Prof. Dr. Markus Ludwigs e Patrick Sikora, Würzburg*

Il primato del diritto UE sotto la riserva di controllo del BVerfG

(Articolo su Europäisches Wirtschafts – und Steuerrecht 2018, 121)

La discussione sul primato del diritto dell'Unione Europea (in precedenza, diritto comunitario) accompagna dall'inizio il processo d'integrazione europea. La Corte di Giustizia UE sosteneva da presto la posizione di primato applicativo assoluto e la rielaborava continuamente. Il BVerfG reagiva con la formulazione di riserve di controllo differenziate nella configurazione del controllo di diritto fondamentale, di competenza e d'identità. Il presente contributo espone la relativa giurisprudenza, la esamina criticamente in attesa dell'ordinanza OMT e perora la garanzia di un costruttivo rapporto di collaborazione tra i due giudici.

1. Introduzione

La gerarchia delle norme costituisce un principio elementare dell'ordinamento giuridico nazionale. Vige il principio secondo cui il diritto vigente di rango superiore rimuove le norme di rango inferire e possiede un primato di validità ("*lex superior derogat legi inferiori*").[1] In questo sistema si può integrare anche il diritto internazionale. Mentre le regole generali di cui all'art. 25 GG sono stabilite su un piano speciale tra Legge Fondamentale e diritto federale semplice, i trattati internazionali (come la CEDU)[2], come stabilito dall'art. 59.2 GG, assumono il livello di una legge federale formale.

---

*Il Prof.Dr. *Markus Ludwigs* è titolare della cattedra di diritto pubblico e diritto europeo dell'Università Julius-Maximilian di Würzburg. Il Sig. *Patrick Sikora* è dottorando presso la stessa cattedra.

[1] In proposito, fra molti: *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18 ed., 2011, §4 punti 6, 43 e segg.; *Ossenbühl*, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, 3° ed. 2007, § 100, punti 85 e segg.

[2] Sull'interpretazione *amichevole nei confronti del diritto internazionale* della Legge Fondamentale come efficace strategia d'impedimento di conflitti secondo la quale la CEDU dovrebbe essere applicata come ausilio interpretativo per la determinazione di contenuto e ampiezza giuridica dei diritti fondamentali cfr. BVerfG, 26, 3, 1987- 2 BvR 589 / 79, 2 BvR 750/81, 2 BvR 284/ 85, BVerfG 74, 358 (370) – presunzione di non colpevolezza; BVerfG 14, 10, 2004 – 2 BvR 1481/04, ECLI:DE : BVerfG 2004 2004. 1014, 2 BvR 148104. BVerfG 111, 307 (329 – Görgülü: BVerfG 26.2.2008 – 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/ 07, ECLI:DE: BVerfG 2008 ; 20080226; 1 BvR 1 BvR 160207, 2 BvR

In contrasto con quanto sopra, il diritto UE ha introdotto uno *status* speciale e si presenta come ulteriore sviluppo del diritto internazionale. La questione elementare del rapporto di prevalenza tra diritto nazionale (costituzionale) e diritto dell'UE non è stato ancora definitivamente posto in chiaro neanche dopo una discussione di oltre cinquant'anni[3]. Attuali questioni controverse si accendono sulla portata della giurisprudenza *Åkerberg Fransson* della Corte UE[4] sul recente rafforzamento della garanzia di identità da parte del BVerfG[5], fino alle attuali conclusioni della giurisprudenza *OMT*[6]*.* Esiste, perciò, una sufficiente ragione per una presa in considerazione critica.

II. Rapporto di primato come questione di prospettiva: Corte UE c. BVerfG

Gli attori centrali nella soluzione del problema del primato sono, secondo il punto di vista tedesco, la Corte di Giustizia UE da una parte e il Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dall'altra.[7] Tra i due vi è unità sul punto di partenza, nel senso che al diritto UE spetta, fondamentalmente, il primato nei confronti del diritto nazionale. Questo veniva stabilito anche espressamente nella dichiarazione di guida interpretativa n. 17 sull'atto finale della conferenza governativa sul Trattato di Lisbona.[8] Vi è unanimità sul fatto che si tratti "soltanto" di un primato di applicazione. Il diritto nazionale che sia in contrasto col diritto UE resta, perciò disapplicato. Esso. però, può rientrare in gioco solo e non viene "violato " in caso di

---

2365/09 , 2 BvR 2365/ 09, 2 BvR 740/ 10, 2 BvR 2333/ 08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, ECLI:DE: BVerfG 2008 – 1 BvR 1602/ 07, 1 BvR 1506/07, BVerfG 120, 180 (200 e seg.) – Caroline c. Monaco III,, 2 BvR , 4, 5, 2011 – 2 BvR 2365/ 09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/ 08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/ 10, ECLI:DE: BVerfG: 2011: 20110504, 2 BvR 236509, BVerfG 128, 326(366 e segg.) – garanzia di sicurezza; im dottrina, inoltre, *Knop*, Völker – und Europarechtsfreundlichkeit als Verfassungsgrundsätze, 2013, pag. 200 e segg.

[3] Fondamentalmente Corte UE, 15.7.1964 – causa 6/64, Costa/ENEL, ECLI:EU: C: 1964:66, Racc. 1964, 1251, (1269 e seg.); RIW/AWD 1964, 258 con commento di *Frowei*; da ultimo, dettagliatamente, *Kruis,* Der Anwendungsvorrang der EU- Rechts in Theorie und Praxis, 2013, pagg. 5 e segg.

[4] Corte UE 26.2.2013 – causa C- 617/10, ECLI:EU:C:2013: 280, EWS 2013, 99.

[5] BverfG 15, 12, 2015, 2 bVr 2735/ 14, ECLI:DE: BVerfG: 2015 1215, 2 BvR 273514 . NJW 2016, 1149.

[6] BVerfG 14.1,2014 – 2 BvR 2728/13, 2 BvR 13/13, ECLI:DE: BVerfG 2014: 201401 14, 2 BvR 272813 , BVerfG 134, 366, EWS 2014 2014, 270 – OMY; Corte UE 16.6. 2015 – causa C- 62/14, Gauweiler e a., ECLI:EU:C:2015 /400, EWS 2015, 159.

[7] Per unanalisi comparativa della situazione giuridica negli altri Stati Membri v. *Oppermann,/ Classen/ Nettesheim,* Europarecht, 7° ed. 2016, §16 punti 28 e segg.; v. anche i riferimenti in BVerfG 2 BvR 2728/ 13 e a.; BVerfG 134, 366 (387) – OMT.

[8] ABI 2012 n. C 326/ 337; v. già anche gli artt. 1-6 del fallito Trattato su una costituzione per l'Europa; per l'esame di dichiarazioni generali sull'atto finale nell'interpretazione del Trattato cfr. CGUE, 2.3.2010 – punto C – 135/08; Rottmann, ECLI:EU: C.2010:104, punto 40.

conflitto, come nel caso in cui si riconosca un primato[9]. Ciò significa, praticamente, che una contraria al diritto dell'UE continua ad avere effetto in casi di applicazione

Senza riferimento al diritto UE, Nel caso di una successiva rimozione del diritto UE in contrasto essa produrrà nuovamente i il suo pieno effetto.

Se il primato del diritto UE resta, perciò, fuori discussione, viene però più intensamente discusso se possano esistere violazioni e riserve a favore del diritto nazionale. La CGUE parte, nella sua giurisprudenza, da un illimitato primato di applicazione del diritto UE. Sono presi in considerazione, in proposito, i diritti fondamentali nazionali., come la Corte ha espressamente stabilito, per la prima volta, nella causa *Internationale Handelsgesellschaft*.[10] Secondo il BVerfG il primato applicativo relativo vigerebbe solo nel quadro dell'esistente attribuzione di potere costituzionale dell'art. 23.1 GG in combinato disposto con la legge nazionale di ratifica dei trattati europei.[11] Nascita e sviluppo di queste divergenti opinioni vengono di seguito esposte più analiticamente ed esaminate criticamente.

I. Punto di vista della CGUE: primato applicativo assoluto

Il fondamento di diritto UE della tesi di primato applicativo veniva enunciato nella decisione della CGUE *Costa/ E.N.E.L.* Ivi la Corte affermava che " dalle fonti giuridiche create dal Trattato, oltre che derivanti da un diritto scaturente da un'autonoma fonte del diritto, in considerazione della sua autonomia, non possono aver prevalenza disposizioni giuridiche comunque configurate (…)".[12]

Il diritto UE (in precedenza, diritto comunitario) ha il primato su tutte le disposizioni giuridiche nazionali - anche di diritto costituzionale. Questo veniva motivato in *Costa/ E.N.E.L.* anche con la considerazione che che ciò, alla luce degli artt. 5.2 e 7 del Trattato sulla CE (oggi artt. 3 TUE e 18 TFUE) " è impossibile

[9] Nei tempi iniziali dell Corte UE veniva talvolta sostenuta la tesi del primato applicativo, cfr. *Grabitz*, Gemeinschaftsrecht bricht mationales Recht, 1966, pag. 113; in senso non univoco anche CGUE, 9.3. 1978 – causa 106/77, Simmenthal II, ECLI:EU:C: 1978:49- punti 11/18, RIW 1978, 533.

[10] CGUE, 17/70 – causa 11/70 ECLI :EU:C: 1970: 114, punti 3 e seg., RIW 1971, 181.

[11] Giurisprudenza consolidata; v., ad es., BVerfG 30.6. 2009 – 2 BvE 5/08, 2 BvR 1022/ 08; 2 BvR 1259/08; 2 BvR 182/09, ECLI:DE: BVerfG: 2009: 20090630, 2 be 000208, BVerfG 123, 267 (354, 400 e e segg.), RIW 2009, 239 – Lisbona.

[12] CGUE causa 6/64, ECLI:EU: C:1964:66, Racc. 1964, 1251 (1270).

mettere in campo misure unilaterali successive contrastanti con un ordinamento basato sul principio di reciprocità". [13]

In successive decisioni la Corte ha anche precisato, dal punto di vista concettuale, sulla base dall'esclusione, emergente dall'ordinamento sulla gerarchia normativa, della regola della *lex posterior* nel rapporto tra diritto nazionale e diritto UE secondo il principio della "validità unitaria del diritto comunitario". [14]

2.Prospettiva di diritto costituzionale

L'esistente affermazione, radicata nell'autonomia dell'Unione come " nuovo ordinamento del diritto internazionale "[15], è funzionalizzata, in verità, ad una effettiva, il più possibile, attuazione del diritto UE. Ci si chiede, però, se in tal modo vengano prese in sufficiente considerazione anche le condizioni-quadro di diritto costituzionale degli Stati membri. Queste rappresentano , sotto una prospettiva nazionale, il fondamento di una valutazione del problema del primato da parte dei tribunali (costituzionali) degli Stati membri. Corrispondentemente deve prima chiarirsi il fondamento giuridico – costituzionale dell'appartenenza della Germania all'UE (a), prima che possa essere analizzata la relativa giurisprudenza del BVerfG (b).

a)Base costituzionale della qualità di Stato membro UE della Germania: " modello ponte".

L'art. 23 GG, introdotto *ex novo* nella Legge fondamentale il 25 12. 1992 come " articolo Europa" nel contesto del Trattato di Maastricht costituisce la base giuridico – costituzionale dell'appartenenza della Germania come membro all'UE. [16]

Oltre alle disposizioni dettate nei commi da 2 a 7 sulla cooperazione di Bundenstag e Bundesrat alla formazione della volontà della Federazione negli affari dell'UE è di significato fondamentale, anzitutto, l'art. 23.1 GG. E' ivi previsto

[13] Ibid., 1269.
[14] CGUE, causa 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, ECLI: EU: C: 1970. 114, punto 3 ; CGUE causa 106/77, Simmenthal II, ECLI: EU:C: 1978:49 , punti 15/16; in dottrina *Nettesheim.* In: Randelzhofer / Scholz/ Wilke (Hersg), GS per Grabitz, 1995, pagg. 447 e segg.
[15] Così già CGUE, 5,2, 1963 – causa 26762. Van Dend en Loos, ECLI: EU: C: 1963:I, Racc. 1963, I (25), RIW/AWD 1963, 90.
[16] Sotto il profilo monografico in proposito *Schmalenbach*, Der neue Europaartikel 23 des Grundgesetzes im Lichte der Arbeit der Gemeinsamen Verfassé meritevole di criungskommission,1996.

nel par. 1 lo *scopo statale* "integrazione europea".[17] Allo stesso si unisce, nella seconda parte, una *clausola strutturale di sicurezza*, la quale chiarisce che condizione per la realizzazione di questo scopo è costituita da un'Unione Europea che sia tenuta a principi democratici, di stato di diritto, sociali e federativi, oltre che che al principio di sussidiarietà e garantisca una tutela analoga dei diritti fondamentali sussidiarietà comparabile essenzialmente con quella della Legge Fondamentale. Mentre l'art. 23.1 e 2 GG attribuisce alla federazione di trasferire con legge, con approvazione del Bundestag, poteri sovrani all'UE, la *clausola di stabilità costituzionale* dell'art. 23.1.3, in collegato disposto con l'art. 79.2 e 3 GG, pone un limite assoluto all'integrazione della Germania nell'organizzazione sopranazionale. In questo modo dev'essere assicurato che né il requisito di maggioranza di cui dell'art. 79 .2 GG, né la clausola di eternità dell'art. 79.3 GG possano essere messi da parte attraverso trasferimenti di competenze all'UE. Qui si rispecchia, nel contempo, la "responsabilità d'integrazione"[18] addossata al legislatore, che si concretizza, dal punto di vista della legislazione ordinaria, attraverso la "legge sulla garanzia della responsabilità d'integrazione del Bundestag e del Bundesrat in affari dell'UE.[19]

La cooperazione tra UE e diritto nazionale viene concepita, al riguardo, come "modello ponte".[20] Il legislatore tedesco ha costruito attraverso l'imperativo di applicazione della legge di ratifica, un ponte attraverso il quale il diritto UE raggiunge l'ordinamento giuridico tedesco. Gli atti giuridici vincolanti dell'Unione non necessitano, per la loro validità in Germania, di un'ulteriore trasposizione attraverso uffici nazionali.

Questo collegamento tra gli ordinamenti giuridici è affiancato dalla garanzia d'identità dell'art. 23.1.3, in collegato disposto con l'art. 79.3 GG. Viene inoltre prevista nella *clausola sulla garanzia strutturale* un'ulteriore restrizione del ponte. Conseguentemente, anche i principi strutturali dell'art. 23.1.1 GG sarebbero esclusi dal primato del diritto UE.[21] A ciò si pone in contrasto, però, la chiusura d'inversione derivante dalla *clausola di garanzia di stabilità* stabilita dall'art.

[17] Fondamentalmente *Badura*, in: Hengstschläger e a. (Hrsg .), FS für Schambeck, 1994, pagg. 887 e segg.
[18] BVerfG 2 BvE 2/08 e a., 123,267 (Ls. 2, 352) – Lisbona.
[19] Legge sulla responsabiltà d'integrazione del 22. 9. 2009, BGBl I, 3822.
[20] Incisivo sul modello ponte *Kirchhof*, in: Isensee/ Kirchhof (Hrsg.), handbuch des Staatsrechts, vol. X, 3 ed. 2012, § 214, punti 158 e segg..
[21] In questo senso *Erdegen*. Europarecht, 17° ed. 2015, §10, punto 21; *von Heinegg*, in: Epping/ Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 28a ed. 2016, art. 23 GG, punti 28, 30.

23.1.1 GG.[22] Più precisamente, l'art. 231.1 GG non limita, quindi, l'applicabilità del diritto UE divenuto efficace. La disposizione stabilisce, invece, un limite alla conduzione della trattativa nella conferenza governativa e al riesame del giudice costituzionale su modifiche dei Trattati *prima* della loro ratifica.[23] Un attraversamento del ponte , e quindi un'applicazione invadente del diritto UE in Germania sono, invece, da controllare solo alla stregua dell'art. 23.13 , in collegato disposto con l'art. 79.3 GG. Sono certamente da derivare sovrapposizioni di contenuto per il fatto che, nel quadro del richiamo dell'art. 79.3 agli artt. 1 e 20 GG per l'applicazione del diritto dell'Unione possono comunque porsi anche i limiti di struttura di diritto costituzionale.[24]

b) Punto di vista del BVerfG: primato di applicazione relativo

L'esame dei sopra sintetizzati dati costituzionali conduce a diverse m divergenti prospettive del BVerfG sul problema del primato. E' vero che in giurisprudenza il primato del diritto dell'unione sul diritto nazionale è, in principio, già da tempo riconosciuto. [25] Di tanto in tanto il BVerfG assume, però, una posizione relativistica riguardo all'esatta definizione. Già dalla decisione *Solange I* del secondo Senato si può ricavare che l'identità nazionale è sottratta al primato del diritto dell'Unione.[26] Come chiarisce la successiva giurisprudenza, attraverso ciò deve essere impedito uno svuotamento di strutture essenziali della Legge Fondamentale.[27] Inoltre i giudici di Karlsruhe sottolineano il carattere innovativo del primato applicativo del diritto dell'Unione, che è valido in Germania solo grazie e nel quadro della legge di ratifica in conformità all'art. 23.1 GG. [28] Per questo motivo sembra conseguente l'affermazione del BVerfG, secondo la quale sono inapplicabili in Germania atti giuridici dell'Unione, se non sono coperti da un imperativo di applicazione giuridica del legislatore nazionale.[29] Nella stessa affermazione si rinviene, al contempo, una negazione della tesi diffusa dalla CG

[22] *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (539 con nota 38).
[23] *Classen*, in: Mangoldt/ Klein/ Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, vol. II, 6° ed. 2010, art.1 abs. 1, punto 49.
[24] Cfr. *Scholz*, in: Maunz/ Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 75 supplemento 2015, art. 23, Abs. 1, Satz 1 und Satz 3 GG, che sostiene un rapport indiretto tra l'art. 23.1 e il comma 3 GG.
[25] BVerfG , 9, 6. 1971 – 2 BvR 225/ 69, 31, 145 (173 e segg.)- Milchpulver.
[26] BVerfG, 29.5.1974 – 2 BvL 52/71, BVerfG 37, 271 (279 e seg.), RIW 1974, 551- Solange I.
[27] BVerfG, 22. 10. 1986 – 2 BvR 197/83, BVerfG 73, 339 (375 e seg.), RIW 1986, 62- Solange II.
[28] BVerfG 2 Bave 2/ 08 e a.; BVerfG 123, 267 (400) – Lisbona.
[29] BVerfG, 12.10. 1993 – 2 BvR 2134/ 92, BVerfG 89, 155 (188) – Maastricht.

UE di un primato *assoluto.* Secondo l'opinione del BVerfG l'esatta relazione di livello deve intendersi nel senso di un primato *relativo* del diritto UE.[30]

Giurisprudenza sul potere di controllo riservato al BVerfG

Questa restrizione solleva, nel successivo passo, la questione dell'esatto svolgimento del primato di applicazione e dei meccanismi giudiziali di controllo. Il BVerfG esige per se stesso a questo scopo - a prescindere dall'esistente rapporto di cooperazione con la CG UE[31]- "l'ultima parola ". Quando l'Unione, attraverso uno dei suoi organi, minaccia di superare i limiti stabiliti dalla Legge Fondamentale. I giudici di Karlsruhe ravvisano la possibilità dell'attivazione di uno dei *tre poteri riservati di controllo*. Concretamente sonio ivi compresi il controllo dei diritti fondamentali, il controllo di competenza (c.d. controllo ultra- vires) e il controllo d'identità.

1. **Controllo dei diritti fondamentali**

a)Linee evolutive della giurisprudenza

Nella fase iniziale dell'integrazione europea il BVerG si riservava un controllo giuridico- costituzionale di atti giuridici dell'UE (già CEE) in relazione ai diritti fondamentali nazionali. Il Secondo Senato spiegava nella sua ordinanza *Solange I* del 1974 che, fino a quando la Comunità non disponeva su alcuno dei diritti fondamentali del catalogo previsto dalla Legge Fondamentale, un controllo del diritto comunitario derivato avviene a misura dei diritti fondamentali nazionali.[32]

Anche la CG UE riconosceva, naturalmente, la necessità di diritti fondamentali europei e stabiliva in diverse sentenze un sistema proprio di diritti fondamentali. Questa evoluzione di garanzie di diritti fondamentali nella forma di principi giuridici fondamentali generali non scritti (v. oggi l'art. 6.3 TUE), che aveva avuto inizio già prima dell'ordinanza *Solange I*,[33] non rimaneva ignorato a Karlsruhe. Nell'anno 1986

[30] *Kahl*. In: Kahl/ Waldhoff/ Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, integrazione 177 (2016), art. 1.Abs.3, punto 106.
[31] BVerfG 2 BvR 2134/ 92 e a,, BVerfGE 89, 155 (175) - Maastricht
[32] BVerfG 2 BvL 52/71, BVerfGE 37; 271 (285) – Solange I
[33] Fondamentalmente CG UE, 12.11. 1969 – causa 29/69, Stauder, ECLI:EU:C:1969: 57, Racc. 1969, 419, punto 7.

il BVerfG vedeva giunto il momento di adattare la sua giurisprudenza ai nuovi fatti. Nell'ordinanza *Solange II* il Secondo Senato prendeva atto che non sarebbe stata attivata la riserva di controllo.

"*fintantochè le Comunità Europee, in particolare la giurisprudenza della Corte delle Comunità, garantiscono, in generale, un'efficace tutela dei diritti fondamentali nei confronti del potere autoritativo delle Comunità, che è da equiparare, nella sua essenza, alla tutela dei diritti fondamentali imposta incondizionatamente dalla Legge Fondamentale (…)*".[34]

L'ordinanza *mercato delle banane* del 7.6. 2000[35] costituisce il provvisorio punto conclusivo di questa giurisprudenza Solange. Il Secondo Senato ha qui posto in chiaro che la motivazione di una domanda giudiziale (art. 100.1 GG) o di un ricorso costituzionale (art.93.1, n.4° GG) deve essere fatta valere come violazione di un diritto fondamentale, ma deve esporre, in concreto,

" *che ogni volta non è garantita in via generale una tutela dei diritti fondamentali imposta senza condizioni*".[36]

Se Solange con contrasta tale regole, i ricorsi costituzionali e le domande giudiziali in questi termini sono fin dal principio *inammissibili*. Il BVerfG si limita, così, alla salvaguardia di una *riserva strutturale di competenza*, [37] secondo la quale per l'attivazione della *riserva Solange II*. Basta che venga dedotto che un *generale* difetto sia soltanto riferito a *qualunque* diritto fondamentale.[38]

La giurisprudenza Solange, così sintetizzata, deve essere considerata oggi come consolidata. In particolare, essa non ha subito alcuna modificazione con la sentenza *Lissabon.* E' vero che in letteratura è stato in un primo momento riconosciuto che la Corte avrebbe nuovamente assunto anche in riferimento al controllo sui diritti fondamentali un ruolo più attivo nello spazio giuridico europeo.[39] Ma a ciò si contrappone la statuizione dei giudici di Karlsruhe, secondo cui il BVerfG non eserciterebbe la sua giurisdizione sull'applicabilità di diritto secondario dell'Unione

[34] BVerfG 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (387) – Solange II.
[35] BVerfG, 7.6.2000 – 2 BvL 1/97, ECLI:DE: BVerfG: 2000: Is20000607. 2 bv1000197, BVerfGE 102, 147 – Bananenmarkt.
[36] BVerfG 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 147 (161, 164) – Bananenmarkt.
[37] In tal senso *Ruffert*, DVBl, 2009, 1197 (1205).
[38] *Hofmann*, in: Emmenegger /Wiedmann (Hrsg.) . Linien der Rechtssprechung des BVerfG, Vol. 2, 2011, pag. 573 (588).
[39] *Schorkopf*, EuZW 2009, 1197 (1205)-

e del restante agire dell'UE fintantochè l'Unione garantisca un'osservanza dei diritti fondamentali.

"*che, secondo contenuto ed efficacia della tutela, equipari questa, nell'essenziale, a quella prevista incondizionatamente secondo la Legge Fondamentale*".[40]

Al riguardo il Secondo Senato fa esplicito riferimento alla decisione *Solange II* e all'ordinanza *Bananenmarkt,* il che documenta una continuità di giurisprudenza.[41]Questa conclusione viene confermata anche dalle successive decisioni del BVerfG.[42]

Una particolarità ricorre solo nel far valere una violazione della dignità umana. Qui non è necessaria, fin dall'inizio, un'attivazione della riserva dei diritti fondamentali. La garanzia della dignità umana può, invece, essere fatta valere come componente della Legge Fondamentale immodificabile e, al contempo, sottratta all'integrazione secondo l' art. 23.1.3, in combinato disposto con gli artt. 79.3 e 1.1.1 GG , sui presupposti del controllo d'identità (*ultra*, punto 3). Questa distinzione è essenziale, e nel far valere una violazione della dignità umana devono essere osservati gli specifici presupposti di ammissibilità della relativa riserva di controllo.[43] In particolare nella riserva d'identità non è necessaria - come sarà meglio spiegato in seguito - l'esistenza di un difetto generale che ricorra nel singolo caso. Qui non ricorre certamente - già per la concezione restrittiva di dignità umana - un parziale accantonamento dell'impostazione Solange, ma soltanto un conseguente stralcio di riserva di diritti fondamentali e d'identità.[44]

b) Diritti fondamentali nazionali e spazi operativi prestrutturati nel diritto dell'Unione

Un'autonoma, anche se strettamente collegata con la riserva dei diritti fondamentali, problematica è l'applicazione di diritti fondamentali nazionali nel

[40] BVerfG 2 BvE 2/ e.a.; BVerfGE 123, 227 (335)- Lissabon.
[41] Nello stesso senso *Frenz*, VerwArch 100 (2009), 475 (478 e segg.); *Ludwigs*, EUGRZ 2014, 273, (274 e seg.).
[42] V. ad es. BVerfG 19.7.2011 – 1 BvR 1916/09, ECLI:DE:BVerfG: 2011: rs20110719; 1 bvr 191609, BVerfGE129, 78 (90, 103) - Cassina.
[43] Conseguentemente la recente ordinanza del BVerfG sul mandato di cattura europeo del 15. 12. 2015 (2 BvR 2735/ 14, NJW 2016, 1149) non è considerabile come *decisione Solange III*
[44] Diversamente *Sauer*, NJW 2016, 1134 (1135) e anche *Nettesheim*, JZ 2016, 424 (428). Dove si parla di " fine di fatto della giurisprudenza Solange".

riempimento di spazi operativi nazionali prestrutturati secondo il diritto dell'Unione. Tali spazi operativi esistono, ad esempio, quando una direttiva concede al legislatore nazionale, nella sua trasposizione, un vero e proprio spazio operativo -non descritto in via definitiva dalla direttiva. Anche a questo problema CG UE e BVerfG si avvicinano da diverse direzioni.

aa) Approccio divergente di BVerfG e CG UE

I Giudici di Karlsruhe riconoscono inizialmente fin dal principio che

" *una disposizione nazionale che attua la trasposizione di una direttiva nel diritto tedesco, (…) non è adeguata ai diritti fondamentali della Legge Fondamentale, quando il diritto comunitario non lascia uno spazio operativo di trasposizione ma pone prescrizioni vincolanti* ".[45]

Ivi sta la considerazione che, da un punto di vista materiale, le disposizioni nazionali fondantesi su prescrizioni vincolanti di diritto dell'Unione vengono considerate diritto UE "solo in senso formale. Conseguentemente un controllo con riferimento ai diritti fondamentali della Legge Fondamentale viene in considerazione solo alla stregua dei criteri della riserva Solange.[46] Al riguardo i diritti fondamentali nazionali restano ampiamente applicabili in presenza di uno spazio operativo conformatore nel quadro della trasposizione della direttiva.[47] Lo spazio operativo di trasposizione disponibile deve, perciò, essere riempito conformemente alla legge fondamentale.[48] Da qui risulta una sorta di "tesi di separazione",[49] secondo la quale i diritti fondamentali UE sono compresi solo nell'ambito delle norme vincolanti di direttiva, mentre nello "spazio operativo" valgono solo i diritti fondamentali nazionali. Infine, a favore di questa ipotesi non si può citare la *separazione di responsabilità* tra UE e e Stati membri, menzionata nei principi di singola, limitata attribuzione di potere (art.5.2, parte 1.2 TUE) e di sussidiarietà (art. 5.1.2 e 3 TUE).[50]

[45] BVerfG, 13.3.2007 – 1 BvF 1/05, ECLI:DE;BVerfG: 2007:fs20070313, 1bvf000105, BVerfGE 118, 79 (95)- TEHG.
[46] BVerfg 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79 (95 e seg.) – THEG; BVerfG, 2.3. 2010 - 1 BvR 256/ 08, 1/ BvR 263/ 08, 1 BvR 586/08, ECLI:DE:B - BVerfG: 2010: rs20100302, 1 bvr 025608, BVerfGE 125, 260 (306), K& R 2010, 248 - Vorratsdatenspeicherung; BVerfG 1 BvR 1916/09, BVerfGE 129, 78 (103) - Cassina.
[47] BVerfG 1 BvR 256/ 08 e a., BVerfGE 125, 260 (306 e seg.)- Vorratsdatenspeicherung.
[48] BVerfG 1 BvR 1916/ 09, BVerfGE 129, 78 (103) – Cassina.
[49] V., per la tesi di separazione e per le relative aree di conflitto, *Thym*, NVwZ 2012,889 (992 e segg.).
[50] Più in dettaglio *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (280 e seg.).

Il punto di collegamento per la "prospettiva unionale" scelta come base dalla CGUE è costituito dall'art. 51.1.1 della Carta dei diritti fondamentali UE. Secondo questo i diritti fondamentali UE valgono per organi, istituzioni ed altri uffici dell'Unione esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. La CGUE ha espresso la sua visione di questa norma nella sentenza – guida nel caso *Åkerberg Fransson.*[51] Viene ivi sottolineato che

" non sono pensabili casi di costruzioni che siano concepiti dal diritto dell'Unione senza che siano applicabili i diritti fondamentali della Carta".[52]

In concreto venivano ritenute sufficienti, nel dettaglio, norme giuridiche di primario e secondario per il rapporto che veniva in considerazione tra la tassazione (IVA) nazionale da una parte e la lotta contro l'evasione fiscale dall'altra.[53] In precedenza la Corte aveva già deciso che anche l'esercizio di un potere discrezionale attribuito giuridicamente da un regolamento da parte di uno Stato membro come "attuazione del diritto dell'Unione" doveva essere inteso nel senso dell'art. 51.1.1 carta diritti UE e pertanto da adeguare alla Carta.[54] Nella causa si ammetteva, a favore di un'applicabilità in questo caso dei diritti fondamentali dell'Unione in questi casi, l'esistenza di una *funzione d'iniziativa* del diritto UE.[55] Perciò, di regola, senza una direttiva da trasporre o un regolamento da eseguire non si potrebbe affatto giungere ad un'azione degli organi statali che metta in pericolo diritti fondamentali.. Quindi l'agire degli Stati membri nel quadro del diritto dell'Unione deve adattarsi anche ai diritti fondamentali UE.

Un' *applicazione parallela* di diritti fondamentali europei e nazionali deve essere in questi casi esclusa.[56] Opera fondamentalmente la *clausola di favorevolezza* dell'art. 53 Carta diritti fondamentali UE, secondo cui, tra più garanzie applicabili, viene in considerazione quella con un più alto standard di tutela. Nel *rapporto bipolare* nel

[51] V. in proposito anche *Ludwigs/ Clemens*, in: Ludwig/Schmidt/Preuß, Klausurenkurs " Europäische Grunrechte unf Grunffreiheiten", 2016,1 (in pubbilcazione).
[52] CGUE causa C- 617/10, Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:280, punti 21 e segg.
[53] CGUE causa C- 617/ 10 Åkerberg Fransson, ECLI:EU:C:2013:280, punti 24 e segg., 27, sul rinvio agli artt. 2, 250 .1 e 273 della direttiva sul sistema dell'imposta sul valore aggiunto n.112/2006 e 325 TFUE (in collegato disposto con l'art.2 della deliberazione sulle risorse proprie 2007/ 436/CE.
[54] CGUE, 21.12. 2011 – verb. cause C- 411/ 10 e C- 493/ 10, N.S. e M.E., ECLI:EU:2011:865, punti 64 e segg.; in proposito *Trstenjak*, in: Grabenwarter/ Vranes (Hrsg.), Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund – Grundfragen und neueste Entwicklungen, 2013 , pag. 13 (28 e e segg.); *Weiß* EuZW 2012, 201 (201 e seg.); v. anche CGUE, 14.11. 2013 – caisa C- 4/11, Puid, ECLI:EUC:2013740, punti 24 e segg., 36.
[55] In questo sensi già *Kühling*, in: Bogdandy/ Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2° ed. 2009, pag. 657 (682).
[56] CGUE, 26.2.2013 – causa C-399/11, Melloni, ECLI:EUC:2013:107, punti 55 e segg.

quale si contrappongono Stato e cittadino da ciò deriva una soluzione più favorevole al cittadino. Teoricamente, però, si può giungere ad una problematica collisione di standards di diritti fondamentali. Questo vale nelle *costellazioni multipolari*, nelle quali, per esempio, deve essere effettuata una comparazione tra dovere di tutela nei confronti di un titolare di diritti fondamentali e il diritto di difesa di un ulteriore legittimato.[57] Qui il principio della clausola di favorevolezza minaccia di fallire. Per il caso che il sistema nazionale dei diritti fondamentali dia luogo ad una pratica concordanza nella specie e nelle modalità diverse dalla valutazione del diritto dell'Unione, ciò rappresenta sempre per una parte interessata la èiù sfavorevole soluzione. Riguardo la fatto che secondo la CGUE il livello di tutela della Carta non può essere inciso attraverso l'applicazione dei diritti fondamentali nazionali,[58] in un simile caso di conflitto i diritti fondamentali dell'Unione hanno il primato nei confronti di quelli nazionali.

bb) Critica della CGUE alla giurisprudenza Åkerberg -Fransson

La decisione *Åkerberg –Fransson* della CGUE è investita in dottrina da taglienti critiche.[59] Fino ad ora si parle di di una "autoattribuzione di potere giudiziale della CGUE attraverso l'ampliamento dell'area di applicazione della Carta dei diritti fondamentali.[60] A questa critica dovrebbe aderirsi, se si volesse intendere la decisione nel senso di un piena sovrapposizione di diritti fondamentali nazionali attraverso i diritti fondamentali UE.[61] Sulla base di questo motivo si spiegano anche le allarmanti osservazioni del BVerfG nella sentenza sulla legge sugli archivi antiterroristici del 24.4. 21013. Il primo Senato si riferisce qui, esplicitamente, al

[57] Più dettagliatamente in proposito *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (283 e seg.); fondamentalmente sul concetto della multipolarità *Schmidt- Preuß*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2° ed. 2005, pagg. 3, 9 e segg., 30 e segg., 705 e segg.

[58] CGUE, causa C- 617/ 10, *Åkerberg Fransson* ECLI: EU:C:2013: 280 punto 29; CGUE causa C- 399/11, Melloni, ECLI:EU:C2013:107, punto 60.

[59] Cfr., ad es., *Kahl*, in: Kahl/ Waldhoff/Walter (nota in calce 30), art.1.3 GG, punto 45; *Kingreen*, EuR 2013, 46 (551 e seg.); *Frenzel*, Der Staat, parte 53 (2014), 1, (18 e segg., 21); in senso favorevole *Gstrein/ Zimmerman*, ZEuS 2013, 239 (258); inoltre *Thym*, NVwZ 2013, 889 (896), che parla di" un'assolutamente attraente via di mezzo"; in modo differenziato *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273 (280 e segg.) con la proposta di una "riserva Solange invertita "; *Ohler*, NVwZ 2013, 1433 (1437 e swg.); inoltre *Teetzmann*, EuR 2016, 90, secondo cui il legislatore dell'Unione deve soltanto assicurare che sia possibile una trasposizione di direttive conforme ai diritti fondamentali.

[60] *Van Ooyen,* RuP 203, 199 (199); v. anche *Scholz*, DVBl 2014, 197, (199 e segg., 203: " insostenibile")

[61] *Van Ooven*. RuP 2013, 199 (199); *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4a ed. 2015, § 14, punto 77; *Hwang*, EuR 2014, 400 (405); *Vosskühle*, RdA 2015, 336 (341 e seg.); sul pericolo dell' "esautoramento del BVerfG a favore dei giudici speciali" indicativo *Bäcker*, EuR 2015, 389 (404).

fatto chealla giurisprudenza della Corte UE non potrebbe essere imposta una forma di lettura,

"secondo la quale questa debba essere giudicata come atto ultra- vires o metta in pericolo tutela ed esercizio dei diritti fondamentali degli Stati membri (…), in un modo che metta in questione l'identità dell'ordine costituzionale istituito dalla Legge Fondamentale (…).[62]

Ciò premesso, la decisione *Åkerberg Fransson*

" non potrebbe essere intesa ed applicata in un modo secondo cui, per un vincolo degli stati membro derivante dai diritti fondamentali previsti nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, sia sufficiente ogni riferimento materiale di una disciplina al mero ambito applicativo astratto del diritto UE o siano sufficienti meri effetti di fatto nei confronti di questo".[63]

Anche il BVerfG lascia, però, aperto a la questione di quanto debba essere intensivo il riferimento per attivare la tutela di diritti fondamentale dell'Unione dell'Unione nei confronti degli Stati membri.[64]

Nella più recente giurisprudenza della CGUE si evidenzia, comunque, una certa radicalizzazione del conflitto.. Così, nella causa *Siragusa* la formula *Åkerberg* viene precisata nel senso che per "l'attuazione del diritto dell'Unione" nel senso dell'art.51 della Carta dei diritti fondamentali europei è necessario "una sufficiente relazione di un certo livello".[65] Per l'affermazione del *rapporto necessario* la CGUE ricorre ad un catalogo di criteri non esaustivo. Sarebbe, così, da verificare se con la regolamentazione nazionale " viene conseguita l'attuazione di una disposizione del diritto dell'Unione, quale carattere abbia tale regolamentazione e se con questa non vengano perseguite finalità di quelle ricadenti sotto il diritto dell'Unione (…),

---

[62] BVerfG, 24, 4, 2013 – 1BvR 1215/ 07, ECLI:DE:BVerfG: 2013: rs20130424, 1 bvr 121507, BVerfGE 133, 277 (316). K&R 2013, 381 – Antiterrordateigesetz; in proposito

[63] BVerfG 1 BvR 1215/ 07, BVerfGE 133, 277, (316) – Antiterrordateigesetz; critico *Geiß* DÖV 2014, 265 (267, 269), che però riconosce anche "una disponibilità di Karlsruhe al compromesso" (pag.272); ancora più favorevole *Safferling*, NSTZ 2014, 545 (559); *Borowsky* in: Mayer (Hrsg), Charta der Grindrechte der Europäischen Union, art. 51, punto 30 b.

[64] Rinvia a ciò anche la Common Market Law Review, Comments, Ultra vires – has the Bundesverfassungsgericht shown its teeth? CMLR 50 (2013), 925 (929).

[65] CGUE, 6.3. 2014 – causa C- 206/ 13, Siragusa, ECLI:EU:C:2014:126, punto 24; CGUE, 10.7. 2014 – causa C- 198/13, Julian Hernàndez, ECLI:EU:C:2014:2055, punto 34.

ed inoltre se esiste una regolamentazione del diritto dell'Unione che sia specifica per questa materia o possa influire sulla stessa".[66]

Dall'ulteriore specificazione di contenuto ed applicazione di questi criteri dipenderà se se il rapporto di cooperazione sui diritti fondamentali tra CGUE e BVerfG continuerà a svilupparsi.

2. Controllo sulla competenza / controllo ultra – vires

a) Linee di sviluppo della giurisprudenza

La UE come organizzazione sovranazionale senza carattere statale non dispone della competenza sulla competenza. Essa non può, così, ampliare autonomamente le proprie competenze, Sono, invece, gli Stai membri, quali "signori dei trattati"[67] ad attribuire all'Unione e ai suoi organi, nella via della singola, limitata attribuzione di potere (art.5.1.2 TUE) la legittimazione ad agire. Tutte le competenze non attribuite all'Unione nei Trattati restano agli Stati membri (art. 5.2.2 TUE).

Un controllo sulla competenza incombe, innanzitutto, alla Corte di Giustizia UE nel quadro dell'azione di nullità (art. 263 TFUE) e del procedimento di pronuncia pregiudiziale (art. 267 TFUE). Nello stesso tempo il BVerfG assume un potere di controllo nel caso di di violazione dei confini nella richiesta di competenze unionali. Nella sentenza *Maastricht* il Secondo Senato ha sottolineato, al riguardo, che atti giuridici UE, che non trovano base in un fondamento di potere dei trattati, non sarebbero coperti da un imperativo di applicazione giuridica nella legge nazionale di ratifica. Essi, perciò, non produrrebbero effetti giuridici sul piano autoritativo tedesco. Il BVefG si riserva di dichiarare inapplicabili tali "atti giuridici esplosivi".[68]

aa) Definizioni nella sentenza Lissabon.

---

[66] CGUE causa C- 206/13, Siragusa, ECLI:EU:C:2014:126, punto 25.

67 BVerfG, 8.4.1987 – 2 BvR 687/ 85, BVerfGE 75, 223 (242), BB 1987, 2111 – Kloppenburg; BVerfG 2 BvR 2134/ 92 e a., BVerfGE 89, 155 (190, 198 e seg.)- Maastricht; BVerfG 2 BvE 2/ 08 e a., BVerfGE 123, 267 (349 e seg., 369, 381, 398) – Lissabon

[68] BVerfG 2 BvR 2134/ 92 e a., BVerfGE 89, 155 (188) – Maastricht, con rinvio a BVerfG, 23.6.1981 – 2 BvR 1107/ 77; 2 BvR 1107 / 77; 2 BvR 1124 / 77; 2 BvR 195 / 79, BVerfGE 58, 1 (30 e seg.) – Eurocontrol I; BVerfG 2 BvR 687 / 85, BVerfGE 75, 223, (235, 242) – Kloppenburg.

Nella sentenza *Lissabon* si sussegue una serie di rilevanti chiarimenti, specificazioni e spostamenti di accento. Concretamente sono da rilevare cinque aspetti.[69]

(1)Il Secondo Senato si distanzia concettualmente dall' "atto esplosivo".[70] Invece di questo si parla di un "controllo ultra - vires".[71] Con questo viene fatto riferimento la figura riconosciuta dal diritto internazionale dell'agire senza competenza.[72]

(2)Il Tribunale limita la sua riserva di riesame a casi di "manifesti sconfinamenti di competenza".[73] Ancora non chiaro resta, d'altra parte, se il criterio dell'evidenza presupponga un difetto *generale*, della giurisprudenza sulla competenza, parallelo a quello, riferito ai diritti fondamentali, " riserva Solange" ovvero - secondo una differente terminologia - interviene già in un evidente sconfinamento di competenza nel singolo caso.[74]

(3)Il BVerfG estende il suo controllo, al di là del vero e proprio sconfinamento di competenza, ai limiti di esercizio della competenza del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 comma 1.2 e comma 3 TUE.[75]

(4)Il BVerfG si attribuisce, sul piano nazionale, il monopolio di controllo[76] sull'accertamento di un agire extra - vires dell'UE per garantire la capacità funzionale dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Quanto alla motivazione dogmatica viene fatto riferimento una applicazione del diritto costituzionale favorevole nei confronti dell'Europa, in osservanza dell'idea giuridica espressa nell'art. 100.1 GG.[77] I giudici speciali giungono a ritenere che, se ricorre un agire ultra - vires dell'UE, essi devono agire con rinvio al BVerfG, analogamente alla via del concreto controllo normativo secondo l'art. 100.1 GG.

---

[69] V. per il seguito già *Ludwigs*, in: baur/ Salje/ Schmidt – Preuß (Hrsg.), Regulierung in der Energiewirtschaft, 2° ed. 2016, cap. 22, punto 4; *Ludwigs*, in: Hendler/ Ibler/ Martinez (Hrsg.), Herausforderungen an die Kompetenzordnung der EU, 2015, pag. 27 (30 e seg.).

[70] Cfr. BVerfG 2 Bave 2/08 e a.; BVerfGE 123, 267 (353 e seg.) – Lissabon.

[71] Ibid.

[72] Si riferisce a questo *Schorkopf*, EuZW 2009, 718 (721); espressamente sulla dottrina ultra- vires: *Pfeffer*, Das Verhältnis von Völkerecht und Landesrecht, 2009, pagg. 39 e segg.

[73] BVerfG 2 BvE 2/08 e a., BVerfGE 123, (352) – Lissabon.

[74] V. al riguardo *Frenz*, Verwaltungsarchiv 100 (2009), 475 (486): contrario *Ruffert*, DVBL 2009, 1197 (1205).

[75] BVerfG 2 Bave 2/08 e a., BVerfGE 123, 267 (353) – Lissabon.

[76] *Gärditz / Hillgruber,* JZ 2009, 872 (873 e seg.).

[77] BVerfG 2 Bave 2 / 08 e a., BVerfGE 123, 267 (354 e seg.) – Lissabon; nello stesso senso *Calliess*, ZEuS 2009, 559 (566 e seg.); *Ruffert*, DVBl 2009, 1197 (1205).

(5)I giudici di Karlsruhe limitano espressamente il loro controllo sulla competenza a casi in cui non deve richiedersi una tutela giuridica sul piano unionale.[78] La competenza "primaria" sul controllo di competenza appartiene, perciò, alla CGUE. Concretamente ciò significa che spetta alla Corte, di fronte ad un'attivazione della riserva ultra - vires da parte del BVerfG, l'occasione di un proprio controllo di competenza nel quadro di una richiesta di decisione pregiudiziale secondo l'art. 267.3 TFUE.

bb) Relativizzazione nell'ordinanza Honeywell

Il BVerfG ha, in seguito, ulteriormente differenziato il centrale criterio significativo di "evidente sconfinamento di competenza" nella sua ordinanza *Honeywell* del 6.7. 2010.[79] Perciò l'"evidenza" di una violazione del principio della singola, limitata, attribuzione di potere deve ammettersi solo se sussiste *una violazione di competenza sufficientemente qualificata.* Questo, a sua volta, presuppone due condizioni:

(1)L'agire del potere dell'Unione contrario alla competenza deve essere "manifesto".

(2)E' necessario che l'atto impugnato nella struttura della competenza tra Stati membri e UE [conduca] ad un significativo, strutturale spostamento in pregiudizio degli Stati membri". Secondo l'opinione del BVerfG sono significativamente strutturali gli sconfinamenti di competenze prima di tutto (ma non solo!) quando si estendono ad " ambiti materiali che appartengono all'identità giuridico - costituzionale degli Stati membri o dipendano dal processo del discorso democratico negli Stati membri (…)".[80]

Queste argomentazioni conducono ad un esercizio riservato e amichevole per l'Europa del controllo ultra - vires. Viene perfino esplicitamente concesso alla Corte di Giustizia un "diritto alla tolleranza".[81] Con questo motivo viene

[78] BVerG 2 Bave 2/08 e a.; BVerfGE 123, 267 (353 e seg.) – Lissabon; sui differenti possibilità di significato *Ruffert*, DVBl 2009, 1197 (1205).
[79] Cfr. BVerfG, 6.7.2010 – 2 BvR 2661 / 06, ECLI:DE: BVergG: 2010: rs20100706, 2 bvr266106, BVerfGE 126, 286 (303 e segg.) RIW 2019, 699 – *Honeywell*; v. anche la critica nell'opinione dissenziente del giudice *H. Landau (BVerfGE 126, 318 (319 e segg*.); cfr., per il seguito, già *Ludwigs*, in: baur/ Salje/ Schmidt – Preuß (nota in calce 69), cap. 22, punto 5; *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (538).
[80] BVerfG, 2 BvR 2661 / 06, BVerfGE 126, 286 (307) – Honeywell; v. anche BVerfG 2 BvR 2728/ 13 e a., BVerfGE 134,366 (392) – OMT; ma v. in proposito anche la critica al capo IV.3; espressamente *Ludwigs* , NVwZ 2015, 537 (539 e seg.).
[81] BVerfG 2 BvR 2661 / 06, BVerfGE 126, 286 (303, 307) – Honeywell.

giustificato nell'ordinanza *Honeywell* viene anche il rigetto del ricorso costituzionale nonostante la problematicamente metodica elaborazione di un principio generale di divieto della discriminazione in base all'età nella sentenza *Mangold* del BVerfG.[82] Da un'altra parte il BVerfG chiarisce che il controllo sulla competenza può estendersi anche a casi che *non* fanno parte del controllo d'identità costituzionale. Da ciò consegue che la riserva ultra – vires va oltre la riserva d'identità ricollegantesi direttamente all'art. 23.1.3, in collegato disposto con l'art. 79.3 GG ed assume una rilevanza autonoma.

b) Procedimento pregiudiziale OMT come pietra miliare

aa) domanda pregiudiziale del BVerfG

A prescindere dalla relativizzazione seguita, prima di tutto, nell'ordinanza *Honeywell,* l'autodefinizione come "ultima istanza" nella causa controllo ultra-vires sembra già assolutamente problematica. Il motivo relativo è la competenza esclusiva, conferita dall'art. 344 TFUE, in collegato disposto con l'art. 19.1.2 TUE, alla CG UE "per controversie sull'interpretazione o applicazione dei Trattati". Con l'azione di nullità ex art. 263 TFUE i Trattati europei prevedono un rimedio giuridico efficace per il controllo del rispetto della competenza dell'agire degli organi dell'Unione.[83]

Il BVerfG ha più volte confermato la riserva ultra – vires appoggiata sull'autoaffermazione.[84] Nella stessa linea sta anche la prima domanda pregiudiziale alla CGUE del 14.1. 2014 sulla conformità a diritto dell'Unione sull'acquisto da parte della BCE sul mercato secondario, teoricamente illimitato, di titoli di stato di Paesi euro in crisi.[85] Il BVerfG minaccia qui apertamente un'attivazione della riserva ultra - vires, se la Corte di Giustizia non dovesse prendere in considerazione le censure contro la deliberazione del Consiglio BCE OMT (Outright Monetary Transactions), quanto meno nella via di

[82] Chiaramente BVerfG 2 BvR 2661 / 06, BVerfGE 126,286 (312) – Honeywell, in uno scambio d'idee con CGUE. 22. 22.11. 2005 – causa C – 144 / 04, mangold, ECLI:EU:C:2005: 709, RIW 2006, 52, punti 74 e segg.

[83] Più dettagliatamente *Ludwigs*, NVwZ, 2015, 537 (539 e seg.): v. anche *Simon*, Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im europäischen Integrationsprozess, 2016, pag. 266 e seg., 299 e segg.

[84] BVerfG 1 BvR 1215 / 07, BVerfGE 133, 277 (316) – Legge sugli archivi antiterroristici; BVerfG 2 BvR 2728 / 13 e a., BVerfGE 134, 366 (382 e segg.) – OMT; BVerfG 18.3. 2014 – 2 BvR 1390 / 12, 1438/12, 1439/ 12 , 1440/12, 1824/12, 2 Bave 6/ 12, ECLI:DE:BVerfG: 2014: rs20140318.2bvrl3901\2, Verge 135, 317 (386, 393 e seg.) – ESM II.

[85] Ampiamente sul seguito *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (540 e segg.).

un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione.[86] L'interpretazione dell'ordinanza OMT dovrebbe, comunque, considerare che è escluso un taglio dei debiti in pregiudizio della BCE , che i titoli di stato di singoli Stati membri non vengono acquistati senza limite e che sono, il più possibile, vietate ingerenze nella formazione dei prezzi sul mercato.[87]

Sembra meritevole di critica il fatto che il secondo Senato giunge ad ammettere uno sconfinamento manifesto di competenza solo attraverso un *discutibile artificio*.[88] I giudici si limitano ad affermare che un agire della BCE fuori dal suo mandato monetario valutario, come pure una violazione del divieto di finanziamento monetario di bilancio (art. 123.1 TFUE) costituirebbe un manifesto sconfinamento di competenza.[89] Ma rimangono, così, senza risposta le domande. Esse hanno il seguente tenore: la deliberazione OMT costituisce manifestamente una misura vietata di politica economica ? Viene in modo manifesto effettuato un finanziamento monetario contro l'art. 123.1 TFUE? Entrambi i problemi possono essere mei in discussione con buoni motivi. Dove il Secondo Senato rinvia il *punto di riferimento dell'accertamento di evidenza*, esso livella, in definitiva, il criterio dell'evidenza, il che conduce, nel risultato, ad un significativo rafforzamento del controllo ultra - vires. Quest'affermazione non corrisponde, al riguardo, né ad un'applicazione conseguente e prevedibile dello stesso criterio di controllo formulato,, né di un - fino a qui sempre diffuso[90] - esercizio eurofavorevole della riserva ultra - vires.

bb) Risposta della CGUE

Dalla risposta della CGUE del 16.6. 2015[91] nella causa *Gauweiler* deve ricavarsi che la Corte di Giustizia non vede, a priori, alcuna ragione per una differenziazione tra sconfinamento di competenza semplice e manifesto. Essa giunge, cioè, alla conclusione che l'art. 119 TFUE e l'art. 127, par. 1 e 2 TFUE , come pure gli articoli da 17 a 24 dello statuto Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC)/ Banca

[86] BVerfG 2 BvR 2728/ 13 e a., BVerfGE 134, 366 (398, 417) – OMT; più analiticamente al riguardo, in prospettiva critica, *Heun*, JZ 2014, 331 e segg.; in modo differenziato *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (540 e segg.) con ulteriori considerazioni sulla vasta letteratura.
[87] BVerfG 2 BvR 2728/ 13 e a., BVerfGE 134, 366 (417) – OMT.
[88] *Mayer*. EuR 2014, 473 (504); *Wendel*, ZaöRV 74 (2014), 615 (631 e segg.).
[89] BVerfG 2 BvR 2728/ 13 e a., BVerfGE 134, 366 (390 e segg.) – OMT.
[90] VerfG 2 Bave 2/08 e a., BVerfGE 123, 267 (354) –Lissabon; BVerfG 2 BvR 2661/ 06, BVerfGE 126, 286 (303) – Honeywell; BVerfG 2 BvR 2728 / 13 e a., BVerfGE 134, 366 (382 e seg.) - OMT
[91] CGUE causa C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:400; in senso conforme *Herman/ Dornacher*, EuZW 2015, 579 (583); *Mayer*, NJW 2015, 1999 (2000 e segg.).

Centrale Europea devono essere interpretati nel senso che attribuiscono al SEBC il potere di di attuare un programma di acquisto di titoli di stato sul mercato secondario (come il programma OMT).[92] Non sussisterebbe, né uno sconfinamento di competenza del mandato politico- valutario della BCE, né potrebbe essere affermata una violazione del divieto di finanziamento monetario di bilancio.[93] Per la motivazione i giudici di Lussemburgo ed altri rinviano ai confini del programma, che

" *prevede l'acquisto di titoli di Stato solo nella misura che è necessaria per il mantenimento del meccanismo di trasmissione di politica monetaria e dell'unità della politica monetaria, e [prevede] che gli acquisti siano sospesi quando questi scopi saranno conseguiti".*[94]

Inoltre viene messo in evidenza che il programma OMT

" *è munito di una serie di garanzie che devono limitare i suoi effetti di perseguire una sana politica di bilancio*". [95]

La Corte di Giustizia, invero, mette anche in chiaro che il divieto di finanziamento monetario di bilancio non potrebbe essere ricavato dall'art. 123.1 TFUE.[96] A prescindere da questo si possono individuare tre scostamenti dalla posizione del BVerfG: 97

(1)La Corte di Giustizia non ritiene a priori inammissibile la limitazione *ex ante* degli acquisti di titoli. 98

---

[92] CGUE, causa C-62/14, Gauweiler ECLI:EU:C:2015:400, punto 127.
[93] CGUE, causa C-62/14, Gauweiler ECLI:EU:C:2015:400, punti 33 e segg. e 93 e segg.
[94] CGUE, causa C-62/14, Gauweiler ECLI:EU:C:2015:400, punto 112: v. inoltre punti 47 e segg.; 81 e segg..
95 CGUE, causa C-62/14, Gauweiler ECLI:EU:C:2015:400, punto 115.
[96] CGUE, causa C-62/14, Gauweiler ECLI:EU:C:2015:400, punto 97.
[97] Cfr., su aspetti parziali in particolare *Ohler*, NVwZ 2015, 1001 (1005); inoltre *Hermann/ Dornacher*. EUZV 2015, 579 (581).
98 CGUE, causa C-62/14, Gauweiler ECLI:EU:C:2015:400, punti 81 e segg., 87, dove, però, viene osservato che il volune del programma OMT sarebbe limitato sotto un duplice profilo: da una parte esso avrebbe ad oggetto solo una parte limitata di dei titoli di stato emessi dagli Stati della zona valutaria dell'euro. Dall'altra esso potrebbe venire in applicazione quando la situazione di questi Stati avrebbe già giustificato un intervento del MES, che sarebbe ancora in corso .
99 CGUE, causa C – 62/ 14, Gauweiler, ECLI: EU: C. 2015 punto 118

(2)Essa respinge l'opinione secondo cui i titoli di stato non possono essere mantenuti dalla BCE fino alla scadenza.[99]

(3)Secondo l'avviso della CGUE è compito della BCE stabilire se essa abbia la posizione di un creditore privilegiato e si sottragga così, nel caso di insolvenza di uno Stato, al taglio dei debiti.[979899100]

Alla luce di questo parzialmente dissenziente giudizio sul programma OMT della CGUE e del BVerfG non resta che attendere con impazienza come il Secondo Senato si pronuncerà nella sua decisione definitiva del 21. 6. 2016 [cfr. *Ludwigs / Sikora*, EWS quaderno 4]. Se dovesse qui seguire effettivamente un'attivazione della riserva ultra - vires, dovrebbe, in ogni caso, attendersi che nella sussunzione dei criteri autoimposti del *carattere manifesto* e della *rilevanza strutturale* dell'agire dell'Unione inosservante della competenza abbia seguito una motivazione ancora più esplicita di quella dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale.

3.Controllo d'identità

a) Controllo d'identità nel contesto del salvataggio dell'euro come punto di partenza

Nella sentenza *Lissabon* il BVerfG ha integrato definitivamente il controllo di competenza e quello sui diritti fondamentali con un *controllo d'identità.*[101] Diversamente dalle altre due specie di controllo si può, al riguardo, affermare un esplicito punto di collegamento con l'art. 1231.3, in collegato disposto con l'art. 79.3 GG.[102]

---

[100] CGUE, causa C- 62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2915:400, punto 126.

[101] Così anche *Sauer,* ZRP 2009, 195 (196); dubbioso sul valore del controllo d'identità *Terhechte,* EuZW2009, 724, (729 e seg.); critico anche *Ingold*, AöR 140 (2015), I (28 e seg.); favorevole *Wischmeyer*, AöR 140 (2015) , 415 (458 e seg.).

[102] Sembra contestabile ricollegare normativamente il controllo d'identità alla garanzia dell'identità nazionale nel senso dell'art. 4.2.1 TUE (su tali ipotesi cfr *Polzin*, JuS 2012, (3 e seg.); espressamente sull'identità nazionale da un punto di vista del diritto europeo da ultimo *Haratsch*, EuR 2'16, 131 (133 e segg.). Anche il BVerfG, invero, considera il controllo dl'identità della causa strutturato secondo l'art. 4.2.1 TUE (BVerfG 2 BvR 2735/ 14, NJW 2016, 1149, punto 44). Vi è da dubitare, però, da una parte, se la tutela dell'identità del diritto dell'Unione si apra ad una discussione al limite assoluto" della garanzia d'immodificabilità ex art- 79.3 GG (BVerfG 2 BvR 2728/ 13 e a. BVerfGE 134, 366 [386 e seg.] – OMT). Dall'altra l'art. 4.2.1 TUE non contiene nulla sul problema di chi assuma il ruolo del "custode dell'identità.

L'incisiva deliberazione del Consiglio BCE costituisce il fondamento dell'acquisto di titoli di Stato, da parte della BCE, in principio in limitata quantità e turba così, quanto meno indirettamente, il *potere parlamentare di bilancio* negli Stati membri. Fin dall'inizio della sua giurisprudenza sul salvataggio europeo il BVerG ha sottolineato il ruolo del potere di bilancio come " fondamentale parte della capacità di autodeterminazione democratica nel diritto costituzionale".[103] Se anche la Facilitazione Europea d Stabilizzazione Finanziaria (EFSF) era stata istituita come associazione tra stati formalmente fuori dal diritto dell'Unione, il BVerfG svolgeva, però, fondamentali riflessioni nella sentenza sopravvenuta in materia del 7.9. 2011[104] riguardo al potere di bilancio nel contesto dell'integrazione europea. Costituisce iL punto di partenza la responsabilità generale di politica di bilancio del Bundestag come elemento non disponibile dell'identità costituzionale, che trova le sue radici nel principio immodificabile di democrazia (art.23.1,3 in collegato disposto con gli artt. 79.3 e 20, par. 1 e 2, GG.[105]Il BVerfG ha postulato espressamente nella sua sentenza sull'aiuto alla Grecia e sull'ESFS, l'esistenza di un - anche se non esattamente quantificato – limite massimo all'assunzione di debiti e garanzie.[106]Secondo quanto sopra la Repubblica Federale non può vincolarsi, né sotto il profilo del diritto internazionale, né di quello dell'Unione, ad un punto che minacci di sottrarre al Bundestag le possibilità operative della politica di bilancio.[107]

c) *Ulteriore sviluppo del controllo d'identità*

Oltre ai principi elaborati sul potere di bilancio il tribunale verifica in generale, nel quadro del controllo d'identità, se siano stati violati i principi degli artt. 1 e 20 GG,

[103] BVerG, 7.9.2011 – 2 BvR 987 / 10, 2 BvR 1485 / 10, 2 BvR 1099 / 10, ECLI:DE:BVerfG: 2011: rs20110907. 2 bvr098710, BVerfGE 129, 124, EWS 2011. 420 – EFSF.

[104] Cfr. già in precedenza la sentenza Lissabon (BVerfG 2 Bave 2/08 e a., BVefGE 123, 267) einoltre le successive pronunce nel quadro della giurisprudenza sul salvataggio europeo (BVerfG, 28.2. 2012 – 2 Bave 8/11, ECLI: DE: BVerfG:2012: 2012,:es20120229, 2bve000811, BVerfGE 130, 318 – Meccanismo di stabilizzazione; BVerfG 12.9.2012 – 2 BvR 1390/12, 2BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12 e 2 BvR 6/12, BVerfGE 132, 185, EWS 2014, 273 – ESMI: BVerfG 2 BvR 1390/ 12 e a., BVerfGE 135, 317 – ESM II); istrurriva rassegna di giurisprudenza in *P.M. Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, pagg. 53 e segg.

[105] BVerfG 2 BvR 987/ 10 ea., BVerfGE 129, 124 (189 e seg.) –EFSF.

[106] BVerfG 2 BvR 987/ 10 ea., BVerfGE 129, 124 (157, 183.) –EFSF.

[107] BVerfG 2 BvR 987/ 10 ea., BVerfGE 129, 124 (180 e seg.) –EFSF.

dichiarati inviolabili nell' art. 79 GG.[108]IL BVerfG si riserva anche un'attivazione del controllo d'identità quando organi nazionali ledono il nucleo incompressibile della legge fondamentale sulla base di atti assunti a livello giuridico dell'Unione.[109]In un parallelismo di imperativi di diritto costituzionale e dell'Unione ciò significa, però, che il primato di applicazione del diritto dell'Unione non svolge alcun ruolo. Fa qui difetto, semplicemente, una situazione di conflitto tra diritto dell'Unione e costituzionale.[110] Un esercizio del controllo d'identità non dà luogo necessariamente alla non applicazione del diritto dell'Unione.[111]

Da un punto di vista sistematico il BVefG non parte da un avvio del controllo d'identità, ma separa le due riserve (v. cap. III, 1). Per il resto l'esercizio del controllo d'identità subisce una limitazione per il principio del *favor Europae* della Legge Fondamentale. [112] Al riguardo risulta qui una distinzione qualitativa per la determinazione del " superamento manifesto dei confini" o non risulta ancora definitivo se entrambe le riserve si risolvono soltanto in un controllo di evidenza.[113] L'ordinanza OMT del BVerfG rende comunque chiaro pone a fondamento nel quadro del controllo d'identità - parallelamente al controllo ultra - vires e a differenza dal controllo sui diritti fondamentali, un *esame riferito al singolo caso*.[114] Inoltre sussiste una coincidenza tra riserva d'identità e ultra – vires nel senso che anche il controllo d'identità deve spettare esclusivamente al BVerfG (e non ai giudici speciali) per la tutela della capacità funzionale dell'ordinamento giuridico dell'Unione.[115]

Discutibile è, d'altra parte, il fatto che il Secondo Senato, nella sua ordinanza OMT, sembrerebbe ammettere che l'attivazione del controllo d'identità non

[108] BVerfG 2 BvE 2/ 08 e a., BVerfGE 123, 267 (353 e seg.) – Lissabon; in precedenza già in modo chiaro BVerfG 18.7. 2005 – 2 BvR 2236 / 04, BVerfGE ECLI:DE:BVerfG: 2005:rs20050718.2bvr223604, BVerfGE 113, 273 (296) – Mandato di cattura Europeo, con rinvio a BVerfG 13.10. 1970 – 1 BvR 226/ 70, BVerfGE 29, 183 (193) – Rücklieferung.

[109] BVerfG 2 BvR 2735/14, NJW 2016,149, punto 51.

[110] A titolo di esemplio BVerfG 2 BvR 2735/ 14, NJW 2016, 1149, punti 76 e segg; decisamente critico sul punto *Schönberger,* JZ 2016, 422 (423); v. anche *Giegerich*, ZEuS 2016, 3 (33 e segg.).

[111] BVerfG 2 BvR 2735/ 14, NJW 2016, punto 84; *Sachs*. JuS 2016, 373 (375).

[112] BVerfG 2 Bave e a., BVerfGE, 123, 267 (353 e seg,) – Lis sabon.

[113] In questo senso *Sauer*, ZRP 2009, 195, (196); sulla criticabile tiforma del criterio (verbalmente mantenuto) nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale OMT del BVerfG v. già *supra* al capo III, 2b.

[114] BVerfG 2 BvR 2728/13 e a. BVerfGE 134, 366 (384 e segg.) – OMT; in proposito *Dederer*, JZ 2014, 313 (315).

[115] BVerfG 2 BvE 2 / 08 e a., BVerfGE 123, 267 (354 e seg.) –Lissabon, BVerfG 2 BvR 2735/ 14, NJW 2016, 1149, punto 43.

presupponga necessariamente una cognizione della CGUE avente ad oggetto una precedente violazione dell'identità.[116]

Alla CGUE sarebbe , in tal modo, data l'occasione di verificare se la misura in questione (quale il programma OMT) sia interpretato ed applicato in un modo che garantisca l'identità costituzionale degli Stati membri.[117] Col principio costituzionale del *favor Europae* si può difficilmente armonizzare la rinuncia ad una domanda pregiudiziale alla CGUE con riguardo al potenziale ivi esistente della prevenzione e attenuazione di conflitti. Deve perciò darsi il benvenuto al fatto che il Secondo Senato, nella più recente ordinanza sul mandato do cattura europeo del 15.12. 2015, pone in rilievo, comunque, la possibilità di una pregiudiziale ex art. 267. 3 TFUE, ove ciò sia necessario.[118]

Giustamente, infine, non veniva ulteriormente approfondito nella giurisprudenza il tentativo intrapreso anche nella sentenza Lissabon di elaborare determinati ambiti che, quanto meno nel nucleo, sono capaci d'integrazione. Concretamente il Secondo Senato faceva riferimento a cinque materie. Classificate come particolarmente sensibili per l'autodeterminazione democratica dello Stato costituzionale. Singolarmente si trattava del diritto penale sostanziale e processuale, del monopolio della forza poliziesco e militare, del diritto di bilancio,, del principio di stato sociale, come pure delle decisioni particolarmente significative dal punto di vista culturale. [119] La tagliente critica[120], fino a qui esercitata, a questa forma di "dottrina dei compiti dello Stato" ha giustamente osservato che a detti ambiti materiali inerirebbe un certo arbitrio, una certa mancanza di profilo e una possibilità di contraffazione.[121] Per questo motivo si può anche spiegare perché il BVerfG non ha più preso in considerazione nella sua successiva giurisprudenza il "criterio della rinunciabilità".[122]

---

[116] BVerfG 2 BvR 2728/13 ea. BVerfGE 134, 366 (418 e seg., ma v. anche 384 e seg.) – OMT.
[117] BVerfG, NVwZ 2015, 537 (542) con ulteriori considerazioni; crtico anche *Giegerich* ZEuS 2016, 3 (30 e seg.).
[118] BVerfG 2 BvR 2735/ 14, NJW 2016, 1149, punto 46; v. inoltre punto 125.
[119] BVerfG 2 BvE 2/08 e a., BVerfGE 123, 267 (357 e seg) – Lissabon.
[120] Cfr., ad es., *Britz*, EuR 2100, quaderno 2, pag. 151 (157 e segg.); *Schöberger*, Der Staat 48 (2009) 535 (554 e seg.)
[121] *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 290 (293 e seg.); approfonditamente *Simon* (nota in calce 83), pag. 128 e segg. con ulteriori osservazioni; v. anche *Huber* (nota in calce 104) pag. 19 e seg.: " non del tutto riuscito".
[122] Concisamente *Herdegen,* in: Jochum/ Fritzemayer / Kau (Hrsg.), FS für Hailbronner, 2013, pag. 725 (725).

IV. Attuazione processual - costituzionale

Non sono controversi solo ragione e confini della limitazione, da parte dei giudici costituzionali, del primato di applicazione. Collegato al riguardo è anche il problema della struttura processual -costituzionale. Il seguente capitolo tratta, perciò, di una sistematizzazione e di un approfondimento culturale degli aspetti processuali già in parte trattati.

1. Oggetto del procedimento nel procedimento con riferimento al'UE

A) Diritto primario UE. Controllo preventivo della legge di ratifica.

I procedimenti giurisdizionali costituzionali con riferimento al diritto dell'Unione sollevano anzitutto la problematica del giusto oggetto del procedimento. Oltre al controllo della legge di ratifica può, di quando in quando, essere controllato il *diritto primario dll'Unione* nella sua compatibilità con la Legge Fondamentale (art. 23.1.4 in collegato disposto con gli artt. 79.1 e 23.1.1 GG). Questa legge, che costituisce fondamento per la ratifica da parte del Presidente Federale, non può essere pubblicata né rilasciata in copia fino al momento del controllo.[123] Questo eccezionale controllo preventivo della legge di ratifica è finalizzato ad impedire un impegno di diritto internazionale della Germania da una legge contraria alla costituzione.[124]

b) diritto secondario UE ed altri atti degli organi UE

Il controllo del *diritto secondario europeo* nel senso dell'art. 288 TFUE, come pure delle decisioni della CGUE e di altro atti degli organi dell'UE si pone con speciali questioni. Si pone, azitutpo, la questione se atti dell'Unione possano essere diretto oggetto di controllo nel relativo procedimento dinanzi al BVerfG.[125]

[123] BVerfG, 30.7. 1952 – 1 BvF 1/52 , BVerfGE 1, 296 410 e segg.) – Deutschlandvertrag.
[124] BVerfG 1 BvF 1/52, BVerfGE 1, 396 ((410 e segg.) – Deutschlandvertrag.
[125] Espressamente inizialmente *Simon* (nota in calce 83), pagg. 214 e segg.

A ciò si contrappone *prima facie* l'essenza delle impugnazioni giurisdizionali – costituzionali, che originariamente non erano state create per il controllo del diritto sovranazionale. A differenza di altre misure di organizzazioni internazionali gli atti giuridici dell'Unione esigono però, in Germania, un vincolo diretto e possono, così, venire in contrasto col diritto costituzionale nazionale.[126] Successivamente sembra preferibile qualificarle, nella via di un'applicazione analogica come oggetto idoneo del concreto controllo di norme secondo l'art. 93.1 n.2 GG, ad esempio di un ricorso costituzionale ex art. 931 n.4° GG.[127]L'ammissibilità dell'analogia deriva dall'equivalente effetto del diritto dell'Unione equiparabile a quello nazionale e, secondo la visuale del legislatore costituzionale, dalle lacune di regolamentazione non programmate, dalle quali deriva un vincolo, a seguito dell'ingresso della Germania nell'UE come organizzazione sovranazionale.

Questa opinione non è, d'altra parte, contestata[128] e non è, inoltre, vincolante per sottoporre a controllo atti dell'Unione. Cos' le direttive, per la loro funzione, necessitano di una trasposizione attraverso una legge nazionale, per produrre effetto in uno Stato membro.[129]Con l'esecuzione indiretta del diritto dell'Unione come regola (art. 291.1 TFUE) si può anche negli altri casi basarsi su un atto esecutivo intrastatale. [130]

Veniva ampiamente riconosciuta, in riferimento alla deliberazione del Consiglio BCE, anche la censurabile omissione di organi statali tedeschi (Bundestag e Bundesrat) riguardo ad una possibile attività ultra - vires dell'Unione come idoneo oggetto del procedimento.[131] Censurabile è, pertanto, non solo l'attività positiva di organi costituzionali, autorità e giudici tedeschi, ma anche l'omesso rispetto della responsabilità d'integrazione, incombente agli organi statali

[126] *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 7° ed. 2014, art. 93, punto 26.
[127] Convincente *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 7a ed. 2014, art. 93, punto 26.

[128] *Haratsch/ Koenig/ Pechstein*, Europarecht, 9a ed.2014, punto 144.
[129] L'effetto diretto di direttive non costituisce un'eccezione introdotta nel sistema degli atti dell'UE non direttamente applicabili, un'3ccezione elaborata dalla giurisprudenza; cfr. *Ruffert*, in: Calliess/ Ruffert (Hrs.g), EUV / AEUV. 4a ed. 2011, art. 288 AEUV, punti 47 e segg.
[130] *Hillgruber/ Goos*, Verwaltungsprozessrecht, 3a ed. 2011, punto 978; v. anche *Schlach/ Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 10a ed. 2015, punto 214.
[131] BVerfG 2 BvR 2728/13 e a. BVerfGE 134, 366 (390 e seg.) –OMT: più dettagliatamente *Simon*, (nota in calce 83), pagg. 216 e segg.

tedeschi.[132] Gli atti dell'Unione sono anche qui, indirettamente, oggetto del controllo giurisdizionale –à costituzionale.

2. Controllo dei diritti fondamentali da un punto di vista del diritto processuale

Se si volge lo sguardo all'esercizio processuale delle singole *riserve di controllo* deve dapprima stabilirsi, per il controllo sui diritti fondamentali, che il BVerfG, nella sua giurisprudenza fino ad oggi, ha ritenuto possibili tanto ricorsi costituzionali (art. 93.1 n.4 GG), come pure pregiudiziali giurisdizionali (art.100.1 GG) e controli astratti di norme (art. 93.1 n. 2 GG) per lesione di diritti fondamentali tedeschi da parte del diritto UE (ad esempio, nella trasposizione di diritto UE). Esso non esercita, però, Il suo controllo da *Solange II.*[133] Se in avvenire sono emanati un atto giuridico UE o una misura sulla base del diritto dell'Unione vengono fatti valere come oggetto del provvedimento di un controllo di diritti fondamentali dinanzi al BVerfG, devono essere superati grossi ostacoli.

Il ricorrente deve dedurre, con richiamo della giurisprudenza Solange (v. III.1.a), che sussiste un *vizio generale* con riferimento al piano unionale del diritto fondamentale leso. Una censura generale non è sufficiente.[134] Se questa iniziativa non ha successo si può ancora, in un successivo passo, pensare ad un'attivazione della riserva d'identità (III.3 e IV.3). Se anche questa resta senza esito il ricorso, o eventualmente la domanda vengono respinti come inammissibili.

A prescindere da ciò, resta il controllo del rispetto dei diritti fondamentali di spazi operativi nazionali, in particolare nella trasposizione di direttive o nell'indiretta esecuzione di diritto dell'Unione.[135] L'oggetto del procedimento è però, in questi casi, limitato alle autonome decisioni di organi statali tedeschi. Le componenti determinate sul piano europeo non sono accessibili ad un controllo

[132] *Hillgruber*, JA 2014, 635 (638).
[133] Cfr. specialmente BVerfG 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, 1047 (164) – Bananenmarkt; sul controllo astratto di norme BVerfG 1 BvF 1(05, BVerfGE 118,79 (95)- TEHG; in dottrina *Moench/ Ruttlof*, in: Handbuch def Rectsschutzes in der EU, 3° ed. 2014, §36, punti 2 e segg. con ulteriori considerazioni.
[134] *Ludwigs*, EuGRZ, 2014, 273 (274).Se
[135] Come spiegato, viene sottratta alla CGUE, contrariamente al BVerG, un validità parallela dei diritti fondamentali UE negii spazi operativi di trasposizione. Se si volesse seguire questo, si porrebbe la questione, fino a qui non definitivamente risolta, della necessità di una domanda pregiudiziale ex aty. 267.3 TFUE (cfr. al riguardo soltanto BVerfG 1 BvR 1215 / 07, BVerfGE 133, 277 (313 e seg.- Antiterrordateigesetz). Qui occorre in particolare considerare se il controllo sulla base dei diritti fondamentali nazionali non causi una lesine, ma rimarrebbero dubbi riguardo alla compatibilità coi diritti fondamentali UE coinvolti.

alla luce della tesi *divisione* affermata dal BVerfG (v. III.1.b). In collegamento col controllo concreto di norme è, perciò, da osservarsi che una pregiudiziale ex art. 100.1 GG è inammissibile se il giudice di merito non ha precedentemente spiegato se la legge di trasposizione, da lui giudicata anticostituzionale, non sia stata emanata per assicurare al legislatore nazionale uno spazio operativo conformativo conferito dal diritto dell'Unione o sia stata determinata sul piano del diritto dell'Unione. [136]

3.Considerazioni processuali sul controllo ultra – vires e d'identità

Per la garanzia processuale del controllo ultra – vires e d'identità il BVerfG espone nella sentenza Lissabon due alternative. [137] da una parte il Tribunale ritiene possibile la nuova creazione, da parte del legislatore, di uno specifico procedimento giurisdizionale costituzionale. Di fatto non si può, comunque, sostenere, per stabilire un "controllo di norme europeo" fino ad ora non realizzato, che nessuno dei procedimenti tramandati sia appropriatamente adatto ad un controllo ultra - vires e d'identità.[138] Dall'altra il BVerfG fa riferimento all'esercizio delle forme di procedimento già esistenti (controllo di norme astratto e concreto, controversia tra organi, controversia Federazione – Länder e ricorso costituzionale).

Nella prassi, il ricorso costituzionale del singolo ha assunto per primo una nuova, aggiuntiva funzione. Oltre alla vera e propria difesa contro immissioni in diritti fondamentali o in diritti a questi equiparati, il rapporto della Germania con la sopranazionale UE può essere indirettamente sottoposto a controllo. I ricorrenti possono, al riguardo, ricavare il loro potere di ricorso dall'art. 38.1 GG come "diritto a democrazia ", al fine di attivare il meccanismo del controllo ultra - vires.[139]

Se un organo dell'Unione agisce dai limiti attribuitigli dalla legge di ratifica, la catena della legittimazione democratica è rotta. Un agire ultra-vires costituisce

[136] BVerfG, 4,10. 2011 – 1 BvL 3 / 08, ECLI:DE BVerg: 2011: Is20111004, 1bv1000308, BVerfGE 129, 186 (198 e segg.), EWS 2011, 467, RIW 2011, 864 – Investitionzulagendesetz; in proposito *Wendel*, EuZW, 2012, 213.
[137] BVerfG 2 Bave 2/08 e a., BVerfGE 123, 267 (354 e se.) – Lissabon.
[138] Più dettagliatamente in proposito *Gärditz/ Hillgruber*, JZ 2009, 872 (874).
[139] BVerfG 2 BvR 2728/13 e a.BVerfGE 134, 366 (396 e seg.) – OMT; fondamentalmente sulla soggettivizzazione del pricipio di democrazia: BVerfG 2 BvR 2134/ 92 e a., BVerfGE 89, 155 (171 e seg.)- Maastricht; BVerfG 2 Bave 2/09 e a., BVerfGE 123, 267 (331 e seg.)- Lissabon; in senso restrittivo,da ultimo, *Simon*, (nota in calce 83), pagg.62 e segg., 97 e segg., 164 e segg.

sempre, perciò, un'incidenza nel diritto equiparabile ai diritti fondamentali ex art. 38.1 GG. Questo effetto di leva del diritto di voto per l'attivazione del controllo ultra - vires è però problematico.[140] Secondo l'opinione dei giudici di Karlsruhe l'art. 38.1 GG apre l'accesso al BVerfG senza che, al contempo, debba essere dimostrata una lesione dell'identità costituzionale.[141] Del resto non viene richiesta una riunione della censura ultra-vires alla lesione di diritti fondamentali sostanziali. Per questa ragione è evidente la conclusione che sta al tribunale, quanto meno, per la mobilizzazione del singolo per l'affermazione di una (propria) competenza di controllo giurisdizionale - costituzionale. Il prezzo relativo è la creazione di una *actio popularis* estranea al sistema.[142] Il Secondo Senato "ha aperto la porta ad un diritto generale all'esecuzione della legge, che la Legge Fondamentale non conosce".[143] Si disinnesca la critica giustificata con una riconduzione della riserva ultra-vires alla garanzia dell'identità. Ciò perché nella riserva d'identità un richiamo al'art. 38.1 GG entra in gioco solo se il ricorrente deduce, sostanzialmente, che per lo sconfinamento di competenze incompatibile viene minacciato uno svuotamento del suo diritto di voto, incompatibile con l'art. 79.3 GG.[144]

A prescindere da ciò, resta la necessità di esporre sostanzialmente, sul piano dell'ammissibilità, che una delle due riserve incide, *nel caso singolo*, su una delle due riserve. In riferimento alla riserva d'identità ciò significa che che deve essere fatta valere una possibile lesione dell'identità. Il ricorso alla riserva ultra-vires necessita, a sua volta, della possibilità di *uno sconfinamento di competenze sufficientemente qualificato,* per il quale ciò deve verificarsi , tanto in riferimento al carattere manifesto dello sconfinamento di competenze, quanto anche all'efficacia strutturale (v. III.2.a).

V. Sintesi

L'integrazione della Germania nell'UE quale organizzazione sovranazionale fa nascere nel suo corso diversi terreni di tensione politici, e con questi strettamente

[140] Fra molti *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (540).
[141] BVerfG 2 BvR 2728/ 13 e a. BVerfGE 134, 366 (394, 397)- OMT; v. anche BVerfG 2 BvR 1390/12 e a., BVerfGE 135, 317 (386) – ESM II.
[142] Cfr. anche l'acuta critica al voto speciale di *Gerhardt,* BVerfGE 134, 430 (431 e seg.) – OMT.
[143] *Gerhardt, v*oto speciale, BVerfG 2 BvR 2728/13 e a. BVerfGE 134, 366 (430, 432) – OMT.
[144] Più dettagliatamente *Ludwigs*, NVwZ 2015, 537 (540 , dove si parla di un radicamento del "diritto a democrazia" nella garanzia della dignità dell'uomo.)

collegati, giuridici. Immagine speculare della discussione sul giusto bilanciamento peso tra unità nazionale e autonomia nazionale è il problema del rango del diritto dell'Unione. Il BVerfG riconosce, invero, in principio il fondamento giuridico di un primato del diritto dell'Unione, senza però porre l'ordinamento giuridico tedesco totalmente a disposizione dell'UE e dei suoi tribunali.

Una più dettagliata analisi delle riserve di controllo del BVerfG rende, da una parte, evidente il loro potenziale di conflitto.[145] Da un'altra parte i meccanismi formatisi, in cooperazione col diritto di domanda pregiudiziale (e cioè l'obbligo di domanda pregiudiziale) ex art. 267 TFUE possono produrre un effetto di garanzia dell'integrazione e inoltre un effetto promotore dell'integrazione.[146] Per non mettere in pericolo quest'effetto di rapporto cooperativo, costruttivo nel fondamento, del BVerfG con la CGUE devono essere, però, indagate criticamente tutte le forme e modi di incidenza delle riserve di controllo nel singolo caso.

Da ciò deriva specialmente - oltre alla perorazione di una conseguente nuova concezione della CGUE –l'esigenza di una riconduzione della riserva ultra- vires al controllo d'identità. Ciò non solo corrisponderebbe meglio alla sistematica della Legge Fondamentale, ma potrebbe anche servire per una maggior chiarezza giuridica nella trattazione delle riserve di controllo. Nello stesso tempo verrebbe attenuata la giusta critica, alla giurisprudenza , fino a qui discontinua, che in parte restringe la riserva ultra - vires (ordinanza *Honeywell*), in parte la estende (ordinanza pregiudiziale *OMT).* Verrebbe offerta La possibilità di precisazione della sua giurisprudenza sulle riserve di controllo nella decisione definitiva sull'ordinanza OMT della BCE. Resta da sperare che i giudici di Karlsruhe coglieranno quest'occasione nello spirito del rapporto di cooperazione con la CGUE.

(Traduzione di Enrico Altrieri)

*Il Prof.Dr. *Markus Ludwigs* è titolare della cattedra di diritto pubblico e diritto europeo dell'Università Julius-Maximilian di Würzburg. Il Sig. *Patrick Sikora* è dottorando presso la stessa cattedra.

[145] V. ad es. *Schwerdtfeger*, EuR 2015, 290 (308).
[146] *Voßkuhle*, JZ, 2016, 161 (163 e segg.).