*, come ha avuto modo di affermare l'ex presidente della BCE Mario Draghi<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> *Ex multis*, si veda A. Somma, *Sovranismi*, cit., 86, anche 99 ss.

<sup>52</sup> L. Melica, *L'Unione incompiuta*, cit., 160.

<sup>53</sup> A. Somma, *Sovranismi*, cit., 94 ss.; Id., *Quando l'Europa tradì se stessa*, cit., 98 ss.

<sup>54</sup> L. Melica, *L'Unione incompiuta*, cit., 151-152, sostiene che, in relazione alle recenti tendenze e di come queste operano all'interno della cornice politica e istituzionale delineata nei Trattati, «si ritiene dunque confermata la tendenza generale del contesto istituzionale unico europeo a ricalcare il modello generale dello "Stato" quanto meno nella sua peculiare caratterizzazione dello Stato apparato».

<sup>55</sup> *Ibidem*, cit., 154; sul punto, si consideri A. Ruggeri, *L'integrazione europea attraverso i diritti e il valore della Costituzione*, in *Federalismi*, XII, Roma, 2014, p. 5.

Il quadro che emerge è dunque interamente caratterizzato da un «disordine costituzionale»<sup>56</sup> esterno sempre più dilagante e nel quale pare stiano precipitando inesorabilmente gli Stati membri e, di riflesso, i rispettivi organi giurisdizionali, i quali cominciano a manifestare segnali, come avvenuto in Polonia (e non solo), di sempre più malcelata insofferenza verso le decisioni adottate dalle Corti di giustizia. Si è, dunque, al cospetto di un punto di non ritorno: ovvero, se l'Unione vorrà affermare la continua espansione delle proprie competenze, tentando di emulare il modello federale e neoliberale statunitense, dovrà intraprendere necessariamente un percorso di revisione dei Trattati istitutivi. La riforma dovrà prevedere espressamente e precisamente, una volta per tutte e lungi dalla genericità che ha sempre contraddistinto il legislatore europeo, le prerogative e i poteri spettanti alle istituzioni di Bruxelles (in ossequio al tradizionale principio di legalità), senza che occorra, come sovente accade, un intervento soccorritore e giustificatore della Corte di giustizia, sempre più appendice del potere esecutivo sovranazionale.

*Medio tempore*, in questo contesto di disordine costituzionale 'esterno', il rischio più concreto sembra essere quello di un continuo e inarrestabile straripamento dei poteri sovranazionali a danno degli (o di alcuni) Stati membri, poiché non solo in fisica il vuoto che si crea in natura viene automaticamente occupato da elementi limitrofi.

Francesco Tomasicchio  
Dip.to di Scienze giuridiche  
Università La Sapienza di Roma  
[clarissa.giannaccari@uniroma1.it](mailto:clarissa.giannaccari@uniroma1.it)

---

<sup>56</sup> L'espressione è di M. Luciani, *L'ordine costituzionale*, in particolare cit., 72 ss., per indicare situazioni di stallo o di incertezza all'interno delle istituzioni politiche nazionali, che si protraggono nel tempo senza trovare apparentemente, ma spesso e volentieri concretamente, una soluzione unanime condivisa ad opera delle forze politiche. Volendo brevemente fornire un esempio in tal senso, si pensi a quanto recentissimamente avvenuto in Italia con il Governo Draghi a proposito della Presidenza del COPASIR, il Comitato parlamentare responsabile del controllo sull'operato dei servizi segreti nazionali, la quale spetta di diritto, in virtù di una chiara garanzia (art. 30 c. III della l. 124/2007), ad un componente di una delle due Camere espressione dell'opposizione. Ebbene, per mesi – a causa del formarsi di una nuova maggioranza parlamentare – il Comitato è stato presieduto 'illegittimamente' da un Presidente rappresentante di un partito di maggioranza (Lega), facendo venir meno la garanzia cui ora si è fatto riferimento. Il conflitto, in grado di aver generato una vera e propria situazione di 'disordine', non è stato risolto in via giurisdizionale, ma solo ed in seguito ad una lunga e quanto travagliata trattativa politica e istituzionale, la quale ha inevitabilmente comportato l'elezione di un nuovo Presidente dell'unico, peraltro, partito di opposizione (Fratelli d'Italia) presente nell'attuale Parlamento. Tuttavia, in questa sede, si vuole fare riferimento all'elemento 'esterno' del sintagma «disordine costituzionale», ovvero a quella situazione che si configura allorché, fra l'ordinamento giuridico dello Stato – per mezzo dell'attività dei suoi organi – e quelli di altro ordinamento giuridico ad esso esterno e sovraordinato (come quello dell'Unione europea), si instauri un rapporto conflittuale a causa delle pretese dell'uno e dell'altro di far prevalere le proprie ragioni, senza giungere a una soluzione unanimemente condivisa.

