

Pietro Faraguna

**LA SENTENZA DEL
BUNDESVERFASSUNGSGERICHT SUL
CASO *OMT/GAUWEILER***

ISSN 2531-9728

Diritti comparati. Working paper [Online]

Editore: Andrea Buratti, Oreste Pollicino, Raffaele Torino

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano

E-mail: submissions@diritticomparati.it

Data di pubblicazione: 21/07/2016

Pietro Faraguna

La sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul caso *OMT/Gauweiler*

SOMMARIO: 1. Il lungo percorso a monte della decisione del *BVerfG* e l'ombra del referendum *Brexit*. – 2. La mano tesa dalla Corte di giustizia. – 3. Il ritorno della questione a Karlsruhe: ultima tappa? – 4. I parametri delle questioni: del “diritto individuale alla democrazia”. – 5. Questioni infondate, ma non troppo.

1. Il lungo percorso a monte della decisione del *BVerfG* e l'ombra del referendum *Brexit*

Il Tribunale costituzionale federale tedesco (*BVerfG*), con la sua decisione del 21 giugno 2016¹, ha adottato una sentenza mista di inammissibilità e rigetto dei ricorsi individuali diretti e del conflitto tra poteri aventi a oggetto il programma noto con l'acronimo OMT (“*Outright Monetary Transactions*”) della Banca Centrale Europea (BCE). Se questo dispositivo era abbastanza prevedibile, le motivazioni della sentenza scrivono comunque un'altra pagina importante di quella giurisprudenza “europea” del *BVerfG* che fin dalle sentenze della saga *Solange* ha avuto un ruolo cruciale nel processo di sviluppo dell'Unione europea. La sentenza è in tutto e per tutto un nuovo capitolo di quella narrazione, di cui adotta lo stile, non solo e non tanto per il volume della parte motiva, che si articola in 220 paragrafi e si avvicina per dimensioni al *Lissabon-Urteil* del 2009², ma anche e forse soprattutto per l'ampiezza del respiro motivazionale.

La decisione – il cui impatto immediato è stato parzialmente oscurato dal terremoto istituzionale generato dal referendum *Brexit* soli due giorni dopo³ – non soltanto era molto

1 2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016.

2 2 BvR 2/2008. La letteratura su questa sentenza è ormai sterminata. Per limitarsi ad alcuni riferimenti in tedesco, inglese e italiano: C. Schönberger, *Die Europäische Union zwischen “Demokratiedefizit” und Bundesstaatsverbot, Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, 2009, 535-558; M. Nettesheim, *Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG*, in *NJW*, 2009, 2867 ss.; D. Grimm, *Defending Sovereign Statehood against Transforming the Union into a State*, in *European Constitutional Law Review*, 2009/5, 353-373; J. Ziller, *The German Constitutional Court's friendliness towards European law: on the judgment of Bundesverfassungsgericht over the ratification of the Treaty of Lisbon*, in *European Public Law*, 2009, Vol. 16, No. 1, 53-73; C. Pinelli, *Forzature e silenzi del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona*, in *Giur. cost.*, 2009, 5153 ss.; A. Anzoni Demmig, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella “sentenza Lissabon” del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Giur. Cost.*, 2009; J. Ziller, *Solange III, ovvero la Europafreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Riv. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, 973-995 e, volendo, P. Faraguna, *Limiti e controlimiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure?*, in *Quad. Cost.*, 2010/1, 75-100

3 Ci pare significativo il fatto che il *Verfassungsblog* – autorevole pagina della blogosfera giuspubblicistica che ci si attenderebbe assai sensibile alla questione OMT – abbia ospitato, nel momento in cui si scrive (10 luglio 2016) – più di 20 contributi sulle conseguenze del referendum sulla *Brexit* e due soli contributi sulla sentenza

attesa, ma era anche attesa da molto. Si tratta infatti di una vicenda che ha tenuto occupati i giudici di Karlsruhe per diverso tempo e che si era sviluppata come diramazione di un altro importante caso che aveva visto il *BVerfG* pronunciarsi sulla compatibilità costituzionale del Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità (MES), prima in sede cautelare⁴, poi in via definitiva⁵. La prima decisione veniva adottata il 12 settembre 2012, ovvero soltanto sei giorni dopo la conferenza stampa con cui il Consiglio direttivo della Banca Centrale Europea (BCE) annunciava, in una conferenza stampa del 6 settembre 2012, il programma OMT. L'obiettivo del programma era far fronte alla crisi dei debiti sovrani che in quel momento viveva una fase particolarmente acuta, contraddistinta da una forte volatilità dei tassi di interesse dei titoli del debito pubblico di alcuni paesi della "periferia" dell'Eurozona. Per raggiungere tale obiettivo di stabilizzazione, la BCE annunciava di essere disponibile ad acquistare sul mercato secondario, pur alle condizioni specificate nella decisione, volumi potenzialmente illimitati di titoli di Stato al fine di favorire un riequilibrio dei differenziali dei tassi di rendimento, condizione necessaria e garantire un'adeguata e sufficientemente omogenea trasmissione della politica monetaria. Il Consiglio direttivo della BCE in quella stessa sede stabiliva alcune condizioni che dovevano sussistere per procedere all'acquisto di titoli. In estrema sintesi gli acquisti dovevano essere "sterilizzati", ovvero dovevano mantenere invariata la base monetaria; dovevano essere limitati a titoli con scadenza medio-breve (da uno a tre anni) e subordinati all'adesione dello Stato membro i cui titoli erano oggetto di acquisto a un piano di "stabilizzazione macroeconomia" nel quadro del MES. Il profilo più dirompente del programma annunciato nel settembre del 2012 era però la sua potenziale illimitatezza: si trattava in buona sostanza di uno dei passi della strategia di difesa a tutti i costi dell'irreversibilità della moneta unica, felicemente sintetizzata nel linguaggio giornalistico dalle parole con cui il Governatore della BCE, negli stessi mesi, annunciava che la Banca – "nei limiti del suo mandato" – avrebbe fatto "qualunque cosa" ("*whatever it takes*") per salvare l'Euro, e che quanto la BCE era disposta a fare sarebbe sicuramente stato sufficiente a raggiungere l'obiettivo (nelle lapidarie parole del Governatore "*...and believe me, it will be enough*")⁶.

qui in commento: vedi M. Ruffert, *Das OMT-Urteil des BVerfG: Europarechtlich überzeugend, verfassungsprozessrechtlich fragwürdig*, in *VerfBlog*, 2016/6/22, <http://verfassungsblog.de/ruffert-omt-bverfg/> e M. Nettesheim, *Ultra-vires-Kontrolle durch Bundesregierung und Bundestag – Für eine materielle Subsidiarität des Vorgehens gegen das Parlament*, in *VerfBlog*, 2016/6/24, <http://verfassungsblog.de/omt-ezb-bverfg-nettesheim/>.

4 Sulla decisione del *BVerfG* del 12 settembre 2012, 2 BvR 1290/12, vedi tra i molti M. Wendel, *Kompetenzrechtliche Grenzgänge: Karlsruhes Ultra-vires-Vorlage an den EuGH*, in *ZaöRV*, 2014, 615 ss. e Id., *Judicial Restraint and the Return to Openness: The Decision of the German Federal Constitutional Court on the ESM and the Fiscal Treaty of 12 September 2012*, in *German Law Journal*, 2013, Vol. 14, No. 1, 21-52. Nella letteratura italiana si vedano le letture di M. Bonini, *Il "BVerfG", giudice costituzionale o "signore dei trattati"? Fondo "salva - stati", democrazia parlamentare e rinvio pregiudiziale nella sentenza del 12 settembre 2012*, in *Rivista AIC*, 2012/4; P. Ridola, *"Karlsruhe locuta causa finita?"*. *Il Bundesverfassungsgericht, il Fondo Salva-Stati e gli incerti destini della democrazia federalista in Europa*, in *federalismi.it*, (26 settembre 2012); A. Di Martino, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, in *federalismi.it* (15 settembre 2012); A. de Petris, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul meccanismo europeo di stabilità e sul fiscal compact. Guida alla lettura*, in *federalismi.it* (15 settembre 2012).

5 2 BvR 1390/12, 18 marzo 2014.

6 Sugli effetti del solo comunicato stampa sui differenziali dei tassi di rendimento, la cui oscillazione è diminuita significativamente nei mesi successivi alla conferenza stampa del Consiglio direttivo della BCE, vedi

La pronuncia resa in sede cautelare dal *BVerfG* sul trattato MES non poteva quindi prendere in considerazione tali freschissimi sviluppi, che invece erano divenuti una parte centrale della trattazione orale del procedimento principale nella medesima causa, tenutasi nel giugno 2013 e trasformata sostanzialmente in una causa non più sulla compatibilità delle conseguenze del Trattato sul MES con il *Grundgesetz* (GG) – di cui il *BVerfG* si era ormai già occupato in modo piuttosto approfondito in sede cautelare –, ma in una valutazione della compatibilità con il GG del quadro del programma di acquisti straordinari annunciato a settembre dalla Consiglio direttivo della BCE. La portata delle novità introdotte nell'udienza di fine 2013 era tale che il *BVerfG* decideva di separare, con decisione del 17 dicembre 2013⁷, le questioni principali aventi oggetto il Trattato MES da quelle aventi oggetto le OMT. Le prime venivano decise in via definitiva qualche mese più tardi.⁸ Dalle seconde – quelle relative al programma annunciato dalla BCE – si dipartiva invece un autonomo ramo processuale, che ha condotto fino alla sentenza qui in commento, passando prima attraverso la storica decisione del *BVerfG* di promuovere, con decisione del 14 gennaio 2014⁹, il suo primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE). Rinvio sul quale rinvio quest'ultima si è pronunciata nel giugno 2015¹⁰.

Questo tortuoso percorso tra Karlsruhe e Lussemburgo, che è utile ripercorrere – seppur molto sommariamente – anche nel merito delle decisioni per fornire un quadro introduttivo alla sentenza OMT, illustra già di per sé quanto Gauweiler/OMT sia un caso paradigmatico di quel “dialogo tra Corti” su cui la dottrina, in particolare – ma non solo¹¹ – europea¹², si è tanto soffermata negli ultimi decenni.

C. Altavilla, D. Giannone, M. Lenza, *The Financial and Macroeconomic Effects of OMT Announcements*, ECB Working Paper Series, No. 1797, 2015 e H. Siekmann, V. Wieland, *The German Constitutional Court's decision on OMT: Have markets misunderstood?*, in H. Siekmann, V. Vig, V. Wieland (eds.), *The ECB's Outright Monetary Transactions in the Courts*, in *IMFS Interdisciplinary Studies in Monetary and Financial Stability*, 2015/1, 6-7, reperibili a <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpwps/ecbwp1707.pdf>.

7 *BVerfG*, ordinanza del 17 dicembre 2013, *BVerfG*, 2 BvR 1390/12

8 2 BvR 1390/12, 18 marzo 2014.

9 2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014.

10 Causa C-62/14, *Gauweiler et alii c. Governo federale tedesco*. I commenti sulla sentenza della CGUE sono stati moltissimi, a testimoniare l'importanza della questione e l'attenzione che vi ha dedicato la dottrina. Per una panoramica ampia e un'analisi approfondita, si rimanda qui allo *special issue* dedicato alla sentenza dal *German Law Journal*, 2015, Vol. 16, No. 4, nonché all'ampia analisi, che si spinge al di là della sentenza della CGUE, contenuta nello *special issue* curato da F. Fabbrini, *The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, Vol. 1.

11 Sul “dialogo tra Corti”, divenuto vero e proprio *topos* della letteratura giurpubblicistica globale, si veda tra moltissimi altri Francis G. Jacobs, *Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice*, 38 *TEX. INT'L L. J.* 547 (2003); A.-M. Slaughter, *A Global Community of Courts*, 44 *HARV. INT'L L.J.* 191 (2003); Id., *Judicial Globalization*, 40 *V.A. J. INT'L L.* 1103 (1999); M.A. Waters, *Mediating Norms and Identity: The Role of Transnational Judicial Dialogue in Creating and Enforcing International Law*, 93 *GA. L.J.* 487 (2004).

12 Allo stesso modo la letteratura sul dialogo tra Corti in Europa è sterminata, tra i molti si vedano A. Voßkuhle, *Multilevel Cooperation of the European Constitutional Courts: Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*, 6 *EUR. CONST. L. REV.* 175–98 (2010); A.-M. SLAUGHTER, A. STONE SWEET & J. H. H. WEILER, *THE EUROPEAN COURTS AND NATIONAL COURTS: DOCTRINE AND JURISPRUDENCE*, HART PUBLISHING, OXFORD, 1998; G. MARTINICO & O. POLLICINO, *THE INTERACTION BETWEEN EUROPE'S LEGAL SYSTEMS: JUDICIAL DIALOGUE AND THE CREATION OF SUPRANATIONAL LAWS*, ELGAR PUBLISHING, CHELTENHAM, 2012.

I ricorrenti dei giudizi da cui è originata questa complessa vicenda giurisdizionale – attivata sia in sede di ricorso “individuale” diretto (le virgolette sono d’obbligo, considerato che il numero dei ricorrenti era di varie decine di migliaia) che in sede di conflitto tra poteri – contestavano il programma OMT sotto a due profili principali. Da una parte si asseriva che il programma in questione esorbitasse dalle competenze della BCE, trattandosi di una misura di politica economica e non di politica monetaria, e in quanto tale violasse i confini dell’azione della BCE individuati dalle disposizioni di cui agli 119 TFUE, 123 paragrafo 1, TFUE e 127, paragrafi 1 e 2, TFUE, nonché dagli articoli da 17 a 24 del Protocollo sullo Statuto del sistema europeo di banche centrale (SEBC). Dall’altro lato si asseriva che il programma in questione eludesse il divieto di finanziamento monetario del bilancio degli Stati membri di cui all’art. 123 TFUE.

Il *BVerfG*, con la sua decisione di promuovere il rinvio pregiudiziale, rimetteva la questione dapprima in mano alla CGUE. Questa decisione era in sostanza in linea con quanto il Tribunale costituzionale federale tedesco si era ripromesso di fare già a partire dalla sentenza *Mangold/Honeywell*³. In quella sentenza, infatti, il *BVerfG* aveva in sostanza annunciato che l’attivazione dei controlimiti sarebbe stata un’opzione residuale, e che prima di ricorrervi si sarebbe dovuto consentire alla CGUE di pronunciarsi sull’ipotetico conflitto, per eventualmente disinnescarlo preventivamente. In sostanza, però, il rinvio pregiudiziale promosso dal *BVerfG* era assai meno euro-amichevole (*europarechtsfreundlich*) rispetto all’idilliaco quadro di deferenza che sembrava essere stato tracciato nella sentenza *Mangold/Honeywell*.

Il *BVerfG*, infatti, promuovendo il rinvio lasciava intendere che qualora la CGUE avesse ignorato il suo punto di vista, i giudici tedeschi sarebbero stati pronti ad attivarsi essi stessi per impedire che la decisione OMT vincolasse tutti i poteri pubblici tedeschi. Più che un gesto di deferenza, nella sostanza il rinvio pregiudiziale sembrava un minaccioso ultimatum posto alla CGUE, che veniva posta di fronte a un dilemma non facile da risolvere. Da una parte il rischio di delegittimare la BCE accogliendo pienamente le tesi prospettate dal *BVerfG*, in un momento ancora molto difficile in termini di stabilità della zona euro. Dall’altra parte il rischio di incorrere in una reazione dura del *BVerfG*, qualora i giudici della CGUE avessero scelto di ignorare del tutto le preoccupazioni sollevate nel rinvio pregiudiziale.

2. La mano tesa dalla Corte di giustizia

Trovatasi di fronte a questa difficile strettoia, la CGUE si è pronunciata con una decisione che a parere di chi scrive ha cercato di tenere fermo il punto fatto dalla BCE, minimizzando quanto possibile il rischio di innescare una reazione pericolosa del *BVerfG*, al quale la motivazione tendeva una mano, se non qualcosa di più. Sul primo punto controverso, la CGUE riteneva in buona sostanza che il programma OMT rientrava nelle azioni di politica monetaria, pur ammettendo che potessero svilupparsi degli effetti indiretti sulla politica economica, ma che tali effetti indiretti potevano essere inclusi in quell’azione di sostegno delle politiche economiche generali nell’Unione affidata al SEBC dagli articoli 119.2, 127.1 e

³ 13 2 BvR 2661/06, 6 luglio 2010.

282.2 TFUE.

Quanto al divieto di finanziamento monetario dei bilanci degli Stati membri, è proprio qui che la CGUE strizza maggiormente l'occhio al Tribunale di Karlsruhe. La chiave interpretativa scelta dalla CGUE è infatti quella dell'effetto equivalente: in quest'ottica, la Corte rileva che il divieto di finanziamento monetario dei bilanci degli Stati membri non preclude soltanto l'acquisto diretto di titoli del debito pubblico sul mercato primario, ma impedisce l'acquisto anche «sui mercati secondari in presenza di condizioni che conferiscano, in pratica, al suo intervento un effetto equivalente a quello dell'acquisto diretto di titoli del debito pubblico»¹⁴. E, in particolare, il rischio del prodursi di un effetto equivalente potrebbe aversi, ad avviso della CGUE, «qualora gli operatori possibili acquirenti di titoli di Stato sul mercato primario avessero la certezza che il SEBC procederà al riacquisto di tali titoli entro un termine e a condizioni tali da permettere ad essi operatori di agire, de facto, come intermediari»¹⁵. Ecco che quindi la CGUE concedeva molto alle ragioni del rinvio pregiudiziale del *BVerfG*, nella misura in cui precisava che il programma OMT consentiva soltanto acquisti di titoli di Stati membri aventi accesso al mercato e unicamente nella misura e per il tempo necessari a preservare il meccanismo di trasmissione della politica monetaria e l'unicità della stessa¹⁶. Oltre a ciò, la piena discrezionalità del Consiglio direttivo della BCE sulle decisioni sulla portata, l'inizio, il proseguimento e la sospensione degli acquisti nel quadro del programma in questione erano considerati elementi sufficienti, ad avviso della CGUE, a garantire che gli operatori nel mercato primario non fossero in grado di prevedere né l'*an*, né il *quantum*, né le modalità di riacquisto dei titoli sul mercato secondo nel quadro dell'eventuale attuazione del programma OMT. Il programma rimarrebbe dunque all'interno del mandato della BCE nella misura in cui gli acquisti di cui al programma in questione (acquisti peraltro ancora mai avvenuti, né ora né allora) rimanevano volti a preservare la trasmissione della politica monetaria e l'unicità della stessa, e nella misura in cui questi non fossero sostanzialmente equivalenti all'acquisto di titoli di Stato sul mercato primario. Ma vi è di più: secondo la stessa CGUE il programma rientrava nel mandato della BCE perché l'acquisto di titoli di Stato non era – a differenza di quanto potesse intendersi dalla retorica del “whatever it takes” – veramente illimitato, essendo sottoposto a limiti intrinseci¹⁷. La CGUE osservava infatti che in virtù del programma potevano acquistarsi solo titoli del debito pubblico con scadenza inferiore a tre anni di Stati sottoposti ad un programma di aggiustamento macroeconomico e aventi nuovamente accesso al mercato¹⁸. Ciò conduceva la CGUE a rassicurare il *BVerfG* nella misura in cui ribadiva che gli impegni che la BCE può assumere nel quadro dell'attuazione di tale programma sono limitati da queste condizioni intrinseche. Con questa decisione la CGUE si è dunque destreggiata assai abilmente tra le opposte esigenze di rassicurare, da una parte, il *BVerfG*, affermando la non illimitatezza dei rischi che possono derivare da un acquisto di un volume illimitato di titoli di Stato da parte della BCE; e dall'altra parte, l'esigenza di non contraddire apertamente la BCE e il suo decisionismo rispetto alla crisi dei debiti sovrani. Il passaggio in cui questo difficile

¹⁴ Causa C-62/14, *Gaumeiler et alii c. Governo federale tedesco*, § 97

¹⁵ *Ivi*, § 104

¹⁶ *Ivi*, §§112-120

¹⁷ *Ivi*, § 85.

¹⁸ *Ivi*, § 86.

bilanciamento emergeva in forma quasi paradossale, era quello in cui la Corte – dopo aver illustrato i limiti intrinseci a cui si è fatto riferimento nel testo – specificava che «risulta che un programma il cui volume sia così limitato potrebbe essere validamente adottato dal SEBC senza fissare un limite quantitativo precedentemente all’attuazione del programma stesso, tenendo presente che un limite siffatto è, del resto, suscettibile di indebolire l’efficacia del programma in questione»¹⁹.

Il programma OMT veniva in sostanza fatto salvo, ma al *BVerfG* si fornivano molti motivi per ammorbidire il suo approccio, puntellando la motivazione della decisione di numerosi appigli che consentivano ai giudici tedeschi di accogliere la decisione della CGUE come un sostanziale accoglimento delle ragioni del *BVerfG*. È innanzitutto per questo che nel momento in cui il Tribunale di Karlsruhe è tornato a pronunciarsi in via definitiva sulla questione, il dispositivo della decisione dei giudici tedeschi è stato tutt’altro che sorprendente.

3. Il ritorno della questione a Karlsruhe: ultima tappa?

Il *BVerfG*, con la sua decisione del 21 giugno 2016, ha dichiarato innanzitutto inammissibili le questioni sollevate con *Verfassungsbeschwerde* aventi direttamente a oggetto i comportamenti posti in essere dalla BCE. In linea generale infatti, il rimedio della *Verfassungsbeschwerde* è nell’applicazione domestica della giurisprudenza del *BVerfG*, un rimedio residuale il cui accesso è consentito soltanto dopo aver passato rigorose strettoie in sede di ammissibilità. Tali strettoie – che richiedono, ad esempio, di trovarsi di fronte a una minaccia di lesione diretta e attuale di un diritto fondamentale²⁰ – sono spesso state rilasciate dal Tribunale costituzionale sul fronte *extra moenia*. Così, negli ultimi 25 anni, il ricorso individuale diretto è divenuto uno degli strumenti privilegiati per sottoporre al *BVerfG* questioni riguardanti i limiti costituzionali del processo di integrazione europea. In questo caso, però, alcune delle questioni sottoposte non era idonee a passare nemmeno il rilassato vaglio di ammissibilità che il *BVerfG* ha concesso alle questioni “europee”. L’inammissibilità delle questioni aventi direttamente oggetto la decisione del Consiglio direttivo della BCE era infatti macroscopica, essendo la *Verfassungsbeschwerde* un strumento limitato a porre rimedio alla lesione di diritti fondamentali perpetrata da atti dei poteri pubblici tedeschi²¹. Vengono invece dichiarate ammissibili, ma infondate, le questioni aventi a oggetto l’asserito comportamento omissivo del *Bundestag* e del Governo federale tedesco che, nella ricostruzione introdotta dai ricorrenti, avrebbero dovuto attivarsi per impedire la violazione del GG.

4. I parametri delle questioni: del “diritto individuale alla democrazia”

¹⁹ *Ivi*, § 88.

²⁰ Sull’applicazione di regole assai restrittive nel filtro di ammissibilità dei ricorsi individuali e diretti nella giurisprudenza domestica del *BVerfG* vedi K. Schlaich, S. Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Beck, München, 2015, in particolare 138-139.

²¹ Sulla motivazione dell’inammissibilità delle questioni avente direttamente a oggetto la decisione del Consiglio direttivo della BCE, vedi 2 BvR 2728/13, §§ 95-104 e 113.

La motivazione della sentenza impegna un numero assai consistente di paragrafi nell'identificazione dei parametri della questione²², in quella che è forse anche la parte della decisione più caratterizzata da un registro marcatamente dottrinale. Il *BVerfG* ricostruisce i rapporti tra diritto dell'Unione Europea e diritto interno senza risparmiarsi sotto al profilo teorico e sistematico, a partire innanzitutto dal riconoscimento della primazia del diritto dell'UE, a cui – in principio – non si sottrae nemmeno il diritto costituzionale interno²³. Ciò vale però soltanto nei limiti del trasferimento di sovranità a cui consentono le leggi di autorizzazione alla ratifica dei Trattati e nei limiti di quanto previsto dal GG, ovvero e in sintesi, nei limiti in cui venga rispettato il programma di integrazione [*integrationsprogramm*] e non siano lesi i principi che delineano l'identità costituzionale del GG, a cui l'*Europa-artikel* di cui all'art. 23 GG richiama con l'espreso riferimento alla cd. clausola di eternità di cui all'art. 79 III GG. Tra questi principi vi è il principio democratico, su cui il *BVerfG* si sofferma ampiamente anche in questa nuova pagina della sua giurisprudenza "europea". Gli ingredienti della miscela sono sempre gli stessi: l'identità costituzionale del GG, identificata dall'art. 79 III GG è fatta salva rispetto all'integrazione europea per espressa menzione dell'art. 23 GG, richiama a sua volta l'art. 20 GG, che menziona il principio democratico come principio fondamentale dell'ordinamento tedesco e che il *BVerfG* legge in stretta connessione con la garanzia del diritto di voto di cui all'art. 38 GG. In base al legame che la tutela del diritto di voto intrattiene con la preservazione dell'identità costituzionale tedesca, il *BVerfG* trattiene a sé il compito di vigilare non solo rispetto al pericolo di una sostanziale erosione della "forza organizzativa" del *Bundestag*, ma anche rispetto a una manifesta e strutturale violazione delle competenze attribuite a enti, istituzioni e altri organi dell'UE.

In questa decisione il *BVerfG* riconfigura con inusitata chiarezza il parametro determinato da quella complessa combinazione di disposizioni costituzionali come un vero e proprio "diritto individuale alla democrazia"²⁴, che è ancorato alla tutela della dignità umana, ragione ultima del principio di democrazia²⁵. Parimenti inviolabile è il principio di sovranità popolare sancito dallo stesso art. 20 GG che in ultima istanza tutela il diritto all'autodeterminazione del cittadino, ovvero la sua pretesa ad essere sottoposto alla sola sovranità di quel potere pubblico che egli sia in grado di legittimare e di influenzare. È attraverso questa porta costituzionale che il *BVerfG* scrive un'altra pagina di quel suo "manifesto a puntate" ispirato alla tutela del parlamentarismo statale, nel cui quadro le sentenze *Maastricht* e *Lissabon* avevano scritto pagine importanti, e sulla cui traccia prosegue la sentenza *Gauweiler*, che in molti passaggi continua a ribadire la necessità per l'UE di appoggiarsi al circuito democratico nazionale e alla legittimazione fornita dalle infrastrutture costituzionali nazionali²⁶.

I principi fondamentali individuati da questa combinazione di disposizioni, continua il *BVerfG*, sono protetti non soltanto *intra moenia*, essendo sottratti alla revisione costituzionale,

22 2 BvR 2728/13, §§ 115-173.

23 Ivi, § 118.

24 Ivi, §§ 122 ss.

25 Ivi, §§ 124-126.

26 Si vedano in questa direzione i §§ 131, 140, 142 e 144 e in particolare il passaggio in cui il *BVerfG* illustra una sorta di manifesto delle sue ben note posizioni in tema di democrazia parlamentare, laddove afferma che "per tutto ciò che non viene deciso direttamente dal popolo, gode di legittimazione democratica solo ciò che viene deciso a livello parlamentare", *ivi*, § 131.

ma anche *extra moenia*, e a presidio della loro difesa il *BVerfG* ha a disposizione due strumenti: il controllo di identità costituzionale e il controllo sugli atti *ultra-vires*. Entrambi si fondano sull'art. 79 III GG, che reca la cd. clausola di eternità, ma sono rimedi costituzionali autonomi e distinti²⁷. Quanto al primo, il Tribunale di Karlsruhe si preoccupa di qualificare il controllo di compatibilità con l'identità costituzionale espressamente come uno strumento compatibile con il principio di leale collaborazione sancito dai Trattati. Il *BVerfG* dice anzi qualcosa in più, laddove afferma che il controllo di compatibilità con l'identità costituzionale tedesca è allacciato al rispetto dell'identità costituzionale nazionale a cui l'UE è tenuta in virtù dell'art. 4(2) TEU²⁸. A conforto della compatibilità del controllo di identità costituzionale con i principi fondamentali dell'UE, il *BVerfG* porta l'esempio dei tanti simili strumenti di tutela dei controlimiti che sono stati configurati in altri Stati membri²⁹. Quanto al secondo, il controllo degli atti *ultra-vires*, il *BVerfG* ne fornisce un inquadramento strutturale assai ampio nella sentenza OMT/Gauweiler, in sostanza chiarendo che è posto a presidio del programma di integrazione di cui alla legge di autorizzazione alla ratifica dei Trattati europei, e perciò in ultima istanza a presidio della responsabilità dell'integrazione. Come tale, però, è attivabile dal *BVerfG* soltanto nel caso in cui le istituzioni dell'UE eccedano le loro competenze in una misura sufficientemente qualificata. In questo modo il *BVerfG* pone il controllo *ultra-vires* a presidio dello stesso principio dello Stato di diritto: questo sarebbe in fine il principio violato qualora le istituzioni dell'Unione eccedessero le competenze attribuite secondo quel programma di integrazione a cui il Parlamento tedesco ha conferito il suo assenso e trasmesso la sua legittimazione mediante la legge di autorizzazione alla ratifica dei Trattati. In questi passaggi della motivazione, l'individuazione dei parametri oscilla tra l'affermazione del presidio ultimo della fortezza democratica e il riconoscimento di una significativa deferenza rispetto all'azione delle istituzioni dell'UE. Laddove, infatti, si riconduce il controllo *ultra-vires* a una tutela di quel "diritto individuale alla democrazia" che fa più volte capolino nella motivazione³⁰, se ne smorza l'impatto dirompente, chiarendo che l'attivazione è limitata a casi di atti che eccedano le competenze attribuite in modo qualificato. Ciò avviene quando la violazione delle competenze attribuite è manifesta³¹ e allo stesso tempo riguardi un riparto di competenze tra UE e Stati membri che sia di significato strutturale³².

L'ammorbidimento dell'esercizio concreto del controllo *ultra-vires* è d'altronde in linea con quell'approccio *europarechtsfreundlich* e deferente che deve contraddistinguere, ad avviso del *BVerfG*, anche il controllo di identità costituzionale³³. Ciò implica, come già delineato a partire dalla sopra accennata sentenza Mangold/Honeywell, che il *BVerfG* si impegna a cedere il passo alla CGUE qualora sia astrattamente configurabile un caso in cui è necessaria

27 2 BvR 2728/13, § 153.

28 *Ivi*, § 140.

29 L'elenco comprende i riferimenti alle teorie dei controlimiti delineate nell'ordinamento danese, estone, francese, irlandese, italiano, lettone, polacco, spagnolo, ceco e britannico (*ivi*, § 142).

30 In questo quadro, 2 BvR 2728/13, § 142.

31 *Ivi*, §§ 148-150

32 *Ivi*, § 151.

33 In questo si fa riferimento sia al caso Mangold/Honeywell (BVerfGE 126, 286) al caso sul Trattato MES (BVerfGE 134, 2366) che alla recente sentenza sul caso R., con cui il *BVerfG* ha inteso negare l'esecuzione di un mandato di arresto europeo (2 BvR 2735/14, decisione del 15 dicembre 2015).

L'attivazione del controllo *ultra-vires* o del controllo di compatibilità con l'identità costituzionale del GG: in tali casi, e laddove ciò sia consentito, sarà dapprima necessario coinvolgere la CGUE con lo strumento del rinvio pregiudiziale, così da consentire all'ordinamento europeo di rimuovere con i suoi strumenti l'eventuale patologia³⁴.

Ciò detto, il *BVerfG* chiarisce che qualora un atto delle istituzioni sia nonostante tutto questo da considerarsi *ultra-vires*, questo non vincolerebbe nessun potere pubblico tedesco, e sarebbe da considerarsi inapplicabile all'interno dell'ordinamento tedesco. Nessuno organo costituzionale, nessuno giudice e nessuno ufficio della Pubblica Amministrazione, chiarisce il *BVerfG*, può concorrere in alcuno modo nell'attuazione di atti *ultra-vires*, ed anzi ogni operatore giuridico è obbligato, ove ne ricorrano i presupposti, a sottoporre tali atti allo scrutinio del Tribunale costituzionale federale³⁵. Sugli organi costituzionali, in particolare, pende l'ulteriore obbligo di attivarsi per contrastare qualunque atto *ultra-vires* (nei termini sopra identificati) o comunque lesivo dell'identità costituzionale del GG³⁶. Ma vi è di più: il "diritto alla democrazia" di cui è titolare ogni singolo cittadino, consente a tutti di pretendere dal *Bundestag* e dal Governo federale, vista la posizione di tali organi costituzionali nell'ordinamento, di attivarsi a salvaguardia del rispetto del programma di integrazione e contro il rischio di qualsivoglia lesione dell'identità costituzionale tedesca.

Il *BVerfG* attribuisce al Parlamento e al Governo tedesco un vero e proprio obbligo di protezione, per il cui adempimento rimane tuttavia un ampio margine di libera decisione politica, in merito al quale il GG non traccia alcuna direzione. Rimane tuttavia l'obbligo di attivarsi, qualora ne ricorrano i presupposti (serio sconfinamento delle competenze attribuite o violazione dell'identità costituzionale), e in questo frangente il *BVerfG* si spinge a ipotizzare quali potrebbero essere gli strumenti che *Bundestag* e Governo potrebbero mettere in moto per adempiere al loro obbligo di protezione. Sul fronte del Governo, il *BVerfG* giunge fino a rievocare il compromesso del Lussemburgo, ripescando da un armamentario che sembrava francamente già catalogabile come archeologia dell'integrazione³⁷, mentre per ciò che riguarda il *Bundestag* il *BVerfG* fa riferimento, oltre alla possibile attivazione del meccanismo di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà, ai poteri del Parlamento rientranti nelle funzioni di controllo del Governo (a partire dal mero dibattito, ed eventualmente mediamente interrogazioni e interpellanze) così come alla possibilità di adottare risoluzioni, o attivare altri strumenti per far valere la sua posizione nei confronti del Governo, mediante l'utilizzo dei poteri di inchiesta e fino alla richiesta di un voto di sfiducia.

5. Questioni infondate, ma non troppo

Delineati in questo ampio modo i parametri delle questioni, il *BVerfG* procede a dichiarare infondate le questioni che hanno superato il vaglio di ammissibilità. In sintesi, ad avviso del

³⁴ 2 BvR 2728/13, § 156.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ivi*, § 163.

³⁷ Per una critica veemente del riferimento al compromesso del Lussemburgo, cfr. M. Ruffert, *Das OMT-Urteil des BVerfG*, cit.

Tribunale di Karlsruhe il programma OMT e una sua possibile attuazione “alle condizioni formulate dalla CGUE dell’Unione europea nella sua decisione del 16 giugno 2015”³⁸ non comporta quello sconfinamento qualificato dall’ambito delle competenze delineate dagli artt. 119, 127 TFEU e dall’art. 17 dello Statuto della SEBC, né rappresenta una violazione del divieto di finanziamento monetario del bilancio degli Stati membri di cui all’art. 123 TFEU. Nell’economia della decisione del *BVerfG* sono le condizioni con cui la CGUE ha puntellato il programma OMT che ne garantiscono la compatibilità con il GG, e soltanto a patto che quelle condizioni siano rispettate la *Bundesbank* potrebbe partecipare all’eventuale attuazione di tale programma. Ove questo non fosse, continua il *BVerfG*, il Parlamento e il Governo federale sarebbero obbligati a intervenire. Da un lato, dunque, si scrive una pagina importante del “dialogo tra Corti”, eppure una lettura attenta delle motivazioni rileva quanto quel dialogo sia tutt’altro che una cortese conversazione tra gentiluomini. Il *BVerfG* da un lato sottolinea l’importanza delle limitazioni che la CGUE trae dal principio di proporzionalità³⁹, ma facendo questo rassicura sostanzialmente se stessa: è proprio grazie al rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Karlsruhe che i margini di intervento della BCE sono stati ulteriormente puntellati con la sentenza della CGUE. La quale sentenza, peraltro, non è affatto esente da critiche esplicite e molto aspre nella pronuncia del Tribunale costituzionale federale tedesco. In particolare il *BVerfG* rivolge pesanti obiezioni su tre punti: la ricostruzione dei fatti di causa da parte della CGUE; la considerazione del principio delle competenze attribuite; e il modo in cui viene configurato il controllo giurisdizionale degli atti della BCE in relazione alla definizione delle sue attribuzioni. Quanto al primo punto, il *BVerfG* ritiene che la qualificazione della finalità primariamente monetaria del programma OMT sia stata accettata dalla CGUE supinamente, senza entrare nel merito delle argomentazioni che contestavano la natura monetaria di tale programma. Quanto al secondo punto, il *BVerfG* rimprovera alla Corte di aver ciecamente accettato l’affermazione dell’obiettivo del programma in questione, che sarebbe quello di assicurare la trasmissione della politica monetaria, nonché l’unicità della stessa, favorendo così una sorta di auto-comprensione (e auto-espansione) delle competenze attribuite a livello dell’UE, e in tal modo esauendo la rilevanza del principio di attribuzione a livello del diritto dell’UE, quando invece tale principio è sostanzialmente lo specchio dei vari principi di apertura degli ordinamenti costituzionali nazionali, ed ha perciò una rilevanza che si spinge ben oltre il diritto dell’UE⁴⁰.

Infine, la terza e forse più pesante critica rivolta dai giudici di Karlsruhe e quelli di Lussemburgo, è il fatto di aver lasciato senza risposta quel punto del rinvio pregiudiziale che chiedeva alla CGUE di valutare se l’indipendenza garantita alla BCE, conducendo a un significativo sacrificio in termini di legittimazione democratica delle sue azioni, non debba determinare una interpretazione restrittiva dei suoi margini di intervento, e in particolare uno scrutinio giurisdizionale particolarmente rigoso degli atti della BCE. In quello stesso passaggio, rimasto senza risposta, il *BVerfG* aveva ravvisato come questa preoccupazione fosse ancora più stringente laddove fossero coinvolti il principio democratico e il principio di sovranità popolare, nella misura in cui la compressione di tali principi non è indifferente alla tutela dell’identità costituzionale della Germania, che in virtù della clausola di cui all’art. 4(2)

38 2 BvR 2728/13, § 174.

39 Ivi, § 177.

40 Ivi, § 177.

TUE, l'Unione stessa è tenuta a rispettare⁴¹.

Nonostante queste notevoli perplessità, il *BVerfG* ritiene che il programma OMT, nell'interpretazione datane dalla CGUE, non rappresenti uno sconfinamento manifesto delle competenze attribuite dai Trattati, e non debba perciò finire sotto la scure del controllo *ultra-vires*. Per poter approdare a tale conclusione, il *BVerfG* valorizza quei parametri che la CGUE ha specificato nella sua decisione sul rinvio pregiudiziale e che devono essere considerati vincolanti nell'eventuale attuazione del programma OMT stesso. Ad avviso del *BVerfG*, la decisione della CGUE ha fornito sufficienti garanzie circa la sottoposizione a un controllo giurisdizionale adeguato degli atti della BCE⁴², insistendo altresì sull'obbligo di motivazione di tali atti. Ciò consente di garantire che l'impatto indiretto degli atti delle BCE sulla politica economica possa essere sufficientemente monitorato e limitato, ammettendo soltanto quelle azioni che siano volte a garantire la stabilità dei prezzi e non anche la stabilità dell'Eurozona. Il *BVerfG* insiste sul significato centrale che ha la necessità di limitare il volume dei titoli di Stato che possono acquistarsi sulla base del programma OMT. In questo frangente i giudici tedeschi fanno trapelare la soddisfazione di registrare che la CGUE ha sostanzialmente smentito l'annuncio del Consiglio direttivo della BCE su questo specifico punto, giungendo in sostanza ad affermare che il volume di titoli acquistabili è immanentemente limitato dalla necessità di perseguire l'obiettivo di ripristinare la trasmissione della politica monetaria⁴³. Ciò conduce perciò a ritenere del tutto residuali i casi in cui i titoli di Stato acquistati sulla base di questo programma possono essere trattenuti dal SEBC fino a scadenza, poiché tale scelta sarebbe assai difficile da motivare sulla base dell'unica motivazione ammessa: la necessità di ristabilire una corretta trasmissione della politica monetaria.

Quanto al secondo fronte principale sul quale verteva la materia del contendere, ovvero l'asserita violazione del divieto di finanziamento monetario dei bilanci degli Stati, si può riconoscere che il *BVerfG* e la CGUE intrattengono un "dialogo tra Corti" assai meno turbolento di quello che abbiamo riportato nelle precedenti righe. In buona sostanza il *BVerfG* aderisce alla prospettiva assunta dalla CGUE nella sua decisione del 16 giugno 2015. E difficilmente potrebbe essere diversamente, visto che quella posizione concedeva moltissimo alle preoccupazioni espresse dal Tribunale di Karlsruhe nel suo rinvio pregiudiziale. In estrema sintesi, il divieto di finanziamento monetario dei bilanci degli Stati membri – disposizione che il *BVerfG* eleva a "regola" fondamentale dell'Unione monetaria, da interpretarsi perciò rigorosamente⁴⁴ – implica non solo il divieto di atti che esplicitamente contravvengano a tale divieto, ma impedisce anche di adottare qualunque misura che sia volta ad eluderlo. Onde evitare che acquisti di titoli del debito pubblico sul mercato secondario abbiano effetti equivalenti al finanziamento monetario dei bilanci dell'UE, la CGUE aveva stabilito alcune condizioni, che il *BVerfG* riprende in senso adesivo. Gli acquisti dei titoli di Stato non possono essere preventivamente annunciati; il volume complessivo dei titoli da acquistare deve essere preventivamente limitato; l'acquisto dei titoli deve avvenire dopo un lasso di tempo congruo rispetto alla loro emissione, in modo da impedire che l'acquisto

41 Ivi, § 188.

42 Ivi, § 194.

43 Ivi, § 195.

44 Ivi, § 201.

sul mercato primario possa in sostanza avvenire ad opera di meri intermediari del SEBC; in base al programma possono essere acquistati soltanto titoli di Stati membri che hanno accesso al mercato; i titoli in questione devono essere conservati a scadenza soltanto in via del tutto eccezionale, quando tale scelta sia motivabile in base a ragioni di politica monetaria; venendo meno la giustificabilità in termini di politica monetaria, gli acquisti possono essere in qualunque momento limitati a sospesi.

Soltanto a queste condizioni, dunque, la *Bundesbank* può partecipare all'attuazione del programma. Ove queste condizioni non fossero rispettate, ci si troverebbe di fronte a un caso di atto *ultra-vires* sufficientemente qualificato⁴⁵. Per gli stessi motivi, alle condizioni attuali, non discende dalla posizione di "protezione" del programma di integrazione alcun obbligo né in capo al *Bundestag*, né in capo al Governo federale, di attivarsi: non ci si trova (ancora?) di fronte ad alcuna azione *ultra-vires*. Ove ciò dovesse avvenire, precisa il *BVerfG* con la formulazione ipotetica che spesso contraddistingue la sua giurisprudenza "europea", allora il *Bundestag* e il Governo federale dovrebbero attivarsi con i mezzi appropriati⁴⁶.

Infine il *BVerfG* non ravvisa nemmeno il rischio che il *Bundestag* venga privato di quella libertà decisionale sul bilancio che almeno a partire dal *Lissabon-Urteil* caratterizza parte del nucleo essenziale dell'identità costituzionale del GG⁴⁷. Non almeno alle condizioni attuali, che il *BVerfG* si premura di ripetere in modo quasi ossessivo, sono quelle risultanti dall'interpretazione fornita dalla CGUE del programma OMT⁴⁸. Comunque sia e anche su questo fronte, rimane sempre in capo al *Bundestag* e al Governo federale l'obbligo di vigilare, nell'eventuale futura attuazione del programma OMT, sul rispetto delle condizioni precisate dalla sentenza della CGUE dell'Unione Europea nella sua decisione del giugno 2015. Con questo ammonimento⁴⁹, che ricorda in tutto e per tutto la costruzione ipotetica della celeberrima impostazione *Solange*, il *BVerfG* chiude questa lunga vicenda processuale, facendo dunque intendere che laddove se ne ravvisassero i presupposti le porte del Tribunale di Karlsruhe sono sempre aperte.

45 *Ivi*, § 207.

46 In questo passaggio il *BVerfG* rinvia al § 171, ove si erano paventate le misure che *Bundestag* e Governo potrebbero adottare, fino a fare menzione al compromesso del Lussemburgo cfr. § 209

47 *Ivi*, § 210-219.

48 *Ivi*, § 218.

49 *Ivi*, § 220.